

EL DERECHO INTERNACIONAL ENTRE *SER Y DEBER SER*: ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL*

Alberto PUPPO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nota preliminar sobre las relaciones conceptuales entre democracia y Estado de derecho*. III. *Del Estado de derecho interno al Estado de derecho internacional: el Estado de derecho sin Estado*. IV. *La teoría de la clase política de Gaetano Mosca: una concepción antidemocrática al servicio del Estado de derecho*. V. *Muerte y resurrección del Estado de derecho: encuentro y desencuentro entre clase política internacional y Poder Judicial europeo*. VI. *La ideología democrática como amenaza para el Estado de derecho (acerca de la clase judicial como garante de un Estado auténticamente democrático de derecho)*.

I. INTRODUCCIÓN

El debate democrático en derecho internacional constituye sin duda un elemento fundamental de la reflexión teórica sobre el *deber ser* que gobierna las relaciones internacionales. Los estudios sobre las evoluciones que han caracterizado, por un lado, los Estados que forman la comunidad internacional y, por otro lado, las organizaciones internacionales, son por cierto numerosos.¹

* Agradezco a los participantes del Seminario Interuniversitario Thomas Hobbes y del seminario Hacia un Estado de Derecho Internacional (UNAM) por sus comentarios a versiones precedentes de este trabajo.

** Investigador asociado del Centre de théorie et analyse du droit (Universidad de París Ouest-Nanterre) y profesor-investigador invitado en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Véase para una síntesis, Rasilla del Moral, Ignacio de la, “Una aproximación al debate democrático en derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, X, 2010, pp. 97-148. Para un enfoque más crítico, véase Pérez, Oren, “Normative Creativity and Global Legal Pluralism: Reflections on the Democratic Critique of Transnational Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, 2, 2003, pp. 25-64.

Entre las teorías que afirman el carácter indispensable de la democracia debe llamar la atención la teoría dicha de la paz democrática, que directa o indirectamente integra, por así decir, las filosofías de Kant y Rousseau. Parecería que la paz perpetua sólo se puede alcanzar en un mundo gobernado “democráticamente” y por “democracias”. Ello implica dos dogmas: los Estados que integran a la comunidad internacional deben ser gobernados según el modelo democrático; el gobierno de la misma comunidad internacional debe conformarse al modelo democrático.

El objetivo de este trabajo no es desarrollar una crítica interna a tales doctrinas cuyo carácter normativo domina sin ninguna duda sus exigencias de cientificidad, sino el de tomar en serio la posibilidad de un conflicto entre las exigencias democráticas y otras exigencias, igualmente al centro del debate teórico-jurídico, no solamente internacional, que pueden ser definidas como exigencias del (o de un) Estado de derecho.²

El punto de partida que ha inspirado el presente trabajo fue el encuentro improbable³ entre una teoría política de finales del siglo XIX y una práctica político-jurídica internacional contemporánea; tal reflexión tiene una deuda con precedentes estudios,⁴ de los cuales se retomarán muchos aspectos que, sin fundamentar las tesis sostenidas, han contribuido a edificar los razonamientos y argumentos indispensables para formularlas. La teoría política es la teoría de la clase política de Gaetano Mosca,⁵ elaborada entre finales

² Escribo provisoriamente con mayúscula “Estado de derecho”. En lo que sigue (*infra*, §2) se propondrá una distinción conceptual a la cual puede corresponder una diferencia tipográfica (mayúscula/minúscula).

³ Algunos autores ya habían establecido una conexión entre la crítica elitista a la teoría clásica de la democracia y las nuevas concepciones de la democracia. Un buen ejemplo: Baccelli, Luca, “Machiavelli, la tradizione repubblicana e lo Stato di diritto”, en Costa, Pietro y Zolo, Danilo (coord.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, Feltrinelli, 2003, pp. 442 y ss.

⁴ Dos estudios están ahora disponibles en castellano: “Democracia, jueces y protección de las libertades fundamentales: Gaetano Mosca y la teoría de la clase política”, “Derecho europeo y lucha contra el terrorismo: entre constitucionalización del derecho unilateral de la ONU y garantías del pluralismo jurídico” (trad. de Eduardo Karsačian), en Garibian, Sévane y Puppo, Alberto (coord.), *Normas, valores, poderes. Ensayos sobre positivismo y derecho internacional*, Doctrina jurídica contemporánea, México, ITAM-Fontamara, 2010, respectivamente pp. 49-73 y pp. 227-269. Véase también Puppo, Alberto, “Lutte internationale contre le terrorisme, sécurité internationale et droits fondamentaux: les pirouettes des juges européens entre création de hiérarchies normatives improbables et sacrifice des garanties juridictionnelles les plus élémentaires”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IX, 2009, pp. 279-321.

⁵ Mosca, Gaetano, *Teorica dei governi e governo parlamentare* (1884), en *id.*, *Scritti politici*, ed. Giorgio Sola, Turín, Utet, 1982. Véanse también las referencias citadas *infra*, en el § 3.

del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, en particular antes y durante el régimen de Mussolini en Italia, teoría que dirige una crítica a la dominante ideología democrática, y al mismo tiempo insiste sobre una interacción que podría decirse *virtuosa*, entre ciudadanos y jueces, interacción fértil si se trata de cultivar un proyecto de Estado de derecho. Los acontecimientos internacionales que constituyen, por así decir, la base empírica de este trabajo, se refieren a la interacción, muy poco virtuosa, entre el sistema jurídico de la ONU (candidato según algunos a dominar el orden jurídico internacional)⁶ y el sistema jurídico europeo (a la vez el de la Unión Europea y el del Consejo de Europa).⁷ Tal experiencia enseña que los órganos políticos que dirigen las políticas internacionales, en particular en materia de seguridad, y las jurisdicciones que se inscriben (o pretenden inscribirse) en un Estado de derecho pueden dramáticamente disentir sobre cuestiones jurídicas fundamentales,⁸ y obligarnos a tomar una posición filosófico-jurídica (o ético-normativa) sobre quien tenga (o debería tener) la última palabra en materia de identificación del derecho (sobre todo internacional) aplicable.

La complejidad de las nociones objeto de nuestra investigación sugiere empezar con una larga introducción a las relaciones entre estado de dere-

⁶ Sobre el valor potencialmente constitucional de la Carta de la ONU, *cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, trad. de Gerardo Pisarello, *Isonomía*, 9, 1998, pp. 175 y ss.

⁷ Aunque la jurisprudencia sea muy rica, nos limitaremos a analizar dos sentencias sobre el mismo asunto, cuyos razonamientos (y conclusiones) son opuestos: Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, 21 de septiembre de 2005, asuntos acumulados T-306/01 *Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c./ Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, y T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c./ Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c./ Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-402/05 y C-415/05. Estos tribunales tienen actualmente otra denominación (introducida por el Tratado de Lisboa): respectivamente Tribunal General de la Unión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Seguimos con la antigua denominación en la medida en que las sentencias de las cuales hablaremos son anteriores al dicho cambio.

⁸ Tal conflicto es manifiesto en la sentencia *Kadi* de 2008, *op. cit.*, nota 7. En la medida en que las cuestiones jurídicas fundamentales sólo encuentran una solución en virtud de un razonamiento moral, el problema se transforma en el de saber quién es más apto, en ámbito jurídico para desarrollar un razonamiento moral. Sobre este tema, véase el interesante debate entre Waldron y Dyzenhaus (Waldron, Jeremy, “Judges as moral reasoners”, Dyzenhaus, David, “Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts?”, y la respuesta de Waldron: “Refining the question about judges’ moral capacity”, todos en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 1, 2009, respectivamente, pp. 2-24, pp. 46-52 y pp. 69-82).

cho y democracia (§ 1), lo que nos permitirá, lo esperamos, tener claro de qué “estado de derecho” estaremos hablando⁹ (§ 2); solamente así tendrá sentido reconstruir los elementos esenciales de la teoría de la clase política de Mosca, desde la perspectiva de una crítica a la ideología democrática, necesaria para preservar al Estado de derecho (§ 3); tal perspectiva ofrece el cuadro ideal para comentar lo que parece haber representado la muerte y la resurrección del Estado de derecho, provocadas por algunas decisiones recientes de los jueces europeos en materia de lucha contra el terrorismo (§ 4). Todo esto nos llevará a una conclusión en donde se propondrá una lectura «mosquiana» de la relación posible, en el contexto internacional, entre democracia, estado de derecho, y protección jurisdiccional efectiva (§ 5).

II. NOTA PRELIMINAR SOBRE LAS RELACIONES CONCEPTUALES ENTRE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO

Una primera mirada llama de inmediato la atención sobre la existencia de concepciones o enfoques exigentes y prudentes (§ 1.1), y sugiere adoptar, para analizar la situación del derecho internacional y formular algunas cuestiones que nos parecen fundamentales, una versión (prudente) minimalista (§ 1.2).

1. *¿Minimalismos o constitucionalismos?*

De “democracia” y “estado de derecho”, cuya relación será analizada, no se dará ninguna definición estipulativa exigente; es preferible empezar recordando lo que se entiende, generalmente, con ambas expresiones. Esto, por una razón sencilla: la noción de democracia es una noción cuya carga ideológica es muy fuerte; su carga emotiva supera su significado representativo. Más allá de su definición clásica que, de una forma o de otra, se refiere a una forma de gobierno en donde el pueblo es soberano, la palabra “democrático” tiende a describir un gobierno que recibe nuestra aprobación (en particular porque garantiza los derechos humanos).¹⁰ La noción de Estado

⁹ En efecto, en materia de estado de derecho, es ilusorio encontrar la verdadera definición o estipularla de manera funcional; la máxima ambición debe ser reducir el campo de los casi inevitables malentendidos. En este sentido, *cf.* Zolo, Danilo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, en Costa, Pietro y Zolo, Danilo, *op., cit.* nota 3, pp. 19 y 20.

¹⁰ En este sentido, se ha producido un cambio de paradigma, que lleva a la *democracia de los derechos*. Sobre este punto, véase Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en

de derecho sufre de un defecto similar, aunque, falta de adjetivo, recibe una escasa aplicación fuera del lenguaje técnico. El problema principal del Estado de derecho es que se trata de una noción cuya referencia semántica es particularmente vaga, es decir que la clase de los “Estados” que merecen la etiqueta “de derecho”, tiene fronteras muy porosas. Por supuesto, la extensión del concepto depende, en este caso, en primer lugar, de su intensión. Es decir, el problema no solamente surge de la complejidad de lo que se quiere capturar con tal expresión, sino, sobre todo, de las definiciones mismas del concepto. Desde concepciones muy exigentes que incluyen, entre otras cosas, el carácter democrático del gobierno, se llega hasta a concepciones puramente formales, que tienden a limitarse a exigir que se actúe sobre una base jurídica, independientemente de su contenido sustantivo.¹¹

La relación que se da cambia cabalmente de naturaleza según la definición que se adopte de las dos nociones. Hay que recordar que algunas definiciones incluyen entre los elementos constitutivos la otra noción; esto es,

el Estado de derecho”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 92 y ss. Para una mirada crítica sobre tal paradigma: Cubertafond, Bernard, “Essai sur un despotisme post-moderne: le démo-despotisme”, *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. V, 2004, pp. 72 y ss. Después de haber escrito estas líneas leí una entrevista al profesor Hossein Nasr, publicada en *La Nación*, periódico argentino, el 16 de enero de 2008, en donde el intelectual iraní habla de la democracia de la manera siguiente: “En la actualidad la palabra democracia se ha convertido en un eslogan: quien nos gusta es democrático y a quien no nos gusta lo tachamos de antidemocrático. El pueblo palestino, en elecciones libres supervisadas por la ONU, eligió a Hamas para que lo gobernara. Pero Occidente rechazó ese resultado y alegó que era antidemocrático. En Egipto, Mubarak gana las elecciones con el 99,9% de los votos y es obvio que no es democrático, pero dado que es pro norteamericano, nadie dice nada. La democracia es algo muy valioso, pero, por desgracia, en nuestros días se ha convertido en una prostituta. Lamento decirlo, pero es así. Si entendemos la democracia como la participación libre de la gente en su propia vida, creo que es algo que todos los seres humanos desean. No es que a los españoles y a los ingleses les guste y que los birmanos la odien. Eso es una estupidez. Pero para que las instituciones democráticas crezcan, deben hacerlo desde el interior de una sociedad” (http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=979192, página consultada el 20 de octubre 2010). En el mismo sentido, aunque con menos énfasis, Brennan, Geoffrey, “Globalización y diversas formas de democracia”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (coords.), *La globalización y el orden jurídico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 151.

¹¹ Sobre las diferentes concepciones del Estado de derecho véanse los textos reunidos en Carbonell, Miguel *et al.* (coord.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM, 2002, y en Costa, Pietro y Zolo, Danilo, *op. cit.*, nota 3. Para un análisis dirigido a las concepciones internacionales, véase, en este volumen, la *cartografía* establecida por José Ruiz Valerio.

se toma tal vez la democracia como elemento constitutivo del Estado de derecho o el Estado de derecho como elemento constitutivo de la democracia. Se pueden calificar estas concepciones como “exigentes” o “sustantivas”. Otras concepciones se distinguen por su carácter formal, la democracia en este caso es entendida como “formal” o “procedimental” y el estado de derecho, como “estado jurídico”, es decir, que actúa de forma jurídica, conforme a normas jurídicas.

Aplicando las versiones formales se puede sin dificultad llegar a la conclusión, por ejemplo, de que el Estado (y el derecho) nazi eran perfectamente democráticos y conforme a las exigencias del Estado de derecho. Por el contrario, las versiones sustantivas o exigentes de las dos nociones tienden a encontrarse y hasta a confundirse conceptualmente, dentro del marco del constitucionalismo,¹² y en la esfera internacional, del globalismo jurídico o constitucionalismo internacional.¹³ Las versiones fuertes tienden a mezclar de manera perniciosa un elemento descriptivo y un elemento prescriptivo. Es decir, por un lado nacen como elementos conceptuales que supuestamente describen ciertas realidades, y por otro se transforman, cuando la realidad no corresponde a la teoría, en instrumentos normativos que ejercen una influencia (o esperan ejercerla) sobre el futuro de las instituciones y del derecho que las hace existir y funcionar.¹⁴

Las versiones minimalistas, sobre todo la del Estado de derecho, pueden parecer científicamente estériles, en la medida en que describen casi cual-

¹² Como lo reconstruye Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, pp. 89 y ss., en la posguerra el estado de derecho se transforma en estado constitucional de derecho provocando “un cambio correspondiente en la naturaleza misma de la democracia: la democracia no consiste ya sólo en la dimensión política que le confiere la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, que, a su vez, condiciona la vigencia de las leyes, sino también en la dimensión sustancial que le imponen los principios constitucionales, mismos que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos” (p. 92). Según algunos autores, cuyo punto de vista compartimos, tal relación es meramente contingente, a pesar del peso que le reconocen autores muy importantes: aunque “autorevoli pensatori liberaldemocratici, a partire da Norberto Bobbio, Ralf Dahrendorf e Jürgen Habermas, considerano la protezione dei diritti soggettivi come una *conditio sine qua non* di ogni possibile regime democratico, resta che le istituzioni dello Stato di diritto sono in quanto tali indifferenti nei confronti di alcuni aspetti centrali della concezione democratica –classica e post-classica– dello Stato” (Zolo, Danilo, *op. cit.*, nota 9, p. 47).

¹³ Sobre este tema, y para la bibliografía que le corresponde, remitimos a Zolo, Danilo, “¿Una cosmopolis imperial?”, *Metapolitica*, 35, 2004, pp. 14-22. Véase también Zolo, Danilo, *op. cit.*, nota 9, pp. 56 y ss.

¹⁴ Como lo subraya José Ruiz Valerio en la primera página de su ensayo (en este volumen), “análisis, crítica, ideología e ideales se combinan en distintas dosis”.

quier sistema jurídico. A defensa de tal postura, argumento que se aplica probablemente a cualquier escepticismo, se puede decir que por tan fácil que sea cumplir con las exigencias de un estado de derecho así entendido, es decir, por tan fácil que sea organizar y ejercer el poder en formas jurídicas, y aplicar normas jurídicas preexistentes, no siempre se da el caso. Por lo tanto, una concepción minimalista puede ser científicamente útil en la medida en que puede apuntar la ausencia de un Estado de derecho, no en los casos extremos de ejercicio totalitario o despótico del poder, de violaciones masivas de derechos humanos, etcétera, sino en los casos más discretos, de puesta entre paréntesis de la técnica “formalmente jurídica” en la toma de decisiones obligatorias para una comunidad dada.

La versión minimalista de la noción de democracia presenta otros problemas. Ésta tiende a reducirse al análisis de técnicas electorales o, más generalmente, a técnicas de decisión democrática. Es decir, que no sufre de la banalidad de la versión minimalista del concepto de estado de derecho. La democracia formal constituye un objeto de estudio muy complejo, y la ventaja de liberar la investigación de todo elemento sustantivo (la finalidad del juego democrático) es de permitir profundizar las puras reglas del juego democrático.

Por supuesto, también las versiones minimalistas pueden mezclar elementos descriptivos y prescriptivos. La normativa de una teoría democrática o del Estado de derecho minimalistas es menor, porque lo que se “prescribe” es mínimo. Sin embargo, en el contexto internacional, habida cuenta de los estándares relativamente bajos de democracia y de Estado de derecho, hasta las versiones minimalistas pueden jugar un importante papel normativo.

2. Ser y deber ser: *presente y futuro de la comunidad internacional*

En virtud de lo que precede, la relación entre las dos nociones parece más interesante si sus definiciones no se cruzan. En este caso es posible plantear conceptualmente que la democracia puede constituir un obstáculo para el Estado de derecho. Esta afirmación —que a muchos parecerá paradójica— no lo es, por lo menos si entendemos con “Estado de derecho” la exigencia de «juridicidad», es decir, el respeto del derecho (válido, vigente, no importa en este contexto) en la toma de decisiones. Anticipando algo de la reflexión de Mosca y, al mismo tiempo, neutralizando algunas fáciles críticas, hay que precisar que más que la democracia (objetivo social inalcanzable) es la ideología democrática (contra la cual se dirigen las críticas del autor

siciliano) que puede obstaculizar la construcción de un auténtico Estado de derecho. Es decir, a partir de la constatación empírica de que la democracia, en su sentido noble, no existe, y que sólo existen versiones más o menos postizas de tal ambiciosa forma de gobierno, lo que puede constituir un obstáculo para el Estado de derecho no es tanto la democracia misma cuanto la ideología democrática.

Si en los Estados constitucionales contemporáneos una parte considerable de la cultura jurídica concibe estas nociones como si fueran inseparables, en la esfera internacional es más que legítimo plantear los temas por separado.

En otras palabras, si cuando hablamos de democracias constitucionales garantistas¹⁵ nos referimos a la vez a la forma de gobierno, a la sumisión del legislador democrático a una Constitución, y al contenido garantista (de los derechos fundamentales) de ésta, cuando hablamos del derecho internacional y/o de la comunidad internacional, es más prudente preguntarse las tres cosas por separado: ¿qué tanto la toma de decisiones es democrática?, ¿qué tanto los participantes actúan conforme al derecho preexistente?, ¿qué tanto los individuos benefician de una garantía efectiva de sus derechos fundamentales?

Las tres preguntas tienen obviamente una versión normativa:

¿Qué tanto la toma de decisiones debe ser democrática?, ¿qué tanto los participantes deben actuar conforme al derecho preexistente?, ¿qué tanto los individuos deben beneficiar de una garantía efectiva de sus derechos fundamentales?

La pregunta más interesante, cuya respuesta parece ser muy problemática, es la siguiente: ¿qué tanto un paso hacia la democracia nos acerca (o nos acercaría) o nos aleja (o nos alejaría) del Estado de derecho?¹⁶

Esta pregunta tiene sentido si y solamente si definimos las dos nociones de manera independiente; es decir, sin que la democracia sea concebida como elemento necesario del Estado de derecho, y sin que este último sea considerado como elemento necesario de la democracia.

Una última precisión metodológica: el presente trabajo no tiene una pretensión científica absoluta; es por lo tanto aceptable la crítica, que consi-

¹⁵ El ejemplo paradigmático es por supuesto representado por la obra de Ferrajoli, en particular Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), III ed., Roma-Bari, Laterza, 1996 (trad. castellana por Perfecto Andrés, Ibáñez *et al.*, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000).

¹⁶ Otra manera de formular las mismas cuestiones es quizá la de Pérez, Oren, *op. cit.*, nota 1, "First, what does the notion of 'legitimacy' mean in the transnational context? Second, in what sense does the call for 'democratization' solve the problem of 'legitimacy'?"

ría en apuntar alguna posición normativa que funcionaría como guía implícita de mis reflexiones. Hasta se puede formular: no se trata de una posición normativa *positiva*; se trata más sencillamente de una reacción emotiva de tipo negativo (es decir: “algo no me gustó”), que no puede ser sino subjetiva, con respecto a algunos acontecimientos del derecho internacional y europeo, e indirectamente nacional. Aunque el tema será profundizado en la cuarta parte de este trabajo, hay que anticipar que se trata de un grave desconocimiento de lo que se considerará como el contenido mínimo del estado de derecho; es decir, el derecho al juez, y la obligación de motivar los actos jurídicos susceptibles de afectar de manera sensible los intereses y los derechos de las personas. En la medida en que tales violaciones derivan de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, hay que dudar de los proyectos que ofrecen a esta organización internacional el rol principal en la realización de un Estado de derecho internacional.

La tesis que se sostendrá nace entonces de una sensación, más que de una intuición: la reacción favorable al estado de derecho que siguió —representada por una importante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁷— habría sido estratégicamente (políticamente) más difícil si el fundamento de tal violación hubiera sido una decisión democrática. Es decir, la falta de democracia puede quitarle autoridad moral a algunas decisiones atentatorias de derechos humanos y facilitar su control jurisdiccional. La tesis que intentaré sostener es que, en el contexto internacional, los proyectos democráticos, y en particular de la paz democrática, pueden implicar un retroceso en la construcción de un estado de derecho.¹⁸ En otra

¹⁷ Sentencia *Kadi*, *op. cit.*, nota 7.

¹⁸ Mi intuición surgió espontáneamente a partir del análisis de la jurisprudencia europea. Hay que señalar, sin embargo, que una idea parecida se halla en la base de un grupo de teorías —políticas y sociológicas— sobre la tendencia, a partir del 11 de septiembre de 2001, por parte de los Estados (apoyados por la ONU) a vivir en un Estado de emergencia permanente, en donde la suspensión de las garantías fundamentales se está transformando en regla. Algunos ven en tal fenómeno la confirmación de la teoría política de Carl Schmitt. Véanse, entre otros: Neocleous, Marc, “The problem with normality: taking exception to ‘permanent emergency’”, *Alternatives*, 31, 2006, pp. 191-213; Paye, Jean-Claude, “A Permanent State of Emergency”, *Monthly Review*, November 2006, pp. 29-37; *id.*, “‘Enemy Combatant’ or Enemy of the Government?”, *Monthly Review*, September 2007, pp. 1-11. Del mismo autor, véanse también sus dos libros más importantes: *La fin de l’État de droit. La lutte antiterroriste: de l’état d’exception à la dictature*, Paris, La Dispute, 2004, y *Global War on Liberty*, Nueva York, Telos Press, 2007. Desde una perspectiva filosófico-jurídica, véanse los estudios de Dyzenhaus, David, en particular: “Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law: Legal Theory and the Adjudication of National Security”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2003, 28 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_

palabras: si desde un punto de vista descriptivo puede existir un consenso que constata que el nivel democrático internacional es relativamente bajo, es una cuestión abierta si tal realidad debe ser considerada como un mal que curar, o como una condición propicia para mantener una mirada exigente y atenta hacia el desarrollo del derecho internacional.

Del encuentro entre Mosca y la lucha internacional contra el terrorismo surgen entonces las siguientes cuestiones: ¿a quienes tenemos que confiar nuestra libertad natural para alcanzar un Estado de derecho internacional?, ¿al poder político o al poder judicial?, ¿a la democracia o a las elites de los juristas internacionales que alimentan y hacen vivir a las jurisdicciones internacionales? Antes mismo de formular unas primeras (y tímidas) respuestas, es fácil darse cuenta de algunas aporías propias a casi todos los conceptos que, fruto de una tradición filosófico-política centrada sobre la realidad del Estado-nación, queremos utilizar para explicar o reformar la realidad internacional. Por ejemplo, ¿podemos distinguir entre *político* y *judicial*, en un contexto en donde los jueces juegan un papel político muy importante y no se limitan (falta de “ley” en sentido formal) a representar el rol de “boca de la ley”? ¿podemos hablar de conflicto entre poder democrático y poder elitista cuando ni el funcionamiento ni el modo de designación de los poderes internacionales parecen cumplir con los criterios formales que, según por lo menos una visión “elemental”, permiten hablar de democracia?, ¿quién es el representante y quién es el representado, el titular de un supuesto derecho de voto?, ¿todos los humanos?, ¿los Estados?, ¿los “sujetos de derecho internacional”?¹⁹ Por supuesto, cada una de estas dudas

id=319100&rec=1&srcabs=1142914, consultado la última vez el 20 de octubre 2010), y “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo Law Review*, 27, 5, 2006, pp. 2005-2040. Sobre el mismo tema, véase también la reciente obra del autor que más ha contribuido a la reflexión sobre el *rule of law* internacional: Chesterman, Simon, *One Nation Under Surveillance. A New Social Contract to Defend Freedom without Sacrificing Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2011, en particular pp. 44 y ss. Lo que distingue mi enfoque es lo siguiente: por un lado, intento utilizar las intuiciones de Mosca; por otro lado, en lugar de concentrarme en las situaciones nacionales, de “crisis” del Estado de derecho, intento proyectar mi mirada hacia el futuro de la comunidad internacional y de su derecho. Para un estudio más enfocado sobre el tratamiento de los enemigos del Estado, desde la Conquista hasta la lucha contra el terrorismo —en donde se evoca una perspectiva schmittiana—, remito a mi estudio “La vulneración de los derechos del extranjero enemigo: ¿un elemento constitutivo del Estado y de la comunidad internacional?”, en Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, *op. cit.*, nota 4, pp. 85-103.

¹⁹ Sobre el tema de los nuevos sujetos de derecho internacional, en particular las ONG, remitimos al estudio, en este volumen, de Ismeldis Núñez Peguero. Más en general, sobre la posibilidad de tomar en serio los movimientos sociales, cuya fuente es el individuo organi-

“semánticas” merecería una tesis doctoral. Llamar la atención sobre estos problemas sirve sin embargo para tomar la debida distancia respecto de las soluciones *copy-paste*, inspiradas por “espejismos constitucionales”,²⁰ es decir, de los proyectos de interpretación, explicación o reforma del derecho internacional que presuponen la posibilidad, plausibilidad y, en algunos casos, la necesidad, de una suerte de trasplante de las instituciones nacionales (claro de aquellas de un estado democrático constitucional de derecho,²¹ como la Alemania de Habermas, para evocar un ejemplo concreto) a la comunidad internacional (suponiendo que tal comunidad exista, lo que depende obviamente de la definición de “comunidad” que se dé).

III. DEL ESTADO DE DERECHO INTERNO AL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL: EL ESTADO DE DERECHO SIN ESTADO

Cuando se comparan un orden jurídico interno y el orden jurídico internacional se nota un elemento común, sin ninguna duda —la importancia que se les reconoce a los derechos humanos— y, por supuesto, una diferencia fundamental: la identificación kelseniana entre derecho y Estado no permite capturar el *ser* del derecho internacional. En el contexto internacional, a pesar de la tendencia al trasplante (2.1), no debería hablarse de Estado de derecho, sino más prudentemente de *rule of law*, de estado de derecho (2.2). Antes de preocuparse de cuestiones como la democracia o los derechos fundamentales (sustanciales), parece necesario insistir sobre los requisitos mínimos del *rule of law*: los derechos al derecho (2.3).

1. *El síndrome del trasplante*

El síndrome del trasplante tiene una utilidad fundamental: nos permite ver que la evolución de las sociedades civiles occidentales, a partir de un modelo que empieza a desarrollarse en Europa y en Estados Unidos a fina-

zado (podríamos pensar a una minoría distinta de la de la clase política mosquiata). Véase, en este volumen también, el trabajo de Iliana Rodríguez Santibáñez, sobre la “contribución de los individuos y movimientos sociales en la edificación del Estado de derecho internacional”, así como Zolo, Danilo, *op. cit.* nota 9, pp. 73 y ss.

²⁰ Esta afortunada expresión es utilizada por Uruña, René, “Espejismos constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global”, *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, marzo de 2010, núm. 24, pp. 19 y ss.: “la del derecho constitucional no es más que una promesa incumplida para la gobernanza global, un espejismo que se persigue y no se alcanza, porque en realidad no está allí”.

²¹ Así que la “domestic analogy” es además una manifestación típica de etnocentrismo.

les del siglo XVII, y se consolida en Europa después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, tiende a concentrar en una única y casi coherente forma de Estado y de gobierno tres nociones bien distintas: estado de derecho, Constitución y democracia. La segunda y la tercera noción tienden a transformarse en especificaciones de la primera, y la “naturalidad” de la relación que las une, la inseparabilidad histórica que las alimenta y las hace vivir en las memorias, hacen que el paso a dar para transitar del “estado constitucional democrático de derecho” al “estado de derecho *tout court*” sea muy corto. En otras palabras, en el contexto de los Estados contemporáneos más desarrollados resulta difícil pensar la democracia sin una Constitución y las dos fuera de un contexto en donde el derecho regula cada mecanismo, para alcanzar y regular la democracia y para establecer y reformar la Constitución.

El problema surge cuando se plantea el tema en el contexto internacional, porque la evolución histórica de la comunidad internacional no tiene nada que ver con la evolución histórica de las comunidades nacionales (por lo menos occidentales). En tal contexto, no existe ninguna Constitución y ninguna democracia, a menos, por supuesto, de entender “Constitución” y “democracia” en sentido muy lato, lo que sin embargo abre la puerta a cualquier afirmación seudocientífica sobre Constitución y democracia internacionales.

Si se toma en cuenta lo que precede y la insistencia con la cual los organismos internacionales afirman la voluntad de establecer o restaurar el Estado de derecho en el mundo, y en particular en algunos países que han conocido episodios de conflictos internos, surge una duda. No es inverosímil que lo que se designa con la expresión “Estado de derecho internacional” sea una suerte de suma de Estados de derecho nacionales. Dicho de otra forma: si se concibe la comunidad internacional como una comunidad de Estados, para alcanzar, en la dimensión internacional, algo parecido a un Estado de derecho, sería necesario que cada Estado miembro de la comunidad internacional cumpla con los criterios del Estado de derecho: la democracia y los derechos humanos, en este sentido, ejemplifican perfectamente tal proyecto.²² En este caso no se trataría de una forma de espejismo constitucional; se estaría, más sencillamente, renunciando a cualquier proyecto serio de

²² Se trata, en último análisis, del proyecto kantiano originario, como lo recuerda Chevallier, Jacques, “État de droit et relations internationales”, *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2006, p. 6: “l’État de droit international ne prendra ainsi toute sa portée qu’à partir du moment où il reposera sur l’existence d’une véritable ‘communauté d’Etats de droit’”. Tal proyecto de comunidad internacional constituye además, según Pérez, Oren, *op.*

una comunidad internacional fundada en el respeto del derecho, sobre todo si se piensa que los métodos para “ayudar” a las naciones a garantizar los derechos humanos y establecer un gobierno democrático pertenecen más al mundo de la *real-politik* (cuando no es al mundo de la guerra *tout court*) que al mundo del derecho. Estaríamos muy lejos del *rule of law*, y también lejos del *rule by law*.²³ Probablemente estaríamos lejos también de cualquier concepto de *law*; o sea, de cualquier forma de “derecho”.²⁴

2. *El problema lingüístico-cultural: desde el ideal del Rechtsstaat al objetivo del Rule of Law*

Todo esto nos sugiere otra distinción, que tiene que ver a la vez con un problema lingüístico y con una cuestión de punto de vista a partir del cual batir el proyecto de un estado de derecho internacional.

El problema lingüístico es el siguiente: en los distintos idiomas que han dominado la dogmática jurídica publicista e indirectamente internacional se utilizan por lo menos dos expresiones cuyo significado es bien distinto: el *Rechtsstaat*, semánticamente, tiene muy poco en común con el *Rule of Law*.²⁵ Si en castellano o en italiano se utiliza, para traducir ambas expresiones la misma fórmula “estado de derecho” o “stato di diritto”,²⁶ borrando así la diferencia, no es sin importancia subrayar que en algunos casos la utilización de la mayúscula o de la minúscula para la palabra “estado” podría adquirir un cierta relevancia.

cit., nota 1, p. 37, un corolario de la falacia de Westfalia: “indirect democratic supervision is based on an unrealistic view of the political game within the state”.

²³ Llama la atención sobre la distinción entre *rule of law* y *rule by law*, Chesterman, Simon, “An International Rule of Law?”, *NYU Law School, Public Law Research Paper No. 08-11*, abril 2008 (<http://ssrn.com/abstract=108173>), pp. 4, ss. y 15.

²⁴ En este sentido, un estudio de la noción de *rule of law* debería ser precedido de una aclaración del concepto de *law* que se está utilizando. Un buen ejemplo de este tipo de método es el trabajo de Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *NYU Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, working paper núm. 08-50, noviembre 2009 (<http://ssrn.com/abstract=1273005>), pp. 47 y ss.

²⁵ En mi opinión, la expresión francesa *État de droit* no tiene ninguna particularidad semántica que merezca ser tomada en cuenta.

²⁶ Hay que recordar que algunos autores prefieren, para traducir *rule of law*, expresiones menos ambiguas, como “imperio del derecho”, “preeminencia del derecho”, “primacía del derecho”, “régimen del derecho”, etcétera. Otros, de manera más prudente, utilizan la expresión original inglesa.

A. *Rechtsstat (Estado de derecho): un proyecto mayúsculo e impracticable*

Una mirada a Kelsen puede ayudar a aclarar este punto.²⁷ La doctrina kelseniana identifica el Estado y el derecho, el Estado no puede ser de otra forma que no sea “jurídica”. No existe Estado sin derecho. El *Rechtsstaat* alemán muy probablemente no tiene aplicación en un ámbito no estatal. Presupone una estructura normativa sofisticada, jerarquizada, cuya fuente última de validez es una Constitución que, entre otras cosas, garantiza los derechos fundamentales, e instituye un órgano competente para el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, para asegurar que los poderes políticos del Estado no actúen más allá de los límites trazados por el derecho. Desde esta perspectiva teórica, decir “Estado”, “Derecho” o “Estado de derecho” constituye exactamente la misma cosa, hasta se podría decir que “Estado de derecho” es un pleonismo en la boca de un kelseniano. Por supuesto, como no todo el mundo ha leído a Kelsen (o no comparte sus intuiciones), no deja de ser fundamental la utilización de la expresión *Rechtsstaat*.²⁸

Como ya lo hemos recordado, muchos internacionalistas, sobre todo los que pertenecen a la tradición teórica kantiana (cosmopolita), siguen con la idea de que algo parecido al *Rechtsstaat* alemán pueda encontrarse en el ámbito internacional: sólo faltaría una jurisdicción obligatoria competente para sancionar las violaciones del derecho internacional (o de la Constitución mundial, como algunos se atreven a decir, es decir, la Carta de la ONU).²⁹

Si se quiere ser coherentes con tal perspectiva exigente, la conclusión es que la comunidad internacional podría ser un Estado de derecho si y solamente si se transformara en un Estado, cuya creación y cuyo funcionamiento obedecería a un conjunto de reglas jurídicas cuyo respeto sería garantizado por una corte constitucional internacional. Esto sucedería en la medida en que los Estados nacionales perdieran poco a poco su soberanía para llegar a asumir el papel de un Estado parte de una Federación. Tal fenómeno, teó-

²⁷ Para Kelsen, como le resume Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 23, pp. 8 y 9: “the rule of law and the State were essentially synonymous”.

²⁸ Como lo recuerda Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 18, p. 52, en un momento dado de la historia fue esencial distinguir entre «the *Führerstaat* –the state under a *Führer*» y «the *Rechtsstaat* under law».

²⁹ Véase, para una reseña de algunas posiciones teóricas de este tipo, Zolo, Danilo, *op. cit.*, nota 13. Para una propuesta que ve en la Carta de la ONU una hipotética Constitución mundial, *cf.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 6.

ricamente posible, no ha llegado a producirse en el contexto (culturalmente menos hostil) europeo, así que es más que legítimo guardar una buena dosis de sano escepticismo con relación al contexto internacional.

Para resumir: cuando el punto de partida cultural y lingüístico es la tradición kantiano-alemana (o continental, por extensión), la tendencia es muy exigente: el camino hacia un Estado de derecho pasa necesariamente por algo que sirva de Constitución mundial, y algo que sirva de Corte constitucional mundial; el mismo camino debería *en passant* democratizar las instituciones internacionales, en particular la ONU. Por la dimensión del proyecto, y por sus raíces lingüístico-culturales, “Estado de derecho” debe escribirse con mayúscula.

B. Rule of law (estado de derecho): un objetivo minúsculo y alcanzable.

Si en cambio se prefiere seguir el modelo del *rule of law*, la cuestión se transforma en una más sencilla, porque desaparece toda referencia a una persona jurídica. En este caso, sólo se exige que las conductas de los sujetos de derecho internacional sean regidas por una regla jurídica, y que tales conductas sean juzgadas a partir de criterios expresados por fuentes del derecho preexistentes. Quizá el aspecto más exigente es la presencia de un control jurisdiccional (o por lo menos ejercido por una autoridad distinta de la que fue autor de la conducta o del acto jurídico sujetos a control). Se trataría, más que de un *Estado* de derecho, de una *situación* regida por el derecho, un *estado* en el sentido en que se utiliza esta palabra en expresiones como “estado de salud”, “estado de necesidad” o “estado de emergencia”. Para anticipar algunos comentarios, resulta oportuno precisar que la medida en que un “estado de necesidad” o “de emergencia” son proclamados conforme a reglas jurídicas es una cuestión contingente. Es decir, si el derecho dispone con precisión las condiciones bajo las cuales se puede actuar en un “estado de emergencia”, y el órgano habilitado para hacerlo, así como el órgano habilitado para verificar que las condiciones fueron respetadas, entonces el estado de emergencia es también un estado de derecho.³⁰ Si el

³⁰ En esta hipótesis, si los periodos de emergencia y de violencia son más numerosos que los “normales”, se podría hasta sostener que el estado de derecho es en realidad un estado de emergencia y de violencia. En otras palabras: que el derecho es un instrumento (entre todos el más organizado y por ende eficaz) para ejercer la violencia. Para una interpretación de este tipo, véase Neocleous, Marc, *op. cit.*, nota 18. Por supuesto, todo depende de cómo se definen el concepto de derecho y las nociones de *rule of law* y *rule by law*. Podría en efecto

derecho no prevé nada al respecto, por lo contrario, es posible pensar que se haya suspendido (o descartado) el estado de derecho.³¹

En pocas palabras: un “estado de derecho” (con la “e” minúscula) sería nada más (y nada menos) que un estado no arbitrario, en donde cualquier cosa se haga (incluso, hay que reconocerlo, en un caso límite, cometer un genocidio), se hace conforme a normas jurídicas preexistentes, y bajo el control de una autoridad formalmente independiente, que analiza la motivación y el contenido del acto a partir de los criterios de validez de un orden jurídico dado. Obviamente, un concepto tan ligero puede parecer insuficiente, y quizá se le puede agregar algún elemento inderogable. Esto es lo que hacen algunas Constituciones nacionales,³² y lo que intenta hacer la comunidad internacional introduciendo una noción como la de *ius cogens*.³³ Sin embargo, como lo ha demostrado claramente (y hace mucho)

admitirse que el *rule of law* excluye conceptualmente un régimen de violencia, compatible sin embargo con el *rule by law*.

³¹ Sobre si se trata de una laguna o de una suspensión del orden jurídico, Agamben, Giorgio, *Stato di eccezione*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003, p. 46: “Lungi dal rispondere ad una lacuna normativa, lo stato di eccezione si presenta come l’apertura nell’ordinamento di una lacuna fittizia allo scopo di salvaguardare l’esistenza della norma e la sua applicabilità alla situazione normale”.

³² Si se limita la observación a las democracias occidentales, hay que constatar que los sistemas de *civil law* y no los de *common law* prevén en las Constituciones las condiciones para invocar el estado de emergencia (o de excepción) y los mecanismos para controlar la utilización de los poderes del ejecutivo que tal situación implica. Tal circunstancia explica quizá que es en los países en donde el estado de excepción como tal no ha sido integrado en funcionamiento del orden jurídico, que se observa un fenómeno más parecido a la suspensión del derecho, con las consecuentes suspensiones de las garantías de los derechos humanos. Sobre el origen de estas reglas sobre la utilización de los poderes excepcionales en el derecho romano véase por ejemplo Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 18, pp. 44 y ss. Tal tradición de derecho civil persiste: “Si on examine maintenant les démocraties modernes, on peut clairement constater que la plupart des pays de droit écrit ont d’ores et déjà, dans leur ordre juridique, des dispositions permettant d’établir un état d’urgence ou d’exception, en cas justement de ‘circonstances exceptionnelles’” (Letteron, Roseline, “L’État de droit face au terrorisme”, *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2008, vol. IX, p. 251, y sobre la evolución de los países de *common law*, con relación a los poderes atribuidos al Ejecutivo en *circunstancias excepcionales*, pp. 248 y ss). Para un análisis descriptivo y sistemático de cómo los distintos órdenes jurídicos regulan las emergencias, y qué tanto conservan medios de control, remitimos a Bonetti, Paolo, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bolonia, Il Mulino, 2006.

³³ Sobre la noción de *ius cogens* véase Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, “*Ius cogens* internacional y enunciados sobre la existencia de normas desde una perspectiva analítica y positivista”, en García Flores, Eugenio (comp.), *El derecho internacional y la globalización en la primera década del siglo XXI*, México, Porrúa, 2011 (de próxima publicación) y las

Alf Ross,³⁴ a propósito del problema nacional, se trata de una limitación puramente simbólica y formal, porque el cambio se puede dar en dos fases. En una primera fase se modifica (o suspende) la norma que prohíbe algunas modificaciones, y en una segunda fase se adoptan dichas modificaciones, que ya no están prohibidas. En el caso del genocidio, por ejemplo, bastaría con afirmar en un primer momento que la mayoría de los Estados ya no aceptan y no reconocen la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens*, y en un segundo momento firmar un tratado cuyo objeto sería la comisión de un genocidio. Por supuesto, es importante decir que tal situación sería dramática y moralmente inaceptable; esto no implica sin embargo que no sea jurídicamente posible. Otra vez nos enfrentamos a la oposición entre el derecho como debe ser y el derecho como es (o como podría ser, en un mundo posible, aunque no deseable).

La distinción entre “estado de derecho” y “Estado de derecho” no coincide con la distinción entre estado de derecho formal y material (o sustantivo). La distinción radica más en la ausencia, o en la posible ausencia (es decir, en el carácter absolutamente contingente), en el “estado de derecho”, de algo parecido a un Estado, a una Constitución en sentido formal, y a una forma de gobierno particular. Sin embargo, es posible que tal supremacía del derecho se imponga o se mantenga más fácilmente en un contexto democrático: es a la vez inútil y estéril negarlo. Aun así, la verdad de una tal afirmación es meramente contingente; esto es, no significa que un contexto democrático sea una condición necesaria para el estado de derecho. Sea dicho de paso, tampoco para el Estado de derecho.

3. *Los derechos al derecho*

En las observaciones que preceden se ha hablado muy poco, casi nada, de los derechos humanos, circunstancia que puede sorprender. ¿Significa que no considero los derechos humanos un ingrediente fundamental del estado de derecho? En las concepciones dichas sustantivas del estado de derecho la protección de los derechos humanos ocupa un lugar importante al lado de la democracia. Como para la democracia, no niego que la protección de los derechos humanos pertenezca al reino de las cosas deseables, y sin em-

referencias citadas en Puppo, Alberto, “Lutte internationale contre le terrorisme”, *cit.*, nota 4, pp. 245 y ss.

³⁴ Ross, Alf, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*, 1969, 78, 309, pp. 1-24.

bargo prefiero evitar toda énfasis “ciega”, es decir, que pasa por alto distinciones básicas. La primera es por supuesto la distinción entre los derechos protegidos por un texto, y los derechos efectivamente garantizados por los tribunales. Si se da más importancia a este segundo aspecto, el acceso a los tribunales constituye un derecho de nivel superior, por lo menos desde el punto de vista funcional. Si no puedo acceder a los tribunales, no tengo ninguna posibilidad para que éstos garanticen mis (otros) derechos. Por otro lado, si las autoridades normativas (y sobre todo administrativas) no motivan jurídicamente sus actos, que potencialmente afectan a los derechos humanos, aunque se tenga acceso al juez, este último no tiene ningún elemento para controlar el respeto del derecho por aquellos actos. La obligación de motivar todos los actos jurídicos especificando su fundamento de validez, y el derecho al juez (o a la protección jurisdiccional efectiva, como se dice) parecen colocarse en un meta-nivel. Podríamos utilizar la expresión “derechos al derecho”. Se entiende entonces que el “estado de derecho” implica la efectividad de los “derechos al derecho”. Podríamos añadir los que normalmente se conocen como “derechos de la defensa”. Si es cierto que son fundamentales, creo que no merecen entrar en la categoría de los derechos al derecho. En un sistema procesal de tipo inquisitorio, el juez juega también el papel de la defensa, así que se podría renunciar al ejercicio activo de la defensa sin que necesariamente esto se traduzca por una violación del derecho. En otras palabras: el juez podría, sin pedirle nada a la “defensa” o al “acusado”, llegar a la conclusión de que una cierta medida, un cierto acto jurídico, carece de fundamento jurídico, y, así, anularlo, restableciendo la víctima (o el acusado) en sus derechos.

Parece entonces útil distinguir con claridad la categoría (en expansión) de los derechos humanos en general (que sean de la primera, de la segunda, de la tercera o de cualquier generación) y los *derechos al derecho*, entendidos en sentido estricto como los derechos a que los actos jurídicos sean motivados a partir de normas jurídicas y sujetos a un control jurídico (de legalidad) por una autoridad accesible e independiente del poder normativo.³⁵ La primera categoría de derechos hace parte de un discurso político

³⁵ Sobre la necesaria independencia del Poder Judicial, *cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10. Muchas otras condiciones son implícitas en, o consecuencias de, las que mencionamos: por ejemplo, la publicación de los actos jurídicos (¿a qué serviría la motivación si no fuera publicada y/o notificada?). Estas condiciones son en buena parte una manifestación de la moralidad interna del derecho evocada por muchos autores (para limitarnos a los textos ya citados: Waldron, Jeremy, *op. cit.*, nota 24, p. 6; Urueña, René, *op. cit.*, nota 20, p. 9; Chesterman, Simon, *op. cit.*, nota 23, p. 16; Ruiz Valerio, José, en este volumen) cuando

que desde por lo menos la Declaración Universal de 1948 promete y seduce sin realmente ofrecer una protección efectiva. Para decirlo con Mosca, los derechos humanos, como la democracia, son fórmulas políticas, utilizadas por la clase política para disfrazar una realidad abrumadora: el poder siempre y en todo lugar es ejercido por una minoría organizada, la cual, para no confesar tal aristocrática realidad, inventa fórmulas políticas que funcionan como justificaciones moralmente aceptables del poder. ¿Como defenderse en contra de los abusos de tal minoría de poderosos (en el contexto internacional, es fácil pensar a los poderosos Estados que detienen el derecho de veto en el Consejo de seguridad de la ONU)? Mosca sugiere que la libertad natural de cada individuo, amenazada por los abusos de la clase política, sólo puede encontrar un refugio en la protección garantizada por los jueces. Es exactamente lo que hicieron los jueces europeos cuando reafirmaron con fuerza, en contra de la clase política —no solamente internacional, sino también europea, y nacional— el derecho a una protección jurisdiccional efectiva, y los valores del estado de derecho.

IV. LA TEORÍA DE LA CLASE POLÍTICA DE GAETANO MOSCA: UNA CONCEPCIÓN ANTIDEMOCRÁTICA AL SERVICIO DEL ESTADO DE DERECHO

El nombre de Gaetano Mosca, jurista palermitano, está asociado a la teoría elitista,³⁶ una teoría que ha gozado de cierto éxito durante el siglo XX gracias a su distribución en Estados Unidos en la década de 1940 (3.1). A pesar de su carácter antidemocrático, la teoría del autor siciliano parece idónea a capturar la esencia del estado de derecho (3.2).

describen los elementos formales y procedurales del estado de derecho. Hay que evocar una similitud con los teóricos del *derecho administrativo global*; aunque estos autores reconocen una clara importancia a la democracia, ausente en nuestra caracterización del estado de derecho, los mismos admiten que “it would be advisable for global administrative law to pursue a less ambitious and more pragmatic approach. It could, for example, recognize that under current circumstances, no satisfactory democratic basis for global administration is available... Under a still more limited approach, global administrative law could set aside the goal of democratizing global administration and focus on the other justificatory roles discussed previously, controlling the periphery to ensure the integral function of a regime, protecting rights, and building meaningful and effective mechanisms of accountability to control abuses of power and secure rule-of-law values” (Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, p. 50).

³⁶ Esta sección retoma partes de mi estudio “Democracia, jueces y protección de las libertades fundamentales”, *cit.*, nota 4, al cual remito para un análisis más profundizado.

1. *Elementos fundamentales de la teoría*

La teoría de la clase política³⁷ se funda sobre tres nociones: clase política (3.1.1), fórmula política (3.1.2) y defensa jurídica (3.1.3).

A. *La noción de clase política*

La teoría de la clase política se funda sobre un principio simple: el poder es detentado y ejercido, siempre y en todas partes, por una minoría que domina a una mayoría. La minoría es una clase especial que sola, con la exclusión de la gran mayoría, comprende el sentido y la utilidad del gobierno: la mayoría no hace más que soportar y proveer los medios necesarios para la supervivencia del poder.

Algunas preguntas surgen naturalmente: ¿cómo se forma una minoría gobernante? ¿Cómo llega la minoría a imponer su gobierno a la mayoría? El mismo autor sugiere una respuesta:

el secreto de este fenómeno... reside en dos propiedades indiscutibles de la naturaleza social del hombre. La primera es que la superioridad de naturaleza moral tiende a prevalecer sobre la superioridad del número y de la fuerza bruta; la segunda, más importante y menos observada que la primera, es que una minoría organizada —que actúa de manera coordinada—, siempre triunfa sobre una mayoría desorganizada, que no tiene en común ni la voluntad, ni el impulso, ni la acción.³⁸

Los miembros de la clase política pueden no ser los mejores;³⁹ se trata de aquellos que han sabido ganar el consenso necesario por actuar y decidir en los contextos en los cuales la historia los había situado. La cuestión central debe conducir a explicar científicamente, a través de instrumentos conceptuales adecuados, cómo reconocer, en cualquier contexto político, la identidad de la clase política.

En este estadio del razonamiento interviene la noción de fórmula política.

³⁷ La primera formulación se encuentra en Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 5. Su evolución se concretiza en otra obra fundamental: Mosca, Gaetano, *Elementi di scienza politica*, Turín, Bocca, 1896, en *id.*, *Scritti politici*, *cit.*, nota 5.

³⁸ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 5, pp. 206 y 207.

³⁹ Calderoni, Mario, “Aristocrazie e democrazie (colloquio con Gaetano Mosca)”, *Il Regno*, 9, 24 gennaio 1904, pp. 2 y 3, en Mosca, Gaetano, *Partiti e sindacati nella crisi del regime parlamentare*, Bari, Laterza, 1949, p. 333.

B. *La noción de fórmula política*

Según Mosca, cualquier clase política, sea cual fuere su proceso de formación, jamás confiesa que manda nada más que por ser compuesta por los elementos más aptos para gobernar; siempre encuentra la justificación de su poder en un principio abstracto, en una fórmula que el autor denomina *fórmula política*. Por ejemplo, “el hecho de decir que todos los funcionarios reciben su autoridad del soberano, el cual a su turno la recibe de Dios, corresponde a hacer uso de una fórmula política; la otra creencia, según la cual todos los poderes encuentran su fundamento en la voluntad popular, es otra fórmula política”.⁴⁰

La fórmula política es más que una simple mistificación; se trata de una “verdadera necesidad de la naturaleza humana”.⁴¹ “Parecería que es típicamente humano desear creer que se obedece más a un principio abstracto que a una persona”.⁴² Las fórmulas políticas, aunque sean científicamente falsas, son políticamente necesarias. No se trata entonces de supersticiones o charlatanerías:⁴³ “sin una fórmula política, una sociedad no puede mantenerse con vida, pues una ilusión general es una fuerza social que sirve para cimentar la unidad y la organización política de un pueblo y de una civilización entera”.⁴⁴ La naturaleza de la fórmula política está ligada a la de la clase política. Más precisamente: los cambios de la fórmula política nos informan sobre los cambios del criterio de admisión. Pero no hay que equivocarse: la prioridad lógica va a la clase política que, *a posteriori*, elabora la fórmula que la legitima.⁴⁵

El nuevo elemento de la teoría, ausente de su primera formulación, que más debe llamar nuestra atención está constituido sin duda por la noción de defensa jurídica.

C. *La noción de defensa jurídica*

La defensa jurídica es un mecanismo de tipo institucional, un equilibrio jurídico, que asegura moralidad y justicia a las relaciones entre los gober-

⁴⁰ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 5, pp. 226 y 227.

⁴¹ *Ibidem*, p. 227.

⁴² *Idem*.

⁴³ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 37, pp. 633 y 634.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 635.

⁴⁵ Sobre este aspecto, véase también, Mosca, Gaetano, *Storia delle dottrine politiche*, Bari, Laterza, 1939, p. 358.

nantes y los gobernados, y sobre todo que protege y garantiza el respeto sustancial de la ley de parte de los gobernantes. El órgano fundamental de este equilibrio es lógicamente el juez.⁴⁶

Hay que profundizar el tema a la luz de la posición crítica que Mosca adopta respecto a la democracia, y en particular a su forma parlamentaria. Es necesario anticipar y señalar que la teoría de la clase política engloba la noción de defensa jurídica y parece compatible con un régimen respetuoso de las libertades fundamentales de los individuos gobernados. La democracia no parece ser, entonces, condición necesaria para el respeto de las garantías jurídicas fundamentales que caracterizan, desde la perspectiva aquí adoptada, el estado de derecho.

2. *Crítica de la democracia y garantismo*

La posición de Mosca sobre la democracia depende sobre todo de las definiciones que de ella se adopten. La democracia que se perfila a comienzos del siglo XX es una democracia que se inscribe en un régimen parlamentario. En consecuencia, la crítica de una rebota sobre la crítica del otro. En el contexto limitado del presente estudio es preferible concentrarse sobre algunos momentos muy lúcidos del análisis de Mosca: la distinción entre teoría y práctica de la democracia (3.2.1), y la constatación del efecto positivo, desde el punto de vista de la defensa jurídica, de un debate auténticamente democrático (3.2.2).

A. *La teoría de la clase política como crítica de la democracia representativa*

La profesión de fe de Mosca se dirige no contra la democracia ella misma, sino contra la ideología según la cual las sociedades políticas donde gobierna la mayoría son las mejores. Estar en contra de la teoría de la democracia no significa estar en contra de la democracia como práctica. En una conversación con el jurista Mario Calderoni, en 1904, Mosca afirma que “el

⁴⁶ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 37, II éd., p. 679: “il giudice è lo strumento del senso morale di tutti che, caso per caso, tiene a dovere e frena le passioni e gli istinti malvagi di ciascuno... i meccanismi sociali che regolano questa disciplina del senso morale formano ciò che noi chiamiamo la *difesa giuridica*”. En este sentido, el juez es el mejor *moral reasoner*. Sobre la cuestión de quién sea entre el juez y el legislador el más idóneo para desarrollar un razonamiento moral “correcto”, véase el reciente e interesante debate entre Waldron y Dyzenhaus (de los dos autores, véanse las *op. cit.*, nota 8).

hecho de que la teoría abstracta de la democracia sea errónea, no significa que la práctica de la democracia sea en un todo condenable”.⁴⁷

Entonces, la democracia puede ser concebida como un método de selección de la clase política o como un método para su renovación. Ahora bien, si por “democracia” se entiende la tendencia que apunta a la renovación de la clase dirigente, es posible sostener que, en el periodo de mayor madurez de su pensamiento, Mosca era más bien favorable.⁴⁸

Ahora bien, independientemente de la compatibilidad teórica de la teoría de la clase política y de la democracia, se debe constatar que Mosca, tal vez a pesar de sí mismo, reconoce cada vez más abiertamente —y esto proporcionalmente a la desviación totalitaria del régimen político italiano— los méritos de la práctica democrática.

B. *La teoría de la clase política como garantía de las libertades fundamentales*

Según Mosca, “se debe a la democracia, al menos en parte, el régimen de discusión en el cual vivimos, las libertades principales, de pensamien-

⁴⁷ Calderoni, Mario, *op. cit.* nota 39, p. 334. Por práctica de la democracia debería quizá entenderse “a widely-shared expectation that the people affected by a certain normative structure should be involved in its design and implementation” (Pérez, Oren, *op. cit.*, nota 1, p. 29).

⁴⁸ Para una interpretación de este tipo véase Passerin d’Entreves, Mario, *Gaetano Mosca e la libertà*, Turín, Università di Torino, 1959. Para una opinión más escéptica, véase Dell’Erba, Nunzio, *Gaetano Mosca. Socialismo e classe politica*, Milán, Franco Angeli, 1991, p. 9, para quien la imagen de un Mosca orientado hacia una nueva concepción democrática de la libertad es insostenible, a pesar de que la utilización democrática de su teoría no deba excluirse. Independientemente de la opinión que se pueda tener, no hay que olvidar que Mosca criticó la ampliación del sufragio en 1882, y en 1912 como diputado (véase Mosca, Gaetano, “Sulla riforma elettorale politica”, en *id.*, *Ciò che la storia potrebbe insegnare*, Milán, 1958, pp. 353-367). Sobre el elitismo democrático, véase Bagnoli, Paolo, “L’élitismo démocratique in Italia: Gobetti - Dorso - Burzio - Rosselli”, en Albertoni, Ettore A. y Bagnoli, Paolo (coord.), *Studi sull’elitismo*, Milán, Giuffrè, 2001. Algunos autores, sin embargo, son escépticos ante una interpretación democrática de la teoría de la clase política. Lombardo, Antonio, “La scienza politica in Italia: l’interpretazione di Norberto Bobbio” (1970), en *id.*, *Teorie del potere politico. Mosca e Pareto*, Bologna, Boni, 1976, pp. 20-22, por ejemplo, después de reconstruir las conclusiones científicas de las teorías elitistas alrededor de tres proposiciones (“a) la democracia en el sentido rousseauiano es imposible; b) la democracia en el sentido del liberalismo, es decir de *constitucionalismo* (gobierno representativo = democracia liberal) es posible, y preferirla al totalitarismo es una elección subjetiva, y como tal ideológica; c) el socialismo en la acepción leninista es imposible”), concluye que el elitismo científico excluye la democracia y el socialismo.

to, de asociación. Sólo el régimen de la libre discusión permite renovarse a la clase política, refrenarla, eliminarla casi automáticamente cuando ya no corresponde con los intereses del país”.⁴⁹ En este sentido, puede existir una relación contingente, aunque no *conceptual*, entre prácticas democráticas y estado de derecho.

Mosca insiste sobre la necesidad de no fusionar la teoría democrática y la teoría liberal: “Yo puedo declararme anti-democrático pero no soy anti-liberal; estoy en contra de la democracia pura, porque soy un liberal... El jacobinismo democrático es una doctrina anti-liberal, en la medida en que todo está sometido a una sola fuerza, la fuerza de la autodenominada mayoría que no conoce límites”.⁵⁰

Tales reflexiones reaparecen en la tercera edición de los *Elementi*, en 1939. Mosca está enriquecido con su experiencia como senador, por lo que conoce bien los engranajes del régimen parlamentario. No reniega ninguna de las ideas de la *Teorica*, su *volume giovanile*, pero echa una mirada menos desdeñosa sobre las virtudes del régimen parlamentario y de la democracia representativa. En efecto, la experiencia del régimen de Mussolini lo empuja a añorar la época del régimen político liberal, herencia del siglo XIX. Llega incluso a desear su restauración.⁵¹ Si el régimen parlamentario esconde en su seno auténticas mentiras, su abandono es portador de un peligro mucho más grave que la simple mentira: el totalitarismo.⁵²

Frente a los peligros del totalitarismo, la democracia, la libre discusión en el seno del Parlamento, puede constituir la última muralla. Sobre esta cuestión, algunas páginas de Mosca son muy interesantes, pues tocan los elementos clave de la reflexión política: la garantía de los derechos de los ciudadanos, la expresión de la voluntad popular por la vía del referéndum, y el peligro del *cesarismo*.

Mosca no duda en alabar la discusión pública que tiene lugar en el seno de las asambleas. Esta discusión constituye una garantía moral en la medida en que permite la expresión de las minorías independientes. El papel de estas minorías independientes, en el seno de la minoría gobernante, es el de controlar y limitar la omnipotencia de la máquina burocrática. Aunque insistiendo sobre la necesidad de la discusión en el seno de las asambleas, el pensador siciliano es bien consciente del hecho de que frecuentemente la

⁴⁹ Calderoni, Mario, *op. cit.*, nota 39, p. 334.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 335.

⁵¹ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 37, III éd. (1939), pp. 1113 y 1114.

⁵² Esta última consideración no aplica en el ámbito internacional que nunca ha alcanzado el estado de una democracia representativa.

mayoría parlamentaria tiende a monopolizar la discusión y a asfixiar toda forma de oposición.⁵³

A fin de mejorar el control, de evitar los abusos de asambleas muy poderosas, el senador del Reino de Italia no duda en evocar el referéndum.⁵⁴ Este mecanismo permite *reaccionar* contra “la acción y la iniciativa de la minoría gobernante”;⁵⁵ el referéndum no debe ser un medio para gobernar, para dirigir un país. El pueblo “tal como lo concibe Mosca” es, por supuesto, incapaz de gobernar. No sólo incapaz: la ignorancia del pueblo podría ser un obstáculo a toda mejora de la política.⁵⁶ Para apreciar el alcance del pensamiento de Mosca sobre el tema se deben combinar los dos elementos reconstruidos aquí arriba: las virtudes de la discusión política y el interés de la reacción popular. Por un lado, en el seno de la minoría que gobierna, se puede identificar una minoría que, si bien forma parte de la clase política, no gobierna. Ella se opo-

⁵³ *Ibidem*, p. 714: “ma la vera garanzia morale dei governi rappresentativi sta nella discussione pubblica, che ha luogo in seno alle assemblee. Dentro queste possono penetrare forze ed elementi politici disparatissimi e basta una piccola minoranza indipendente per controllare l’operato di una grande maggioranza e soprattutto per limitare l’onnipotenza dell’organizzazione burocratica. Ma quando le assemblee... diventano, come accade nei governi parlamentari, il corpo politico che riassume in sé tutto il prestigio e tutto il potere dell’autorità legittima, allora... si può avere... uno dei peggiori tipi di organizzazione politica che la maggioranza reale di una società moderna possa tollerare”. En esta última cita resulta evidente la centralidad de la cuestión de la autoridad legítima. El conflicto, en último análisis, podría resumirse en la oposición entre una forma democrática de legitimidad, y una forma elitista de legalidad, o sea entre clase política (que representa “legítimamente” el pueblo) y clase judicial (que representa “técnicamente” la legalidad o la juridicidad).

⁵⁴ Sobre Gaetano Mosca y el referéndum, véase Basile, Silvio, “Classe politica e referendum in una dimenticata pagina degli “Elementi” di Gaetano Mosca”, en Bettin, Gianfranco (coord.), *Politica e società. Studi in onore di Luciano Cavalli*, Padua, Cedam, 1997, pp. 265-293.

⁵⁵ Mosca, Gaetano, *op. cit.*, nota 37, II éd., p. 715.

⁵⁶ *Idem*. En el mismo sentido, véase Mosca, Gaetano, “Studi ausiliari di diritto costituzionale” (1886), en *id.*, *op. cit.*, nota 48, p. 604. Hay sin embargo que insistir sobre la diferencia radical que existe entre el pueblo al cual se refiere Mosca y el pueblo de hoy. El pueblo hoy en día sabe organizarse, comunicar rápidamente y oponerse a la minoría gobernante, desarrollando lo que algunos autores han llamado una “legalidad local” que expresa una visión del mundo diferente, y por ser expresión directa del pueblo, debería merecer la etiqueta de *democrática*. Véase sobre la emergencia de una legalidad local, o de un “estado de derecho de los pueblos”, Mattei, Ugo y Nader, Laura, *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008, pp. 202 y ss., en donde se ofrecen muchos ejemplos que concretizan una misma tendencia: “As the world has grown smaller, with people able to communicate instantly worldwide, local law is increasingly exercised in cosmopolitan contexts” (p. 202). “People violated in their sense of justice or threatened in chances of survival ... are inventing, through networks and groups, legal and pre-legal ways of dealing with life-harming problems and ultimately with issues of resource distribution” (p. 211).

ne al gobierno y lo controla. Ahora bien, si la minoría gobernante⁵⁷ abusa de su poder, hace callar a la oposición —en breve, se comporta como tirana—,⁵⁸ no se debe excluir que la opinión pública pueda asociarse a la oposición a fin de que puedan expresarse las necesidades reales de la sociedad civil.

El derecho positivo italiano concretiza bien este lazo profundo entre la defensa jurídica asegurada por los jueces, y la voz que Mosca desea darle a la sociedad civil, y esto fuera de toda demagogia democrática que predique una intervención directa del pueblo en el gobierno. Italia instituyó la excepción de inconstitucionalidad, un mecanismo que puede ser accionado por cualquier ciudadano que se considera lesionado por la aplicación de una ley no conforme a la Constitución —inconformidad muy a menudo relacionada a violaciones de derechos humanos—. La ley es adoptada por la minoría gobernante; esta ley es controlada por el juez constitucional; entonces, de la misma forma que el referéndum permite dar una voz a la sociedad civil contra los abusos de las asambleas, la excepción de inconstitucionalidad permite a los jueces, bajo demanda de la sociedad civil, censurar la acción de la minoría gobernante con objeto de asegurar la defensa jurídica.

Los jueces constitucionales pertenecen sin dudas a lo que se puede denominar una elite. Es tentador considerar la teoría antidemocrática de la clase política como fundamento de lo que los juristas y politólogos deploran bajo el epíteto de “gobierno de los jueces”. Los jueces, dicen sus detractores, no tienen ninguna legitimidad, pues no son elegidos por el pueblo. Es plausible pensar que a los ojos de un ferviente liberal, poco inclinado a abrirlos bien grandes ante las lentejuelas de la democracia, el hecho de no ser elegido constituye más una garantía que un defecto de legitimidad.

Algunas decisiones recientes de los tribunales europeos parecen confirmar el carácter problemático de la relación entre el ejercicio del poder por una minoría organizada y la posibilidad de control por un órgano jurisdiccional.

⁵⁷ Para esta observación, véase Basile, Silvio, *op. cit.*, nota 54, p. 269.

⁵⁸ Dando lugar a lo que algunos autores han llamado el *demo-despotismo* (Cubertafond, Bernard, *op. cit.*, nota 10).

V. MUERTE Y RESURRECCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: ENCUENTRO Y DESENCUENTRO ENTRE CLASE POLÍTICA INTERNACIONAL Y PODER JUDICIAL EUROPEO

El caso *Kadi*,⁵⁹ decidido por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas,⁶⁰ tiene como protagonista la acción combinada de las Naciones Unidas (por la vía del Comité de Sanciones),⁶¹ de la Unión Europea (por la adopción de un reglamento que transcribe una lista de nombres establecido por el Comité de Sanciones), y de los Estados (ligados en virtud del principio de primacía del derecho comunitario),⁶² que desembocó en la aplicación de sanciones económicas muy severas en contra de una lista de personas (supuestamente)⁶³ ligadas a la red Al-Qaeda, privándolas de todo medio de recurso efectivo, de todo acceso al juez. Tales sanciones tienen “efectos similares a una condena penal”.⁶⁴

⁵⁹ Me limitaré a recordar los elementos esenciales de las sentencias pronunciadas por los tribunales europeos y algunos comentarios doctrinales. Para un estudio más preciso de los diferentes aspectos jurídicos de la cuestión, remito a Puppo, Alberto, “Derecho europeo y lucha contra el terrorismo”, *cit.*, nota 4.

⁶⁰ Sentencia del 21 de septiembre de 2005, *cit.*, nota 7.

⁶¹ El Comité de Sanciones en cuestión fue creado por la resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad. Le siguieron otras resoluciones con objeto de precisar los poderes y el funcionamiento del Comité. Sobre el papel del gobierno estadounidense en el establecimiento de estas listas, y más en general, sobre el funcionamiento del Comité, véase Rosand, Eric, “The Security Council’s Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions”, *American Journal of International Law*, 2004, 98, p. 744.

⁶² Para un análisis teórico de la noción de primacía y su alcance en las relaciones entre orden jurídico interno y comunitario véase Dickson, Julie, “How Many Legal Systems?”, *Problema*, 2, 2008, pp. 11-50.

⁶³ Rosand, Eric, *op. cit.*, nota 61, p. 748: “in practice, submission of names... often contained minimal personal information and did not generally include explanation of the connection the individual or entity and Osama bin Laden, or members of Al Qaeda and the Taliban”. Andersson, Torbjörn *et al.*, “EU Blacklisting: the Renaissance of Imperial Power, but on a Global Scale”, *European Business Law Review*, 2003, 14, 2, p. 111, insisten sobre el carácter simplemente conjetural de las conexiones, a menudo muy indirectas, que se reconstruyen entre el individuo inscrito en la lista y la red terrorista.

⁶⁴ Voeffray, François, “Le Conseil de sécurité de l’ONU: gouvernement mondial, législateur ou juge ? Quelques réflexions sur les dangers de dérives”, en Kohen, Marcelo G. (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le droit international: liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Nijhoff, 2007, p. 1205; véase también Hiniyosa Martínez, Luis M., “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006,

A propósito del proceso que va de la propuesta de nombres por los Estados a la ejecución de las sanciones, hay que destacar que la inscripción en la lista es casi tácita: “si en un lapso de 48 horas, ningún miembro del Consejo de Seguridad se opone a la inscripción, la misma se vuelve efectiva. Una vez inscripto en la lista, no es posible retirarlo sino con el acuerdo de todos los miembros del Consejo de Seguridad”.⁶⁵ La Unión Europea se encargó de centralizar la ejecución, en escala europea, de las resoluciones del Consejo de Seguridad. Esto se tradujo en la adopción, entre otras cosas, de un Reglamento comunitario,⁶⁶ que no era sino la reproducción de la mencionada lista anexada a la resolución del Consejo de Seguridad. Frente a la adopción de este Reglamento, los Estados miembros de la Unión Europea se vieron “en la obligación” de darle plena ejecución. Procedieron así al congelamiento de los fondos de Kadi. Éste, estimando injustificada la inscripción de su nombre, y por ende injustificada la sanción, presentó un recurso de anulación ante el juez comunitario. Formalmente, el acto jurídico aplicado por los Estados miembros, el acto fundador de la validez de la sanción, es el Reglamento comunitario. Sin embargo, tomando en cuenta el hecho de que las instituciones comunitarias, especialmente el Consejo, no ejercieron ningún poder de apreciación, el juez comunitario estimó que no poseía ninguna competencia para juzgar sobre la pertinencia de la inclusión del nombre de Kadi. Tal decisión privó al demandante de todo recurso efectivo (4.1) hasta que el Tribunal de justicia de las Comunidades europeas⁶⁷ anule, a la vez, la sentencia del primer tribunal y el reglamento comunitario (4.2).

1. *La sumisión del derecho al arbitrio de la clase política internacional*

El tribunal de primera instancia insistió sobre el deber de lealtad de la Unión Europea respecto de los compromisos que los Estados miembros

vol. LVIII, 2, p. 761: “el paso del tiempo puede convertir una medida cautelar en una sanción penal”.

⁶⁵ Voefray, François, *op. cit.*, nota 64, p. 1206.

⁶⁶ Se trata del Reglamento (CE) núm. 2062/2001 de la Comisión, del 19 de octubre de 2001, que modifica, por tercera vez, el Reglamento núm. 467/2001 (*JO L 277*, p. 25). Es el anexo I de este Reglamento que contiene la lista de las personas, entidades y organismos involucrados por el congelamiento de los fondos. Según los términos del artículo 10, párrafo 1, del mismo Reglamento, la Comisión está habilitada para modificar o completar el mencionado anexo I sobre la base de las decisiones del Consejo de Seguridad o del Comité de Sanciones.

⁶⁷ Sentencia del 3 de septiembre de 2008, *op. cit.*, nota 7.

asumieron al firmar la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, es la Carta que da el poder al Consejo de Seguridad para tomar las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

El tribunal comparte la tesis defendida por las instituciones cuyo punto de vista se resume así:⁶⁸

el Consejo y la Comisión ponen de relieve que los Estados miembros de la Comunidad, en su condición de miembros de las Naciones Unidas, han aceptado cumplir sin reservas las decisiones aprobadas en su nombre por el Consejo de Seguridad, en aras de un interés superior, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (véanse el artículo 24, apartado 1, y el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas). En su opinión, las obligaciones que el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas impone a los miembros de la ONU prevalecen sobre todas las demás obligaciones internacionales a las que éstos puedan estar sometidos. El artículo 103 de la Carta permite así descartar cualquier otra disposición de Derecho internacional convencional o consuetudinario para cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad, produciendo de este modo un “efecto de legitimación”.

Tomemos como punto de partida uno de los raros estudios que afirman que el análisis del Tribunal va “en la dirección correcta”.⁶⁹ En efecto, según ciertos comentaristas del fallo *Kadi*, sería “impensable ver a los estados miembros de la Unión Europea escapar a sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas por la vía de su participación en un organismo internacional regional”.⁷⁰

La situación puede parecer perniciosa en la medida en que la Unión Europea interviene en un estadio intermedio, a saber: entre la adopción de las resoluciones de la ONU y la ejecución estatal de las sanciones. En efecto, si la Unión Europea no hubiera intervenido, la situación habría sido muy diferente. Nos parece pertinente pensar que en caso de un acto internacional que plantea dudas relativas al respeto de los derechos fundamentales, las

⁶⁸ *Ibidem*, § 156. Sobre la interpretación del artículo 103 de la Carta, y sobre lo que la primacía así instituida podría legitimar en materia de protección de los derechos humanos, véase Palchetti, Paolo, “Azioni di forze istituite o autorizzate delle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo: i casi Behrami e Seramati”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 90, 3, 2007, pp. 681-704, especialmente p. 696.

⁶⁹ Stangos, Petros y Gryllos, Georgios, “Le droit communautaire à l’épreuve des réalités du droit international: leçons tirées de la jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme international”, *Cahiers de Droit Européen*, 2006, 3-4, p. 466.

⁷⁰ *Idem*.

jurisdicciones constitucionales de los Estados europeos podrían señalarlas, y llegado el caso oponerse a la adopción de los instrumentos de recepción.⁷¹ Es por esta razón que ciertos autores han insistido sobre el efecto benéfico de una aplicación nacional de las sanciones en cuestión.⁷²

Dicho de otra manera: el artículo 103 de la Carta ¿puede ser realmente interpretado en el sentido de que obligaría a un Estado a trazar una raya sobre todas las obligaciones que ha contraído a partir de instrumentos internacionales, ellos mismos fundados sobre la Carta, o que derivan directamente de sus constituciones?⁷³

Si se puede responder por la negativa, se debe reconocer que la intervención puramente “formal” de la Unión Europea, que se limita a reproducir las listas de los nombres preparados por el Comité de Sanciones, tuvo por efecto poner a los Estados ante un acto comunitario que, en virtud del principio de primacía, se impone directamente. Un Estado que no aplicara las sanciones económicas violaría el derecho comunitario, y sería así susceptible de ser objeto de un recurso por incumplimiento. Mientras que un Estado que no se conformara con una resolución de la ONU (fenómeno, de hecho, relativamente frecuente) sólo debería temer a represalias políticas. Algunos autores afirman sin ambages que los Estados “pueden siempre rehusar la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad que juz-

⁷¹ Sobre este punto, véase Brown, Rory, “Kadi v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities: Executive Power and Judicial Supervision at European Level”, *European Human Rights Law Review*, 4, 2006, pp. 456-469.

⁷² Andersson, Torbjörn *et al.*, *op. cit.*, nota 63, p. 121: “It would also allow them to have a proper system of national judicial control of such measures. Furthermore, UN sanctions would be made subject to domestic constitutional requirement and the government would have to assume the political responsibility for implementation”. Tal punto de vista parece confirmado por una decisión reciente de una jurisdicción turca, libre de toda sumisión al derecho comunitario. En efecto, el Consejo de Estado turco, en una decisión del 4 de julio de 2006, anuló la decisión de congelamiento de fondos tomada por el Estado turco contra una persona listada por el Comité de Sanciones, por falta de pruebas, por el hecho de que nadie pudo poner a su disposición los elementos tendientes a establecer el lazo con la red Al-Qaeda (DOC. S/2006/750, 20 de septiembre de 2006, anexo III, p. 54, citado por Hinijosa Martínez, Luis M., *op. cit.*, nota 64, p. 753). El TJCE, en su fallo *Kadi*, *op. cit.*, nota 7, § 298, parece haber sugerido la posibilidad de una libre transposición por los Estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad, dejando suponer que esto debería hacerse en el respeto del derecho comunitario.

⁷³ En este sentido, véase Miller, Elin, “The Use of Targeted Sanctions in the Fight Against International Terrorism – What About Human Rights?”, *American Society of International Law, Proceedings of the 97th Annual Meeting*, 2003, p. 50: “it would seem more than legalistic to assume that Article 103 can absolve the organisation or its member states of their human rights obligations”.

gan ilegales”.⁷⁴ En efecto, desde un punto de vista más general, no hay que descuidar el principio cardinal del derecho internacional, a saber: el consentimiento de los Estados. Éstos han consentido en verdad al respecto de la Carta, pero ¿han consentido que el Consejo de Seguridad se comporte como un legislador universal?⁷⁵ Aunque la respuesta sea, o debería ser, negativa, se debe reconocer que la realidad es otra: tal poder es ejercido y contribuye a la aparición de lo que algunos autores han podido denominar una verdadera hegemonía jurídica.⁷⁶

En efecto, los intereses políticos ligados a la represión del terrorismo son susceptibles de poner en evidencia las insuficiencias del Estado, cuyos deberes —según la doctrina internacionalista—⁷⁷ hoy incluyen los de “proteger” a los individuos. Si tomamos en serio la justificación de la existencia del Estado, y del poder soberano, proporcionada por Hobbes o Rousseau, tenemos que reconocer que la idea de protección es fundamental. ¿Por qué los individuos renunciarían a su libertad natural si no es para contar con la protección que el soberano puede ofrecerle (y, se supone, sus propias “fuerzas” no garantizarían de manera igualmente eficaz)? El estado de derecho exige la limitación de los medios que el soberano puede utilizar para alcanzar este fin. El principio de legalidad o, como se dice hoy para dar cuenta de su flexibilidad, de juridicidad, es, en este sentido, esencial. El contrato social implica que la libertad puede ser afectada, o hasta suprimida tempo-

⁷⁴ Bore Eveno, Valérie, “Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de sécurité: vers un constitutionalisme international?”, *Revue Générale de Droit International Public*, 110, 4, 2006, p. 858.

⁷⁵ Sobre este punto, véase el análisis muy convincente de Fremuth, Michael y Griebel, Jörn, “On the Security Council as a Legislator: A Blessing or a Curse for the International Community?”, pp. 354 y 355: “Apart from the fact that the SC accordingly does not enjoy a competence to legislate, such a power would also be highly problematic with respect to the principle of consent in international law. Deriving from the principle of sovereign equality enshrined in Article 2(1) of the UN-Charter, a State is only bound by rules it has consented to... there are many fields of law where breaches can give rise to threats to international peace and security, the SC would enjoy a wide competence in lawmaking and could feel inclined to enact more and more legal acts”.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 355: “The emergence and development of public international law would the mostly depend on the five permanent members of the SC that possess a veto-power, risking the development of a legal hegemony”.

⁷⁷ Véase López Jacoiste Díaz, Eugenia, “La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación”, *Anuario de Derecho Internacional*, 22, 2006, pp. 285-315. Este análisis (pp. 310 y ss.) muestra bien la fragilidad de la idea de la obligación de proteger para la comunidad internacional, mientras los miembros permanentes del Consejo de Seguridad sigan disponiendo de un veto que podría bloquear una intervención *protectora*.

ráneamente, exclusivamente en los casos previstos por una norma jurídica preexistente, y conforme a los procedimientos previstos por el mismo derecho.

Ahora bien, la intervención de la Unión Europea en materia de sanciones económicas individuales y la primera jurisprudencia que le siguió parecen comprometer seriamente los valores sobre los cuales la *Europa de los derechos* ha fundado su legitimidad. Fue para preservar esta buena reputación que se asistió a un sobresalto del estado de derecho, concretizado por las advertencias del Consejo de Europa y, sobre todo, por la sentencia del TJCE del 3 de septiembre de 2008, que anula el fallo del TPICE, lo mismo que el Reglamento comunitario, origen de las sanciones económicas individuales.

2. *La revancha del estado de derecho: la acción política internacional sometida al respeto de las garantías jurisdiccionales*

Paradójicamente, la lucha contra el terrorismo, tal como se ha puesto en práctica, podría ser interpretada como un éxito inesperado por los terroristas.⁷⁸ El Consejo de Seguridad, bajo el impulso de Estados Unidos y con la cómplice cooperación de Europa, logró desacreditar a las democracias occidentales construidas alrededor del mito de los derechos humanos.⁷⁹ No es sin pertinencia que algunos autores han denunciado el retorno a un “método legislativo primitivo” que amenaza el *Reichsstaat*.⁸⁰

⁷⁸ Como lo plantea Letteron, Roseline, *op. cit.*, nota 32, p. 261: “accepter un abaissement du niveau des libertés accordées au citoyen ne revient-il pas à donner une victoire inespérée à ceux-là-mêmes qui veulent détruire l’Etat de droit?”.

⁷⁹ Sobre este punto, el acento lo pone Bennoune, Karima, “«To Respect and to Ensure»: Reconciling International Human Rights Obligations in a Time of Terror”, *American Society of International Law, Poceedings of the 97th Annual Meeting*, 2003, pp. 23 y 24: “Terrorism has won a great victory... because some of the world’s leading democracies have shown themselves willing to undermine the rule of law, both domestically and internationally, something which the despicable international terrorists could never have achieved by themselves”. Se trata, según Méndez Silva, Ricardo, “Derivaciones del 11 de septiembre para el derecho internacional”, en *id.* (coord.), *Derecho y seguridad internacional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005, p. 109, de un ejemplo de círculo vicioso de los fundamentalismos.

⁸⁰ Andersson, Torbjörn *et al.*, *op. cit.*, nota 63, p. 125: “Blacklisting is, quite simply a primitive legislative method... when blacklisting is used against individuals, the *Rechsstaat* requires a constitutional standard of legal security”. *Cfr.* también lo que constata, en un estudio sobre la noción de “seguridad nacional”, Christakis, Théodore, “L’État avant le droit? L’exception de ‘sécurité nationale’ en droit international”, *Revue Générale de Droit Interna-*

Tales constataciones sombrías deben, al menos en lo que concierne a Europa, dejar su lugar a una visión más serena, alumbrada por el retorno al estado de derecho. En efecto, como lo subraya el abogado general ante el TJCE en sus conclusiones sobre el caso *Kadi*,⁸¹ citando a ciencia cierta a Aharón Barak, ex presidente de la Corte Suprema del Estado de Israel:⁸²

Cuando truenan los cañones es cuando más necesarias son las leyes... Todo combate del Estado —contra el terrorismo o contra cualquier otro enemigo— se desarrolla con sujeción a las normas y al Derecho. Siempre existe un Derecho que el Estado debe respetar. No existen “agujeros negros”... La razón que subyace a este enfoque no es únicamente la consecuencia práctica de la realidad política y normativa. Sus raíces son mucho más profundas. Constituye la expresión de la diferencia entre un Estado democrático que combate por su supervivencia y la lucha de los terroristas que se levantan contra él. El Estado combate en nombre del Derecho y de su observancia. Los terroristas luchan contra el Derecho y lo conculcan. La guerra contra el terrorismo es también la guerra del Derecho contra aquellos que se levantan contra él.

Por otro lado, Poiares Maduro vuelve sobre las relaciones entre Comunidad Europea y ONU:

el Tribunal de Justicia no puede... dar la espalda a los valores fundamentales en los que se sustenta el ordenamiento jurídico comunitario y cuya protección debe garantizar. El respeto a otras instituciones tan sólo tendrá sentido si puede edificarse basándose en un entendimiento común de los referidos valores y en el mutuo compromiso de protegerlos. En consecuencia, en aquellas situaciones en las que los valores fundamentales de la Comunidad están en juego, puede ocurrir que el Tribunal de Justicia se vea obligado a examinar —y posiblemente a anular— determinadas medidas adoptadas por las instituciones comunitarias aun cuando tales medidas sean el reflejo de los deseos del Consejo de Seguridad.⁸³

tional Public, 112, 1, 2008, p. 7: “C’est souvent la lutte contre le terrorisme qui est présentée comme une préoccupation majeure de ‘sécurité nationale’ devant légitimer des dérogations et des exceptions en tout genre à l’Etat de droit”. Sobre este aspecto, *cf.* las referencias citadas *supra*, notas 18 y 32.

⁸¹ Poiares Maduro, Miguel, Conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008, en el asunto C-402/05 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005C0402:ES:HTML>).

⁸² Corte Suprema del Estado de Israel, HCJ 769/02 (2006), *Le Comité public contre la torture en Israël e.a. / Gouvernement de l’État d’Israël*, puntos 61 y 62, citados en Poiares Maduro, Miguel, *op. cit.*, nota 81, § 45.

⁸³ Poiares Maduro, Miguel, *op. cit.*, nota 81, § 44.

El TJCE confirmó el análisis de su abogado general precisando, de una manera que no se puede más explícita, la ausencia de una jerarquía formal en la cumbre de la cual se encontraría el derecho de la ONU (elección que le permite ignorar el *ius cogens*).⁸⁴ En efecto, suponiendo que a las resoluciones del Consejo de Seguridad se les pueda reconocer un valor superior al del derecho comunitario derivado, estas normas no podrían prevalecer sobre el derecho primario, y en particular sobre los principios generales del derecho comunitario que garantizan el respeto de los derechos fundamentales.⁸⁵

El argumento de la seguridad no puede entonces funcionar como una *firma en blanco*, pues “el proceso político corre el riesgo de hacerse eco inmediato de las inquietudes populares, impulsando a las autoridades a calmar los temores de la mayoría de la población a expensas de los derechos de unos pocos”.⁸⁶ Aun cuando el propio juez comunitario no disponga de los elementos necesarios para juzgar el carácter injustificado y/o desproporcionado de las sanciones en cuestión, “la mera existencia de tal posibilidad es anatema en una sociedad que se rige por el Estado de Derecho”.⁸⁷

No podemos más que regocijarnos de este sobresalto,⁸⁸ que parece poner de relieve las exigencias más elementales del estado de derecho, tal como

⁸⁴ Sobre la invocación del *ius cogens* por el tribunal de primera instancia, remitimos a nuestro estudios citados, nota 4.

⁸⁵ Sentencia Kadi, *op. cit.*, nota 7, §§ 304 y ss: “En efecto, el artículo 307 CE no podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales, que comprende el control de legalidad de los actos comunitarios por parte del juez comunitario en lo que respecta a su conformidad con los derechos fundamentales. 305. La tesis de la inmunidad de jurisdicción del Reglamento controvertido en lo que respecta al control de su compatibilidad con los derechos fundamentales, inmunidad resultante de la pretendida primacía absoluta de las resoluciones del Consejo de Seguridad que dicho Reglamento está destinado a aplicar, tampoco puede basarse en el puesto que las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas ocuparían en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico comunitario, si tales obligaciones se clasificaran en esa jerarquía. 306. En efecto, el artículo 300 CE, apartado 7, dispone que los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en dicho artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros. 307. Así pues, en virtud de dicha disposición, si fuera aplicable a la Carta de las Naciones Unidas, esta última disfrutaría de primacía sobre los actos de Derecho comunitario derivado... 308. Sin embargo, esta primacía en el ámbito del Derecho comunitario no se extendería al Derecho primario ni, en particular, a sus principios generales, entre los que figura el respeto de los derechos fundamentales”.

⁸⁶ Poiaras Maduro, Miguel, *op. cit.*, nota 81, § 45.

⁸⁷ *Ibidem*, § 53.

⁸⁸ Este sobresalto ya había sido enunciado por una reciente decisión de la Corte de Casación italiana (Corte suprema di cassazione, I sez. penale, 11 de octubre de 2006, n. 1072,

las hemos identificado en la primera parte de este trabajo: la obligación de fundar jurídicamente los actos jurídicos, hasta (y sobre todo) en las situaciones más delicadas; el derecho a solicitar un control de legalidad, para que los actos y conductas sin un fundamento jurídico no produzcan (o dejen de producir) efectos. El tribunal de justicia se aparta así de una tendencia dominante entre los internacionalistas articulada alrededor de la idea de cooperación internacional y de integración entre órdenes jurídicos.⁸⁹ A esta forma de constitucionalismo internacional de inspiración kantiana,⁹⁰ que tiende a juntarse con la idea de una democracia global,⁹¹ el TJCE prefiere una visión pluralista (más que clásicamente dualista) que reafirma la autonomía del orden jurídico comunitario, autonomía necesaria para garantizar los derechos al derecho; es decir, el contenido mínimo del estado de derecho.

VI. LA IDEOLOGÍA DEMOCRÁTICA COMO AMENAZA PARA EL ESTADO DE DERECHO (ACERCA DE LA CLASE JUDICIAL COMO GARANTE DE UN ESTADO AUTÉNTICAMENTE DEMOCRÁTICO DE DERECHO)

La teoría de Mosca sugiere, en primer lugar, desarrollar una visión científica del poder político. El autor siciliano ha marcado con fuerza la gran diferencia entre la afirmación de un principio en términos normativos y la presentación del mismo principio como fruto de la observación empírica.⁹² La clase política, desde el punto de vista científico, sería ante todo “un instru-

Asnar Al Islam): “nella lotta al terrorismo internazionale, l’opzione dell’ordinamento italiano è stata quella del rispetto delle garanzie, di tipo sostanziale e processuale, essenziali ai principi della Carta costituzionale, e del ripudio di interventi repressivi attuati attraverso forme di vera e propria de-giurisdizionalizzazione, che finiscono col negare le basi costitutive e la funzione del processo quale strumento insostituibile di civiltà risultante dalla tradizione liberaldemocratica”.

⁸⁹ Tal tendencia kelseniana y monista olvida tal vez que “**this expanding network of transnational ‘legalities’ is not based on a coherent set of normative or institutional hierarchies**” (Pérez, Oren, *op. cit.*, nota 1, p. 28).

⁹⁰ Entre los defensores de ese constitucionalismo internacional se puede citar, a título de ejemplo, De Wet, Erika, “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 55, pp. 51-76.

⁹¹ El caso paradigmático de tal visión es probablemente el de Habermas. Para una sintética reconstrucción crítica de su concepción, remito a Zolo, Danilo, *op. cit.*, nota 13, pp. 14-22.

⁹² Ripepe, Eugenio, *Le origini della teoria della classe politica in Italia*, Milán, Giuffrè, 1971, p. 6.

mento de análisis y de interpretación sociológica”,⁹³ y esto a pesar de su eficacia explicativa a través de los diferentes contextos políticos. La teoría de Mosca era nueva en el sentido de que se opuso a la metafísica, a las utopías.

No es de poca importancia recordar que las críticas dirigidas al modelo de Mosca tenían a menudo por blanco su ideología antidemocrática; algunos autores no han dudado sin embargo a utilizar esta teoría en el cuadro de un pensamiento democrático. Tal *desviación* democrática, señala Bobbio,⁹⁴ muestra que la teoría de clase política ha sido percibida como una verdadera teoría científica, compatible con una ideología a la que su creador no se habría adherido.

La ventaja del poder político internacional es que ni siquiera tiene una apariencia democrática. La fórmula política típica de las ideologías democráticas y de la clase política que las encarna no sirve al poder internacional. No obstante, la retórica del poder parece ser la misma: se actúa en nombre de la comunidad internacional, aunque el mandato de la clase política internacional, por ejemplo, del Consejo de Seguridad de la ONU, no sea un mandato técnicamente y formalmente democrático.⁹⁵

⁹³ Según Ripepe, Eugenio, *ibidem*, p. 4, si bien Mosca retoma temas que no son nuevos, es el primero en acometer un esfuerzo de teorización: “non solo organizzò e armonizzò motivi prima isolati, ma li elevò ad una superiore dignità teorica”.

⁹⁴ Bobbio, Norberto, “Democrazia e «élites»” (1969), en *id.*, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, Laterza, 2001, pp. 221 y ss.

⁹⁵ Aquí necesitamos insistir sobre una distinción que, a pesar de no determinar nuestras conclusiones, puede servir para juzgar una parte de nuestro razonamiento. Se trata de la concepción de la comunidad internacional: si se concibe como comunidad de los Estados y eventualmente de las organizaciones internacionales, entonces la eventual democracia y su fórmula política se limitaría a referirse a los mismos Estados y organizaciones internacionales. Los individuos en este caso serían destinatarios indirectos de las normas internacionales, y de ninguna forma podrían reivindicar una forma de participación democrática. Si, por lo contrario, se concibe la comunidad internacional como comunidad de individuos, tenemos que plantear la hipótesis de una auténtica participación. Por cierto, estaríamos muy lejos de una democracia según el estilo de la *polis* griega. Sin embargo, aunque pueda parecer utópico y paradójico, no debemos descartar la posibilidad de una genuina democracia global: tal democracia sólo podría ser directa, a partir de una expresión virtual permanente de la voluntad general, permitida por la globalización de las técnicas de comunicación, y de una expresión “social” periódica, bajo la forma de lo que ya conocemos como “forum mundiales”. Esta cuestión no afecta nuestro razonamiento, por la siguiente razón: la democracia que se plantea para la comunidad internacional es una democracia de tipo representativo; es decir, se intenta democratizar el proceso de toma de decisión por parte de las organizaciones internacionales más importantes. Sería, para decirlo con Mosca, erigir un monumento a la clase política internacional que, más allá de un poder político fáctico (sobre todo económico), podría desde entonces contar con una legitimación democrática hasta ahora ausente. La segunda opción, no solamente no es tomada en cuenta, sino constituye probablemente la

Hay que insistir sobre un punto: la cuestión no es si las resoluciones del Consejo de Seguridad tienen o no un carácter democrático. Nos parece que la respuesta sea banalmente negativa. La verdadera cuestión es: ¿que pasaría si estas resoluciones pudieran invocar un respaldo democrático? En otras palabras: ¿que pasaría si el Consejo de Seguridad funcionara como un Ejecutivo nacional, expresión de una mayoría parlamentaria democráticamente designada?

Es más legítimo sospechar que una legitimación democrática de ciertas acciones llevadas a cabo por el Consejo de Seguridad tendría como consecuencia la de crear un obstáculo más a las posibilidades de control jurisdiccional. Es decir, cuanto más la decisión internacional parece expresión de una minoría, de una clase política en sentido mosquiano, tanto más su control por tribunales parece legítimo. Basta con pensar a las críticas que sistemáticamente se dirigen a las cortes supremas, acusándolas de censurar la expresión legítima de la democracia, aun cuando se trate de censurar algunas expresiones muy contestables (por lo menos desde el punto de vista de una comunidad jurídica dada) del poder democrático, en particular cuando se trata de desconocer algunas garantías jurisdiccionales elementales.

Si seguimos la perspectiva mosquiana, la ventaja de no tener una democracia internacional consiste en no tener que subir el efecto de las fórmulas políticas más seductoras. El poder de la minoría gobernante, en el contexto internacional, hasta la fecha, no tiene disfraz, y lógicamente es más sencillo identificarlo como potencialmente *ultra vires*.⁹⁶ El concepto mismo de estado de derecho, en cierto sentido, nace con la idea de que el poder democrático pueda actuar *ultra vires*; es decir, más allá de las fronteras trazadas por el derecho (o, a partir de la constitucionalización de los Estados, por el

base para una comunidad internacional diferente, en donde los actores (los representantes democráticos) serían otros. Sea dicho de paso, la sociedad civil internacional llega a expresar su voluntad de una forma que encaja perfectamente con la visión de Mosca: gracias a acciones judiciales, necesariamente introducidas ante jueces que no son internacionales (sino nacionales y regionales), por la simple razón de que los jueces internacionales no son competentes para recibir quejas individuales o *class actions*.

⁹⁶ En cierto sentido, el poder invisible es más visible. Sobre la existencia, en las democracias, de procedimientos paralelos o *invisibles* que sin formalmente derogar al derecho resuelven problemas importantes más allá de las fronteras del orden jurídico, véase Bobbio, Norberto, “La democrazia e il potere invisibile”, en *id.*, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984, pp. 85-113. Que la existencia de este mundo invisible en donde domina la *raison d'État*, sea consustancial a la organización política democrática, es planteando por Arienzo, Alessandro, “Il governo delle emergenze e la conservazione politica: ragioni di Stato democratica e *security governance*”, en Dini, Vittorio (ed.), *Eccezioni*, Nápoles, Dante & Descartes, 2007, pp. 43 y ss.

texto constitucional, sobre todo cuando este texto proclama algunas garantías fundamentales).

En fin: democratizar el poder de las instituciones internacionales, sin establecer una corte constitucional internacional (o sin atribuir los poderes correspondientes a las jurisdicciones internacionales existentes) sería, probablemente, un grave error, porque pondría aún más en peligro los logros relativos a la protección de los derechos humanos, y por cierto, también, el contenido mínimo del Estado de derecho. Sería abrir la puerta a un *estado de excepción* permanente, en donde el soberano ya no sería la voluntad general, el poder democrático, sino (schmittianamente) el órgano habilitado para decidir y actuar (o que de hecho decide y actúa), posiblemente sin límites, para hacer frente al estado de excepción.

Si históricamente el Estado de derecho (Kant) se opone al Estado de policía (Hobbes), podemos pensar que un Estado de derecho democrático que vive de manera permanente en una situación de emergencia (la emergencia terrorista) y por ende bajo un régimen jurídico que se puede designar como estado de excepción, es doblemente peligroso: porque actúa como un Estado de policía, y al mismo tiempo beneficia del disfraz proporcionado por las fórmulas políticas típicas de los poderes democráticos cuya acción normativa se inscribe en el marco constitucional del Estado de derecho.

La cuestión del estado de derecho, en el contexto internacional, por ende, puede transformarse en la siguiente: ¿qué tipo de minoría preferimos que nos gobierne?

La diferencia entre la clase política y la clase judicial es que la primera beneficia de fórmulas políticas, es decir, de una formulación ideológica del porqué debería de gobernar. La minoría judicial no puede contar con el apoyo democrático. Su poder puede ejercerse y, sobre todo, mantenerse, si y solamente si sigue convenciendo, por sus actos, que no se trata de un poder arbitrario.⁹⁷ Por supuesto, la clase judicial tiene también sus fórmulas. Una

⁹⁷ Sobre este punto, remito a Puppo, Alberto, “Fonti della normatività e convenzioni profonde”, *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho* (ed. Arena, Federico y Brunet, Pierre), Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 129-165, y “La sumisión de los jueces a las normas últimas: acerca de la aceptación de *reglas de reconocimiento y normas fundamentales*”, en Garibian, Sévane y Puppo, Alberto, *op. cit.*, nota 4, pp. 137-178, especialmente p. 144: “Los jueces, como resultado de su comportamiento ritualmente respetuoso del derecho, reciben *a posteriori* la autoridad de decir lo que es el derecho. La sociedad percibe a un juez como alguien fiel al derecho; es representado como la «boca de la ley»; los ciudadanos le confieren autoridad de *decir*, de establecer los criterios de identificación del derecho válido, sin por ello, dada su humildad y su acatamiento a la ley, que él mismo se transforme en fuente suprema y exclusiva del derecho”. Como lo sintetiza Shapiro, Scott, “On Hart’s Way

podría ser la del juez como boca de la ley, expresión de una visión democrática de la división de los poderes. No podemos pensar sin embargo que esta fórmula siga siendo “creíble” o, dicho de otra forma, que siga funcional, en un contexto en donde los criterios últimos de validez (por ejemplo, los principios constitucionales o los proclamados en los varios convenios internacionales sobre derechos humanos) son *open-textured*, y necesitan, para ser aplicados, de la interpretación constructiva (o creativa)⁹⁸ de los jueces.

Como lo subraya Dyzenhaus,⁹⁹ sin embargo, existe, para los jueces, la tentación de invocar tal fórmula política democrática, para justificar la abdicación de su poder de controlar los actos jurídicos del poder democrático (admitiendo que también el Ejecutivo expresa, en las democracias parlamentares, como el Reino Unido, la voluntad democrática)¹⁰⁰ en materia de seguridad nacional, lo que, necesariamente, implica el menoscabo del estado de derecho.

Quizá, la noción de estado de derecho, el imperio del derecho, el *derecho al derecho*, podría funcionar como instrumento ideológico para legitimar el poder de tal minoría judicial. La ideología del estado de derecho nace como límite al poder democrático, por lo menos en la medida en que se entiende que el mismo legislador democrático tiene que actuar dentro de un marco jurídico.

Out”, en Coleman Jules, L. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 155: “It is power over themselves, rather than over others, that grounds their authority”. Para una explicación semejante de la autoridad de la que gozan los jueces, véase Penner, James, E., “Legal Reasoning and Authority of Law”, en Meyer, Lukas H. et al. (eds.), *Rights Culture and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Clarendon Press, 2003, pp. 71-97. Para profundizar, véase Puppo, Alberto, *Acceptation et normativité. La force du devoir dans le discours juridique*, Roma, Aracne, 2011, pp. 154 y ss. y 335 y ss.

⁹⁸ Sobre las distintas formas de interpretación véase Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos, y teorías”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998, pp. 19-38.

⁹⁹ Dyzenhaus, David, “Humpty Dumpty Rules”, *op. cit.*, nota 18.

¹⁰⁰ Cuando se plantea el tema relativo a los Estados, es muy importante distinguir, en mi opinión, entre la democracias presidenciales y las democracias parlamentares: solamente en las primeras el argumento democrático puede invocarse para las acciones del Ejecutivo. En las segundas, el Ejecutivo expresa la voluntad general de manera muy indirecta, más o menos indirecta, dependiendo de la ley electoral, por supuesto. En fin: mi intuición es que el control judicial no funciona de la misma manera en un país en donde la ley es realmente expresión del Parlamento y en un país en donde la mayoría de las normas jurídicas son obra del Ejecutivo, directa o indirectamente gracias a todas las técnicas para obligar jurídicamente (es decir, en virtud de una norma constitucional válida) al parlamento a votar, a menudo sin poder debatirlas, algunas medidas, sobre todo cuando se declara la urgencia de la cuestión.

La clase judicial puede, en último análisis, tener dos actitudes: de cómplice o de censor. Con este respecto, en la hipótesis en que se considere como cómplice, se podría afirmar que la clase judicial no es nada más que un elemento de la clase política. Y que la fórmula vacía del estado de derecho sería una nueva fórmula política actualizada. Pero si seguimos a Moscú, los jueces censores se caracterizan por dar voz a la mayoría silenciosa, a este conjunto de sujetos que, después de ejercer el derecho de voto (en el caso de las democracias nacionales, o sin nunca haberlo ejercido como en el caso de la comunidad internacional), pierden todo control sobre la acción del gobierno (supuestamente) democrático. La clase judicial, desde esta perspectiva, sería un enemigo de la teoría democrática, mas no de las democracias, las cuales, quizá paradójicamente, necesitan de la mirada atenta de los jueces para no ser absorbidas y reemplazadas por una gestión administrativa incontrolada y potencialmente atentatoria de los derechos de estos mismos pueblos supuestamente soberanos.