

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ARBITRARIO COMO ILEGAL

#### I. LA LEY COMO LÍMITE AL PODER

En el capítulo anterior, dedicado al examen selectivo de los argumentos que subyacen a la milenaria reflexión sobre la relación entre *ratio* y *voluntas*, se destacó la conexión conceptual entre las nociones de poder arbitrario y poder limitado: como primera aproximación, es posible afirmar que el gobernante que actúa *arbitrariamente* y se comporta *como* si estuviera libre de los límites marcados por la razón, basando sus elecciones en meras idiosincrasias. En un intento por responder a la pregunta de cuáles podrían ser límites adicionales a decisiones que de otro modo serían arbitrarias, este capítulo estará dedicado a la “ley” como una posible restricción a las decisiones del gobernante. En concreto, se examinarán los argumentos a favor y en contra de la tesis, según la cual el derecho es la técnica históricamente más relevante de “*minimización del poder*, por lo demás absoluto y salvaje”.<sup>145</sup> La ley, en estos términos, funciona como una barrera a la voluntad del tirano que gobierna arbitrariamente. Diderot, por ejemplo, recuerda que la figura clásica del *tyrannus quoad exercitium* es específicamente diferente del *tyrannus*

---

<sup>145</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p.229. Para explicar el sentido de su afirmación, Ferrajoli continúa caracterizando el derecho como una técnica para minimizar tanto a los poderes públicos, “tal como se expresan en los árbitros políticos y los abusos policiales, administrativos y judiciales”, como a los poderes privados, “tal como se manifiestan en uso de la fuerza física, en la explotación del trabajo y en las infinitas formas de opresión familiar, dominación económica y abuso interpersonal”.

*absque titulo*, es decir, del usurpador que toma posesión ilegítimamente del poder. En la entrada *Tirano* de la *Encyclopédie*, Diderot afirma: “Con la palabra tirano se entiende no sólo un usurpador del poder soberano, sino también un soberano legítimo que abusa de su poder para violar las leyes, oprimir a los pueblos y convertir a sus súbditos en víctimas de sus propias pasiones o voluntad injusta en sustitución de las leyes”.<sup>146</sup>

El tema está estrechamente relacionado con el de la relación entre arbitrariedad y racionalidad: las formas de legalidad constitucional contemporánea, de hecho, se originan, al menos en parte, de las corrientes iusnaturalista y contractualista modernas, lo que las relaciona con el debate —históricamente mucho más antiguo— sobre la ley como “razón sin pasiones” y del “gobierno de los hombres” —hecho de elecciones particulares, adaptadas a situaciones específicas— en oposición al “gobierno de las leyes” —caracterizado por decisiones generales que no siempre son directamente aplicables a casos concretos.

Partiendo del ejemplo de la ley electoral italiana propuesto en el capítulo anterior, el problema de la ilegalidad de la decisión del poder se puede encontrar en las sentencias sobre la admisibilidad de los referendos electorales que derogan algunos aspectos de la Ley Calderoli. La Corte Constitucional italiana llamó la atención del Parlamento sobre algunas posibles inconstitucionalidades en dicha ley.<sup>147</sup> En primer lugar, y tal vez sea el punto más grave, señaló la ausencia de un umbral mínimo de votos para

<sup>146</sup> Diderot, Denis, “Tiranno” (1751-72), trad. al italiano, en Diderot, Denis, *Scritti politici con le “voci” politiche dell’Encyclopédie*, Turín, Utet, 1967, p. 732.

<sup>147</sup> Sentencias 15, 16 y 17/2008. Al no poder pronunciarse directamente sobre la conformidad de las leyes electorales con la Constitución, debido a la dificultad de iniciar incidentalmente un juicio de constitucionalidad, la Corte a menudo ha tomado una posición sobre cuestiones electorales a través de fallos sobre la admisibilidad de los múltiples referendos electorales que acompañaron a la convulsa historia de transformaciones jurídicas en materia electoral desde 1991 hasta la actualidad. Una novedad interesante es el recurso presentado por Aldo Bozzi, que todavía estaba siendo examinado por el Consejo en el momento de escribir este volumen.

adquirir el poder mayoritario. Aunque con mucha cautela, el tribunal avanza la hipótesis de que esta omisión viola el principio constitucional de igualdad en el voto para toda la ciudadanía, consagrado en el artículo 48 de la Constitución. De hecho, según la ley, al partido o coalición de partidos con el mayor número de votos —cualquiera que sea el porcentaje real— se le asigna automáticamente 55% de los escaños de la Cámara.

La institución del premio de mayoría —vigente en Grecia y Malta, además de en Italia— no goza de una reputación muy positiva, al menos desde un punto de vista histórico. Para garantizar una mayoría parlamentaria al *Partito Nazionale Fascista* (Partido Nacional Fascista), la ley Acerbo de 1923 asignó 2/3 partes de los escaños a la lista más votada entre las que hubieran alcanzado el umbral de 25% de los votos.<sup>148</sup> La llamada “ley estafa” (*legge truffa*) de 1953 otorgó 65% de los escaños a la coalición que superara 50% de los votos.<sup>149</sup> En ambos casos, estas normas que establecían que debía alcanzarse un umbral mínimo de votos para poder acceder al premio de mayoría, pasaron a la historia como leyes poco democráticas: una fascista, la otra fraudulenta. En el caso de la ley Calderoli, la falta de un umbral mínimo hizo que los jueces plantearan la hipótesis sobre su inconstitucionalidad: esta ley sería de hecho *illegal*, porque estaba en conflicto con una ley superior. Esta nueva declinación del ejemplo permite enriquecer la noción de poder arbitrario con otro posible significado: un poder, en este caso, que actúa libre de las limitaciones impuestas por la ley que autoriza o regula su ejercicio, o que preregula el asunto.

Para entender el problema de la ley como posible límite al poder, conviene volver al ejemplo de la gran legitimación que acompaña el debate público en torno a la figura del gobernador

---

<sup>148</sup> Pellicciari, Igor, *Tra decidere e rappresentare. La rappresentanza politica dal XIX secolo alla Legge Acerbo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, cap. IV.

<sup>149</sup> De Fiore, Claudio, “Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia”, en De Fiore, Claudio (ed.), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Turín, Giappichelli, 2007, pp. 35 y ss.

regional. Los apologistas de la eficacia de la acción del *gobernador* —no en vano tomada como modelo para posibles reformas presidenciales a nivel nacional— recurren a argumentos similares a los de los promotores de la ley Calderoli —salvo la posterior autoexcomuniación y el epíteto de “cochinada”—. De hecho, la noción de gobernabilidad es ampliamente mencionada y promovida como un valor —guía para la creación de sistemas institucionales caracterizados por “estabilidad política mas eficacia decisional”—.<sup>150</sup> La razón de ser de un premio de mayoría anormal —que no parece diferir mucho de la que explica el equilibrio institucional regional— se inspira en la búsqueda de gobernabilidad a través del fortalecimiento de ejecutivos y mayorías parlamentarias que puedan disfrutar de una mayor *libertad*, es decir, de mayor arbitrio, para afrontar situaciones complejas. Estos argumentos parecen representar la versión contemporánea del “gobierno de los hombres”, aquel modelo en el que el gobernante decide, de manera puntual, sobre cuestiones concretas, escapando de la rigidez de la ley.

El análisis de la dimensión de la noción de arbitrariedad que más se acerca al problema de la relación con la *legalidad* se sitúa en el centro del tema de los límites al poder. La posibilidad de mantener a raya la fuerza mediante vínculos jurídicos es, de hecho, la base de las más diversas teorías del Estado de derecho, entendido como aquel en el que el poder está sujeto a la ley. Re-

---

<sup>150</sup> Pasquino, Gianfranco, voz “Governabilità”, en *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Treccani, Roma 1994, t. IV, p. 399. La noción de “gobernabilidad” es muy controvertida y a menudo sufre cambios significativos de significado según el contexto político en el que se aplica. Al respecto, véanse, entre otros, Crozier, Michel; Huntington, Samuel P. y Watanuki, Joji, *La crisi della democrazia. Rapporto della Commissione trilaterale (1975)*, Milán, Franco Angeli, 1977; Offe, Claus “Ingovernabilità: lineamenti di una teoria conservatrice della crisi”, en Offe, Claus, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bolonia, Il Mulino, 1982; De Sousa Santos, Boaventura, “Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics and Legality”, en De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez-Garavito, César A. (eds.), *Law and Globalization from Below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 33; Mastropaolo, Alfio, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

cordando la enérgica defensa que hizo Calamandrei del principio de legalidad en medio del fascismo, Gustavo Zagrebelsky sostiene que este principio apunta, incluso antes que contra el autoritarismo o el totalitarismo, precisamente contra la arbitrariedad del poder “lo que en otros tiempos se llamaría despotismo, que es un poder caprichoso, impredecible, aleatorio”.<sup>151</sup>

Para comprender plenamente el significado histórico de la noción de “legalidad”, conviene recordar que tradicionalmente se ha considerado una de las principales dimensiones del concepto de “justicia”. En el libro V de la *Ética nicomaquea* —el cual es una referencia necesaria para gran parte de la reflexión antigua y moderna sobre el problema de la justicia—, Aristóteles trata la justicia como legalidad, definiéndola como una “virtud total”, que incluye todas las demás “virtudes particulares”:

Esta justicia, así entendida, no es parte de la virtud, sino que es la virtud en su totalidad: así la injusticia, su contraria, no es parte del vicio, sino el vicio en su totalidad. En qué se diferencia de la virtud de la justicia así entendida, se desprende de lo dicho: es lo mismo que la virtud, pero en esencia no es la misma cosa. En cuanto se dirige a otro es justicia, en cuanto es un estado habitual de una determinada naturaleza, es virtud absolutamente.<sup>152</sup>

El soldado que no abandona el campo de batalla puede ser “virtuoso” —es decir, socialmente aceptable— en dos sentidos: o posee el “hábito moral” de ser valiente, o se comporta *como si* fuera valiente, respetando la ley que prescribe la acción valiente como *buena* para sus compañeros en armas. Este es el sentido en el que Aristóteles habla de la justicia como virtud social, “en relación con los demás”.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “Una travagliata apologia della legge”, en Calamandrei, Piero, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 11.

<sup>152</sup> Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 1998, p. 1130a.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 1129b.

El hecho de que Aristóteles encontrara en el lenguaje común la coincidencia entre uno de los significados de la noción de “justicia” y el de “legalidad” —respetar la ley es un acto justo, en el sentido de virtuoso hacia los demás— nada dice aún sobre la presunta *justicia* —o *rectitud*, o *bondad*— de la ley, la cual si uno la sigue se comportaría virtuosamente.<sup>154</sup> Si trasladamos nuestra mirada del deber altruista de los gobernados de respetar la ley —un tema recurrente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político— al correspondiente deber de los gobernantes, nos damos cuenta de la complejidad de la noción de “legalidad”, que no puede reducirse únicamente al *gubernaculum sub lege* y al correspondiente deber que tiene titular del poder de actuar de conformidad con normas superiores. De hecho, igualmente relevante es el problema del llamado *gubernaculum per leges*, una fórmula que indica una forma específica de ejercer el poder (político) que se expresa a través de normas generales y abstractas. La igualdad de trato de los ciudadanos *en la ley*, la certeza del derecho y su inteligibilidad para los gobernados —que derivan de la sustracción de las reglas a la dimensión de lo particular y de lo contingente— siempre han sido consideradas garantías contra los caprichos del poder y el uso para fines personales de la ley.

Este capítulo estará dedicado al análisis de la noción de arbitrariedad en el campo semántico específico que se aproxima al de la *ilegalidad*. En primer lugar, se reconstruirán selectivamente los principales argumentos a favor de las tesis opuestas de la supremacía del “gobierno de los hombres” y del “gobierno de la ley”. Analizaremos las características del gobierno de las leyes, presentes en las diferentes teorías del Estado de derecho, como el gobierno *sub lege* y *per leges*, para volver al éxito que han tenido algunas figuras típicas del gobierno de los hombres y que persiste en la modernidad. Finalmente, se tratará el problema del poder

---

<sup>154</sup> Nótese, por supuesto, que la concepción de la legalidad como “virtud altruista” no excluye en absoluto que la ley deba estar respaldada por la sanción, elemento que es todo, menos altruista de la legalidad.

“extraordinario”, como aquel poder que crea espacios de arbitrariedad dentro de un sistema de legalidad.

## II. EL GOBIERNO DE LOS HOMBRES Y EL GOBIERNO DE LAS LEYES

El problema del poder arbitrario del gobernante que se comporta como si fuera *legibus solutus* remite al antiguo debate en torno a la supremacía del gobierno de las leyes sobre el de los hombres. El dilema ya analizado en el capítulo anterior respecto al *Eutifrón* de Platón fue: “¿es correcto lo que agrada a los dioses o les gusta a los dioses lo que es correcto?”. Se puede declinar aquí de una forma más específica preguntando si el mejor gobernante es el que cumple la ley, o el que encuentra nuevas soluciones a diferentes problemas, prescribiendo así *mejores* normas.<sup>155</sup>

El problema ya estaba presente en el pensamiento platónico, dependiendo de si uno se plantea la pregunta ¿cuál es la mejor ley? o ¿cuáles son las características de un buen gobernante? En las *Leyes*, Platón sostiene: “Ahí donde la ley está sujeta a los gobernantes y está privada de autoridad, veo lista la ruina de la ciudad. En cambio, donde la ley es dueña de los gobernantes y los gobernantes son sus esclavos, veo la salvación de la ciudad y la acumulación de todos los bienes que los dioses suelen otorgar a la ciudad”.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Bobbio se plantea la misma pregunta en estos términos: “¿es buen gobierno aquel en el que los gobernantes son buenos porque gobiernan respetando las leyes o aquel en el que hay buenas leyes porque los gobernantes son sabios?”. Bobbio, Norberto, “Governo delle leggi o governo degli uomini?”, (1983), en Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1991, p. 170.

<sup>156</sup> Platón, *Las leyes*, trad. al italiano, Milán, Rizzoli, 2005, p. 715d. Respecto al tipo de ley al que se refiere Platón, Strauss afirma: “el ateniense no habla aquí de la relación entre la ley y el verdadero *logos*: busca el fundamento más elevado posible de la ley. El imperio de la ley es el gobierno de Dios. Esta exigencia tan poderosa, sin embargo, carece de la claridad que poseen, a pesar de sus ambigüedades, las afirmaciones anteriores sobre el derecho y sobre el verdadero *logos*: de hecho, ignora por completo el hecho de que el gobierno

En el *Político*, sin embargo, leemos:

Así como el timonel, que siempre tiene en mente lo que es útil para el barco y los pasajeros, salva a quienes navegan con él no dando instrucciones escritas, sino estableciendo su propia ley; así, exactamente de la misma manera, ¿no surgirá, tal vez lo mismo a través de aquellos que son capaces de regir una forma recta de gobierno, ya que proporcionan la fuerza de su arte, superior a las leyes?<sup>157</sup>

Si asumimos el principio de legalidad desde el punto de vista del poder *sub lege*, por contraste, la figura del “político” en este pasaje puede interpretarse tanto como el *nomothetes*, que da una nueva Constitución al Estado, como —y quizás más propiamente— el “hombre regio”, que gobierna en virtud de su sabiduría sin considerar los *nomoi* transmitidos por la tradición; es decir, sin considerar aquellas normas consolidadas y comúnmente aceptadas. En cambio, si consideramos el principio de legalidad como el poder *per leges*, de nuevo por contraste, los argumentos a favor del gobierno de los hombres tienden a sustraer al ciudadano de la generalidad de una ley incapaz de tener en cuenta “todas las diferencias entre los hombres y sus acciones”, precisamente porque ningún arte, ni siquiera la ciencia regia, nos recuerda Platón, “enuncia algo tan simple que sea inmediatamente válido para todos los casos y para todos los tiempos”.<sup>158</sup> El argumento más fuerte en defensa del gobierno de los hombres —el cual se desvía

---

de las leyes es el gobierno de las leyes instituidas por los seres humanos. Esto, sin embargo, parece claro: la ley de origen divino que los atenienses tienen en mente no puede considerarse que surja del diálogo entre el legislador humano y un dios, como en el caso de la legislación de Minos, de la que se decía que había originado de su hijo de Cronos”. Strauss, Leo, *Le “Leggi” di Platone. Trama e argomentazione*, (1975), trad. al italiano, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006, p. 85.

<sup>157</sup> Platón, *Político*, *cit.*, p. 296e. La expresión “timonel”, a veces traducida como “piloto”, es la traducción de *kybernetes*, el que sostiene el timón, cuyo calco latino es *gubernator*.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 294b.

de las leyes establecidas y de la forma misma del derecho general y abstracto— está representado precisamente por el problema de la concreción de las diferentes situaciones a las que se enfrenta el “hombre regio”. El gobierno de los hombres es el gobierno de la excepción, ya que la normalidad en política no existe: cada caso —o la gran mayoría de los casos— es uno específico y, como afirma William Blake, resumiendo el pensamiento de antiguos y modernos, “Generalizar es una estupidez. Mirar el detalle es el único comportamiento responsable”.<sup>159</sup>

La hipótesis de la superioridad del “gobierno de las leyes” es ciertamente más exitosa en la historia del pensamiento político. En su defensa se esgrimen diversos argumentos que, de nuevo, pueden clasificarse como partiendo del problema de la jerarquía de las normas o de la forma de la ley. El primer grupo de argumentos está bien resumido en el aforismo de Bracton: *rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*.<sup>160</sup> En primer lugar, la *lex che facit regem* es la regla de atribución que identifica quién, y sobre la base de qué título, tiene el poder; por ejemplo, la norma que regula la sucesión al trono. En un segundo sentido, se trata de la regla procedimental que prescribe los modos (las reglas formales) en los que se debe ejercer el poder político. Por ejemplo, el procedimiento legislativo ordinario prescrito por los artículos 70-82 de la Constitución italiana y los reglamentos parlamentarios. En un tercer significado, la “ley que limita a los hombres” es aquella que regula el ejercicio del poder, vinculando el contenido de los actos que produce; es decir, prescribiendo que sean conformes, o no contradictorios, con la *lex superior*, entendida

---

<sup>159</sup> Sobre el tema, véase Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio...*, cit., de la que se extrae la cita en la p. 9.

<sup>160</sup> De Bracton, Henry, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, Cambridge, Harvard University Press, 1968, t. II, p. 33. Sobre el pensamiento de Bracton véase, al menos, Maitland, Frederic William (comp.), *Bracton's Note Book*, (1887), Buffalo, William S. Hein & Co., 1999; Kantorowicz, Hermann, *Bractonian Problems*, Glasgow, Jackson, Son & Co., 1941; McIlwain, Charles H., *op. cit.*, sobre todo pp. 89 y ss.

esta última como garantía contra la excesiva libertad de acción del gobernante. Este es el caso antes mencionado del “llamado al cielo” de Locke, al que los ciudadanos tendrían derecho a recurrir si estas limitaciones fueran violadas. En cambio, si se analiza el gobierno de las leyes desde el punto de vista de la legalidad como principio de poder *per leges*, los argumentos en su favor se basan en la crítica a la singularidad de las prescripciones de ese poder que se expresa exclusivamente a través de órdenes extemporáneas y particulares.

En la literatura antigua, la defensa más famosa del paradigma del gobierno de las leyes la propone Aristóteles, quien fue el primero —a diferencia de Platón— en oponer explícitamente ambas visiones. En el libro tercero de la *Política* leemos: “Los gobernantes también necesitan la ley que da prescripciones universales, porque el elemento al que no es posible ser sujeto de pasiones es mejor que aquel al que las pasiones son inherentes. Ahora bien, la ley no tiene pasiones, que necesariamente se encuentran en toda alma humana”.<sup>161</sup> La idea de la “ley libre de pasiones” constituye para Aristóteles uno de los criterios para distinguir el buen gobierno del mal gobierno. El otro criterio —complementario del anterior— es el del bien común, entendido como el interés común de gobernantes y gobernados. Aristóteles distingue tres tipos fundamentales de poder legítimo: el poder paterno, del padre sobre su hijo, ejercido en interés de los hijos; el poder del amo sobre el esclavo, ejercido en interés del amo, y el poder político del gobernante sobre los gobernados, ejercido en interés de ambos.<sup>162</sup> En este tercer caso toma forma el paradigma aristotélico del buen gobierno, que es aquel que se ejerce en interés de la comunidad y no de una de sus partes,<sup>163</sup> y en el respeto de la justicia (como legalidad) entendida como una virtud completa.

---

<sup>161</sup> Aristóteles, *Política*, *cit.*, p. 1286a.

<sup>162</sup> *Ibidem.*, p. 1255b y ss.

<sup>163</sup> Como es sabido, Aristóteles consideraba a algunos individuos, así como a algunos pueblos, esclavos por naturaleza. Las monarquías asiáticas se consideraban formas legítimas de ejercer el poder.

De las otras dos formas de poder político, las figuras del soberano-padre o del soberano-amo provienen tipos ideales de gobierno de los hombres vinculados a concepciones paternalistas o patrimonialistas de la comunidad política.<sup>164</sup> El Estado como “familia numerosa” en la que el gobernante administra los asuntos públicos en interés de sus súbditos, como lo hace un padre en interés de sus hijos es también un *topos* del pensamiento político, que abarca desde las antiguas metáforas del buen pastor<sup>165</sup> hasta experiencias de absolutismos ilustrados y las más diversas teorías de las llamadas democracias sustanciales gobernadas *pour le peuple y non par le peuple*. La característica común de las más diversas críticas a este ideal es precisamente la confianza en la ley como posible barrera al poder caprichoso y desregulado.

La crítica del paternalismo es un rasgo común de las teorías modernas del gobierno de las leyes que reciben el nombre de “Estado de derecho”. Según Kant, “Un gobierno fundado en el principio de benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un padre hacia sus hijos, es decir, un gobierno paternalista (*imperium paternale*)... es el peor despotismo que se pueda imaginar”.<sup>166</sup> La idea del hijo-súbdito (incluso antes que la del padre-soberano) contrasta claramente con la idea ilustrada del ciudadano que emerge de la minoría de edad para participar en una comunidad política de personas libres e iguales. Es interesante recordar también las palabras de Federico Guillermo II de Prusia en la orden real del 12 de octubre de 1794, en la que confirmaba la prohibición de la publicación de *La religión* de Kant. En este documento, el rey se define a sí mismo como “padre de nuestro pueblo”.<sup>167</sup> La de Kant

---

<sup>164</sup> Bobbio, Norberto, “Governo delle leggi o governo degli uomini?”, *cit.*, p. 182.

<sup>165</sup> Véase, por ejemplo, Platón, *Político*, *cit.*, p. 261d: “un hombre político se parecerá más bien a alguien que lleva a pastar grupos de caballos y bueyes”.

<sup>166</sup> Kant, Immanuel, “Según el dicho común: esto puede ser cierto en teoría, pero no es cierto en la práctica”, (1793), trad. al italiano, en Kant, Immanuel, *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 138.

<sup>167</sup> Kant, Immanuel, *La religione nei limiti della semplice ragione*, (1793), trad. al italiano, Turín, Chiantore, 1943, p. VIII.

es también una apología indirecta del gobierno de las leyes<sup>168</sup> que sustituye al gobierno del soberano-padre (o soberano-amo) incluso si fuese el “mejor” o el hombre más virtuoso.<sup>169</sup>

La expresión “Estado de derecho” normalmente se emplea para indicar dos modelos teóricos con una evolución histórica diferente: la noción de sello anglosajón del *Rule of Law* y la del *Rechtstaat* continental, de origen alemán. La primera, que traduce justamente la expresión “gobierno de las leyes” o “principio de legalidad”, se entiende generalmente como la sumisión de cualquier acto del Estado a alguna fuente normativa. La fórmula *Rule of Law* nace en el siglo XIX, pero tiene raíces mucho más antiguas y antepasados ilustres entre los que se encuentra, en primer lugar, la *Magna Charta*<sup>170</sup> (1215), en la que se proclaman los derechos subjetivos contra la intrusión “arbitraria” del Estado, pasando por el *Habeas Corpus*<sup>171</sup> (codificado en 1679, pero influyente en la jurisprudencia inglesa desde al menos el siglo XII), la *Petition of Right*<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> Según Fabrizio Cattaneo, el gobierno *per leges* sería la característica distintiva de la noción kantiana de “república”, en tanto que específicamente diferente de la forma de gobierno despótica donde el poder se ejerce arbitrariamente, *Cfr.* Cattaneo, Fabrizio, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Turín, Giappichelli, 2013, pp. 25 y ss.

<sup>169</sup> Nótese, sin embargo, que este problema ya está presente en *La República* de Platón.

<sup>170</sup> Carta concedida por el rey Juan en 1215 y confirmada por el Parlamento en numerosas ocasiones por soberanos posteriores. La reconfirmación de 1225 es importante. Algunos puntos volvieron a aparecer en la Petición de Derecho de 1628, cuando, contra el absolutismo que se avecinaba, la Carta Magna fue redescubierta y actualizada gracias a Sir Edward Coke. Véase el apéndice de Nicola Matteucci a la edición italiana de McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 193.

<sup>171</sup> Norma que garantiza la libertad del ciudadano frente a cualquier arresto o forma de detención arbitraria. Este principio se remonta a la Ley de Habeas Corpus de 1679, que simplemente reiteró y aclaró algunos principios de la Carta Magna (McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 191).

<sup>172</sup> Generalmente por *petition* se entiende, hoy, una petición, pregunta o solicitud escrita del ciudadano dirigida a los poderes establecidos. En el pasado se trataba de un procedimiento parlamentario contra la Corona. La *Petition of Right* de 1628 se refería a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos

(1628) y el *Bill of Rights*<sup>173</sup> (1689). El nacimiento del primer parlamento moderno (con la revolución de 1643<sup>174</sup>), supremo órgano legislativo que después dará vida al “modelo Westminster”,<sup>175</sup> debe leerse dentro de esta tradición jurídica. La diferencia con el modelo continental (posterior) del “Estado de derecho” consiste en la garantía prevalentemente jurisprudencial de los derechos individuales (sobre todo aquellos de libertad) en un sistema de derecho consuetudinario (*common law*) que convive con la ley producto del parlamento (*statute law*)<sup>176</sup>, con la que, sin embargo, está constantemente en conflicto.

En la expresión *Rule of Law*, parecen confundirse significados muy diferentes entre ellos. La supremacía de la ley, ante todo,

---

ingleses, y posteriormente fue aceptada por Carlos I (McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 193).

<sup>173</sup> Declaración de derechos que fue dirigida por el parlamento inglés (por *Bill* se entiende un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria) a los príncipes de Orange tras su ascenso al trono en 1688 e inmediatamente transformada en ley (McIlwain, Chales, *op. cit.*, p. 188).

<sup>174</sup> Sobre la compleja relación entre continuidad e innovación en la Inglaterra de la primera revolución, véase Mastropaolo, Alfio, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della Costituzione nella rivoluzione inglese*, Nápoles, Jovene, 2009.

<sup>175</sup> Con la expresión “modelo Westminster” se hace referencia tanto al sistema de gobierno británico en su conjunto, como a algunas de sus características específicas. En esta segunda acepción son, al menos, dos los usos que se le hacen actualmente: ya sea como sinónimo de “sistema parlamentario” o para indicar países donde está vigente un sistema electoral basado en circunscripciones uninominales. Véase, entre otros, Dahrendorf, Ralf, *Después de la democracia. Entrevista a cargo de Antonio Polito*, Roma-Bari, Laterza, 2001; Sartori, Giovanni, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bolonia, Il Mulino, 1995, pp. 115 y ss.; Luciani, Massimo, “Westminster e White House: i due paradigmi”, *Teoria Politica*, año III, 2013.

<sup>176</sup> Indica una ley escrita, decidida o establecida, distinta de la ley no escrita de formación jurisprudencial (el derecho consuetudinario). Esta categoría muy general incluye las leyes del Parlamento (*Acts of Parliament*), pero también los actos de legislación delegada y de carácter reglamentario, incluidos los de las autoridades locales. Antiguamente, indicaba cualquier acto de carácter legislativo dictado por la autoridad real (también llamado carta, assisa, constitutio, provisio) y también todos los actos adoptados en una legislatura. *Cfr.* Matteucci, apéndice a McIlwain, Charles, *op. cit.*, p. 195.

puede indicar que la fuente del derecho que prevalece es la *statute law*, porque es producto del parlamento como órgano soberano. Es célebre el dicho “*the Parliament of England can do anything it wants except change a man into a woman*” (el Parlamento de Inglaterra puede hacer lo que quiera menos convertir a un hombre en una mujer). En un segundo significado, la ley suprema es la ley constitucional en sentido amplio, el derecho consuetudinario que atribuye el poder y lo vincula a través de las “libertades inglesas”. De acuerdo con el jurista William Edward Hearn, “*the wind might whistle around the poor man’s straw-built hut, although the rain might enter it, the King could not*” (el viento podrá soplar alrededor de la casa de paja de un pobre, [pero] si bien la lluvia puede entrar en ella, el Rey no podría).<sup>177</sup>

En un tercer significado, *Rule of Law* representa los instrumentos jurídicos con los cuales las cortes limitan el poder del parlamento más allá de las leyes fundamentales entre las que se encuentra, por ejemplo, el principio del “precedente vinculante”. El desarrollo contextual de las garantías propias del *Rule of Law* a nivel jurisprudencial y del modelo de soberanía parlamentaria constituye la característica distintiva del primer “Estado de derecho” en sentido moderno. A este le sucedieron experiencias igualmente relevantes, como la estadounidense, en la que se introduce una Constitución escrita (1787), las enmiendas que van a constituir el *Bill of Rights* (1791) y el mecanismo del *Judicial Review*<sup>178</sup> (1803), éstas se integraron al sistema jurídico de *common*

---

<sup>177</sup> Hearn, William E., *The Government of England: Its Structure and Its Development*, Melbourne, George Robertson, 1867, p. 88.

<sup>178</sup> El sistema jurídico de Estados Unidos proporciona, por primera vez en la historia, un sistema de revisión constitucional de las leyes ordinarias por parte del Poder Judicial. Este mecanismo se logró gradualmente. En 1787 la Convención de Filadelfia finalizó con la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos que sustituyó a los Artículos de la Confederación, el primer acto administrativo tras la victoria en la Guerra de Independencia. La Constitución, en su artículo III, prevé la creación de un Tribunal Supremo federal, instancia definitiva e inapelable de sentencia y único tribunal regulado a nivel constitucional. La ratificación de la Carta Constitucional fue motivo de amargos enfren-

*law*, fomentando un proceso generalizado de revisión de la legislación ordinaria.

La expresión alemana *Rechtsstaat* también se impuso en el léxico jurídico a partir del siglo XIX. Los autores del llamado *Staatslehre* recogen el legado ilustrado de reflexión sobre los resultados de la Revolución francesa, comparándose con las cuestiones ya presentes en la obra de Kant, referencia continua e imprescindible para toda la literatura sobre el tema. Como primera aproximación, se puede decir que Kant se enfrenta al problema de la compatibilidad de la concepción moderna de la soberanía del poder estatal con la libertad de los individuos que forman el cuerpo social: hacer coexistir los presupuestos teóricos de Hobbes con los de Locke, para luego reflexionar sobre la cadena de acontecimientos que condujeron desde los levantamientos del 89 hasta el terror jacobino.

Este es el contexto en el que también se afirma la segunda de las expresiones con las que hoy se entiende “Estado de derecho”.<sup>179</sup> Para autores como Carl Friedrich von Gerber, y sobre todo, Paul Laband, el Estado sigue siendo superior al derecho, entendido como producto del poder político. Para ellos,

---

tamientos dentro de los distintos estados federados debido al fortalecimiento del poder federal central. El resultado de las negociaciones fue la aprobación, simultáneamente con la ratificación de la Constitución, de las diez primeras enmiendas que proponían una fuerte limitación de la discrecionalidad legislativa, tanto de los estados individuales como del gobierno federal. Estas enmiendas, resumidas posteriormente bajo el nombre de Declaración de Derechos, son una lista de derechos fundamentales que el gobierno debe reconocer a todos los ciudadanos estadounidenses. Sólo en 1803 la Corte Suprema, con el famoso fallo del caso *Marbury vs. Madison*, introducirá el mecanismo de inaplicación de leyes declaradas inconstitucionales.

<sup>179</sup> En el ensayo “El Estado de derecho: una introducción histórica” (en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2003) Pietro Costa reconstruye los antepasados modernos del “Estado de derecho”, lo que refleja muy bien la tensión entre el evidente linaje ilustrado de esta doctrina y su afirmación dentro del paradigma historicista alemán del siglo XIX.

el Estado es el único sujeto de derecho público.<sup>180</sup> Será después Georg Jellinek quien teorice una forma de Estado que se limita a sí misma mediante el derecho,<sup>181</sup> y Max Weber quien introduzca un análisis sociológico del Estado, que reconoce en las formaciones modernas esos sistemas organizativos<sup>182</sup> en los que el derecho positivo tiene prioridad sobre otras formas de regulación social. El “Estado de derecho” está legitimado por la subordinación misma del Estado, entendido como monopolio de la fuerza; al derecho, entendido como producción positiva de normas sobre la producción de normas. Este es el sentido de la afirmación de Weber cuando sostiene que la justificación eminentemente moderna del poder descansa en el principio de racionalidad de los sistemas jurídicos.<sup>183</sup> Sin embargo, es con Hans Kelsen que se afirma una teorización completa del *Rechtsstaat*: el Estado es considerado como una entidad jurídica y, en consecuencia, la teoría del Estado se reduce a una parte de la teoría del derecho,<sup>184</sup> según un proceso de “juridificación del Estado y estatización del derecho”.<sup>185</sup>

El posterior proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos tiene la función de acercar dos modelos muy alejados entre ellos.<sup>186</sup> Este acercamiento, sin embargo, es posible

<sup>180</sup> Véase Portinaro, Pier Paolo, “Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all’unificazione europea”, *Teoria Politica*, vol. 21, núm. 1, 2005, p. 10.

<sup>181</sup> Para una crítica desde el punto de vista del “Estado constitucional de derecho” del derecho público alemán, véase Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 18 y ss.

<sup>182</sup> Véase Morgan, Gareth, *Images. Le metafore dell’organizzazione*, (1986), trad. al italiano, Turín, Franco Angeli, 1995, sobre todo el capítulo 2; Itzcovich, Giulio, “Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 31, núm. 2, 2001.

<sup>183</sup> Weber, Max, *op. cit.*, vol. I, pp. 212 y ss. y vol. II, pp. 185 y ss.

<sup>184</sup> Kelsen, Hans, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (1934), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2000, pp. 140 y ss.

<sup>185</sup> Bobbio, Norberto, “Max Weber e Hans Kelsen”, (1981), en Bobbio, Norberto, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1992, p. 172.

<sup>186</sup> Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris... cit.*, vol. I, p. 486; Barberis, Mauro, *L’Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, cap. III en el que, entre otras cosas,

en virtud de la característica común a las diversas teorías constitucionales, antiguas y modernas, así como las define Charles McIlwain: “La más antigua, más persistente y más duradera de las características esenciales del verdadero constitucionalismo sigue siendo la que era entonces, la limitación del gobierno a través del derecho. Si los “límites constitucionales” no son la parte más importante de nuestra doctrina constitucional, ciertamente son la más antigua”.<sup>187</sup> El paradigma del Estado de derecho, como esa forma de Estado en el que el poder está limitado por el derecho es, por tanto, el marco significativo dentro del cual se debe pensar en las posibles declinaciones de la noción de “arbitrariedad” como ilegalidad.

### III. LA LEY: GOBIERNO *SUB LEGE* Y GOBIERNO *PER LEGES*

El ideal del gobierno de las leyes encierra dos aspectos distintos y complementarios. Esta duplicidad se expresa claramente en las fórmulas tradicionales *gubernaculum sub lege* y *gubernaculum per leges*. La primera se refiere al ejercicio del poder conforme a normas superiores. La segunda a aquella forma de poder que se expresa a través de normas generales y abstractas. El ideal del “gobierno *sub lege*” es típico del pensamiento antiguo y moderno del derecho natural (y del derecho racional), al mismo tiempo que es la base de las teorías jurídicas positivistas del Estado, en las que se le impone al poder la obligación de actuar de conformidad con la ley, tanto en la forma (Estado legislativo) como en el contenido (Estado constitucional).

La oposición a un poder que pretende ser *super legem*, es decir, *legibus solutus* en el sentido de estar libre de toda coacción, puede

---

se propone una división tripartita (más que dicotomía) entre el modelo práctico inglés, el modelo técnico francés y el modelo teórico alemán en relación con algunos aspectos concretos (p. 109).

<sup>187</sup> McIlwain, Charles, *op. cit.*, p. 45.

manifestarse de varias maneras: desde las palabras de Antígona que acusa a Creonte de tiranía porque viola las leyes tradicionales sobre el entierro de los muertos, hasta las sentencias de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias cuando entran en conflicto con normas superiores a ellas. Por otra parte, la expresión “gobierno *per leges*” recuerda el complejo problema del carácter universal de las normas. La universalidad puede ser característica tanto del sujeto que realiza la acción regulada como de la acción realizada. Una norma universal respecto al sujeto se llama “general”, que es contrario de “individual”; una norma universal respecto a la acción se llama “abstracta”, el opuesto de una “concreta”. De acuerdo con una de las clasificaciones estipulativas propuestas por Bobbio, se puede denominar mandato o *comando* a una norma que se refiere a una sola persona, es decir, individual. En cambio, una norma concreta o relativa a una acción única puede denominarse *orden*.<sup>188</sup> Si pensamos, por ejemplo, en la *Antígona* de Sófocles, la sentencia de muerte dictada por Creonte contra Antígona es un “mandato” o “comando” (para el verdugo): el edicto que prohíbe el entierro del (único) cadáver de Polinices es una “orden”.

La preferencia que se le da a sistemas compuestos, principalmente por reglas de conducta generales y abstractas, se basa en los dos valores clave del ideal del Estado de derecho: la igualdad y la certeza. La igualdad *ante la ley* —el carácter formal de la igualdad jurídica— sería el efecto de la *generalidad* de las normas desde la construcción de una categoría de sujetos (por ejemplo, todos los ladrones) y garantiza que ningún individuo pueda ser privilegiado o discriminado por la ley. La “certeza” del derecho, por otra parte, estaría garantizada por el carácter *abstracto* de las reglas, en el sentido de que la caracterización típica —o estandarización— de la acción ordenada (o prohibida) —por ejemplo, el robo— permite conocer de antemano las consecuencias (legales) de sus comporta-

---

<sup>188</sup> Bobbio, Norberto, “Norma giuridica”, (1964), en Bobbio, Norberto, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 223.

mientos. La definición *abstracta* del caso (robo), es decir, “sin tener en cuenta la concreción y puntualidad en el espacio y el tiempo de los comportamientos individuales”, implica y está implícita en la definición general de las categorías de sujetos (ladrones), es decir, “sin tener en cuenta los datos de identidad de las personas”.

En este caso, el problema de la justicia como legalidad adquiere un significado adicional (pero aún formal) en comparación con la mera observancia de leyes superiores por parte del poder. Según Bobbio, “Pensamos que la generalidad y la abstracción son requisitos no de la norma jurídica tal como es, sino como debería ser para corresponder al ideal de justicia, según el cual todos los hombres son iguales, todas las acciones son ciertas; es decir, son exigencias, *no tanto de la norma jurídica* (es decir, de la norma válida en un determinado sistema), *sino de la norma justa*”.<sup>189</sup> Las teorías del Estado de derecho nacen precisamente de la eliminación de la discriminación en forma de ley, tanto mediante la abolición de derechos especiales (por ejemplo, diversificados por clases) como mediante una codificación cada vez más rigurosa de los supuestos, de los cuales el *Code civil* napoleónico constituye el primer gran modelo moderno.

En resumen, la legalidad opera, al menos, en dos niveles diferentes, cada uno de los cuales afecta un aspecto específico del problema. Si miramos la relación entre el derecho y los actos de poder, diremos que el soberano siempre debe someterse a normas superiores; si miramos la relación entre gobernante y gobernados, diremos que el primero debe expresarse a través de reglas generales y abstractas. Este último elemento —el ideal del *gubernaculum per leges*— permite precisar el vínculo conceptual entre arbitrariedad e ilegalidad: lo relevante no es tanto la obediencia a la ley como tal, que es también un tema de gran importancia en la historia del pensamiento político, más bien la advertencia contra decisiones particulares, tomadas “caso por caso”.

---

<sup>189</sup> Bobbio, Norberto, *Teoria generale del diritto*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 149.

#### IV. LOS HOMBRES: EL HÉROE, EL SABIO, EL JUSTO

Como ya se ha señalado, un abordaje del problema de la legalidad como criterio para juzgar el poder no estaría completo si no se examinaran las figuras clásicas del gobierno de los hombres, cuya defensa se encuentra en antítesis parcial con los argumentos a favor del paradigma del Estado de derecho reconstruido hasta ahora. Entre estas figuras emergen las del gran legislador, el fundador de Estados y el gran juez. Los dos primeros se remontan al género del sabio (Mínos,<sup>190</sup> Licurgo,<sup>191</sup> Solón<sup>192</sup>) y del héroe (Moisés,<sup>193</sup> Ciro,<sup>194</sup> Teseo,<sup>195</sup> Rómulo<sup>196</sup>). Aunque son figuras simbólicas del poder personal, no están en total antítesis con el paradigma del Estado de derecho. En todo caso, estos personajes resuelven el problema de

<sup>190</sup> “Entre ellos se encuentra Knossos, gran ciudad, en la que Minos, confidente del gran Zeus, reinó durante nueve años”. Homero, *Odisea*, s/f.

<sup>191</sup> “Y así pasaron a un régimen de leyes sabias: Licurgo, hombre muy influyente entre los espartanos, había ido a Delfos a consultar el oráculo; e inmediatamente, apenas entró en el santuario del templo, la Pitia hizo esta declaración: «...Dudo si debo proclamarte dios u hombre; pero creo que eres mucho más un dios, oh Licurgo». Herodoto, *op. cit.*, p. 65.

<sup>192</sup> “El tercer cambio [constitucional], después de las luchas civiles, es el ocurrido con Solón, a partir del cual comenzó la democracia”. Aristóteles, *Política e Costituzione d’Atene*, trad. al italiano, Turín, Utet, 1992, p. XLI.

<sup>193</sup> “Ya no se ha levantado en Israel profeta como Moisés (aquel con quien el Señor habló cara a cara) por todas las señales y prodigios que el Señor le había enviado a hacer en la tierra de Egipto, contra el Faraón, contra sus ministros y contra toda su patria y por la mano poderosa y el gran terror implementado por Moisés desde ante los ojos de todo Israel”. *Deuteronomio*, 34, 5-12.

<sup>194</sup> “La continuación de mi narración requiere que busquemos quién fue Ciro que derrocó el reino de Creso y cómo los persas llegaron a dominar Asia”. Herodoto, *op. cit.*, I, p. 95.

<sup>195</sup> “Qué sabio, impuso un nuevo orden al país”. Tucídides, *Historia*, Turín, Utet, 2005, p. 15.

<sup>196</sup> “Rómulo parecía poseer mayor sentido y capacidad para gobernar, demostrando a sus vecinos, en materia de caza y pastoreo, una profunda conciencia de haber nacido más para mandar que para obedecer”. Plutarco, *Vida de Rómulo*, Turín, Utet, 1992, p. 3.

la *regressio ad infinitum* que surge de la pregunta de quién planteó la (buena) ley. El gran legislador es precisamente aquel que, al establecer la ley, sanciona el fin del gobierno de los hombres. Como Licurgo, quien, saliendo de Esparta para consultar el oráculo, recomienda que la ciudad reunida en asamblea no cambie las leyes que dictó hasta su regreso: un regreso que nunca sucederá. Al definir a estos *héroes* como “individuos cósmico-históricos”, Hegel afirma que “saben cuál es la verdad de su mundo y de su tiempo, cuál es el concepto, el universal próximo a ascender”<sup>197</sup> y, por ello, contribuyen de manera decisiva en aquellos momentos en los que “la historia del mundo, el espíritu del mundo, avanza”.<sup>198</sup>

En la modernidad, el uso del tipo del “fundador de Estados y sistemas” sobrevive y se pueden encontrar versiones ilustres en *El Príncipe*, de Maquiavelo, y el *Contrato Social*, de Rousseau. Maquiavelo, después de haber distinguido entre repúblicas y principados, y dividir a los principados entre hereditarios y nuevos, dedicó una de sus obras más famosas a la figura del “nuevo príncipe”. Para ello, se reconstruyen las posibles vías para conquistar el poder, a través de los pares virtud-suerte y violencia-consentimiento. Maquiavelo sustituye la clasificación tradicional de las formas de gobierno y los criterios clásicos para distinguir el buen gobierno del mal gobierno por el único criterio de la eficacia del poder. En las páginas finales de *El Príncipe*, en referencia al problema de la unidad del Estado y del “nuevo príncipe” esperado para Italia, se dice:

Me parece que suceden tantas cosas en beneficio de un nuevo príncipe que no sé qué momento hubierse sido más adecuado que este. Y si, como dije, era necesario querer ver la virtud de Moisés, que el pueblo de Israel estaba en Egipto, y conocer la grandeza del alma de Ciro, que los persas estaban siendo oprimidos por los

---

<sup>197</sup> Hegel, Georg W. F., *Lezioni sulla filosofia della storia*, (1840), trad. al italiano, Firenze, La Nuova Italia, 1981, p. 88.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 87.

medos y la excelencia de Teseo, que los atenienses se dispersaron. Así que, en la actualidad, queriendo conocer la virtud de un espíritu italiano, era necesario que Italia se redujera al punto en el que se encuentra hoy, y que estuviera más estancada que los judíos, fuera más servil que los persas, más dispersa que los atenienses; sin líder, sin orden, golpeada, despojada, desgarrada (*corsa*), y sometida a todo tipo de ruina.<sup>199</sup>

En Rousseau, sin embargo, se retoma el *topos* del gran legislador que propone un modelo de gobierno para distinguirlo del buen gobernante, el cual ejerce los poderes impuestos por el modelo:

Para descubrir las normas constitutivas de las sociedades que mejor convienen a las naciones, se necesitaría un intelecto superior, que conociera todas las pasiones de los hombres sin sentir ninguna de ellas; que no tuviese relación alguna con nuestra naturaleza pero que la conociera a fondo; cuya felicidad fuese independiente de la nuestra, pero que, sin embargo, quisiera cuidar de buena gana de la nuestra; que finalmente, preparándose para una gloria remota en el tiempo, podría trabajar en un siglo y disfrutar en otro. Se necesitarían dioses para dar leyes a los hombres.<sup>200</sup>

El gran legislador, entonces, es la figura mítica o mítico-histórica que cumple la función fundacional, de manera análoga tanto al derecho natural en el pensamiento iusnaturalista como a la teoría del *pactum unionis* en el contractualismo. En Locke, por ejemplo, el contrato obliga tanto a los súbditos a la obediencia de las leyes civiles como al soberano a la obediencia de las naturales.

La razón por la que los hombres entran en sociedad es la conservación de su propiedad, y el fin por el cual eligen y dan autoridad

---

<sup>199</sup> Machiavelli, Nicolò, *Il Principe*, (1513), Turín, Einaudi, 1995, p. 34.

<sup>200</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale*, cit. p. 57.

al legislativo es que se hagan leyes y se establezcan reglas, como salvaguardar y defender la propiedad de todos los miembros de la sociedad, limitar el poder y moderar el dominio de cada parte o miembro de la propia sociedad.<sup>201</sup>

Si el héroe y el sabio son figuras de gobierno personal que remiten a los mitos fundacionales de las Constituciones, el papel que asume en la literatura la figura del “gran juez” es diferente. En él encontramos las características del “hombre regio” platónico, refiriéndose a las prerrogativas del poder de juzgar disputas en casos concretos. Incluso la figura del gran juez recorre toda la historia del pensamiento, desde Salomón, cuyos proverbios sirven “para conocer la sabiduría y la disciplina, para comprender dichos profundos, para adquirir una educación ilustrada, equidad, justicia y rectitud, para dar a los inexpertos conocimiento y reflexión a los jóvenes”,<sup>202</sup> hasta el ideal del juez “de capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumanos” descrito por Ronald Dworkin y llamado con el imaginativo nombre de Hércules:

Por lo tanto, haríamos bien en considerar cómo un filósofo-juez podría desarrollar, en casos apropiados, teorías sobre los requisitos de la *ratio legis* y los principios jurídicos. En primer lugar, construiría estas teorías de la misma manera que un filósofo-árbitro reconstruiría la naturaleza de un juego. Para ello he inventado

---

<sup>201</sup> Locke, John, “Secondo trattato sul governo”, *cit.* p. 392. Incluso en Kant, donde, sin embargo, hay posiciones inspiradas en la teoría de la voluntad general de Rousseau, el contrato es “una simple idea de razón, pero que sin duda tiene su propia realidad (práctica): es decir, su realidad consiste en obligar a cada legislador a dictar leyes como si derivaran de la voluntad común de todo un pueblo y en considerar a cada sujeto en tanto quiere ser ciudadano, como si hubiera dado su consentimiento a tal testamento. Ésta es, de hecho, la piedra de toque de la legitimidad de cualquier derecho público”. Kant, Immanuel, *Sul detto comune*, *cit.*, p. 143.

<sup>202</sup> *Proverbios*, 1, 2-6.

un jurista con capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumanos, al que llamaré Hércules.<sup>203</sup>

Tanto Salomón como el Hércules de Dworkin representan al gran juez como el “árbitro-filósofo”, que extrae preceptos muy generales de justicia de la “historia de la humanidad” y los aplica a casos concretos, sustrayéndolos de la generalidad del derecho. Si se analiza desde este punto de vista, el problema de los límites al ejercicio arbitrario del poder queda completamente trastocado, sustraído de la protección del principio de legalidad y devuelto al terreno de la contingencia de situaciones particulares y difíciles: ésta es la idea de quien considera que *sólo* Hércules puede ser “justo”<sup>204</sup> —como para ser incluido dentro de categorías (demasiado) generales.

El problema de la relación entre generalidad y particularidad de las decisiones sigue siendo la cuestión central del eterno debate entre quienes defienden el ideal del gobierno de los hombres y quienes prefieren el de la ley. Los primeros acusan a los segundos de confiar superficialmente en reglas demasiado generales para ser adecuadas a una realidad cambiante y multifacética. Por el contrario, estos últimos acusan a los primeros de imaginar una justicia —que Max Weber comparará con la de Cadi— que no conoce ninguna “motivación racional de la sentencia”,<sup>205</sup> en otras palabras, *libre*.

---

<sup>203</sup> Dworkin, Ronald, *I diritti presi sul serio*, (1977), trad. al italiano, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 162.

<sup>204</sup> En estos términos, la noción de justicia se refiere a la compleja relación entre estricto *ius*, *equitas* y *pietas*. Al criticar las concepciones puramente legalistas de la justicia, Leibniz reprocha a Hobbes una simplificación de la tríada ulpiana del derecho natural que privilegiaría el *ius* estricto, frente a la *equitas* —sobre cuya supuesta eliminación del sistema hobbesiano está abierto el debate— y, sobre todo, a la *pietas*. Al respecto, véase Leibniz, Gottfried W., *op. cit.*, p. 235. A propósito, véase también Basso, Luca, “Unità e pluralità nel pensiero politico di Leibniz”, en Ruocco, Gionvanni y Scuccimarra, Luca (eds.), *Il governo del popolo*, Roma, Viella, 2011, vol. 1, pp. 182 y ss.

<sup>205</sup> Weber, Max, *op. cit.*, vol. II, p. 290.

## V. PODER EXTRAORDINARIO Y GOBIERNO POR DECRETOS

El modelo del hombre regio no se remonta exclusivamente a la figura del gran juez. El problema del poder personal que se libera de la rigidez de la ley para afrontar situaciones difíciles está en el centro de la literatura sobre el estado de excepción, entendido como aquella circunstancia que activa una forma particular de “gobierno de los hombres” —y, por tanto, de poder *libre*, o *liberado* de un cierto número de vínculos y límites— al que hay que recurrir cuando el “gobierno de leyes” no es capaz de gestionar nuevas situaciones que surgen en momentos de “crisis”.<sup>206</sup>

El estado de emergencia,<sup>207</sup> así como el “estado de sitio” presente en muchas constituciones contemporáneas, justifica el establecimiento de poderes extraordinarios cuando se pone en peligro la existencia misma del Estado. La supervivencia de éste se

---

<sup>206</sup> En un ensayo sobre la “excepción” en la baja Edad Media, Massimo Vallerani habla del instrumento jurídico del *arbitrium*, destacando dos características fundamentales en relación con el poder señorial: “en primer lugar, su poder coincide con su voluntad... En segundo lugar, se trata de la superioridad derogatoria de su poder en comparación con la legislación existente y también con respecto al derecho romano y al derecho interno”. Vallerani, Massimo, “Paradigmi dell’eccezione nel tardo medioevo”, *Storia del Pensiero Politico*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 203-204.

<sup>207</sup> Véase, entre otros, Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton, Princeton University Press, 1948; Lobel, Jules, “Emergency Power and the Decline of Liberalism”, *Yale Law Journal*, vol. 98, 1989; Saint-Bonnet, François, *L’état d’exception*, París, Puf, 2001; Marazzita, Giuseppe, *L’emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milán, Giuffrè, 2003; Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers”, *I.con*, vol. 2, 2004; Gross, Oren, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Mindus, Patricia, “Nostalgia per Cincinnato? Elementi per una fenomenologia dell’emergenza”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. 2, 2007; Ramraj, Victor (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Kalyvas, Andreas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

convierte en el único objetivo posible de la acción política según la máxima *salus rei publicae suprema lex*, una motivación lo suficientemente fuerte como para suspender las garantías legales previstas por la Constitución. Se trata de un poder extraordinario establecido con el fin de preservar lo ordinario. Entre las instituciones antiguas más famosas de la emergencia se encuentra la dictadura, que más tarde sería llamada comisaria. En la Roma republicana, si la supervivencia misma del Estado estaba en peligro —ya sea por un peligro externo (*rei publicae gerundae causa*) o por un levantamiento interno (*seditionis sedandae causa*)—, los cónsules nombraban, a propuesta del Senado, un dictador (*dictator*) que asumía plenos poderes por una duración máxima de seis meses.

No faltan partidarios de tales instituciones, incluso en la era moderna. Rousseau, por ejemplo, dedica un capítulo entero del *Contrato social* a la institución de la dictadura. En momentos raros y excepcionales, y por períodos de tiempo limitados, puede surgir la necesidad de confiar a un poder que gobierna por decreto la facultad de “silenciar las leyes, pero no hacerlas hablar”,<sup>208</sup> es decir, de suspenderlas, pero no de producir nuevas. Este poder es, por tanto, casi absoluto, pero sigue respondiendo a la *ratio* de la defensa de la existencia del Estado. En esta lógica encuentra también su base de legitimidad, al estar previsto por una norma (de rango) constitucional que, en este sentido, es “legal”.

Sin embargo, si nos fijamos en la famosa clasificación de los tipos de poder legítimo propuesta por Max Weber, resulta inmediatamente claro cómo el paradigma de la legalidad —cuya eficacia descansa en la obediencia a la administración debido a su carácter ordinario e impersonal— resulta en contraste con el del carisma, que está en la base de las teorías antiguas y modernas de la dictadura. La conocida clasificación weberiana de los tres tipos de poder legítimo —legal-racional, tradicional y carismá-

---

<sup>208</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Il contratto sociale*, cit., p. 186. También se encuentran argumentos similares en *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1517) de Maquiavelo, donde un capítulo (libro I, capítulo 34) se titula “La autoridad dictatorial hizo bien y no hizo daño a la República Romana”.

tico— puede interpretarse a partir de las dicotomías personal-impersonal y ordinario-extraordinario. Según Weber:

En el caso del poder basado en la ley, se obedece al orden impersonal legalmente establecido y a las personas designadas en base a él, en virtud de la legalidad formal de sus prescripciones y dentro del ámbito de éstas. En el caso del poder tradicional, se obedece a la única persona del señor designado por la tradición y ligado (en este contexto) a la tradición, en virtud de la reverencia por parte de quienes lo reconocen. En el caso del poder carismático, se obedece al líder como tal, carismáticamente calificado, en virtud de la confianza personal en la revelación, el heroísmo o la ejemplaridad, que existe en el ámbito de validez de la creencia en este carisma suyo.<sup>209</sup>

El poder carismático recuerda pues la dimensión afectiva de la acción social y se encarna en la figura del líder<sup>210</sup> dotado de cualidades excepcionales que se impone en situaciones de emergencia en las que la eficacia del poder ordinario entra en crisis.<sup>211</sup> Posicionándose de manera antitética respecto a la forma de legitimidad jurídico-racional, la figura weberiana del carisma es muy útil para comprender la idea del líder que dice estar fuera de la ley: frente a la legitimidad basada en el principio de legalidad, existe la que se basa en una forma *particular* de poder como excepcional, es decir, *extraordinario* y *personal*. No sorprende entonces

---

<sup>209</sup> Weber, Max, *op. cit.*, vol. I, p. 210. Sobre la cuestión del método weberiano en relación con el problema de la legitimidad, véase Wolin, Sheldon, “Max Weber: Legitimation, Method and the Politics of Theory”, *Political Theory*, vol. 9, núm. 3, 1981.

<sup>210</sup> Ver, entre otros, Tuccari, Francesco, *Capi, élites, masse. Saggi di storia del pensiero politico*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 139-164.

<sup>211</sup> Esta figura de poder es muy antigua, algunos rasgos ya se pueden encontrar en la teoría de los cambios de “Constitución” de Platón, en el libro VIII de la *República*. En la transición de las formas de gobierno “correctas” (e ideales) a las “corruptas” (y reales), Platón habla de “timocracia”, un gobierno fundado en el honor en el cual el poder está en manos de guerreros, como primera forma corrompida por la Constitución.

que, a pesar del éxito en la historia del pensamiento político de la noción de “dictadura comisaria”, los ejemplos históricos de momentos de “emergencia” en los que personalidades carismáticas se imponen al frente del Estado contribuyeron a la consolidación en el uso común de una noción de dictadura muy alejada de la que existió en la Roma republicana. De hecho, dado que no es posible remitirse a ninguna regla, el poder personal y extraordinario no puede encontrar otra forma que la del *árbitro* llamado a decidir en situaciones siempre nuevas.

La noción de “dictadura soberana” fue acuñada y hecha famosa por Carl Schmitt. En *Teología política* define al soberano como quien “decide el estado de excepción”,<sup>212</sup> en el que la ley cesa sin que desaparezca el poder (político). Este “soberano” tiene el monopolio de la fuerza sin ninguna restricción regulatoria. A diferencia de la dictadura comisaria antigua, la dictadura soberana teorizada por Schmitt no tiene limitaciones temporales y no se limita únicamente a las prerrogativas del poder ejecutivo. Esta institución tiene, en definitiva, plenos poderes. La dictadura, en el sentido de Schmitt, “ve en todo el orden existente un estado de cosas que debe ser completamente eliminado con su propia acción... No suspende una Constitución vigente aprovechando un derecho contemplado por ella y, por tanto, constitucional, sino que pretende crear un estado de cosas en el que sea posible imponer una Constitución considerada auténtica”.<sup>213</sup> Es la propia Constitución la que autoriza al poder soberano a tomar decisiones en contradicción con las leyes ordinarias.

La elaboración teórica de la dictadura que hace Schmitt (ha sido señalada varias veces, aunque no siempre de manera rigurosa) muestra claros rasgos de armonía con las experiencias dictatoriales de la Europa del siglo XX. En un libro de 1941, Ernst

<sup>212</sup> Schmitt, Carl, “Teología política. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità”, (1922), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del “politico”*. *Saggi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1972, p. 33.

<sup>213</sup> Schmitt, Carl, *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, (1921), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1975, p. 149.

Fraenkel, con tesis descriptivamente similares y axiológicamente opuestas a las de Schmitt, reconstruye el sistema jurídico nazi a través de la teoría del “Estado dual”. Según Fraenkel, el Tercer Reich mantuvo vigente el sistema de derecho privado propio del sistema decimonónico, frente a la suspensión del derecho público y la consiguiente sustitución del “Estado de derecho” por el “estado de emergencia” y el establecimiento de un régimen policial. Según esta interpretación, el “Estado dual” conservaba, por tanto, una especie de legalidad cotidiana en la que la máxima *pacta sunt servanda* seguía vigente, ocultando la existencia de todo lo contrario del “Estado de derecho”, es decir, el reino de la arbitrariedad, del gobierno desenfrenado:

Por lo tanto, podemos formular la distinción entre el Estado de derecho y el Tercer Reich de la siguiente manera: en el Estado de derecho los tribunales controlan la administración desde el punto de vista de la legalidad; En el Tercer Reich las autoridades policiales controlan los tribunales desde el punto de vista de la conveniencia... El Estado discrecional no se limita a integrar y suplantar al Estado normativo, sino que también utiliza la ideología del Estado normativo para disfrazar sus objetivos políticos en la forma del Estado de derecho.<sup>214</sup>

La categoría de legalidad sirve a Fraenkel para distinguir el “Estado discrecional” —el *Massnahmenstaat*, donde se rige por decretos (disposiciones particulares)— del *Normenstaat* (Estado regulador), donde se gobierna a través de leyes (generales y abstractas). En estos términos, la expresión *Massnahmenstaat* abarca un ámbito de significados similar a lo que hasta ahora se ha denominado “poder arbitrario”. Comentando a Fraenkel, Bobbio afirma que “en el Estado de derecho, el poder está sometido al derecho; en el estado de excepción (o estado policial, si queremos adoptar una vieja expresión) el poder es el creador (a su absoluta discre-

---

<sup>214</sup> Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 62. Sobre los usos comunes de las nociones de “arbitrario” y “discrecional”, véase capítulo 1.

ción) del derecho”.<sup>215</sup> Con esto pretendemos argumentar que en el Estado nazi el poder se ejerce de manera “doblemente *ilegal*, *es decir, arbitrario* en dos sentidos: respecto al *modo* en que se ejerce, es decir, sin restricciones constitucionales; y respecto al *medio* por el cual se ejerce el poder, es decir, basado en meros juicios de oportunidad”.<sup>216</sup> La arbitrariedad, aquí resuelta explícitamente por Bobbio en ilegalidad, adquiere el doble significado de acción *extra leges* y movida únicamente por la oportunidad, que coincide con el capricho de quien persigue sus propios intereses particulares y contingentes.

Al doble carácter ilegal del *Reich* se suma el problema de la ilegitimidad jurídica, oculta, según Fraenkel, detrás del vaciado “Estado de derecho”. En el preámbulo del decreto del 28 de febrero de 1933, el estado de emergencia se justifica “para impedir actos de violencia comunistas destinados a poner en peligro al Estado”. Aunado a ello, el segundo párrafo del artículo 48 de la Constitución de Weimar establece:

El Presidente podrá tomar las medidas necesarias para restablecer el orden y la seguridad públicos, cuando se encuentren significativamente perturbados o amenazados, y, en caso necesario, intervenir por la fuerza armada. A estos efectos podrá suspender total o parcialmente la efectividad de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153.

A estas alturas, de un modo que asemeja completamente a la teoría de Schmitt, la dictadura comisaria de derecho nace de hecho como soberana, “a la leyenda nacionalsocialista de la «revolución legal» se le contraponen la realidad del golpe de Estado ilegal”.<sup>217</sup>

El Estado de derecho es, entonces, definitivamente suplantado por el “principio del líder” y por la reconfiguración del com-

<sup>215</sup> Bobbio, Norberto, “Introduzione”, en Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. XIII.

<sup>216</sup> *Idem.*

<sup>217</sup> Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 22.

plejo social basado en discriminaciones a partir de la riqueza y de la raza. De este modo, según la teoría del “Estado dual”, los proletarios y los judíos también quedan fuera de las garantías del derecho privado, estando así sometidos a la total arbitrariedad del estado de policía. El poder carismático que se afirma en el estado de excepción (y que lo crea) se sitúa en total oposición al gobierno basado en el principio de legalidad, en el doble sentido de gobierno *sub lege*: ninguna ley superior, de hecho, parece poder limitar la *arbitrariedad del líder*; y *per leges*: la decisión se toma caso por caso, y se justifica únicamente a través del *libre juicio* de quien toma la decisión.<sup>218</sup>

El texto de Fraenkel está lleno de elementos de reflexión sobre el problema del gobierno *per leges* y de críticas a las piedras angulares del movimiento alemán del llamado “derecho libre”. Según los autores de referencia, como Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs, Hermann Kantorowicz y el propio Schmitt,<sup>219</sup> la actividad de interpretación de la ley, tanto del jurista como del juez, no consiste en la mera aplicación de la ley. En abierta hostilidad contra el positivismo jurídico del siglo XIX, se considera que el operador jurídico es *libre* de tomar la decisión que considere más *justa* caso por caso, sin prestar atención al “frío” texto de la ley. Considerando la teoría del “derecho libre” como modelo del sistema de poder nazi, Fraenkel afirma:

La idea de que deben existir reglas generales para proteger la esfera de libertad del individuo de los ataques del poder político, la

---

<sup>218</sup> Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 108 y ss.

<sup>219</sup> Obsérvese que Schmitt opone el orden “concreto”, tanto al orden “jurídico” como al “decisorio”: “para el pensamiento basado en el orden concreto, no es el «orden» lo que es, incluso desde el punto de vista jurídico, ante todo una regla o una suma de reglas, pero, viceversa, es la regla que es sólo un componente o un instrumento del sistema jurídico”. Schmitt, Carl, “Tre tipi di pensiero giuridico”, (1934), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del “politico”...*, cit., p. 251. También véase Portinaro, Pier Paolo, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milán, Comunità, 1982, pp. 53 y ss.; Preterossi, Geminello, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma- Bari, Laterza, 1996, pp. 151 y ss.

tesis de que las sentencias individuales deben imponerse de acuerdo con la ley, la doctrina de que todos son iguales ante la ley, todas estas nociones están marcadas y rechazadas como normativismo “judío”. No es la norma fría, impersonal y abstracta, resultado de elucubraciones racionales y regulaciones rígidas, la que garantiza el bienestar de comunidad y el triunfo de la justicia. Sólo el poder incondicional de actuar “según las circunstancias” puede garantizar el predominio de un sistema jurídico orientado a la protección de la comunidad como valor vital central.<sup>220</sup>

El estado de policía funda entonces su legitimidad jurídica precisamente en el vuelco del ideal de gobierno *per leges*, recurriendo a nociones vagas como “orden y seguridad públicos”, “peligro”, “estado de necesidad”, “medidas de emergencia”, “delitos contra el Estado y la Constitución”, “espíritu de conciliación” e “intereses vitales”. Según Schmitt, “conceptos de este tipo, de los que ningún ordenamiento jurídico puede prescindir, al estar inmediatamente vinculados a la situación que se presenta de vez en cuando, tienen la particularidad de derivar su contenido concreto sólo de su aplicación concreta y, sobre todo, que en todas las épocas y situaciones difíciles y políticamente relevantes, su uso y ejercicio concretos resulta únicamente decisivo”.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Fraenkel, Ernst, *op. cit.*, p. 180. Las mismas tesis ya habían sido defendidas por Fraenkel desde finales de la década de 1920 sobre las ventajas para la clase obrera de la aplicación rigurosa de la ley: “los débiles se sienten indefensos contra nada más que contra la arbitrariedad. La primera reacción de la clase oprimida contra el poder estatal es la exigencia de que se elimine toda arbitrariedad en la jurisprudencia”. Fraenkel, Ernst, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, citado en Carloni, Stefano, “Una stella nel crepuscolo. Gli scritti weimariani di Ernst Fraenkel”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 79, núm. 3, 2002, p. 356.

<sup>221</sup> Schmitt, Carl, “Legalità e legittimità”, (1932), trad. al italiano, en Schmitt, Carl, *Le categorie del “politico”...*, *cit.*, p. 239. A propósito, véase Galli, Carlo, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996, pp. 646 y ss.; Portinaro, Pier Paolo, *La crisi dello jus publicum europaeum...*, *cit.*, pp. 149 y ss.

El tema del “estado de emergencia” —así como las teorías políticas y jurídicas que de alguna manera lo ordenan y justifican— recobró vigencia tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y el posterior debate sobre las respuestas al terrorismo internacional.<sup>222</sup> Entre las preguntas más relevantes planteadas en esta vasta literatura, se encuentra la legitimidad de la suspensión de los derechos fundamentales y del modo de eludir los procedimientos parlamentarios demasiado lentos. Por ejemplo, Richard Posner reivindica el deber moral de un gobierno para violar derechos constitucionales en caso de riesgos catastróficos para el país,<sup>223</sup> derribando la tradición anterior sobre la desobediencia civil como un acto contra las leyes estatales consideradas injustas.

De manera análoga, el tema de la gobernabilidad ha estado en el centro del debate teórico y político desde mediados de la década de 1970, y se relaciona con el problema de la derogación de

---

<sup>222</sup> Entre los primeros en abordar el problema de la constitucionalización de la emergencia estuvo Bruce Ackerman en *La Costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo* (trad. al italiano, Roma, Meltemi, 2005), y luego en *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale* (trad. al italiano, Milán, Vita e Pensiero, 2008). Para una respuesta a las tesis de Ackerman, véase Tribe, Laurence y Gudridge, Patrick, “The Anti-Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 8, 2004, pp. 1801-1870. Sobre la legislación de emergencia tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, véase Finan, Christopher M., *From the Palmer Raids to the Patriot Act. A History of the Fight for Free Speech in America*, Boston, Beacon, 2007.

<sup>223</sup> Posner, Richard A., *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 14. Sin ser demasiado sutil, Simone Regazzoni afirma: “se trata de revertir la crítica cara a los intelectuales de izquierda, según la cual la guerra contra el terrorismo correría el riesgo de socavar los cimientos de esa democracia que proclama querer defender para afirmar que la democracia estadounidense —en la era de la amenaza y de la emergencia suprema— da lo mejor de sí precisamente en la medida en que tiene la fuerza de ser inhumana y cruel en el más alto grado contra el enemigo absoluto”. Regazzoni, Simone, *Stato di legittima difesa. Obama e la filosofia della guerra al terrorismo*, Milán, Ponte delle Grazie, 2013, p. 74. A propósito, véase la crítica de Itzcovich, Giulio, “La sofistica della guerra al terrorismo”, *Jura Gentium*, 2013.

las garantías constitucionales. La búsqueda de sistemas más *governables* induce, por un lado, fenómenos de “personalización —o presidencialización— de la política”<sup>224</sup> basados en la confianza en la capacidad de personalidades carismáticas para componer ideales e intereses, a través de procesos previamente confiados a la mediación representativa de los partidos de masas; por otro lado, produce modelos institucionales capaces de crear formas *normales* de poder *excepcional*. Un claro ejemplo de esta tendencia lo podemos encontrar en las diversas teorías de la democracia mayoritaria, como una versión actualizada de la unión schumpeteriana entre teoría democrática y teoría de las *élites*.<sup>225</sup> Los ejecutivos y sus líderes, así como las mayorías parlamentarias, se muestran abiertamente cada vez más intolerantes hacia la disidencia<sup>226</sup> y los órganos de garantía, hasta el punto de haber empujado a algunos estudiosos a acuñar expresiones como “constitucionalismo ejecutivo”<sup>227</sup> o “la emergencia como estilo de gobierno”.<sup>228</sup> Esta

<sup>224</sup> Véase, por ejemplo, Poguntke, Thomas y Webb, Paul (eds.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Di Giovine, Alfonso y Mastromarino, Anna (eds.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Turín, Giappichelli, 2007.

<sup>225</sup> Meaglia, Piero, *Il potere dell'elettore. Elezioni e diseguaglianza politica nel governo democratico*, Troina (EN), Città Aperta, 2006, pp. 136 y ss.

<sup>226</sup> En su dura crítica a la respuesta estadounidense al terrorismo, Stephen Holmes habla abiertamente de la difusión de la visión de *disagreement as disloyalty* (Holmes, Stephen, *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 223).

<sup>227</sup> De acuerdo con Bruce Ackerman, “en el corto lapso de veinticinco años, los últimos presidentes estadounidenses han recorrido un largo camino hacia la legitimación de la idea de que pueden desobedecer las leyes una vez que echan un vistazo casual a la Constitución”. Ackerman, Bruce, *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, (2010), trad. al italiano, Bolonia, Il Mulino, 2012, p. 135. Véase también Christodoulidis, Emilios, “The Degenerative Constitutional Moment: Bruce Ackerman and The Decline and Fall of the American Republic”, *The Modern Law Review*, vol. 74, núm. 6, 2011.

<sup>228</sup> Irene Bono usó esta expresión en relación con la gestión de la Protección Civil italiana y las intervenciones que derogaban algunas leyes ordinarias para cumplir con decretos de emergencia de emergencia del Gobierno. Según Bono:

perspectiva, que subyace a una referencia al tipo ideal de gobierno de los hombres, no se limita a demostrar intolerancia hacia las exigencias y límites constitucionales, sino que, sobre todo, critica el carácter del gobierno *per leges* de los Estados constitucionales de derecho contemporáneos, proponiendo diferentes grados de lo que Fraenkel definió un “Estado discrecional”: un gobierno por decreto libre, en primer lugar, de las restricciones formales de generalidad y abstracción que garantizan a los gobernados frente al gobernante, que reclama para sí márgenes de *arbitrariedad* cada vez mayores.

Esta versión contemporánea del “gobierno de los hombres”, que exalta la celeridad<sup>229</sup> de los gobernantes atentos a la gestión de lo particular y de lo concreto, muestra la gran relevancia del tema de los límites y restricciones a las decisiones políticas. La pertinencia de estos problemas se cuestiona ahora con los argumentos sobre la dificultad de gestionar y organizar sociedades complejas;<sup>230</sup> sin embargo, tampoco parecen tan diferentes de los utilizados por Platón cuando compara al gobernante con el timonel —más bien, cuando plasma en la figura del “timonel” la no-

---

“Este estilo de gobierno se basa, en primer lugar, en la extensión de la definición de emergencia, mediante la ampliación inconmensurable de la naturaleza de los acontecimientos a los que se puede aplicar. En segundo lugar, implica la derogación de las normas del ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los principios «fundamentales», gracias a la construcción de herramientas de intervención que giran en torno a la retórica de la eficacia. El tercer elemento que distingue la gobernanza de emergencia es la subcontratación de las obras públicas, con el fin de confiar las acciones consideradas urgentes a los actores considerados más eficientes”. Bono, Irene, “Oltre la «mala Protezione Civile», l'emergenza come stile di governo”, *Meridiana*, vol. 65, 2010, p. 187.

<sup>229</sup> De acuerdo con el lingüista francés Georges Dumézil, la oposición entre las categorías de *gravitas* —“estática, regulada, tranquila”—y *celeritas* —“dinámica, libre, violenta”— sería la base de dos formas distintas de legitimar el poder. Utilizada por Dumézil para describir a Rómulo, la *celeritas* es la característica de todos los héroes en los mitos fundacionales de los Estados. Cfr. Dumézil, Georges, *Mitra-Varuna. Essai sur deux représentations indo-européennes de la souveraineté*, París, Gallimard, 1948, pp. 37 y ss.

<sup>230</sup> Greppi, Andrea, *La democrazia y su contrario...*, *cit.*, pp. 91 y ss.

ción del “gobernante”—, que es aquél que proporciona “la fuerza del propio arte, superior a las leyes”.<sup>231</sup>

Las diferentes declinaciones reconstruidas hasta ahora de la oposición entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes han permitido identificar como principal límite al arbitrio de la *voluntas* particular del gobernante el ideal del *gubernaculum per leges* —que vincula la forma de las normas a la generalidad y a la abstracción— como el límite principal a la arbitrariedad. Sin embargo, la forma simple y *no particular* de las reglas no parece suficiente para impedir todas las clases de decisiones que comúnmente se denominan “arbitrarias”. En primer lugar, como nos recuerda Riccardo Guastini, “el cuantificador universal no es suficiente para distinguir un derecho de un privilegio, ya que incluso un privilegio puede atribuirse a una clase universal de sujetos, aunque esta incluya, en realidad —en el límite— sólo a un miembro”.<sup>232</sup> Una categoría jurídica como “todos los alcaldes de Génova” es, de hecho, formalmente general, aunque contenga a un solo individuo. Este primer problema, aunque complejo, parece superarse, al menos en parte, mediante un análisis más cuidadoso del texto normativo. Refiriéndose a la actualidad italiana, por ejemplo, Paolo Comanducci propuso recientemente tres criterios para definir una “ley *ad personam*”, independientemente de meros datos formales:

El primer criterio se refiere a las razones que llevaron a la aprobación de la ley o a los efectos que la ley efectivamente produce... El segundo criterio se refiere al bajo grado de generalidad y abstracción de ciertas disposiciones legislativas, si se las mide en el contexto espacio-temporal de su promulgación... El tercer criterio se refiere a las razones que subyacen a la ley, es decir, a la *ratio* objetiva que puede atribuirse a la ley mediante la interpretación, y que es conceptualmente independiente respecto de las razones

<sup>231</sup> Véase Platón, *Político*, *cit.*, p. 296e.

<sup>232</sup> Guastini, Riccardo, “Tre problemi di definizione”, en Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, *cit.*, p. 45.

que impulsaron al legislador a adoptarla, aunque contingentemente pueda coincidir con ellas.<sup>233</sup>

Sin subestimar la complejidad de las posibles soluciones al problema expuesto anteriormente, la simple forma general del derecho no da cuenta de un significado muy específico de arbitrariedad del poder que se refiere al carácter *particular* —en el sentido de imposible de generalizar o justificar— del contenido de las normas. Una norma general y abstracta que prevea una deducción fiscal “para todos y no sólo a los ciudadanos de pelo negro” parecería, de hecho, intuitivamente arbitraria en el sentido específico de discriminatoria.

---

<sup>233</sup> Comanducci, Paolo, “Il principio di eguaglianza”, en Bovero, Michelangelo y Pazé, Valentina (eds.), *Diritti e poteri*, Turín, Gruppo Abele, 2013, p. 27.