



REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO

Estudios en Homenaje al Profesor
Daniel Eduardo Rafecas

Coordinadores | José Marco Tayah | Letícia Danielle Romano | Paulo Aragão

Prólogo de la Ignacio F. Tedesco

Presentación de Ricardo D. Rabinovitch-Berkman

- | | |
|--|---|
| Alvaro Fuentesliza Hernández | Mariana de Górgis Hissairine de Souza Lima Antonia delval de Lima |
| Ariane Silva Barbose José de Armatéria Barbosa | Marta Helena Mendes de Queiroz |
| Edina Gaschnig Cassali | Martide de Paula Soares |
| Daniela Cristóvão Alfonso | Mitzi Helena Barbatolo |
| Em que Javier Morales | Neremias Domingos de Melo Luis Fernando Domingos de Melo |
| Franciel Maria Correia Pinheiro | Paulo Aragão e Thiago Brito de Farias |
| Gianna Isabel Osana Garimaria | Paulo César da Silva |
| Hernán Adrián Gómez | Samuel Malanudi Herrera |
| Humberto Zechlinski Xavier de Freitas | Tania Maria Cardoso Silva Amâncio |
| Jacueline Sampaio de Oliveira Peter Vieira de Siqueira | Tania Mota de Oliveira |
| José Estanislau Schuler | Thiago Anselmo Guimarães |
| José Maria Tiyafá Letícia Danielle Romano | Ulisses Castro Laveses Neto |
| Luciana Freitas Pereira | Wesley Francisco Ferreira Neto |



REFLEXIONES SOBRE DERECHO LATINOAMERICANO

Estudios en Homenaje al Profesor

Daniel Eduardo Rafecas

VOLUMEN

13

Coordinadores

José Marco Tayah

Leticia Danielle Romano

Paulo Aragão

Prólogo de la

Ignacio F. Tedesco

Presentación de

Ricardo D. Rabinovich-Berkman



ZCR
Gráfica e Editora

Fortaleza | Buenos Aires
2014

Copyright © 2014 por José Marco Tayah, Paulo Aragão e Letícia Danielle Romano
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano – Volumen 13

Projeto Gráfico e Capa | *Carlos Alberto A. Danza* – carlosalberto.adanaza@gmail.com

Nota Editorial: Dejamos expresa constancia que los artículos aquí expuestos fueron escritos y realizados por alumnos que actualmente están cursando en la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tanto el contenido de los mismos, con la traducción al idioma español, son exclusiva responsabilidad de ellos. La Editora LCR, o Consejo Editorial Latino y los coordinadores no se responsabilizan por el contenido de los mismos.

Nota de Esclarecimiento: Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo e tradução de seu artigo, não tendo a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e seus professores, a Editora LCR, o Conselho Editorial Latino e os coordenadores da Coleção Reflexões sobre Direito Latino-americano qualquer espécie de responsabilidade por eventuais equívocos.

José Marco Tayah, Paulo Aragão e Letícia Danielle Romano
(COORDENADORES)

CIP – Cataloguing-in-Publication – Brasil Catalogação na Publicação
Ficha Catalográfica feita pela editora

T23u Tayah, José Marco; Aragão, Paulo; Romano, Letícia Danielle
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano : estudios en homenaje al profesor Daniel Eduardo Rafecas / José Marco Tayah; Paulo Aragão; Letícia Danielle Romano. – Fortaleza – Buenos Aires : Gráfica LCR, 2014.

456 p. : 16 x 23 cm ; Il. Foto

ISBN 978-85-7915-188-0

1. Derecho 2. Derecho Internacional Público 3. Genocidio – Derecho Internac-
cional 4. Derecho Internacional Privado 5. Derecho Latinoamericano I. Tayah, José II.
Aragão, Paulo III. Romano, Letícia Danielle IV. Título.

CDD 340
341.1

Índice para catálogo sistemático

1. Derecho 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocidio – Derecho Internacional. 4. Derecho
Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Derecho Civil. 7. Derecho Penal. 8. Derecho
Constitucional. 9. Derecho do Trabalho

VENDA DE EXEMPLARES EXCLUSIVA PARA AUTORES:

untuba@gmail.com
venda.exclusivaparautores@gmail.com

Sumário

A MODO DE PRESENTACIÓN

Ricardo D. Rabinovich-Berkman | 9

PRÓLOGO

Ignacio F. Tedesco | 15

NOTA DE LOS COORDINADORES • NOTA DOS COORDENADORES

Paulo Aragão

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 19 • 21

LA ACTIVIDAD BANCARIA. BANCOS: CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Paulo Aragão

Thiago Brito de Farias | 23

A INTEGRIDADE DO JUIZ: A PARTIR DA VISÃO DE ANATOLE FRANCE

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 33

O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 39

A ESTRATÉGIA CONSTITUCIONAL FACE À ELEIÇÃO PÚBLICA CONSTITUCIONAL E AO "HOMO ECONOMICUS"

Marta Helena Mendes de Queiroz | 49

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL E O CASO SUSANE VON RICHTHOFFEN

Tania Maria Cardoso Silva Amancio | 61

A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL E O INFANTICÍDIO
Thiago Anselmo Guimarães | 79

A MÍDIA E O CONSUMISMO: ESTRATIFICAÇÃO E RESPONSABILIDADE SOCIAL
Humberto Zechlinski Xavier de Freitas | 97

A REALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS RETRATADA PELA FIÇÃO BRASILEIRA
Luciana Freitas Pereira | 109

A SOCIOLOGIA JURÍDICA NO DESENVOLVIMENTO DA TESE
Milke Helena Barbariol | 123

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
Samuel Malamud Herrera | 139

APROXIMACIONES A LA TRADUCCIÓN DE PUNITIVE DAMAGE EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

Gloria Isabel Osorio Giammaria | 163

AS VIRTUDES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA
José Eduardo Schub | 179

AUSCHWITZ: A SOLUÇÃO FINAL
Danièle Christofari Alonso | 189

DANO MORAL: UMA CLÁUSULA GERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
Francieli Maria Conente Pinheiro | 201

DIREITO DESPORTIVO: FUTEBOL
Ulisses Castro Tavares Neto | 219

FUNDAMENTOS DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL TRABALHISTA NO BRASIL E UMA NOVA TEORIA PARA SUA QUANTIFICAÇÃO

Nehemias Domingos de Melo

Luis Fernando Domingos de Melo | 237

INDEPENDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. AUTORESTRICCIÓN Y AUTOPROTECCIÓN COMO REALIZACIÓN O CREACIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Enrique Javier Morales | 253

LA HOSPITALIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS CONSUMIDORES DE DROGAS: ¿ES UN CASTIGO, O ÚNICO MEDIO PARA LA RECUPERACIÓN?
Paulo César da Silva | 273

LA ILUSORIA LAICIDAD DE LOS ESTADOS
Tânia Mora de Oliveira | 287

LA REANUDACIÓN DE LA DEMOCRACIA BRASILEÑA Y EL NACIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1988: HISTORIA DE MILITANTES ENTRE 1980-1985 - MANAUS/AMAZONAS/BRASIL

Maria das Graças Hossaine de Souza Lima

Antônio Ederival de Lima | 303

O MERCOSUL E O DIREITO CONSTITUCIONAL DOS "ESTADOS PARTES": UMA INTEGRAÇÃO NECESSÁRIA DO "ACORDO-QUADRO SOBRE MEIO AMBIENTE"

Marilde de Paula Soares | 319

OBLIGACIÓN ALIMENTAR

Ariane Silva Barbosa

José de Arimatéia Barbosa | 339

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Jaqueline Sampaio de Oliveira

Peter Vieira de Siqueira | 357

OS PECADOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA
Célia Gascho Cassuli | 375

POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS APLICADAS À PESSOA JURÍDICA DELINQUENTE COMO PROPOSTA DE UM DIREITO PENAL EMPRESARIAL

Weser Francisco Ferreira Neto | 393

SOBERANÍA Y LEGITIMIDAD: LA PRETENSÓN DE JUSTIFICACIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE FACTO Y SU PROPIEDAD DE REFORMA DEL SISTEMA JURÍDICO

Álvaro Fuentelba Hernández | 419

UN GOBIERNO BRITÁNICO EN EL RÍO DE LA PLATA. LA LEY DEL INVASOR
Hernán Adrián Gómez | 437

**SOBERANÍA Y LEGITIMIDAD:
LA PRETENSIÓN DE JUSTIFICACIÓN NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE
FACTO Y SU PROPIEDAD DE REFORMA DEL SISTEMA JURÍDICO**

Álvaro Fuenzalba Hernández

La relación entre el derecho y la política es una de las cuestiones más importantes que ha debido enfrentar la teoría del derecho. Difieren en tanto el derecho tiene una especial técnica de control social, basada en límites normativos asociados a amenazas de sanciones, mientras que la política, en su faz agonal, aspira a realizar grandes proyectos colectivos que muchas veces chocan con límites normativos.

La pregunta más polémica que los juristas se han formulado, al menos desde el surgimiento del concepto de Estado de derecho, es si el derecho debe y puede contener a la actividad política. Este tema pareciera estar resuelto con la adopción de la justicia constitucional en la mayoría de las constituciones contemporáneas. Evelyn Haas, ex ministra del Tribunal Constitucional Federal Alemán, ha señalado que si en la antigua Grecia era la ética la que disciplinaba a la política, ese rol de disciplina de la política lo cumpliría hoy el derecho, y específicamente, la justicia constitucional¹. En el estradio de desarrollo jurídico actual, parece haber consenso en que la política debe sujetarse a ciertos límites normativos, jurídicamente establecidos, que doran de validez a la actuación de las autoridades políticas y arbitran la actividad de quienes la profesan aún cuando no sean erigidos en autoridad. ¿Tiene vigencia entonces, dado el desarrollo del derecho constitucional contemporáneo, la pregunta acerca de si el derecho puede contener a la política e, incluso, disciplinarla?

¹ HAAAS, Evelyn. *Juridificación de la Política – Politización de la Justicia Tribunal Constitucional Federal. EN La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena Estudio Constitucional Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2010. p. 119-132. P. 121.

La respuesta es afirmativa. No analizaré en este trabajo las cuestiones relativas al rol de árbitro de las contiendas de competencias entre poderes públicos, o de juez de los límites de constitucionalidad de los actos del gobierno o el parlamento, pese a que son cuestiones de suyo interesantes. Me detendré a analizar el problema del régimen de facto, forma extrema de la irrupción de la política en el derecho. El fenómeno de la ruptura institucional, la dictadura y las fuentes del derecho, vale decir, la producción jurídica del régimen de facto, y sus proyecciones, constituye el caso más dramático de falta de disciplina de la política por el derecho.

Trasocado el orden institucional, los regímenes de facto en Argentina y Chile produjeron gran cantidad de normas jurídicas, las que siguieron vigentes luego de la restauración democrática. ¿Se consideró legítima dicha legislación de hecho? ¿Qué razones se dieron para su mantención? ¿Por qué ha sido tolerada por los tribunales, juristas, legisladores y gobernantes, aplicada y cumplida, si existen disposiciones constitucionales que en ambos países prohíben la irrupción violenta en el orden constitucional y declaran la nulidad de los actos dictados en contravención a dichas prohibiciones constitucionales, y una sólida doctrina constitucional?

1 Estado de Derecho y Soberanía. Legalidad y Legitimidad

¿Cómo podemos explicar, desde la perspectiva de la teoría del derecho, el fenómeno de la producción normativa del régimen de facto? A mi juicio consiste, y así ha sido entendida por la cultura jurídica, en una reforma no formalizada al sistema jurídico. Se incorporan normas al sistema, al margen de los procedimientos o modos de creación de derecho vigentes, que el ordenamiento contempla. Como esta situación violenta la conciencia jurídica, debe volverse conceptualmente por el régimen de facto al constituyente originario. En esta línea argumental, desarrollaré los conceptos jurídicos que, sostengo, han sido utilizados por los regímenes de facto para justificar la validez y eficacia de las "normas" que dictan durante

su vigencia, y que, a mi juicio, permean la cultura jurídica hacia el futuro, lo que ha dificultado que se declare la nulidad insanable de dichas pretensiones normativas, pese a existir textos constitucionales en ambos países que dererminan prohibiciones en tal sentido³.

1.1 Estado de Derecho y Soberanía

En la teoría del derecho actual, sobre todo luego de la consolidación del concepto de Estado constitucional de derecho, el concepto de soberanía debiese ser una pieza de museo. El planteamiento de Rousseau, en que el soberano no se obliga a sí mismo, al cumplimiento de ley alguna, o que el pueblo ni siquiera queda obligado al contrato social, porque es soberano y puede cambiarlo⁴, se explican sólo en el contexto social y político de su época. Para esta concepción, la soberanía es absoluta, inalienable e indivisible. Jean Bodin es quien primeramente había señalado a la soberanía como una nota característica del Estado, generalmente ligada a la idea de un sujeto normativo que es el autor de todo el derecho, pero que no está sometido a ninguna ley. Hermann Heller rechaza esta interpretación que se hace de la obra de Bodin, ya que en *De Republica* (1599) ya plantea que el poder del Príncipe está limitado por el derecho natural y el derecho divino⁵. La soberanía, como atributo del poder del Estado, nunca se concibió como poder ilimitado.

En efecto, y como postula Luigi Ferrajoli, el hablar de la soberanía como *suprema potestas superiorum non recognoscens* se remonta al surgimiento

³ Los artículos 22, 29 y 36 de la Constitución Federal de la República Argentina prohíben el alzamiento contra el régimen constitucional, prevén severas sanciones para los autores de dichos actos, y establecen la nulidad de todas las pretensiones normativas de la autoridad de facto; a su turno, el artículo 7º de la Constitución Política de Chile prohíbe a cualquier autoridad, persona o grupo de personas actuar fuera del marco legal de atribuciones que se le asigne, atribuirse autoridad de la que no halle investida o derechos de los que no sea titular. Asimismo, establece que todo acto en contravención a esta prohibición es nulo y genera las responsabilidades que la ley señala.

⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. J. M. Colección Clásicos Universales. Madrid, 1999. 156 p. P. 31.

⁵ HELLER, Hermann. *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*. 2ª Edición. México, D. F. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica, 1995. 313 p. P. 80-82.

² FERREYRA, Raúl Gustavo. *Patología del Proceso de Reforma. Sobre la Inconstitucionalidad de una Enmienda en el Sistema Constitucional de la Argentina*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zarnudio. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. P. 781-830. P. 828.

ro de los estados nacionales europeos, que va de la mano del debilitamiento de la idea de ordenamiento jurídico universal que la Edad Media había heredado de la cultura romana.⁶

La preocupación fundamental, entonces, es la afirmación del poder del Estado nación hacia lo externo. Victoria postula que hay una sociedad de estados; igualmente soberanos, pero sometidos a derecho; hay una serie de derechos naturales que les corresponden y la guerra justa es la sanción a cualquier Estado o pueblo que se oponga a ello.⁷ Grocio sostiene que habrá una sociedad de estados soberanos, en la medida que esos estados adhiere libremente a formar parte de dicha sociedad.⁸ Luego de su potestad de repudio a cualquier intromisión respecto de otro Estado o del poder imperial ya declinante, la soberanía servirá para justificar el poder al interior del Estado nacional.

Ahora bien, con la evolución del derecho constitucional, mientras la soberanía externa del Estado aparece como salvaje e ilimitada, en lo interno comienza a limitarse el concepto de soberanía, con la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales.⁹ El primer paso en dicha limitación es el triunfo del concepto de Estado de derecho. El modelo de Estado de derecho es la negación de la soberanía. Para la concepción liberal del Estado de derecho, y especialmente en su vertiente filosófica jurídica más imponente, la teoría pura del derecho, el concepto de soberanía, como asimismo, los de autoridad y legitimidad, son superfluos.¹⁰ En efecto, para Kelsen la autoridad es impersonal, es decir, se justifica normativamente, sin respecto a la persona determinada que detenta un cargo o ejerce una función política.¹¹ Heller, en su trabajo sobre la soberanía, critica estos planteamientos de Kelsen, ideas que ya habían planteado Getber y Laband a finales del siglo XIX, y trata de hacer una nueva

elaboración del concepto de soberanía, pero la verdad es que su contenido jurídico útil, ha perdido fuerza conceptual.

Postulo, en consecuencia, como dicotómicos, los conceptos de soberanía y Estado de derecho. Dicho en otros términos, la utilidad del concepto de soberanía, base para el surgimiento y consolidación del Estado nacional, deja de ser relevante y es superada con el triunfo de la concepción liberal de Estado de derecho y definitivamente olvidada con la concepción de Estado constitucional de derecho.

La pregunta que debemos hacernos, entonces, si estamos centrados en el problema de las relaciones entre derecho y política, es cómo puede el régimen de facto justificar su producción normativa. Una posible respuesta sería asumir una actitud fundada en el realismo jurídico, poniendo énfasis en el concepto de eficacia del derecho, por sobre el concepto de validez. La proposición sería: el derecho cobra validez porque las órdenes del régimen de facto son obedecidas por los súbditos y aplicadas por los jueces, independientemente de haberse faltado u omitido los procedimientos formales de producción normativa. El problema es que esta posición ni siquiera es sostenida por el más sofisticado de los exponentes de esta corriente de pensamiento jurídico. En efecto, Alf Ross señala que tales órdenes no son normas jurídicas porque falta el elemento ideológico del sentimiento de obligatoriedad, condición necesaria para la existencia de normas vigentes o eficaces.¹² La identificación de derecho con la fuerza, que equivale a señalar que hay derecho cuando hay fuerza suficiente para imponer ciertas órdenes, nos llevaría a una concepción bárbara de la teoría jurídica que nadie está dispuesto a defender. El derecho se concibe hoy como la razón de la fuerza, es decir, descripción y legalidad de la coacción y argumentación racional de la misma.¹³

El concepto de soberanía es imponente a nivel de discurso político y normativo, como elemento de justificación para el régimen de facto. El ejercicio de potestades normativas extraordinarias, que no tienen sanción en el régimen constitucional, y que son producto, a su vez, de circunstancias

⁶ FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. 1ª Edición. Trotta. Madrid, 1999. 180 p. P. 125.

⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Ibidem*. P. 127-131.

⁸ FERRAJOLI, Luigi: *Ibidem*. P. 132.

⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Ibidem*. P. 138.

¹⁰ HELLER, Hermann. Op. Cit. P. 309.

¹¹ KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Edición. México D. F. Editorial Porrúa, 2009. 364 p. P. 201.

¹² BULVINGIN, Eugenio. *El Concepto de Eficacia. En Validez y Eficacia del Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005. 124 p. P. 30.

¹³ FERREYRA, Raúl Gustavo. *El Derecho, la Razón de la Fuerza. Sobre la Constitución y los Derechos Fundamentales. Contextos. Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. 2011. No 1. P. 40-61. P. 42.

cias extraordinarias que llevan a la revolución o al golpe de estado, pueden ser presentables solamente si se basan en un actuar "en representación" del pueblo, es decir, del soberano, y en ejercicio de la soberanía. Se pretende actuar, así, en ejercicio del poder constituyente originario¹⁴.

La política, en su faz agonal, observada en la lucha por el poder, tiene vocación creadora: el derecho, visto como instrumento de la faz arquitectónica de la política, tiene vocación conservadora. La faz agonal de la política también está sometida a reglas (elecciones periódicas, presentación de candidaturas, competencia política regulada, requisitos para ser elegido y para ser elector, etc.). No obstante, la política, como es *poiesis*, puede tener la tendencia a salirse de las reglas o derechamente a apropiarse de ellas, quebrantarlas y reemplazarlas por otras, en situaciones de agitación o crisis. Ello justifica la necesidad del derecho de disciplinar a la política, para asegurar que las decisiones mayoritarias sean el sustento de la legitimidad, en la identificación de legalidad y legitimidad propia del Estado liberal de derecho. Pero, superado el paradigma de Estado liberal de derecho, por el de Estado constitucional de derecho, la legitimidad requiere además, del respeto de los derechos fundamentales, como proposiciones normativas contra mayoritarias que operan también como razones de la fuerza¹⁵. La identificación de Estado y Derecho hacen superfluo, en consecuencia, incorporar el concepto de soberanía a la teoría general del derecho. Es más, el modelo de Estado de derecho es la negación de la soberanía¹⁶. Si consideramos, por el contrario, que el Derecho sólo da cuenta de una parte de la dimensión política institucionalizada en el Estado, y que el Estado tendría elementos que escapen a los límites del derecho, el concepto de soberanía cobra relevancia, concepción que es funcional al régimen de facto y a su pretendida capacidad reformativa del sistema jurídico.

¹⁴ En Argentina, luego del golpe de estado de marzo de 1976, se dio comienzo al proceso de "Reorganización Nacional", haciendo alusión al hito histórico de la "Organización Nacional". En Chile, el decreto ley N° 1, dictado por la junta militar el día 11 de septiembre de 1973, proclama a la junta como fiel depositaria del "legado de los padres de la patria". El decreto ley N° 788, de 2 de diciembre de 1974, declara que la junta actúa en ejercicio del poder constituyente originario: "CONSIDERANDO QUE: la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo...."

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P. 141.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Ibidem*. P. 138.

En este sentido, es relevante contraponer las ideas de Hans Kelsen, con las de Carl Schmitt¹⁷, éste último frecuentemente citado como fundamento de la defensa del régimen de facto. Mientras el primero rechaza el concepto de soberanía, reafirmando pese a su crítica científica del mismo, el de Estado de derecho, el segundo realiza una entusiasta defensa del concepto de soberanía, basada en el Estado de excepción¹⁸.

¿Cómo puede justificarse normativamente la soberanía en casos de revolución o golpes de estado? ¿Hay, en esos casos, ejercicio legítimo de la soberanía? Como no puede acreditarse a través de una regla o mecánica definitoria o determinativa, siempre tendremos la sospecha de la legitimidad. Si la respuesta se formula *ex post factum*, puede tomar dos vertientes aporéticas: 1. Se legítimó el poder por el ejercicio moralmente aceptable del mismo¹⁹. En ese caso tendremos la duda permanente acerca de qué criterios morales utilizaremos para tal juicio, ya que la primera regla a respetar, la regla democrática, se ha infringido. 2. Se legítimó a través de su ejercicio coactivo, es decir, estuvo el movimiento dotado de la fuerza suficiente para sofocar cualquier oposición. Quedará en este último caso siempre pendiente el problema de la justificación de la fuerza. La fuerza desnuda no es derecho ni es jurídicamente justificable. El derecho, justamente, es la razón de la fuerza²⁰.

El recurso al concepto de soberanía es fundamental para el régimen de facto, ya que es la forma de la pretendida justificación de la juridicidad de la irrupción violenta en el poder constituido. Al alzarse contra el poder legítimo, legalmente instituido, el único factor que lo transformaría de poder desnudo a poder jurídico, sería la soberanía, como forma de volver al constituyente originario. Estas representaciones de la soberanía nos remiten a Hobbes, quien aporta al concepto de soberanía el elemento de la personificación del Estado. Si el Estado es una persona, es más fácil atribuirle la potestad que implica la soberanía. Es una sola persona que puede

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Buenos Aires, Editorial Sruhar & Cia., 2002. 128 p. P. 87-106.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P. 147.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán. *Compendio de Derecho Constitucional*, 1ª Edición, 1ª Reimpresión. EDIAR, Buenos Aires, 2008. 462 p. P. 41, N° 11.

²⁰ FERREYRA, Raúl Gustavo. Op. Cit. P. 42.

disponer de la voluntad de todos, como consecuencia del acuerdo de ellos, para la paz y la defensa común²¹. Gerber y Laband, en Alemania; Santi Romano y Orlando en Italia, desarrollan la concepción de la figura jurídica, y no meramente política, del Estado-persona. Orlando señala que “soberano no es ni el rey ni el pueblo, sino el Estado mismo personificado (1886 *Studi giuridici sul governo parlamentare*)”. Santi Romano sostiene que “el pueblo no tiene existencia jurídica si no es en el Estado (1898 *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*)”²².

Así, el régimen de facto invoca la representación soberana del pueblo. La soberanía en cuanto “alma” del Estado, concebido como una persona, es necesaria como factor de legitimación. Se separa en la persona-estado, el alma de su cuerpo—el poder derrotado— y se toma el alma—la soberanía— dándole un nuevo cuerpo. El problema es que no se puede probar jamás que sea efectiva esa representación, ya que no hay mecanismo procedimental alguno que pueda verificarla. La ratificación plebiscitaria posterior, que se usó en Chile en 1980²³, es la confirmación de ese deseo de justificación de la representación del pueblo. La defensa de la soberanía que hace Schmitt, como concepto jurídico útil, se basa en la legitimidad plebiscitaria que reemplaza la legalidad del “Estado legislativo”, concepto con que designa el Estado de derecho liberal, que critica ácidamente por no comprender todas las expresiones del mismo²⁴. No sirve hablar de Estado de derecho. Hay que distinguir entre Estado legislativo, Estado jurisdiccional, Estado gubernativo y Estado administrativo²⁵.

En el mismo orden de ideas, y para separarse de la concepción marxista de “pueblo – proletariado”, y la concepción liberal de “pueblo – elector”, el régimen de facto latinoamericano se considera a sí mismo, como representante de la nación, y afirma una concepción de soberanía

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatán o la Materia. Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. 2ª Edición en español, 1980, 9ª Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1998. 618 p. Pp. 132-136; 275-291.

²² FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P. 139.

²³ En el referido plebiscito, de 11 de septiembre de 1980, cuyo carácter fraudulento ha sido profusamente documentado, se aprobó la nueva Constitución de la República de Chile, y se ratificó por un periodo de ocho años a Augusto Pinochet, como Presidente de la República.

²⁴ SCHMITT, Carl. Op. Cit. P. 79-86.

²⁵ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. P. 34.

nacional²⁶, y no de soberanía popular. La regla democrática se torna, así, en irrelevante, ya que la representación se refiere a un soberano histórico, una constante histórica transgeneracional, no limitada al pueblo elector contingente.

Considero, en consecuencia, que el concepto de soberanía, que sirve de fundamento a la juridicidad del régimen de facto, es contradictorio con un régimen democrático y con cualquier pretensión legítima de normatividad. El Estado de derecho liberal, que considera la soberanía ilimitada del legislador, también ha terminado, ya que con la consolidación del constitucionalismo, la soberanía del legislador también está limitada por la Constitución. Como señala Ferrajoli, las alusiones que las constituciones hacen a la soberanía del pueblo son homenajes verbales a la democracia representativa. La soberanía está limitada por los mandatos constitucionales procedimentales y de fondo, es decir, el principio de competencia, y la promoción y el respeto de los derechos fundamentales. Esto significa que hoy, ni siquiera las mayorías, tienen poder ilimitado²⁷.

1.2 Legalidad y Legitimidad

El segundo de los conceptos operativos al régimen de facto para justificar la validez de su producción normativa es el de legitimidad. Para ello, debe superarse la identificación de los conceptos de legalidad y legitimidad.

La crítica de Carl Schmitt a este paradigma, se refiere a la clásica distinción que hace Max Weber en *Economía y Sociedad*, en cuanto llega a identificar ambos conceptos. En efecto, la legalidad, es la expresión de la legitimidad racional, como superación de la legitimidad carismática y la legitimidad tradicional²⁸. Weber es un defensor de la democracia y el parlamentarismo, modelo político que es el blanco de los virulentos ataques de Schmitt, tanto en *Legalidad y Legitimidad*, como en *Concepto de lo Político*. Para Weber, la autoridad legitimada por medio del carisma, descansa en la devoción de los seguidores hacia el carácter excepcional, ejemplar, heroico

²⁶ Tal es la concepción de soberanía presente tanto en la Constitución chilena de 1925 (art. 2º), como en la Constitución de 1980, actualmente vigente (art. 5º).

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P. 141.

²⁸ SCHMITT, Carl. Op. Cit. Introducción, N°2.

o santo de los líderes, así como hacia el orden normativo sancionado por ellos. La autoridad legitimada sobre elementos tradicionales se basa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones inmemoriales y la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad. Por último, la autoridad legitimada sobre fundamentos racionales descansa en una creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad²⁹.

Los conceptos jurídicos desarrollados durante la consolidación del constitucionalismo, en la primera mitad del siglo XX, de la mano del triunfo del paradigma positivista de Kelsen, aparentemente habían cerrado esta discusión. La identificación de los conceptos de legalidad y legitimidad toma forma en la visión kelseniana de normatividad como equivalente a producción formalizada del derecho, a través de modos de creación, jerarquizados y auto generativos³⁰, cuya validez depende de la relación norma fundante, de grada superior, a norma fundada de grada inferior. La coercitividad de las normas está justificada porque la legalidad implica la legitimidad del orden jurídico. En esta relación, el sujeto, es decir, la corporalidad de las autoridades normativas, es irrelevante. El fenómeno jurídico pasa a ser una realidad axiomática normativa, sin relación fáctica. Por eso para Kelsen esta es una cuestión netamente espiritual³¹.

El triunfo de este paradigma cristaliza con la creación de los tribunaes constitucionales a partir de los años veinte, es decir en la Europa de entreguerras. Como hemos dicho, ya no es la ética la que disciplina la política. Ese rol lo cumple la Constitución y la justicia constitucional³². En efecto, el control de constitucionalidad de la ley, que agrega al concepto de Estado de derecho una perspectiva formalista, es epítome de la identificación de la legalidad como expresión racional de la legitimidad.

Este paradigma es fuertemente atacado en la misma época por Carl Schmitt, quien realiza una frontal crítica a esta concepción, a partir de la

crisis que la República de Weimar enfrenta en 1932. En su provocador libro *Legalidad y Legitimidad*, llega a plantear que este enfoque resultaría en el absurdo de considerar contrarias a la legalidad los actos de rebeldía ante la antijuridicidad de las conductas de la autoridad, de suyo ilegítimas, y como solución propone la legitimidad plebiscitaria del Jefe del Estado. Retorna así a la teoría constitucional la concepción subjetiva de la autoridad política, que identifica a la misma no como una realidad normativa, sino como una realidad fáctica: retorna el sujeto (carismático) como categoría de análisis a la concepción del poder³³. La política, en consecuencia, no puede ni debe ser contenida por el derecho.

Para Schmitt, el origen de la divergencia entre legalidad y legitimidad nace en Francia, en la etapa de la restauración monárquica. Convive la legalidad monárquica y el Código Civil de Napoleón. Los liberales hablan de legalidad; los monárquicos, de legitimidad³⁴. Heller la sitúa en cambio, en la Alemania posterior a la revolución de 1848. Según el autor, la burguesía niega las ideas de libertad e igualdad del derecho natural, por temor al proletariado. Lo único que restaba del derecho burgués era el principio de la seguridad de la legalidad formal. Esta legalidad formal constituía un muro protector contra los ataques del proletariado³⁵.

Schmitt cita a Rudolf Smend: El liberalismo y el parlamentarismo liberal no tiene ningún *pathos* especial, ninguna "pretensión de vigencia de valores". Tampoco tiene una fuerza legitimadora propia. Pero, asimismo, tampoco tiene necesidad de buscar ninguna legitimación. El estado legislativo parlamentario ha elaborado un sistema de legalidad herméticamente cerrado para todos los actos estatales; posee un sistema de justificación propia: la legalidad tiene el sentido y la pretensión de rechazar la legitimidad, tanto la del linaje del monarca, como la voluntad plebiscitaria del pueblo, y toda autoridad basada en sí misma, o soberana. Cuando se emplea la expresión legitimidad, o autoridad, se hace como sinónimo de legalidad o como derivaciones de ella³⁶. Finalmente, Carl Schmitt desacredita el con-

²⁹ RITZER, George. *Teoría Sociológica Clásica*. 3ª Edición. Mc Graw Hill Interamericana de España. Madrid, 2001. 660 p. P. 284-285.

³⁰ KELSEN, Hans. Op. Cit. P. 243-246.

³¹ HELLER, Hermann. Op. Cit. P. 91.

³² HAAS, Evelyn. Op. Cit. P.121.

³³ SCHMITT, Carl. Op. Cit. P. 79.

³⁴ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. Introducción, No. 2.

³⁵ HELLER, Hermann. Op. Cit. P. 87-88.

³⁶ SCHMITT, Carl. Op. Cit. P. 28.

cepto de Estado de derecho, señalando que puede tener tantos significados distintos como la propia palabra “derecho”, como organizaciones a la que se aplica la palabra “Estado”. Así, podría haber un Estado de derecho feudal, uno estamental burgués, uno nacional, uno social, además de otros conforme al derecho natural, al derecho racional y al derecho histórico³⁷.

Hans Kelsen, que parece rechazar el concepto de Estado de derecho, en realidad rechaza la ideología del Estado de derecho, ya que la dualidad legalidad – legitimidad haría contrarstar el derecho positivo con el derecho justo o natural, dualidad radicalmente rechazada por la teoría pura. En efecto, lo que hace es la afirmación de la implicación de legitimidad en la legalidad, al identificar Estado y derecho. Señala, en la edición alemana de la Teoría Pura del Derecho, de 1934, que “si el Estado es un orden jurídico, y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico”³⁸. Así, desaparece el dualismo Estado – derecho, ya que se trata sólo de un desdoblamiento generado por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de “persona” para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. El Estado y el derecho son un solo sistema de coacción. En este marco el autor rechaza la idea de legitimidad, postulando que “resulta la completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia”³⁹. La legitimación del Estado en la afirmación que es un sistema político fundado en el derecho es vana, por cuanto resulta en un pleonasmismo, ya que todo Estado está fundado sobre el derecho, porque orden jurídico y Estado son una misma cosa. Si no es así, el Estado no existe⁴⁰.

Esta abstracción es profundizada y sofisticada por Kelsen en la edición de 1960 de la Teoría Pura del Derecho. Postula que como organiza-

ción política, el Estado es un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado. Ni los órdenes jurídicos pre estatales, ni el orden jurídico interestatal constituyen un Estado. El orden jurídico tiene que tener organización para llegar a constituir un Estado. Debe tener órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas jurídicas, con cierto grado de centralización⁴¹. El dualismo entre Estado y derecho cumple una función puramente ideológica y no científica. El derecho sirve para justificar al Estado. El Estado provee un orden justo en la medida que es realización de un derecho justo. Esta dualidad es inaceptable en Kelsen. Sólo se explica porque la “teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado”⁴². Que esta teoría haga del Estado una persona jurídica, un objeto de conocimiento jurídico, y por otro lado una realidad distinta del derecho es una contradicción. Desde el punto de vista del positivismo jurídico ortodoxo, el derecho, al igual que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, con prescindencia de su valor moral o de justicia. El Estado es, ni más ni menos jurídico que el derecho mismo⁴³. No es posible, entonces, predicar legitimidad del derecho o del Estado. La legalidad implica la clausura del debate sobre si es legítimo o no.

La crítica de Kelsen al concepto de Estado de derecho está referida a la carga ideológica o emotiva de tal concepto, mas no a lo que aquél significa, es decir, un sistema que produce normas jurídicas centralizadamente, con el respaldo de la coercitividad que portan sus reglas, y a las que se sujetan las personas que se encuentran normativamente bajo su imperio.

Sostengo que la legitimidad sirve de concepto operativo al régimen de facto, como contrapuesto al de legalidad, cuando pretende devaluar este último extremando las tensiones entre el “ser” del derecho, que limita las posibilidades políticas de cambio, y un supuesto “deber ser” jurídico, para hacer posible el cambio del sistema político, y justificar de esa manera la reforma violenta del sistema jurídico.

³⁷ SCHMITT, Carl. *Ibidem*. P. 34.

³⁸ KEISEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4ª Edición. 2ª Reimpresión. EDUEBA. Buenos Aires, 2003. 183 p. P. 154.

³⁹ KEISEN, Hans. *Ibidem*. P. 154-155.

⁴⁰ KEISEN, Hans. *Ibidem*.

⁴¹ KEISEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Edición. México D. F. Editorial Porrúa, 2009. 364 p. P. 291.

⁴² KEISEN, Hans. *Ibidem*. P. 290.

⁴³ KEISEN, Hans. *Ibidem*. P. 320-321.

La identificación de legalidad y legitimidad, o dicho de otra forma, el entender la legitimidad como inmersa e implicada en el concepto de legalidad, asegura el rechazo a la irrupción violenta en el orden institucional, y la ineptitud jurídica del régimen de facto y sus pretensiones normativas.

El fin de la segunda guerra mundial prefigura las condiciones con que el nuevo orden mundial concebirá el rol del derecho internacional y su impacto en los derechos constitucionales de las "naciones civilizadas del mundo". Se aporta una nueva variable que tiende a modificar las tradicionales concepciones del Estado de derecho. En efecto, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de 1966, sobre derechos civiles y políticos, y derechos económicos, sociales y culturales, el sistema de Naciones Unidas adopta un elemento adicional a la concepción del Estado de derecho, que se replica en el sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos.

La concepción de Estado de derecho deja de ser puramente formal, y adopta componentes materiales que fijan un baremo para medir el grado de adecuación de los sistemas jurídicos domésticos a dichos parámetros. Toda Constitución debe establecer un catálogo de derechos fundamentales concebidos como límites a la soberanía del Estado. Pasa a hablarse de Estado constitucional de derecho.

Finalmente, el modelo del Estado de bienestar conecta con derechos económicos y sociales que asegurarían lo que se denomina la profundización de la democracia, inclusión social, crecimiento, desarrollo, como elementos consustanciales a la organización política, que configuran un Estado social de derecho⁴⁴.

La concepción del Estado constitucional, democrático y social de derecho colabora en el cierre de las brechas entre legalidad y legitimidad, por cuanto la legalidad deja de ser un estradio meramente formal, que prefigura sólo las condiciones de producción institucional de normas jurídicas, sino que además está encarnada por el grado de adecuación de dicha estructura institucional, al régimen constitucional, al sistema democrático

de gobierno, al respeto y promoción de los derechos fundamentales, y a un sistema de justicia constitucional⁴⁵.

De este modo, cae el segundo de los conceptos operativos que pretenden justificar el régimen de facto y su pretendida producción normativa.

2 Legalidad y Estado de Derecho como bases de la Democracia

Los sistemas jurídicos se expanden y se contraen. La expansión del sistema jurídico puede darse por el funcionamiento institucional del mismo, debido a su carácter auto generativo, es decir, que el propio sistema jurídico provee los modos de producción normativa. El régimen de facto y su producción normativa presentan un grave problema de teoría del derecho, pues no tendría cabida si aceptamos que el sistema jurídico es, fundamentalmente, un conjunto de normas jurídicas jerárquicamente organizado y auto generativo. La distinción entre validez y eficacia que introduce Kelsen en la teoría pura del derecho es más sutil de lo que se cree. La eficacia es condición de la validez de las normas, mas no fundamento de la misma.

La teoría del Estado de derecho supone el rechazo a cualquier irrupción que se alce contra las normas, y contra cualquier sujeto que pretenda constituirse en sujeto no regulado. En el Estado de derecho, toda autoridad es sujeto regulador y al mismo tiempo, sujeto regulado.

Los sistemas constitucionales prevén remedios para defenderse de dichas irrupciones en el régimen jurídico. No sólo declaran la ilicitud de la conducta de quienes se alcen contra el Estado de derecho y establecen sanciones para dichas conductas, sino que, además, declaran nulos y de ningún valor las órdenes con pretensiones normativas que se dictan por la autoridad de hecho.

El régimen de facto aporta una hipótesis de expansión del sistema jurídico, al margen del régimen constitucional, y, por ende, de los modos de producción institucionalmente aceptados.

⁴⁴ PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo. *El Estado de Derecho en la Doctrina y Práctica Política Institucional Chilena*. Santiago, Ediciones Universidad Nacional Andrés Bello, Cuadernos Universitarios N° 3, Colección Debates, 1994, 90 p.

⁴⁵ ARNOLETTO, Eduardo Jorge. *Legalidad y Legitimidad. Curso de Teoría Política*. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007/6/300/105.htm> [ret. 11 de mayo de 2013].

¿Qué ocurre con estas normas, que regulan diferentes y muchas veces muy importantes ámbitos, tanto del derecho público como del derecho privado, una vez que termina el régimen dictatorial?

En América Latina, una vez terminadas las dictaduras, se ha entendido vigente dicha legislación de facto. Ha tenido, además, plena eficacia. Se ha entendido, en consecuencia, por los sistemas jurídicos, que hay legitimidad en la producción normativa del régimen de facto. Dicha legitimidad arranca de la soberanía, atributo del Estado que la autoridad de facto invoca para justificar la producción de mandatos con pretensiones normativas. Lo conceptos de soberanía y de legitimidad son las claves discursivas de dichas pretensiones normativas del régimen de facto.

La falacia del argumento de la soberanía queda demostrada por la evolución de la teoría política y constitucional contemporánea. Sólo a título ejemplar citaré, desde Heller, quien afirma que la soberanía tiene carácter absoluto y que sostiene que es fundamental dicho carácter si se quiere afirmar la eficacia de la construcción normativa de la soberanía; pasando por Kelsen, quien postula que la soberanía no existe, toda vez que está reemplazada en la producción impersonal de derecho, a través de fuentes formalizadas y que tienen su origen en normas (el derecho supera, en consecuencia, a la soberanía), llegando a Ferrajoli, quien establece que la soberanía es un concepto superfluo, ya que no tiene sentido su afirmación en un Estado de derecho, por cuanto el régimen constitucional ha limitado no sólo al pueblo, sino que también al legislador. En el Estado constitucional de derecho, que reemplaza al Estado liberal de derecho, ni siquiera las mayorías tienen la aptitud de ser titulares de la soberanía, ya que una de las características del Estado constitucional de derecho es la limitación del poder político por los derechos fundamentales, que son contra mayoritarios.

Asimismo, la distinción del concepto de legitimidad, sobre el de legalidad, y la pretendida devaluación de este último, constituye una alusión manosa que tiende a contraponer el “ser” del derecho al “deber ser” del mismo, pero sólo como elemento justificativo de discurso, propio de la teoría política que la vocación refundacional del régimen de facto generalmente encarna. Como la legalidad ha perdido legitimidad, el grupo disidente acopia fuerza e irrumpe, sea a través del golpe de Estado o de

la revolución, para destruir dicha legalidad y reemplazarla por otra que recobre la legitimidad perdida. Tal es el peligro de la distinción de ambos conceptos, dejando de entender a la legalidad como la expresión racional de la legitimidad, de acuerdo a lo que Max Weber tan lucidamente estableció en *Economía y Sociedad*.

La crítica al régimen de facto y su producción normativa, desde la teoría constitucional, se circunscribe a una crítica científica, académica o moral, sin efectos en la eficacia del derecho, mientras no logre impactar realmente en los juristas, los jueces, los legisladores, los académicos y los ciudadanos.

Esta “actitud” de los operadores del derecho, presenta un delicado mensaje al sistema político: es legítima la violencia como método de acción política, ya que el sistema jurídico acepta como válida la producción normativa que emana de la ruptura institucional. Se afirma y niega, al mismo tiempo, un criterio axiomático, por lo que no sólo carece de sustento moral dicha conclusión, sino que no tiene justificación lógica. Asimismo, carece de asidero jurídico arrendido el desarrollo de la ciencia del derecho en la actualidad.

3 Referencias bibliográficas

- ARNOLETTO, Eduardo Jorge. *Legalidad y Legitimidad. Curso de Teoría Política*. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007b/300/105.htm> [ref. 11 de mayo de 2013].
- BIDART CAMPOS, Germán. *Compendio de Derecho Constitucional*. 1ª Edición. 1ª Reimpresión. EDIAR. Buenos Aires, 2008. 462 p. P. 41, No 11.
- BUJYGIN, Eugenio. *El Concepto de Eficacia. En Validez y Eficacia del Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005. 124 p.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. 1ª Edición. Trotta. Madrid, 1999. 180 p.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. *Patología del Proceso de Reforma. Sobre la Inconstitucionalidad de una Enmienda en el Sistema Constitucional de la Argentina*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. P. 781-830.

- FERREYRA, Raúl Gustavo. El Derecho, la Razón de la Fuerza. Sobre la Constitución y los Derechos Fundamentales. *Contextos. Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. 2011. N° 1. P. 40-61.
- HAAS, Evelyn. Juridificación de la Política – Politización de la Justicia Tribunal Constitucional Federal. EN *La Ley Fundamental Alemana y la Constitución Política Chilena Estudio Constitucional Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2010, p. 119-132.
- HELLER, Hermann. *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho Estatal y del Derecho Internacional*. 2ª Edición. México, D. F. Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1995. 313 p.
- HOBBES, Thomas. *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*. 2ª Edición en español, 1980. 9ª Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1998. 618 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4ª Edición. 2ª Reimpresión. EDUEBA. Buenos Aires, 2003. 183 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 16ª Edición. México D. F. Editorial Porrúa, 2009. 364 p.
- PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo. *El Estado de Derecho en la Doctrina y Práctica Política Institucional Chilena*. Santiago, Ediciones Universidad Nacional Andrés Bello. Cuadernos Universitarios N° 3, Colección Debates, 1994. 90 p.
- RITZER, George. *Teoría Sociológica Clásica*. 3ª Edición. Mc Graw Hill Interamericana de España. Madrid, 2001. 660 p.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *El Contrato Social*. J. M. Colección Clásicos Universales. Madrid, 1999. 156 P.
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Buenos Aires. Editorial Struhart & Cía., 2002. 128 p.

UN GOBIERNO BRITÁNICO EN EL RÍO DE LA PLATA. LA LEY DEL INVASOR

Hernán Adrián Gómez

1 Prólogo y objetivos

En esta oportunidad presentamos la segunda parte de nuestro estudio relativo a las denominadas invasiones inglesas al Río de la Plata. Oportunamente nos hemos ceñido a tratar de discernir el carácter jurídico del invasor, preguntarnos si el mismo hubiese dictado normas – en sentido amplio – y poder entender carácter de las mismas. Luego de una respuesta afirmativa en aquella oportunidad, en el presente artículo ofreceremos una selección de normas sancionadas por los ingleses, extraídas de fuentes primarias y secundarias, respetando la grafía, puntuación y formato original, y analizando jurídicamente a las mismas.

El territorio de las costas del Virreinato del Río de la Plata, especialmente en la Banda Oriental, ha estado invadido durante varios meses y ello implicó la necesidad de procurar controlar al territorio y su población. El invasor no considero suficiente la mera colaboración de instituciones locales y entendió necesario sancionar normas dictadas por el Gobernador impuesto desde la corona inglesa. Hemos analizado y estudiado dichas normas y ofreceremos una selección de este trabajo en las próximas páginas.

2 Las normas del invasor

No es nuestra intención presentar una compilación o digesto de las normas dictadas por los británicos en Buenos Aires, por ello, solo presentaremos y analizaremos algunas de aquellas que consideramos de relevancia social y jurídica.