

EL ESTADO DE DERECHO: APROXIMACIÓN AL CONCEPTO*

PONENCIA

EFRÉN RIVERA RAMOS**

COMIENZO FELICITANDO AL BUEN AMIGO CARLOS RODRÍGUEZ VIDAL POR haberse tomado la iniciativa de organizar esta conferencia. Me parece particularmente notable que este espacio de reflexión sobre el tema que abordaremos hoy se abra a instancias de un miembro prominente del mundo de la práctica privada del derecho y que haya reunido a participantes de ámbitos tan variados de nuestra sociedad. Proyectos como este contribuyen a realzar la imagen de la profesión jurídica.

Se me ha pedido que elabore unas ideas en torno al concepto del Estado de Derecho o del *Rule of Law*, según la terminología que se usa en el idioma inglés. No pretenderé decirles cuál es el significado correcto de esos términos. Siguiendo las enseñanzas del filósofo del lenguaje Ludwig Wittgenstein¹ y del filósofo del Derecho H.L.A. Hart,² me limitaré a tratar de explicar cómo se han utilizado esos conceptos en la tradición jurídica occidental con el fin de extraer algunas conclusiones sobre su aplicabilidad e importancia en nuestro medio.

Permítanme disponer primero de un asunto terminológico. Los conceptos de *estado de derecho* y *rule of law* se emplean muchas veces indistintamente. Sin embargo, a pesar de sus muchas coincidencias en cuanto a contenidos, tienen orígenes culturales y lingüísticos distintos y, a veces, diferencias de matiz que no deben olvidarse.

El término *rule of law* procede de la tradición anglo-americana. Como concepto tiene raíces muchas veces centenarias. La idea central aparece formulada de diferentes formas en varios documentos sobresalientes de la historia política inglesa y en la jurisprudencia temprana del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. No hay más que recordar la famosa aseveración del Juez John Marshall en *Marbury v. Madison*, resuelto en el 1803, en el sentido de que al gobierno de los Estados Unidos debe considerársele un gobierno de leyes y no de hombres.³ La primera persona en intentar un análisis elaborado de su significado en tiem-

* Conferencia Magistral dictada en la *Conferencia Multi-disciplinaria sobre el estado de derecho*, auspiciada por el capítulo de Puerto Rico de la American Bar Association y por el bufete Goldman Antonetti & Córdova, celebrada el 16 de marzo de 2012.

** Catedrático, Escuela de Derecho, Universidad de Puerto Rico. Agradezco a la estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la UPR, Alexandra Verdiales Costa, su asistencia en la investigación para este trabajo.

1 LUDWIG WITTGENSTEIN, *PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS* (1953).

2 H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1961)

3 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

pos modernos fue el jurista inglés Albert V. Dicey en su influyente obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, publicada inicialmente en el 1885.⁴ Para Dicey, lo que distinguía al sistema jurídico inglés era la lealtad al *rule of law*, según definida por él. Ésta consistía de tres aspectos: Primero, a ninguna persona se le debía sancionar excepto por violación de ley que se probara por los medios legales ordinarios en un tribunal ordinario; segundo, toda persona es igual ante la ley, es decir, nadie está por encima de ella; y, tercero, la llamada *rule of law* sería el resultado de las decisiones acumuladas de los tribunales en casos particulares traídos a su atención. Este último elemento reflejaba claramente la pertenencia de Dicey a la cultura del *common law*.

En cambio, el término *estado de derecho* tiene sus raíces en la Europa continental, específicamente en Alemania. Aparentemente la frase la utilizó primeramente el jurista alemán Robert von Mohl – quien acuñó el término *Rechtstaat* – en una obra publicada en los años 1832-33.⁵ El concepto se generalizó inmediatamente en la comunidad jurídica e intelectual alemana y se extendió a otras comunidades europeas en sus traducciones respectivas, como *etat de droit* en Francia, *stato di diritto* en Italia, *estado de derecho* en castellano, y así sucesivamente. En esta primera aproximación, el estado de derecho es aquel sometido a la ley, pero la ley concebida como el producto de los parlamentos como representantes del pueblo. Por otra parte, para algunos autores el *imperio de la ley*, como se ha traducido a veces el término *rule of law*, vendría a ser sólo un elemento, quizás el más importante, pero no el único, del estado de derecho según concebido por los europeos.⁶

Con el pasar del tiempo los usos de ambos conceptos – estado de derecho y *rule of law* -- han tendido a converger. Hoy se les emplea para referirse a un conjunto de ideales, principios, expectativas, aspiraciones y arreglos institucionales que tienen muchas similitudes en ambas tradiciones. Muchas de esas semejanzas se han debido a desarrollos históricos compartidos, como fueron las revueltas contra los monarcas absolutos en los siglos 16, 17 y 18, el surgimiento de los estados modernos en el Siglo 19 y la Segunda Guerra Mundial en el Siglo 20, por mencionar sólo algunos. Más aún, ambos conceptos han viajado más allá de Europa y los Estados Unidos. Han encontrado eco en países y regiones muy dispares, en la América Latina, Asia, África y el Medio Oriente, en los cuales han pasado por procesos de domesticación e hibridación característicos de los préstamos interculturales.

Por esta razón, habiendo hecho la advertencia correspondiente sobre sus diferencias, por sus vinculaciones históricas, en esta presentación trataré los dos conceptos como si fueran equivalentes funcionalmente.

4 ALBERT VENN DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (Elibron Classics 2005) (1885).

5 ELÍAS DÍAZ, ESTADO DE DERECHO Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA 43 (1998).

6 Véase e. g., *id.* en la pág. 44.

Lo primero que salta a la vista en el examen de la literatura pertinente es la variedad de significados que se atribuyen tanto al *estado de derecho* como al *rule of law*. Al igual que los conceptos de libertad, igualdad, justicia, democracia y otros parecidos, el estado de derecho o *rule of law* es susceptible de interpretaciones múltiples. Así, circulan hoy concepciones minimalistas o densas, formales o sustantivas, conservadoras, liberales, comunitarias o democráticas de uno y otro. Las minimalistas restringen el estado de derecho o el *rule of law* a un reducido número de componentes. Las más densas los conciben como fenómenos complejos compuestos de un número mayor de elementos. Las concepciones formales limitan las exigencias del *rule of law* a cuestiones de forma o procedimiento, como las que definen el imperio de la ley estrictamente como aquel orden jurídico-político basado en leyes públicas, generales, prospectivas y promulgadas por una autoridad competente. Las nociones sustantivas abogan, en cambio, por la inclusión de determinados contenidos, como el respeto por los derechos humanos. Hay visiones conservadoras del *rule of law* que ponen el énfasis en la idea de la ley y el orden, dirigen la atención hacia los deberes de obedecer la ley, más que a sus protecciones, y se oponen ferozmente a su utilización para adelantar fines de justicia social. En la versión liberal el foco se coloca en la limitación de los poderes de los gobernantes y la protección de los derechos individuales. En las modalidades comunitarias se destacan los derechos colectivos y los derechos culturales y en las más cercanas a la democracia radical se añaden las garantías de los derechos sociales y de los derechos de participación democrática. En la tradición del estado de derecho europeo y latinoamericano se le agregan adjetivos a la frase para referirse al estado liberal de derecho, el estado social de derecho o el estado democrático de derecho. La complejidad aumenta si se toma en cuenta la afinidad histórica que existió entre la noción del estado de derecho europeo y el concepto de *legalidad socialista* propugnado teóricamente por algunos de los defensores del socialismo o tratado de implantar en la práctica durante las diversas etapas del socialismo que realmente existió o continúa existiendo. En muchas ocasiones se adoptan versiones mixtas que incluyen elementos de las diversas concepciones mencionadas. Hay también fundamentaciones instrumentalistas y otras deontológicas o ético-políticas del *rule of law*. Las primeras lo justifican como medio para lograr ciertos fines. Ejemplo claro de ello son las propuestas, en boga desde hace más de tres décadas, que promueven el *imperio de la ley* como ingrediente necesario para el desarrollo económico. Las segundas, las de carácter deontológico o ético-político, lo caracterizan como un bien en sí mismo por su relación intrínseca con la dignidad y la autonomía de los seres humanos.

Esta polivalencia de ambos conceptos quizás explique, en parte, la enorme difusión que han tenido en nuestros días. En un libro publicado en el 2004, el profesor Brian Z. Tamanaha, de la Escuela de Derecho de St. John's University, relata cómo la adhesión pública a la noción del *rule of law* ha provenido de agentes tan dispares como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Presidente George W. Bush, el Presidente Vladimir Putin de Rusia, el Presidente Jiang Zemin de China, el Presidente Robert Mugabe de Zimbabwe, el Presidente

indonesio Abdurrahman Wahid, el Presidente Mohammed Khatami de Irán, el mexicano Vicente Fox Quesada y aun un notorio líder tribal afgano, Abdul Rashid Dostum, en campaña para un puesto en el gobierno de la era pos-Talibán.⁷ Ciertamente, garra retórica tiene el principio del *imperio de la ley*.

Lo que sí queda claro es que en el presente tanto el *rule of law* como el *estado de derecho* se entienden como aspiraciones en cuyo cumplimiento deben converger una multiplicidad de elementos. Para darnos una idea de la complejidad con que se trata el tema actualmente, veamos el ejemplo que nos proporciona el proyecto sobre el estado de derecho de la Organización de las Naciones Unidas. Debe notarse que el proyecto adopta la denominación *estado de derecho* en español y *rule of law* en inglés para referirse al mismo fenómeno.

En el año 2004 el Secretario General de la ONU le rindió un informe al Consejo de Seguridad en el que incluyó la siguiente definición del estado de derecho:

Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidos a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal.⁸

Como se puede apreciar, no se trata de una definición minimalista, sino más bien densa del estado de derecho. Más, si se toma en cuenta que, al amparo de esa definición, la ONU ha desarrollado unos 135 indicadores específicos para medir la vigencia del estado de derecho en un país en particular. Los indicadores se refieren a tres instituciones clave del sistema de justicia: la policía, los tribunales y las cárceles. Se agrupan, a su vez, en cinco canastas más generales, aplicadas a cada una de las instituciones. El contenido de cada canasta incluye criterios como: el desempeño de las instituciones en la prestación de servicios eficientes y efectivos que sean accesibles y responsivos a las necesidades de la población; su integridad, transparencia y rendición de cuentas ante normas y principios de comportamiento; el trato que brindan a los miembros de grupos vulnerables, tales como minorías, víctimas, niños y niñas, personas desplazadas, refugiados y otros; y la capacidad de las instituciones para realizar sus funciones y utilizar sus recursos eficazmente. Les menciono a continuación sólo los ocho indicadores específicos referidos a los tribunales incluidos en sus canastas respectivas. Son éstos: nivel de confianza pública, acceso a la justicia, efectividad y eficiencia,

7 BRIAN Z. TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY 2 (2004).

8 Secretario General de la ONU, *El estado de derecho y la justicia en transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Doc. ONU S/2004/616, (3 de agosto de 2004) 5 disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

integridad e independencia, transparencia y rendición de cuentas, recursos materiales y humanos y capacidad administrativa y gerencial. Según la ONU, todos esos factores, y los otros relacionados con la policía y las prisiones, afectan la vigencia del estado de derecho en una comunidad determinada.⁹

El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Asociación Americana de Abogados (ABA) y otras instituciones parecidas, así como estudiosos independientes de la materia, han elaborado sus propios criterios.¹⁰ Muchos incluyen los ya mencionados y añaden otros relacionados con asuntos como las fiscalías, la administración tributaria, la educación jurídica y la reglamentación de la profesión legal y con condiciones tales como la corrupción, la estabilidad de las leyes, el orden y la seguridad, los derechos fundamentales, el acceso a la representación legal, el grado de apertura de los gobiernos, la intimidación y el fraude en los procesos electorales, la puesta en vigor de la reglamentación vigente y las garantías en el proceso penal.¹¹

La aspiración que subyace esta abundancia de indicadores es poder medir con cierta precisión el grado en que el ideal del estado de derecho se materializa en una comunidad política. Ciertamente el ejercicio puede ser de gran utilidad, al proveer guías determinables para enjuiciar los ordenamientos jurídicos realmente existentes. Pero también se corren varios riesgos. Uno es el de abrumar a los evaluadores. Otro es relegar la determinación de la legitimidad de un sistema jurídico y político a los expertos, dada la complejidad de la medición. La legitimidad depende en gran medida de las percepciones públicas. Un tercer problema es la tendencia a equiparar estadísticamente fenómenos incommensurables. Por ejemplo, no se puede justificar colocar en el mismo nivel – por más que tengan relación entre sí – la falta de acceso a la justicia y las deficiencias en capacidades gerenciales de los funcionarios judiciales. Un cuarto peligro consiste en tecnificar excesivamente y reducir a la cuantificación pretendidamente científica lo que en última instancia es un asunto de calidades.

Para vacunarnos contra esos riesgos es conveniente retornar a los principios, en su doble sentido de orígenes y de cánones valorativos.

En lo que resta me dedicaré, pues, a lo siguiente. Primero, a recordar las aspiraciones iniciales contenidas en los dos conceptos, estado de derecho y *rule of law*. Segundo, a expresar algunas ideas en torno a cuatro elementos básicos que aparecen comúnmente en las concepciones actuales del estado de derecho. Luego haré mención de las deficiencias que exhibe y de los principales retos que, a

⁹ Véase THE UNITED NATIONS, *RULE OF LAW INDICATORS: IMPLEMENTATION GUIDE AND PROJECT TOOLS* (2011).

¹⁰ THE WORLD BANK, *World Governance Indicators*, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/resources.htm> (última visita 17 de mayo de 2012); MARK DAVID AGRAS ET AL., *THE WORLD JUSTICE PROJECT, THE RULE OF LAW INDEX: MEASURING ADHERENCE TO THE RULE OF LAW AROUND THE WORLD* (2008); MICHAEL J. TREBILCOCK & RONALD J. DANIELS, *RULE OF LAW REFORM AND DEVELOPMENT: CHARTING THE FRAGILE PATH TO PROGRESS* (2008); TAMANAHA, *supra* nota 7, en las págs. 2, 136-137.

¹¹ Véanse las obras citadas en *supra* nota 10.

mi juicio, enfrenta el estado de derecho en sociedades como la nuestra. Concluiré con unas palabras sobre el valor de esa aspiración de raigambre tan antigua.

Pueden identificarse dos objetivos fundamentales contenidos en el ideal del estado de derecho o del *rule of law*. Primero, la limitación de los poderes del gobernante. Segundo, la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder político y gubernamental. Ambos objetivos, a su vez, procuraban la protección de las personas, bienes y libertades de aquellos sujetos a esos poderes.

En ese sentido, el ideal del estado de derecho tiene raíces milenarias. En todas las civilizaciones conocidas pueden encontrarse ejemplos de resistencia al ejercicio del poder absoluto. En la antigüedad griega, Platón y Aristóteles, más el segundo que el primero, expresaron de diversas formas la deseabilidad de someter el gobierno al control del derecho.¹² Iguales nociones se encuentran en las obras de los juristas romanos, especialmente Cicerón.¹³ En los primeros siglos del cristianismo hay expresiones contundentes sobre el particular. A mí me gusta especialmente la siguiente aseveración de San Agustín, formulada en la segunda década del siglo V en su famosa obra *La Ciudad de Dios*: “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue al Estado de una gran banda de bandidos?”¹⁴ En el cénit del escolasticismo medieval se proclamó la sujeción de la voluntad de los monarcas tanto a la ley divina como al derecho natural. El *iusnaturalismo* racionalista de la Ilustración promulgaba la sujeción del poder soberano a los dictados del derecho, como expresión de la razón. Este parecer se puso en duda por el positivismo del Siglo 19, sobre todo en la versión de John Austin, fundador del positivismo inglés. Austin, siguiendo a Hobbes, planteó que el soberano no podía tener límites legales, pues era el productor de la ley.¹⁵ En Austin, claro está, había identidad entre soberano y gobernante. Pero la pronta separación de uno y otro, con el surgimiento de la noción de soberanía popular, produjo el entendido de que el gobernante habría de responder al pueblo soberano y sólo podría actuar dentro de los límites impuestos por éste, digamos, al adoptar la Constitución. La Constitución misma habría de verse como un ejercicio de autolimitación del soberano popular. Las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial le dieron un impulso extraordinario a un nuevo discurso de los derechos humanos que, en el fondo, han de verse, como han señalado tantos autores, como una limitación, o por lo menos un condicionante, del ejercicio de la soberanía popular misma.

¹² TAMANAHA, *supra* nota 7, en las págs. 7-10.

¹³ *Id.* en las págs. 11-14.

¹⁴ SAN AGUSTÍN, 4 LA CIUDAD DE DIOS, según citado en Benedicto XVI, Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al Parlamento Federal, Alemania 2 (22 de septiembre de 2011), *disponible en* http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2011/september/documents/hf_benxvi_sp_e_20110922_reichstag-berlin_sp.html.

¹⁵ JOHN AUSTIN, THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED (Weidenfeld & Nicolson 1954) (1832).

Los documentos históricos que sirven de repositorios de diversas modalidades de esas aspiraciones básicas de limitar el poder, eliminar la arbitrariedad y proteger a los gobernados incluyen, sin ser exhaustivos, el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León en el 1188, la Magna Carta del Rey Juan II de Inglaterra de 1215, la Carta de Derechos inglesa de 1689, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la Constitución de Cádiz de 1812, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 1948, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, numerosas otras declaraciones inspiradas en las anteriores y prácticamente todas las constituciones conocidas en el mundo contemporáneo.

Largo es, pues, el hilo histórico que conecta las diversas manifestaciones de la aspiración de someter el poder al control del derecho. El estado de derecho es la formulación moderna de esa pretensión.

Quisiera acotar un desarrollo histórico que no se puede pasar por alto. En el mundo europeo el estado de derecho se concibió originalmente como estado legislativo de derecho. La idea era que la ley promulgada por los parlamentos debía tener primacía. Habría de controlar a ministros, jueces y ciudadanos. Pero el parlamento mismo podía escapar su control en última instancia, pues siempre podía derogar o modificar la ley. Esta fue la noción que prevaleció después de la Revolución Francesa. Pero en el transcurso del Siglo 20 ocurrió un cambio de paradigma importante. La Constitución, hasta entonces considerada más bien como aspiración programática, comenzó a tenerse como ley, como ley pura y dura, como ley que ha de aplicarse rigurosamente, y no sólo eso, sino como ley fundamental que debía primar sobre todas las demás. Ello transformó el estado legislativo de derecho en estado constitucional de derecho. Como sabemos, ya esto había ocurrido a principios del Siglo 19 en los Estados Unidos. Así lo había concebido Hamilton en el *Federalista* Número 78 y así lo pronunció Marshall en *Marbury v. Madison*.

Ese cambio fundamental en la historia jurídica del mundo moderno habría de someter aun a los parlamentos, por más representativos que fueran del pueblo, al imperio de la norma constitucional. Como bien señala el jurista italiano Luigi Ferrajoli, uno de los más destacados filósofos del derecho de la actualidad, esta nueva concepción habría de cambiar el modo de justificar la validez misma de la ley. Ya no sólo debía evaluarse el *cómo* y el *quién* de la producción de la ley, sino también el *qué*. Es decir, qué podrían decidir los parlamentos y qué no. Se crea, pues, un ámbito de lo *decidible* y lo *indecidible*.¹⁶ Representantes o no del pueblo, los órganos legislativos no podrían decidir lo que quisieran. El contenido de sus decisiones habría de estar sujeto a los contenidos prescritos por la Constitución. Aunque la validez formal de la ley sigue siendo importante, tanto más lo

¹⁶ Véase LUIGI FERRAIOLI, *El paradigma de la democracia constitucional*, en PODERES SALVAJES: LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL 27-42 (2011).

será su validez sustantiva. Derivo de ese hecho fundamental la conclusión de que en el mundo constitucionalizado de hoy ya no será posible sostener una versión puramente formal del estado de derecho. Me parece también que las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, que suelen incluir diversas modalidades de fragmentación del poder, la protección de los derechos fundamentales y la adopción de garantías normativas e institucionales de esos derechos, así como la creciente injerencia del derecho internacional en los asuntos domésticos de los estados, particularmente en el área de los derechos humanos, tienden a desfavorecer las concepciones minimalistas del estado de derecho. Mientras más minimalista sea la propuesta de definición, más inocua será y menos pertinente para evaluar la legitimidad de los complejos estados contemporáneos. Para ello se requieren concepciones relativamente densas, es decir, que incluyan varios elementos

Procedo a comentar brevemente cuatro componentes que suelen encontrarse con frecuencia en las definiciones más recientes. No son los únicos. Pero dada su importancia y el contexto en el que esta conferencia se produce, me parece apropiado intentar algunas matizaciones. Son ellos, el principio democrático, la protección de los derechos fundamentales, el lugar de los tribunales como mecanismos de garantía de esos derechos y el tema de acceso a la justicia.

Comencemos con el principio democrático. Ello se refiere tanto al *quién* como al *cómo* de la producción de la ley. Es necesario apuntalarlo, pues como bien ha señalado el profesor Elías Díaz, uno de los principales teóricos españoles del estado de derecho, “la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho”.¹⁷ Puede haber ley producto de una dictadura. El dictador puede ajustarse a su propia voluntad convertida en ley. Pero ello no sería el estado de derecho en el que estamos pensando, que, en nuestros días debe ser estado democrático de derecho. Fue Kant quien mejor expresó la idea de que el respeto a la dignidad de cada persona supone el ejercicio de la más plena autonomía, es decir, que el destinatario del derecho sea a la vez el autor del derecho.¹⁸

Pero ese estado democrático requiere más apellidos. No debe ser democracia sin más. Sobre todo no debe ser aquella que se reduce al voto ocasional o siquiera a la decisión refrendada por la mayoría. La democracia no es un mero ejercicio de contar cabezas. El concepto requiere mayor densidad. Ha de ser también democracia deliberativa. Esta no es una idea nueva. Ni tampoco producto de críticos marginales. En su famosa opinión concurrente en *Youngstown Sheet v. Sawyer* (el caso de la incautación de los molinos de acero), resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el 1952, el Juez Asociado Robert H. Jackson, hablando precisamente de las bondades del *rule of law*, dijo lo siguiente: “Con

¹⁷ DÍAZ, *supra* nota 5, en la pág. 29.

¹⁸ IMMANUEL KANT, FUNDAMENTACIÓN DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES (Manuel García Morente trad., Espasa-Calpe 1994) (1785). Esta idea ha sido elaborada, entre otros, por Jürgen Habermas, en su obra, JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS (1996).

todos sus defectos, demoras e inconvenientes, los hombres no han descubierto una técnica para la preservación duradera del gobierno libre que no sea la de sujetar al Ejecutivo a la ley y que la ley sea promulgada mediante la deliberación parlamentaria.¹⁹ Es decir, no se trata de cualquier ley, sino de aquella que sea producto de la deliberación sostenida por quienes intervienen en el proceso decisorio. En esta expresión suya Jackson se limitó a la deliberación que ocurre dentro del cuerpo legislativo – lo que ya es un beneficio, si se consideran determinadas prácticas legislativas que suprimen la deliberación y la intervención de la oposición parlamentaria y de otros con derecho a participar en la consideración de legislación. Pero los teóricos contemporáneos de la democracia deliberativa amplían mucho más su alcance. Jürgen Habermas, por ejemplo, aboga por procesos continuos de comunicación activa no sólo en el ámbito de los espacios institucionales oficiales, sino en toda la extensión del espacio público. Para Habermas la deliberación ha de ser pública e inclusiva, garantizar derechos iguales de participación, promover la honestidad en la argumentación y desalentar todo tipo de uso de la fuerza y la intimidación para prevalecer. Es una deliberación basada en la práctica de justificar las decisiones con buenas razones, que pueden incluir consideraciones empíricas, técnicas, prudentiales, éticas o jurídicas, al igual que procesos de negociación equitativos y conducidos de buena fe.²⁰ Ese tipo de deliberación, con los ajustes institucionales y contextuales necesarios, debe presidir los procesos legislativos, ejecutivos y judiciales, permear la discusión pública y caracterizar los procesos de evaluación de los funcionarios que se proponen para ocupar los cargos públicos. Cualquier intento de suprimir la deliberación, excluir participantes y restringir irrazonablemente los medios y modos de producirla debe verse como un atentado contra el estado democrático de derecho.

El segundo componente sustantivo del estado de derecho es la protección de los derechos fundamentales, ya sea que se conciben como derechos positivados en la Constitución, derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional o simplemente derechos que tenemos por el mero hecho de ser seres humanos. La discusión contemporánea sobre este elemento suele girar en torno al contenido de esos derechos fundamentales. Una primera forma de resolver el tema es mirando las prescripciones de las constituciones existentes. No debe resultar difícil aceptar que en cada país los derechos fundamentales son por lo menos aquellos que su propia constitución consagra. Surge luego la pregunta de si, además de esos, hay otros. Nuevamente, aun desde una perspectiva positivista, bastaría con echar una mirada a los tratados y convenciones de derechos humanos firmados y ratificados por el país en cuestión. Ya en esas dos instancias – la constitucional doméstica y la internacional – hay suficiente tela de donde cortar, pues uno puede anticipar que en todos los casos habrá una brecha – en

¹⁹ Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 655 (1952) (traducción suplida).

²⁰ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: An Author's Reflections*, 76 DENV. U. L. REV. 937 (1999).

unos más ancha, en otros, más estrecha – entre los derechos reconocidos por el ordenamiento y los disfrutados realmente por sus destinatarios. Pero la discusión no termina ahí. Pues se plantea la vieja interrogante de si los seres humanos tenemos derechos que no estén reconocidos expresamente en ningún ordenamiento. Las teorías de derecho natural de todos los tiempos han respondido consecuentemente que sí. Diversas concepciones actuales de los derechos humanos – justificadas sobre bases diferentes – también contestarían en la afirmativa. Aun algunas posturas positivistas, por ejemplo, las del llamado positivismo inclusivo, entre otras, tampoco tendrían reparos en aceptar que existen derechos que no están reconocidos explícitamente en los textos vigentes, pues solo es cuestión de encontrarlos en los entresijos de la compleja madeja de principios, valores y entendidos básicos que permean el ordenamiento en su conjunto. Pueden darse como ejemplo las opiniones de jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que han identificado la existencia de tales derechos en las penumbras de la Carta de Derechos, en el significado polivalente del concepto de libertad de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta de la Constitución, en las reservas de la Enmienda Novena, en la historia y las tradiciones de la sociedad estadounidense y así sucesivamente.²¹ Ejemplos similares, *mutatis mutandis*, encontramos en la jurisprudencia constitucional puertorriqueña.²²

Otro motivo de controversia es el que se refiere a si los derechos sociales, económicos y culturales deben formar parte del contenido sustantivo del estado de derecho junto a los derechos civiles y políticos. En algunos casos, como en los Estados Unidos y en algunos países latinoamericanos, la discusión gira en torno no sólo a si deben acogerse tales derechos, sino a si deben reconocerse constitucionalmente o sólo legislativamente, lo que los convertiría en garantías prescindibles sujetas no tanto al derecho como a las preferencias políticas. Aun otro debate concierne la cuestión de si los derechos sociales, económicos y culturales son justiciables, asunto que ha recibido respuestas variables de los tribunales nacionales y transnacionales alrededor del mundo. Como cuestión de realidad histórica, la emergencia de estados socialistas y el paso del estado liberal clásico al estado de bienestar en los países capitalistas han convertido en retórica ideológicamente anacrónica en muchos lugares la negativa a reconocer por lo menos los derechos básicos a la salud, a la educación y al trabajo. A pesar de todas las amenazas que encara, el llamado estado social de derecho sigue siendo una realidad existente que, por supuesto, exige – desde mi perspectiva – ajustes y transformaciones profundas para hacerlo más efectivo. Volviendo a Habermas, éste vindica la noción de derechos sociales como parte del conjunto de precondiciones necesarias para que los miembros de la comunidad política puedan participar efectivamente, en condiciones de la mayor igualdad posible, en los proce-

21 Véanse e.g., *Grisswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (derecho a la intimidad) y su secuela.

22 Véanse e.g., *Soto v. Secretario de Justicia*, 112 DPR 477 (1982) (derecho de acceso a la información gubernamental); *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250 (1978) (divorcio por consentimiento mutuo); y otros.

sos de formación de la voluntad colectiva.²³ Es decir, el estado democrático debe ser también estado social de derecho.

Un tercer requisito del estado de derecho es que provea los mecanismos institucionales suficientes para proteger a los ciudadanos contra la arbitrariedad gubernamental, garantizar el disfrute material de los derechos y asegurar oportunidades reales de participación en el proceso democrático. Entre esos mecanismos – que son múltiples – suele destacarse la existencia de tribunales independientes. Esos tribunales deben ser operados por jueces competentes, íntegros, responsables y comprometidos con garantizar a los litigantes una oportunidad equitativa de que sus reclamos serán adjudicados conforme al derecho y a la justicia y no con arreglo a motivaciones espurias, como el partidismo político, el sectarismo religioso o el amiguismo o respondiendo a condicionamientos ilegítimos como el sexismo, el racismo, los prejuicios de clase y otros similares.

Aunque es mucho lo que se ha dicho y puede decirse sobre este tema, quiero resaltar aquí la necesidad de designar jueces conocedores del derecho, en toda su amplitud. Vuelvo a citar a San Agustín, quien en el Libro 19 de *La ciudad de Dios* dice: “La ignorancia del juez viene a ser la calamidad del inocente”.²⁴ Aunque Agustín formula esa afirmación en el contexto de su condena a la tortura como método de extraer confesiones a los reos, por lo falible que resulta, se me antoja, abusando quizás de su intención, que lo mismo puede decirse de todo juez que falle basándose en la ignorancia de la ley. De ahí que el proceso de nombramiento de jueces sea crucial para la preservación del estado de derecho. Ha de ser un proceso deliberativo, en el que se ofrezcan razones públicas para justificar sus nombramientos, que logren asegurar que se trata de funcionarios que conocen el derecho y están dispuestos a desempeñar sus cargos con integridad, responsabilidad, equidad y verdadera independencia de criterio. De lo contrario, a la arbitrariedad legislativa y ejecutiva, de la que los jueces deben proteger a la ciudadanía, se le estaría añadiendo la probabilidad de la arbitrariedad judicial. Nada más dañino al estado de derecho.

El tema de los jueces suscita de inmediato el de la interpretación de los textos jurídicos, particularmente la Constitución. Todo texto requiere interpretación, como sabemos. Pero de nada vale haber sujeto la ley y el comportamiento del ejecutivo a la Constitución si la interpretación de ésta se hace siempre con el efecto de validar los actos del Ejecutivo y el Legislativo, por más arbitrarios que sean o alejados que estén de la intención protectora de la ley fundamental. La consecuencia será revestir la arbitrariedad de legalidad. Los alemanes aprendieron bien la lección en su momento, cuando sus jueces comenzaron a amoldar tanto la ley como la Constitución a los requerimientos de la ideología nacional-socialista, en muchos casos a instancias directas de los ministros de justicia y del

23 HABERMAS, *supra* nota 18 en las págs. 388-446.

24 SAN AGUSTÍN, 19 LA CIUDAD DE DIOS capítulo 6, *disponible en* <http://www.buscaadoresdedios.es/wp-content/uploads/2008/01/la-ciudad-de-dios.pdf>.

propio Führer.²⁵ Aquello fue la perversión del estado de derecho en el propio lugar de nacimiento del concepto.

Finalmente, digo algo sobre el asunto de la legitimidad de los tribunales. En otro lugar, refiriéndome a la legitimidad de los tribunales supremos en sistemas como el nuestro, he afirmado lo siguiente y lo repito:

El Tribunal Supremo depende para su legitimidad de la fuerza de sus argumentos, del respeto que susciten sus decisiones, de la acogida que logre, en su conjunto, tanto en la comunidad jurídica como entre la población general. Si ese respeto se desvanece, su legitimidad se desvanece. Ese respeto, sin embargo, no puede simplemente exigirse, sin más. Se lo tienen que ganar los miembros del alto foro con su proceder. La pregunta que tienen que hacerse quienes gobiernan es de qué vale el control sin legitimidad. Podrá dejar beneficios inmediatos, pero pronto comenzará a perder terreno político y moral. Cuando lo que importa es el poder por el poder mismo, eventualmente se tendrá que recurrir a la coacción para conservarlo. Y la coacción cruda a la larga genera mayor erosión de la legitimidad. Ello conduce inevitablemente a una gran soledad. La soledad del poder a secas.²⁶

El ejercicio del poder a secas es, precisamente, lo que el ideal regulador del estado de derecho ha pretendido erradicar.

El cuarto ingrediente del estado de derecho que quiero comentar es el del acceso efectivo a la justicia. Tiene una estrecha relación con el principio de la igualdad, un componente histórico del concepto del estado de derecho. Sobre la igualdad, y sus diversas concepciones, habría que precisar muchas cosas, que no tengo el tiempo de abordar. Refiero a los interesados a mi ensayo titulado *La igualdad: una visión plural*, publicado en la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico en el año 2000.²⁷

Con el término *acceso a la justicia* aludo al “conjunto de condiciones que facilitan o dificultan el que determinados grupos, sectores o personas puedan hacer uso equitativo de los mecanismos y procesos establecidos para la prevención de la violación de derechos, la solución de controversias y la obtención de remedios legales”.²⁸ Es evidente, pues, su relación con el estado de derecho. Si los derechos no se hacen efectivos, o si la protección que pretenden ofrecer la Constitución y las leyes no se materializa, no puede hablarse de verdadero estado de derecho. La desprotección de la Constitución y la ley es mucho más probable si quienes reclaman derechos afirmativamente o los ven vulnerados no pueden acceder a los mecanismos establecidos para su amparo y remedio, incluidos los

²⁵ Véase Efrén Rivera Ramos, Op-Ed., *Cartas a los jueces*, EL NUEVO DÍA, 18 de noviembre de 2009, en la pág. 63.

²⁶ Efrén Rivera Ramos, Op-Ed., *Poder sin legitimidad*, EL NUEVO DÍA, 17 de noviembre de 2010, en la pág. 73.

²⁷ Efrén Rivera Ramos, *La igualdad: una visión plural*, 69 REV. JUR. UPR 1 (2000).

²⁸ Efrén Rivera Ramos, *Las múltiples caras del acceso a la justicia*, en PRIMER CONGRESO ACCESO A LA JUSTICIA XXII CONFERENCIA JUDICIAL 8 (Efrén Rivera Ramos coord., 2005).

tribunales, los organismos administrativos y las instancias dedicadas a la solución alternativa de conflictos, así como a la representación legal adecuada y a los recursos necesarios para promover tales reclamos. Nuevamente, se trata de un asunto complejo que involucra numerosos aspectos. Muchos de ellos se discuten en las memorias del Primer Congreso de Acceso a la Justicia y la XXII Conferencia Judicial de Puerto Rico, publicadas en el 2005, a las que también les remito.²⁹ Asegurar el acceso a la justicia de los más desaventajados y vulnerables es tarea imprescindible si se quiere fortalecer el estado de derecho.

Hasta ahora he hablado mayormente de las bondades del estado de derecho. No puedo concluir sin resaltar, aunque sea sucintamente, sus insuficiencias. En primer lugar, el estado de derecho no basta por sí solo para resolver innumerables problemas. Pienso, por ejemplo, en la pobreza y la desigualdad económica. Reducirlas requiere políticas, programas, acciones, compromisos, estrategias, tácticas y esfuerzos que desbordan por mucho lo que el estado de derecho promete. Lo que sí puede decirse es que un marco jurídico propicio para llevar a cabo las transformaciones necesarias con libertad, seguridad y amplitud es mucho mejor que uno que las obstaculice.

En segundo lugar, la referencia al estado de derecho puede utilizarse, y se ha utilizado con frecuencia, para legitimar múltiples atropellos mediante el recurso a la ley y a su interpretación y aplicación acomodaticias.

En tercer lugar, muchas veces el discurso del estado de derecho o el *rule of law* se emplea con el fin de justificar el *status quo*. Cuando éste es injusto, autoritario o tiránico, la pura adhesión a la ley no es consuelo. En sus versiones más conservadoras, como la formulada por Friedrich Hayek, se despliega la noción del *rule of law* para oponerse a políticas de justicia distributiva con el argumento de que constituyen intervenciones indebidas con el derecho de propiedad y las reglas básicas del mercado.³⁰

En cuarto lugar, la fórmula del *rule of law* o estado de derecho puede resultar inocua para fines de la justicia, sobre todo si se le reduce a sus versiones más minimalistas.

Hay que decir, también, que la vigencia del estado de derecho en el mundo contemporáneo, nuestro país incluido, aun en sus mejores versiones enfrenta retos serios y complejos. Enumero los siguientes, sin elaborarlos, y sin pretender ofrecer una lista exhaustiva.

Primero, en la medida en que las sociedades se tornan más heterogéneas y pluralistas, se hace más patente la urgencia de repensar el derecho y el estado para convertirlos en entes facilitadores de los proyectos de vida de cada cual y de cada grupo, sin imposiciones indebidas, con el mayor respeto a las diferencias y las necesidades particularizadas de grupos y personas, pero a la vez con la capa-

29 PRIMER CONGRESO ACCESO A LA JUSTICIA XXII CONFERENCIA JUDICIAL (Efrén Rivera Ramos coord., 2005).

30 Véase FRIEDRICH A. HAYEK, *THE CONSTITUTION OF LIBERTY* (1960); FRIEDRICH A. HAYEK, *THE ROAD TO SERFDOM* (Taylor & Francis Group 2005) (1944);

cidad de generar mediante acción positiva las condiciones materiales y culturales requeridas para que esos proyectos de vida se realicen equitativamente para todos y todas.

Segundo. Las persistentes crisis económicas abonan a la tentación de recurrir expeditamente a la declaración de estados de excepción y estados de emergencia que terminan restringiendo derechos y revistiendo de legalidad las arbitrariedades más ostensibles.³¹

Tercero. Se observa la tendencia en muchas democracias actuales a permitir la acumulación de lo que el italiano Ferrajoli ha llamado *poderes salvajes*, es decir, poderes sin control efectivo.³² Esa acumulación es producto de factores como la confusión de intereses privados, especialmente económicos, con los poderes públicos; la identificación ilegítima de partido y gobierno; el control de la información pública por los grandes consorcios económicos y por el partido mayoritario; una desenfocada teoría que equipara la democracia con la simple voluntad de la mayoría (o más bien del partido que gana las elecciones); el intento de crear un pensamiento único en perjuicio de los valores del pluralismo político; campañas para desacreditar a los discrepantes; la utilización del tesoro público para compensar a seguidores y excluir a los perdedores; y la conversión de la base de los partidos políticos en avaladora sin criterio propio de los programas y candidatos que propone la cúpula.³³

Cuarto. Las crecientes desigualdades sociales tienden a hacer menos efectivos, aunque más necesarios, los derechos, aun los derechos civiles tradicionales.

Quinto. Los altos índices de criminalidad. Las comunidades asediadas por el crimen encaran un doble menoscabo de los valores asociados con el estado de derecho: (1) viven en condiciones extremas de inseguridad y desprotección de la ley y (2) suelen sufrir las consecuencias de políticas de mano dura, adoptadas so color de controlar el crimen, que vienen acompañadas de medidas y propuestas para reducir los derechos, incluidos los constitucionales.

Sexto. Cómo utilizar las nuevas tecnologías de la comunicación para aumentar las capacidades de deliberación en espacios públicos más extendidos. Y cómo evitar que esas tecnologías se utilicen para vigilar, fichar y perseguir y para controlar y acotar la discusión (como serían, por ejemplo, los esquemas de votación electrónica sin deliberación).

Séptimo. El nuevo orden internacional, producto del fenómeno de la globalización, ha generado nuevos espacios de producción de normas y nuevos mecanismos de aplicación del derecho, como las comisiones, cortes y otros organismos transnacionales. De ello surgen varias interrogantes: ¿cómo poner límites a

³¹ Véase Efrén Rivera Ramos, Discurso principal a la Asamblea Anual del Colegio de Abogados, La Crisis, los derechos y el espacio público (11 de septiembre de 2010) (manuscrito en poder del autor); Efrén Rivera Ramos, Op-Ed., *Las crisis y los derechos*, EL NUEVO DÍA, 15 de septiembre de 2010, en la pág. 77.

³² LUIGI FERRAJOLI, PODERES SALVAJES: LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL (2011).

³³ *Id.*

las nuevas burocracias regionales e internacionales? ¿Cómo aumentar la participación en la formulación de las normas de los afectados por ellas? ¿Cómo incrementar el acceso a esos mecanismos transnacionales de aplicación del derecho de las poblaciones y personas que no encuentran protección en los sistemas jurídicos nacionales? En fin, ¿cómo hacer valer en el ámbito transnacional las aspiraciones definidas históricamente por las nociones del *rule of law* o del estado de derecho?

Termino con una pregunta. ¿Por qué nos debe importar la preservación y perfeccionamiento del ideal regulador del estado de derecho? Creo que algunas de las cosas que he dicho hasta ahora ayudan a contestarla. Pero añado que no hay que olvidar que, con todas sus deficiencias, la erosión de los valores contenidos en la noción del estado de derecho puede conducir, y ha conducido en el pasado, al autoritarismo, a la dictadura y aun al totalitarismo.

Luego de un estudio detallado, el historiador británico marxista E. P. Thompson llega a la conclusión de que durante el siglo 18, a pesar de su origen de clase, vinculado a la burguesía mercantil y agraria inglesa, la noción del *rule of law* fue utilizada con frecuencia por los más diversos grupos sociales, incluidos los más vulnerables, para salvaguardar sus legítimos intereses y para protegerse de la ferocidad del estado y sus secuaces.³⁴ Concluye Thompson que a los principios contenidos en ese ideal regulador debe considerárseles un logro cultural importante. El principio del *rule of law* en sí mismo, dice Thompson, consistente en “la imposición de inhibiciones efectivas al poder y la defensa del ciudadano contra los reclamos totalizadores del poder, me parece un bien humano de valor absoluto (*unqualified human good*)”.³⁵ Igual puede decirse del concepto del estado de derecho de la Europa continental. Enriquecido con desarrollos como el estado constitucional, el estado social y el estado democrático de derecho, bien vale la pena que se le cultive, sobre todo en los tiempos que vivimos. Por supuesto, aunque necesario, el estado de derecho por sí solo no es suficiente. No hay sustituto de la vigilancia del pueblo y la lucha incesante.

³⁴ E.P. THOMPSON, *WHIGS AND HUNTERS* (1975), *reimpreso en* LLOYD'S INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE 1181-87 (M.D.A. Freeman ed., 8va ed. 2008).

³⁵ *Id.* en la pág. 1186 (traducción suplida).