
Estado de derecho y práctica de los derechos humanos

Rule of Law and Human Rights Practice

Isabel TRUJILLO

Università di Palermo (Italia)

isabel.trujillo@unipa.it

RECIBIDO: 01/02/2016 / ACEPTADO: 26/09/2016

Resumen: Esta contribución está dividida en dos partes. En la primera se tratará de los conceptos de estado de derecho y derechos humanos, así como de la relación entre ambos. En la segunda parte se observará el tema dentro del marco de la evolución del derecho, que lleva necesariamente a la evolución del estado de derecho. En la primera, el objetivo es mostrar que estado de derecho y derechos humanos suponen dos prácticas distintas pero complementarias, ambas capaces de realizar aspectos diversos de la justicia, ambas necesarias para que se pueda decir que un sistema jurídico es exitoso. El estado de derecho se coloca en el contexto de las modalidades de realización de decisiones comunes necesarias para la coordinación; los derechos humanos, en cambio, operan para la protección de intereses fundamentales de los sujetos. En varios puntos estas dos prácticas se entrelazan, pero para comprender su complementariedad es importante mantenerlas separadas.

Palabras clave: estado de derecho, derechos humanos, dignidad humana, evolución del derecho, soft law

Abstract: This article is divided in two parts. In the first one it faces the concepts of (and relationship between) the rule of law and human rights. In the second one, this topic will be analyzed from the point of view of the evolution of law, what implies also the evolution of the rule of law. In the first part, the aim is to show that rule of law and human rights are two different but complementary practices, both able to realize different aspects of justice, both necessary for the success of law. The rule of law regards the way of decision making for coordination; human rights aim for the protection of fundamental interests of human beings. In different points these two practices interact, but in the light of their complementarity it is important to maintain their separation.

Keywords: rule of law, human rights, human dignity, evolution of law, soft law

1. INTRODUCCIÓN

En un nivel teórico es frecuente aludir a concepciones formales y sustanciales de estado de derecho¹. En mi opinión, esa distinción no ayuda a entender el concepto y menos aún su relación con los derechos humanos. A su vez, se trata de una distinción que remite a dos modos de entender el derecho: un modelo dualista, que distingue entre materia y forma del derecho, o un modelo monista, según el cual materia y forma no pueden distinguirse. De ahí

¹ CRAIG, P., «Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework», *Public Law*, Autumn, 1997, pp. 467-487.

que las concepciones monistas tiendan a ver un vínculo esencial entre estado de derecho y derechos humanos.

Como es sabido, las concepciones dualistas insisten en el carácter formal del estado de derecho. Las monistas ven el derecho (y también el estado de derecho) estrechamente conectado con los valores que busca asegurar y llegan a identificarlo con ellos. Ninguna de las dos lecturas satisfacen plenamente, aunque la segunda se acerca más a la naturaleza del derecho entendido como práctica social. En las prácticas sociales es muy difícil distinguir materia y forma, pues se entienden en relación a un fin a realizar. En otras palabras, las prácticas adoptan la forma que les permite conseguir el fin que se proponen. Por desgracia ni la una ni la otra sirven para entender el estado de derecho y menos aún la relación entre estado de derecho y derechos humanos.

La concepción formal en su dimensión de *no-rights thesis* no permite entender el estado de derecho precisamente porque éste tiene una relación estrecha con los derechos humanos y sin ellos parece incomprendible. Por su parte, la concepción sustancial o *rights-conception* del estado de derecho no es capaz de entender que el estado de derecho es compatible con un pluralismo de valores. La idea que se defiende aquí es que estado de derecho y derechos humanos son complementarios, pues se trata de dos prácticas distintas, con finalidades diversificadas, ambas necesarias, siendo el estado de derecho capaz de incorporar los derechos. Inversamente, la relación entre los derechos y el estado de derecho no es central para la práctica de los derechos humanos. La explicación de esta asimetría está en la relación entre estado de derecho y derecho, por una parte, y entre derechos humanos y derecho, por otra. El estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico, y al mismo tiempo no cubre todo el campo del derecho. El estado de derecho busca la realización del fin del derecho: la coordinación autoritativa de individuos libres y responsables. La práctica de los derechos humanos busca, en cambio, la protección de los individuos y de sus intereses fundamentales. La importancia de cada una de esas finalidades está fuera de cuestión, pero, si acaso, la primera representa el corazón de lo jurídico. La segunda es jurídica pero no solamente y tiene que ver con los sujetos y sus intereses fundamentales. Por este camino, se puede llegar a afirmar la necesidad de mantener la diferencia entre estado de derecho y derechos humanos, y que el estado de derecho pueda actuar como contrapeso de los derechos humanos.

Como se decía al inicio, la segunda parte de este trabajo está dedicada a la evolución del estado de derecho a la luz de la transformación del derecho

contemporáneo. El estado de derecho es un modelo de funcionamiento del derecho dentro del que se pueden identificar dos componentes. Mientras uno contiene indicaciones sobre cómo tienen que ser las reglas (claras, generales, practicables, prospectivas, coherentes) el otro contiene algunos requisitos sobre su aplicación (de manera imparcial, según su tenor, quien lo aplica está a su vez sometido al derecho...). Sus raíces pueden identificarse bien lejos: en la prioridad del gobierno de la ley sobre el gobierno de los hombres, aunque la noción más común hoy es la de un derecho dominado por el estado moderno, es decir creado por el Estado, que tiene a su vez el monopolio de la producción del derecho. Sin embargo, parece razonable que, en la medida en que el derecho cambie, también tendrá que cambiar el estado de derecho, sin por eso perder su identidad. Esta afirmación abre un campo inmenso de problemas contemporáneos, pues la reflexión sobre el estado de derecho acaba siendo la reflexión sobre el derecho y sobre su capacidad de realizar la coordinación autoritativa según ciertas condiciones. En la segunda parte de este ensayo se intentará una primera selección de problemas, con atención principal a la escena supranacional e internacional, donde se entrelazan el estado de derecho en transformación y la difusión y el reforzamiento de la práctica de los derechos humanos.

La evolución del estado de derecho y de los derechos humanos tiene innegablemente una dimensión internacional, sin renunciar por eso a la doméstica. En cuanto al estado de derecho se puede distinguir entre *rule of law* e *international rule of law*, entendiendo por esto último la versión del estado de derecho en la escena internacional. Sin embargo, entre el estado de derecho y el estado de derecho internacional no hay solución de continuidad. La finalidad es la misma aunque sus características operativas sean diferentes. La prioridad de las reglas y el control sobre el ejercicio del poder que son los medios a través de los que el estado de derecho realiza sus fines, son necesarios en todas aquellas dimensiones en las que se ejercita un poder sobre seres humanos. Y éste es el caso también del nivel internacional, en el que estados, organizaciones internacionales estatales y organizaciones no gubernamentales toman decisiones que afectan a los seres humanos y a sus derechos. Piénsese –por poner un ejemplo relativo a decisiones de entidades no estatales que afectan a derechos de los individuos– en la Organización Mundial de la Salud y en las decisiones sobre movilidad o fármacos en momentos de epidemias. Lo que ocurre es que la normas producidas por estas entidades son distintas de aquellas clásicas del estado soberano, empezando por las constituciones. Desde este punto de vista, el estado de derecho internacional es el contenido

de un *long-term project* de reforma del derecho en su dimensión internacional. Es interesante hacer notar cómo algunas de estas líneas de desarrollo están ya en formación.

2. LA RELACIÓN ENTRE ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD

Para delinear la relación entre estado de derecho y derechos humanos se pueden tratar los dos elementos separadamente y después la relación entre ambos.

Para empezar, se cabe señalar que las distintas versiones del estado de derecho tienen en común la idea de que se trata de un concepto jurídico que se ha transformado en valor jurídico fundamental, resumible en ostentar el primado o ejercer el gobierno de las reglas. Es ya importante ver que el estado de derecho es difícil de definir de forma unívoca: sin duda, el mejor modo de explicarlo es utilizando el método inductivo, a través de la formulación de una lista de características, pero dejando abierta la puerta a la integración de otros componentes. Y esta metodología nos introduce en el terreno de lo que es una práctica, es decir una actividad socialmente consolidada que se propone ciertos fines. Sin mirar a estos últimos, no se puede entender la práctica misma. La tradición del estado de derecho europeo continental ha privilegiado la individuación del estado de derecho en torno a ciertas características del ejercicio del poder público (legalidad, separación de poderes, imparcialidad)². La tradición del *common law* está bien representada por los *desiderata* de Fuller³: generalidad, claridad, publicidad, coherencia, practicabilidad, estabilidad, prospectividad de las reglas, por parte de una autoridad sometida a las mismas reglas, imparcial, que tiene que aplicar de manera congruente las normas.

2.1. *La práctica de los derechos humanos*

Si sobre el estado de derecho hay literatura, sobre la práctica de los derechos humanos también se ha escrito mucho. Se trata de otro de los valores jurídicos fundamentales de nuestro tiempo. Hace casi veinte años, Bobbio ci-

² D'AGOSTINO, F., *Filosofía del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 29.

³ FULLER, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

tando y completando a Peces Barba describía su evolución con los términos de positivización, generalización, internacionalización y especificación⁴. Los derechos han continuado a positivizarse después de la segunda guerra mundial –aunque se puede decir que no son solamente derechos positivos, si con esto se quisiera indicar que no son portadores de valor–; se han generalizado e impuesto en el panorama internacional, aunque son también valores de los sistemas jurídicos domésticos y por lo tanto se pueden considerar cosmopolitas, y del hombre o ciudadano abstracto han pasado a proteger al sujeto en el estado de vida en que se encuentra⁵.

Quizás lo más llamativo de su evolución reciente es el refuerzo de su carácter antidiscriminatorio. Progresivamente, se pide que lo que se reconoce a un sujeto en un estado de vida, se reconozca a todos. Desde este punto de vista, los derechos humanos son capaces de eliminar toda diferencia: al fin y al cabo, todo ser humano tiene potencialmente derecho a lo que es debido a otro ser humano. Así pues, pueden distinguirse dos caras de los derechos humanos: por un lado, aparecen como protección de intereses fundamentales de los seres humanos, pero, por otro, también son un test para las decisiones colectivas. La primera cara los presenta como un conjunto de derechos que tienen que ser reconocidos a todos: esta idea explica el proceso de especificación, pues no basta una protección genérica y abstracta de lo que se debe a los individuos. Desde este punto de vista los derechos son pleromáticos⁶, es decir pretenden la máxima protección posible para cada ser humano. Esta es una lectura claramente centrada sobre el contenido de los derechos humanos. En este contexto, el principio de no discriminación juega un papel importante pues estimula el proceso de especificación de los derechos y reconoce derechos que en abstracto serían ignorados o inefectivos. La otra cara muestra los derechos humanos como una regla de prioridad: el interés de los individuos prevalece sobre el de la comunidad en su conjunto, pues los derechos humanos están por encima del interés colectivo. Constituyen un umbral que las decisiones colectivas no pueden superar. Desde este punto de vista los derechos son aquellos intereses individuales que no pueden ser

⁴ BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1996, p. 46.

⁵ TRUJILLO, I. y VIOLA, F., *What Human Rights Are Not (or Not Only)*, Novascience Publishers, New York, 2014, pp. 32-39.

⁶ LOMBARDI VALLAURI, L., «Diritti dell'uomo e diritto pleromatico», *Ragion pratica*, vol. 18 (2002), 155-168.

ignorados aunque vayan contra el interés de la comunidad⁷. Desde esta perspectiva, los derechos humanos son límites para las decisiones colectivas. En otras palabras, no toleran algunas decisiones colectivas. Por otra parte, las decisiones colectivas son necesarias incluso para la misma implementación de los derechos humanos. La salud pública, la paz, el desarrollo, la seguridad, implican una coordinación que los derechos humanos abandonados a ellos mismos no solamente no garantizan sino muchas veces impiden, pues su punto de vista es el de los individuos y su bienestar. La aporía de los derechos humanos es que para protegerlos hay que tomar decisiones colectivas que introducen diferencias: entre ricos y pobres, entre hombres y mujeres, entre niños y adultos. Sin embargo, estas diferencias pueden ser contestadas desde el punto de vista de la lógica antidiscriminatoria. La especificación de los derechos empuja hacia la máxima diferencia entre los individuos, hasta el reconocimiento de su singularidad; la antidiscriminación empuja a la eliminación de las diferencias, hasta la homologación de los mismos derechos para todos. Esta dialéctica es de algún modo ineliminable. Pero esto significa que la práctica de los derechos no es autosuficiente.

2.2. *El estado de derecho entre una concepción hilemórfica y una concepción monista del derecho*

Desde finales de los años noventa la discusión sobre el estado de derecho vive de la referencia a la diferencia establecida entre dos modos de entender el derecho: una concepción hilemórfica, construida sobre la distinción entre forma y materia en el derecho, que coloca el estado de derecho en la dimensión formal, procedural, no substancial, y una concepción del derecho monista, que conecta el derecho necesariamente a una teoría política, a ciertos valores sustanciales entre los que se encuentran no solamente los derechos, sino una precisa teoría de los derechos, la del liberalismo occidental. A algunos podrá parecer incorrecto llamar a esta última la versión sustancial, pues la teoría de la integridad de Dworkin –que es típicamente la expresión de esta segunda concepción– no elige la sustancia, sino más bien parece negar el dualismo formal-material identificando la forma del derecho con sus

⁷ DWORKIN, R., «Rights as Trumps» (1981), en WALDRON, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 153-167.

valores concretos. La primera posición es la que propone la llamada *no-rights thesis*⁸. La segunda concepción propone la *rights-thesis*. El estado de derecho según esta última:

«is the ideal of rule by an accurate public conception of individual rights. It does not distinguish, as the rule book conception does, between the rule of law and substantive justice; on the contrary, it requires, as part of the ideal of law, that the rules in the book capture and enforce moral rights»⁹.

Según la concepción formalista, por el contrario, el estado de derecho no está comprometido con contenidos sustanciales, como pueden ser los derechos humanos. La cita más famosa a este respecto es la siguiente: el estado de derecho:

«is not to be confused with democracy, justice, equality (before the law or otherwise), human rights of any kind or respect for persons or for the dignity of man [...]. The law may, for example, institute slavery without violating the rule of law»¹⁰.

Aquí me voy a limitar a observar esta tesis desde el punto de vista de la relación entre estado de derecho y derechos humanos, aunque me parece que todo lo que se niega queda menos que demostrado, pues si el estado de derecho es capaz de proteger la *agency* respecto al poder arbitrario, la esclavitud no puede ser permitida.

Por otra parte, la preocupación por aislar el estado de derecho respecto a contenidos sustanciales se comprende bien a la luz de la dificultad de aceptar la posibilidad de un estado de derecho viciado, que sin embargo es más que posible. Toda institución humana puede corromperse o desviarse de su finalidad propia. Incluso la práctica de los derechos humanos y el estado de derecho, que hoy consideramos valores jurídicos cruciales. En el caso de los derechos humanos, por ejemplo, lo que se interpreta como falta de efectividad puede ser leído como una desviación respecto a lo que la práctica normativa promete. Es decir: también la práctica de los derechos humanos puede dar resultados injustos o resultar viciada (y hasta resultar en violación de derechos humanos),

⁸ FOX-DECENT, E., «Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?», *Law and Philosophy*, vol. 27 (2008), 533-581.

⁹ DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985, p. 12.

¹⁰ RAZ, J., «The Rule of Law and Its Virtue», en ID., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 211 (pero también pp. 210-232).

sin por esto perderse su sentido general. Es el caso de las violaciones «invisibles». La implicación directa de ese riesgo es la necesidad de que los sujetos que conforman las prácticas se esfuercen por interpretarlas e implementarlas según su tenor (que es lo que pide el estado de derecho a los que aplican la ley). Ciertamente hay instrumentos más o menos capaces, más o menos difíciles de alterar, pero no se puede encontrar una práctica en la que esa desviación sea imposible. En un cierto sentido, la concepción formalista del estado de derecho no quiere aceptar que también la práctica del estado de derecho dependa de los sujetos que participan en ella. Y, sin embargo, esto es inevitable. Desde este punto de vista es muy acertado presentar –como ha hecho recientemente Waldron, pero como Fuller había ya sugerido– el estado de derecho como el contenido de la ética profesional del abogado¹¹, aunque yo diría más bien del jurista. Esa ética impone como primera exigencia reconocer la autoridad de las reglas jurídicas, bien en el campo doméstico, bien en el campo internacional. El estado de derecho es por tanto algo más que una lista de características del derecho producido por el estado.

Respecto a la concepción monista, mantener la diferencia entre estado de derecho y derechos humanos –pero no como lo hacen las concepciones hilemórficas del derecho, acentuando el carácter formal del estado de derecho, sino atribuyendo valor a la diversa finalidad de cada práctica– ayuda a entender el estado de derecho y a notar cómo es capaz de tutelar el pluralismo. La práctica de los derechos humanos busca proteger los intereses fundamentales de los individuos, mientras que el estado de derecho busca proteger la *agency* de los individuos en el contexto de la decisión autoritativa común. La práctica de los derechos humanos por sí sola lleva a la división: los derechos individuales al fin y al cabo nos dividen y a la larga su dimensión antidiscriminatoria lleva a la disolución de las categorías generales incluso la de la comunidad política (la ciudadanía). De ellos puede decirse lo que Spaemann afirma del proceso de constitucionalización de la persona: cuando el estado asume el riesgo de la libertad de las personas, las personas empiezan a ser peligrosas¹². El estado de derecho es necesario porque hace posible decisiones comunes aceptables, también desde la óptica de los derechos humanos.

¹¹ WALDRON, J., «The concept and the Rule of Law», *New York University School of Law. Working Papers*, November 2008: en éste artículo se resume el contenido de la *ethics of lawyering* en el estado de derecho. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1273005> [26 enero 2016].

¹² SPAEMANN, R., *Persons. The Difference Between 'Someone' and 'Something'* (1998), Oxford University Press, Oxford, 2006.

2.3. *El papel de la dignidad humana*

En el debate más reciente sobre el estado de derecho ha sido abundantemente subrayado que la relación entre estado de derecho y derechos humanos pasa a través de la dignidad humana. Es bastante difícil encontrar alguien que niegue que los derechos humanos estén radicados en la dignidad humana. Esta última es su fundamento y por eso aquí no voy a discutir de qué manera están conectados derechos humanos y dignidad humana¹³. Está claro también que, cuando se piensa en el estado de derecho desde el punto de vista de su beneficiario, es decir del sujeto que queda protegido por el estado de derecho, en vez de observarlo como mecanismo de control del poder o de la autoridad, es decir, preguntándose cómo funciona, se entiende que también el estado de derecho es capaz de garantizar un tratamiento respetuoso de los individuos, un tratamiento acorde con su dignidad. Este resultado se observa ya en la diferencia entre la manera gerencial de dirigir la acción del sujeto, y aquella forma de guiar la acción humana que definimos como estado de derecho. Esta última implica reconocer que el sujeto cuya acción se quiere guiar es un agente razonable, libre y responsable, que quiere actuar según el derecho siguiendo reglas, y que en caso de no hacerlo asume su propia responsabilidad¹⁴. Desde este punto de vista, el estado de derecho también está potentemente conectado con la dignidad humana¹⁵.

En general, llegados a este punto, la estrategia más fácil para diferenciar el estado de derecho de la práctica de los derechos humanos es señalar que la protección que el estado de derecho otorga a los derechos humanos es limitada. El estado de derecho intenta garantizar un tratamiento acorde con la dignidad en relación al ejercicio de la autoridad o del poder, mientras que los derechos humanos miran a una protección global de los intereses fundamentales de los seres humanos (en este sentido es una protección pleromática, como decía antes). En otras palabras, la finalidad del estado de derecho no es la protección de todos los derechos humanos, sino de algunos, es decir de aquellos que son relevantes respecto al ejercicio de la autoridad y de la deci-

¹³ VIOLA, F., «Dignità umana», en *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, vol. 3, 2006, pp. 2863-2868.

¹⁴ FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 207-209.

¹⁵ Ver LUBAN, D., «The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 2 (2010), 29-47; y CELANO, B., «Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law», en FERRER, J.; MORESO, J. y PAPAYANNIS, D. (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.

sión común. En esta línea se ha puesto de manifiesto que el estado de derecho protege los derechos en una *libertarian fashion*, o bien se habla de libertad negativa, o incluso de *property rights*¹⁶. Las cosas se complican un poco si se afirma que el estado de derecho protege al ser humano en cuanto ser autónomo, capaz de planificar su vida (*planning one's own affairs*), pues ya esta condición permite que se pueda preguntar por el tipo de derechos que hacen posible esa autonomía del individuo. ¿Es necesario garantizar un mínimo de derechos básicos para que el individuo pueda organizar su vida libre y autónomamente? Esta es una pregunta pertinente y la contestación afirmativa es plausible desde muchos puntos de vista, también desde la perspectiva internacional. Como es sabido, los derechos humanos son indivisibles y tienden a ir juntos¹⁷.

Conviene señalar que el estado de derecho protege ese ser humano capaz de planificar su propia vida *en un contexto de interdependencia*. Por contexto de interdependencia se entiende que el objeto del estado de derecho es el de la toma de decisiones colectivas, aquellas que afectan a la vida común y a la vida de cada uno. El estado de derecho está directamente relacionado con la autoridad y con la coordinación, también a nivel internacional¹⁸. Es verdad que su objeto es la modalidad de la toma de decisiones y no su contenido, pero esa modalidad responde a ciertas características de los sujetos involucrados.

Por otra parte, no se puede negar que también los derechos humanos hacen referencia a un contexto de interdependencia. Sin embargo, este contexto es distinto del anterior. Su finalidad específica –la de los derechos humanos– no es la coordinación de individuos libres y autónomos, sino la de proteger los intereses fundamentales del ser humano. La interdependencia que los derechos humanos implican tiene dos caras. La primera es la de la vulnerabilidad, es decir, los derechos surgen cuando los intereses tutelados son socialmente relevantes, en el sentido que son socialmente influenciables. La otra cara de la interdependencia es la de la correlatividad entre derechos y deberes, y por tanto entre sujetos de derechos y sujetos de deberes. Por eso es necesario señalar que la fase actual de los derechos pone en su centro a los sujetos del deber: la práctica de los derechos humanos empieza con el compromiso de tutelar

¹⁶ LUBAN, «The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons», cit., p. 43.

¹⁷ *Vienna Declaration and Program of Action*, 25/06/1993.

¹⁸ WALDRON, J., «Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?», *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 2 (2011), 315-343; y BESSON, S., «Sovereignty, International Law and Democracy», *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 2 (2011), 373-387.

los derechos «de otros» y esto permite distinguirlos de los derechos naturales y los de la *libertarian fashion*, que suelen reivindicarse para sí mismos, como escudo contra la interferencia. Los estados reconocen que ciertas violaciones no pueden repetirse y se obligan como protagonistas de la comunidad internacional a tutelar esos derechos de los individuos. Los estados son los principales actores en la protección de los derechos, bien como amigos, bien como enemigos, por razones ciertamente de proximidad pero sobre todo de competencia. Como es bien fácil observar, la evolución de esta práctica ha llevado consigo la involucración de una multiplicidad de sujetos –desde la sociedad civil a las organizaciones no gubernamentales, pasando por las organizaciones internacionales– que colaboran en la protección de los derechos de manera decisiva, bien porque su actuar afecta a los derechos, bien porque su finalidad es la protección de los derechos¹⁹.

Desde este punto de vista, se puede decir que el estado de derecho y los derechos humanos tienen la misma función: tutelar al ser humano en un contexto de interdependencia. Pero para los derechos humanos la relación intersubjetiva relevante es la dimensión social e institucional necesaria para la protección, mientras que el estado de derecho tutela el individuo en relación a la toma de decisiones comunes, a la acción común. Inevitablemente esa colocación lo pone en un contexto de iguales, y por tanto el estado de derecho convoca la igualdad, por lo menos frente a la ley (de nuevo en contra de la pretendida formalidad).

Está claro, por otro lado, a la luz del proceso de especificación que caracteriza la práctica de los derechos humanos, que los hay que tienen como objeto dimensiones institucionales relacionadas con el estado de derecho, como el *habeas corpus* o el derecho al justo proceso, o los derechos políticos en general, sobre todo los que tienen que ver con la formación de la voluntad política (razón por la cual si bien el estado de derecho no implica necesariamente la democracia, sin embargo sus presupuestos son consonantes con ella). Pero está claro también que la práctica de los derechos no se limita a este reducido número.

Vale la pena hacer notar otro punto de contacto: en ambas prácticas se relativiza la centralidad de la ciudadanía pues el sujeto del estado de derecho no es necesariamente el ciudadano, sino el agente que queda afectado por el ejercicio del poder. También los derechos de un preso de Guantánamo, no

¹⁹ TRUJILLO y VIOLA, *What Human Rights Are Not*, cit., pp. 113-119.

americano, están mejor protegidos si la administración sigue las reglas del estado de derecho²⁰. Lo mismo puede decirse del emigrante clandestino que entra en la Unión europea, que queda a merced de un poder arbitrario allí donde el estado de derecho no se aplica. El estado de derecho protege el valor de los seres humanos a través del *equal concern and respect*²¹, por encima de los criterios territoriales y de esa manera introduce un principio cosmopolita, que es uno de los elementos que permiten hablar del estado de derecho internacional. El otro es el proceso de la dispersión del poder.

Al mismo tiempo, los derechos humanos suponen un problema de decisión común, pues también los derechos humanos tienen que ser interpretados. Esta interpretación de los derechos debe pasar por las reglas del estado de derecho. Desde este punto de vista, los derechos humanos necesitan al estado de derecho.

3. LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Lo que se viene diciendo sobre el estado de derecho vale tanto para el ámbito doméstico como para el ámbito internacional. Todo poder coercitivo exige una legitimación y el estado de derecho es parte de ella, si se quiere garantizar la coordinación autoritativa en el respeto de la libertad y la responsabilidad de los que a ella quedan sujetos. Ese poder es adecuado a la dignidad no solamente cuando está justificado en su *pedigree*, sino también en relación al modo de su ejercicio. Quizás incluso el segundo criterio es más importante que el primero.

El estado de derecho es necesario en el ámbito internacional en la medida en que este último es teatro de ejercicio de poder y de toma de decisiones, y en cuanto tal puede interferir con la dignidad humana. La idea es que el estado de derecho como valor jurídico fundamental no está exclusivamente ligado al modelo del estado moderno, con una estructura democrática, división de poderes, etc. Si cambia el contexto de la coordinación, también debería cambiar el modo de declinar el estado de derecho.

Algunas de las preguntas cruciales a este respecto serían por tanto: ¿cómo se configura el estado de derecho en la actual fase de desarrollo del derecho,

²⁰ FOX-DECENT, «Is The Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?», cit.

²¹ DWORKIN, R., «A New Philosophy for International Law», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, n. 1 (2013), 29 (pp. 2-30).

también desde el punto de vista internacional?, ¿cómo deben tratar los que deciden en la escena internacional a los seres humanos para respetar su dignidad? Estas preguntas introducen por lo menos tres problemas distintos. El primero es el problema de cómo se configura el estado de derecho en un sistema acéfalo, organizado en estados independientes pero que necesitan una coordinación. Es decir ¿qué es lo que se entiende por estado de derecho internacional? En otras palabras, ¿cómo se puede realizar una coordinación jurídica entre entidades estatales soberanas? ¿Qué tipo de estado de derecho puede garantizar el tratamiento apropiado de los individuos en la escena internacional? Este problema es el que podríamos llamar el de la estructura cosmopolita de la escena internacional y aquí se puede decir que son precisamente los derechos humanos los que están llamados a empujar la transformación del estado de derecho en esa dirección cosmopolita. El segundo problema concierne a la transformación del modo de producción de las normas, en el que se puede observar que el estado ha perdido su monopolio. Es el problema del *soft law* y de su relación con el estado de derecho. ¿Cómo pueden sujetarse al modelo del estado de derecho las normas producidas por organismos de relevancia pública pero no democráticamente legitimados, o incluso sujetos tradicionalmente no admitidos a la producción jurídica (autoridades supranacionales, autoridades independientes, organizaciones no gubernamentales)? Aquí el papel de los derechos humanos está en expansión, entendidos como valores centrales de esas normas, también en el sector no público. El tercer problema es el del cambio de las normas jurídicas mismas. En particular, el problema de los principios. ¿Qué es lo que cambia en el estado de derecho cuando las normas jurídicas asumen la forma de principios? ¿Cómo se puede pensar el estado de derecho cuando las normas son preceptos de optimización, generalmente –aunque no siempre– conectados con los derechos humanos?

Naturalmente esta exploración es de éxito incierto pues se trata de cambios que se están produciendo delante de nuestros ojos y que por tanto constituyen un *work in progress* o quizás mejor –como se decía antes– un *long-term project*.

Muy resumidamente y anticipando de algún modo las conclusiones provisionales de esta primera aproximación al tema, me parece que se puede ver fácilmente cómo el estado de derecho se va enriqueciendo con nuevos elementos que van apareciendo junto a los del pasado, pero que se proponen la misma finalidad. En general, respecto a la centralidad de las características de las reglas antes recordadas, se puede observar el crecimiento de la importancia de la segunda parte del concepto de estado de derecho, aquella que se refiere a la apli-

cación del derecho, así como también al contenido de las normas, donde juegan un papel importante los derechos humanos. Como ya se ha dicho, el derecho no coincide con la práctica de los derechos humanos. Por esta razón, no todos estos cambios dependen de los derechos humanos, aunque sí muchos de ellos.

3.1. *La estructura cosmopolita de la escena internacional*

La primera fase de la respuesta tiene que ver con lo que se puede llamar la estructura cosmopolita de la comunidad internacional, entendiendo por cosmopolitismo un modelo organizativo articulado en el que diferentes esferas de interdependencia interactúan y se armonizan²². Como hemos dicho más veces, a diferencia de los derechos humanos, que tienen a la vista el bien del individuo y si acaso la proyección individual de algunas dimensiones colectivas (el derecho a la identidad, a la ciudadanía, a la participación), el estado de derecho tiene como objeto la dimensión de la decisión colectiva, también en la escena internacional. Aun teniendo la misma finalidad, el estado de derecho internacional no puede ser simplemente la trasposición del estado de derecho a la escena internacional. La *domestic analogy* no funciona en sentido literal. En particular, no se puede establecer un paralelismo entre la autonomía del individuo y la soberanía del estado. El estado no es al derecho internacional lo que el individuo al derecho interno, ni la autonomía del estado es equivalente a la autonomía del individuo; ni los derechos del estado son equiparables a los derechos de los individuos. Como señala Waldron, la soberanía del estado es algo artificial, que tiene que ver con algunas características necesarias de la entidad colectiva que llamamos estado: hace referencia a la autodeterminación de los sujetos dentro del estado y a la capacidad del estado de representar a los individuos²³. En esta línea se puede decir que «[t]he international sovereignty protects a collective entity of individuals –a people– and not individual human beings per se»²⁴. La soberanía del estado en el ámbito internacional y en particular la igualdad en la soberanía de los estados tutelan indirectamente la posibilidad de los individuos de ejercer su autonomía y protegen de esa manera su dignidad.

²² TRUJILLO, I., «Cosmopolitanism and Human Rights», en CEBOLLA SANAHUJA, L. y GHIA, F. (eds.), *Cosmopolitanism. Between Ideals and Reality*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle, 2015, pp. 10-34.

²³ WALDRON, «Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?», cit., p. 331.

²⁴ BESSON, «Sovereignty, International Law and Democracy», cit., p. 383.

Esto casa bien con el hecho de que los estados –en plural– son fuente del derecho internacional y no simplemente sus sujetos. Esta diferencia implica que la autonomía y la soberanía de los estados tiene que estar protegida sólo en la medida en que el estado a su vez se propone realizar ciertos valores, y entre estos precisamente tutelar los derechos de los individuos. El *ultimate value* del derecho internacional es también –como en el terreno doméstico– el individuo y no el estado. Y todo esto ha tenido un fuerte impulso gracias a la práctica de los derechos humanos y de su influencia en el campo del derecho internacional. Los estados en cuanto decisores en la escena internacional tutelan la dignidad humana en la medida en que siguen el modelo del estado de derecho. En esta óptica, se refuerza la *service conception of authority*²⁵, también en el terreno internacional. No es ya la identificación de un sujeto para justificar la autoridad, sino más bien el modo en que se ejercita esa autoridad. No existe una regla fija de prevalencia entre el estado o la organización internacional²⁶. Ciertamente el principio de subsidiaridad introduce la preferencia por la institución más cercana a los individuos, pero el principio es defectible. Se puede dar prioridad a la dimensión no estatal cuando esto significa que el objetivo de proteger los derechos de los individuos se hace a nivel internacional «better than on their own»²⁷, es decir, mejor que los estados por su cuenta. No solamente en caso de estados fallidos, sino también cuando se hace necesario cooperar. No hay un modelo fijo de prevalencia: internacional o doméstico. Depende de los valores a los que ambos sirven.

Sin embargo, hay una diferencia implícita entre el respeto de la autonomía de los individuos y el respeto de la soberanía del estado. Mientras el respeto de la autonomía del individuo implica que éste puede actuar equivocadamente (*the right to do wrong*), o puede determinar su vida no necesariamente como una buena vida, esto no le está permitido al estado «because of the imperfect analogy with an individual, sovereign autonomy is even more clearly dependent on the purposes of being a good polity, i.e., a polity that is self-determining and protects its subjects' autonomy»²⁸. De alguna manera esto lleva a la conclusión, por un lado, de que la legitimación del estado debe tener una base democrática, y, por otro, de que la soberanía no es en ningún caso

²⁵ RAZ, J., «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», *Minnesota Law Review*, vol. 90 (2006), 1003-1044.

²⁶ WALDRON, «Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?», cit.

²⁷ BESSON, «Sovereignty, International Law and Democracy», cit., p. 379.

²⁸ *Ibid.*, p. 378.

absoluta, y por tanto el derecho internacional está por encima de ella. Entre la concepción consensual y la concepción moral del derecho internacional hay una tensión difícil de resolver. Y en parte esta tensión depende del desarrollo de los derechos humanos como un derecho concluyente²⁹.

Desde este punto de vista algunas características del derecho internacional (el privilegio de los gobernantes de un estado de disponer sobre los recursos naturales y sobre la deuda nacional) deberían ser reformulados a la luz de la protección de los derechos de los individuos. Una interferencia en ese campo no sería contra el estado de derecho internacional, sino al contrario serviría para tutelarlos. Está claro que habría que pensar quién puede y debe intervenir. La base democrática exige la igualdad de los estados, el igual valor formal de la soberanía de todos, y esto tiene importantes implicaciones en la reforma de las instituciones internacionales.

3.2. *El soft law y la modificación del modo de producción de normas*

Otro aspecto importante del estado de derecho tiene que ver con la expansión de la producción de derecho no estatal. Como se decía anteriormente, el estado de derecho afecta a la toma de decisiones colectivas que recaen sobre los individuos. Por lo tanto sus exigencias abarcan todo ejercicio de poder, cualquiera que sea su origen. En el terreno internacional y transnacional, así como en el doméstico, es evidente que intervienen autoridades no estatales a las que es necesario limitar y controlar (incluidas las autoridades independientes). Es necesario por tanto pensar un modelo de estado de derecho que pueda aplicarse al *soft law*.

Respecto a la idea clásica de un derecho de producción legislativa, claro, estable, fácilmente identificable en su fuente y origen, el derecho contemporáneo deja mucho que desear. La pregunta es si esta transformación tiene que ser considerada una pérdida neta, o bien si corresponde a un proceso de transformación del estado de derecho³⁰. Esta segunda opción se puede confirmar si se mira a los procesos de *accountability* y de *peer review* entre los estados.

²⁹ TASIIOULAS, J., «Custom, Ius Cogens, and Human Rights», en BRADLEY, C.A. (ed.), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge, forthcoming.

³⁰ DAWSON, M., «EU law 'transformed'? Evaluating accountability and subsidiarity in the 'streamlined' OMC for Social Inclusion and Social Protection», en KRÖGER, S. (ed.), *What we have learnt: Advances, pitfalls and remaining questions in OMC research*, European Integration online

Este fenómeno jurídico es muy difícil de presentar unitariamente. Tratando de esa forma de derecho en el contexto de la Unión europea (aunque vale también para otros casos), Linda Senden ha utilizado una clasificación clarificadora: el *soft law* puede ser *pre-law*, *post-law*, o *para-law*³¹.

El *pre-law* tiene que ver con las normas de armonización supranacionales de sistemas estatales (EU, Consejo de Europa, Convención americana de derechos humanos). El *pre-law* (*green y white books, guidelines*) y el *post-law* (*regulations*) son formas de derecho que vienen antes y después del derecho legislativo clásico, es decir, lo más parecido al *hard law*. Se trata de un derecho no estatal, menos formal, no democráticamente legitimado, etc. Sin embargo, se trata de «derecho» porque produce efectos jurídicos. Si no queremos dejar sin resolver el misterio del *soft law*³², tenemos que mirar a lo que hace que tal derecho se obedezca. Su juridicidad depende precisamente de la capacidad de resolver problemas de coordinación. Parece ser que determinar la obediencia y la eficacia del derecho es la virtud intrínseca de esas normas, en particular su capacidad de coordinar, el equilibrio entre lo que imponen y el fin a conseguir. Su operatividad se explica a la luz del principio de lealtad y de cooperación por parte de los sujetos involucrados en su aplicación³³. Un ejemplo entre muchos: los jueces no están obligados por una fuerza coercitiva a aplicar ese derecho (si no no podríamos llamarlo *soft law*), pero sí por la exigencia de colaborar en la construcción de estructuras jurídicas. De este modo se puede enfocar también la participación de los expertos. El problema de la toma de decisiones multilaterales sobre la base de elementos científicos por ejemplo, depende de la capacidad de estas normas de resolver el problema al que se enfrentan. Detrás de ese derecho por tanto hay una cuestión de credibilidad de las instituciones y de los órganos que proponen.

El *para-law* incluye todas aquellas formas de derecho no producidas por el estado o por organizaciones estatales, incluidos los sujetos privados y las corporaciones. El ejemplo más evidente es el de la *lex mercatoria*. La caracte-

Papers (EIoP), Special Issue 1, vol. 13, art. 8, 2009, <<http://eiop.or.at/eiop/texte/2009-008a.htm>Dawson 2009> [26 enero 2016].

³¹ SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 119.

³² GUZMÁN, A. T. y MEYER, T. L., «International Soft Law», *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, n. 1 (2010), 171-225.

³³ Se señala la importancia de la cooperación institucional en el *rule of law* en VIOLA, F., «The Rule of Law in Legal Pluralism», en GIZBERT-STUDNICKI, T. y STELMACH, J. (eds.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, 2007, pp. 105-131.

rística más llamativa de este tipo de fenómenos es el de estar estructurado en torno a sistemas alternativos de solución de controversias, en competencia con el poder judicial del estado. Efectivamente, de alguna manera, el derecho tiene que demostrar la capacidad de resolver los conflictos.

En este campo se expande también el principio de *accountability*, que puede ser visto como el principio por el cual aquel que establece la regla tiene que estar sometido a ella y el que la aplica debe hacerlo con imparcialidad y debe responder de sus decisiones. Piénsese en el ejemplo de la Organización Mundial de la Salud, que toma decisiones importantes sobre derechos humanos. El *soft law* va generalmente acompañado por una pretensión de limitación intrínseca del poder. Este desarrollo está conectado con la difusión de las éticas profesionales y sectoriales, que incluyen también el respeto de los derechos humanos. La conexión entre estado de derecho y ética profesional pasa a través de la relación entre autoridad y confianza. Una autoridad no estatal tiene que ganarse la confianza de los sujetos, de otra forma sus reglas no serán seguidas.

En última instancia, el estado de derecho aparece como el contenido de la ética profesional del decisor y del jurista³⁴. El estado de derecho tiene como primera exigencia el respeto de la regla y su primado. En un sistema en el que la doctrina de las fuentes es bastante complicada, y se ha difuminado su jerarquía formal, el papel de los sujetos que contribuyen a construir la práctica jurídica se hace central. Aquí también hay material para una revisión del modelo de estado de derecho.

3.3. *Estado de derecho y tipos de normas: el gobierno de los principios*

El clásico ideal del estado de derecho cosido en torno al cuerpo del estado moderno nos presenta un régimen en el que el comportamiento humano es guiado por reglas generales, donde se entiende por generalidad la universalidad en sentido lógico. Para hacer compatible el estado de derecho con un derecho por principios –como es el caso de los sistemas constitucionales– se hacen saltos mortales, pues el razonamiento (moral) de ponderación de los principios está caracterizado por el particularismo³⁵. En ese sentido, asume importancia la complementariedad entre generalidad y equidad, que es la úni-

³⁴ WALDRON, J., «The concept and the Rule of Law», cit.

³⁵ CELANO, «Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law», cit.

ca manera de proteger la dignidad humana. Pero eso no es suficiente. La ponderación no existe porque los casos concretos sean particulares, sino porque lo que es universal en el derecho no es la categoría de sujetos o el modelo de acción, sino la finalidad que las normas (los principios en primer lugar) se proponen. Si acaso, la consideración de los efectos sobre el caso concreto llevarán a exigir que se reformule una ley o que se la abandone, aun habiendo sido correctamente producida a través de los procedimientos formales y por el sujeto legitimado a hacerlo, es decir, el poder legislativo. Por esto el poder judicial está en expansión, como lo está la revisión constitucional.

La importancia del poder judicial en un sistema de principios hace temer precisamente por el estado de derecho, pues ese protagonismo parece amenazar la separación de los poderes, que ha sido desde siglos su baluarte. Para muchos, la revisión constitucional es una amenaza para la democracia, que a su vez es necesaria a la luz de los derechos, una vez reconocida la dignidad de todos y su autonomía. Pero paradójicamente son los mismos derechos la causa del mecanismo de control de constitucionalidad. Efectivamente, si se les reconoce el estatuto de derechos constitucionales, se introduce en el ordenamiento una exigencia de control de la legislación ordinaria: hay que vigilar para que los derechos no resulten violados por el legislador. El poder legislativo no está por encima de los derechos humanos, por lo que se hace necesario el control de las leyes. Es esta una parte importante de la aplicación del derecho según su tenor, como exige el estado de derecho. La revisión constitucional es precisamente la respuesta a esta exigencia. La pregunta entonces es cómo controlar a los controladores, sobre todo si no están legitimados democráticamente. Esta cuestión radicalmente controvertida no puede ser resuelta aquí³⁶. Uno de sus puntos críticos es el del control de la actividad judicial en materia de proporcionalidad, que tiene que ver bien con la estructura de la argumentación jurídica, bien con la ética profesional de los jueces. También en este último caso, el *rule of law* juega un papel principal. La aplicación del derecho según su tenor exige una concepción argumentativa de la verdad práctica, que no es solamente una verdad, pero tampoco es un acuerdo sin verdad, sino que nace del respeto de la autonomía de las personas y a la vez del pluralismo, junto con la necesidad de realizar una dimensión deliberativa.

³⁶ ALEXY, R., «Constitutional Rights, Democracy, and Representation», *Rivista di filosofia del diritto*, anno IV, n. 1 (2015), 23-36; y FERRAJOLI, L., «Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy», *Rivista di filosofia del diritto*, anno IV, n. 1 (2015), 37-52.

Como es sabido, el mecanismo constitucional para la aplicación de los principios es el principio de proporcionalidad. Aun cuando muchos temen por su falta de certeza, la finalidad de ese mecanismo es precisamente la de evitar la arbitrariedad. Eso lo obtiene eliminando aquellas intervenciones sobre los derechos que no aparezcan adecuadas a las finalidades de la constitución, que no sean lo menos restrictivas posible, que sean desequilibradas respecto a los beneficios que pueden traer de la medida legislativa. Se trata de una prohibición de la arbitrariedad. Desde ese punto de vista, el estado de derecho y el principio de proporcionalidad tienen el mismo fin y este último puede ser incluido entre los requisitos del primero. El juicio de adecuación está dirigido a asegurar que la medida legislativa tenga un fin fundamentado en la constitución. El juicio de necesidad asegura que esa intervención sobre los derechos es el mal menor de entre las estrategias posibles e igualmente eficaces. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto asegura que la medida no altere el contenido del derecho y que esa medida de limitación sea tolerable en consideración de la importancia del fin perseguido.

4. CONCLUSIÓN

Este viaje en la evolución del derecho ha permitido ver que el modelo del estado de derecho está transformándose a la vez que el derecho cambia, junto con la unidad política y jurídica del estado, que en la edad moderna ha sido el protagonista exclusivo del mundo jurídico. No se puede decir que la remodelación del estado de derecho se deba exclusivamente a la práctica de los derechos humanos, pues como se ha señalado las dos prácticas no se sobreponen completamente. Sin embargo, los derechos humanos tienen una buena parte en esa transformación, pues están penetrando cada vez más profundamente en el derecho. Sus diferencias (necesarias) no son óbice para que estas prácticas se relacionen entre ellas, sobre todo si se considera que el sujeto beneficiario de ambas, que es el ser humano y su dignidad.