

# Poder atemperado. Cómo pensar, y no pensar, sobre el Estado de Derecho\*

## Tempering Power. How to think, and not to think, about the Rule of Law

Martin Krygier\*\*

University of New South Wales Sydney  
Central European University Democracy Institute  
ORCID ID 0000-0003-3724-0801

[m.krygier@unsw.edu.au](mailto:m.krygier@unsw.edu.au)

Cita recomendada:

Krygier, M. (2023). Poder atemperado. Cómo pensar, y no pensar, sobre el Estado de Derecho. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 22-57

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7989>

Recibido / received: 12/07/2023  
Aceptado / accepted: 07/08/2023

### Resumen

El Estado de Derecho ha sido objeto de muchas más palabras rancias que de pensamientos frescos y hoy en día su aura dorada se ha atenuado. Con todo, es enormemente importante reflexionar correctamente sobre el mismo y creo que hay formas con las que esto se puede hacer mejor. El punto de partida crítico del argumento es una evaluación de los enfoques legalistas convencionales que, a pesar de las muchas diferencias que parecen importantes para sus autores, tienen en común que empiezan con la pregunta equivocada; siguen por una vía equivocada; y terminan en el lugar equivocado, con una respuesta estrecha y gremial de juristas a un problema social y político (además de jurídico) universal. No es de extrañar que, como se ha dicho de una buena persona, el Estado de Derecho es difícil de encontrar. Yo sostengo que, si empezamos y proseguimos de otra manera, acabaremos más cerca de un destino que merezca la pena visitar. Eso no hará que la búsqueda del Estado de Derecho sea un paseo de rosas, pero podría ayudarnos a evitar ser, una y otra vez, asaltados por la realidad. En lugar de empezar tratando de estipular qué es el Estado de Derecho, deberíamos preguntarnos para qué sirve: cuál es el objetivo, por qué es importante ese objetivo y qué se necesitaría para conseguirlo; sólo entonces cabe preguntarse qué podría hacer falta para

\* Este documento recoge una síntesis de argumentos que estoy desarrollando para un libro que, en estos momentos, se titulará *Well-tempered power. Thinking around and about the rule of law*. Tuvo su origen en mi inédita intervención en la Dennis Leslie Mahoney Prize Lecture, *Re-Imagining the Rule of Law delivered to the Julius Stone Institute of Jurisprudence*, University of Sydney Law School, el 7 de septiembre de 2017, y ha sido revisado y ampliado en «What's the Point of the Rule of Law», (2019) 67 Buffalo Law Review, pp. 743-91, y en conferencias en *The National Endowment for Democracy*, Washington D. C. y la *American Bar Foundation*, Chicago, en 2019; la Universidad de Trento, en 2022, y el *Institut für die Wissenschaften vom Menschen* de Viena y en la Universidad de Viena en 2022.

\*\* Traducción de José María Saucá Cano.



lograrlo. Las respuestas variarán según el contexto, la época y las circunstancias y, por lo general, tendrán que ir más allá de las preocupaciones habituales. Así que hay que empezar por el problema y partir de ahí. El problema específico que debe resolver el Estado de Derecho, sostengo sin pretensión de originalidad, es el poder arbitrario. El carácter de cualquier solución debe ser atemperar (no sólo limitar) el ejercicio del poder para contener la arbitrariedad al mínimo. Entonces, la cuestión (la tercera cuestión, no la primera) es cómo hacerlo. Esto, casi con toda seguridad y en todas partes, dependerá de muchas más cosas de lo que sugiere el discurso convencional sobre el Estado de Derecho. El ideal del Estado de Derecho nunca es puramente jurídico, sino también social y político. Las soluciones serán diferentes, muchas no estarán implicadas, o irán más allá o permanecerán subyacentes o se situarán junto a la ley, y es mucho lo que está en juego.

### Palabras clave

Estado de Derecho, Poder arbitrario, Poder atemperado, Enfoques anatómico y teleológico.

### Abstract

*The rule of law has been the beneficiary of many more stale words than fresh thoughts. And today its aura has dimmed. Yet it is hugely important to think well about, and I believe there are better ways. The critical jumping-off point of the argument is a critique of conventional legalistic approaches which, notwithstanding many differences that seem important to their authors, all have in common that they start with the wrong question; go on in the wrong way; and end in the wrong place, with a narrow, parochial lawyers' answer to a universal social and political (as well as legal) problem. No wonder, as has been said of a good man, the rule of law is hard to find. I argue that if we start and go on differently, we will end closer to a destination worth visiting. That still won't make the search for the rule of law a walk in the park. However, it might help us avoid being, time and again, mugged by reality. Rather than begin by trying to stipulate what the rule of law is, we should ask what it is for: what's the point, why that point matters, and what would need to be achieved to make it. Only then can one ask what might be needed to do so. Answers will differ with contexts, times and circumstances. Typically, they will have to go beyond the usual suspects. So, start with the problem and move from there. The specific problem for the rule of law to solve, I contend with no pretence of originality, is arbitrary power. The character of any solution must be to temper (not just limit) power's exercise to keep arbitrariness to a minimum. Then the question (the third question, not the first) is how to do that. That, almost certainly and everywhere, will depend on a lot more than conventional rule of law talk suggests. For the ideal of the rule of law is never a purely legal one, but always social and political as well. Solutions will differ, many will not involve, or will go beyond or underlie or stand beside law, and the stakes are high.*

### Keywords

*Rule of Law, arbitrary power, tempering power, anatomical and teleological approaches.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Recetas de los juristas. 3. Contra las recetas. 4. Empezar de nuevo. 5. ¿Cuál es el problema? 6. ¿Qué se consideraría una solución? 7. Las complejas virtudes de la templanza. 8. El Derecho en la sociedad. 9. Y no olvides la política. 10. Conclusiones.

## 1. Introducción

El Estado de Derecho es demasiado importante como para ignorarlo; sin embargo, tal y como se maneja en los debates contemporáneos, el concepto resulta demasiado confuso y confundente como para servir de guía. En este artículo sugeriré que necesita ser re-imaginado. Esta re-imaginación comienza con una estipulación básica de la que se deriva el resto del argumento y de la que depende su validez. La estipulación es que para pensar con claridad sobre el Estado de Derecho –¿qué es,

para qué sirve, para qué no, cuáles son sus costes y cuáles sus beneficios?— tenemos que empezar no intentando enumerar sus componentes canónicos, lo que yo llamo un enfoque anatómico, sino preguntándonos por su razón de ser, por qué alguien debería preocuparse por él, lamentar su ausencia, pedir incluso desesperadamente que esté presente, intentar desarrollarlo allí donde nunca existió o es débil, defenderlo allí donde se enfrenta a la subversión o el sabotaje o, simplemente, donde parezca inconcebible en la actualidad. Para expresarlo en términos más sofisticados, el punto de partida para pensar en el Estado de Derecho debería ser teleológico y no anatómico. Comienza preguntando por el *telos*, el propósito o fin inmanente del Estado de Derecho, antes de tratar de estipular lo que podría ser necesario para alcanzar o acercarse a ese fin.

Si se empieza por el fin, por así decirlo, un segundo paso, que sólo debe darse una vez que se sabe adónde se quiere ir, es preguntarse cómo llegar hasta allí. La respuesta a esa pregunta debe ser contingente y depender de los hechos y las circunstancias, y una implicación de esta forma de proceder no es que, simplemente, la anatomía viene en segundo lugar, sino que no se puede suponer que siempre adopte la forma de las normas convencionales que los juristas asumen o que, incluso, se encuentre donde estos suelen buscar. Más allá de algunas obviedades sobre la condición humana, entre ellas que los tiempos cambian, las circunstancias difieren y otras perogrulladas por el estilo —igualmente obvias para todos e igualmente ignoradas a menudo—, en principio es poco probable que estas normas encuentren una única y detallada forma jurídica/institucional universal, con sus productos listos para ser individualizados y empaquetados para su exportación e implementación exitosa, su aplicación, incluso su emulación. Es plausible suponer que a menudo necesitaremos otros productos que los que proporciona la industria del Estado de Derecho, o de los que proporciona el Derecho y que, a menudo, no tenemos ni idea de qué productos funcionarán. Sin embargo, el Estado de Derecho se ha considerado frecuentemente como un producto jurídico-institucional y se ha exportado a muchas partes del mundo. A menudo, los resultados no han sido gloriosos y eso no debería sorprendernos ya que la clave de muchos de estos problemas es que no hemos pensado en ellos de manera correcta.

Llevo mucho tiempo defendiendo este argumento y volveré a hacerlo más abajo, pero creo que, a medida que han cambiado los contextos mundiales, también lo ha hecho el carácter de lo que está en juego. A finales de los todavía triunfales años 90, llegué a pensar que había motivos teóricos para disentir de los planteamientos predominantes sobre el Estado de Derecho y enfocarlos de otra manera. En parte, se trataba de una simple cuestión de higiene intelectual, de aclarar las cosas, pero también sospechaba que tenía implicaciones prácticas. Si nuestra comprensión del Estado de Derecho era inadecuada, también lo serían nuestros esfuerzos por generarlo y mantenerlo. Se trataba de una discusión con amigos, instándoles a pensar más claramente sobre lo que todos estimábamos positivamente.

Todavía sigo manteniendo ese argumento por razones analíticas, pero en el contexto actual añadiría una razón, basada en la moral política, y es la oportunidad de una disputa con los enemigos. Cuando el Estado de Derecho es objeto de crecientes abusos por parte de poderes que se proclaman partidarios del mismo, hay que estar preparado y ser capaz de defender los valores que lo hacen valioso. Empezar con este punto es clave aquí. Los enfoques convencionales pueden inducir a error ya que empiezan en el lugar equivocado y a menudo se mueven en direcciones equivocadas. Quiero sugerir algunas formas de pensar sobre el Estado de Derecho que me parecen útiles tanto para comprenderlo y ver lo que puede requerir, como para defender y promover sus virtudes.

## 2. Recetas de los juristas

Es un viejo tópico (incluso tiene un nombre: la ley de Miles) que la posición de las personas depende de dónde se sientan. Con el Estado de Derecho, parece que los juristas siguen una regla similar. Los abogados se sientan en los despachos, los profesores en las facultades de Derecho, los jueces en los tribunales y los filósofos del Derecho pasan su tiempo sentados leyendo a abogados, juristas, jueces y otros filósofos del Derecho. Así es como debe ser: es su trabajo, pero sus efectos sobre cómo el Estado de Derecho ha llegado a ser entendido por nuevos y más amplios auditorios no siempre son saludables.

Para los juristas, sentados donde están, el Estado de Derecho es una virtud del Derecho. La virtud –en la medida en que es manifiesta– es inherente al ordenamiento jurídico de un Estado, con sus organismos oficiales, normas, procedimientos, prácticas y resultados. Normalmente, es ahí donde empiezan los juristas y casi con la misma frecuencia es ahí donde se quedan. Y si se mueven de ahí, lo hacen desde ahí. El ordenamiento jurídico estatal es fundamental allá donde vayan.

Además, el Derecho es una disciplina técnica, y los juristas tienden a tratar el Estado de Derecho como un logro técnico-jurídico, una cuestión de forma, de procedimientos e instituciones. Así que, en el caso del Estado de Derecho, aunque los juristas, los filósofos del Derecho, los promotores del Estado de Derecho y otros por el estilo difieran enormemente en cuanto a los aspectos específicos, subyacen a sus diferencias dos supuestos tan compartidos, tan incontrovertiblemente asumidos, que huelga decirlos. Uno es que estamos en condiciones de estipular, en términos generales y a menudo detallados, qué instituciones, normas y procedimientos constituyen o garantizarán el Estado de Derecho. El otro es que éstos se encuentran en las actividades y los resultados de las instituciones jurídicas formales de los Estados. Desde este punto de vista, el Estado de Derecho es una cuestión de virtudes internas al aparato jurídico del Estado y a su forma de hacer las cosas. Tiene que ver, por encima de todo, con el carácter de las instituciones, normas y prácticas jurídicas oficiales, características que se consideran necesarias para que un ordenamiento jurídico funcione adecuadamente de conformidad con Estado de Derecho. Hay muchas interpretaciones de este tipo, pero todas tienen en común que se concentran en el estado de las instituciones centrales, oficiales, legislativas y judiciales, el carácter de las normas que elaboran y aplican, el comportamiento de los organismos legalmente autorizados que las hacen cumplir. Las diferencias entre las interpretaciones de los juristas estriban en qué subcategorías de ese complejo jurídico oficial son clave.

Así, el relato más influyente de los juristas anglosajones, el de A.V. Dicey, se centra en el papel distintivo de los tribunales (y también de los funcionarios) en los ordenamientos jurídicos de los países del *Common Law*, los únicos a los que concede haber sido bendecidos con este bien. Diferente en los detalles pero igual en el fondo, una de las interpretaciones filosófico contemporáneas más influyentes, la propuesta por Lon Fuller de Harvard y desarrollada por Joseph Raz de Oxford (y antes que ellos, por Jeremy Bentham<sup>1</sup>), se centra principalmente en el carácter formal de las normas jurídicas, sobre aspectos de la manufactura jurídica –leyes que sean públicas, claras, no contradictorias, prospectivas, coherentes entre sí, etc.– que puedan hacer que el Derecho sea predecible y permitir que las normas jurídicas sean predecibles –que puedan hacer que la ley sea predecible y que permitan que las leyes guíen a los

---

<sup>1</sup> Jeremy Bentham, *Principles of the Civil Code*, Ch. XVII (citado en Endicott, 2014, p. 52). [NT]. Hay versión en castellano con el título *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Valletta Ediciones, 2005.

ciudadanos y los trate con respeto [un punto llevado más lejos por Jeremy Waldron (2011), que se centra en los procedimientos que los tribunales deberían ofrecer a cualquiera que comparezca ante ellos]. Moralmente ambiciosas, las teorías «gruesas», como las de Ronald Dworkin o Lord Bingham, difieren de las teorías «finas» que sólo hablan de instituciones y normas en su preocupación por el contenido moral de las normas jurídicas y las sentencias, pero no en dónde esperan que se encuentre el Estado de Derecho, dónde están sus fuentes, ni en su convicción de que es competencia de un jurista debidamente formado encontrarlo.

Hay muchas subvariantes de estas interpretaciones, y también alternativas entre las que elegir, pero todas parten de los supuestos compartidos que se han señalado anteriormente. De hecho, como observa irónicamente Jeremy Waldron, «existe una tradición de intentar captar la esencia del Estado de Derecho en una lista de principios: Dicey tenía tres, John Rawls cuatro, Cass Sunstein llegó a siete, Lon Fuller tenía ocho, Joseph Raz ocho, John Finnis ocho, Lord Bingham ocho en su excelente libro sobre el Estado de Derecho. (No sé por qué ocho es el número mágico: pero es un ocho ligeramente diferente en cada caso); Robert Summers (2011, p. 3) tiene el récord, creo, con dieciocho «principios del Estado de Derecho» (Bentham tenía siete, muy similares a los ocho de Fuller y Raz). Impertérrito, Waldron añade otra lista (diez principios) que, aunque difiere en detalles importantes y en su fundamento moral, comparte, como he argumentado en otro lugar, exactamente el mismo supuesto subyacente (Waldron, 2011a; Krygier, 2017a).

No sólo los juristas piensan así. Por razones obvias, sus opiniones e interpretaciones tienen una influencia desproporcionada. Al fin y al cabo, estamos hablando del Estado de Derecho, por lo que mucha gente considera obvio que el Derecho debe tomar la iniciativa, que el Estado de Derecho tiene que ver con las características de las instituciones jurídicas oficiales, etc., y que los juristas, como expertos en ese ámbito, son aquellos de los quienes los legos deben tomar ejemplo. Además, una vez que el Estado de Derecho se ha convertido en algo que hay que «construir» mediante los esfuerzos deliberados y concentrados de una industria de promotores del Estado de Derecho, en países que nunca lo han tenido o a los que se les ha negado o en los que se considera que está en mal estado, la fuente obvia de información parecen ser los expertos. Y ellos engendran la nueva industria de promotores-expertos.

No me propongo enriquecer estas listas. Hay tantas disponibles –«el Estado de Derecho es a, b, c; o x,y,z»– que no pueden estar todas en lo cierto. Y lo que es más importante, si lo que se quiere es saber cuál de ellas, si es que hay alguna, hay que preferir en última instancia, entonces, al margen de los detalles de cualquiera de ellas en particular, me parece un grave error empezar, como hacen todas, especificando los supuestos componentes jurídico-institucionales o, incluso, algunos resultados sustantivos concretos de sus actividades. Mis razones para esta creencia son tanto prácticas como conceptuales. Comienzo con la práctica en la sección 3, y en la sección 4 paso a la conceptual.

### 3. Contra las recetas

A pesar de sus muchas diferencias, las diversas interpretaciones que he mencionado y las muchas influidas por ellas y que se comprometen con ellas, comparten un supuesto común subyacente: para pensar correctamente sobre el Estado de Derecho hay que empezar por identificar lo que en otro lugar he llamado su anatomía o morfología. O, para cambiar la metáfora, los escritores sobre el Estado de Derecho comienzan por identificar sus ingredientes putativos y parten de ahí. «Ingredientes» es una palabra adecuada en este caso, ya que estas interpretaciones se leen a

menudo como recetas de fórmulas institucionales para un festín un tanto difícil de alcanzar.

Creo que ésta es la forma equivocada de abordar el Estado de Derecho, y más aún de promoverlo, por razones que vengo exponiendo con recurrencia. En este artículo, sugiero siete fuentes de vulnerabilidad compartida en tales enfoques, a pesar de sus muchas diferencias aparentes. En trabajos posteriores, sugeriré razones más generales, subyacentes, para creer por qué estas vulnerabilidades son tan comunes.

En primer lugar, los problemas cambian. En segundo lugar, también lo hacen las circunstancias en las que se producen. Tercero, también deben hacerlo las respuestas que se les dan. En cuarto lugar, las respuestas convencionales prestan muy poca atención a la compleja naturaleza de la causalidad social. En quinto lugar, en parte debido a la falta de correspondencia entre las respuestas, los problemas y las circunstancias y, en parte, debido a la complejidad social, muchos esfuerzos por cocinar el Estado de Derecho siguiendo recetas formalistas establecidas, son previsiblemente ineficaces. En sexto lugar, las propias formas jurídicas elegidas y elaboradas para generar el Estado de Derecho pueden ser cómplices e incluso contribuir a su abuso. Y, en séptimo lugar, si se quiere explicar a quienes no son juristas por qué es importante todo esto, es poco probable que sigan las explicaciones de los detalles institucionales, las controversias sobre la legalidad y la constitucionalidad, etc., o, al menos, es poco probable que te sigan muy lejos sin preguntar: «vale, vale, pero ¿qué sentido tiene?» Esta me parece una muy buena pregunta.

Ahora planteo estos desafíos a la estrategia de recopilar «listas de la lavandería» jurídica (o de «recetas»); elija la que prefiera ya que se supone que deben mantenerle limpio o bien alimentado, ¿verdad? En cualquier caso, se quedan cortas) y vamos por partes:

En primer lugar, los problemas. El Estado de Derecho es una respuesta a los problemas del mundo. Las formas que adoptan los problemas, incluso los mismos tipos de problemas, por ejemplo, los del poder arbitrario, son enormemente variables y, además, cambian continuamente, con las variaciones de tiempo, lugar y circunstancias. Esto siempre ha sido cierto y podría decirse que nunca lo ha sido más que hoy en día, cuando tantas cosas que afectan a enormes poblaciones cambian tan rápidamente y de tantas formas impredecibles que cualquier respuesta institucional particular probablemente sólo capte partes limitadas de la acción y sólo durante un tiempo limitado. Menciono dos ejemplos que apenas entiendo: la AI [Inteligencia Artificial] y el bitcoin. Sólo he llegado a la «b» y uno puede saltar rápidamente a Facebook y Google. El resto del alfabeto no llevaría mucho tiempo seguirlo. Así que la búsqueda de un paquete de kit de identificación de instituciones y prácticas identificadas como «Estado de Derecho» no suele llevarnos muy lejos. Y si lo hace hoy, es poco probable que lo haga mañana.

En segundo lugar, las circunstancias. Aristóteles, que valoraba el imperio de la ley, vivía en un mundo diferente al nuestro. Y yo vivo en una sociedad en muchos aspectos diferente de la suya. Lo que puede funcionar en el Norte Global y en Occidente, puede hacerlo peor en el Sur Global y en Oriente (Lacey, 2008, pp. 1072-1078). Las diferencias entre sociedades, y las diferencias dentro de ellas y a lo largo del tiempo –ecológicas, sociales, políticas, económicas, culturales, religiosas, demográficas, tecnológicas– son múltiples, cambiantes y acumulativas. Y puesto que cualquier sociedad en particular llega a desarrollar y compartir cada vez más patrones de actuación, pensamiento y sentimiento que se funden en formas (a su vez en continuo cambio) de «hacer las cosas aquí», las respuestas desarrolladas en otros

tiempos, lugares y circunstancias están a menudo destinadas a errar sus objetivos definidos y a golpear y vulnerar a otros que nadie tenía en mente.

En tercer lugar, las instituciones. Éstas también cambian y difieren. Lo hacen a lo largo del tiempo y de un lugar a otro. Las instituciones que se le ocurrieron a Aristóteles en la antigua Grecia, para distinguir «el imperio de la ley» del «de cualquier individuo», no eran las que se especificaban en la Carta Magna del siglo XIII en Inglaterra; aquéllas tenían poco en común con las que trajeron a Montesquieu en la Francia del siglo XVIII; lo que éste alumbró era diferente de la selección local de Dicey en el siglo XIX; éstas de las de Fuller en la América del siglo XX; las de éste (aunque no tanto) de las de Joseph Raz; y así sucesivamente.

Dichas instituciones y prácticas no sólo difieren, sino que están obligadas a hacerlo, ya que, como hemos visto, las circunstancias en las que operan, las formas en las que se presentan los problemas, las capacidades, las prácticas institucionales, las convenciones, las tradiciones y las opciones de las que se nutren, difieren enormemente a lo largo del tiempo y del lugar. El Estado moderno, por ejemplo, se plantea los problemas de forma diferente, hace cosas diferentes y de maneras diferentes a otras formas de organización política<sup>2</sup>. Los Estados pueden pensar y hacer cosas diferentes, para bien y para mal, que nunca antes se habían hecho o nunca antes hubieran sido realizables. Así que, incluso si su preocupación es un problema muy antiguo, por ejemplo, el poder arbitrario, es poco probable que las formas específicas de abordarlo sean las recomendadas por Aristóteles.

En cuarto lugar, la causalidad: social, perentoria y complicada. No debería sorprendernos que la promoción del Estado de Derecho resulte a menudo decepcionante. Es intrínsecamente difícil. Sin embargo, no ayuda el hecho de que a menudo nos fijemos en las cosas equivocadas. Los efectos de la ley en el mundo son una cuestión de «causalidad social», una frase que tomo de la antropóloga jurídica Sally Falk Moore. Moore señala que «el Derecho se basa en nociones culturales de causalidad social, en ideas sobre cómo hacer que las cosas sucedan mediante el uso del poder del gobierno» (Moore, 2001, p. 6). Lo que dice del Derecho no es menos cierto en lo que se refiere a las ideas de los juristas sobre el Estado de Derecho pues, aunque los juristas suelen dejar el análisis sistemático de la causalidad social a otros, entre ellos a los científicos sociales, no soslayan el tema. De hecho, gran parte de lo que dicen sobre lo que el Derecho es y hace, y lo que debería ser y hacer, depende y debe depender de las nociones de causalidad social, a pesar de que, como la mayoría de las nociones culturales, éstas suelen estar implícitas y no son consideradas en profundidad. Además, la cultura tanto de legisladores como de juristas no es la del pueblo en general, sino que es la de la cultura jurídica. No es de extrañar que, cuando piensan en el Derecho y la causalidad social, se suponga que el Derecho estatal ocupa un lugar destacado. Pero no es necesariamente así.

Ya he mencionado la banal verdad de que los juristas consideran que el Estado de Derecho es sobre todo Derecho. En varios escritos (Krygier, 2017a; 2019a), he intentado también recordar lo que, también, debería considerarse banal, pero que no suele ser objeto de reflexión en los trabajos sobre el Estado de Derecho: lo que podría denominarse el aspecto social o dimensión social del Estado de Derecho.

A menudo, los cuestionamientos habituales de los juristas no son el lugar donde se producen muchos de los problemas que se espera que alivie el Estado de Derecho, ni los ingredientes jurídicos convencionales son siempre soluciones adecuadas o apropiadas. Incluso cuando lo son, dependen de realidades y fuerzas

---

<sup>2</sup> Véase la brillante, aunque controvertida, obra de Scott (1988).

sociales que los organismos jurídicos oficiales sólo controlan parcialmente. Muchas de las principales amenazas a los valores del Estado de Derecho proceden de fuera del Estado –pensemos en Facebook y Al Q'aida–; muchas respuestas a tales amenazas también tendrán que encontrarse fuera del Estado y sus leyes -pensemos en los medios de comunicación y la sociedad civil-; e incluso cuando el Estado y la Derecho son importantes o relevantes, su significado depende de complejas cadenas de causalidad social que incluyen la presencia, la ausencia, el poder o el carácter, de agencias y corrientes sociales que el Derecho nunca puede controlar por completo. En algunas circunstancias, dichos agentes y medios de causalidad social apoyan los esfuerzos del Derecho estatal; en otras, lo socavan; en muchos lugares se producen tanto el apoyo como el socavamiento. La visión de túnel del legalismo del Estado de Derecho no es muy esclarecedora en este caso. Y lo que es cierto de las amenazas es igualmente cierto de las apelaciones promisorias.

En quinto lugar, la promoción ineficaz. Repletos como están de esfuerzos costosos, prolongados y laboriosos para trasplantar características particulares del Derecho, Estado, instituciones, formas, convenciones, prácticas –que se supone que garantizan lo que consideramos el Estado de Derecho en los países del Primer Mundo que se cree que lo tienen, y que luego se «instalan» en países, normalmente de otro-mundo, que se cree que lo necesitan–, los pensadores y promotores del Estado de Derecho a menudo pasan por alto estas verdades elementales. Y así, los esfuerzos de los promotores han sido acusados con razón de –disculpen el lenguaje rebuscado– «mimetismo isomórfico... adoptar el camuflaje de formas organizativas que tienen éxito en otros lugares para ocultar su disfunción real» (Pritchett y Wollcock, 2010, p. 1). Como señalan estos autores sobre gran parte de la ayuda al desarrollo en general, la promoción del Estado de Derecho confunde «forma y función... uno de los errores más omnipresentes pero perniciosos de la política de desarrollo de los últimos sesenta años, y que se manifiesta más claramente en el fracaso generalizado de su aplicación» (Pritchett y Wollcock, 2010, p. 4). Se envían o copian instituciones y normas, pero no se obtienen los resultados esperados. ¿Se tiene entonces el Estado de Derecho porque las instituciones parecen estar en su sitio, o se carece de él porque nada funciona como debería?

¿Debemos decir que hemos logrado el Estado de Derecho cuando hemos construido tribunales, instalado ordenadores, formado jueces y acuñado leyes imbuidas de pies a cabeza de la moral interna de Fuller, pero nadie las visita y, lo que es más importante, apenas tienen efecto sobre lo que ocurre en la sociedad en general? (Mason, 2011). ¿O qué debemos concluir cuando los esfuerzos de los llamados reformadores del Estado de Derecho o focalizados en los derechos humanos, para formar a jueces y construir juzgados en Sudán o para revisar y reformar la ley al servicio de los pobres, resultan no servir para mucho, sino más bien para legitimar el poder de una dictadura que «ya está acostumbrada a utilizar todas las herramientas y recursos legales disponibles para obtener beneficios políticos?» (Massoud, 2013, p. 206). ¿Han instaurado el Estado de Derecho, o simplemente han formulado sus mejores conjeturas sobre qué instituciones están asociadas al Estado de Derecho y que resultan que no aportar gran cosa? ¿O es que lo que han hecho no tiene nada que ver con el Estado de Derecho? Estos ejemplos pueden multiplicarse fácilmente.

Cuando los retoques jurídico-institucionales no consiguen evitar los estragos, cuando la gente que cuenta ignora la ley y la que no cuenta simplemente la sufre, el Estado de Derecho, si es que existe, está en muy mal estado, sean cuales sean las leyes, y, evidentemente, esto no debería ser una sorpresa. Por sí solas, las características jurídico-institucionales que tan a menudo se identifican con el Estado de Derecho no están a la altura de la tarea. De hecho, por sí solas nunca lo están,

sino que siempre necesitan circunstancias de apoyo, estructuras sociales y políticas y apoyos culturales, que no siempre están disponibles y son difíciles de diseñar.

Sexto, la complicidad institucional. Los cinco primeros problemas suelen plantearse a personas con las mejores intenciones. Sin embargo, no todos las tienen. En los últimos años, nuevos conceptos han entrado en el léxico de los observadores de la política constitucional, entre ellos «constitucionalismo abusivo», «constitucionalismo furtivo», «golpes de Estado constitucionales» (Landau, 2013; Varol, 2015; Lane Scheppelle, 2017 y 2018; Skąpska, 2018). El léxico se desarrolla para intentar captar algunas formas distintivas en las que muchos regímenes autoritarios modernos utilizan la ley para socavar los valores del Estado de Derecho. Así, el académico estadounidense David Landau analizó con clarividencia lo que denominó «constitucionalismo abusivo». Los autoritarios de antaño solían dar golpes de Estado, pero estos han devenido mucho menos de moda y, en su lugar, han sido frecuentemente sustituidos en:

una serie de episodios recientes, en un grupo de diversos de países como Hungría, Egipto y Venezuela, [que han] demostrado que los autócratas potenciales pueden utilizar las herramientas de la reforma y sustitución constitucional para socavar la democracia con relativa facilidad. Dado que los golpes militares y otras rupturas flagrantes del orden constitucional han caído en desuso, los actores reelaboran en su lugar el orden constitucional con cambios sutiles para dificultar su desalojo e inutilizar o embotellar a los tribunales y otras instituciones de rendición de cuentas. Los regímenes resultantes siguen teniendo elecciones y no son totalmente autoritarios, pero son significativamente menos democráticos que antes (Landau, 2013, p. 189).

El artículo de Landau apareció en 2013 y la erupción no ha dejado de extenderse desde entonces. Añádase a la lista Turquía, Polonia, México, India, Brasil, Filipinas. Las instituciones jurídicas y otras han sido ocupadas y/o aletargadas por un gobierno autoritario, en deliberada y completa violación del Estado de Derecho, aunque a menudo lo hayan hecho con el respeto –incluso escrupuloso respeto– a la ley vigente. Al fin y al cabo, ciertos delincuentes tienen un interés vocacional en tomarse la ley en serio.

No es la primera vez que hay que recordar la distinción, y a menudo la distancia, entre la existencia de determinadas instituciones jurídicas, por un lado, y la cercanía al ideal del Estado de Derecho, por otro.

La meticulosidad jurídica es llamativamente evidente en las actividades de los populistas modernos en el poder (Krygier, Czarnota y Sadurski, 2022). Sin embargo, el problema de doblegar instituciones, a menudo, bienintencionadas a intereses malintencionados va más allá de los políticos populistas. Como ha demostrado el notable teórico de la regulación John Braithwaite, los intereses poderosos, ya sean políticos, económicos, militares o sociales, a menudo tienen los recursos y pueden contratar las habilidades para «jugar» con los sistemas de normas, especialmente en circunstancias complejas en las que la inestabilidad es habitual y hay mucho en juego, si el ordenamiento jurídico insiste en la meticulosidad legalista y no permite la exploración de los propósitos y principios que subyacen a las normas (Braithwaite, 2017; 2020). De hecho, una implicación de su argumento es que es posible que, en circunstancias de complejidad, estabilidad y mucho en juego, las normas jurídicas se parezcan más a las formales listas de lavandería de moda y estén especialmente expuestas a ser manipuladas.

En séptimo lugar, la inutilidad. Es fácil que los profesionales de cualquier ámbito se vean tan atrapados en sus complejidades internas que olviden, o fracasen en comunicar a los legos, lo que está en juego en sus discusiones técnicas. Por no

decir que, a menudo, no saben lo que está en juego. Esto es cierto a nivel de análisis: uno siempre debería estar en condiciones de saber por qué algo que está haciendo, presumiblemente por alguna razón, es importante. También es cierto a un nivel muy práctico, por lo que se puede evitar esa tendencia enfermiza de la que se acusa comúnmente, y a menudo con razón, a los burócratas: el desplazamiento de objetivos. Pueden decirte lo que exigen las normas, pero no por qué. Con el tiempo, a menudo, ellos mismos olvidan por qué; ¡aunque no olvidan las normas!

No se trata simplemente de que a los académicos les cueste expresar sus profundos y arcanos misterios en un lenguaje lo bastante sencillo como para que lo entiendan los profanos. Va más allá. Muchas de las personas que viven más alejadas del ideal del Estado de Derecho tienen buenas razones para pensar que estamos saliendo y parando en el lugar equivocado si limitamos nuestra atención a las cuestiones habituales de los entusiastas del Estado de Derecho: el funcionamiento interno de las instituciones jurídicas, los atributos formales de las normas, las configuraciones procesales de los altos tribunales penales. Para la mayoría de las personas en la mayoría de las ocasiones, es probable que no sean esas cuestiones donde se ven las fortalezas y las debilidades del Estado de Derecho. No obstante, hay otras muchas ocasiones en las que podrían valorar lo primero y lamentar lo segundo.

Muchas de las poblaciones del mundo soportan órdenes (y desórdenes) políticos en los que las instituciones centrales del Derecho distan mucho de ser centrales en la sociedad. Otras fuerzas importan más. En el otro extremo de la escala –hay muchos puntos intermedios y, a menudo, con el paso del tiempo, los extremos llegan a encontrarse–, el Estado realmente importa, tanto que nada –y mucho menos la ley, por muy bien configurada y nombrada que esté– se interpone en su camino. Miles de millones de personas viven cerca de uno u otro de estos extremos; a menudo, una sola vida humana tendrá que soportar ambos. Cuando esto es así, si los ciudadanos exigen el Estado de Derecho, como a menudo hacen (Cheesman, 2012), supongo que es probable que sus peticiones tengan menos que ver con el carácter formal de las normas jurídicas o el funcionamiento interno de las instituciones y las prácticas (aunque a menudo no son irrelevantes para los relativamente pocos que llegan a ellas) de lo que los juristas de los países ricos con Estado de Derecho pueden estar acostumbrados. Si se les pregunta por sus ideas sobre el Estado de Derecho, supongo de nuevo, que las preocupaciones de esos ciudadanos sólo coincidirán ocasionalmente con lo que preocupaba a Lord Bingham en su exitoso volumen de ese título<sup>3</sup>: una admirable –aunque totalmente convencional– caracterización interna de un jurista de lo que supone el Estado de Derecho (en el Reino Unido y otros países igualmente privilegiados) y que es recomendada para todo el mundo (Bingham, 2011). En las sociedades donde el Estado de Derecho está ausente (Mason, 2011) y/o se da la presencia de ambiciones de poder antitéticas a aquellas que lo impulsan (Cheesman, 2012), y he aquí una tercera suposición, es probable que las preocupaciones fundamentales se dirijan a ver si hay, y en qué forma, agentes con un poder potencialmente dañino que hacen lo que quieren y lo hacen de forma claramente rechazable. En la medida en que los ciudadanos/súbditos consideren el Derecho en tales sociedades, podrían quedar satisfechos, pero lo probable es que se sorprendan si los que ejercen el poder lo toman efectivamente en cuenta ya que no es esa ni su experiencia ni su expectativa. Aunque se piense que el Derecho es relevante, lo más natural es considerarlo como parte de un conjunto de recursos que, según los casos, los gobernantes pueden utilizar o no para hacer aquello que son capaces de hacer o considerarlo relevante o irrelevante para su

<sup>3</sup> [NT]. Hay versión española a cargo de Eduardo Medina Mora Icaza y Marco Tulio Martínez Cosío con el título *El Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, 2018.

acción. En esos lugares, es decir, en gran parte del mundo, no está claro que el poderoso necesite contar con el Derecho mientras que aquel que carece de poder sí necesitaría hacerlo. Y lo que podría ser necesario para satisfacer los anhelos de estos últimos sobre que las cosas puedan ser, en sus sociedades y en este momento, de otra manera es poco probable que se encuentre en el libro de Lord Bingham o en la mayor parte de la literatura de los juristas del primer mundo que pretende caracterizar la naturaleza fundamental y los ingredientes del Estado de Derecho.

#### 4. Empezar de nuevo

Consideraciones como éstas me han llevado, desde hace tiempo, a sostener que, aparte de las dificultades para identificar el Estado de Derecho en el mundo —y tal vez contribuir a ellas—, a menudo nos vemos obstaculizados por la forma en que nosotros, y especialmente el jurista de Estado (*lawyer defenders of the realm*), solemos aproximarnos al Estado de Derecho. Las formas jurídica/operativa/tecnocrática de pensar el tema suelen bloquear tres aproximaciones al mismo: una es como cuestión de moralidad política; una segunda como cuestión que requiere imaginación sociológica, y la tercera como logro fundamentalmente político (Mason, 2011). Las trataré sucesivamente: la primera en esta sección y en las tres siguientes; la segunda en la sección 8 y la tercera en la sección 9.

En primer lugar, la moral política. El Estado de Derecho no es algo del tipo de una piedra con la que podamos tropezar, sino que es un ideal práctico complejo. Es complejo, porque requiere de muchos elementos simplemente para aproximarse a él y esos elementos cambian; es práctico porque no es ni un hecho natural ni una fantasía utópica, sino un objetivo que se pretende conseguir (aunque sólo sea parcialmente) en el mundo real, y es un ideal más que una simple descripción. El concepto es normativo, se considera que es una condición de algo supuestamente valioso. Necesitamos recursos para conseguirlo, pero seguramente lo que necesitemos dependerá de lo que queramos conseguir, así como de las condiciones y circunstancias en las que pretendamos conseguirlo.

El Estado de Derecho es un concepto de un tipo particular, lo que Jeremy Waldron ha denominado un «concepto-solución». Waldron comenta: «Tal vez no exista un ejemplo de Estado de Derecho, sino un problema que nos ha preocupado durante 2.500 años: ¿cómo podemos hacer que gobiernen las leyes? Desde este punto de vista, el Estado de Derecho es un concepto-solución más que un concepto de logro; es el concepto de una solución a un problema que no estamos seguros de cómo resolver; y las concepciones alternativas son propuestas alternativas de solución o propuestas alternativas para hacerlo del mejor que podamos en el entendido de que el problema es insoluble (Waldron, 2002, p. 158).

Cuestionaré la interpretación de Waldron de la naturaleza del problema dentro de un momento, pero creo que la noción de Estado de Derecho como concepto-solución es acertada. Y si lo es, la primera pregunta que debemos hacernos, antes de intentar identificar la solución, es ¿cuál es el problema? Incluso si usted rechaza mi respuesta particular a esa pregunta, yo seguiría insistiendo en que esa debe ser la pregunta por la que hay que empezar. Empezar con listas de control de instituciones jurídicas limita el pensamiento y bloquea la imaginación. Las conocidas características de las normas o instituciones jurídicas contemporáneas, a menudo aquellas que encarnan el Estado de Derecho en nuestro propio tiempo y lugar, llegan a ser consideradas como parámetros por defecto para su consecución, incluso como parámetros necesarios. Esto puede atarnos a lo que sabemos, en lugar de permitirnos explorar si hay otras formas de llegar a donde queremos ir. Esto hace que sea difícil pensar que el Estado de Derecho pueda ser útil en ausencia del *hardware* jurídico al

que estamos habituados, o incluso que no sea útil como ajustes necesarios en el *hardware*. Y a menudo conduce, como he mencionado anteriormente, al desplazamiento de objetivos. Se vislumbra un problema que tan acertadamente se ha señalado por toda la industria de promoción del Estado de Derecho: «sabemos cómo hacer muchas cosas, pero en el fondo no sabemos realmente lo que estamos haciendo» (Carothers, 2006, p. 15). Así que recomiendo que empecemos por considerar el punto o fin de la empresa, no los medios, el por qué antes que el qué.

## 5. ¿Cuál es el problema?

¿Por qué? ¿Cuál es el problema del Estado de Derecho? Como vimos, Waldron sugiere que «el problema que nos ha preocupado durante los últimos 2.500 años [es] cómo podemos hacer que gobiernen las leyes», pero seguramente eso no impulsa la cuestión lo suficientemente lejos. Sólo nos haríamos esa pregunta si pensáramos que hacer que la ley rija sirve para algo. Si no, ¿para qué molestarse? ¿Por qué querríamos que la ley rigiera? ¿Sólo por su propio bien? ¿Para qué? Como respuesta a qué problema hemos buscado una solución-concepto; una respuesta que de hecho nos ha preocupado, o al menos a algunos de nosotros, durante esos últimos 2.500 años.

En estas cuestiones es imposible dictar lo que significa el término dada su relevancia y la confusión en las posiciones o el carácter confuso de la disputa. Sólo cabe proponer y recomendar. Mi propuesta es la siguiente: en el núcleo del Estado de Derecho, entendido como un concepto singular, hay y ha habido, con frecuencia y durante mucho tiempo, una preocupación particular, a saber: las formas en que se ejerce el poder; y responde a una antipatía específica, a saber: el ejercicio arbitrario del poder. Probablemente, la antipatía es incluso más amplia –al abuso de poder–, pero se trata de una categoría tan amplia, tan vacía de contenido particular y tan difícil de definir, que la arbitrariedad es una especie suficientemente grande del género (que tampoco es nada fácil de definir)<sup>4</sup> con la que empezar. La propuesta no es original (lo que en este caso considero una virtud). No conozco a nadie que piense que la arbitrariedad no tiene nada que ver con el Estado de Derecho. Sin embargo, no todo el mundo cree que oponerse a ella nos lleve lo suficientemente lejos. Aquí no soy especialmente ambicioso: creo en la importancia capital de reducir la arbitrariedad en el ejercicio del poder, una importancia que no debería descuidarse sólo porque otros objetivos, por ejemplo, la justicia, la imparcialidad, la igualdad, puedan también desearse en el Derecho. Pero yo también quiero más de la vida que eso. Simplemente, no estoy seguro de que sirva de ayuda ampliar mucho más las connotaciones del Estado de Derecho, no sea que despojemos al concepto de cualquier característica conceptual distintiva y perdamos de vista la importancia distintiva de regular las formas en que se ejerce el poder, aparte de los fines para los que se ejerce. En cualquier caso, me basta con identificar una preocupación central. Si otros ofrecen razones para complementarla, escucharé con atención; si pretenden descartarla, escucharé, si acaso, con escepticismo.

Érase una vez, antes de que el *World Justice Project* [Proyecto de Justicia Global] se gastara millones «midiendo» el Estado de Derecho y antes de que nadie soñara siquiera con relacionarlo con los derechos humanos o el desarrollo económico, que había personas de muchas épocas y de muchos lugares que sabían que existía un fenómeno común en el mundo, que podía dar lugar a grandes disgustos: el poder arbitrario, a menudo –y durante siglos en el *Common Law* inglés– llamado precisamente así (Reid, 2004). No todo el mundo comparte la hostilidad declarada del *Common Law* hacia el poder arbitrario –a quienes lo ejercen suele gustarles hasta

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, Endicott (2014, p. 52); Lovett (2012); Sharon (2016); Arnold y Harris (2017).

que lo pierden—, pero dejando a un lado a los masoquistas ocasionales, casi todo el que lo ha sentido en su piel ha pensado que apesta, y que estaría bien poder hacer algo al respecto. Aunque rara vez indiscutible, ese ha sido un tema central —y el poder arbitrario el antihéroe central— de innumerables escritos en las tradiciones del Estado de Derecho a lo largo de milenios. Es un tema precioso.

Mi tesis, por tanto, es que un ámbito distintivo que ha estado estrechamente asociado durante mucho tiempo con el ideal del Estado de Derecho es el ejercicio del poder, y que se trata de un ámbito que merece la pena reconocer en sí mismo. No es más importante que otros, pero tiene una importancia específica no reducible a otras cosas, y a menudo no se considera por separado. Hay muchas formas de ejercer el poder y deben evitarse las formas arbitrarias.

El Derecho es específica y característicamente —en su esencia— un vehículo para el ejercicio del poder; eso es lo que hace. En determinadas configuraciones y circunstancias, o así lo espera el Estado de Derecho, también es un potente medio por el que el poder —estatal y no estatal— puede canalizarse, dirigirse, contenerse, limitarse, atemperarse. Una cuestión, quizá la central para el Estado de Derecho, es qué diferencia puede marcar el Derecho en las formas de ejercer el poder. Las formas de ejercer el poder, incluidas las formas no arbitrarias y no dominantes, están, en otras palabras, ligadas al concepto de Estado de Derecho, son inmanentes, son una característica del instrumento, no una función, o una consecuencia (y ciertamente no un error). Otros bienes, por ejemplo, el desarrollo económico o incluso la democracia, que podría pensarse que se derivan de él [y que son las únicas razones por las que muchas personas se interesan hoy en día en él (Krygier, 2017b)] simplemente no son inmanentes de esta manera. Son, si lo son, consecuencias, beneficios externos y contingentes que se dice que fluyen de él, aunque no por ello carezcan de importancia.

Pero, ¿cuándo es arbitrario el poder? La palabra es bastante común, tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico especializado, pero se puede recorrer la literatura académica y encontrar poco consenso sobre lo que significa. Una forma habitual de manejarlo es aclararse la garganta confesando que está «infrateorizado», con la esperanza de que el reconocimiento pueda paliar, o al menos mantener a raya, a los pedantes conceptuales. Entonces se puede respirar hondo y seguir utilizándolo en plan «lo reconozco cuando lo veo». Eso es exactamente lo que hice durante algún tiempo. Más recientemente, he tratado de extraer cuatro tipos de ejercicio del poder que las tradiciones más importantes del Estado de Derecho han tratado como arbitrarios y, por esa razón, objetables (Krygier, 2016; 2017a). Estos cuatro no agotan el campo, pero son un comienzo y cubren mucho terreno. Aquí me limito a resumirlas. El poder se ejerce arbitrariamente cuando es

1. Incontrolado. Quienes ejercen el poder no están sujetos a un control o límite regular, ni rinden cuentas a nada que no sea su propia voluntad o placer. La tradición del *Common Law*, desde la época medieval hasta el siglo XVIII, advertía repetidamente contra el poder arbitrario en este sentido: nadie, ni siquiera el Rey, debería tener un poder incontrolado.

2. Impredecible. El poder se ejerce de forma impredecible —o quizá, más exactamente, no calculable— cuando aquellos a quienes afecta no pueden conocer, prever, comprender o acatar las formas en que el poder llega a ejercerse. Puede caer como un rayo. Este es el tipo de abuso de poder que se suele recoger en las diversas listas de características formales de la legalidad o el Estado de Derecho —claro, prospectivo, público, etc.— recopiladas por los filósofos analíticos contemporáneos del Derecho, como Fuller y Raz, mencionados anteriormente.

3. Irrespetuoso. Limitado y/o calculable o no, el poder se ejerce en circunstancias que niegan o no ofrecen espacio o medios para que sus destinatarios se hagan oír, cuestionen, informen o afecten al ejercicio del poder sobre ellos. No se exige, y a menudo ni siquiera se piensa, que sus voces e intereses deban/necesiten ser tenidos en cuenta en el ejercicio del poder. Se les trata como si fueran, en la acertada frase de Jeremy Waldron, «un animal rabioso o una casa en ruinas» (Waldron, 2011a, p. 16). La base moral de la objeción al poder ejercido de tales maneras, subrayada por Waldron entre otros, es que las personas siempre deben ser tratadas como personas con intereses propios y una voz que necesita ser escuchada. Se trata de una preocupación amplia, no necesariamente limitada al Derecho. Así, Simone Weil condenó de forma similar las circunstancias en las que aquellos que tenían poder actuaban con indiferencia sobre las personas a las que afectaban, personas que podrían ser agentes con sus propios intereses y su propia perspectiva del mundo.

4. Infundado. Un cuarto modo de ejercicio arbitrario del poder podría ser una subespecie del tercero, pero es lo suficientemente distintivo y destacado como para tratarlo por separado. Se produce cuando el poder se ejerce de un modo que no puede fundamentarse razonablemente, relacionarse o derivarse de ningún propósito justificable. El filósofo Joseph Raz, al tratar de identificar la arbitrariedad en general, al menos capta esta forma: «¿Qué es la acción arbitraria en general? Es una acción indiferente a las razones a favor o en contra de llevarla a cabo. El gobierno arbitrario es el uso del poder que es indiferente a las razones apropiadas por las que debería usarse el poder» (Raz, 2019, p. 5).

Por supuesto, el fin en sí mismo puede ser injustificable, pero eso es cuestión de un compromiso político o moral sustantivo, no directamente de la arbitrariedad de los medios para alcanzarlo. Sin embargo, incluso cuando la finalidad puede justificarse, el poder se ejerce de forma arbitraria cuando su forma de ejercicio no guarda relación o se ejerce de forma justificadamente proporcional a su consecución.

Diferentes pensadores se han ocupado, más o menos, de una u otra de las formas mencionadas y a menudo las han eludido. Sin embargo, pueden distinguirse, al menos analíticamente, y lo que se hace con cada una de ellas puede ser diferente. El poder incontrolado puede no ser impredecible, irrespetuoso o infundado, aunque existe un riesgo constante de que lo sea y no hay forma de hacer nada al respecto. El poder impredecible puede estar controlado, ser respetuoso (con otros intereses que no sean el derecho a estar informado) y ajustarse a su finalidad. Los burócratas irrespetuosos a menudo se atienen a las normas, están bajo el control de sus superiores, siguen con precisión las reglas y no actúan más allá de lo autorizado, pero pueden ignorarte y tratarte como a una basura o un perro, como discernió K de Kafka. Los usos irrelevantes o desproporcionados del poder pueden tener un fundamento formal impecable, pueden estar autorizados por normas claras, seguir competencias y procedimientos legalmente establecidos y, aun así, no tener nada que ver con tu caso, o no guardar proporción con ninguna forma de tratarlo justificadamente.

Puede haber razones por las que los poderosos decidan no actuar arbitrariamente en uno o varios de estos casos, pero conservan el poder de actuar arbitrariamente en otros. Por ejemplo, un régimen que aplique normas estables y comprensibles puede obtener todo tipo de ventajas ya que los actos de sus servidores pueden ser más predecibles y controlables por ellos, pero si las normas excluyen a los afectados por su acción, los sujetos –más exactamente los objetos– del poder son vulnerables a su ejercicio arbitrario, al igual que en aquellos casos en los que se observan rigurosamente normas que no tienen una relación justificable o proporcional con ningún propósito adecuado. Por eso no debería haber carta blanca para los entes

de poder por el mero hecho de que puntúen bien (bajo) en una dimensión de la arbitrariedad, pero no en otra (como, por ejemplo, Singapur podría hacerlo en previsibilidad, pero no en control y, al menos en lo que respecta a los oponentes políticos, no en respeto o en el tipo o proporcionalidad de los medios elegidos para perseguirlos). Es preferible que lo hagan bien en todas.

Además, aunque estas cuatro formas son distinguibles, con frecuencia cazan en manada. El poder suele ejercerse de varias de estas formas a la vez, y a menudo están interrelacionadas. Como vio Locke, quien ejerce el poder sin control puede tener incentivos para mantener a sus súbditos desorientados y ansiosos, a la carrera y fuera de onda. Una vez más, a falta de medios institucionalizados para pedir cuentas a las personas o instituciones poderosas, éstas podrían sucumbir a la tentación de ejercer sus poderes de cualquiera de las otras formas arbitrarias mencionadas. Y es muy posible que haya otras; la lista no está cerrada y es poco probable que sea corta.

La organización de las fuerzas y los recursos de modo que el poder no esté habitualmente disponible para su ejercicio arbitrario, especialmente cuando el poder de unos sobre otros es considerable, ni es una tarea sencilla ni es el estado natural de las cosas. A menos que se haga algo para evitarlo, cuando el poder se concentra en las manos de un pequeño número de personas es probable que haya arbitrariedad. Muchos autores clásicos temían que, donde existe arbitrariedad, el despotismo no está lejos; de hecho, un contraste habitual que se ha hecho y repetido clásicamente ha sido entre el despotismo arbitrario, o tiranía, por un lado, y el gobierno según el imperio de la ley, por otro. Se trata de términos políticos, y tradicionalmente el Estado de Derecho se ha debatido principalmente en relación con el poder político. Pero esta cuestión de si hay alguna razón en principio para limitar la discusión de esa manera será tratada más adelante –y en otras partes (Krygier, 2017a; Sempill, 2018)– y mi respuesta es que no.

Pero, ¿por qué es objetable la arbitrariedad, incluso el despotismo? Un déspota ilustrado podría preguntárselo; muchos déspotas no ilustrados –demasiados para mencionarlos– también. Los déspotas en ciernes contemporáneos, como Viktor Orbán en Hungría o Jarosław Kaczyński en Polonia, preguntan precisamente eso. Hoy se habla de «democracia iliberal», pero aparte de las elecciones, que no son poca cosa, pero no suficiente, la ambición es destruir todas las restricciones al poder, como el Estado de Derecho, y así dominar las propias elecciones. Kaczyński se queja del «imposibilismo» del Estado que ahora dirige y promete transformar una «incapacidad estatal programada para dar muchos de los pasos necesarios para la defensa de sus propios intereses y el bien de los ciudadanos»<sup>5</sup>. El Estado simplemente no puede imponer su voluntad. Su objetivo es cambiarlo, entre otras cosas, eliminando todas las instituciones, leyes y prácticas intermedias que puedan interponerse en su camino. Hay varias razones, o eso dicen muchas largas tradiciones de pensamiento sobre el Estado de Derecho, por las que ésta no es una gran idea.

Quizá la fundamental, explorada por Sempill y Waldron, sea de carácter general y deontológico: el ejercicio arbitrario del poder es una forma inmoral de tratar a las personas. Otras son más particulares y empíricas/consecuenciales. La más sencilla es que no se puede confiar en que los déspotas o los manipuladores de la democracia iliberal sean ilustrados o, incluso si empiezan siéndolo, sigan siéndolo. No es una verdad necesaria, pero es una verdad empírica muy comúnmente confirmada. Una respuesta más sutil, mencionada anteriormente, viene dada por la

---

<sup>5</sup> Tomado del Programa PiS 2011 r. *Nowoczesna, Solidarna, Bezpieczna Polska*, Varsovia 2011, 17, citado en Muszynski, K. (2011). *Socjologia prawa a kryzys konstytucyjny w Polsce*, documento inédito, copia en los archivos del autor, p. 5.

tradición cívica republicana: siempre que alguien tiene poder para tratarte arbitrariamente, aunque decida no hacerlo, estás en su poder, sujeto a su dominación, decida lo que decida hacer con su arbitrariedad. Y eso, como han aprendido los esclavos de incluso los amos más benignos, es una condición profundamente degradante para una persona (Pettit, 1997). Si a esto añadimos las advertencias liberales de que el poder arbitrario es una fuente constante de miedo, una amenaza constante para la libertad y la dignidad, y una amenaza para el tipo de coordinación entre multitud de personas de la que depende una sociedad compleja, tenemos poderosos argumentos en contra (Krygier, 2011, pp. 79-81).

Además, una respuesta frecuentemente pasada por alto, pero no menos importante que estas cuatro, habla directamente de la determinación del gobernante polaco, Jarosław Kaczyński, de superar el «imposibilismo» estatal que tanto le frustra. Es tanto pragmática como moral. Como empieza a ilustrar su Gobierno, la arbitrariedad puede ser una poderosa fuente de estupidez, incluso de locura, en el ejercicio del poder. Aún está lejos del apogeo de esta trayectoria, pues no hay más que visitar Nay Pyi Taw, la extraña capital de Disneylandia de Myanmar, construida en secreto y en gran parte vacía. O caminar por el enorme bulevar principal de Bucarest hasta el grotesco, pero enorme palacio presidencial construido para, y ocupado en su día por, los estrechos gobernantes del «socialismo en una sola familia», construido por «el genio de Bucarest», la «fuente de nuestra luz», «el tesoro de sabiduría y carisma». Se arrasaron calles, carreteras y casas, y unos 40.000 residentes fueron expulsados de sus hogares con 24 horas de preaviso y una indemnización mínima, por este absurdo (Danta, 1993). Por desgracia, no es difícil encontrar pruebas de lo que el poder arbitrario, que nunca tiene que responder a un cuestionamiento o ajustarse a un requisito institucional, puede encarnar. Y ni siquiera he mencionado a Mao Tse Tung o a un tal Kim, que efectivamente fueron modelos para el genio de Bucarest.

Como podría haber dicho Confucio, los gobiernos que actúan en la oscuridad pierden demasiado a menudo el rumbo. Hacen las cosas mal, atrapan y acosan a las personas equivocadas, dejan en la estacada a las correctas. A menudo meten la pata, y si están mal motivados hacen cosas peores que meter la pata, sobre todo porque pueden hacer todo lo malo en la oscuridad.

## 6. ¿Qué se consideraría una solución?<sup>6</sup>

La arbitrariedad es, pues, un vicio específico y odioso cuando se añade al poder. Hay muchos otros vicios que dependen de propósitos sustantivos particulares y de los resultados de su ejercicio, pero el poder arbitrario es decididamente vicioso incluso aunque se ejerce con las mejores intenciones e, incluso, aunque algunos de sus resultados resultan ser saludables. Es un vicio autónomo y tóxico que tiene que ver con las formas en que se ejerce el poder. La apelación al Estado de Derecho significa la esperanza de que pueda haber maneras de disminuir los tipos y niveles de arbitrariedad de que disponen quienes ejercen el poder y que el Derecho puede contribuir a ello. ¿Qué carácter cabe esperar de tales medidas?

La forma más común de enmarcar la esperada contribución del Estado de Derecho a la reducción de la arbitrariedad es entenderlo de una manera negativa, defensiva, para caracterizarlo como bueno menos por lo que permite y crea, que por lo que podría prevenir; para identificar su propósito con lo que excluye en lugar de lo

<sup>6</sup> Partes de esta sección y de la siguiente están extraídas y adaptadas de mi «*Tempering Power*» en Krygier (2017c, pp. 34-59).

que regula; lo que logra prevenir, frenar, restringir, en lugar de lo que podría generar y fomentar para florecer.

El razonamiento es familiar. El mundo es un lugar difícil en el que «los fuertes hacen lo que pueden mientras que los débiles hacen lo que deben» (Thucydides, 1910)<sup>7</sup>. La significativa contribución de las restricciones al poder es intentar ayudar al débil estableciendo límites a lo que pueda hacer el fuerte. Según esta interpretación, de lo que se trata es de limitar y bloquear la posibilidad de un poder desbocado, de frenar y refrenar el ejercicio del poder. Este punto de vista no es nuevo y sigue siendo popular entre los liberales, más aún entre los neoliberales. Así, Friedrich Hayek afirma que «el poder en sí mismo siempre ha sido el arquetipo» (Hayek, 1994, p. 159)<sup>8</sup>, e insiste en otra parte: «la limitación efectiva del poder es el problema más importante del orden social»<sup>9</sup> (Hayek, 1979, p. 128). Es tarea del constitucionalismo y del Estado de Derecho imponer los límites: «Constitucionalismo significa gobierno limitado. (...) de hecho, ¿qué función cumple una constitución que hace posible un gobierno omnipotente? ¿Su función es simplemente que los gobiernos funcionen sin problemas y con eficacia, sean cuales sean sus objetivos?» (Hayek, 1979, p. 1).

Y no sólo los «neos» piensan así. Así, Judith Shklar, una profunda analista y exponente del liberalismo, lee a Montesquieu para argumentar que el Estado de Derecho:

realmente sólo tiene un objetivo, proteger a los gobernados contra la agresión de los que gobiernan. Aunque abarca a todas las personas, sólo cumple un objetivo fundamental, la libertad frente al miedo, que, sin duda, era para Montesquieu sumamente importante. ... [t]odo este esquema se basa en última instancia en una dicotomía muy básica. La última lucha espiritual y política es siempre entre la guerra y el Derecho ... Las instituciones de protección judicial de los ciudadanos pueden crear derechos, pero existen para evitar lo que Montesquieu consideraba el mayor de los males humanos, el miedo constante creado por las amenazas de violencia y las crueldades reales de los detentadores del poder militar en la sociedad (Shklar, 1998a, pp. 24-25).

La propia elección de Shklar entre estos dos puntos de vista es clara: «Si se empieza por el miedo a la violencia, la inseguridad de un gobierno arbitrario y las discriminaciones de la injusticia se puede llegar a encontrar un lugar significativo para el Estado de Derecho y para los límites que históricamente ha puesto a los más duraderos de nuestros problemas políticos» (Shklar, 1998a, p. 36). Desde este punto de vista, la prevención del mal, más que la búsqueda del bien, es la virtud distintiva del Estado de Derecho; su objetivo, sumamente importante pero negativo, es el «control de daños»<sup>10</sup> (Shklar, 1998b, p. 9).

Para estos pensadores, y hay muchos de ellos entre los que me incluyo, este aspecto negativo, restrictivo y controlador del Estado de Derecho es fundamental, ya

<sup>7</sup> [NT]. Hay versión española de «El diálogo de Meliano», en Tucídides, *Historia de la guerra del Peloponeso*, traducción de Francisco Rodríguez Adrados. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>8</sup> [NT]. Hay versión española con el título, *El camino de servidumbre*, traducción de José Vergara Doncel, Alianza, 2011.

<sup>9</sup> [NT]. Hay versión española con el título *Estado, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, traducción de Luis Reig Albiol, Unión Editorial, 2014.

<sup>10</sup> [NT]. Hay versión española con prólogo de Axel Honneth y traducción de Ricardo García Pérez titulada *El liberalismo del miedo*, Herder Editorial, 2018.

que responde a «las circunstancias de la política» (Waldron, 1999)<sup>11</sup>, tal y como se ha comprobado a menudo que son ellas. El ejercicio del poder conlleva riesgos terribles. Es prudente ser consciente y precavido ante ellos y pensar en lo que se puede hacer para minimizarlos, tanto porque son directamente amenazadores en sí mismos, como porque cuando tales amenazas se materializan, nada bueno ocurrirá. Es evidente que los partidarios del Estado de Derecho están profundamente inspirados por este tipo de pensamiento, que es una forma de «realismo moral» en el sentido identificado por Philip Selznick, según el cual

no basta con pensar en males concretos como problemas que hay que resolver o como obstáculos que hay que superar. Más bien, la perspectiva del realismo moral trata algunas transgresiones como dinámicas e ineludibles. Se puede contar con que surjan, de una forma u otra, a pesar de nuestros mejores esfuerzos por sofocarlas (Selznick, 1999, p. 175).

Y no sólo el «realismo moral», sino específicamente el realismo político es necesario en el caso del constitucionalismo y el Estado de Derecho, ya que pensar en estas cosas no es, como han subrayado Bernard Williams y Jeremy Waldron en contra de la imprudencia académica convencional, «sólo filosofía moral aplicada» (Waldron, 2013). La política y el ejercicio del poder en general no son, después de todo, sólo una cuestión de los fines ideales que deberíamos buscar, sino de conflicto, violencia, opresión, dominación, sus consecuencias y lo que podría ser necesario y factible para evitarlos (Williams, 2005). El liberalismo del miedo articulado por Shklar y otros es una sobria y sombría respuesta a estas realidades.

Durante mucho tiempo, mi punto de vista sobre los fundamentos y la justificación del Estado de Derecho se detuvo aquí. Los despotismos sin complejos promovidos por bases ideológicas y sin ningún tipo de restricciones me parecían el centro de las mayores tragedias provocadas por el hombre durante el siglo XX. De todo ello extraje la lección fundamental de que el poder debe limitarse, frenarse, de forma fiable y segura. Y cuando llegué al Estado de Derecho, consideré que su promesa era, sobre todo, que podría proporcionar esa limitación.

Sigo pensando que hay mucho que decir sobre las virtudes de la limitación institucionalizada que promete el Estado de Derecho. Sin embargo, una interpretación puramente negativa, defensiva, del liberalismo del miedo también puede reducir y distorsionar nuestra comprensión de la política, del poder y del Estado de Derecho. La violencia y la opresión no son la suma de lo que la política y el poder bien ejercidos pueden y suelen ofrecer, y la limitación del poder no es la suma de lo que el Estado de Derecho puede aportar a un orden público bien ordenado.

Un artículo de mi amigo Stephen Holmes, que a menudo me ha sorprendido, me ha sacudido en esta nueva (para mí) comprensión. Holmes ha argumentado con frecuencia que los liberales modernos, a diferencia de algunos de sus antepasados clásicos, simplemente no han entendido cómo los valores liberales dependen de la fortaleza del Estado y se ven amenazados por la debilidad del Estado. Holmes ha tratado estos temas en muchos contextos, desde la historia del pensamiento liberal hasta los argumentos de muchos gobiernos tras el 11-S de que en tales situaciones de emergencia necesitaban ser capaces de «deshacerse de los grilletes» del Estado de Derecho. Hubo un contexto que me tocó especialmente de cerca y me hizo reflexionar. Se basaba en las debilidades generalizadas y patológicas del Estado ruso postsoviético de Yeltsin. Había sido tan evidente para los liberales del Estado de Derecho como yo que el poder elefantiásico del Estado soviético era una fuente

<sup>11</sup> [NT]. Hay versión española con el título *Derecho y desacuerdos*, traducción de José Luis Martí y Ágeda Quiroga en Marcial Pons, 2005.

importante de miseria para sus ciudadanos que cuando leí el artículo de Holmes, «Lo que Rusia nos enseña ahora. Cómo los Estados débiles amenazan la libertad» (Holmes, 1997), me pilló desprevenido su argumento de que la experiencia rusa poscomunista enseñaba eso:

Durante la Guerra Fría, cuando todos los males políticos parecían provenir de un “exceso de gobierno”, la amenaza que suponía un gobierno demasiado débil jugaba un escaso papel en la autocomprensión liberal. ... La Rusia de hoy deja terriblemente claro que los valores liberales se ven amenazados tanto por la incapacidad del Estado como por el poder despótico (Holmes, 1997, p. 32).

En ese artículo y en muchos otros, Holmes deja claro hasta qué punto las sociedades modernas dependen de Estados que funcionen bien, capaces de hacer muchas cosas que requieren una fuerza organizada y unos recursos que puedan recaudarse rutinariamente de manera no coercitiva. Una vez planteada la cuestión, y expuestos ejemplos de las patologías de las instituciones públicas insuficientemente fuertes, no conozco ninguna forma de evitarla. Así que lo he asumido y creo que cualquier interpretación adecuada del Estado de Derecho debe tenerlo en cuenta.

El poder tiene una inmerecida mala fama y es una lástima, ya que no se va a ninguna parte sin él y, si no estuviese, lo echaríamos de menos. Necesitamos el poder, y no sólo como un mal necesario, sino como un bien positivo. Sin él, no podríamos hacer, y desde luego no podríamos hacer bien, en muchos temas y para muchos fines. No deberíamos querer negar la necesidad o esterilizar la capacidad del poder para mantener la paz, defender a las poblaciones, hacer cumplir las sentencias legales, recaudar impuestos, equilibrar otros poderes, etcétera. Y tampoco queremos que los ciudadanos de a pie sean impotentes. Las personas que han visto alguna vez, o peor aún, que han vivido en los llamados «Estados fallidos», han sido testigos o han sufrido una experiencia terrible, no porque el Estado sea demasiado fuerte, sino porque es demasiado débil para hacer lo que necesitamos que hagan los Estados. Otros Estados, por el contrario, pueden ser demasiado fuertes o fuertes de forma equivocada, y estos son también problemas para los que el Estado de Derecho es relevante. En cualquier caso, el poder no va a desaparecer. Como ha señalado mi colega Theunis Roux, una de las razones por las que necesitamos un poder público eficaz, de origen democrático, es para protegernos del poder privado. Por el contrario, como demostró de forma tan dramática la historia del comunismo, una razón fundamental de la devastación que los regímenes comunistas causaron a sus ciudadanos fue que habían empezado por eliminar las fuentes independientes de recursos y poder que pudieran interponerse en su camino.

Holmes lleva mucho tiempo insistiendo en las consecuencias empoderadoras del constitucionalismo y del Estado de Derecho; lo que, en contraste con la concepción negativa más común, denomina «constitucionalismo positivo» (Holmes, 1995). Desde este punto de vista, las leyes configuradas adecuadamente proporcionan «restricciones habilitadoras». La «visión paradójica» (Stark y Bruszt, 1998, cap.6; Elster, 2000; Loughlin, 2003), tal y como la describe Holmes, es la siguiente:

El gobierno limitado es, o puede ser, más poderoso que el gobierno ilimitado. ... que las restricciones pueden ser habilitantes, lo que está lejos de ser una contradicción, se encuentra en el corazón del constitucionalismo liberal... Al restringir los poderes arbitrarios de los agentes gubernamentales, una constitución liberal puede, en las condiciones adecuadas, aumentar la capacidad del Estado para centrarse en problemas específicos y movilizar recursos colectivos para fines comunes (Holmes, 1995, p. 11).

Jeremy Waldron ha criticado de forma similar la tendencia de los constitucionalistas a «pensar de forma simplista [en los dispositivos constitucionales]... sólo como frenos al proceso legislativo, formas de ralentizar las cosas, puntos de posible resistencia contra la legislación opresiva. Del mismo modo, existe una tendencia a pensar en la separación formal de poderes entre (digamos) el legislativo, el ejecutivo y el judicial simplemente como una forma de diluir el poder y dificultar su ejercicio» (Waldron, 2010, p. 25). Ha insistido en el papel positivo y el potencial de las disposiciones constitucionales. Al fin y al cabo, las constituciones constituyen los elementos de un sistema de gobierno y otorgan poderes a determinadas instituciones. Distribuyen el poder entre algunas instituciones y actores y no entre otros, establecen foros de debate y decisión, «para que la deliberación pública se convierta en una empresa estructurada» (Waldron, 2010, p. 26). Todo este trabajo crucial queda relegado a un segundo plano por una perspectiva en la que «todo se ve a través de las lentes de la restricción y la limitación» (Waldron, 2010, p. 25).

Ahora veo que no hay contradicción aquí. El poder arrogante y despótico es horrible, pero también lo es la falta del poder que se necesita donde se necesita. El poder es necesario, pero no sirve cualquier forma o manera de ejercerlo. Si Yeltsin ilustró el primer punto, Putin ilustra el segundo. El poder debe ser del tipo adecuado al lugar adecuado para poder hacer lo que no se puede hacer sin él. Si es del tipo equivocado, pero también si no es lo suficientemente poderoso, estamos en problemas. No se trata, pues, de deshacerse del poder, sino de reducir las posibilidades de su ejercicio nocivo.

No se trata de descubrimientos nuevos. Así, Holmes remonta la preocupación por el establecimiento de las limitaciones a Bodino en el siglo XVI. Montesquieu también era plenamente consciente de ellas. Todo *El espíritu de las leyes* estaba dedicado a investigar las fuentes de la moderación del gobierno y a recomendar formas institucionales de garantizarla. Observa que, a pesar de los horrores del despotismo y los atractivos de la moderación, el mundo ha visto muchos más gobiernos despóticos que moderados y bien ordenados. Lo lamenta, pero no le sorprende, porque un gobierno moderado es un logro mucho más complicado.

A pesar del amor de los hombres por la libertad, a pesar de su odio a la violencia, la mayoría de los pueblos están sometidos a este tipo de gobierno [el despotismo]. Esto es fácil de comprender. Para formar un gobierno moderado es necesario combinar las diversas fuerzas; regularlas, templarlas y ponerlas en acción; darles, por así decirlo, un contrapeso, un lastre que las equilibre para ponerlas en estado de resistir una a otras. Esta es una obra maestra de la legislación; raramente producida por el azar y rara vez alcanzada por la prudencia. Por el contrario, un gobierno despótico, salta a la vista, es simple; es uniforme en todas partes; como sólo se necesitan pasiones para establecerlo, cualquiera puede hacerlo<sup>12</sup> (Montesquieu, 1992, p. 63).

<sup>12</sup> Véase, Craiutu (2012, pp. 31-32) sobre «la fuerte conexión entre moderación y complejidad institucional, una idea que resonaría [...] con Montesquieu, Mounier, Necker, Mme. de Staël y Constant [...] los autores clásicos elogiaban el marco institucional del gobierno mixto, no sólo porque éste mezclaba diversos intereses y elementos sociales, permitiéndoles coexistir armoniosamente, sino también porque hacía extremadamente difícil que cualquier grupo impusiera su voluntad sobre los demás y ejerciera un poder arbitrario». [NT]. Son múltiples las versiones españolas de esa obra de Montesquieu. La cita corresponde al final del Capítulo XIV del Libro V. Pueden seguirse las traducciones de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega –Anaya, 2015– o Demetrio Castro– Istmo, 2002).

El lenguaje con el que establece el contraste es sugestivo, pues no es un lenguaje de impedimentos brutos<sup>13</sup>, sino de difícil y complejo equilibrio, templado, regulatorio; no de cadenas y grilletes ni, mucho menos, de debilitamiento.

Pero, ¿qué tipo de fuerza se necesita? Aquí resulta útil una distinción del sociólogo historicista Michael Mann que distingue entre lo que él denomina poder despótico —«la gama de acciones que la élite está facultada a emprender sin negociaciones rutinarias e institucionalizadas con la sociedad civil»— y el poder infraestructural —«la capacidad del Estado para penetrar realmente en la sociedad y aplicar logísticamente las decisiones políticas en todo el reino»— (Mann, 1988, p. 32)<sup>14</sup>. Para la liberación y el desarrollo de las energías sociales y económicas, así como para la decencia política, es crucial el poder infraestructural. Los Estados despóticos combinan la arbitrariedad y la falta de límites políticos o jurídicos con una incapacidad crónica para movilizar las energías sociales y aprovechar el potencial social. Como dice un antiguo colega de Mann, John Hall (1985), se asientan como piedras angulares sobre las sociedades que dominan; no penetran orgánica y eficazmente en la estructura social. Dominan desde arriba, pero contribuyen poco desde dentro.

La conexión entre la fuerza despótica y la debilidad social no es accidental. Aunque los déspotas pueden reprimir eficazmente durante un tiempo y movilizarse para especializados fines concretos, como la guerra, han demostrado ser muy débiles en la capacidad de penetrar, movilizar y facilitar fuerzas sociales enérgicas y resistentes. Al contrario, normalmente intentan bloquearlas y frenan su desarrollo. En otras palabras, los Estados despóticamente fuertes van de la mano de sociedades débiles. Y esto se debe principalmente a la arbitrariedad e imprevisibilidad con la que ejercen el poder. Estos Estados son depredadores y sus sociedades son presas. No son productivos, como tampoco lo son sus sociedades. Esa es otra razón por la que los intentos de líderes populistas como Kaczyński y Orbán de destruir las restricciones institucionales a su poder son tan peligrosos: alimentan exactamente el tipo de poder estatal que amenaza a una sociedad fuerte, al privarla del tipo de infraestructural poder moderado que se necesita.

Una prueba de la utilidad de esta distinción fue el colapso del castillo de naipes de la Unión Soviética y sus dominios. Se trataba de uno de los imperios más despóticos que el mundo ha conocido, pero no era la primera ocasión en la que despotismos aparentemente abrumadoramente poderosos se han marchitado ante fuerzas que apenas parecían estar a la altura de la tarea. Como el colapso del comunismo, las revoluciones francesa y rusa, el fin del régimen de Marcos, la caída del Sha [de Persia], todos parecían sobredeterminados a posteriori. Pero revelaron esa extraordinaria fragilidad de los despotismos que sigue cogiéndonos por sorpresa. No debería<sup>15</sup>. Los Estados despóticamente poderosos pueden ser extraordinariamente frágiles.

Por el contrario, aunque las dificultades contemporáneas de la democracia liberal podrían llevar a un cambio en las perspectivas de futuro de esta valoración (pero podrían no hacerlo; el jurado aún está deliberando), hay mucho que decir sobre la fortaleza de los poderes atemperados de las democracias liberales. Al menos en el

<sup>13</sup> Véase, con detalle, el párrafo citado anteriormente (Montesquieu, 1992, p. 63).

<sup>14</sup> Véase también Mann (1984, p. 477), donde, de forma más nítida, Mann contrasta «el poder sobre la sociedad civil, es decir, el despotismo» y «el poder de coordinar la sociedad civil, es decir, el poder infraestructural».

<sup>15</sup> Los últimos párrafos están extraídos de mis conferencias radiofónicas de la *Australian Broadcasting Commission* (las conferencias Boyer), *Between Fear and Hope. Hybrid Thoughts on Public Values*, (Sydney, ABC Books, 1997), pp. 112-113.

transcurso del siglo XX, los regímenes liberales moderados –despreciados y menospreciados durante gran parte de ese tiempo– mostraron, a su prosaica manera, aparentemente caótica e ineficaz, un poder de permanencia que muchos –frecuentemente durante ese siglo y con pruebas muy plausibles– habían puesto en duda. Esto puede deberse en parte al hecho de que el constitucionalismo y el Estado de Derecho no sólo se interponen en el camino del poder despótico, sino que también canalizan, dirigen, facilitan e informan la fuerza infraestructural. Tal vez, el momento de las instituciones específicas que han hecho ese trabajo esté pasando y será necesario que surjan nuevos tipos, pero no puedo concebir el final de la necesidad de que ese tipo de trabajo sea hecho de alguna forma.

Por otra parte, el Estado no es el único agente en juego, ni como fuente de problemas, ni como fuente de respuestas a los mismos. El ideal del Estado de Derecho implicará mucho más que la propia ley para poder responder con firmeza y eficacia a los ejercicios arbitrarios del poder, vengan de donde vengan. Una de las patologías más profundas del poder despótico que se encuentra en el extremo de los Estados totalitarios, es la subversión decidida de la fuerza no estatal y también estatal-infraestructural. Otra, que se encuentra en muchos despotismos poscomunistas, se produce cuando ayuda e instiga el poder de «oligarcas», «magnates» y similares de carácter no estatal.

## 7. Las complejas virtudes de la templanza

¿Cómo se podría captar esta aparente paradoja de restricciones que permiten, límites que empoderan, mezclas y equilibrios que no esterilizan, sino que fortalecen? Un momento de reflexión sobre la experiencia de la vida ordinaria mostrará que no hay ninguna paradoja real aquí. Cualquiera que haya aprendido a nadar habrá descubierto rápidamente que un rendimiento eficaz requiere dominar, y en cierto sentido llegar a ser dominado por, limitaciones técnicas y disciplinas para organizar y canalizar la energía bruta hacia un propósito bueno y eficaz. Nadie se imagina que el poder de un nadador (o de un boxeador) se vea disminuido por las disciplinadas limitaciones dentro de las cuales practican el ejercicio. Del mismo modo, la capacidad de las instituciones para concentrar sus poderes donde y como deben se ve reforzada por tradiciones, prácticas, requisitos, procedimientos e instituciones del Estado de Derecho que, entre otras cosas, redirigen sus movimientos para que no salpiquen o se estrellen en donde y como no deben.

Buscando un lenguaje para expresar esta paradoja nada paradójica, de moderación que fortalece, me vino a la mente el término «poder atemperador». Me entusiasmó y, por un momento, me sentí muy satisfecho de haber acuñado este término con este fin, aunque no tanto cuando descubrí los orígenes del término y de la idea en la antigüedad griega, romana y en el derecho anglosajón. Si fuera un filólogo como Nietzsche (Tongeren, 2001) o una académica especialista en la Grecia y la Roma antiguas como Helen North (1966), podría enriquecer el uso de esta metáfora de muchas formas que, como *homme moyen sensuel* que soy [NT. Sic en el original. Podría hablarse de *hombre medio* o *hombre de inclinaciones ordinarias*], no están a mi alcance. Pero el término inglés es suficientemente sugestivo por sí solo, e incluso con un poco de escudriñamiento no erudito, se capta mucho de lo que queremos en relación con el ejercicio del poder. Así que me he quedado con el poder atemperado, y sigo encontrando razones para aplaudir mi plagio ignorante.

Hay al menos tres registros en los que hablamos en inglés de *tempering* o *temperance*. El primero es como dimensión de la virtud personal, el segundo del comportamiento institucional y el tercero como proceso químico. En conjunto, todos ellos son molienda para el molino del Estado de Derecho. Para los griegos, el término

*sophrosyne*, que Cicerón tradujo al latín e introdujo en la tradición europea como *temperantia*<sup>16</sup>, era una de las cuatro virtudes cardinales. Incluía el control, en particular el autocontrol, y era lo contrario de la arrogancia, pero también sugería y suscitaba la moderación y el autoconocimiento. El ejemplo del autoconocimiento es importante. Como comenta Helen North sobre las tradiciones literarias griegas,

De Esquilo y Sófocles, de Heródoto y de los epigramas sepulcrales, aprendemos que para el ateniense de finales y mediados del siglo V, *sôphrosynê* implicaba moderación sensata, conocimiento de sí mismo y esa observancia exacta de los límites divinos y humanos que protege al hombre de peligrosos extremos de todo tipo. En la vida privada se opone a la *hybris*, y en la vida del Estado tanto a la anarquía como a la tiranía (North, 1947, p. 3).

Muchos aspectos del Estado de Derecho pretenden fomentar esas virtudes de moderación y autoconocimiento reflexivo (Waldron, 2010; 2011b).

Institucionalmente, la moderación sugiere una mezcla moderadora de poderes y otros elementos (por ejemplo, el poder con la ley; la justicia con la misericordia; la fuerza con la moderación), un equilibrio, diseñado para disminuir la severidad, la dureza de una intención o poder no rebajado. Así, Henry Bracton, el primer compilador del derecho consuetudinario inglés en el siglo XIII no pretendía debilitar al rey, que «no tiene igual en su reino», cuando le instó a «temperar su poder mediante la ley, que es la brida del poder» (Bracton, 1968, pp. 33, 109-110, 166-167 y 304-306)<sup>17</sup>. Otra vez:

El rey tiene un superior, a saber, Dios. También la ley por la que es nombrado rey. También su curia, es decir, los condes y barones, porque si está sin freno, es decir, sin ley, ellos deben ponerle el freno. [Por eso a los condes se les llama socios, por así decirlo, del rey; quien tiene un socio tiene un señor]. Cuando incluso ellos, como el rey, estén sin brida, entonces los súbditos gritarán y dirán “Señor Jesús, ata sus fauces con rienda y brida”.

En las representaciones medievales tempranas, *Temperantia* sostenía un cuenco, «en consonancia con la traducción de *temperamentum* como medida/mezcla adecuada/moderación» (Dohrn-Van Rossum, 1996, p. 5). Pero en la maravillosa Alegoría del Buen Gobierno de Lorenzetti, en el ayuntamiento de Siena, *Temperantia* sostiene un reloj de arena en lugar de un cuenco para mezclar, imagino que para hacer una observación similar. Entre las siete «virtudes del buen gobierno» del fresco, aparece inmediatamente flanqueada por *Justitia*, a un lado, que sostiene la cabeza cortada de algún delincuente (presumiblemente condenado con justicia), y *Magnanimita*, al otro, que distribuye libremente monedas de un gran plato. Es poco probable que la yuxtaposición sea accidental. La justicia y la magnanimidad son buenas, pero la templanza media entre ellas con paciencia mesurada, facilitando circunspecta reflexión. Una buena sociedad necesita las tres virtudes, más otras cuatro. Esta complejidad se echa de menos en gran parte del lenguaje convencional del constitucionalismo y el Estado de Derecho.

De hecho, aunque las concepciones negativas y restrictivas del constitucionalismo hablan a menudo de la separación de poderes, como todo el

<sup>16</sup> En realidad, «Cicerón sugiere cuatro traducciones diferentes de *sophrosyne*, todas ellas con sus propias connotaciones: *moderatio*, que significa moderación en el sentido de control y contención; *constantia*, que significa ser (permanecer) imperturbable o imperturbado; *frugalitas*, que significa frugalidad y ahorro; y la cuarta, que se convirtió en la más influyente: *temperantia*, que significa, por supuesto, templanza. Pero templanza tiene en latín, ciertamente en el latín de Cicerón, la connotación de: “*temperare* significa mezclar diferentes líquidos en la proporción adecuada» (Tongeren, 2001, p. 133).

<sup>17</sup> Igualmente, en Henry Bracton, «*De legibus Anglie*», fols. 7a, 34a–34b, 55b–56a, 107a–107b.

mundo sabe eso no es suficiente: la mezcla es la clave. Como observa Craiutu «Montesquieu, de hecho, era partidario de una mezcla más que de una separación estricta de poderes y se refería en su libro a *pouvoirs distribués* [NT. distribución de poderes] y no a *pouvoirs séparés*<sup>18</sup>» (Craiutu, 2012, p. 69). Esta distribución de poderes no disminuye la capacidad de ejercicio efectivo del poder. Al contrario, podría decirse que es un requisito previo para ello. Este es el peso de las sabias reflexiones de Holmes sobre las tentaciones que han sentido los gobiernos de «quitarse los grilletes» en tiempos de emergencia:

El Estado de Derecho impone al ejecutivo un incómodo grado de transparencia. Exige que las premisas fácticas del recurso del gobierno a la coerción y la fuerza se pongan a prueba en algún tipo de proceso contradictorio, dando a las partes interesadas y bien informadas una oportunidad justa de cuestionar la exactitud y fiabilidad de las pruebas. Así es como el debido proceso sirve al interés público y ayuda a reducir el riesgo de error. Rechazar el Estado de Derecho es temerario porque libera al gobierno de la necesidad de dar razones de sus acciones ante un tribunal que no depende de la desinformación alimentada en el pesebre y es capaz de responder. Un gobierno que no está obligado a dar razones de sus acciones puede pronto no tener razones plausibles para sus acciones (Holmes, 2007, p. 6).

Se pueden hacer observaciones análogas sobre el tercer sentido en el que utilizamos el término: para el proceso químico de templar el acero (y otros compuestos) para hacerlos más aptos para su propósito. Ciertamente, templar no significa debilitar sino, al contrario, endurecer; el compuesto resultante es menos quebradizo que su componente primario por sí solo. Al fin y al cabo, el acero templado es más fuerte que el hierro o el acero sin templar; como nos informa Wikipedia, su objetivo es «lograr una mayor tenacidad disminuyendo la dureza de la aleación». Y lo consigue mediante una mezcla juiciosa. Como si fuese un hábil metalúrgico<sup>19</sup>, John Braithwaite nos ha enseñado: «El acero templado es más flexible, pero es más fuerte para lograr sus objetivos: es resistente y reactivo. El acero templado se distingue del hierro por una combinación de aleación con carbono y otros controles y pruebas con calor extremo que lo hacen resistente» (Braithwaite, 2017, p. 25).

Por último, concluyo insistiendo en un cambio más de las implicaciones de esta sonora palabra. En 2020 fui entrevistado por el eminente periodista polaco Jacek Żakowski. La entrevista se realizó en polaco y apareció bajo el título «Cómo templar el poder» (Żakowski, 2020). A la pregunta de qué era lo que más faltaba en la política polaca, respondí que instituciones que puedan templar el poder de forma rutinaria, y añadí que Kaczyński, el gobernante polaco, «como muchos otros populistas, lo que no entiende es que un Estado limitado puede ser en realidad más fuerte que uno ilimitado, porque puede hacer efectivamente lo que debe hacer y no estropear lo que no le incumbe». Hablo algo de polaco, pero mi vocabulario tiene lagunas. Lo que no sabía hasta esta entrevista es que hay otra dimensión del concepto: la palabra polaca para sacapuntas es «*temperówka*». Así que Żakowski me repitió inmediatamente lo que yo había dicho: «El Estado debe ser como una pluma de ganso: bien templado, para actuar con precisión y no estropearlo todo con errores». Me pareció bien. Aunque no tenía ni idea de cómo exactamente la metáfora le había llevado hasta allí, le respondí «exactamente» (Żakowski, 2020, p. 103). Sólo lo supe cuando el artículo se publicó bajo una viñeta de un hombre con la cabeza metida en un sacapuntas, del que salían virutas del color de la bandera polaca. Ahora que sé lo que quería decir, sigo diciendo «exactamente». Al igual que las plumas templadas, las leyes deben

<sup>18</sup> [N.T]: «separación de poderes».

<sup>19</sup> Es posible: él sabe de todo.

estar afinadas y ser precisas, para que no estropeen las cosas, sino que, por el contrario, faciliten una caligrafía política propositiva y comunicativa.

Así pues, el término omnicomprendivo que prefiero para referirme a las aportaciones del Estado de Derecho es «templar el poder», en lugar de «limitar», o cualquiera de las otras palabras –domeñar, restringir, controlar, etc.– que se invocan habitualmente (Krygier, 2017c). No es que sean simplemente erróneas, pero es que no son suficientes para captar algunas características esenciales del Estado de Derecho, ni un elemento distintivo y positivo de su promesa. El Estado de Derecho no se limita a imponer restricciones, sino que depende también de generar efectivamente los resultados que pretende generar y que, en muchas circunstancias, son difíciles de conseguir de otra manera. Muchos aspectos del Estado de Derecho pretenden generar virtudes de moderación y autoconocimiento reflexivo, que son fomentadas por las prácticas e instituciones constitucionales y del Estado de Derecho, no contenidas o limitadas por ellas. Dichas prácticas e instituciones proporcionan «restricciones habilitadoras» que permiten un uso más centrado y eficaz del poder con fines positivos (al tiempo que dificultan algunos usos del poder con fines negativos).

Aplicado al ideal del Estado de Derecho, el atemperamiento puede sugerir una combinación juiciosa de mezcla, equilibrio, moderación, autoconocimiento y reflexión, todo lo cual contribuye a un tipo particular y saludable de fuerza. Estas sugerencias deben tenerse en cuenta, ya que la concepción negativa, el realismo tajante de Shklar u otros escépticos, aunque es la que más inmediatamente viene a la mente, no es la única forma de ver el constitucionalismo y el Estado de Derecho, y no es por sí sola la mejor.

## 8. El Derecho en la sociedad

No son muchos los que negarán que los ideales del Estado de Derecho son hostiles al poder arbitrario. Tampoco es probable que muchos, al menos entre los que se sienten atraídos por el Estado de Derecho, se opongan a la noción de «atemperar el poder», aunque no sea un término que hoy nos venga inmediatamente a la mente. Entonces, ¿qué se gana machacando estas viejas melodías con todo este *heavy metal*? ¿Qué diferencia hay en desenterrar estos términos e insistir en que deben ser lo primero, en que deben enmarcar nuestro pensamiento sobre el Estado de Derecho y no, como es más habitual, al revés? He intentado sugerir una razón en la sección anterior, pero tomárselo en serio sugiere otra. Aquí es importante seguir no sólo el significado sino algunas implicaciones generales de esta forma de hablar.

Como tantas veces, una pista viene de John Braithwaite. Hace algunos años, recibí de él una involuntaria pero poderosa provocación. Después de haber pasado todos esos años machacando con el Estado de Derecho, me sorprendió, en una conferencia que había organizado en 2011 sobre los medios de comunicación, la democracia y el Estado de Derecho, el argumento de una ponencia de John, con el título aparentemente inocente de «¿Es la separación de poderes una cuestión de Estado de Derecho? El caso de los medios de comunicación». John señaló que, aunque mucha gente habla del Estado de Derecho como «algo bueno en sí mismo», no era el caso. En su opinión, «es mejor considerarlo como parte de la separación de poderes que al revés». ¿Por qué debería importar el orden? Según Braithwaite:

Concebir la separación de poderes como una cuestión del Estado de Derecho constriñe la imaginación republicana sobre cómo luchar por nuevos tipos de separaciones de poderes. Conduce el pensamiento político a una jurisprudencia constitucional estéril y estática de una separación tripartita de poderes. Esto ocurre

cuando las condiciones de la modernidad nos obligan a ver las concentraciones privadas de poder, como las agencias de calificación y los ejércitos privados... tanto como peligros como contribuyentes a fértiles equilibrios de poder<sup>20</sup>.

Simpatizo con la «imaginación republicana» de John, pero incluso si no fuera así, encontraría interesante el argumento que expone aquí, aunque discreparía con la afirmación de que el objetivo es la «separación de poderes», por razones ya expuestas, y que creo que John aceptaría. Siguiendo a Montesquieu, prefiero «distribución» a «separación», y a su vez «atemperar» como razón subyacente de ambas. La distribución de poderes es una forma fuerte de atemperar el poder, no para ser valorado en sí mismo sino por lo que, en ciertas formas y para ciertos fines, puede prevenir y apoyar. Esto también es cierto de la separación, pero la separación no es suficiente. La distribución implica separación, pero también debe implicar conexión, cooperación y supervisión mutua, mezcla y equilibrios juiciosos, no sea que las fuentes de poder saludable (por ejemplo, para el mantenimiento de la paz, el cumplimiento de los acuerdos, etc.) se desarticulen y debiliten (Holmes, 2004, p. 9). No creo que Braithwaite esté en desacuerdo con nada de esto, de hecho, no es difícil encontrar pasajes en los que expone los mismos puntos, pero me temo que poner la «separación» en primer plano podría inducir a error.

La cuestión de fondo sigue ahí. Efectivamente, el argumento de este trabajo ha sido que ganaríamos mucho si siguiéramos la sugerencia de John de que la ley se considere, no como la pieza central siempre necesaria de la política de atemperamiento del poder, y para la que otras medidas son, en el mejor de los casos, adiciones secundarias o suplementarias, sino como una aplicación entre varias, de importancia potencialmente única en algunos aspectos y circunstancias, pero dependiente para su éxito de muchas otras cosas, y tal vez no más importante que estas últimas cosas para el logro de su propio objetivo. Como ha señalado recientemente John

Para las complejas condiciones del capitalismo contemporáneo, la simple prescripción liberal de redactar leyes y aplicarlas de forma igualitaria y coherente es una botella vacía... La reducción de la dominación requiere una pluralidad de instituciones que moderen el abuso de poder: comisiones anticorrupción; comisiones electorales independientes; comisiones de derechos humanos; defensores del pueblo; auditores generales públicos que interactúen productivamente con los auditores del sector privado; agencias de calificación privadas y públicas; regulación privada de las bolsas de valores; regulación pública de las bolsas de valores y de los títulos; policía antifraude; autoridades de la competencia que pidan cuentas a los monopolios; reguladores prudenciales; etc. Más importante que todos estos elementos, requiere una sociedad civil vigilante... (Braithwaite, 2017, p. 22).

Para concluir, hay dos diferencias fundamentales entre el planteamiento presentado aquí y la mayoría de los planteamientos convencionales. En primer lugar, el ideal no se concibe mejor en términos de limitación, sino de atemperamiento. Este ideal es importante porque el poder no temperado es a menudo detestable. Y si lo es, si el poder arbitrario presenta tales peligros, deberíamos desconfiar de él allí donde pueda ser significativo.

Y esto nos lleva a una segunda observación general: el poder atemperado, el ideal del Estado de Derecho, no se concibe mejor como un ideal autónomo por y para el Derecho y el gobierno. Es también, y en mi opinión principalmente y de forma más significativa, un ideal para la sociedad. Debe estar respaldado y sostenido por recursos sociales, y entendido en relación con, y como un elemento en la solución de,

---

<sup>20</sup> No creo que se haya publicado el discurso. Lo tengo en mis archivos.

los problemas perennes que surgen de las patologías que amenazan con acompañar al ejercicio del poder, dondequiera y en cualesquiera manos que sea lo suficientemente poderoso como para dañar.

Porque si el poder arbitrario es tan detestable y el poder atemperado tan importante como he sugerido, no es obvio por qué deberíamos centrarnos tan sólo en la arbitrariedad estatal o en el atemperamiento legal. Por un lado, tanto en el mundo prewestfaliano como en el mundo globalizado y corporativizado de hoy en día, ha habido muchos, y es probable que vaya a haber más, centros de gran poder susceptibles de arbitrariedad y consecuente abuso, aparte del Estado. Quizá Michael Walzer exagere un poco al afirmar que «los plutócratas y los meritócratas... son tan tiranos como los autócratas» (Walzer, 1994, p. 337)<sup>21</sup>, pero ¿por qué suponer que su potencial tiránico no tiene importancia?

¿Qué pasa con Al Qaeda, la mafia, los bancos, las grandes empresas, los omnívoros colectores de datos como Facebook o Google? Es poco probable que la lista de amasadores y detentadores de poder con potencial para ejercerlo arbitrariamente con un gran coste social sea corta o se quede fija. En todo el mundo, el capital tiene un poder y unas consecuencias enormes, y a menudo no están atemperados; de hecho, suelen resistirse a ser atemperados y con poderosos recursos. La lucha para atemperar el poder debe extenderse también a este tipo de poderes, y a menudo las medidas legales tradicionales son débiles, a veces espectacularmente débiles para hacerles frente. No debemos olvidar ninguna otra fuente de desafío sólo porque una de ellas haya sido tradicionalmente tan importante.

Una vez más, cuando el comunismo dejó de serlo, la promoción del Estado de Derecho se convirtió en una apuesta central. Pero no todos los problemas poscomunistas son problemas de Estado, que a menudo son demasiado débiles, al menos en ámbitos cruciales, sobre todo en dimensión infraestructural, en lugar de peligrosamente fuertes. Con el colapso del monopolio del poder del Partido único, el Estado de Derecho y el atemperamiento del poder no han sido resultados automáticos pues existen otras posibles fuentes externas de amenaza. Este es un punto que los populistas de los Estados poscomunistas explotan sin piedad, pero lo hacen en parte porque allí hay patologías que explotar. Así, poderosos actores económicos o redes de actores y relaciones políticas y político-económicas: «oligarcas» (Rusia), «magnates» (Croacia), «luchadores» (Bulgaria), «*biznesmeni*» y «*banksterzy*» (Polonia), mafias (en todas partes), han intentado, de diversas formas y con distintos grados de éxito, capturar, apoyarse o esquivar al Estado. Las redes clientelares particulares, comúnmente arraigadas en las estructuras de poder social, suelen tener relevancia política y, en ocasiones, jurídica. Cuando operan en el sistema jurídico, ejercen presión para anular las restricciones formales con consideraciones informales y antiformalistas, para conseguir exenciones, para paralizar o interrumpir procesos, para minimizar las penas o para obtener decisiones favorables. Y mucho de lo que hacen —emplear, negar empleo, especular, corromper, subvertir— no implica en absoluto al Estado, pero sí al ejercicio arbitrario del poder. Este es el país de las redes. Hay muchas, y su funcionamiento (en red) es a menudo secreto. Los populistas modernos, como los del PiS en Polonia o del Fidesz en Hungría (que, a su vez, hacen muy poco por destruir tales fuerzas y simplemente las sustituyen por sus propias redes), exageran estos aspectos de forma enorme e irresponsable, pero hay una

<sup>21</sup> [NT]. Los términos señalados tienen connotaciones difícilmente traducibles en español. El uso del término inglés «*wrestlers*» que recoge del autor se refiere posiblemente a los luchadores que practican lucha libre y participan en espectáculos de ese tipo. Los términos *biznesmeni* y *banksterzy*, aluden, respectivamente, a empresarios y banqueros con una connotación despectiva, en ambos casos, del tipo estafadores, ladrones, piratas, etc.

razón por la que tienen eco: ignorarlas es simplemente hacer el juego a quienes desearían exagerar su importancia.

Sin duda, siempre que el poder sea lo suficientemente importante como para acarrear el tipo de daños que he mencionado, debería suscitar el tipo de preocupaciones que han tenido los partidarios del Estado de Derecho. Si el poder arbitrario es tan detestable como muchos han pensado, es probable que lo sea siempre que alguna persona o grupo o institución disponga del poder suficiente como para utilizarlo con efectos perjudiciales. Philip Selznick escribió un libro maravilloso, *Law, Society, and Industrial Justice*<sup>22</sup>, sobre cómo se podría pensar en llevar los valores del Estado de Derecho a las relaciones entre las grandes organizaciones y sus miembros. Era un gran libro, pero solitario.

La prueba debería ser el tipo y la cantidad de poder que tiene una entidad y las probables consecuencias del ejercicio arbitrario de ese poder, no su ubicación. Así pues, quienes identifican acertadamente el poder arbitrario como un problema que necesita solución deben ampliar sus miras. A veces los Estados serán objetivos clave, a veces no, y que lo sean o no es una cuestión contingente. Depende.

A la inversa, cualesquiera que sean las fuentes del poder arbitrario, ¿por qué suponer que las instituciones, normas y procedimientos jurídicos fundamentales son probablemente susceptibles de estar de manera uniforme en el centro de la solución de cualquier problema que uno haya postulado para el ideal del Estado de Derecho (a menos que ya se haya resuelto esa cuestión por definición)? ¿Y por qué imaginar que los medios para conseguirlo son siempre y en todas partes una u otra selección particular de instituciones, prácticas o normas jurídicas? Estos medios son elusivos, pueden variar y hay que encontrarlos.

Cuando tratamos de encontrarlos, el discurso y la imaginación de los juristas y los académicos del Derecho convencionales a menudo no nos conducen en la dirección correcta ni nos llevan lo suficientemente lejos. Muchas de las amenazas que se ciernen sobre los valores del Estado de Derecho proceden de fuera del Estado, muchos de los remedios a dichas amenazas también tendrán que encontrarse fuera del Estado y de sus leyes, e incluso cuando el Estado y la ley son relevantes, su importancia depende de organismos y corrientes sociales que no controlan.

El poder no temperado [*untempered*] puede florecer fuera del Estado en formas a las que la ley tiene dificultades, o a veces ningún interés, en llegar. Así pues, el discurso, las sensibilidades y la imaginación de los juristas y académicos del Derecho convencionales a menudo no nos guiarán en la dirección correcta ni nos llevarán lo suficientemente lejos. De hecho, recurriendo una vez más a Braithwaite, «la dominación es resistente porque siempre es capturada por las fuerzas más poderosas de una sociedad, ya sean fuerzas de poder estatal o privado o el complejo militar-industrial. Por lo tanto, el poder debe atemperarse en todos los sentidos» (Braithwaite, 2017, p. 25).

Tomarse en serio el ideal del Estado de Derecho exige reconocer que muchas de sus fuentes potenciales de apoyo más significativas se encuentran a menudo, y de hecho es necesario encontrarlas, en instituciones, prácticas y tradiciones de la sociedad en general, no sólo en los centros institucionales obvios del derecho oficial, o incluso cerca de ellos. Por lo tanto, la importancia de las características de las instituciones jurídicas, las características formales y procesales o lo que sea, que se considera que constituyen el Estado de Derecho y que se recomiendan a los países

---

<sup>22</sup> New Jersey: Transaction Press, 1969.

que lo necesitan, depende del éxito que tengan a la hora de apoyar la consecución de este valor. Esa tiene que ser la prueba.

El reto para cualquiera que pretenda atemperar el poder en cualquier sitio no consiste primordialmente en emular o parodiar prácticas que puedan haber funcionado en algún otro sitio, sino en encontrar la manera de reducir la posibilidad de un ejercicio arbitrario del poder, sea cual sea éste, lo tenga quien lo tenga, dondequiera que se encuentre. Qué papel pueda desempeñar el derecho para ayudar a lograr esa solución, y cuál sea la mejor manera de desempeñar ese papel, son cuestiones con respuestas contingentes y variables, que probablemente se responderán de manera diferente en circunstancias distintas. En conjunto, este ideal expresa una aspiración a un logro social, político y jurídico complejo: el atemperamiento del ejercicio del poder de modo que se reduzcan las posibilidades de arbitrariedad. Los actos del Estado y las formas del Derecho pueden contribuir, en diversos grados, pero nunca por sí solos.

Me gusta una frase acuñada con otro propósito por Gianfranco Poggi. Caracteriza el concepto de sociedad de Durkheim –lo que la distingue de una mera masa de personas– como una realidad contingente; «real en la medida en que ocurren ciertas cosas» (Poggi, 2000, p. 85) como son los comportamientos socialmente pautados, las normas compartidas e interiorizadas, etcétera. Pienso así en el ideal y el sentido del Estado de Derecho. Es un logro relativo y variable, no todo o nada. Pero se puede decir que está en buen funcionamiento o pendiente de reparación en la medida en que existe un cierto tipo de estado de cosas positivamente valorado al que el Derecho contribuye de forma particular y variable. En la concepción que aquí se defiende, el ideal del Estado de Derecho está bien servido en la medida en que el ejercicio del poder político, social y económico en una sociedad está efectivamente temperado, restringido y canalizado en una medida significativa, de modo que los ejercicios no arbitrarios de tales poderes son relativamente frecuentes, mientras que otros tipos, como el ejercicio de poderes desordenados, caprichosos y malintencionados, ocurren con menos frecuencia.

Por supuesto, los Estados se distinguen en muchos aspectos; entre ellos en que disponen de enormes fuentes potenciales de poder que pueden ayudar y perjudicar de forma generalizada. En los contextos de Europa del Este que me trajeron a estas preocupaciones, esto se está poniendo de manifiesto de nuevo por los nuevos populistas que, en muchos sentidos, están retomando lo que hace 30 años parecía haberse abandonado de forma definitiva: las ideologías perniciosas y las prácticas diseñadas para ensalzar y servir al ejercicio arbitrario del poder. Nada de lo que está ocurriendo allí sugiere que el Estado esté muerto, y he tratado, en otro lugar, de examinar por qué ha sido tan fácil hacer que vuelva a estar maliciosamente vivo (Krygier, 2019b).

Así pues, nada de lo que he dicho pretende sugerir que los Estados y el Derecho carezcan de importancia, ya sea como fuentes de problemas o de soluciones a los mismos. Sin embargo, algo de esto podría ayudarnos a ver su (variable) importancia en perspectiva, y a dar la debida importancia tanto a otras fuentes de poder que podrían necesitar ser atemperadas, como a otras entidades, instituciones y grupos sociales que podrían necesitar ser reclutados para esa causa.

En lugar de suponer que, probablemente, en los próximos años nos encontraremos con nuevas fuentes de problemas complejos, a veces sin precedentes, en lugares predeterminados axiomáticamente, y de que responderemos con elementos de listas de lavandería preempaquetadas, sería mejor que empezáramos preguntando: ¿Qué está en juego? ¿De qué se trata? Si lo que está

en juego parece importante, habrá que buscar respuestas. Aquí los juristas y los filósofos tienen un papel, pero no siempre el principal. Habrá que recurrir a teóricos e investigadores sociales. Un jurista o un teórico del Derecho en su torre de marfil, quizá podría decir a esa gente: «el poder arbitrario parece un problema. ¿Podría averiguar cuál podría ser la solución? Si la respuesta es «todo depende», deberíamos reconocerlo como un consejo sabio y no como una admisión de derrota».

## 9. Y no olvidéis la política

Por último, la política. Hemos visto que gran parte de lo que se dice sobre el Estado de Derecho es jurídico. Gran parte de ello, y también de la promoción del Estado de Derecho, tiene un sabor claramente epistemológico: el problema de la promoción del Estado de Derecho se considera un problema de conocimiento, principalmente de conocimiento jurídico.

Los promotores del Estado de Derecho, las agencias internacionales, los gobiernos, que han gastado miles de millones de dólares en «promoverlo» en los últimos treinta años, en gran parte espoleados por el colapso del comunismo (Krygier, 2014), tienen un problema: normalmente se han sentido decepcionados con los resultados de sus esfuerzos. Hay pocas historias de éxito. ¿Por qué? Gran parte de la promoción del Estado de Derecho trata el problema que pretende resolver como un problema técnico-jurídico, que debe ser abordado por expertos jurídicos con medios jurídicos, diseñado por expertos en la materia y enseñado a los menos expertos. Así que, si las cosas no funcionaban, se consideraba que los beneficiarios de nuestra generosidad tenían lo que podría llamarse un problema epistemológico, un problema de conocimiento, de su conocimiento. Ellos no saben lo que es el Estado de Derecho, ni lo que exige; nosotros sí, y el trabajo consiste en educarles y proporcionarles formación técnica jurídica e institucional y modelos a seguir. Y no partimos de la nada; tenemos las «mejores prácticas internacionales» en las que basarnos.

Hay muchas razones por las que adoptar localmente las mejores prácticas internacionales es una empresa delicada –algunas de las cuales ya se han mencionado– y algunos reformistas llegaron a creer que con ellas no se acababa el asunto. Así que algunos promotores, entre ellos el Banco Mundial, empezaron a hablar de pasar de la «mejor práctica» a la «mejor adecuación», de nuevo concebida de forma principalmente epistemológica. Esta vez, en un *mea culpa* parcial, los reformadores admitieron que el problema era que nosotros, los proto-reformadores, necesitábamos saber más que la generación anterior sobre la cultura de los receptores, las relaciones sociales, las formas de abordar las disputas, etcétera. Y, sin duda, a menudo también era cierto. Pero, aunque cada generación encontró un lugar diferente para la limitación epistemológica, lo que ambas generaciones compartían era la creencia de que eran las lagunas epistemológicas técnicas, las lagunas en el conocimiento y la comprensión, las principales responsables de las dificultades a la hora de promover el Estado de Derecho.

Esta suposición epistemológica encajaba con otra característica de los enfoques comunes para «construir» el Estado de Derecho, reflejada en parte del lenguaje utilizado a menudo. En los casos en los que el Estado de Derecho debía «construirse», uno se encontraba a menudo atestado de «ausencias» y «carencias»: carecen del Estado de Derecho y de la comprensión de las disposiciones legales de las que depende el Estado de Derecho, y/o no entendemos lo que tienen, carecen y necesitan. ¿Cómo de grandes son las carencias, cómo de grandes las ausencias? Bueno, eso se puede marcar en una escala, metafóricamente –más alto, más bajo– o literalmente, en uno de los «índices» compilados por los diversos generadores de indicadores del Estado de Derecho que proliferan ahora, que

pretenden calificar si un país lo hace bien, medianamente, mal, etc., en la consecución del Estado de Derecho, o elementos putativos del Estado de Derecho, extraídos de muchos «indicadores» ponderados numéricamente (Versteeg y Ginsburg, 2017).

Quiero sugerir que esta forma de concebir los problemas de la generación del Estado de Derecho es doblemente errónea. En primer lugar, lo que está en juego cuando el Estado de Derecho no funciona bien no es a menudo una carencia, una ausencia de comprensión o de voluntad en favor del Estado de Derecho, o no sólo o principalmente eso, sino más bien la presencia de algo más, una agenda contradictoria, a menudo anclada en una *Weltanschauung* bastante diferente y a menudo hostil. A menudo, quienes persiguen esa agenda no tienen ningún problema epistemológico. Saben lo que quieren y no quieren el Estado de Derecho en ningún sentido plausible del ideal, aunque puedan utilizar el término porque necesitan el halo que confiere, el dinero que atrae y las sanciones que podría bloquear. Así que pueden imitar las técnicas, elegir las «peores prácticas constitucionales» existentes para protegerlas de la crítica jurídica internacional y nacional (Scheppele, 2018). Pero tienen otros ideales. Y eso suele ser cierto cuando la promoción del Estado de Derecho se persigue enérgicamente con fines hostiles al Estado de Derecho.

En segundo lugar, el incumplimiento de lo que podríamos considerar como principios fundamentales del Estado de Derecho no suele ser principalmente un problema técnico, sino un problema profundamente político<sup>23</sup>. En cierto sentido, no necesito insistir en el segundo punto, aunque concluiré con él. Es obvio para todos que la oposición del Primer Ministro Orbán, o del gobernante de facto (pero en absoluto de iure) Kaczyński o del Presidente Erdogan, al encuadramiento jurídico y a la limitación de su poder es de naturaleza política. Pero merece la pena insistir en este punto porque se presta demasiada atención a las especificaciones jurídico/institucionales del Estado de Derecho, y mucho menos a los fines que persiguen quienes utilizan la ley (y otros instrumentos). Nos dedicamos a dar consejos técnicos y sutiles sobre el Estado de Derecho que los *democratadores*, es decir, los aspirantes a dictadores disfrazados de demócratas suelen acomodar felizmente y abusan de ellos a falta de que se examine la existencia del Estado de Derecho en términos de los valores fundamentales a los que necesitamos que se debe servir.

Empiezo por el primer error. Hace un par de años, un brillante etnógrafo y politólogo australiano, Nick Cheesman, publicó un importante libro, cuyo significado es mucho más amplio de lo que sugiere su título. Se titula *Opposing the Rule of Law. How Myanmar's Courts make Law and Order*. Cheesman es la fuente de mi argumento sobre las escalas y las ausencias. El encontró en Birmania, y argumenta que también se encuentra a menudo en otros lugares donde los promotores del Estado de Derecho simplemente ven lagunas a ser rellenadas por ellos mismos, que:

Si los estudiosos y profesionales [del Estado de Derecho] utilizamos los criterios del Estado de Derecho para medir las prácticas de instituciones que responden a otras ideas, corremos el riesgo de malinterpretarlas y tergiversarlas. ... Confundimos el problema con una brecha entre los principios y la práctica, entre la aspiración y la realidad, que hay que rectificar mejorando la formación, las leyes y la financiación, cuando el problema es de una naturaleza diferente. Los partidarios de la ley y el orden no son los ocupantes de los peldaños inferiores en una escalera hacia el Estado de Derecho; están subiendo por una escalera diferente (Cheesman, 2012, p. 259).

Su argumento central es que la «ausencia» del Estado de Derecho no es necesariamente un espacio vacío, la zona cero, sino a menudo, y en Myanmar en

<sup>23</sup> Esto no es nuevo para algunos críticos de la ortodoxia del Estado de Derecho. Véase, por ejemplo, Kleinfeld (2012).

abundancia, algo más –con sus propias motivaciones, razones, instrumentos y consecuencias– que debe entenderse en sus propios términos. Cheesman señala que, frecuentemente, no se trata simplemente de que la gente esté más o menos interesada o informada o sea más o menos experta en la consecución del Estado de Derecho y, por tanto, esté más o menos arriba en una escala de consecución del Estado de Derecho. Más bien, con frecuencia tienen propósitos y ambiciones, a veces personales, a veces corporativos, comúnmente a largo plazo y estratégicos, con frecuencia altamente institucionalizados, para los que se emplea el Derecho, a menudo de forma centralizada, que son sistemática, institucional y prácticamente antitéticos al Estado de Derecho; no como una cuestión de accidente o ineptitud, sino deliberadamente.

El lenguaje que utilizamos para describir estos desafíos populistas anticonstitucionalistas<sup>24</sup>, por ejemplo, a menudo no capta la agencia activa, enérgica e implacable que implica. Se oye mucho este lenguaje en relación con los avances de los populistas autoritarios en los últimos años. Hablamos de «retroceso», «decadencia», «erosión», «declive», «regresión»; todo lo cual podría aplicarse perfectamente al progreso (o retroceso) del desarrollo orgánico: yo tampoco soy tan joven como solía ser; estoy «declinando», algunos podrían decir «decaendo». Pero todo el mundo me quiere, así que mi decadencia no se debe a los demás, sino que es asunto mío. Pero viviendo como vivimos al final de *El fin de la historia* podemos ver que no todo el mundo ama la democracia constitucional y el Estado de Derecho. Tienen enemigos reales, en muchos lugares resueltos y enérgicos en la búsqueda de actividades y fines subversivos que estas metáforas orgánicas y solipsistas no logran captar. Necesitamos un lenguaje que pueda captar y una práctica que pueda responder a la subversión activa y hostil y, de hecho, al sabotaje, ya que, como ha señalado acertadamente Kim Scheppelle, «enterrada en la historia del declive [democrático], ... hay una historia de malicia constitucional» (Scheppelle, 2018, p. 547).

## 10. Conclusiones

El ideal del Estado de Derecho es un ideal jurídico fundamental, pero también lo es social y político. Lo que está en juego en los desafíos modernos al constitucionalismo y al Estado de Derecho no es principalmente esta o aquella institución, práctica, norma o forma jurídica concreta, que podría variar legítimamente en el tiempo y de un lugar a otro, sino más bien el sentido de la empresa y si lo que tenemos sirve para lo que queremos.

Ahora que el ideal del Estado de Derecho se cuestiona cada vez más y con más fuerza, los que están comprometidos con él tendrán que hacer algo más que ofrecer asistencia técnica, basándose en un modelo u otro de cómo funciona donde funciona. Tienen que explicar por qué es importante. Y eso nos da una razón más para preferir la teleología a la anatomía. La anatomía, después de todo, puede hacerse de forma bastante satisfactoria en un cadáver, pero un ideal sólo puede perseguirse si uno está animado por él, y para eso ayuda estar vivo. La promoción del Estado de Derecho necesita pensar más en cómo hacerlo vivir.

Un ataque a la integridad institucional de las principales instituciones que pueden atemperar el poder, ya sean tribunales constitucionales u organizaciones de

---

<sup>24</sup> Digo anticonstitucionalista porque, como han señalado muchos observadores, los nuevos populistas a menudo no son en absoluto hostiles a las constituciones o a la ley, que utilizan abusando de ellas. Son hostiles a los compromisos normativos que son centrales para el constitucionalismo y el Estado de Derecho.

la sociedad civil, atenta contra los valores centrales del Estado de Derecho. En su esencia, éstos tienen que ver con la hostilidad al ejercicio arbitrario –ya sea incontrolado, impredecible, irrespetuoso o infundado– del poder. Cuando son subvertidos, esos valores necesitan defensores, en realidad, campeones. Y es de esperar que consigan esos valores, ya que los demagogos populistas a menudo se extralimitan y «el pueblo» se inquieta. Al menos en Polonia, y en menor medida en Hungría, se observan algunos signos alentadores en este sentido, así como indicios de que los opositores son conscientes de la subversión de los valores del Estado de Derecho y de que no sólo hay que reafirmarlos, sino institucionalizarlos.

Pero los defensores no lo harán por sí solos y es poco probable que persuadan a grandes multitudes con argumentos puramente jurídicos, que en cualquier caso a menudo no procederán ya que, de nuevo, los «abusadores del constitucionalismo» encontrarán frecuentemente formas de subvertir la ley desde dentro, por medios jurídicamente válidos. En estas circunstancias, la meticulosidad jurídica no es respuesta suficiente a estos usos y abusos altamente manipuladores del, si se me permite la expresión, legalicismo contra el Estado de Derecho.

En muchas partes del mundo, los valores del Estado de Derecho nunca han tenido un fuerte enganche en el poder. Necesitan toda la ayuda posible de todos los que puedan dársela. Los populistas anticonstitucionalistas contemporáneos, por ejemplo, y muchos otros opositores al poder atemperado son plenamente conscientes de las consecuencias de lo que hacen. Están decididos a no prestar ninguna ayuda a los ideales del Estado de Derecho. Quienes pretendan oponerse a la intemperancia populista y autoritaria tendrán que hacer algo más que oponerse a las tácticas y maniobras (il)-legales. Necesitarán, por encima de todo y de todas las formas (no arbitrarias) que puedan, exponer lo que está en juego: el sentido del Estado de Derecho y no, meramente, sus medios específicos (que muchos subversores gestionan con facilidad). Los defensores del Estado de Derecho tienen que difundir su capital: no sólo hablar entre ellos (aunque eso también tiene su importancia), sino con la sociedad en la que viven y, de hecho, con el resto del mundo. Aunque de forma relevante e inmediata, sea cuestión de leyes o juristas, en última instancia no se trata de ellos. Se trata de la antigua conciencia de que el poder ilimitado es un poder peligroso. Así que está en el interés de TODOS que ese poder sea atemperado y tamizado.

En razón de que eso es así, hay que movilizar a todo aquel que sea posible. La razón, repito, es que el Estado de Derecho nunca es una mera cuestión jurídica. Es siempre, pero quizás de forma más dramática cuando se abusa de él, una cuestión de social y política. Todas las formas de activismo (legal) social y político deben participar en el esfuerzo de defender a la sociedad, a la política y al derecho contra la arbitrariedad. Y así, tanto como los juristas, los ciudadanos de a pie deben comprender el sentido del Estado de Derecho, aunque no conozcan ninguna ley, y estar decididos a defenderlo y sostenerlo, frente a las numerosas amenazas que se empeñan en subvertirlo.

## Bibliografía

- Arnold, S. y Harris, J. R. (2017). What is Arbitrary Power?. *Journal of Political Power*, 10 (1), 55-70. <https://doi.org/10.1080/2158379X.2017.1287473>
- Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*. Penguin Books.
- Bracton, H. (1968). *On the Laws and Customs of England*, vol. II Cambridge University Press.
- Braithwaite, J. (2002). Rules and Principles. A Theory of Legal Certainty. *Journal of the Australian Society of Legal Philosophy*, 47-82.

- Braithwaite, J. (2017). Hybrid Politics for Justice: The Silk Road for restorative justice Part II. *Restorative Justice*, 5, 7-28. <https://doi.org/10.1080/20504721.2017.1294795>
- Carothers, T. (2006). *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*. Carnegie Endowment for International Peace.
- Cheesman, N. (2012). *Opposing the Rule of Law. How Myanmar Courts Make Law and Order*. CUP.
- Danta, D. (1993). Ceausescu's Bucharest. *American Geographical Society*, 83, 170-182.
- Dohrn-van Rossum, G. (1996). *History of the Hour: Clocks and Modern Temporal Orders*. University of Chicago Press.
- Elster, J. (2000). *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge University Press.
- Endicott, T. (2014). The Coxford Lecture. Arbitrariness. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 49-72
- Hall, J. A. (1985). *Powers and Liberties. The Causes and Consequences of the Rise of the West*. University of California Press.
- Hayek, F. (1979). *Law, Legislation, and Liberty*. University of Chicago Press
- Hayek, F. (1994). *The Road to Serfdom*. University of Chicago Press.
- Holmes, S. (1995). *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*. Chicago University Press.
- Holmes, S. (1997). What Russia Teaches us Now. *The American Prospect*, 30-39.
- Holmes, S. (2004). Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion. En R. Dworkin (ed.), *From Liberal Values to Democratic Transition. Essays in Honor of János Kis*. CEU Press.
- Holmes, S. (2007). *The Matador's Cape. America's Reckless Response to Terror*. Cambridge University Press.
- Kleinfeld, R. (2012). *Advancing the Rule of Law Abroad. Next Generation Reform*. Carnegie Endowment for International Peace.
- Krygier, M. (2011). Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?. En J. E. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law (64-104)*. New York University Press.
- Krygier, M. (2014). The Rule of Law after the Short Twentieth Century: Launching a Global Career. En R. Nobles y D. Schiff (eds.), *Law, Society and Community: Essays in Honour of Roger Cotterrell (327-346)*. Ashgate.
- Krygier, M. (2016). The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures. *Annual Review of Law & Social Science*, 12, 199-229. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134103>
- Krygier, M. (2017a). Legal Pluralism and the Rule of Law. En A. Halpin y N. Roughan, (eds.), *Jurisprudence without Borders (294-325)*. Cambridge University Press.
- Krygier, M. (2017b). Transformations of the Rule of Law: Legal, Liberal, Neo. En B. Golder y D. McLoughlin (eds.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age (19-43)*. Routledge.
- Krygier, M. (2017c). Tempering Power. En M. Adams, E. Hirsch Ballin, A. Meuwese (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law. Bridging idealism and realism (34-59)*. Cambridge University Press.
- Krygier, M. (2019a). The Rule of Law and State Legitimacy. En W. Sadurski, M. Sevel y K. Walton (eds.), *Legitimacy. The State and Beyond (106-136)*. Oxford University Press.
- Krygier, M. (2019b). The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist "Transitions", Populism, and the Rule of Law. *European Constitutional Law Review*, 544-573. <https://doi.org/10.1017/S1574019619000294>
- Krygier, M., Czarnota, A. y Sadurski, W. (2022). *Anti-Constitutional Populism*. Cambridge University Press.

- Lacey, N. (2008). Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate. *New York University Law Review*, 83 (4), pp. 1059-1087.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis, Law Review*, 47, 189-260. <https://ir.law.fsu.edu/articles/555>
- Lane Scheppelle, K. (2017). Constitutional Coups in EU Law. En M. Adams, A. Meuwese y E. Hirsch Ballin (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism* (446-478). Cambridge University Press.
- Lane Scheppelle, K. (2018). Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 545-583. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/2>
- Loughlin, M. (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press.
- Lovett, F. (2012). "What Counts as Arbitrary Power?". *Journal of Political Power*, 5 (1), 137-152.
- Mann, M. (1986). *Sources of Social Power*. Cambridge University Press.
- Mann, M. (1988). The Autonomous Power of the State. Its Origins, Mechanisms and Resources. En M. Mann, *State, War and Capitalism*. Blackwell.
- Mason, W. (2011). *The Rule of Law in Afghanistan. Missing in Inaction*, Cambridge University Press.
- Massoud, M. (2013). *Law's Fragile State*, Cambridge University Press.
- Montesquieu, C. L. (1992). *The Spirit of the Laws*. Cambridge University Press, 1992.
- Craiu, A. (2012). *A Virtue for Courageous Minds. Moderation in French Political Thought, 1748-1830*. Princeton University Press.
- Moore, S. F. (2001). *Law as Process. An Anthropological Approach*. James Currey.
- North, H. (1947). *A Period of Opposition to Sôphrosynê in Greek Thought*. Transactions and Proceedings of the American Philological Association, 47.
- North, H. (1966). *Sophrosyne: Self-Knowledge and Self-Restraint in Greek Literature*. Cornell University Press.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism*. Oxford University Press.
- Poggi, G. (2000). *Durkheim*. Oxford University Press.
- Pritchett, L. y Woolcock, M. (2010). Matt Capability Traps? The Mechanisms of Persistent Implementation Failure. *Centro para el Desarrollo Global. Working Paper* no. 234.
- Raz, J. (2019). The Law's Own Virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (3), 1-15. <https://doi.org/10.1093/ojls/qy041>
- Reid, J. F. (2004). *The Rule of Law*. Northern Illinois University Press.
- Scheppelle, K. L. (2019). Worst Practices in the Transnational Legal Order. En G. Shaffer, T. Ginsburg, T. C. Halliday (eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order* (188-233), Cambridge University Press.
- Scott, J. C. (1988). *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- Selznick, P. (1992). *The Moral Commonwealth*. University of California Press.
- Sempill, J. A. (2018). What Rendered Ancient Tyrants Detestable: the Rule of Law and the Constitution of Corporate Power. *The Hague Journal on the Rule of Law*, 219-253. <https://ssrn.com/abstract=3165879>
- Shklar, J. N. (1998a). Political Theory and the Rule of Law. En J. N. Shklar y S. Hoffmann (ed.), *Political Thought and Political Thinkers* (21-37). University of Chicago Press.
- Shklar, J. N. (1998b). The Liberalism of Fear. En J. N. Shklar y S. Hoffmann (eds.), *Political Thought and Political Thinkers* (3-20). University of Chicago.
- Sharon, A. (2016). Domination and the Rule of Law. En D. Sobel, P. Vallentyne y S. Wall (eds.), *Oxford Studies in Political Philosophy* (128-155). Oxford University Press.

- Skąpska, G. (2018). Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*, 7 (1), art. 12, 276-301.
- Stark, D. y Bruszt, L. (1998). *Postsocialist Pathways*. Cambridge University Press.
- Thucydides. (1910). 'The Melian Dialogue. En Thucydides, *The Peloponnesian War* (84-116). J. M. Dent; New York, E. P. Dutton.
- Tongeren, P. (2001). Nietzsche's Revaluation of the Cardinal Virtues: the case of Sophrosyne. *Phronimon*, 128-49.
- Varol, O. O. (2015). Stealth Authoritarianism. *Iowa Law Review*, 100, 1673-1742. <https://ssrn.com/abstract=2428965>
- Versteeg, M. y Ginsburg, T. (2017). Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators. *Law & Social Inquiry*, 42, 100-137. <https://doi.org/10.1111/lisi.12175>
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (2002). The Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida). *Law and Philosophy*, 21 (2), 137-164.
- Waldron, J. (2010). Constitutionalism: A Skeptical View. *NYU School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, 10-87. <https://ssrn.com/abstract=1722771>
- Waldron, J. (2011a). The Rule of Law and the Importance of Procedure. En J. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law* (3-31). New York University Press.
- Waldron, J. (2011b). *Thoughtfulness and the Rule of Law*. British Academy Law Lecture.
- Waldron, J. (2013). Political Theory: An Inaugural Lecture. *Journal of Political Philosophy*, 21 (1), 1-23. <https://doi.org/10.1111/jopp.12007>
- Walzer, M. (1994). *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. IN: University of Notre Dame.
- Williams, B. (2005). The Liberalism of Fear. En B. Williams, *In the Beginning was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (52-61). Princeton University Press.
- Żakowski, J. (2020). Jak temperować władzę. En J. Żakowski (ed.), *Wirus 2020. Sic 2020*.