

César SOUZA jr.: *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, Porto Alegre, 2002.

Al escoger como objeto de su trabajo, presentado para el concurso a Profesor Titular de Teoría General del Estado, el tema de “La supremacía del derecho en el Estado democrático: sus modelos históricos, sociopolítico-jurídicos, de concreción” –términos en los que especifica el título de su libro–, el profesor Souza no sólo aborda una de las cuestiones fundamentales de tal disciplina, sino que lo hace con un claro propósito: mostrar a “la sociedad” que la cuestión del “Estado de derecho”, especialmente en lo que toca a sus aspectos institucionales de división de poderes y de control de constitucionalidad, no es un asunto de simple técnica jurídica ante el que no ha de tomarse precaución alguna.

Muy por el contrario, según el profesor brasileño, las instituciones jurídicas no pueden ser aisladas del contexto sociopolítico y cultural de origen, ni de los fundamentos axiológicos de la convivencia humana, de modo que, en materia de soluciones institucionales, “la sociedad” debe precaverse del impacto cultural de importaciones provenientes de contextos exóticos, pues, muchas veces, producen efectos opuestos a los pretendidos, o al menos efectos colaterales, en los que los costes sobrepasan con mucho los beneficios.

Con tal propósito a la vista –muy oportuno, como se comprobará–, el trabajo tiene por base última una concepción causal de la disciplina fuertemente tamizada por la teoría tridimensional de M. Reale. Y en efecto, las cinco causas –material, formal, final, eficiente e instrumental–, que dan lugar a las correspondientes Teorías especiales del Estado –Social, Política, Teleológica, Justificativa y Jurídica– y, en último término, a la Teoría General del Estado, como síntesis de todas ellas, acaban remitiendo a las bien conocidas dimensiones realeanas de “norma”, “hecho” y “valor”.

Y así, de una parte, la unidad esencial entre causa material y formal llevaría a la facticidad del Estado –en Estado en cuanto hecho–, que es al mismo tiempo e inseparablemente social y político, combinando así la Teoría Social y la Teoría Política del Estado. De otra parte, la asociación entre la causa final del Estado y su causa eficiente remitiría al Estado en cuanto valor, reuniendo la Teoría Justificativa y la Teoría Teleológica. Finalmente, la causa instrumental del Estado, estudiada en la Teoría Jurídica del Estado, revelaría el Estado en cuanto norma. Con todo lo cual, acaba por configurarse un tridimensionalismo aplicado al Estado; término éste, por cierto, que el autor, a diferencia del término “derecho”, utiliza siempre con mayúscula.

Un tridimensionalismo estatal concienzudamente diseñado, pues, que subyace, desde luego, a la estructura del texto sin que, curiosamente, acabe de in-

formarla por completo. Y es que la obra no se divide en tres partes, como cabría esperar, sino sólo en dos: “La supremacía del derecho en la Teoría Axiológico-Sociológica del Estado”, como parte primera, y “La supremacía del derecho en la Teoría Iuspolítica del Estado”, como parte segunda.

Así las cosas, el autor parece privilegiar claramente la dimensión normativa del Estado, pues tal es literalmente el objeto de la segunda parte de la obra: la Teoría Jurídica del Estado. Las otras dos dimensiones –la axiológica y la fáctica– sólo merecen, en conjunto, la misma atención que la dimensión normativa por sí sola –dos títulos con sus respectivos dos capítulos–, sino que, como se acaba de ver, aparecen unificadas, de algún modo, en una “Teoría Axiológico-Sociológica”.

La unificación no es, con todo, completa, pues, pese a tal rótulo, la parte primera de la obra estudia ambas dimensiones de forma separada, dedicando un Título a cada una de ellas. En efecto, el Título I, sobre “La supremacía del derecho en la dimensión axiológica del Estado”, dedica sus dos capítulos al examen de tal dimensión. En el primero de ellos –“Fundamentos axiológicos del derecho”–, tras describir sucintamente la esfera política, correspondiente al “ser social de la persona”, y la esfera ética, correspondiente a su ser “para la felicidad”, se concluye en la necesidad de armonizar ambas esferas. Esta tarea corresponde al derecho, dentro de la “unidad social mínima” que, en Occidente y desde mediados del XVII, se denomina Estado.

El capítulo 2º, sobre los “Fundamentos axiológicos de la supremacía del derecho”, siguiendo esta argumentación, desarrolla las tres posibles “relaciones” entre esas esferas política y ética: los así llamados regímenes de gobierno. De una parte, el régimen liberal, individualista y agnóstico, en el que la ética y la política están separadas absolutamente. De otra, el régimen autoritario, en el que no se reconoce autonomía a tales esferas y en el que todas las áreas de actividad humana se someten a la tutela del poder ideológico que domina al Estado. Finalmente, el régimen democrático en el que ética y política son reconocidas como esferas autónomas de lo humano aunque interdependientes y ligadas entre sí por el derecho.

Así las cosas, desde el plano de la teoría axiológica del Estado, la democracia sería, el orden iuspolítico en el que, por un lado, el Estado se somete al derecho en lo que éste tiene de más ético y, por otro, el derecho está al servicio del Estado en lo que éste tiene de eminentemente político. La supremacía del derecho estribaría en esa dualidad complementaria de relaciones.

Dado que tal teoría axiológica resulta insuficiente para entender la supremacía del derecho, el Título II, sobre “La supremacía del derecho en la dimensión sociológica del Estado”, se dedica a analizar esta última dimensión. Así el capítulo 3º, dedicado a los “Fundamentos sociológicos del derecho”, partien-

do de la consideración del derecho como un fenómeno social que nace y evoluciona sobre el plano de fondo de las relaciones entre la sociedad y el poder (del Estado), muestra sucintamente los cuatro momentos más característicos del “flujo sociológico del derecho”. “El derecho bruto”, al salir de la sociedad, “el derecho de juristas”, al encontrar el poder político organizado, “el derecho estatal”, al dejar el polo estatal en forma de ley escrita y “el derecho vivo”, al “reentrar” en la esfera de la realidad social amoldándose a ella.

Todo orden estatal concreto combinaría, de un modo u otro, tales momentos de “derecho genético” (bruto y de juristas) y de “derecho operativo” (estatal legislado y vivo) dando lugar así a las diferentes “familias del derecho”: la del *common law* en la que prima el derecho genético y la romano-continental, en la que prima el derecho operativo.

El capítulo 4º, sobre los “Fundamentos sociológicos de la supremacía del derecho”, abunda, por una parte, en las diferencias entre ambas familias en lo que respecta a la fuentes, las funciones y los principios del derecho, así como a la soberanía política y la soberanía jurídica, al consensualismo social y al Tribunal Constitucional, concluyendo que la distinción entre ellas antes que jurídica es sociológica.

Por otro lado, en ese mismo capítulo se apunta sucintamente cómo se “realiza” en los sistemas del *common law* y en los romano-germánicos el “elemento democrático fundamental de la supremacía del derecho”. En aquéllos: por medio del *rule of law*, donde el poder más importante sería el Judicial, la fuente primaria sería el precedente y el principio técnico básico, el *due process* y, en éstos, por medio del *Estado de derecho*, en el que el poder más importante sería el Legislativo, la fuente primaria del derecho la ley y el principio técnico básico el de legalidad.

La parte segunda del libro “La supremacía del derecho en la Teoría Iuspolítica del Estado”, se dedica precisamente a analizar en detalle tales modelos de supremacía del derecho a los que tan coherentemente se acaba de llegar. Así el Título III, “Modelos de supremacía del derecho en la familia del *Common law*”, dedica sus dos capítulos a analizar el modelo del *rule of law*. El primero de ellos, el 5º: “El ‘rule of law’ sin constitución codificada”, analiza pormenorizadamente su origen, su relación con el principio-garantía del *due process*, las fases del *rule of law* inglés –incluyendo el impacto de la *Human Rights Act*–, así como el *rule of law* en Nueva Zelanda, apartado éste último que se justifica por ser el sistema jurídico-político de este país el más próximo a la tradición inglesa.

El capítulo 6º: “El ‘rule of law’ con constitución analiza”, también pormenorizadamente, los orígenes del *rule of law* americano, sus peculiaridades, su sistema de separación de poderes, así como la relación entre derecho y políti-

ca y el *self restraint*. El capítulo se cierra con un balance de los costes y beneficios del *rule of law* americano y con un análisis del mismo en Australia y Canadá.

La conclusión general de ambos capítulos sería que tanto en el modelo inglés como en el norteamericano de *rule of law*, la supremacía del derecho se define en la relación entre la política (a cargo del Legislativo y del Ejecutivo) y la ética de lo razonable (a cargo del Judicial). A los primeros les corresponden las cuestiones políticas, al último las jurídicas. Ahora bien, en el modelo inglés, al no haber constitución escrita, la última palabra correspondería al Legislativo (la soberanía del Parlamento), mientras que en los EE.UU. al existir una instancia suprema, por encima de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial —*The Supreme Court*—, será a ésta a la que corresponda la última palabra.

El Título IV y último del texto, sobre “Modelos de supremacía del derecho en la familia romano-germánica”, dedica en efecto el primero de sus capítulos, el 7º: “El modelo francés: Del *État légal* al *État de droit*”, a analizar las características de dicho modelo mostrando cómo, a partir de la revolución liberal, el legislador asumió el lugar del codificador, quedando el derecho contenido y encerrado en la legalidad.

La supremacía del derecho sobre la política y sobre el Estado se realiza, pues, en este modelo, por medio de la primacía absoluta del principio de legalidad. De modo que, incluso en nuestros días, cuando se habla de *État de droit*, no se realiza el control de constitucionalidad de las leyes vigentes pues, como es bien sabido, el control de constitucionalidad francés no es propiamente de ley, sino de proyecto de ley aprobado (antes de su promulgación).

Por su parte, el capítulo 8º, segundo de este Título y último del libro: “El modelo alemán: del *Rechtsstaat* al *Verfassungsstaat*”, analiza pormenorizadamente tanto la fase filosófico-política del *Rechtsstaat*, desde 1798 hasta 1848, como su fase jurídico formal, desde 1848 hasta 1993, llegando finalmente a la fase de su institucionalización plena con el modelo fundado por La Ley Fundamental de 1949: el *Verfassungsstaat*. este modelo supone ciertamente la apertura en la organización del Estado de un nivel supralegal y suprajudicial —el nivel constitucional—, en el que “la política y la ética se abrazan, gracias a la mediación de los valores supremos del derecho”.

El libro se cierra con una “Conclusión”, en la que no sólo se resumen las alcanzadas en el conjunto del texto, sino que se plantean sugerencias para futuras investigaciones. La primera, la posibilidad de un modelo de supremacía del derecho que combinase el *rule of law* y el *Estado de derecho*, caracterizando un modelo mixto autónomo. La respuesta del autor es, en principio, negativa. Dado que los modelos de *rule of law* se fundan en la figura del juez y los modelos de *Estado de derecho* en la del legislador o en el Tribunal Constitu-

cional, parece inviable un modelo que opere con dos de esos personajes tipo, o con tres, actuando al mismo tiempo y exactamente al mismo nivel. Ello ciertamente no impide imaginar tanto otros modelos de *rule of law*, aparte del inglés y el americano, como otros de *Estado de derecho*, además del francés y del alemán; en realidad, cada Estado tiene su forma de supremacía del derecho con características propias.

Abundando en lo anterior y como segunda sugerencia de su trabajo, el profesor Souza propone, investigar el modelo de *Estado de derecho* vigente en Brasil. Cuestión “fascinante”, toda vez que ese país ha llevado “el índice del sincretismo institucional”, en lo que al Estado de derecho se refiere, al “paroxismo”. En efecto el autor describe sucintamente cómo se ha llegado a tal situación, borrando de un plumazo, primero, la herencia ibérico-romano-germánica, con la Constitución de 1891, que trató de introducir el “commonloísmo” y, en las últimas décadas, con la Constitución de 1988, que importa instituciones del derecho alemán ligadas al *Verfassungsstaat*. Insiste luego en la necesidad de formular, desde su disciplina, “propuestas maduras” para instaurar en Brasil, un “Estado de derecho” a la altura de nuestro tiempo.

Finalmente, el profesor Souza propone también investigar sobre el futuro de los modelos de supremacía del derecho. Y ello porque, si bien rechaza la posibilidad de un modelo mixto, niega rotundamente que tales modelos sean estáticos. Muy al contrario, hoy por hoy estarían ya acompañando la evolución de la conciencia ética occidental, atraídos por el ideal de derecho que ésta va proyectando. Un ideal del que el autor hace apenas un esbozo en la página final del texto pero que sirve para cerrar espléndidamente un magnífico trabajo académico, escrito con la “paroxística” realidad brasileña muy a la vista, pero que, precisamente por ello, interesará no sólo a la sociedad a la que pretende advertir, sino a todos lo que persiguen ese ideal “universal” de derecho que, además, no implicaría “renunciar a la identidad histórico-cultural de cada uno”.

Aurelio de Prada

Leo STRAUSS: *Sobre la tiranía*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2005. [T.O.: *On Tyranny*, traductor: Leonardo Rodríguez Duplá].

En la actualidad, se está intentando recuperar para los lectores de lengua castellana la obra de L. Strauss, un autor muy interesante y que tiene todavía