

El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho

The modern rule of law and its influence on the tension between law-making and law-enforcing activities

Camila Matamala

 <https://orcid.org/0009-0007-0063-415X>

Universidad Austral de Chile. Chile
Correo electrónico: camatama@uc.cl

Recepción: 21 de agosto de 2024
Aceptación: 2 de diciembre de 2024
Publicación: 4 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ij.24487937e.2025.19.19486>

Resumen: El presente trabajo propone la existencia de una tensión no explicitada entre las actividades de crear y aplicar derecho, que sería propia del Estado de derecho moderno. Con base en ello, y a partir de un análisis histórico conceptual, se reconstruye el surgimiento de algunos ideales que enfrentan los conceptos de creación y aplicación del derecho, proponiéndose que el gran detonante de la problemática zona de penumbra que existe en la cultura jurídica actual es el cambio en la concepción de soberanía que comienza con Jean Bodin, que conllevó, a su vez, un cambio en la noción del origen del derecho. La importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para sus destinatarios. Postulo que esta tensión genera una zona de penumbra entre creación y aplicación del derecho, donde hay casos en que no está claro qué actividad se está ejerciendo. Se realiza una caracterización del surgimiento del Estado de derecho moderno a partir de la aparición de la soberanía, y los cambios en la concepción de esta, mediante el análisis de los fenómenos de la separación de poderes, el constitucionalismo y la codificación, para centrarse, por último, en cómo estos elementos impactan en las nociones de creación y aplicación del derecho.

Palabras clave: Estado de derecho moderno; creación del derecho; aplicación del derecho; soberanía; separación de poderes; constitucionalismo; codificación.

Abstract: The present work proposes the existence of a non-explicit tension between the activities of creating and applying the law that is characteristic of the modern state of law. Based on this, and beginning with a historical and conceptual analysis, the rise of certain ideals of the current state of law that clash with the concepts of creating and applying the law are reconstructed, proposing that the detouring aspect of the problematic twilight area existing in today's judicial culture is the change in the concept of sovereignty that starts with Jean Bodin, which led at the same time to a change in the conception of the origin of law. The importance of studying this tension lies in the fact that it has direct implications for our notion of law and its minimal function as a guide of conduct for its recipients. I posit that this tension generates a twilight zone between creating and applying the law, which leads to situations in which it is unclear what activity is being practiced. A characterization of the rise of the modern state of law is carried out, beginning with the changes in the concepts of sovereignty, analyzing the phenomena of separation of powers, constitutionalism, and codification, and focusing finally on how these elements impact the notions of creation and application of the law.

Keywords: modern State of law; creation of law; application of law; sovereignty; separation of powers; constitutionalism; codification.

Sumario: I. *Introducción.* II. *La soberanía como origen del Estado moderno.* III. *La separación de poderes.* IV. *Consideraciones finales.* V. *Referencias.*

I. Introducción

Sugiero en este trabajo que la tensión existente entre las actividades de crear y aplicar derecho es propia del Estado de derecho moderno (EDM) (Tarello, 2002, p. 23) y permea la cultura jurídica actual. Por "cultura jurídica" entenderé, a efectos del trabajo, la concepción tarelliana de esta, que la define como el conjunto de las técnicas expositivas e interpretativas de los que se ocupan del derecho, tanto prácticos como teóricos, y el conjunto de las ideologías referentes a la función del derecho que tales técnicas sobreentienden (Kelsen, 1934, p. 96).

Como examinaré en las siguientes páginas, si bien no es posible precisar un punto histórico exacto en que comienza la dificultad de distinguir entre ambas nociones, esta tensión sí va aparejada al surgimiento de ciertos ideales del EDM. El significado de crear

o aplicar derecho suele asumirse como elemental u obvio, lo que lleva a que no haya construcciones claras de sus características e implicancias, refiriéndose los autores a ambas actividades en términos muy generales o aludiendo a estas superficialmente.

Sugiero, como guía a la lectura, que la creación del derecho se caracteriza por la realización de un acto de autoridad cuyo contenido no está subsumido en una norma anterior en forma relevante; mientras que la aplicación del derecho destaca como un acto de autoridad cuyo contenido necesariamente es subsumible en una norma anterior.

Estas definiciones parten de la base de que tales actividades implican actos diferenciados y en todo caso diferenciables. Esto, que puede parecer obvio, no debe presuponerse. La trascendencia de explicitar que asumo esta distinción radica en que, por un lado, existen autores como Kelsen (1934) que ven una diferencia únicamente de grado entre crear y aplicar, entendiendo que incluso los jueces al dictar una sentencia individual estarían creando derecho. Por otro lado, la mayor parte de lo que asumimos como creación de derecho, como lo que hace el poder legislativo al dictar nuevas leyes, se hace a la vez aplicando las normas de competencia que les permiten actuar legislando y aplicando siempre el texto constitucional. Lo mismo ocurre cuando la administración crea dictámenes u ordenanzas, autorizado a su vez por normas de competencia y, en última instancia, por la Constitución.

La importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para sus destinatarios (Marmor, 2003, p. 6). Postulo que esta tensión genera una zona de penumbra entre creación y aplicación del derecho, donde que hay casos en que no está claro qué actividad se está ejerciendo. La primera problemática que esto genera es que implicaría que en una cantidad significativa de casos habrá una imposibilidad de conocer el derecho *ex ante*, desapareciendo su función como guía del comportamiento (Sandro, 2022, p. 5), transformándose el rol del derecho en uno fundamentalmen-

te represivo o permisivo *ex post*. A la imposibilidad de concebir el derecho como guía de conducta se añaden otras, tales como la dificultad de delimitar las funciones de los poderes del Estado a la luz del principio de separación de poderes con base en la función desarrollada, lo que conlleva que el control al poder político, piedra angular del constitucionalismo desde sus orígenes, se transforme en un ejercicio de futilidad.

La finalidad de este trabajo es reconstruir el surgimiento de algunos ideales del EDM, los cuales enfrentan los conceptos de creación y aplicación del derecho. En las siguientes páginas propondré que el gran detonante de la problemática zona de penumbra que existe en la cultura jurídica actual es el cambio en la concepción de soberanía que comienza con Jean Bodin, que conllevó, a su vez, un cambio en la concepción del origen del derecho (Bodin y Franklin, 1992, p. 56).

Según lo anterior, en la primera parte del artículo realizo una caracterización del surgimiento del EDM a partir del surgimiento, a su vez, de la soberanía, los cambios en la concepción de esta, y, a saber: 1) la separación de poderes; 2) el constitucionalismo y, 3) la codificación; para concentrarme, por último, en cómo estos elementos impactaron en las nociones de creación y aplicación del derecho.

¿Por qué sólo estos tres elementos? Evidentemente el EDM se compone también de principios tales como el imperio del derecho o el *rule of law*, la democratización de las instituciones y la soberanía, entre otros. Creo, sin embargo, que quedará demostrado que todos estos factores se encuentran incluidos en al menos alguno de los elementos que analizaré, si no es que en todos. El imperio del derecho permea el surgimiento del constitucionalismo y construye las bases de los ideales codificadores. La democracia actual presupone la separación de poderes, los límites al ejercicio del poder político controlado y la primacía de derechos fundamentales que cimientan el constitucionalismo. Por último, como demostraré más adelante, la soberanía es uno de los factores que permitió el surgimiento de un Estado unitario, la institución que monopoliza

las actividades de crear y aplicar el derecho. En suma, los tres factores que analizaré entregan las bases mínimas de un Estado de derecho, con independencia de si en este se presenta o no un carácter democrático o de respeto al imperio del derecho.

Lo que se propone en este artículo no es meramente una reconstrucción histórica en un sentido estricto, sino la reconstrucción de un modelo de hacer y entender el derecho. La tensión entre creación y aplicación jurídica no se daba en otros derechos previos a la edad moderna.¹ Entonces, la tensión conceptual está dada sólo en el EDM, sobreviniendo con especial fuerza en el derecho de tradición continental o romano germánico, que es el contexto en el que se analizará principalmente la tensión.

Tomaré las ideas de Maurice Vile (1998) para justificar la importancia de rastrear la historia de la concepción de la separación de poderes, el constitucionalismo y la codificación, puesto que una investigación histórica nos permite comprender las ideas del pasado que han dado forma a las actuales y vislumbrar, asimismo, cómo la reformulación de estas ideas permite una aproximación teórica más coherente con la naturaleza actual del gobierno constitucional (Vile, 1998, p. 22). Este examen de la configuración de las ideologías subyacentes de las características que forjaron el Estado moderno de derecho es relevante para entender la problemática que aquí se plantea.

II. La soberanía como origen del Estado moderno

El término “Estado”, en la forma en que lo conocemos actualmente, comenzó a utilizarse a partir del Renacimiento europeo, siendo el concepto central de su uso el elemento de un aparato político independiente de la sociedad civil. Es, en última instancia, una abstracción capaz de mantenerse a perpetuidad (Tivey, 1981, p. 3). No es la pretensión de este apartado, ni de este texto, hacer una in-

¹ Al menos no con la fuerza con que se diferencian en la actualidad ambas actividades.

investigación histórica exhaustiva. Hacerlo, además, implicaría varios tomos, puesto que es un asunto complejo y debatido, y excedería con creces la finalidad de este trabajo. Me centraré sólo en ciertos puntos paradigmáticos que tienen, a mi juicio, relevancia para la comprensión del problema que planteé al inicio del artículo.

Los orígenes del Estado podemos verlos en las primeras transiciones de sociedades tribales hacia formas estratificadas de organización. La habilidad de gobernar se correspondía con aquella habilidad de mantener registros, emitir órdenes y organizar fuerzas a gran escala, junto con tener la capacidad de ejercer una autoridad legal. Estos elementos podemos observarlos en las dinastías egipcias antiguas, la región mesopotámica, China y la antigua Grecia. Estas descripciones de una formación estatal temprana enfatizan cómo la autoridad formal y estructurada reemplazó a un imperio personalista. En este sentido, la habilidad de ordenar a individuos que no eran parientes sanguíneos permitió a los gobernantes expandir sus dominios sobre territorios con una población mucho más numerosa. La clave radicaba entonces en cómo podía atarse a otros al gobierno. Los gobernantes necesitaban expandir las concepciones de afinidad tribal y entregar a otros los medios para unirse (Spruyt, 2002, p. 130).

Es clave enfocarse en este tránsito del personalismo a la despersonalización de la figura del Estado. En los estados premodernos, la autoridad se unía a las personas, no a un área geográfica determinada. El poder se ataba a un gobernante, rey o emperador, y el fundamento de su autoridad recaía normalmente en costumbres, religión, leyenda o magia (Tivey, 1981, p. 2). Sin embargo, ya para la Edad Media tardía los sistemas legales y de gobernanza empezaron a emerger teniendo parámetros territoriales (Spruyt, 2002, pp. 129 y 130). A diferencia del Estado feudal, que giraba en torno a vínculos de obediencia y lealtad entre el señor y sus vasallos, el Estado moderno pierde esta característica de personalismo.²

² No me referiré aquí, por exceder el objeto del presente trabajo, a las ciudades-estado de la antigua Grecia o de la Edad Media italiana. Para conocer más acerca de ello, revisar Tivey (1981).

En Europa el desarrollo del Estado moderno implicó además la remoción de la jurisdicción política de la Iglesia católica romana.

También cambia en este tránsito el rol del juez. Antes de la formación del Estado moderno, este, para resolver controversias, no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del aparato estatal. Tenía, por el contrario, una libertad relativa de elección en la determinación de la norma a aplicar, pudiendo decidir a partir de reglas consuetudinarias o doctrinales, o incluso resolver caso a caso a través de criterios equitativos o aplicando la razón natural. Todas estas reglas estaban en el mismo plano y entre todas ellas el juez podía extraer las normas a aplicar, por ser todas fuentes de derecho (Bobbio, 1993, p. 46). Además de esto, el rol del juez en la Edad Media solía limitarse a recolectar rentas o ganancias. Gradualmente, sin embargo, quienes detentaban el poder se dieron cuenta de que la administración de la justicia constituía una forma de reforzar la autoridad y de aumentar el poder del rey o los grandes señores. Por ello, comenzaron a aumentar los casos que debían juzgarse en sus cortes (Strayer, 1970, p. 29).

Los orígenes de algo más similar a lo que reconocemos como Estado hoy en día se remontan al siglo XIII, en que el interés renovado de los juristas medievales por el derecho romano conllevó la priorización de una gobernanza más homogénea y a la confección de códigos legales formales. Esto, por su parte, provocó un decaimiento en la segmentación de la sociedad que se había basado hasta entonces en costumbre jurídica y tradiciones de diversas fuentes. Esto fortaleció a su vez la legitimación de la autoridad real por sobre los vínculos personales del estadio feudal. Para Strayer (1970), fueron Inglaterra y Francia los países con una mayor influencia en la creación de un modelo de Estado moderno, que fue imitado luego por otros países europeos, en especial en el período entre fines del siglo XIII y principios del siglo XIV, en que aparecieron las nociones modernas de soberanía y en que las lealtades cambiaron, moviéndose de la iglesia y la familia al emergente Estado moderno (Strayer, 1970, p. 36).

El Estado se confundió en ese punto con la soberanía territorial. La soberanía como jurisdicción final se había originado en la ley romana: el emperador era soberano en el sentido de ser la fuente última de derecho. Este principio de soberanía territorial forma parte hasta hoy de nuestra concepción de Estado moderno (Weber, 2005, p. 230). El dominio está demarcado territorialmente y los gobernantes ya no tienen autoridad fuera de sus fronteras. Dentro de sus fronteras, sin embargo, la autoridad de estos es casi absoluta (Spruyt, 2002, pp. 132-134). La soberanía conlleva asimismo la idea de una sola autoridad para crear leyes y hacer que estas se cumplan. Cambia entonces el fundamento de la legitimidad del poder: el desarrollo político clave está dado por el cambio de esta. En el Estado moderno el poder se basa, primero, en la voluntad del soberano absoluto; y luego, en la voluntad del pueblo,³ y no ya en el derecho divino, leyes existentes o costumbres (Tivey, 1981, p. 4).

Esto debe ser analizado de manera conjunta con una de las funciones del derecho moderno, la función constitutiva o institutiva de poderes. Para Tarello (2002), el objeto del derecho está actualmente constituido por un conjunto de reglas cuyas funciones consisten en: reprimir comportamientos socialmente peligrosos, asignar bienes y servicios e instituir los poderes. Este último elemento es parte de una noción moderna de derecho, a diferencia de las definiciones históricas, que se limitaban a resaltar las dos primeras funciones.

En las sociedades modernas estas funciones de asignación son cumplidas característicamente por las reglas del derecho de manera casi exclusiva, excluyéndose mecanismos sociales distintos de este (Tarello, 2002, p. 167). Los mecanismos de atribución e institución de poderes a través de reglas jurídicas son característicos del EDM y podemos ver cómo la segmentación de la sociedad medieval contribuía a una forma completamente diferente de institución de poder, a partir de la heterogeneidad de las fuentes de de-

³ Lo que significará distintas cosas para autores de la época, y aún más distintas para el pensamiento contemporáneo.

recho, tanto en términos de organización de la sociedad como en el ámbito de solución de conflictos jurídicos. Pasamos entonces de fuentes del derecho segmentadas de la era feudal, en que los individuos eran sujetos de múltiples patrones de gobierno y justicia por parte de varios señores, de las autoridades eclesiásticas y, ocasionalmente, incluso de las autoridades urbanas, que tenían sus propios modos de gobernanza; a un ejercicio monopólico de la institución de poderes y leyes (Spruyt, 2002, p. 131).

Hoy en día una persona sin Estado tiene posibilidades mínimas de desarrollo. En la Edad Media, como indica Strayer (1970, p. 3), era el hombre sin un *lord* o una familia quien no tenía oportunidades ni seguridad, y que podía sobrevivir sólo como sirviente o como esclavo.

Lo anterior está en concordancia con lo que afirma Bobbio (1993, p. 45), según el cual, con la formación del Estado moderno, la sociedad adquirió una estructura monista que concentra en el ente estatal todos los poderes. Así, el Estado es el único que crea derecho, bien en forma directa a través de la ley o en forma indirecta al reconocer y controlar las normas de formación consuetudinaria. Se monopoliza, en este sentido, la producción jurídica.

Para Weber (2005, p. 223), pasar de una legalidad particularista a estar sujeto a una sola institución constituyó un salto enorme en el paso al derecho moderno. En épocas anteriores, la tradición o el consenso en ciertos grupos era lo que legitimaba a la ley por sobre el Estado. Así, se constituía una ley particular o especial para cada comunidad. La pertenencia a estas comunidades derivaba, además, de características objetivas de las personas, como lugar de nacimiento, etnia o afiliación religiosa. Los conflictos eran zanjados por patriarcas y con fundamentos en la tradición.

Esta transformación en la forma de crear derecho implica también un cambio en la concepción de la categoría misma de derecho. Si bien hoy consideramos que el Estado es el principal productor de derecho, originariamente en el estado primitivo este no se ocupaba de producir normas jurídicas, sino que dejaba la formación de estas a la sociedad y, eventualmente, a quien debía diri-

mir las controversias: el juez. Era este el que tenía la misión de fijar la regla o norma a aplicar en cada caso sometido a su conocimiento (Bobbio, 1993, p. 45).

Skinner se interesa especialmente en Thomas Hobbes y la creación de su *De Cive*, obra publicada por primera vez a mediados del siglo XVII, como un hito final y definitivo de una fase de la historia política y el comienzo de una época en que la concepción del Estado nos resulta más familiar: la soberanía como propiedad de un órgano impersonal (Skinner, 2003, pp. 21 y 22).

Habría, a juicio de este autor, otro importante aporte de Hobbes a la teoría moderna del Estado. Este filósofo concebía al Estado como una persona artificial. En este sentido, la persona jurídica que está en el corazón de la política no sería ni la persona del pueblo ni la persona oficial del soberano, sino una entidad aparte: la persona artificial en que consiste el Estado (Skinner, 2003, p. 68). Esto es concordante con la idea de Weber acerca del Estado, en cuanto a que este es independiente del personal que ocupa posiciones burocráticas y políticas dentro de sus instituciones (Cudworth et al., 2007, p. 4).

Para Skinner, la tradición republicana del Alto Renacimiento contribuyó de dos formas a la cristalización del Estado moderno. Por un lado, encontramos aquí por primera vez la interpretación del Estado como un detentador monopólico de la fuerza legítima. Y, por otro, la no identificación de la idea de autoridad gubernamental con los poderes de los gobernantes o magistrados particulares. En este sentido, concebían los teóricos de la época los poderes del gobierno civil como encarnados en la estructura de leyes e instituciones cuya administración a nombre del bien común había sido confiada a los gobernantes y magistrados (Skinner, 2003, p. 41). El Estado absolutista, por su parte, contribuyó a la formación de lo que conocemos hoy como EDM, creándose en el período que iba desde fines del siglo XVII hasta principios del siglo XVIII gran parte de las instituciones que hoy identificamos con el Estado moderno, como la burocracia, las fuerzas armadas, la policía y las prisiones (Cudworth et al., 2007, p. 29).

Tenemos, por lo tanto, un tránsito desde una sociedad medieval fragmentada a un Estado monopolizador del poder. Una vez en este estadio monopólico de la existencia del Estado, podemos comenzar a hablar, a partir del constitucionalismo del siglo XVII, de un Estado de derecho más similar a lo que hoy entendemos por este: un Estado sujeto a limitaciones en el ejercicio de su poder. Si bien existen teóricos que establecen el inicio del Estado como soberanía territorial en el Tratado de Augsburgo de 1555, o bien en la Paz de Westfalia de 1648, parece claro que el principio de soberanía territorial forma parte hoy de las características constitutivas del Estado moderno (Spruyt, 2002, p. 134).

Existen tres factores que contribuyeron a la formación de la noción actual de Estado: el paso del personalismo a un Estado impersonal; el tránsito de un Estado basado en personalismo subjetivo, que seguía a sus súbditos donde quiera que estos se encontrasen (Spruyt, 2002, p. 130), al Estado concebido como soberanía territorial; y el cambio de fuentes heterogéneas y segmentadas tanto de gobierno como de creación y aplicación del derecho, a un Estado de naturaleza monista, generador este de toda distribución de poder y formación de derecho.

La idea de las limitaciones al poder existe desde a lo menos la antigua teoría política greco-romana, contando la Edad Media con la idea de limitaciones al ejercicio del poder también, consistentes en la noción de distinción entre rey y corona, en primer lugar. El soberano no podía cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono ni alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública. En segundo lugar, tampoco podía el soberano hacerse libremente de los bienes de sus súbditos. Actuar de esa manera lo convertiría en un tirano (Fioravanti, 2011, p. 27). Sin embargo, la naturaleza de estas limitaciones cambia una vez que sobreviene la ilustración y junto con ella, el constitucionalismo, tema que será tratado en el tercer apartado de este artículo.

Era característico de la Edad Media tardía europea la falta de separación entre Iglesia y Estado y la superposición de poderes, cuando estos no estaban derechamente unificados. Sin embargo, dentro

de la Iglesia no era desconocida la noción de división de funciones, puesto que entraba dentro del ideal papal la división de labores entre funcionarios de la Iglesia, así como la idea de la división del poder real entre los poderes de gobierno y jurisdicción.

En los poderes de gobierno, la autoridad del rey era absoluta. Sin embargo, respecto de la jurisdicción, debía someterse también a la ley. Fue, a juicio de Vile, el problema de articular la forma de sujetar a un rey a una ley que este no creaba lo que dio el puntapié inicial para la evolución de un poder legislativo independiente de la voluntad real. Como corolario a esto surge la idea de un poder ejecutivo del rey, que obliga a este a hacer cumplir la ley (Vile, 1998, pp. 25-27).

La conexión entre las teorías modernas del derecho y soberanía y la emergencia de poderes legislativo, ejecutivo y judicial es estrecha. La idea de un poder legislativo autónomo depende del surgimiento de la idea de que la ley podía ser hecha por la agencia humana: que había un poder real para hacer leyes. Para legislar en el periodo medieval temprano la idea de hacer ley a través de la agencia humana estaba subordinada a la visión de que la ley era patrón fijo y estático de costumbres inspiradas en lo divino, que podían ser aplicadas e interpretadas por el hombre, pero no cambiadas por este. En este sentido, cuando los hombres legislaban en realidad estaban de hecho declarando la ley: clarificando lo que la ley era y no creándola. La legislación era entonces parte del procedimiento judicial. Si la ley era vista como la encarnación de la ley divina, las declaraciones del rey y su consejo respecto de esta eran vistas como meramente aclaratorias. De ello se sigue que la función principal del gobierno era la función judicial, y todos los actos que emanaban del gobierno eran vistos como justificados en tanto aspectos de la aplicación e interpretación de la ley (Vile, 1998, pp. 27 y 28).

No debe pensarse, eso sí, según Vile, que la visión de función judicial medieval era similar a la moderna. Era más bien una forma de ver al gobierno que incluía todo un rango de actos gubernamentales, reconociendo a la vez una diversidad de agencias en-

cargadas de ejercerlos, y una diversidad de procedimientos para llevarlos a cabo. Fue Marsilio de Padua, según Vile, quien mostró en el siglo XIV una conexión clara entre la emergencia de los conceptos de poder legislativo y ejecutivo y el fin de la concepción medieval de la naturaleza de la ley. Este autor medieval fue aún más lejos colocando al poder legislativo en manos de la voluntad popular (Vile, 1998, pp. 26-29). Sin embargo, la forma de entender el derecho no había cambiado aún en la Alta Edad Media, y Marsilio de Padua no era sino una novedad dentro de la cultura jurídica imperante.

No fue sino hasta mediados del siglo XVI cuando se produjo un viraje que, si bien no generó en el momento un impacto significativo, sembró las bases de lo que sería una nueva concepción de crear y aplicar el derecho. Esto lo logra Jean Bodin, al articular una doctrina de la soberanía que contradecía expresamente la idea de un rey que era a la vez juez meramente aplicador y aclarador de la ley ya existente, interpretando leyes estáticas que no podían ser cambiadas.⁴ Para Bodin, la primera marca de la soberanía del príncipe era la de crear leyes, agregando que esto debía hacerlo sin necesitar el consentimiento de ningún otro (Bodin y Franklin, 1992, p. 56). Para Bodin, así como para Hobbes, eran también poderes soberanos el de declarar la guerra y firmar la paz y el poder jurisdiccional, consistente en nombrar a magistrados y funcionarios (Fioravanti, 2011, p. 82).

Citando a Plucknett, Vile estima que un cambio de esta visión se produjo aproximadamente en el siglo XIV en lugares como Inglaterra, donde los jueces enfrentaron la realidad de que la ley estaba hecha por ley estatutaria o derecho escrito, y que sus decisiones creaban normas generalmente aplicables. Sin embargo, no había aún una división teórica entre las funciones legislativas y judiciales, ni se esbozaba alguna teoría general de la ley o la legislación. Fue en Inglaterra, ya bien entrado el siglo XVII, donde se hablaba

⁴ Importante es destacar que Bodin no era partidario de una distribución de poderes, puesto que para este autor, cualquier otro poder entraría inmediatamente en conflicto con el poder de creación de derecho.

ya expresamente de la noción de que puede crearse nueva ley en el parlamento (y que los jueces no podrían hacer interpretaciones contrarias al texto expreso de la ley). En el mismo espacio de tiempo, en el contexto de las guerras entre el rey y el parlamento, fue que se formuló más claramente la división entre función ejecutiva y función legislativa (Vile, 1998, p. 28).

En el apartado siguiente me referiré al desarrollo histórico del cambio de visión de gobierno y soberanía que tuvo como resultado una doctrina de separación de poderes similar a cómo la concebimos hoy en día, al menos en sus aspectos centrales.

III. La separación de poderes

1. *Los ideales ilustrados*

La doctrina de la separación de poderes se ha mantenido, en una forma u otra, hasta la actualidad. A juicio de Vile, esto sucede porque el problema que dio origen a su surgimiento sigue siendo básicamente el mismo: cómo controlar el gobierno (Vile, 1998, p. 387). Esta sección del trabajo estará dedicada a esbozar las características claves del ideal de separación de poderes y a examinar su núcleo histórico. Autores como Möllers (2019) resaltan que una reconstrucción adecuada del modelo de separación de poderes no puede ser lineal temporalmente. La narrativa dominante comete el error, por ejemplo, de asumir que hubo una época clásica de un ideal puro de separación de poderes en la Europa continental. Pero ¿en qué consiste la separación de poderes?

Para esbozar una definición creo necesario empezar por exponer lo que se ha llamado una versión pura de la doctrina de separación de poderes: en esta versión, es esencial para mantener la libertad política que el gobierno esté dividido en tres ramas, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además, a cada una de estas ramas corresponde a su vez una función legislativa, una ejecutiva, y una judicial. Cada una de estas ramas de gobierno debe limi-

tarse a su función y no intervenir en las funciones de las demás. Más aún, las personas que pertenecen a cada uno de estos poderes deben mantenerse separadas, no pudiendo pertenecer a más de una de ellas al mismo tiempo. Así, cada una de las ramas sería un límite para las otras y ningún grupo de personas podrá controlar la maquinaria estatal (Vile, 1998, pp. 3-10).

El origen de la doctrina de la separación de poderes se encuentra en el mundo antiguo, época en que evolucionaron los conceptos de funciones gubernamentales y de un gobierno balanceado y mixto. Desde allí fueron transmitidas estas ideas a través de traducciones medievales. Sin embargo, no es hasta el siglo XVIII que emerge como una teoría de gobierno coherente, promocionada como el gran secreto de la libertad y el buen gobierno. Sería una teoría política, que por siglos fue la que se arrogó la capacidad de distinguir las instituciones de las sociedades libres de aquellas que no lo eran (Vile, 1998, pp. 3-10).

La idea de la separación de poderes se plantea normalmente, en su forma más simplificada, a partir de las ideas de Locke y Montesquieu en el siglo XVIII, y ha sido utilizada como un dogma en el centro de las explicaciones del EDM, y como lugar común en debates políticos y académicos (Sandro, 2022, p. 262).

La idea tripartita original de Montesquieu (1906) es la versión más conocida de esta doctrina.⁵ En ella este autor expresa una especial preocupación por limitar el poder del juez: “pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (p. 226). Esta idea sería característica del ideal formalista de jurisprudencia me-

⁵ Véase también a Montesquieu (1906): “No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares” (p. 227).

cánica, de acuerdo con el cual los jueces nunca crean la ley, sino que siempre la aplican (Sandro, 2022, p. 264). Esta idea será adoptada luego por algunas corrientes de la codificación y defensores de la escuela de la exégesis, como se verá más adelante. Sin embargo, Sandro (2022) identifica a Marsilio de Padua con *Defensor Pacis*, como el primer autor europeo en defender la noción tripartita de separación de poderes en una forma similar a como es conocida hoy en día.⁶ Comparto con este autor que, más que poder señalar un punto preciso en la historia en cuanto a cuándo habría sido usada la expresión tal como la conocemos hoy por primera vez, resulta de mayor interés rastrear históricamente el desarrollo del ideal.

Para los ilustrados es de gran relevancia el valor del poder legislativo del Estado, puesto que sólo las leyes de este, en la forma establecida, tienen fuerza obligatoria. De este modo, las libertades de los ciudadanos serán garantizadas frente al arbitrio de los gobernantes. Este poder está sujeto a una serie de límites. En primer lugar, el límite de obligarse a respetar el derecho natural o derechos subjetivos innatos. El segundo límite que se impone al poder legislativo es la prohibición de gobernar con decretos extemporáneos arbitrarios, es decir, el deber de administrar la justicia por medio de leyes promulgadas y estables, con jueces preconstituidos y públicamente investidos de autoridad. Así, Locke es uno de los primeros en enunciar el principio de generalidad y certeza del derecho y la garantía de imparcialidad en la aplicación de este. Estaría también prohibido a la autoridad legislativa transferir el poder de hacer leyes a otras manos, puesto que es un poder delegado por el pueblo que ha confiado el poder de hacer leyes y no el de hacer legisladores (Fassò, 1982, pp. 143 y 144).

La preocupación por el actuar arbitrario de gobernantes y la protección de los ciudadanos en cuanto a sus libertades y certe-

⁶ Si bien existirían autores que defienden que las primeras nociones de una separación de poderes vendrían de Platón y Aristóteles, la forma en que estos filósofos clásicos concebían la separación de poderes dista mucho de la concepción moderna, por lo que no es correcto pensar en sus orígenes desde allí (Sandro, 2022, pp. 262 y 263).

za jurídica son entonces denominadores comunes en las explicaciones ilustradas. Sin embargo, para cada tradición existen grados distintos de preocupación según cuál es problema principal que se percibe como amenaza. Por ejemplo, Möllers intenta examinar el núcleo histórico de la separación de poderes a partir de los peligros que busca evitar la institución. Para los franceses, las cortes eran un enemigo a limitar, por considerar que privilegiaban intereses individuales por sobre el bien común. Para los revolucionarios norteamericanos, en cambio, los legisladores eran problemáticos, debido a experiencias pasadas con proyectos constitucionales insatisfactorios (Möllers, 2019, p. 232).

2. *La visión contemporánea y sus problemáticas*

La forma pura o extrema de la doctrina ha sido rara vez puesta en práctica como tal, pero se le ha entendido como un tipo o forma ideal.⁷ Estudiar el tipo ideal permite observar cómo se ha desarrollado la doctrina a lo largo de la historia, con sus modificaciones y ramificaciones. La doctrina en su forma pura e ilustrada presupone una mera aproximación “negativa” a la limitación al poder. La sola existencia de la separación sería suficiente para asegurar la no concentración del poder. No se ejercen acciones tendientes a verificar que esto se cumpla, pues el hecho de hacerlo implicaría una intervención inadecuada en las otras ramas de gobierno. El problema es que la teoría pura no indica cómo verificar si efectivamente se está evitando la concentración del poder. Es por esto por lo que se han incorporado otras ideas para complementar la separación de poderes, que la modifican (Vile, 1998, pp. 14-19).

⁷ Una problemática de esta forma pura, además, sería —a juicio de Vile— su excesivo énfasis en la libertad frente a la necesidad de control respecto del gobierno. Si la preocupación por la actuación del gobierno es excesiva, esto resulta en que el aparato estatal pierde herramientas para hacer frente a necesidades sociales mínimas. Según este autor, el declive de la doctrina en el siglo XX, en especial en Estados Unidos e Inglaterra, se debió al surgimiento de actividades colectivistas de parte del apartado de gobierno, que requería necesariamente interacción y coordinación entre las diversas ramas (Vile, 1998, p. 15).

En el derecho contemporáneo existen numerosos autores que se refieren a este principio. Ha sido definido como un instrumento jurídico organizativo, ligado al surgimiento de organizaciones jurídicas democráticas (Tarello, 2002, p. 184); o como un método —más bien ilusorio— que tendría como objeto proveer un refugio frente a los peligros de la autoridad (Laski, 1919, p. 28). Guastini (2016), por su parte, refiere que la expresión “separación” o “división” de poderes denota dos técnicas distintas o dos modelos de organización de poder político que se suponen funcionales para evitar el despotismo y garantizar la libertad a los ciudadanos: la separación de los poderes propiamente, y el balanceo o equilibrio de estos. En ambos modelos el poder político está dividido y distribuido entre varios órganos, pero en el segundo modelo al que se refiere Guastini las funciones estatales estarían distribuidas de manera distinta y se disciplinan de manera diferente las relaciones entre los distintos órganos. Con la expresión “separación de poderes” se refiere este autor a una técnica constitucional resultante de la combinación de dos principios:⁸ el primero referente a la distribución de las funciones estatales (principio de especialización de funciones); el segundo, referente a las relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas (principio de reciprocidad e independencia de los órganos) (Guastini, 2016, pp. 297 y 298). En los autores que señalo se repiten dos aspectos: la naturaleza de la separación de poderes como una herramienta política de organización y la preocupación por el control frente al actuar de las autoridades.

Cabe preguntarse entonces si existe algún punto en la historia en que haya sido usada consistentemente la expresión de “se-

⁸ Guastini distingue el principio de separación de poderes del principio de equilibrio, balanceo de poderes o el *checks and balances* de controles y contrapesos. Este modelo exige que el poder político esté dividido, pero excluye la especialización de la función ejecutiva, así como la especialización completa total de la función legislativa; aunque también la independencia recíproca del ejecutivo respecto al legislativo. El modelo del equilibrio o balance de poderes se basa en la idea según la cual el poder frena el poder para evitar que los diferentes órganos del Estado abusen de las competencias que les son conferidas. La idea detrás de ello es que es necesario que a todo poder se le contraponga otro capaz de condicionarlo y frenarlo (Guastini, 2016, pp. 298 y 299).

paración” o “división” de poderes por los teóricos políticos; o si ha cambiado tanto su significado espacial y temporalmente que se ha transformado en un término inherentemente ambiguo (Sandro, 2022, p. 263). Tanto en la Revolución americana como en la Revolución francesa la separación de poderes se volvió una característica tan propia del constitucionalismo que podía afirmarse que un Estado sin separación de poderes no tenía una constitución en absoluto (Grimm, 2016, p. 13). También puede considerarse este principio como el contexto en el cual se desenvuelve el ideal de las decisiones judiciales atadas a la ley. En este sentido, protegería el ideal de las decisiones judiciales basadas en el derecho y, por otro, la protección de la certeza jurídica (Wroblewski, 1992, p. 274).

Al volver a la idea de los peligros que busca evitar la teoría de la separación de poderes, veremos en los siguientes párrafos que, si bien se introducen modificaciones que permiten perfeccionar ciertos aspectos que aparecen como insuficientes, las preocupaciones de fondo se mantienen. A modo de ejemplo, las modificaciones más importantes habrían tomado la forma de teoría de *mixed government* y el sistema de *checks and balances*, cuya idea base es que estas incorporaciones funcionen como chequeos positivos al ejercicio del poder, que propicien que cada una de las ramas de poder tenga un poder directo de control sobre las demás, y permitan jugar un rol, aunque limitado, en las funciones de otros poderes.

La idea, sin embargo, es que se mantuviera en una forma muy limitada, salvaguardando la idea original de la separación. Esta amalgama habría formado la base de la Constitución estadounidense. Por su parte, la fusión de la doctrina de separación de poderes junto con la teoría del *mixed government* habría producido en la Inglaterra del siglo XVIII una separación parcial de funciones, en el sentido de que la función legislativa podía ser compartida, mientras que las demás quedaban estrictamente separadas. Como vemos, si bien se introducen cambios en aras de perfeccionar el ideal original a la vez que se matizan ciertas ideas drásticas de separación absoluta entre instituciones o poderes, el control político y la pre-

ocupación porque este control ampare los derechos y libertades de los ciudadanos juega aún el papel principal que explica por qué se ha seguido trabajando sobre este ideal.

La mayor parte de las críticas a la noción clásica puede clasificarse como un ataque a la vigencia y utilidad de la noción pura del ideal de separación, así como a la falta de claridad de qué se quiere decir exactamente cuando se invoca la separación de poderes. En este sentido, autores contemporáneos han realizado propuestas respecto del lugar que se contempla para este ideal en la cultura jurídica actual.

Existen autores que aceptan como realidad empírica que el legislador o los parlamentos han perdido su monopolio implícito en la creación de ley y que los tribunales constitucionales hoy comparten su autoridad para la interpretación la Constitución e incluso los jueces ordinarios ya no son esclavos de la codificación, participando de estos en decisiones político-constitucionales (Stone Sweet, 2000, p. 129). En un sentido similar, Sandro (2022, p. 261) explica esta decadencia de la noción clásica por no ser esta capaz ya de explicar consistentemente la pluralidad o fragmentación del ejercicio de los poderes públicos y por considerarse en ocasiones un obstáculo práctico para la realización eficiente de políticas públicas necesarias en un mundo globalizado. Un problema considerable en la literatura en cuanto a la aproximación a la noción de separación de poderes es que pocos autores definen exactamente a qué se refieren con la doctrina, cuáles serían sus elementos esenciales y cómo se relacionan estos con otras ideas fundamentales en un Estado de derecho (Vile, 1998, p. 13).

Deben considerarse además factores tales como las estructuras complejas del Estado de bienestar, la privatización de funciones públicas, el auge de las cortes constitucionales y la internacionalización de la ley, además del declive que ha tenido la concepción formalista y clásica de la separación de poderes a partir de principios del siglo XX (Möllers, 2019, p. 234).

Por otra parte, una concepción demasiado rígida de poderes podría obstaculizar la marcha del Estado moderno, por lo que en

vista de necesidades prácticas emergentes se hace preciso conceder a los órganos del Estado además de sus funciones típicas otras sustancialmente diferentes, atribución que a juicio de Porrúa Pérez (2005, p. 396) se hace sólo de manera excepcional y subsidiaria. Otro problema central de la discusión en torno a la separación de poderes es la falta de claridad en cuanto a lo que implica, así como la dificultad de sostener una defensa de la teoría pura tripartita de Montesquieu en los Estados modernos actuales (Carolan, 2009, p. 18).

Sandro refiere que existe actualmente un interés renovado en la teoría legal por la historia conceptual de esta doctrina, la cual se produce en dos frentes paralelos. Por un lado, se analiza la doctrina recibida de la separación de poderes en la versión tripartita y se cuestiona su corrección conceptual e histórica. Por otro, se analiza el impacto que esta versión ha tenido en constituciones históricas como la Constitución norteamericana o las constituciones postrevolucionarias en Europa. Este análisis se ha hecho con el fin de determinar si más allá de las apelaciones ceremoniales a esta doctrina, la idea se ha implementado efectivamente y si esta implementación ha tenido algún éxito (Sandro, 2022, pp. 262 y 263).

En el ámbito del *common law*, se distingue la separación de poderes de la división de poderes, que se refiere a evitar la concentración de poder político en manos de una persona o grupo. Asimismo, lo distingue del principio de pesos y contrapesos (*checks and balances*), la cual sostiene que el ejercicio de poder debe ser balanceado y contrapesado por el ejercicio de poder de otros detentadores de poder (Waldron, 2012, p. 433). A su juicio, el principio de separación de poderes tiene un significado por sobre estos otros dos principios, puesto que promueve una separación cualitativa de las diferentes funciones del gobierno: legislación, jurisdicción y administración ejecutiva. La separación de poderes no sería simplemente equivalente a los demás principios, puesto que el

principio de separación da cuenta de la distinción vital entre tres funciones de la gobernanza: el legislativo, judicial y ejecutivo.⁹

Sin embargo, la justificación de la separación de poderes no resulta clara en la literatura de los siglos XVII y XVIII y existen cuestionamientos teóricos a su valor en relación con las exigencias del gobierno moderno por parte de autores como Posner y Vermeule (Waldron, 2012, p. 434).

Waldron (2012), por su parte, se centra en la integridad de cada uno de los poderes. Existen autores que afirman que fuera del contexto de la doctrina tripartita original, surgida en el contexto sociopolítico francés del siglo XVIII, actualmente se entiende como una separación de funciones del Estado o de sus órganos (Wroblewski, 1992, p. 276).

Carolan (2009, p. 121) señala que, en la noción actual de la separación de poderes, las tareas administrativas serían adjudicadas en concordancia con la identificación inicial de los poderes como legislativo, ejecutivo o judicial; y el poder se concedería sobre la base de que se identifica arquetípicamente la función con la competencia inherente del órgano.

Puede verse, además, a la noción de separación de poderes como un prorrateo de la soberanía estatal. La idea detrás de esto es que ninguna de las ramas del Estado domine a las otras. Esto podría entenderse, por una parte, como una simple refutación de la idea de soberanía de Hobbes. Por otra parte, sin embargo, si las personas en conjunto tienen la soberanía, parecería conveniente tener un sistema en que el aparato estatal (al cual el soberano delega sus poderes por un plazo) pueda realizar sus obligaciones en forma efectiva, sin una concentración de poder que podría suponer una amenaza a la soberanía del pueblo. Alternativamente, puede verse en este orden constitucional de separación de poderes un sistema en el

⁹ A la división de poderes le interesaría, según Waldron, que el poder se encuentre disperso, sin que sea relevante cuáles son estos poderes. El principio de pesos y contrapesos, por su parte, sólo se ocupa de que algunos poderes controlen a otros: no le es relevante qué poderes sean aquellos (Waldron, 2012, p. 433).

cual no son las ramas particulares del Estado las soberanas, sino el orden constitucional en sí mismo (Pierson, 2004, pp. 12 y 13).

3. *Algunas consideraciones generales*

Teniendo en cuenta las críticas a la noción clásica, y lo planteado por autores contemporáneos, pareciera que la problemática de este ideal se traduce en los siguientes elementos: ¿tiene sentido mantener un ideal de separación de poderes en el Estado de derecho contemporáneo? Si es así, ¿qué función cumpliría y qué forma debe tomar? Como el objeto de este estudio recae en la relación de la separación de poderes y la tensión que se genera entre las actividades de creación y aplicación judicial, las respuestas a estas preguntas estarán condicionadas por valoraciones prescriptivas de derecho que van más allá del alcance de este trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente de todas formas hacer algunas acotaciones.

El principio de separación de poderes no puede ser un fin en sí mismo. Una teoría de gobierno no existe en un vacío abstracto, sino que se adopta sobre la base de que será efectiva para ciertos fines (Carolan, 2009, p. 122). ¿Cuál puede ser entonces la función actual de este?

Siguiendo a Vile, se pueden vincular las nociones del gobierno de acuerdo con la ley y el concepto de funciones gubernamentales. El gobierno de conformidad a la ley supone dos operaciones: la creación de la ley y su aplicación.¹⁰ En este sentido, la separación de poderes ha surgido invariablemente unida a las ideas de creación y aplicación del derecho, planteamiento que también postula

¹⁰ Aristóteles dividía a la ciencia política en dos partes: la legislativa, que era de cargo del legislador; y la política, que era una forma de deliberación y que se dividía a su vez en la deliberación y la ciencia judicial. La división mayor no era aquí aquella entre poder legislativo y judicial, puesto que los griegos no concebían una creación continua o frecuente de nuevas leyes, noción que se encuentra implícita en la visión moderna de la función legislativa. Las leyes del legislador debían ser cambiadas en situaciones excepcionales y con poca frecuencia, puesto que el cambio constante podría disminuir el respeto ciudadano por las leyes (Vile, 1998, pp. 21-24).

Kelsen (1949, pp. 269 y 270) desde su punto de vista de superación del dualismo. Sin embargo, puesto que son dos de las formas que toma el poder en una sociedad moderna: quien crea las leyes cimienta las guías de conducta para quienes son parte de la sociedad y determina cuál es el rango de acción del ciudadano. Y quien lo aplica, sea quien sea, debe tener claridad acerca de lo que es creado, o bien, tener claro dónde terminan sus facultades de aplicación y comienzan las de creación.

Pareciera que la sociedad moderna ha debido cumplir con demandas que eran desconocidas para los primeros autores de la separación de poderes. Sin perjuicio de ello y a pesar de toda su insuficiencia, el concepto se ha seguido utilizando a lo largo de la historia política occidental. Esto, a juicio de Vile (1998, p. 8), no es una mera coincidencia, puesto que da cuenta de un reconocimiento de la importancia de la doctrina en el corazón de nuestros sistemas. A esto se suma que desde ciertos planteamientos teóricos la distinción no tendría sentido, puesto que no serían tres los principales poderes, sino dos: la creación y aplicación (o ejecución) de la ley, funciones que no estarían coordinadas sino supraordenadas (Kelsen, 1949, p. 269). Esto último es interesante, pues es parte de la visión kelseniana de Estado; y me parece que demuestra que el compromiso teórico con el derecho en general permea incluso instituciones que se consideran comúnmente como cimiento del Estado de derecho moderno.

En este sentido, propondré que la separación de poderes no resulta siempre conciliable con ciertos ideales de respeto a los derechos humanos, cambios en la noción del Estado en que se espera más de este que la mera abstención para el ejercicio de libertades y expectativas relativas a ideales de justicia contemporáneos. Esta difícil contradicción se manifiesta con claridad en los denominados discursos de activismo judicial y el temor, por parte de algunos teóricos y juristas, de formar parte de un gobierno de los jueces y no de las leyes.

El problema reside en que esta contradicción no parece estar trazada expresamente, por lo que discusiones acerca de si los jue-

ces pueden o no crear derecho, o si lo crean en la práctica, se vuelven insustanciales si no se comprende la red contextual en que se inserta el EDM, en la que se conjugan raíces de ideales históricos que siguen permeando nuestro sistema, como el imperio del derecho y la separación de poderes, y los ideales de democracia, igualdad y respeto universal a los derechos humanos. Así, se advierte que la utilización del ideal de separación de poderes ha estado constantemente sujeto en sus usos a los sucesos históricos de las sociedades (Tarello, 2002, p. 185). Por lo tanto, para tener una idea completa de la función que cumple el ideal actualmente es necesario entenderlo en conjunto con otros acontecimientos propios de la formación del EDM. Y es de otro suceso histórico, que se encuentra unido al ideal de separación de poderes, al que me referiré en el próximo apartado.

4. El constitucionalismo y las nuevas limitaciones al ejercicio del poder estatal

El constitucionalismo consiste en la defensa de ciertos tipos de arreglos institucionales, con base en los cuales ciertos fines serán alcanzados de esta forma. Vile (1998, p. 8) lo define como un elemento normativo basado en la creencia de que hay relaciones demostrables entre ciertos tipos de arreglos institucionales y la protección de ciertos valores. Para Fioravanti (2011), con una definición que tiene la virtud de abarcar la idea del constitucionalismo durante toda la edad moderna y contemporánea, es una "corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas" (pp. 55-58).

Si bien un constitucionalismo básico se puede rastrear hasta el período de las monarquías absolutas europeas, y la idea de la constitución mixta es parte de la idiosincrasia política de la Edad Media, el constitucionalismo a partir de la ilustración es indisoluble del principio o ideal de separación de poderes (Fioravanti, 2011, p. 56).

Debo referirme a la idea de Constitución medieval brevemente para hacer énfasis en los cambios que ocurren en la concepción del derecho. El príncipe o rey debía juzgar según el derecho existente, anterior a su propia existencia de gobernante. Si bien no había apelación respecto de sus decisiones, esta era innecesaria, pues si el príncipe era realmente justo, y no un tirano, simplemente juzgaba según leyes que le precedían (Fioravanti, 2011, p. 41). La Constitución mixta medieval se caracteriza por entender la ley como un producto de la colaboración entre el elemento monárquico, aristocrático y democrático.¹¹ Esto es advertido ya en el siglo XIII al señalar que la ley no sería más que la confirmación de una costumbre ya existente, debiendo esta confirmación obtenerse a partir de la autoridad del rey, el consentimiento de los magnates, y el compromiso de toda la comunidad política (Fioravanti, 2000, p. 49). Esta Constitución mixta se mantiene en la Edad Moderna hasta fines del siglo XVIII, período en que cambian caracteres fundamentales del constitucionalismo, para dar paso a las revoluciones de la época (Fioravanti, 2014, p. 23).

Debemos recordar en este punto el viraje ideológico que supone la concepción de soberanía de Bodin y Franklin (1992). La primera marca de la soberanía es el derecho del príncipe de crear leyes sin el consentimiento de ningún otro. Tenemos entonces dos diferencias respecto de la tradición medieval: el príncipe ya no aplica la ley preexistente, sino que debe crearla, y, además, no se requeriría el consenso de otros estamentos sociales para que esta ley sea válida (Bodin y Franklin, 1992, p. 56).

Se ha asociado la constitucionalización de la soberanía popular como un punto de inflexión en la historia del constitucionalismo. Si bien las aportaciones de Bodin, quien consideraba a la soberanía como un derecho de los príncipes, y Hobbes, para quien la soberanía residía en primer lugar en los hombres quienes a través del contrato social la entregan a los príncipes son las más cono-

¹¹ En sentido similar era entendido por Platón, en sus *Leyes*, y era exaltado este tipo de gobierno que “mezclaba todas las constituciones” por cuanto cada órgano podía obstaculizar a los otros y/o colaborar con ellos (Bobbio, 1996, pp. 154 y 155).

cidas en esta materia, fue James Harrington (1996) quien postuló una idea más desarrollada acerca de la soberanía en relación con la Constitución inglesa. Para este, a fin de que el imperio de las leyes pudiera consumarse como garante de la libertad humana, era necesario que las leyes fueran propuestas por una rama del gobierno y aprobadas por el poder del pueblo, esto es, por una rama diferente. En su concepción, debía proponer las leyes el senado, resolver el pueblo, y la magistratura ejecutarlas (Harrington y Pocock, 1992, pp. 24 y 25). Fue esta la idea fundamental que acabaría por erigirse como piedra fundamental del constitucionalismo moderno a juicio de Dippel (2009), puesto que la concepción de Harrington contenía los principios básicos del constitucionalismo inglés: que la soberanía reside en el gobierno, y que esta podía expresarse únicamente a través de la actuación conjunta del rey y el parlamento (Dippel, 2009, p. 24).

Con la expansión del racionalismo se fue privilegiando cada vez más a la ley como fuente del derecho por sobre la costumbre y la interpretación de la ley sobre la doctrina y los precedentes judiciales, haciendo primar, a juicio de Ruiz Miguel (2002), la voluntad del presente sobre la autoridad del pasado. El período en que surge una preocupación fuerte y consistente por el poder absoluto del Estado y las eventuales limitaciones al ejercicio de este poder, sin embargo, no comienza sino hasta el surgimiento del constitucionalismo. Como indiqué en el apartado referente al origen del EDM, las limitaciones al poder político como tales existieron desde mucho antes de que se hablara de constitucionalismo o derechos fundamentales. Existían limitaciones al poder político en la política grecorromana y en la Edad Media, pero la naturaleza de estas limitaciones, y la extensión o su importancia, cambió a partir del advenimiento de la Ilustración.

La introducción del concepto de *derechos*, y el cambio de paradigmas desde los deberes hacia los derechos, constituyó un punto de quiebre esencial que invirtió la lógica del individuo frente al poder, colocando al individuo y a sus derechos ya no como un objeto del dominio del poder político, sino como el fin

mismo de la organización política. En este sentido, si bien existía una Constitución durante la Francia absolutista, el concepto de ella cambió al notar Montesquieu que la Constitución inglesa era una verdadera Constitución, en el sentido de que el objetivo central de ella no era el soberano sino los ciudadanos.

Este cambio de enfoque sería lo que habría dado un punto de partida a las diversas revoluciones que surgieron en Europa en el siglo XVIII. Sin embargo, este cambio de significado del concepto de Constitución no fue recogido en la *Enciclopedia* de Diderot. Y no fue sino hasta 1771, en la obra de De Lolme, en que este comenzó a referirse a la Constitución como la manera en que se encontraba distribuido el poder, del equilibrio entre sus distintas partes y sus recursos recíprocos. Así, no basta con que la Constitución contenga un orden, sino que este debe ser un orden determinado orientado a ciertos objetivos políticos y sociales (Dippel, 2009, p. 16).

Se produce entonces un viraje desde el concepto de Constitución del absolutismo ilustrado, en que esta consistía en la plasmación de la realidad de un Estado como enunciación de las leyes más importantes para el ejercicio del poder y de la sucesión monárquica, al concepto moderno. Para Dippel, a partir de la revolución norteamericana se generan los principios básicos del constitucionalismo moderno: soberanía popular, Constitución fundada en principios universales, declaración de derechos, gobierno limitado y finalmente, la Constitución como ley suprema. Estos cinco elementos condicionaron a su vez la aparición de otros cinco principios orientados a conseguir las metas perseguidas por el constitucionalismo moderno, a saber, gobierno representativo, separación de poderes, rendición de cuentas y responsabilidad gubernamental, independencia del poder judicial y, por último, un proceso ordenado para enmendar la Constitución. Habría sido por primera vez en 1776, en la Constitución de Virginia, cuando estos principios fueron plasmados en su totalidad (Dippel, 2009, p. 41). Trece años más tarde estos principios se reforzaban en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: "toda sociedad en que la garantía

de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución” (Dippel, 2009, p. 16).

Es relevante destacar que en el corazón de las revoluciones norteamericana y francesa se encontraban temores distintos. El gran enemigo que derrotar para la Revolución norteamericana era el Parlamento británico con su soberanía ilimitada. En cambio, el enemigo en la Revolución francesa no era el Parlamento sino el poder despótico del soberano y una nobleza y clero opuestos a los verdaderos intereses de la nación. Para los franceses no tenía sentido limitar el órgano legislativo, pues era un poder soberano. Encontramos el énfasis del constitucionalismo norteamericano en el gobierno limitado, y el énfasis de las revoluciones francesas y sus constituciones en el poder soberano del pueblo y el reflejo de este en la Constitución (Dippel, 2009, p. 16). Fioravanti (2014) lo resume de la siguiente forma: “la Revolución francesa nace para consolidar un nuevo poder, la americana para limitar un poder ya existente” (p. 39).

Para Friedrich (1963), en el constitucionalismo de Locke el lugar de la soberanía es tomado por el poder constituyente, que es la fuerza que legitima al orden constitucional (p. 101). En el sistema lockeano la legislación positiva resulta de la voluntad popular, que se plasma dentro del marco de una legislación constitucional. Manteniendo una creencia en la ley natural, el fundamento de todo orden legal se encontraría en el derecho natural del hombre de autopreservarse y de participar en la fundación y moldeamiento de un orden legal que le satisfaga. En el centro de este orden constitucional, este autor pone al poder legislativo por sobre todo poder judicial, el cual está restringido sólo por la ley natural razonable (Friedrich, 1963, p. 101). El poder legislativo debe gobernar de conformidad con las leyes existentes, las que deben estar publicadas y ser conocidas por las personas. El rol del juez, en este escenario, es decidir las controversias de conformidad con las leyes legisladas (Friedrich, 1963, p. 103).

Las ideas fundamentales detrás del constitucionalismo son, en primer lugar, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad. En segundo lugar, la exigen-

cia liberal de someter a límites al poder político y establecer límites a los derechos y deberes correspondientes. Por último, la búsqueda de la seguridad jurídica mediante un conocimiento general, lo que sería realizable a través de un texto escrito en forma simple y clara (Ruiz Miguel, 2002, p. 276).

La prioridad axiológica de los derechos fundamentales frente al poder político se comprueba, según Pino (2018), en las formulaciones los dos primeros documentos constitucionales resultantes de las revoluciones de fines del siglo VIII, las que contaban usualmente con un preámbulo consistente en una enunciación solemne de derechos, elección estilística que ha sido plasmada en numerosas constituciones contemporáneas (pp. 28-33).

Pasada la época de las grandes revoluciones, en Europa continental se producía otro viraje en torno al constitucionalismo. Las constituciones del siglo XIX buscaban un equilibrio entre una garantía de derechos y una preservación, en una línea más moderada que las visiones revolucionarias, de equilibrios sociales e instituciones. Se buscaba en toda Europa un equilibrio entre un historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. La nación del siglo XIX es moderada, puesto que no quiere abandonar los principios revolucionarios, pero teme sus excesos; en especial aquellos que conlleva el principio de igualdad, imponiendo prudencia y equilibrio (Fioravanti, 2014, pp. 47-49). Los Estados europeos ven en el Estado soberano la gran solución, por lo que la idea de supremacía absoluta de la Constitución sufre un decaimiento en esta época. Es el Estado el que representa el orden político y el que contiene la Constitución.

En los Estados europeos las cartas constitucionales se dedican casi por completo a regular las formas de gobierno. Si bien declaran también los derechos individuales, su tutela es atribuida a la ley del Estado, a la que no puede oponérsele la Constitución como norma superior. Mientras tanto, en Inglaterra discurría la idea de la soberanía en los siglos XIX y XX, a través de la soberanía del parlamento, siendo este el factor que impide en Inglaterra un control de constitucionalidad (Pino, 2018, pp. 28-36).

Lo característico de toda la cultura europea del siglo XIX es, para Fioravanti, que la Constitución se incorporó al sujeto que representaba en cada país el principio de soberanía: el Estado para los alemanes, la Asamblea de representantes de la nación para los franceses, el Parlamento para los ingleses. Así, interviene el constitucionalismo en la Construcción del sujeto soberano. Y esta fue la situación en Europa hasta que las guerras del siglo XX cambiaron el panorama constitucionalista, cuestionándose desde sus bases (Pino, 2018, p. 54).

Superados los regímenes totalitarios europeos de la mitad del siglo XX, es característico del constitucionalismo la introducción de derechos fundamentales entendidos como una autolimitación de la soberanía. No están ya sujetos al Estado ni a la exclusividad de los regímenes legales nacionales. La relación entre constitución y Estado se invierte respecto del siglo XIX. Ya no es el Estado el que contiene la Constitución. Los derechos no presuponen el Estado, sino que este los presupone a ellos, que, a su vez, están fundados en la Constitución. Un segundo aspecto de este nuevo constitucionalismo de la posguerra es su carácter supranacional: ya no nos situamos únicamente en el plano del derecho nacional de cada Estado, sino que se introducen en las nuevas constituciones declaraciones que incluyen la incorporación de normas de derecho internacional (Pino, 2018, pp. 143-148).

Como muchos constitucionalistas iusnaturalistas ingleses, Locke enlazaba la fundamentación del poder político, esto es, el consenso popular, con un elemento liberal que constituía el límite puesto al poder por una ley superior. En este sentido, para Fassò (1982), en el pensamiento político inglés el concepto de democracia, que es la fundamentación del poder político en el consenso popular, lleva implícito el liberalismo, de tal forma que en el pensamiento anglosajón la expresión "Estado democrático" se usa para significar normalmente Estado liberal (p. 145).

El constitucionalismo actual implica que el gobierno debe tener limitación en sus poderes y que la autoridad de este supone llevar a cabo estas limitaciones. Cuando los autores hablan acer-

ca de constitucionalismo, no se refieren normalmente a la noción mínima de este, la que requiere la existencia de una constitución que únicamente establezca y tal vez defina los límites de la autoridad. Se refieren usualmente a que existen normas que crean los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y que, además, estas normas imponen limitaciones significativas sobre ellos (Waluchow y Kyritsis, 2022, p. 3). Para Pino, el núcleo reconocible del constitucionalismo radica en una forma específica de articular las exigencias de limitaciones al poder político y de articular técnicas jurídicas funcionales a este objetivo; característico del constitucionalismo contemporáneo es además su fundamento en derechos naturales, fundamentales e inviolables de los individuos (Pino, 2018, p. 27).

Teniendo presente el análisis anterior respecto de la separación de poderes, el constitucionalismo impulsó este ideal como una forma de limitar el poder político, dividiéndolo a fin de no concentrarlo y limitándolo a ejercer cada uno de los poderes las funciones dentro de la esfera de sus atribuciones.

Pareciera que el ideal de limitaciones al poder, con sus matices, es algo que se mantiene desde la Edad Antigua hasta la actualidad. No parece ser este el factor que cambia la situación de las actividades de crear y aplicar derecho. En cambio, lo que se concibe como la forma de hacer y entender el derecho y la respuesta a quién debe ser el artífice de ese derecho, parece mucho más relevante como un elemento para entender el porqué de la problemática que planteo. Este cambio de concepción comienza con Bodin, quien, como se estableció previamente, fundó una concepción de soberanía en que el príncipe debía crear leyes para sus súbditos, y no simplemente aplicar y aclarar las ya preexistentes.

El gobierno de las leyes versus el gobierno de los hombres parece ser un tema que se busca zanjar desde la Edad Antigua, estando Aristóteles y Platón de acuerdo en que las leyes poseen las características necesarias de carencia de pasión e inmutabilidad para un buen gobierno. El derecho medieval sujetaba al príncipe a Dios y a las leyes, pues las leyes hacían al rey (y no a las leyes positivas, que emanaban de él, sino a las leyes inmutables del dere-

cho natural). Pero lo que ha cambiado a lo largo de los siglos es el origen de esas leyes (Bobbio, 1996, p. 131). De las leyes inmutables en que el príncipe se limitaba a explicitar y aclarar la ley existente, pasamos a la concepción de soberanía absolutista en que el príncipe es el llamado a crear las leyes, siendo esta una de sus principales obligaciones. Una consecuencia de que la ley pueda ser creada es que ya no es inmutable. Así como fue creada, puede ser derogada y cambiada por una nueva ley. Esta característica de la ley como esencialmente contingente implica la idea de que se puede renovar y transformar la realidad, conforme con las aspiraciones ilustradas—lo que veremos más adelante con Pufendorf—.

Permite esta idea de contingencia, además, que Rousseau vaya más allá al afirmar que los representantes del pueblo no son más que comisarios de la voluntad popular, en cuanto que toda ley no ratificada por el pueblo sería nula (Fioravanti, 2014, p. 84). Rousseau concebía la ley como la manifestación de la voluntad general, que sólo tenía como objetivo el bien común, y no podía ser injusta porque nadie podría ser injusto contra sí mismo. Este autor enfatiza la supremacía de la ley como garantía de la libertad, que es, sin embargo, distinta de la concepción de otros autores liberales como Locke o Montesquieu, puesto que va más allá de asegurar certeza e imparcialidad. Se enfoca en una libertad a través de la ley que trasciende a los individuos (Fassò, 1988, p. 247).

Rousseau sigue los pasos de Hobbes, el enemigo del poder dividido, en el sentido de que para ambos autores la garantía de los derechos no debe confiarse al equilibrio de poderes, sino a la fuerza de una ley general y abstracta. Lo que el primer autor hace, sin embargo, es introducir un elemento de desconfianza en los gobernantes que no existía para Hobbes, el temor de que la voluntad particular de los gobernantes conquistara nuevamente el dominio de la ley (Fioravanti, 2014, p. 33).

Y el hecho de que la ley sea contingente implica, por último, que debe darse a conocer. Si es una ley creada, y se tienen aspiraciones de que esta sea cumplida, debe ser de alguna forma dada

a conocer a todos sus obligados. Y es de esta idea de la que me ocuparé en el próximo apartado.

5. *La codificación como base de ideales jurídicos fundamentales*

La codificación no puede ser dejada de lado en un análisis de la concepción básica que tenemos de la operatividad de nuestro ordenamiento jurídico (Calsamiglia, 1990, p. 97).

Fue el iusnaturalismo racionalista¹² el que, durante la Ilustración, alentó la codificación como un factor esencial para racionalizar el poder político y el modo de crear las leyes (Calsamiglia, 1990, p. 97). No fue el único factor, sin embargo, siendo de mayor relevancia la decadencia del derecho común que en el siglo XVIII se producía en toda Europa (Fassò, 1988, p. 17). Para Fassò (1988), lo determinante fue la unión entre el derecho natural y el derecho positivo, unido a los intereses de los Estados absolutistas, que encarnaría el ideal de racionalidad tan buscado (p. 18).

En una caracterización sencilla, que Caroni reconoce como arriesgada, se estima que la codificación provocó un cambio de época, facilitando la clausura del reinado secular de la costumbre y dando inicio al de la ley (Caroni et al., 2013, p. 10). En el tránsito hacia la edad definitiva de la codificación tuvo gran peso, como paso preliminar, el rechazo decidido del sistema de fuentes como tal, es decir, de un régimen que siempre había preferido el jurista al legislador. Se acusaba de falta de idoneidad, desorden y contradicciones entre las fuentes, considerados como la causa de los males típicos de la administración de justicia (los “abusos” de los juristas, la “inseguridad” de los súbditos) y en contra de esto se dirigían las críticas de los ilustrados (Caroni et al., 2013, p. 49). Así, los ilustrados reivindican el derecho del hombre de crear derecho, libre de ataduras históricas. Según Ferrante (2013), la codificación

¹² Es necesario hacer presente que no hay una sola línea de pensamiento de iusnaturalismo racionalista, y que no todos los teóricos de esta línea tenían las mismas pretensiones. En este sentido ver Caroni et al. (2013, pp. 38 y 39).

se rebela además contra el derecho común (Ferrante, 2013, p. 49), el cual consistía en la *lex* entendida en sentido estricto: derecho romano en sus fuentes aceptadas y con las manipulaciones que eran admitidas (Tarello, 2022, p. 65).

El derecho de Justiniano, a fin de ser adaptado a una sociedad en funcionamiento doce siglos después, fue complementado necesariamente con opiniones de jurisconsultos y sentencias de tribunales a las que se daba valor de derecho, así como por el derecho canónico y el feudal, haciendo que la extensión legislativa fuera considerable y que la incertidumbre frente a la ley fuera significativa (Fassò, 1988, pp. 17 y 18).

Del primer código propiamente como tal, el Prusiano de 1794 recogió del iluminismo racionalista la pretensión de que el código debía ser un sistema completo, que dejase el menor espacio posible a la interpretación, incluyendo incluso uno de los proyectos del código, la obligación del juez de consultar a la comisión legislativa en caso de silencio u oscuridad de la ley. La idea detrás de aquello era que nadie podía crear derecho más que el legislador, reservándose incluso la interpretación de la ley a órganos legislativos (Fassò, 1988, p. 20).

Esto se relaciona estrechamente con la preocupación de Montesquieu de que el juez no fuera más que la boca de la ley y, en especial, de Cesare Beccaria (2015) de tener un código escrito y fijo de leyes que debían observarse en forma literal, lo que cumplía con el objetivo de limitar a los jueces a examinar y juzgar las acciones de los ciudadanos de conformidad sólo con la ley escrita (Beccaria, 2015, p. 23). La subordinación de los jueces a la ley busca garantizar el valor de la seguridad jurídica,¹³ de forma que el ciudadano sepa con certeza si un comportamiento está o no en de conformidad con la ley establecida (Bobbio, 1993, p. 57).

Una de las manifestaciones de la aparición histórica del Estado liberal de derecho está ligada con el surgimiento del modelo

¹³ Para Bobbio (1993, p. 58), los escritos de Beccaria expresan una teoría silogística de la aplicación del derecho.

de legislador racional. Este tipo de Estado liberal moderno está legitimado porque pretende ser la expresión de la voluntad popular. Somete el poder al derecho, divide a los poderes y somete a la administración a la ley, pretendiendo garantizar una serie de derechos individuales (Calsamiglia, 1990, p. 98).

Calsamiglia ve en la ficción del legislador racional un modelo necesario que cumple la función de justificar la abdicación valorativa y la adhesión del jurista al derecho positivo en la dogmática jurídica. ¿Por qué es relevante analizar el modelo de legislador nacional? Porque mientras mayor sea la adhesión al, o la creencia en, modelo del legislador como expresión de la voluntad popular, y mayor sea a su vez la adhesión a una interpretación formalista de la ley, habrá menos espacio para la labor creadora del juez. En este sentido, una adhesión al modelo del legislador racional quita atribuciones al poder judicial (Calsamiglia, 1990, pp. 98-100).

Se relaciona esto asimismo con el supuesto de sujeción del juez a la ley. Este supuesto considera que todo el derecho está contenido en la ley y que el papel de la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales o la costumbre, es meramente subsidiario. El objetivo de este supuesto es garantizar por sobre todo la seguridad jurídica, considerando que toda actividad creadora del derecho fuera de aquella realizada por el legislador es una alteración del sistema de justificación del poder jurídico (Calsamiglia, 1990, p. 100).

Con los primeros códigos del siglo XVIII (Bavaria, Prusia y Austria) se buscó la realización de la ley natural, lo completo como medio para anticipar argumentaciones jurídicas, y la resolución de puntos dudosos por el legislador y no por el juez. El código más celebrado históricamente, resultante de la Revolución francesa y conocido como Código napoleónico muestra una sistematización derivada de la ley natural que, a juicio de Friedrich, alcanza la perfección de la forma (Friedrich, 1963, p. 120).

Ahora bien, debe tenerse presente que autores como Caroni (2013) reconocen la influencia iusnaturalista de estos códigos, pero refiere que no los caracterizaría como iusnaturalistas, puesto que, si bien suministraron importantes herramientas ideológicas

a la teoría de la codificación, no cuentan con ciertas características que muestra luego el viraje ilustrado. Principalmente porque el iusnaturalismo busca racionalizar el derecho sistematizando, el ya existente: no se refiere a crear derecho. A los ilustrados, en cambio, el derecho les parecía factible, susceptible de ser pensado, reelaborado e inventado libremente, pudiendo adaptarlo a las necesidades del momento. En cuanto a la forma que debía darse al nuevo derecho, los ilustrados manifestaron predilección por la legislación, que debía ser omnicompreensiva, dejando el menor espacio posible para la interpretación del juez. La plenitud de la legislación era clave para librar al derecho de la libre disponibilidad de jueces y abogados, es decir, de aquellos operadores a quienes el viejo sistema había otorgado amplios espacios para maniobrar (Caroni et al., 2013, pp. 38-42).

Es interesante destacar que para Caroni existían en la época dos frentes opuestos abogando por la codificación: por un lado, el monarca absoluto, quien veía como conveniente incluir la legislación como derecho propio y reservado a la corona, a fin de obtener la exclusividad de esta fuente jurídica que requería la erradicación de fuentes alternativas, como la costumbre, que no solía convenir al rey por sus componentes republicanos. En el frente opuesto actuaban los ilustrados, con su ambición de aplicar la exigencia emancipadora en la práctica. Buscaban, respecto del derecho, una formulación clara y accesible, la plenitud del contenido, la exclusividad de la vigencia y la promulgación pública y oficial. En este sentido, la codificación está inspirada por dos espíritus diferentes: el estatalista, que impulsa la exclusividad de la producción del derecho; y el garantista, que considera que fijar el derecho es la premisa mínima de la seguridad jurídica y la defensa del ciudadano frente al aparato burocrático (Caroni et al., 2013, pp. 41 y 42). A esto se añade, como se examinará en las páginas siguientes, la ideología de la sistematicidad y coherencia y la necesidad de que el derecho sea breve y conciso, en aras de la seguridad jurídica.

La posibilidad de interpretación de ley escrita por parte de los órganos de aplicación fue por mucho tiempo una preocupación

constante en los primeros códigos europeos, puesto que uno de los factores ideológicos que contribuyeron a esta aspiración codificadora fue el principio de la certeza del derecho, también llamado seguridad jurídica. Según este, como bien indica Bobbio, los miembros de la sociedad pueden tener un criterio seguro de conducta solamente conociendo por anticipado y con exactitud las consecuencias jurídicas de su comportamiento.¹⁴ Así, siguiendo esta lógica, la contribución creativa en la interpretación de la ley por parte del jurista, esto es, de cualquier operador jurídico que no sea el legislador, debe ser mínima, si es que existe en absoluto (Bobbio, 1993, p. 94).

La aspiración de certeza jurídica se encuentra estrechamente relacionada con el principio de legalidad, el cual, por su parte, no es exclusivo de la Modernidad. Uno de los principios básicos de la doctrina política medieval era la subordinación del príncipe a la ley natural. Aún más, ya en la filosofía platónica y aristotélica vemos cómo la relación entre el derecho y el poder fue planteada desde el punto de vista de la superioridad de un gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres (Bobbio, 1993, p. 131). Se mantuvo, sin embargo, como ideal básico de los Estados de derecho hasta la actualidad, siendo ensalzada por Beccaria (2015, p. 22) la técnica de aplicación de la ley a través de un silogismo perfecto. Ferrajoli (2013, p. 34) lo señala como un principio valorativo del derecho que está presente de forma implícita o explícita en las constituciones de ordenamientos jurídicos avanzados. La sujeción de la judicatura u órganos de aplicación a la ley, sin embargo, sí es parte del ideal de EDM actual, y se configura a partir del principio de separación de poderes del Estado comenzando en la Ilustración. Recordemos en este punto que el juez del derecho medieval podía acudir a diversas fuentes del derecho para justificar sus decisiones, todas las cuales eran igualmente válidas (Bobbio, 1993, p. 46). Pero

¹⁴ Y en esto debo hacer nuevamente una obligatoria referencia a la importancia de la idea del derecho como guía de conducta que se presente como premisa para la problemática que se analiza en este artículo.

al derecho medieval no parecía interesarle particularmente que las personas conocieran el derecho.

Importante es destacar que la Revolución francesa produjo también desconfianza en los jueces, lo que influyó fuertemente en la concepción del rol de estos dentro del Estado de derecho. A raíz de la concepción del juez como representante del antiguo régimen revolucionario y sus excesos, el juez se configuró como una figura burocrática, destinado meramente a aplicar el derecho legislado, lo que llevó a que en gran parte de Europa durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX se asentara una ideología legalista y con ribetes fuertemente estatistas (Ruiz Miguel, 2002, pp. 287 y 288).

Para Tarello el derecho codificado está dotado de elementos ideológicos que le sirven de sustento. La primera ideología, según este autor, sería la de que el derecho es arbitrario. El arbitrio que aporta el derecho puede encontrar límites de hecho y puede descubrir límites morales que atañen a quien tiene al arbitrio; pero no puede tener límites jurídicos: a lo menos no en el sentido en que son jurídicas las reglas puestas por el arbitrio, en el sentido de que son producto de la voluntad humana, contingentes (lo que las convierte en esencialmente mudables, variables).

Los elementos de esta ideología, que Tarello califica como pufendorfiana, son los siguientes: (1) El voluntarismo, pues el derecho es la voluntad de la autoridad suprema. Pensar el derecho como una voluntad implica concebirlo como algo maleable en el tiempo, y desacredita la idea de un derecho inmutable en esencia. Esto implica a su vez que surge la posibilidad de crear derecho nuevo. (2) El imperativismo, pues si el derecho es voluntad de autoridad antes que ser ley natural, el derecho no consiste en afirmaciones, sino en mandatos. Esto es relevante, puesto que, si el derecho es un mandato, se hace necesario que el destinatario del mandato conozca cuál es el mandato, haciéndose propio de la naturaleza del derecho el ser comunicado a los obligados. La comunicación debe ser de forma tal que no genere dudas acerca de la naturaleza del mandato. (3) El tercer y último elemento de esta ideología es el

psicologismo. Si el derecho es voluntad del legislador, el conocimiento del derecho es el conocimiento de la mente, de la voluntad del legislador soberano. Esta parte de la ideología ha jugado un papel, una vez establecida la codificación, en la interpretación de los preceptos contenidos en esta (Tarello, 2002, pp. 44-48).

La segunda ideología pertinente al movimiento codificador es aquella para la que el derecho es un dato, como todos los otros datos de la realidad; por lo cual el conocimiento del derecho es conocimiento totalmente idéntico a todos los demás conocimientos. En este sentido, cada problema jurídico debe tener una respuesta cierta. Los elementos fundamentales de esta ideología, que Tarello llama leibniziana, y que son contradictorios en parte con los elementos de la primera ideología pufendorfiana reseñada, son los siguientes. (4) El descriptivismo, opuesto al imperativismo, en que el derecho se concibe como proposiciones jurídicas verdaderas y no ya mandadas o queridas. Esta noción implica, a su vez, que el derecho es coherente, puesto que las proposiciones verdaderas no se pueden contradecir; que entre las proposiciones jurídicas se instituyen las relaciones lógicas que se establecen entre las proposiciones en general y que el derecho aún no conocido se descubre mediante el trabajo lógico a partir de las proposiciones jurídicas conocidas. (5) El sistematicismo, que quiere decir que las proposiciones jurídicas que componen el derecho son parte de un sistema ordenado, encontrándose cada proposición en una relación lógico-sistemática con las demás. Y, por último, (6) el conceptualismo, que asume que la deducción lógica tiene límites, y que frente a un problema dado deben resolverse dudas trabajando sobre cualidades del concepto a tratar.

Esta ideología leibniziana se enfocaba en la utilidad del sistema para describir el derecho, siendo reacios los juristas adscritos a esta a la creación de derecho nuevo, que consideraban un error teórico, pues en su concepto todo derecho podía descubrirse a través de las implicaciones del derecho ya existente (Tarello, 2002, pp. 48-53).

Estas dos ideologías de los siglos XVII y XVIII se presentaron como respuesta a la pregunta de cómo debe ser el derecho. Para ambas corrientes la respuesta era una: debía ser simple, claro, breve y conciso. La idea era la certeza de la propia posición frente al derecho, lo que implicaba que el derecho a su vez debía ser cierto.

Ya en el siglo XIX surge uno de los movimientos más relevantes de la era de la codificación: la escuela de la exégesis, que denomina a los juristas franceses y belgas que enseñaban el Código napoleónico con el método de artículo por artículo (Tarello, 2002, p. 75). El código, interpretado literalmente, podía dar respuesta a cualquier problema de contenido. La ideología detrás de esto radicaba en los "mitos", según Fassò, de la certeza del derecho y la división de poderes, lo cual era apoyado por el Estado, que podía reforzar su autoridad al restringir todo el derecho a la ley. El canon interpretativo utilizado era únicamente la voluntad del legislador, excluyéndose fuentes como el derecho natural, consuetudinario, jurisprudencial o doctrinal. El resultado de ello era una concepción rígida del derecho, que privilegiaba la certeza del derecho por sobre la adaptación de este a nuevas necesidades sociales (Fassò, 1988, p. 25).

Es importante notar en este punto las tensiones contenidas en la idea de codificación. Por un lado, tenemos dos ideologías contrapuestas, en la forma del imperativismo versus el descriptivismo. Por el otro, la codificación y la teoría de la que se deriva, esto es, la estatalidad absoluta del derecho resulta contradictoria en el sentido de que convivían dos posturas irreconciliables: la primera, que consideraba que el derecho es aquel creado por el legislador, y que no existe otro derecho distinto de este, y la segunda, que todo el derecho creado por el legislador es en sí mismo derecho natural (Tarello, 2002, p. 93). Notable es que los estudiosos de la exégesis, estatalistas y positivistas mantenían una creencia en principios metafísicos del derecho, ya fuera en las leyes naturales de Dios o en los principios del iluminismo.

De la exégesis quedó, a juicio de Tarello, una forma particular de razonamiento jurídico basado en normas, según el cual la con-

clusión jurídica es una conclusión normativa que resulta de la denominación de hechos mediante nombres, que aparecen en una norma; el dato originario del razonamiento jurídico para esa escuela son las normas. Esto se contraponía a una corriente de razonamiento neonaturalista de la época, que tendía a entender el razonamiento jurídico como aquel que tiene por conclusión una norma, pero en que la premisa era (una descripción de) hechos históricos, verificados o prescritos. Esta segunda técnica reintroducía en el razonamiento el recurso de la "naturaleza de las cosas" (Tarello, 2002, p. 94).

El movimiento de codificación introduce, involuntariamente, un puente entre el iusnaturalismo y el derecho positivo. Fue la atribución de racionalidad al legislador la que conllevó la racionalidad del producto de la voluntad de este. Para Fassò, el valor absoluto que atribuía la tradición iusnaturalista al derecho natural se traspasó gradualmente al derecho empíricamente establecido por voluntad del Estado, transformándose este último en el único derecho (Fassò, 1988, p. 27).

Se invierte entonces nuevamente la lógica que había reinado hasta entonces: en la época clásica no se concebía al derecho natural como superior al positivo, sino que el natural era considerado derecho común y el positivo derecho particular, prevaleciendo este último por sobre el primero en caso de conflicto. En el Medioevo se privilegia al derecho natural, no considerándolo ya común sino derecho emanado de la voluntad de Dios, dada a conocer por este a los hombres a través de la razón. Sin perjuicio de ello, la distinción era de grado. Tanto el derecho natural como el positivo eran considerados derecho durante la Edad Media. Con la codificación, gradualmente se establece la primacía absoluta del derecho positivo, en cuanto sólo este es considerado derecho, lo cual sienta las bases de la ideología del derecho positivo en la cultura jurídica (Bobbio, 1993, pp. 43 y 44).

IV. Consideraciones finales

Efectuada la reconstrucción precedente, volvamos a las definiciones estipulativas sugeridas en la introducción del trabajo. Crear derecho consistiría en la regulación original de un aspecto de la vida y conducta humana en la forma de norma jurídica, que tiene como consecuencia servir como guía general de conducta de los obligados de un determinado sistema jurídico. La aplicación del derecho consistiría, por su parte, en la actividad de considerar una norma general que regula la conducta humana, que ha sido previamente creada y determinar si es pertinente o no en un caso concreto, resolviendo así un conflicto jurídico individual. Propongo en este trabajo que lo que cambia no son los conceptos en sí, sino la forma de distinguir ambas, según la unidad de fuentes de derecho y según la institución que detenta el poder de crear y/o aplicar. Este cambio en la forma de distinción es lo que a su vez genera una tensión que con anterioridad al establecimiento del EDM no se daba, y que se agrava al considerar el Estado de derecho contemporáneo.

Para examinar cómo llego a esta conclusión hay que partir por preguntarse cómo influyó la constitución del EDM en las nociones de creación y aplicación. Tenemos una confluencia de factores que contribuyen al cambio en la forma de entender y hacer derecho. La base del EDM reside en el cambio de noción de soberanía que se produce en los albores de la sociedad moderna con las ideas de Bodin. El derecho pasa de ser meramente aclarado y aplicado por el soberano a ser creado por este. El derecho, con anterioridad a esta nueva concepción, no se creaba, estaba dado con independencia de cuál fuera el poder soberano.

Esto hay que relacionarlo con el cambio a una estructura monista de la producción jurídica en los términos señalados por Bobbio. El soberano pasa de tener el poder de hacer leyes a monopolizar la producción de estas. Quien ejerce funciones de juez pasa de poder elegir entre una multiplicidad de fuentes a tener que resolver considerando únicamente el derecho emanado por el Estado.

La preocupación de los Estados absolutistas porque se cumpliera con el modelo monopolizado de fuentes lleva a preocupaciones respecto de la libertad de acción del juez, que no se daban con anterioridad.

Sin embargo, el poder del soberano absoluto comienza a ser cuestionado en los albores de la edad moderna. Si bien los regímenes absolutistas sientan las bases para el cambio de paradigma en la concepción de lo que es la ley, esto pareciera sembrar las bases de su propia destrucción. Como vimos, la conexión entre las teorías modernas del derecho y soberanía y la emergencia de poderes legislativo, ejecutivo y judicial es estrecha. La idea de un poder legislativo autónomo depende del surgimiento de la idea de que la ley podía ser hecha por la agencia humana: que había un poder real para hacer leyes. Las guerras inglesas del siglo XVII entre el rey y el parlamento dieron paso a una distinción explícita entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Una vez evidenciada esta distinción, encuentra el ideal de separación de poderes en el siglo XVIII un punto de partida en Montesquieu, gran admirador del constitucionalismo inglés.

Este autor consideraba la forma de gobierno inglesa como óptima para la separación de los tres poderes el Estado, división que propugnaba como condición política y jurídica de la libertad (Montesquieu, 2018, pp. 124 y 125). Al soberano, como poder ejecutivo, seguía correspondiéndole poder pleno, el que comprendía las relaciones entre Estados o soberanos y las relaciones entre soberano y súbditos (derecho de imperio y conservación de la paz), pero la creación del derecho correspondía a un órgano diferente del gobernante. Era el poder legislativo quien debía producir reglas normativas de carácter general al interior del Estado. Y era la función del poder judicial declarar, en el caso concreto, la consecuencia derivable silogísticamente de subsumir el caso concreto bajo una regla general preconstituida. Y esta noción de juez como poder nulo significó, según Tarello (2002, pp. 184-185), un paradigma en toda la configuración cultural y estructural de Europa conti-

mental, que implicaba una visión del juez como apolítico y por ello no responsable políticamente. Volveré sobre esto más adelante.

El cambio de la noción de Constitución, desde un documento enfocado en el gobernante a una carta de derechos de los súbditos, precipita el auge del constitucionalismo, que a su vez es el detonante de las grandes revoluciones del siglo XVIII. No basta ya con que la Constitución contuviera un orden, sino que este debe ser un orden determinado, orientado a ciertos objetivos políticos y sociales (Dippel, 2009, p. 16). Y este orden determinado fue, en los inicios del constitucionalismo, y en la Revolución norteamericana, un orden político orientado a cinco grandes principios o ideales: soberanía popular, Constitución fundada en principios universales, declaración de derechos, gobierno limitado y Constitución como ley suprema.

La clave radica en el giro en la concepción de soberanía: el soberano debe crear el derecho. Primero, el soberano se preocupa de que los jueces no apliquen otras fuentes, pues esto atenta contra su soberanía absoluta. En el intertanto comienzan a explicitarse los diferentes poderes del Estado, a partir de ideas de la Constitución inglesa (poder ejecutivo del rey y poder legislativo del parlamento) adaptadas por Montesquieu. Pero, cuando la soberanía pasa a manos de la voluntad popular a partir de las revoluciones del siglo XVIII, fruto del constitucionalismo, es el pueblo soberano el que debe crear las leyes. En este punto se mantiene la preocupación tanto respecto del poder del soberano como del juez, lo que da lugar a un ideal de separación de poderes para garantizar la libertad que se mantiene en alguna u otra forma hasta hoy.

Luego tenemos el giro a una concepción arbitraria o contingente del derecho. Es a partir de esta, en conjunción con los ideales ilustrados de asegurar la libertad y la concepción de la ley como manifestación de la voluntad popular, que cambia el paradigma de la forma de entender el derecho, y, en particular, el derecho continental, para siempre. Una vez que el derecho es creado, surge asimismo la problemática de su aplicación. Cuando el derecho era simplemente dado y su aplicación consistía meramente en acla-

arlo o explicarlo, como ocurría con anterioridad a la Edad Moderna, no podía haber tensión alguna puesto que la limitación a las fuentes de derecho aplicables por el juez era mínima.

Una vez que se concentra la producción jurídica en el Estado y a los soberanos absolutistas comienza a preocuparles mantener esa producción monista, es que el rol del juez recibe más atención. La codificación pasó de ser una aspiración absolutista a un ideal ilustrado postrevolucionario por las mismas razones, pero con distintos interesados en que la ley fuera aplicada al pie de la letra. La producción jurídica seguía siendo única del Estado, pero de una persona distinta de quien detentaba el poder ejecutivo. Y si el derecho era contingente y arbitrario, era moldeable, sujeto a cambios e interpretaciones, por lo que, si se quería mantener la voluntad general del pueblo y evitar manipulaciones por parte de órganos no representativos, la ley debía constar por escrito, ser clara y accesible a los obligados.

Sin embargo, el sueño del legislador racional que propendía a un formalismo legal decayó rápidamente, pero la codificación construyó un puente involuntario a lo que sería la manifestación suprema del monismo en la producción jurídica estatal: el movimiento positivista. Los embates que ha sufrido el derecho positivo desde la segunda mitad del siglo XX no son parte del alcance de este examen, sin embargo, y deberán explorarse en otra oportunidad. Lo que sí es relevante para efectos de lo que propongo es el giro que se produce en el constitucionalismo del siglo XIX, en el giro estatalista de la Constitución, en que se buscaba un balance entre los ideales revolucionarios aun latentes y un orden y seguridad del sistema existente. Se produce otro giro en el constitucionalismo de la posguerra del siglo XX, en que se mostraron insuficientes las pretensiones estatistas de la Europa continental y comenzó una preocupación por el rol de la constitución como algo más allá del Estado mismo. En este sentido, es indivisible del constitucionalismo contemporáneo su fundamento en derechos naturales, fundamentales e inviolables de los individuos (Pino, 2018, p. 27) como autolimitación de soberanía y el carácter supranacional del mismo,

que viene nuevamente a controvertir la idea de soberanía como el poder territorial.

Y esto nos lleva a la actualidad. Un problema del constitucionalismo en relación con las expectativas que tenemos de los gobiernos contemporáneos es que atrás quedó el individualismo liberal clásico en que la libertad amplia en lo económico, y el acento en las garantías de derechos fundamentales sobre el derecho de propiedad tenía el costo del abandono del individuo más débil a su suerte.

Hoy tenemos pretensiones en torno al rol del poder legislativo, ejecutivo y judicial que no se satisfacen viendo al Estado tan sólo como un leviatán que amenaza con inmiscuirse en todo ámbito de la vida humana. Pareciera entonces que nos encontramos frente a un dilema: la intervención del EDM requiere ciertos ajustes respecto de las ideas revolucionarias del siglo XVIII. Como respuesta ha surgido con fuerza, a partir de la segunda mitad del siglo XX, la constitucionalización del derecho. A través de este proceso el derecho nacional se ve impregnado de la Constitución, condicionando la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (Comanducci, 2007, p. 73).

Retomando la visión del juez como poder nulo de Montesquieu, esta ha seguido permeando la cultura jurídica contemporánea en el sentido de la figura del juez apolítico. Si bien el formalismo jurídico y el juez como mero aplicador ha quedado atrás, la idea de una judicatura independiente de presiones y responsabilidades políticas sigue vigente. No existe en nuestra cultura jurídica un concepto de juez como agente transformador de la realidad sociopolítica. Sin embargo, parece que los requerimientos del constitucionalismo contemporáneo no se satisfacen ya con las ideas de división funcional entre creación y aplicación del derecho que emergieron a partir del surgimiento del Estado moderno.

Este trabajo no pretende dar una solución a esta problemática, pero sí me atrevo en esta instancia a enunciar una posibilidad que se vislumbra como respuesta al problema entre la creación y aplicación del derecho.

La tensión entre creación y aplicación no puede estudiarse en un vacío, puesto que existe una variación inevitable dependiendo de la cultura jurídica propia de cada país. En los sistemas jurídicos de tradición continental y, en especial, en los de América Central y del Sur, suelen obtenerse los criterios para determinar qué se entiende por creación de derecho y qué, por su parte, por aplicación, en la regulación central del ordenamiento jurídico: los títulos o disposiciones preliminares en los Códigos Civiles. Allí se encuentran las normas básicas del ordenamiento jurídico en materia de teoría de la ley, otorgando el instrumental teórico conceptual apto para reconstruir, a lo menos inicialmente, una noción clara de creación y aplicación en la cultura jurídica. Estas disposiciones no son en modo alguno privativas el Código Civil, sino que sirven más bien como una introducción general a la legislación (Claro Solar, 1898, p. 27).

Ahora bien, el problema radica en que, en términos generales, las normas allí contenidas han seguido siendo interpretadas y sistematizadas sólo de acuerdo con la teoría del derecho (mayormente civilista) del siglo pasado. Y esto, si bien entrega luces de la distinción entre creación y aplicación tal como es entendida en la práctica jurídica, no provee indicios para solucionar la tensión que se produce entre estas dos actividades. Propongo entonces que estas disposiciones preliminares que son aplicadas a todo el ordenamiento jurídico deben ser revisadas a la luz de la filosofía contemporánea del derecho, a fin de actualizar los insumos teórico-conceptuales necesarios para el entendimiento y aplicación de las normas.

Sin perjuicio de esta posible solución, que está siendo explorada en un trabajo que se encuentra ya en preparación, creo haber logrado a lo menos la pretensión principal, esto es, demostrar que hay una conexión fuerte entre los ideales del Estado de derecho moderno y las actividades de crear y aplicar derecho. Las consecuencias que se siguen de ello, y las propuestas para superar las mismas serán objeto de un segundo trabajo que se encuentra en preparación. Aun así, quisiera anticipar algunas observaciones.

Si, como Tarello (2013, p. 18), sinceramos el hecho de que la creación jurisprudencial y administrativa del derecho es inevita-

ble, pero debe ser controlada, tendremos mejores herramientas para delimitar estas actividades. En este sentido, mantener la separación de poderes o funciones como ideal puede funcionar como un mínimo necesario al momento de establecer qué tipo de creación jurisprudencial y/o administrativa es aceptable dentro de los ideales actuales del EDM.

Para zanjar la cuestión, sin embargo, es necesario tener claro qué queremos decir cuando hablamos de creación y aplicación. Sólo así puede determinarse hasta qué punto es necesaria la separación de funciones entre órganos estatales.

Una conclusión simplista podría ser que el juez y la administración no crean legislación en sentido estricto, pero sí crean derecho. Esto complica más las cosas, sin embargo, minimizando el rol de la legislación frente a la creación jurisprudencial, yendo además en contra de intuiciones arraigadas en nuestra cultura jurídica, incluso si consideramos que estas se encuentran matizadas. Si podemos conocer la legislación, pero no el derecho, la guía de conducta se vuelve impracticable. Y si desaparece ese rol, ¿qué objetivos le quedan al derecho en la sociedad contemporánea?

Señalé al principio de este artículo que pretendía hacer una reconstrucción de un modelo de hacer y entender el derecho que permitiera entender por qué la tensión entre creación y aplicación jurídica no se daba en otros derechos, como el castellano indiano, el romano o el medieval, y sí se da en el EDM. Esto se produce por los siguientes factores: el cambio a fuentes unitarias del derecho, todas emanadas del Estado, la idea de que el derecho puede ser creado y moldeado por el ser humano, y la idea de que este derecho constituye un mandato y no una afirmación. Si constituye un mandato, entonces, es necesario que este mandato sea conocido por el destinatario, lo que conlleva la primacía del derecho legislado y la consiguiente idealización de la codificación, el surgimiento de poderes diferenciados y la separación de estos.

La breve reconstrucción ideológica e histórica precedente del ideario del derecho en el Estado moderno permite establecer algunas conclusiones preliminares para efectos de este artículo.

1. Una de las dificultades más patentes en la determinación de distinción entre creación y aplicación del derecho surge a partir de la tensión o contradicción aparente que existe entre el ideal del Estado de derecho, en particular de la separación de poderes, constitucionalismo y codificación, y aspiraciones propias del Estado de derecho contemporáneo tales como el respeto a tratados internacionales (y la obligación de interpretar la legislación a la luz de estos), la aplicación de principios generales del derecho y la perspectiva de género, ambiciones propias de la actual actividad de aplicación de la ley; la importancia de estudiar esta tensión está dada por el hecho de que tiene implicancias directas en la noción que tenemos de derecho y la función mínima de este como guía de conducta para los obligados.

2. La separación de poderes es un paradigma ineludible del EDM que ha llegado a nosotros como un dogma inseparable de nuestro sistema político y jurídico actual, sentando las bases para la separación ideológica entre creación y aplicación del derecho, consolidando la doctrina de que el derecho debe ser creado por el poder legislativo, y que al poder judicial sólo correspondería su aplicación; sin perjuicio de seguir como paradigma en la cultura jurídica actual, los fundamentos del principio de separación de poderes no resultan claros, llegándose incluso a controvertir la relevancia de este ideal en la actualidad.

3. Que, a pesar de lo señalado en el punto anterior, es conveniente mantener el ideal de separación de poderes en algún sentido, adaptándolo a las exigencias de la cultura jurídica moderna.

4. Si no se tiene claridad respecto de las propiedades relevantes de la creación y aplicación del derecho, no puede sostenerse una postura satisfactoria respecto de si los jueces debiesen limitarse a aplicar las leyes que crea el poder legislativo o si, por el contrario, además de aplicar están facultados para crear derecho. Tampoco resuelve el problema de si, en caso de estarlo, esta creación es en algún sentido contradictoria con principios como la separación de poderes del Estado o el imperio del derecho. La pregunta de si esta creación judicial de derecho sería contradictoria con la se-

guridad jurídica parece ser afirmativa, pero puede ser resuelta si se sostiene que existen valores superiores a esta. La respuesta a todos estos interrogantes se basa necesariamente en la concepción del Estado de derecho que se tenga, y en la jerarquización (o falta de esta) existente en la cultura jurídica.

5. Sincerar el hecho de que los jueces y los funcionarios administrativos sí crean derecho permite establecer limitaciones adecuadas a esta creación, que pueda ser aun concordante con los principios de separación de poderes, legalidad y (a lo menos en algún nivel) certeza jurídica. La ceguera frente a la dualidad de funciones ejercida por órganos no legislativos y el mantenimiento de un ideal original de separación de poderes, en los términos de la visión tripartita original, provoca una mayor indefensión frente a los operadores jurídicos, y merma aún más la función del derecho como guía de conducta establecida en términos generales antes de la intervención de órganos aplicadores.

V. Referencias

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1976). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas*. The Figuerola Institute; Universidad Carlos III de Madrid.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico* (R. de Asis y A. Greppi, Trads.). Debate.
- Bodin, J. y Franklin, J. H. (1992). *On sovereignty: four chapters from the six books of the commonwealth*. Cambridge University Press.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica* (3a. ed.). Ariel.
- Carolan, E. (2009). *The new separation of powers: a theory for the modern State*. Oxford University Press.

- Caroni, P., Martínez Neira, M., y Mora Cañada, A. (2013). *Lecciones de historia de la codificación* (2a. ed.). Universidad Carlos III de Madrid.
- Claro Solar, L. (1898).
- Comanducci, P. (2007). *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara.
- Cudworth, E., Hall, T. y McGovern, J. (2007). *The modern State: theories and ideologies*. Edinburgh University Press.
- Dippel, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons.
- Fassò, G. (1988). *Historia de la filosofía del derecho*. 3, Siglos XIX y XX (5a. ed.). Pirámide.
- Fassò, G. (1982). *Historia de la filosofía del derecho* (3a. ed.). Pirámide.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, (25), 29-53.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2000). Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades. En *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (M. Martínez Neira, Trad.; 3a. ed., pp. 25-53). Trotta.
- Friedrich, C. J. (1963). *The philosophy of law in historical perspective*. University of Chicago Press.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: past, present, and future*. Oxford University Press.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Harrington, J. y Pocock, J. G. A. (1992). *The commonwealth of Oceana; A system of politics*. Cambridge University Press.
- Kelsen, H. (1949). *General theory of law and State* (3a. ed.). Oxford University Press.

- Kelsen, H. (1934). *Teoría pura del derecho*. Trotta.
- Laski, H. J. (1919). *Authority in the modern State*. Batoche Books.
- Marmor, A. (2003). The rule of law and its limits. *USC Public Policy Research Paper Series*, (3-16), 1-53. <http://ssrn.com/abstract=424613>
- Möllers, C. (2019). Separation of powers. En R. Schütze (Ed.), *The Cambridge companion to comparative constitutional law* (pp. 230-256). Cambridge University Press.
- Montesquieu, Ch. de S. (1906). *Del espíritu de las leyes* (S. García Del Mazo, Trad.). Librería General de Victoriano Suárez.
- Montesquieu, Ch. de S. (2018).
- Pierson, C. (2004). *The modern State* (2a. ed.). Routledge.
- Pino, G. y Moreno More, C. E. (2018). *El constitucionalismo de los derechos: estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Zela.
- Porrúa Pérez, F. (2005). *Teoría del Estado* (39a. ed.). Porrúa.
- Ruiz Miguel, A. (2002). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Trotta.
- Sandro, P. (2022). *The making of constitutional democracy: from creation to application of law*. Hart Publishing.
- Skinner, Q. (2003). *El nacimiento del Estado*. British Academy Lecture.
- Spruyt, H. (2002). The origins, development, and possible decline of the modern state. *Annual Review of Political Science*, 5, 127-149.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford University Press.
- Strayer, J. R. (1970). *On the medieval origins of the modern State*. Princeton University Press.
- Tarello, G. (2002). *Cultura jurídica y política del derecho*. Comares.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley*. Palestra.
- Tarello, G. (2022).
- Tivey, L. J. (Ed.). (1981). *The nation-State: the formation of modern politics*. St. Martin's Press.

- Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the separation of powers* (2a. ed.). Liberty Fund.
- Waldron, J. (2012). Separation of powers in thought and practice? *Boston College Law Review*, 54(2), 433-468.
- Waluchow, W. y Kyritsis, D. (2022).
- Weber, M. (2005). *Modernity and society*. Blackwell.
- Wroblewski, J. (1992). *The judicial application of law*. Springer.

Cómo citar

IJ-UNAM

Matamala, Camila, "El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19486. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19486>

APA

Matamala, C. (2025). El Estado moderno de derecho y su influencia en la tensión entre las actividades de creación y aplicación del derecho. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19486. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19486>