

Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor
ético del *rule of law*

*Legal positivism, separability thesis and the moral
value of the rule of law*

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ
Universidad de Almería

RESUMEN

En este trabajo se defiende que el rule of law posee un valor moral intrínseco y no meramente instrumental, pero no en el sentido conceptual por el que parece abogar Fuller, sino en otro diferente más débil y restringido. La obsesión por la conexión lógica ubicada en el plano de la validez jurídica es lo que explica no sólo que, a la postre, el planteamiento de Fuller no resulte satisfactorio, sino también, en el extremo opuesto, la miopía de gran parte de la teoría positivista a la hora de apreciar que hay algo intrínsecamente valioso en la creación y aplicación del derecho respetuosa con las exigencias de la publicidad, claridad, irretroactividad, etc. La apreciación de tales dimensiones éticas intrínsecas presupone una lectura diferente de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, de la separability thesis.

Palabras clave: Rule of law, moral interna del derecho, autonomía individual, justicia material, conexión conceptual entre el derecho y la moral, tesis de la separabilidad.

ABSTRACT

This paper defends that the rule of law has intrinsic moral value and not merely instrumental, but not in the sense of the concept by which seems

to advocate Fuller, but in a different more weak and restricted. The obsession with the logical connection located at the level of legal validity is what explains not only that, a desert it, the approach of Fuller is not satisfactory, but also, at the opposite end, the short-sightedness of much of the theory of positivist to appreciate that you there is something intrinsically valuable in the creation and application of law respects with the requirements of the publicity, non-retroactivity, clarity, etc. The appreciation of such intrinsic ethical dimensions presupposes a different reading of the thesis of the separation between law and morality, of the separability thesis.

Key words: Rule of law, inner legal morality, autonomy, material justice, conceptual connection between law and morality, separability thesis.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL VALOR INTRÍNSECO DEL RULE OF LAW: LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL.—III. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL RULE OF LAW. III.1. La compatibilidad de la justicia formal y la injusticia material. III.2. El rule of law como un valor negativo. III.3. La insuficiencia del seguimiento del rule of law para la protección de la autonomía personal.—IV. EL VALOR MORAL DEL RULE OF LAW Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD. IV.1. Una nueva interpretación de las teorías de Hart y Raz. IV.2. Reconsiderando la tesis de la separabilidad.—V. DIMENSIONES ÉTICAS DE UN GOBIERNO DEL DERECHO BASADO EN LA OBSERVANCIA DEL RULE OF LAW. V.1. La imposibilidad de separar radicalmente medios y fines en el mundo real. La relevancia de la dimensión procedimental de la justicia. V.2. El valor moral de la evitación del mal. V.3. El carácter no generalista de una teoría jurídica auténticamente descriptiva.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. THE INTRINSIC VALUE OF THE RULE OF LAW: LA PROTECTION OF THE INDIVIDUAL AUTONOMY.—III. THE INSTRUMENTAL VALUE OF THE RULE OF LAW. III.1. The compatibility of formal justice and material injustice. III.2. The rule of law as a negative value. III.3. The failure of obedience to the rule of law for the protection of personal autonomy.—IV. THE MORAL VALUE OF THE RULE OF LAW AND THE SEPARABILITY THESIS. IV.1. A new interpretation of Hart's and Raz's conceptions. IV.2. Reconsidering the separability thesis.—V. ETHICAL DIMENSIONS OF A GOVERNANCE BY LAW BASED ON THE OBSERVANCE OF THE RULE OF LAW. V.1. The impossibility of separate radically means and ends in the real world. The relevance of the procedimental dimension of justice. V.2. The moral value of avoiding the evil. V.3. The not general character of a truly descriptive law theory.

I. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido más de cincuenta años desde que Fuller y Hart dieron vida a una polémica que, lejos de haberse agotado, continúa alimentando una interesante controversia en la filosofía jurídica actual. Me refiero al debate en torno a si el *rule of law* posee un valor moral intrínseco o puramente instrumental. Por lo primero habitúa a entenderse que, en la medida en que sus normas generales satisfacen ciertas exigencias formales (publicidad, claridad, irretroactividad, etc.) y son aplicadas regularmente, habría necesariamente algo moralmente valioso en la sola existencia de un sistema jurídico. De ser así, se resquebrajaría una de las tesis centrales del positivismo jurídico: la separación conceptual del derecho y la moral. El principal argumento en el que han venido sirviendo los defensores de esta tesis es que, en los sistemas jurídicos que satisfacen esas condiciones, los individuos disfrutan de la posibilidad de diseñar planes de vida y autodeterminar sus acciones y decisiones y, en el mejor de los casos, sus propias vidas. Quienes defienden la visión contraria señalan que las principales exigencias del *rule of law* serían consustanciales únicamente a la propia existencia de la juridicidad como instrumento de control social, con independencia de cuáles sean sus contenidos y, por tanto, sin que ello posea necesariamente ninguna dimensión moral. De acuerdo con esta visión, la función del Derecho sería la de guiar la conducta humana a través de leyes generales, públicas, claras, estables o irretroactivas, etc. y la virtud (no moral, amoral o neutral) que permite lograr mejor dicho objetivo son los principios del *rule of law*. Únicamente cuando los fines del sistema jurídico son moralmente buenos, entonces el *rule of law* es moralmente valioso en la medida (y únicamente en la medida) en que promueve esos fines. Cuando los fines del sistema son inmorales, el *rule of law* carece de valor moral. Ni las razones de la observancia de las exigencias básicas del *rule of law* tendrían carácter moral, ni los efectos derivados de dicha observancia poseerían, por sí solos, entidad suficiente como para generar estados de cosas éticamente valiosos.

En este trabajo argumentaré a favor de una tercera opción: que el *rule of law* posee valor moral intrínseco, pero no en el sentido conceptual por el que parece abogar Fuller sino en otro diferente más débil y restringido. La obsesión por la conexión lógica ubicada en el plano de la validez jurídica es lo que explica no sólo que, a la postre, el planteamiento de Fuller no resulte satisfactorio, sino también, en el extremo opuesto, la miopía de gran parte de la teoría positivista a la hora de apreciar que hay algo intrínsecamente valioso en la creación y aplicación del derecho respetuosa con las exigencias de la publicidad, claridad, irretroactividad, etc. La apreciación de tales dimensiones éticas que permiten sostener la existencia de una conexión necesaria exige una lectura diferente de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, de la *separability thesis*.

II. EL VALOR INTRÍNSECO DEL *RULE OF LAW*: LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

Aunque ya antes Radbruch hubiera hablado de la *rechtssicherheit* como de una forma de justicia y López de Oñate de la *certeza del diritto* como de la *specífica eticitá del diritto*¹, el verdadero artífice de la defensa de una conexión conceptual entre el derecho y la justicia a través del *rule o law* va a ser Lon Fuller y su tesis de la *Moral interna del Derecho*. El principal argumento del profesor estadounidense terminará sustentando el carácter moral de los principios de la *legalidad* será el de que éstos están comprometidos con la preservación de una concepción del sujeto de Derecho como un agente dotado de capacidad de autodeterminación y control de su propia conducta. Si el Derecho –dirá Fuller– consiste en «la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas»², ello exige, necesariamente, comprometerse con la imagen del hombre como un agente responsable, capaz de comprender y obedecer reglas y responder de sus faltas³. Si el tratamiento jurídico que el gobierno dirige a los ciudadanos es regular y previsible, éstos gozarán de la certeza jurídica necesaria para llevar adelante sus propios planes de vida⁴. Estas palabras del autor de *The Morality of Law* son una expresión original de algunas de las ideas centrales de una visión genuinamente iluminista y liberal del valor del *rule of law* centrada en las tres siguientes ideas.

En primer lugar, la libertad o autonomía debe ser entendida en el sentido de autodeterminación. Si bien es cierto que hay una tradición liberal que se remonta a Hobbes que ha insistido en el papel que juega la libertad negativa, la ausencia de impedimentos para actuar, en la definición de la autonomía, hay otro liberalismo para el que el aspecto

¹ Como han puesto de manifiesto diversos trabajos, la seguridad jurídica, especialmente en su vertiente regularidad estructural y funcional, entendida en un sentido fundamentalmente objetivo, estaría muy próxima al ideal del imperio de la ley (o el Derecho), del *rule of law*. En este sentido LAPORTA, F., «El imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1994, p. 134. Para una identificación entre la seguridad jurídica y el *rule of law* vid. AUBERT, V., *In search of Law*, Martin Robertson, Oxford, 1983, pp. 35 y 43-44; PECZENICK, A., *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, p. 31; JOWELL, J., y OLIVER, D., *The Changing Constitution*, Clarendon, Oxford, 1994, p. 58. Se ha hablado, por ello, de la pertenencia de la seguridad jurídica y el imperio de la ley o *rule of law* a un mismo universo ético. GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 2003, p. 485.

² FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 1964, p. 96.

³ Por esta razón, toda desviación de sus principios constituye «una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas u ordenarle que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por las facultades de libre determinación». *Ibidem*, pp. 162-163.

⁴ *Ibidem*, pp. 210 y 229.

clave sería la idea de autodominio, de producir y gobernar desde la razón sus creencias y preferencias, para vivir una vida no como una sucesión de estados mentales y actividades momentáneas e inconexas sino como un plan o proyecto en el que todos ello adquieren un sentido o propósito que, en gran medida, define a la propia personalidad⁵. La autonomía exige, como dirá Berlin, que el individuo se considere autor de su propia vida⁶.

En segundo lugar, Fuller estima que las normas y, en particular las jurídicas, desempeñan un papel muy importante de cara hacer posible dicha autonomía. Para poder proyectarse autónomamente en el tiempo los individuos precisan de contextos de decisión presididos por la certeza y regularidad. Esto es fácil de lograr en contextos *paramétricos*, en lo que el entorno aparece como algo fijo, pero no así contextos de decisión *estratégicos*, dominados por el riesgo y la incertidumbre que supone que la determinación de los cursos de acción por parte de una persona o agente depende de la actuación de los demás. Lo único que puede proporcionar aquí esa certeza y regularidad es el establecimiento de convenciones que hagan previsibles algunos elementos de este contexto de decisión, más concretamente, que avisen a los agentes de las expectativas e intenciones de los demás jugadores, hasta lograr convertir un contexto estratégico en otro paramétrico. Esta función de *aseguramiento de expectativas* aparece como la clave que explica la emergencia de sistemas y normas sociales, incluidas también las jurídicas⁷.

En tercer lugar, no cualquier tipo de juridicidad sirve para este propósito, no cualquier tipo de normas está en condiciones de reducir la complejidad del contexto de decisión e introducir certeza y previsibilidad. Como enseña la tradición contractualista, es necesario que se haga explícita una regla que prohíba el uso de la violencia privada, lo cual termina traducándose en la aparición de un poder soberano instaurador del orden garante de la seguridad personal en las relaciones privadas. Empero, no es suficiente con ello. También es preciso introducir certeza en la actuación del poder, hacerla previsible para los agentes, lo cual exige que ese poder también esté sujeto a reglas y actúe de acuerdo con ellas. Ambas necesidades confluyen en la exigencia no sólo de que el poder actúe a través y de acuerdo con normas jurídicas, sino que las directivas jurídicas y actos de aplicación de las mismas posean ciertos rasgos formales. Únicamente los sistemas jurídicos estructurados de acuerdo con las exigencias básicas del *rule of law* introducen en el ambiente de las relaciones públicas y privadas

⁵ BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 231-232.

⁶ Vid. LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2005, cap. I.

⁷ POSTEMA, G., «Implicit Law», *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 174. LUHMANN, N., *A Sociological Theory of Law*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985, pp. 25-26.

esos parámetros ciertos, fijos y previsibles que posibilitan un ejercicio confiado de la iniciativa y libertad personal⁸.

Admitido que la autonomía individual precisa de normas y actos de aplicación de las mismas que introduzcan en los contextos sociales de decisión y planificación de la vida un grado considerable de certeza y previsibilidad del comportamiento público y privado, tratemos de profundizar algo más en el modo en que se relacionan el *rule of law* y la libertad a partir del análisis de las condiciones de la primera. Como vamos a poder comprobar, la polémica entre los defensores y los críticos del valor moral intrínseco de aquel gira, en gran medida, en torno al contenido que tendrán de esas condiciones. Así, para los primeros, el aspecto de la libertad que convierte al *rule of law* en algo tan valioso es que hace posible que las interferencias y límites que el poder impone a la gama de opciones de la que disfrutaban los ciudadanos, una vez que han de articularse a través de directivas que observan las formalidades señaladas, poseen unos límites precisos que impiden que queden a merced de la voluntad de los primeros y puedan convertirse en una magnitud controlable y anticipable por los segundos. Así lo entiende Simmonds:

«Cuando un ciudadano vive bajo el imperio de la ley, es concebible que las obligaciones impuestas sobre él o ella será muy amplias y onerosas, y que los intersticios entre estos deberes podrían dejar muy pocas opciones disponibles. Sin embargo, si el *rule of law* es una realidad, tales deberes tendrán límites y los límites no dependerán de la voluntad de cualquier persona. ¿Podrían ser dependientes de la voluntad de un legislador soberano? Hay que recordar que las leyes deben ser irretroactivas y no deben ser sujetas a cambios constantes. En cualquier momento, por lo tanto, la ley puede entrar en conflicto con la voluntad actual del legislador soberano»⁹.

El aspecto clave no sería, pues, la *ausencia* de interferencias sobre las oportunidades del agente, ni la cantidad o calidad de las mismas, sino el grado en el que tales interferencias no son *arbitrarias*, en el sentido de que son *independientes* de la voluntad de otras personas¹⁰. Algunas visiones del valor moral del *rule of law* han exagerado esta dimensión republicana de la independencia o ausencia de dominación arbitraria, hasta el punto de llegar a considerar al *rule of law* condición

⁸ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 272-273. *Vid.* en un mismo sentido RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 221, LUCAS, J., *The Principles of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1951, p. 151.

⁹ SIMMONDS, N., *Law as moral idea*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 101.

¹⁰ Sobre los significados de no arbitrario *vid.* SHARON, A., «Republicanism and the Rule of Law», en <http://law.huji.ac.il/upload/Republicanism.and.the.Rule.of.Law.pdf>

no sólo necesaria sino también suficiente de la libertad¹¹. Sería el caso de Hayek quien, suscribiendo una visión exclusivamente procedimental de este valor, identifica la previsibilidad del futuro que proporcionan las leyes con la libertad misma¹². También Simmonds parece terminar decantándose por esta versión fuerte de la conexión entre el *rule of law* y la libertad cuando concluye:

«Si el Gobierno restringe el uso que hace de la violencia a los supuestos de violación de las normas (el requisito fullleriano de la congruencia entre acción oficial y la ley declarada) y si las normas son posibles de cumplir (las demás exigencias de Fuller), habrá necesariamente ámbitos de la conducta donde estará permitida más de una opción. Si el gobierno debe mantener un monopolio sobre el uso de la fuerza de cara a evitar la obstrucción de sus políticas por parte de sus opositores, debe haber leyes que prohíban las formas más obvias de interferencia en la conducta, tales como asalto, y esas prohibiciones deben ser confiables y hechas cumplir de manera efectiva. Por lo tanto, donde quiera que exista el imperio de la ley, los ciudadanos disfrutarán de algunos ámbitos de conducta libre que están protegidos de la interferencia de otros. Estos serán ámbitos de libertad que son independientes de la voluntad de cualquiera nadie, y dependientes únicamente de la ley»¹³.

La libertad que hace posible el derecho descansaría, a su vez, en la autonomía de éste, en la capacidad de una juridicidad que respeta las exigencias formales del *rule of law* para convertirse en un magnitud relativamente independiente del poder, que éste no puede instrumentalizar por completo. Que las normas jurídicas no sean la simple expresión de deseos de los superiores políticos sino el «sentido objetivo de actos de voluntad» (Kelsen) o imperativos *independientes* o *impersonales* (Olivecrona)¹⁴, tendría esta proyección en el plano político y moral¹⁵. De ahí que los más optimistas acerca de la autonomía de lo jurídico incluso bajo una tiranía o totalitarismo que respete en

¹¹ Acerca de visión del *rule of law* como condición solo necesaria o también suficiente de la libertad *vid.* WALDRON, J., «The Rule of Law», en *The Law*, Routledge, London, 1990, pp. 50-51.

¹² «Por lo que se refiere a las acciones de unos seres humanos respecto a otros, la libertad nunca puede significar otra cosa que estar limitados por leyes generales (...) la libertad significa y no puede significar otra cosa que lo que podemos hacer no depende de la aprobación de alguna persona o autoridad, sino que sólo está limitado por las mismas leyes abstractas que se aplican a todos». HAYEK, F. A., *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Oxford, 1961, p. 155.

¹³ SIMMONDS, N., *Law as moral idea, op. cit.*, p. 142.

¹⁴ OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. De L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 115 y ss; KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, Porrúa, México, 1979, p. 19.

¹⁵ En mismo sentido *vid.* THOMPSON, W., *Whigs and Hunters: the origins of the Black Act*, Penguin Books, N. York, 1977, pp. 262-263. Thompson interpreta en sentido político y moral a la idea de Marx de que la superestructura jurídica posee una relativa autonomía respecto a la infraestructura económica.

grado suficiente las exigencias básicas del *rule of law*, estimen que los sometidos a un poder de este tipo sabrían a qué atenerse frente al mismo les proporcionaría un cierto grado de previsibilidad de su actuación y de autonomía personal. Como vamos a poder comprobar, si bien esta tesis resulta indefendible, no puede rechazarse tan categóricamente que el seguimiento del *rule of law* por parte de ese tipo de sistemas políticos no proporcione a los individuos ciertas ventajas defensivas frente a una iniquidad completamente descarnada e imprevisible que puedan ser calificadas, aunque en un sentido bastante más débil, de morales.

III. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL *RULE OF LAW*

Una de las principales y más reiteradas críticas al pretendido carácter moral intrínseco de los principios de la *legalidad* gira en torno a la confusión y paradojas que conlleva postular el valor ético de un sistema jurídico tomando como única referencia la estructura formal y funcional del mismo. Por sí sola, esta última sería insuficiente y, en ciertas ocasiones, innecesaria para poder hacerlo ya que la atribución a una norma o decisión de dicha cualidad moral sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de las mismas. En realidad, los principios fullermanos serían, como dirá Lyons, *amoraless*¹⁶, o, como señalan Raz y Kramer, *neutrales*¹⁷. De acuerdo con lo que Bennett ha calificado de interpretación ortodoxa de la crítica de Hart y Raz a Fuller, la observancia del *rule of law* poseería únicamente valor instrumental o funcional. De acuerdo con esta visión, la función del Derecho sería la de guiar la conducta humana a través de leyes generales, y la virtud (no moral o amoral) que permite lograr mejor dicho objetivo son los principios del *rule of law*¹⁸. Únicamente cuando los fines del sistema jurídico son moralmente buenos, entonces el *rule of law* es moralmente valioso en la medida (y únicamente en la medida) en que promueve esos fines. Cuando los fines del sistema son inmorales, el *rule of law* carece de valor moral¹⁹.

¹⁶ LYONS, D., «The internal morality of law», en *Moral aspects of Legal Theory (Essays on law, justice and political responsibility)*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 8-12.

¹⁷ KRAMER, M., *Objectivity and the rule of law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 143.

¹⁸ BENNETT, M., «Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration», *Law & Philosophy*, 30, 2011, pp. 609-610.

¹⁹ MURPHY, C., «Lon Fuller and the moral value of the rule of law», *Law & Philosophy*, 24, 2005, p. 239. Para poner de manifiesto esta dependencia del valor moral de los medios respecto al de los fines Kramer, propone distinguir entre el *concepto éticamente neutral del rule of law*, la realización de las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico en el sentido indicado por Fuller, y el *ideal moral del «Rule of Law»*, que señala las dimensiones jurídico-formales de los

Las principales razones sobre las que viene articulándose el discurso negador del valor moral intrínseco del *rule of law* serían las tres siguientes: la compatibilidad entre la justicia formal y la injusticia material, el valor negativo del *rule of law* y la insuficiencia del seguimiento de éste para la protección de la autonomía personal.

III.1 La compatibilidad de la justicia formal y la injusticia material

Aunque la incidencia de varios de los principios fullerianos no se reduce al mundo jurídico sino que poseen dimensiones éticas muy apreciables (piénsese, por ejemplo, en la importancia de la publicidad en la ética kantiana), en el caso del principio de la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada, lo que llamaríamos el principio de legalidad de los poderes públicos, esta proyección ha cobrado más relevancia en la medida en que esta obligación de actuar regularmente de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y demás normas generales se identifica con la noción de justicia formal. El valor moral del *rule of law* se apoyaría en la consideración de sus principios como ingredientes de la justicia formal y, su vez, en la vinculación intrínseca entre ésta y la protección de la autonomía individual.

La justicia formal o procedimental ha sido definida como la adecuada, en tanto que regular, imparcial y constante, implementación o aplicación de las normas preexistentes. Hart se refiere a ella como la justicia *en la aplicación del Derecho*²⁰, y Rawls como la justicia como regularidad²¹. La justicia procedimental favorecería la autonomía individual en la medida en que protege las expectativas jurídicas a través de una aplicación de las normas que no toma en consideración nada más que la conexión lingüística entre su significado y los supuestos a los que se aplican, así como el modo en que ha sido aplicada en casos anteriores. Esta sería, como apunta Schauer, una de las acepciones de la expresión «formalismo jurídico»²². De ahí la importancia, de cara a hacer posible esta aplicación formal y regular, de

valores como la libertad, la igualdad o la dignidad humana en el marco de sistemas jurídicos liberales. El primero es un concepto perteneciente al ámbito de la filosofía jurídica y el segundo al dominio de la filosofía política. KRAMER, M., *Objectivity and the rule of law*, *op. cit.*, p. 143.

²⁰ Consistente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, *op. cit.*, p. 255.

²¹ A la que define como la «la aplicación imparcial y consistente de leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos». RAWLS, J., *A Theory of Justice*, edición revisada, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 1999, p. 51.

²² SCHAUER, F., «Formalism», *The Yale Law Journal*, 97, 1988, pp. 540-41. *Vid.* igualmente KENNEDY, D., «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, 89, 1976, p. 1689; BARNETT, R., «Can Justice and The Rule of Law

que el sistema jurídico deba configurarse como un Derecho de reglas y no de principios o directrices²³, de que el *rule of law* –para usar la expresión de Dworkin– se base en los textos y códigos (*rule-book conception*) y no en los principios o derechos (*rights based-conception*)²⁴.

Pues bien, algunos de los principales críticos de Fuller estiman, de un modo similar a cómo aceptan el valor jurídico constitutivo de los ocho desiderata pero no así su valor moral, que mientras la vinculación entre el *rule of law* y la justicia formal parece poco controvertida, no cabe decir otro tanto de la vinculación entre esta última y la justicia material²⁵. Los críticos de Fuller no niegan que la justicia formal no sea un instrumento necesario para la protección de tales expectativas y, en un sentido muy débil, para la promoción de la autonomía personal. Empero, niegan que tales efectos puedan tener valor moral ya que, como señala Hart, la justicia formal «es compatible con una gran iniquidad»²⁶. Por tratarse de planos éticos diferentes, Hart considera que el respeto a la justicia procedimental es perfectamente compatible con contenidos jurídicos injustos:

«un sistema jurídico que satisficiera estos mínimos requerimientos (la generalidad de las normas) podría aplicar, con la más pedante imparcialidad entre las personas afectadas, leyes terriblemente opresivas, y podría negar a una inmensa población esclavizada y sin derechos los mínimos beneficios de protección contra la violencia y el robo»²⁷.

be Reconciled?, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 11, 1998, pp. 597-624; LAPORTA, F., *El Imperio de la Ley*, op. cit., p. 191.

²³ SCALIA, A., «The Rule of Law as a Law of Rules», *The Chicago Law Review*, 56, 4, 1989, pp. 1175-1188; KELMANN, M., *A guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Massachusetts, 1987, pp. 40-45; LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, op. cit., cap. IV.

²⁴ DWORIN, R., *A matter of principles*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 11-12.

²⁵ Dicha conexión se hace muy evidente en la definición de la seguridad jurídica objetiva ofrecida por PÉREZ LUÑO, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 52. En un sentido similar PECES-BARBA, G., «La seguridad en la Filosofía del Derecho», *Anuario de Derechos Humanos*, 6, 1990, p. 279, y ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 182.

²⁶ HART, H. L., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 255-256. Por su parte, RAZ considera perfectamente compatible el respeto del principio de generalidad normativa con las discriminaciones por motivo de raza, religión, etc. RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 216. Vid. igualmente SARTORIUS, R., *Individual conduct and social norms*, op. cit., p. 173.

²⁷ Una exposición similar se repite en el comentario al libro de Fuller y, posteriormente, en *El concepto de Derecho*; HART, H. L., «The Morality of Law. Book Review», *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, p. 1287, y *El concepto de Derecho*, op. cit. p. 255. En un mismo sentido LYONS, D., «The internal morality of Law», en *Moral aspects of legal theory. Essays on law, justice, and political responsibility*, Cambridge University Press 1993, pp. 8-12.

Se ha tratado de atribuir valor moral a la justicia formal bien considerándola una condición necesaria para poder llevar a cabo una acción justa (la aplicación de una ley valiosa), bien sosteniendo que hay algo intrínsecamente valioso en la aplicación consistente y regular de las normas²⁸. Sin embargo, la justicia formal, por sí sola, sería insuficiente y, en ciertas ocasiones, innecesaria para predicar la moralidad de una norma o decisión. El hecho de que, como comentaremos más adelante, sea una condición necesaria de la justicia, no le confiere por ello valor moral. Por todo ello, resulta contraproducente postular el valor ético de un sistema jurídico tomando como única referencia la estructura formal y funcional del mismo. La atribución de dicha cualidad sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de las mismas²⁹. Como concluye Campbell, la aplicación consecuente de las reglas no es una cuestión de justicia, formal o de otro tipo, a menos que las reglas sean reglas justas³⁰.

III.2 El *rule of law* como un valor negativo

Quince años después de publicar Hart las reflexiones anteriormente recogidas, apareció la que, muy probablemente, sea la crítica más aguda y sofisticada a la pretensión de Fuller de sostener el valor moral intrínseco del *rule of law*. Me refiero al artículo de Raz «The rule of law and its virtue», publicado inicialmente en *The Law Quarterly Review* en 1977 y que integrará, posteriormente, el capítulo undécimo de *The Authority of Law*. Su discurso se concreta en las tres siguientes tesis: el *rule of law* es una virtud amoral; su seguimiento no evita la injusticia; aunque su violación sí produce una injusticia, esto no basta para convertirlo en un valor moral.

En diversos momentos Raz se refiere tanto al *rule of law* como al seguimiento del mismo como una virtud o excelencia jurídica. Añade que, si bien es cierto que es una de las muchas virtudes que el Derecho podrá poseer, no se trata, sin embargo, de cualquier virtud, sino de una inherente al propio Derecho. Ahora bien, como para Raz el término virtud no tiene necesariamente un significado moral, no hay ningún inconveniente en considerar al *rule of law* como una virtud y, al mismo

²⁸ GARCÍA MANRIQUE, R., «Acercas del valor moral de la seguridad jurídica», cit., pp. 503-504.

²⁹ Como declara Hart, lo que convierte a una moral de la aspiración en moral no es el hecho de que esté guiada por principios indicativos no perentorios respecto a un fin, sino que dicho fin sea algún desarrollo ideal de las capacidades humanas que se considera que ha de ser un valor supremo en la conducción de la vida. HART, H. L., «Lon Fuller: The Morality of Law», cit., p. 351.

³⁰ CAMPBELL, T., *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. de S. Álvarez, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 41.

tiempo, sostener su carácter no moral sino simplemente neutral³¹. Únicamente se convierte en una virtud moral cuando resulta necesario para hacer posible que el Derecho pueda llevar a cabo funciones sociales valiosas, «del mismo modo que puede ser moralmente importante fabricar un cuchillo afilado cuando así lo exige un fin moral»³². Esto es, el *rule of law* sería un instrumento para que otro instrumento (el Derecho) pueda perseguir eficazmente fines moralmente valiosos a la luz de valores sustantivos externos a ambos.

En segundo lugar, el seguimiento del *rule of law* sería, en todo caso, una condición necesaria pero no suficiente de la justicia, mientras que su violación sí sería una condición suficiente de la injusticia. Tras señalar que el Derecho puede violar la dignidad individual de diversas maneras, Raz concluye: «la observancia del *rule of law* no garantiza, de ningún modo, que tales violaciones no ocurran. El Derecho puede, por ejemplo, instituir la esclavitud sin violar el *rule of law*. Pero resulta claro que un menosprecio deliberado del *rule of law* viola la dignidad humana»³³. No existe, pues, una conexión necesaria entre la observancia del *rule of law* y la justicia, pero sí entre la violación del *rule of law* y la injusticia.

Sobre la base de todo lo anterior, Raz concluye que el *rule of law* sería esencialmente un *valor negativo*. Dado que, inevitablemente, el Derecho puede crear un riesgo de arbitrariedad³⁴, el *rule of law* está concebido para *minimizar el peligro creado por el mismo Derecho*. Por tanto, aquél es un valor negativo en un doble sentido: a) el seguimiento del mismo no causa ningún bien, excepto el de evitar el mal, b) el cual sólo podría haberlo causado el propio Derecho. Para ilustrar esta conclusión Raz recurre a la analogía con la virtud de la sinceridad (*honesty*), entendida en el sentido restringido de evitar engañar. El bien de la sinceridad no incluye el bien de la comunicación entre las personas, ya que es compatible con la negativa a comunicarse. Su valor reside, exclusivamente, en evitar el daño del engaño. Por tanto, *una persona que no puede comunicarse* no puede reclamar ningún mérito moral por el mero hecho de no mentir, del mismo modo que no lo merece quien –por incompetencia o falta de oportunidad pero no de intención– *no puede envenenar* mortalmente a otro. *A simili*, que el Derecho *no pueda sancionar la fuerza arbitraria o*

³¹ Sobre la duplicidad de significados del término virtud en la visión raziana del *rule of law*, vid. BARBER, N., «Must Legalistic conceptions of the Rule of Law Have a Social dimension?», *Ratio Juris*, 17, 4, 2004, pp. 477-478.

³² RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 226.

³³ *Ibidem*, p. 221.

³⁴ Como señala Hart, el paso de una sociedad que puede organizarse y funcionar únicamente con normas primarias a sociedades complejas que precisan de normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación proporciona a los sujetos de derecho las ventajas de la certeza, la flexibilidad u eficacia jurídicas. Empero, crea simultáneamente el peligro de la creación de un poder centralizado que pueda terminar siendo opresivo. HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 249-250.

las violaciones de la libertad y la dignidad a través de una total ausencia de generalidad, irretroactividad o claridad, no le confiere crédito moral, no le concede ninguna virtud, del mismo modo que tampoco la hay en un Derecho que no deja ni matar, ni robar. Únicamente significa que cierta clase de males que no pueden ser perseguidos a través del Derecho³⁵.

III.3 La insuficiencia del seguimiento del *rule of law* para la protección de la autonomía personal

Como expusimos anteriormente, tanto para Hayek como para Fuller, gran parte del valor moral del *rule of law* descansa en la capacidad de sus exigencias formales y funcionales para garantizar que los sujetos de Derecho puedan convertir las leyes en puntos de referencia cognoscibles y confiables de cara a planificar cursos de acción. Sería esta capacidad para posibilitar la planificación del futuro que proporciona el Derecho cuando actúa como una fuente de información generadora de expectativas fiables sobre el mismo Derecho y el comportamiento ajeno (en especial el de los poderes públicos), lo que conferiría al *rule of law* un valor moral intrínseco. Lo que la certeza de la acción garantiza como «moralidad específica del Derecho» es, precisamente, la protección de la libertad³⁶. En el caso de Hayek, la conexión entre el *rule of law* y la autonomía o libertad adoptaría, además, una versión fuerte, ya que considera al primero una condición *suficiente* y no sólo necesaria para la existencia de la libertad.

Los críticos de esta visión liberal del *rule of law* disienten de tal planteamiento. El hecho de que el poder político conforme su actuación a normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios, la mera capacidad para elegir entre dos cursos de acción conociendo las consecuencias de cada uno de ellos, no aumenta la *autonomía moralmente valiosa* a disposición de los sujetos normativos. A juicio de Kramer, con la tesis de la moralidad interna Fuller estaría confundiendo dos nociones bastante diferentes: la de autodeterminación en sentido cognitivo y la de autodeterminación en sentido político y moral. Las normas jurídicas tratan normalmente con los ciudadanos en un sentido cognitivo, presentando requerimientos y prescripciones que deben ser tenidas en cuenta por personas con capacidad para elegir hacerlo. Pero este reconocimiento general de la autonomía cognitiva no entronca con el ideal político y moral de la autonomía. La auto-

³⁵ RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», cit., p. 225 (la cursiva es añadida).

³⁶ CORSALE, M., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 11.

mía en el primero de los sentidos puede ser el vehículo típico para una empresa que otorga escasa atención al segundo tipo de autonomía³⁷.

En un sentido moral y político, la autonomía exige algo más que autodeterminación cognitiva o *capacidad de elección* para seguir o no un plan de vida o un curso de acción. Para que dicha capacidad se convierta en algo moralmente valioso no basta que concurra la condición señalada por Simmonds de que el agente goce de *independencia*, esto es, que pueda tomar decisiones libremente, sin constricciones externas, ni que goce de más de una opción a la hora de actuar. También es condición necesaria que éste disponga de una adecuada *gama de opciones relevantes* o significativas³⁸. De forma más o menos similar a la situación del individuo del ejemplo de Raz, que vive en el interior de un pozo, es incapaz de salir de él y solo puede elegir a qué hora comer y dormir, la mera capacidad de seguir o no una norma, de saber a qué atenerse, la mera capacidad de poder elegir entre distintos cursos de acción, no aumenta la autonomía moralmente valiosa a disposición del sujeto³⁹. Volviendo a Raz, para alcanzarla es preciso que estén a disposición de una persona muchas opciones moralmente aceptables. Por consiguiente, si aceptamos la condición de las opciones relevantes, la noción de autonomía no puede ser puramente formal sino que, como apunta Álvarez, nos desplaza hacia el terreno de la autonomía definida no por los resultados sustantivos de su ejercicio, pero sí por las condiciones negativas para ello. Y, para valorar esto último, para saber si el Derecho pone a disposición de los sujetos esa gama valiosa de opciones, no puede tomarse como referencia únicamente su forma sino que, inevitablemente, ha de atenderse al contenido de las leyes⁴⁰.

De ahí que la previsibilidad que pudiera proporcionar un Derecho inicuo resultaría aún más insuficiente para que una persona sometida a un poder totalitario pueda autodeterminar su vida. La noción de «opciones adecuadas» de Raz no sólo excluye a las opciones triviales sino también las opciones que colocan al sujeto en la disyuntiva de elegir entre vivir o morir⁴¹. La única elección que podría llevarse a cabo en un contexto de este tipo sería optar entre un mal (obedecer una ley injusta que no permite diseñar muchos de los planes de vida que, a la vista de sus deseos, preferencias o valores, serían significativos y valiosos) y otro mal aún mayor (la cárcel, la tortura o incluso la

³⁷ KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples. A critique of Lon Fuller and his defenders», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, Summer, 1998, pp. 245; *In defense of legal positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 60.

³⁸ RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 372-378.

³⁹ GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», cit., pp. 488-489.

⁴⁰ KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 246.

⁴¹ ÁLVAREZ, S., «La autonomía personal», Díaz, E., y Colomer, J. L., (eds), *Estado, justicia, derechos*, op. cit., p. 157.

muerte). Y, a diferencia de la elección entre elegir morir o seguir viviendo por parte de quienes reclaman el derecho a la eutanasia, lo cierto es que:

«elegir entre la supervivencia y la muerte no es elegir (...) Una adecuada gama de opciones debe satisfacer, por tanto, otra condición adicional. Durante la mayor parte del tiempo la elección no debe estar dominada por la necesidad de proteger la vida que uno tiene. Una elección está dominada por dicha necesidad si todas las opciones excepto una harán prácticamente imposible la continuación de la vida que uno tiene»⁴².

Tampoco la versión débil de la conexión entre el *rule of law* y la protección de la autonomía individual se salva de la crítica. A su juicio, podemos admitir que el respeto y la promoción de la autonomía individual exige recurrir a un sistema jurídico que garantice la seguridad jurídica; pero de aquí no se sigue la naturaleza moral de la acción «respetar y promover socialmente la autonomía» se traslade a todos los pasos necesarios para realizarla. En general muchas acciones cuya naturaleza estrictamente instrumental son necesarias para llevar a cabo fines morales; pero no por ello varía su naturaleza instrumental. El esquema del razonamiento de quienes abogan así por el valor moral del *rule of law* sería el siguiente silogismo disyuntivo:

- 1) Si un sistema jurídico protege y garantiza la autonomía entonces posee valor moral.
- 2) Si un sistema jurídico garantiza la justicia formal entonces protege y garantiza la autonomía individual.
- 3) Si un sistema jurídico garantiza la justicia formal entonces posee valor moral.

Sin embargo, no parece que se sea razonable aceptar que las condiciones necesarias para llevar a cabo una acción moral adquieran ellas mismas, sólo por esa razón, valor moral. Pese a su apariencia de corrección, este razonamiento formalmente válido incurre, tal y como ha señalado de García Manrique, en la «falacia de la división». A su juicio, podemos admitir que el respeto y la promoción de la autonomía individual requiere recurrir a un sistema jurídico que garantice la seguridad jurídica; pero de aquí no se sigue la naturaleza moral de la acción «respetar y promover socialmente la autonomía» se traslade a todos los pasos necesarios para realizarla. En general muchas acciones cuya naturaleza estrictamente instrumental son necesarias para llevar a cabo fines morales; pero no por ello varía su naturaleza instrumental⁴³.

⁴² RAZ, J., *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 376.

⁴³ *Ibidem*, p. 492. Vid. igualmente GARCÍA MANRIQUE, R. «Autonomy and the Rule of Law», *Ratio Juris*, 20, 2, 2007, pp. 280-301.

IV. EL VALOR MORAL DEL *RULE OF LAW* Y LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD

IV.1 Una nueva interpretación de las teorías de Hart y Raz

Concedamos, *ad argumentum*, que tanto las exigencias básicas del *rule of law* como su seguimiento serían únicamente un medio para alcanzar más eficazmente fines morales externos al Derecho, incapaces, como tales, de asegurar la calidad ética de los contenidos jurídicos. ¿Se cierra de esta forma definitivamente la puerta a la consideración de aquellas como principios moralmente significativos o valiosos? Expresado en otros términos, ¿es posible sostener que el *rule of law* posee valor moral intrínseco aun cuando el seguimiento de éste no se traduzca siempre o necesariamente en la producción de normas y decisiones moralmente valiosas? ¿Está en lo cierto Simmonds cuando afirma que *el hecho de que el rule of law sea compatible con la injusticia no demuestra que no sea un valor moral genuino*?⁴⁴ La lectura que proponen Waldron y Bennet de la concepción hartiana y raziana del *rule of law* ofrece una explicación que parecería dar la razón a Simmonds. Los primeros han cuestionado que Hart y Raz consideraran la observancia del *rule of law* algo completamente amoral o instrumental. Más que esto último, lo que ambos criticarían sería el tipo de conexión necesaria, esencial o intrínseca entre el *rule of law* y la justicia que parece apoyar Fuller⁴⁵.

Por lo que se refiere a Hart, la interpretación ortodoxa de su visión del *rule of law* se había reducido, hasta el momento, a los comentarios sobre el tema aparecidos en la *Holmes Lecture* de 1958 y en *The Concept of Law*. En ambos, expresaba en términos muy parecidos y con un tono no exento de cierta acidez, la conocida tesis de que la observancia de las exigencias del *rule of law* es compatible con una gran iniquidad. Ahora bien ¿significa esto que el seguimiento de dichas exigencias carece de valor moral o, más bien, que dicho valor quedaría anulado o superado por el disvalor ético del contenido de las leyes y demás normas así producidas? Algunos trabajos sobre el tema aparecidos en los últimos años sugieren que la obra de Hart ha sido malinterpretada en este punto ya que, entre otras razones, sólo toma como referencia los trabajos conocidos ya mencionados y no otras publica-

⁴⁴ SIMMONDS, N., *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Mawell, London, 1986, p. 123 (la cursiva es añadida). *Vid.* también HARWOOD, S., «Conceptually necessary links between law and morality», en Krawietz, W., MacCormick, N., & Von Wright, G., (eds.), *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1994, p. 152.

⁴⁵ Aunque no todos los autores coinciden en que Fuller esté defendiendo una conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo cierto es que esta última es la interpretación más extendida de su teoría, *vid.* BRUDNEY, D., «Two links between Law and Morality», *Ethics*, 103, January, 1993, p. 284.

ciones posteriores, fundamentalmente su contribución a la *Enciclopedia de Filosofía* editada por Paul Harris. Allí Hart va a rebajar algo el tono de su planteamiento inicial al señalar que, aunque los principios de la *legalidad* son muy importantes, no debemos inferir que será siempre razonable o moralmente obligatorio para un hombre obedecer un ley cuando el sistema jurídico le proporciona los beneficios de la observancia del *rule of law* (claridad, generalidad, irretroactividad, etc.) «ya que el sistema puede ser injusto en otro sentido»⁴⁶. Esto es, si bien Hart no deja de sostener (i) no hay nada de significado moral concluyente derivado de la observancia o no de los principios de la *legalidad*, no parece que su tesis sea también (ii) no hay nada moralmente significativo en el hecho de conformarse o no a dichos principios. Consideraciones similares cabe hacer respecto a la fuerza de los principios del *rule of law* para sustentar la obligación política. Del hecho de que la observancia de tales principios no sea condición suficiente para hacer brotar dicho deber, no cabe inferir que el *rule of law*, no pueda funcionar como una razón moral (eso sí, incompleta) en favor de la obediencia al Derecho⁴⁷.

Por otra parte, en el trabajo que comentamos, Hart acerca posturas con Fuller cuando aprecia las diferentes dimensiones éticas que puede ofrecer la observancia de los requisitos de la *Moral interna del Derecho*. Así, tras señalar que «las leyes generales redactadas de forma clara y promulgadas públicamente son el medio más eficaz de control social», añade a continuación que «desde el punto de vista del ciudadano individual, son más que eso». La conformidad con dichos principios «es necesaria si (los ciudadanos) individuales desean disfrutar de la ventaja de conocer por adelantado los modos en que su libertad puede ser restringida en las diferentes situaciones en las que pudieran encontrarse y precisan de dicha información para planificar sus vidas»⁴⁸. Hart reconoce así que la observancia del *rule of law* resulta moralmente valiosa en la medida en que facilita la autonomía y libertad personal. Otro tanto cabe afirmar del tratamiento que hace del *Grudge Informer Case*⁴⁹, o en su discusión acerca de *Shaw vs. Direc-*

⁴⁶ HART, H. L., «Problems of Philosophy of Law», en Edwards, P. (ed), *The Encyclopedia of Philosophy*, MacMillan and Free Press, N. York, 1964, vol. 5, p. 264.

⁴⁷ WALDRON, J., «Positivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., p. 1151.

⁴⁸ HART, H. L., «Problems of Philosophy of Law», cit., p. 275.

⁴⁹ Se trata del caso de una mujer que en 1944, con la intención de deshacerse de su marido (por entonces soldado del Ejército alemán) lo denunció ante las autoridades por haber insultado a Hitler en el transcurso de un permiso. La mujer no tenía ninguna obligación de informar sobre tales hechos aun cuando los mismos fuesen aparentemente ilegales. El marido fue arrestado y condenado a muerte, si bien su pena no fue ejecutada y fue enviado al frente. En 1949 la esposa fue procesada por un tribunal de la República Federal Alemana por un delito que podríamos denominar como «privación ilegal de la libertad de una persona», tipificado como tal por el Código Penal de 1871, que permanecía en vigor desde su aprobación. La mujer demandó no haber cometido crimen alguno, ya que el encarcelamiento de su marido era conforme a las

tor of Public Prosecutions, en los que Hart reconoce el valor moral del principio de irretroactividad de las disposiciones penales⁵⁰. La leyes que sean completamente retroactivas –aseverará en la recensión del libro de Fuller– «no podrían llevar a cabo contribución alguna a la felicidad humana y, en la medida en que impongan sanciones, infringirían un sufrimiento innecesario»⁵¹.

Consideraciones similares cabría hacer respecto a la concepción raziana del *rule of law*. Unas páginas antes de mostrar su visión de éste como una virtud no moral y como un valor negativo, había señalado tres razones para apreciarlo que, como vamos a mostrar, toman como referencia tres valores morales estrechamente relacionados: la autonomía individual (entendida como la posibilidad de llevar cabo planes de vida), la protección de la libertad individual y el respeto de la dignidad humana⁵². Por otro lado, Raz insinúa la posible irrelevancia de la imposibilidad de la conexión conceptual entre el *rule of law* y la justicia cuando, tal y como recogimos anteriormente, además de declarar que la conformidad con el *rule of law* puede tener valor moral exclusivamente en el caso de que posibilite la persecución por parte del Derecho de fines morales, termina concluyendo que «esto significa que *casi siempre* es de gran valor moral»⁵³.

En definitiva, Hart y Raz estiman que el seguimiento del *rule of law* no se traduce necesariamente en la producción de actos y normas justas. Empero, de lo anterior no cabe concluir que también rechacen dicho seguimiento posee, en otro sentido diferente, valor moral aun cuando se admita, lo cual tampoco es pacífico, que lo que pudiera haber de valioso en la observancia de sus exigencias pueda quedar eclipsado o superado si, finalmente, los contenidos jurídicos no superan un test de corrección. Las ambigüedades y contradicciones de Hart a la hora de rechazar el valor moral no instrumental (en el sentido débil señalado) de la observancia del *rule of law* responden a un doble motivo. En primer lugar, a su rechazo a hablar del *valor moral* implícito en los principios de la *legalidad* como una *moralidad*. A su juicio, este último término debe reservarse para designar una teoría general que indique qué acciones resultan valiosas y qué deberes tenemos hacia los demás tomando como referencia algún valor último de la vida humana. Los principios de Fuller, aun cuando contribuyan a asegurar cosas moralmente valiosas para ciertas concepciones de la ética,

leyes nazis. Vid. DYZENHAUS, D., «The Grudge Informer Case Revisited», *New York University Law Review*, 83, 2008, pp. 1000 y ss.

⁵⁰ HART, H. L., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en Feinberg, J. & Gross, H (eds), *Philosophy of Law*, 4.ª ed, Wadworth, Belmont, 1991, p. 60.

⁵¹ HART, H. L., «The Morality of Law (Book Review)», *Harvard Law Review*, 78, 1965, p. 1291.

⁵² RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., pp. 220-221.

⁵³ *Ibidem*, p. 226.

no constituyen por sí solas una moralidad⁵⁴. En segundo lugar, refleja su obsesión por cerrar cualquier puerta a la posibilidad de una conexión conceptual entre el Derecho y la Moral, capaz de hacer tambalearse el armazón mismo del positivismo jurídico⁵⁵. Por lo que se refiere a Raz, sus contradicciones parecen obedecer, además, al temor de que el *rule of law*, concebido en los términos formales característicos de la definición clásica de Dicey o Hayek, pueda terminar convirtiéndolo en un obstáculo para que el Derecho sirva de instrumento para lograr objetivos morales y políticos más valiosos. No en vano, concluye su ensayo central sobre el tema afirmando que «sacrificar demasiados objetivos sociales en el altar del *rule of law* puede convertir al Derecho en algo estéril y vacío»⁵⁶.

IV.2 Reconsiderando la «tesis de la separabilidad»

La lectura que proponen Waldron y Bennet de la concepción hartiana y raziana del *rule of law* se ha convertido en una de las claves de un positivismo que trata de hacer compatibles dos tesis cuya reconciliación, para la visión ortodoxa del valor instrumental, resultaba un puro oxímoron: que el *rule of law* posee valor moral y que el seguimiento de sus exigencias no se traduce necesariamente en la producción de normas jurídicas materialmente justas. Únicamente la existencia de justicia material permite valorar como ético el cumplimiento de los principios de la *legalidad*. Quienes suscriben tal opinión asumirían implícitamente que *la única conexión necesaria posible entre el derecho y la moral sería la que toma como referencia el contenido de las normas jurídicas* (si no de todas, si de una parte cuantitativa y cualitativamente significativa de ellas), que la tesis de la separabilidad supone la constatación de que dicho tipo de vinculación no se produce en todos los sistemas jurídicos posibles, y que dicha tesis conforma el núcleo del positivismo jurídico.

En esta línea, Waldron estima que la afirmación de que los sistemas jurídicos poseen dimensiones éticas incuestionables y, en particular, que los principios del *rule of law* contribuyen (si no siempre, sí muy frecuentemente) a mejorar la calidad moral del derecho, representa una negación de la tesis de la separabilidad⁵⁷. Al hacer tal aseve-

⁵⁴ BENNET, M., «Hart and Raz on the non-instrumental moral value of the rule of law: a reconsideration», cit., p. 616.

⁵⁵ WALDRON, J., «Positivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., p. 1168. En un sentido similar, MARMOR, A., «The rule of law and its limits», *Law & Philosophy*, 23, 2004, pp. 42-43.

⁵⁶ RAZ, J., «The rule of law and its virtue», cit., p. 229.

⁵⁷ Para Waldron, reconocer que los principios de la legalidad contribuyen tanto a aumentar como a disminuir la calidad ética del derecho sin que pueda determinarse cuál será el balance final «representa una negación muy compleja (o una combinación de negaciones) de la tesis de la separabilidad, no una versión de ella». WALDRON, J., «Posi-

ración, parece atribuir a la misma un significado muy amplio, identificándola con la creencia de que entre el derecho y la moral no existe necesariamente ninguna conexión, o que las condiciones de validez jurídica *no pueden* (en lugar de simplemente *no deben*) depender de criterios morales⁵⁸. Sin embargo, para la mayoría de los positivistas de los que venimos hablando, más que una negación de la mencionada tesis, la constatación de esas dimensiones éticas de aquello que hace posible a los sistemas jurídicos y/o del *rule of law* es una de las principales razones para precisar mucho mejor su contenido, y para distinguirla de otras tesis con las que, muy frecuentemente, suele asociársele. Lo cierto es que, lejos de poseer un contenido evidente, la misma resulta un tanto oscura ya que, al hablar tanto de una conexión como de una separación necesaria entre el derecho y la moral, se puede estar haciendo referencia a cosas muy diferentes⁵⁹. Sólo así puede explicarse que los críticos del positivismo hartiano la rechacen por razones tan antagónicas como que es «un absurdo que ningún filósofo con cierta notoriedad jamás ha defendido⁶⁰, o «que resulta débil e irrelevante a fuerza de incuestionable»⁶¹. De ahí que haya terminado resultando inevitable excluirla de las tesis básicas del positivismo y restringir el núcleo o corazón del mismo a la tesis de las fuentes sociales o del carácter convencional del derecho, lo que Himma denomina *The Conventionality Thesis*⁶².

Otra posibilidad de cara a hacer compatible el positivismo, la separabilidad y, por lo que aquí respecta, el valor moral del *rule of law*, es

tivism and Legality: Hart's Equivocal response to Fuller», cit., pp.1162-1163. A su juicio, «the separability thesis is not only supposed to deny that whether or not a norm is law has *conclusive* moral implications; it is also supposed to deny that it has any *prima facie* moral significance. The separability thesis is certainly not satisfied by showing that although a norm's being law has some moral implications, those implications are not strong enough to settle the question of political obligation». *Ibidem*, p. 1164.

⁵⁸ COLEMAN, J., *The Practice of Principle. A defense of pragmatism*, Oxford University Press, 2003, p. 151.

⁵⁹ BAYÓN, J. C., *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, C. E. C., 1991, p. 739; FÜBER, K., «Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unraveled», en R. George (ed.), *The Autonomy of Law*, cit., 119-162, p. 120; GREENAWALT, K., «Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism», en George, R., (ed.), *The Autonomy of Law*, cit., p. 11; VILLA, V., «Legal Theory and Value Judgments», *Law and Philosophy* 16, 4, 1997, p. 457; WALUCHOW, W., «The Many Faces of Legal Positivism», *University of Toronto Law Journal*, 48, 1998, p. 388 n. 4.

⁶⁰ GARDNER, J., «Legal positivism: 5 ½ Myths», *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, pp. 222-223.

⁶¹ COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, op. cit., p. 151.

⁶² Esta sostiene que el contenido de los criterios de validez jurídica están determinados por una regla de reconocimiento aceptada, por normas que los poderes públicos aceptan y obedecen colectivamente en el ejercicio de sus deberes oficiales como legisladores, jueces u administración. Vid. http://ivr-enc.info/index.php?title=Legal_Positivism; Vid. HIMMA, K. E., «Law's Claim of Legitimate Authority», en Coleman, J., (ed), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001, p. 286; íd., «Ambiguously Stung: Dworkin's Semantic Sting Reconfigured», *Legal Theory*, 8, 2002, p. 166.

optar por una versión restringida del significado de la tesis. En esta línea, Coleman, padre la denominación de la tesis que venimos debatiendo, señala dos posibles interpretaciones de la misma: una amplia y otra restringida. La primera, coincidente con la mencionada hasta ahora, es la que estima –en palabras de Hart– «que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así»⁶³. La necesidad de la que habla Hart es de tipo lógico o conceptual (esto es, toma como referencia cualquier mundo lógicamente posible) y, sobre todo, se predica de las *condiciones de validez*: es lógicamente posible un mundo en el que la moralidad no sea parte de los requisitos que han de satisfacer las directivas jurídicas para formar parte del sistema jurídico y/o tener fuerza obligatoria. La segunda interpretación de la tesis no toma como referencia la validez jurídica sino el «gobierno a través del derecho» (*governance by law*). Por tal expresión debe entenderse «un modo diferente y sistemático de regular los asuntos humanos cuya naturaleza y límites constituye el objeto de estudio de la *jurisprudence*». En este significado más amplio, la tesis de la separabilidad sostendría que la moralidad no impone límites o constricciones necesarios a la existencia o el gobierno del derecho. Los que rechazan estiman, por el contrario, que hay, al menos, algunas conexiones necesarias entre el gobierno del derecho y la moral⁶⁴.

Para Coleman la primera tesis está fuera de toda discusión, pero estima que no es exclusiva, ni característica del positivismo jurídico. Si asumimos que el concepto de derecho defendido por este último posee un carácter marcadamente normativo y, sobre todo, que su enfoque es preferentemente metodológico, no hay inconveniente para que los isunaturalistas también acepten la versión restringida de la separabilidad. De la misma forma, tampoco el positivismo jurídico tiene por qué aceptar la versión amplia. No es incompatible rechazar que los criterios de validez jurídica son independientes de la moral y, al mismo tiempo, que la existencia o gobierno del derecho posee necesariamente dimensiones éticas. Estas no deben buscarse en los fines u objetivos que necesariamente alcanza o busca alcanzar el derecho, sino en el compromiso que éste, en tanto que forma de dirigir la conducta humana que, a diferencia de los sistemas de control social basados en premios y recompensas (*princing and santioning sytems*), no se basa en el uso de castigos y amenazas sino en un modo de dirigirse a sus destinatarios del que se derivan modos de responsabilidad basados en ciertos ideales de igualdad y respeto⁶⁵.

⁶³ HART, H. L., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 230.

⁶⁴ COLEMAN, J., «Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence», *Oxford Journal of Legal Studies* 27, 2007, pp. 581-584.

⁶⁵ COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», *The Yale Law Journal*, 121, 2, 2011, pp. 30-32.

Limitada a la versión restringida, la *separability thesis* no tendría un carácter metodológico sino *sustantivo*. En el primer sentido, la teoría puede y debe ofrecer una descripción normativamente neutral de cualquier fenómeno social, por ejemplo el derecho. Se trata de lo que Hoerster llama la tesis de la neutralidad. Empero, *no hay ninguna razón para que un tipo de acercamiento al conocimiento del derecho no pueda establecer conexiones necesarias entre éste y la moral*. Cabría decir, por tanto, que el *methodological positivism* no sostiene que no haya una conexión necesaria entre el derecho y la moral sino, más bien, que no existe ninguna conexión, necesaria o de otro tipo, entre la moralidad y la teoría jurídica. Son, por tanto, perspectivas lógicamente independientes⁶⁶, que, como insiste Coleman, «*not travel together*»⁶⁷. En la misma línea Füber propone distinguir dentro de la separabilidad dos tesis diferentes. Por un lado la *tesis de la Falibilidad* (FT), de acuerdo con la cual «el derecho no ha de tener necesariamente valor moral» y, por otro, la «*Tesis de la neutralidad*» (NT), según la cual «la definición del derecho debería estar libre de consideraciones morales». Es posible defender esta segunda tesis y, al mismo tiempo, aceptar que el objeto al que tal definición se aplica es necesariamente moralmente valioso⁶⁸.

La distinción entre una versión amplia y restringida de la tesis de la separabilidad resulta fundamental para iluminar los aciertos y errores de la defensa del valor intrínseco del *rule of law* llevada a cabo por Fuller. Recordemos que su planteamiento combina dos tesis diferentes. Por un lado, que la formulación y aplicación de directivas generales de comportamiento a través de un sistema coactivo institucionalizado como el que habitamos a designar como «derecho» exige, conceptual o necesariamente, la observancia por parte de las autoridades y operadores jurídicos de las ocho exigencias de la legalidad, a saber: generalidad de las normas, promulgación, irretroactividad, claridad, coherencia normativa, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y la ley declarada⁶⁹. Esto es, el «*rule by law*» presupondría el «*rule of law*»⁷⁰. En segundo lugar, estima que el derecho así y creado y aplicado a los casos o situaciones concretas poseería necesariamente valor moral⁷¹. Sin embargo, Fuller

⁶⁶ GREEN, L., «Inseparability of Law and Morals», *N. York University Law Review*, 83, 2008, 1039; PERRY, S., «Hart methodological positivism», *Legal Theory*, 4, 1998, p. 427.

⁶⁷ COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», cit., p. 34.

⁶⁸ FÜBER, K., «Farewell to “Legal Positivism”: The Separation Thesis Unraveled», cit., p. 121.

⁶⁹ FULLER, L., *The Morality of Law*, op. cit., pp. 37-38.

⁷⁰ Según aquél, un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no crea simplemente un mal Derecho, sino que «produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico». *Ibidem*, p. 198.

⁷¹ Lo cierto es que, desde los años cuarenta Fuller comenzará a ofrecer hipótesis con las que rechazar la conclusión, inobjetable desde las categorías conceptuales del iuspositivismo, de que las leyes de la Alemania Nazi tenían carácter jurídico y/o eran

podría haber defendido el valor moral del *rule of law* limitándose a sostener la tesis dos siguientes tesis:

a) La observancia de los principios de la *legalidad* forma parte de los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos de *Derecho* y de *sistema jurídico*.

b) La observancia de los principios de la *legalidad* introduce una diferencia moral positiva en un sistema normativo. Esta visión moderada sobre el valor moral del *rule of law* tomaría como referencia el dato de que el respeto de los principios de la *legalidad* constituye un medio para respetar la dignidad humana⁷², o de hacer concesiones importantes a la libertad, a la habilidad de las personas para controlar de un modo significativo aspectos importantes de sus propias vidas.

Empero, la defensa de a) y b) le conduce a defender la siguiente:

c) Los requisitos de la validez jurídica o de la existencia de los sistemas jurídicos incluyen exigencias de carácter moral⁷³.

El error de Fuller es haber tratado de sustentar el valor moral del *rule of law* trasladando al plano de la validez moral la conexión incuestionable entre la observancia de los ocho desiderata y la validez jurídica para, de esta forma, apostar por la versión más fuerte de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. La intuición de Fuller es correcta: hay algo moralmente valioso, éticamente significativo, en un gobierno de la conducta humana a través de la creación de leyes públicas, claras, irretroactivas, etc., que actúen como límites a la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, situar esas dimensiones en el plano de la validez de las normas jurídicas individualmente consideradas resulta una pretensión demasiado ambiciosa y, como se demuestra enseguida, demasiado vulnerable a las críticas. Pero eso no significa que la intuición inicial de que el valor del *rule of law* no es meramente instrumental o funcional sino también moral resulte equivocada⁷⁴.

vinculantes. En las *Rosenthal Lectures*, recogidas posteriormente en *The Law in Quest of Itself* (1940), rechazará la obligatoriedad de tales directivas a partir de un argumento casi idéntico a la tesis favorable a la absolución de los espeleólogos «antropófagos» desarrollada por el ministro Foster: el cese de las condiciones de convivencia que hacen exigible el sometimiento a las leyes. FULLER, L., *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de G. Carrió y L. Niilus, 2.ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 19-21. La hipótesis de que los principios básicos del *rule of law* permiten establecer una conexión necesaria entre el Derecho y la justicia constituiría, pues, el último y más célebre episodio de esta búsqueda de argumentos que permitan desmontar la separación conceptual entre el Derecho y la Moral sin abrazar el iusnaturalismo ontológico tradicional sino, más modestamente, lo que Fuller denomina una «versión procesal del Derecho Natural». FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 96.

⁷² Vid. WALDRON, J., *How Law protects dignity*, University of N. York, School of Law, Working Papers, 2011, p. 5.

⁷³ WALDRON, J., «Hart's equivocal response», *cit.*, p. 1169.

⁷⁴ En este sentido COLEMAN, J., «The Architecture of Jurisprudence», *cit.*, p. 30.

De todo lo anterior se desprende que si la constatación de que el derecho del *rule of law* poseen dimensiones éticas necesarias supone una negación de la tesis de la separabilidad, la misma no puede tomar como referencia la versión restringida de ésta sino aquella otra amplia que sostiene que no existe ninguna conexión necesaria entre la moral y el gobierno a través del derecho. Coleman, Simmonds y Marmor, estiman que la *separability thesis*, correctamente entendida, es compatible con el reconocimiento de que el gobierno por medio del derecho (Coleman), la existencia del derecho (Green), o que ciertos aspectos de lo que se necesita para ser una ley (Waldron), poseen una dimensión moral⁷⁵. El *rule of law* aparece como esa «estrella en la constelación de ideas que presiden nuestra ética política» en la medida en que es un medio para hacer posible algo intrínsecamente bueno o valioso como es el imperio del derecho. En palabras de Marmor,

«... correctamente entendida, la tesis de la separabilidad está relacionada únicamente con las condiciones de validez. Esta reza que las mismas no dependen del contenido moral de las normas en cuestión. Lo que es el derecho no puede depender de lo que debería ser, dadas las circunstancias del caso. Sin embargo, la misma es perfectamente coherente con el punto de vista según el cual el derecho es algo intrínsecamente bueno, en el simple sentido de que disponemos de buenas razones para tener el derecho y ser gobernados por éste. Y también es coherente con la visión básica de Fuller de que el *rule of law*, correctamente entendido, promueve ciertos bienes que tenemos razones para valorar al margen de sus méritos puramente funcionales»⁷⁶.

V. DIMENSIONES ÉTICAS DE UN GOBIERNO DEL DERECHO BASADO EN LA OBSERVANCIA DEL *RULE OF LAW*

Aunque ello no se traduzca necesariamente en la generación de contenidos moralmente valiosos, habría en la creación y aplicación de las normas jurídicas respetuosa del *rule of law* aspectos morales que la visión instrumental impide apreciar. En este último apartado trataré de mostrar algunas de esas dimensiones éticas mostrando, con tal propósito, las dudas que me suscitan algunos de los principales argumentos empleados para cuestionar el valor intrínseco del *rule of law*.

⁷⁵ El propio Hart pareció abrir la puerta a esta interpretación restringida de la separabilidad en la Introducción de sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cuando apuntaba que las «*different forms of the claim that there is a conceptual connection between law and morality which are compatible with the distinction between law as it is and law as it ought to be*».

⁷⁶ MARMOR, A., «The Rule of law and its limits», cit., pp. 42-43.

V.1 La imposibilidad de separar radicalmente medios y fines en el mundo real. La relevancia de la dimensión procedimental de la justicia

Comencemos con el argumento que rechaza que el valor moral del *rule of law* pueda descansar en el mero hecho de que éste sea un medio o condición necesaria de la autonomía individual. Como vimos, Raz y García Manrique insistían en que el medio para alcanzar un fin valioso (por ejemplo, tomar un tren para visitar a un pariente enfermo) no se contagia, en tanto que tal medio, del valor o calidad moral del fin. Ahora bien, ¿y si entre el medio y el fin existe una conexión cuasiesencial? ¿y si el único modo de visitar al pariente enfermo es tomar ese tren?, ¿hasta qué punto no puede terminar concluyéndose entonces que subir al mismo no sea parte y no solo un simple medio de la acción moralmente valiosa? En otros términos ¿en qué medida puede establecerse en éste u otros casos similares una separación tan tajante entre medios (amORALES o moralmente irrelevantes) y fines (éticamente relevantes)? Waldron ya advirtió de este matiz cuando señalaba que una conexión compleja entre los fines políticos y morales y el medio (el Derecho) aconsejaría rechazar cualquier acepción del *rule of law* que lo distinga de un modo demasiado precipitado y ligero de otros ideales valorados en la teoría política liberal⁷⁷. No debe minusvalorarse, pues, el dato ya señalado de que el *rule of law*, pese a no ser condición suficiente de la justicia material, representa, no obstante, una condición necesaria de esta. Las siguientes palabras de Laporta resumen perfectamente esta imbricación compleja entre fines (justicia material) y medios (justicia formal):

«si bien es cierto que aunque con el imperio de la ley puede que no haya ciertas libertades y se produzcan muchas desigualdades, también lo es que *no puede haber justicia material sin justicia formal*, que sin él las libertades y la igualdad son ilusorias. La existencia previa de todo ese tejido institucional que pone en pie el imperio de la ley sería lo que las hace posibles. Lo que puede llamarse la ilusión de la justicia material consiste en suponer que puede realizarse la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante decisiones judi-

⁷⁷ La legalidad (el *rule of law*, la seguridad jurídica) captura parte de lo que se necesita para respetar la autonomía individual, y es posible que una teoría completa sobre el respeto a la autonomía en un determinado contexto social sea, justamente, una teoría de la justicia. Además, una de las más importantes funciones del *rule of law* es *establecer límites a lo que podemos hacer como sociedad para reducir la injusticia*. Aun cuando exista la posibilidad de que por medio de decretos *ad hoc* extemporáneamente administrados pudieran eliminarse más eficazmente ciertas formas de opresión, aquéllos se hallan excluidos por este principio al ser incompatibles con el respeto a la autonomía. En este sentido, *el rule of law exige prefigurar en nuestros medios algunos de los principales caracteres de la sociedad justa que perseguimos*. WALDRON, J., «The Rule of Law in the contemporary liberal theory», *Ratio Juris*, 1, 2, 1989, p. 94 (la cursiva es añadida).

ciales ocasionales basadas en meros principios jurídicos o en consideraciones genéricas de ética pública (...) el ideal ético del imperio de la ley sirve así como prótesis institucional que suministra certidumbre y proyecta hacia el futuro contenidos de justicia, pero no los sustituye nunca»⁷⁸.

Que el *rule of law* sea condición necesaria y no suficiente de la justicia no debería, pues, impedirnos apreciar que hay una dimensión formal en la justicia material. Esto significa o se traduce en que, donde hayamos un régimen respetuoso con la democracia y los derechos humanos, los principios del *rule of law* «*distill the procedural legitimacy of such a regime*»⁷⁹. Por consiguiente, aunque no deje de ser cierto que, allí donde la calidad del Derecho es muy baja los planes de vida que puedan desarrollarse sobre la base de la información que éste proporciona serán poco valiosos, también lo es que, en el caso de que dicha calidad alcance el umbral de legitimidad señalado, habría un aspecto de la autonomía que éstos protegen que brotaría de la formulación y aplicación regular de las normas jurídicas, de la dimensión comunicativa o informativa del Derecho, que no cabe encontrar en las normas iusfundamentales sino en los modelos de comportamiento más delimitados y concretos contenidos en reglas legales. Habría, pues, un aspecto de la autonomía individual dependiente no sólo de que las leyes sean materialmente justas sino también de que gocen de claridad, publicidad o irretroactividad. El concepto de «protección de las expectativas legítimas» o de «confianza legítima» ilumina esa dimensión de la calidad formal del Derecho que permite desarrollar planes de vida sobre la base de la información y expectativas de futuro generadas por el propio Derecho. Por tanto, la observancia de tales exigencias realiza una función moral propia o autónoma en el marco de sistemas jurídicos basados en la democracia y los derechos humanos.

V.2 El valor moral de la evitación del mal

La crítica a la pretensión de basar el valor moral del *rule of law* en la protección de la autonomía individual parece demasiado seria como para seguir haciendo gravitar en torno a esta función su pretendida moralidad intrínseca y no sólo instrumental. Es cierto que la sola observancia del *rule of law* a la hora de producir normas generales y aplicarlas no proporciona condiciones suficientes para lograr la protección de la libertad individual. El único aspecto de ésta que hace posible es la *independencia* frente al poder. Al lograr que las interferencias y límites a la gama de opciones de la que disfrutaban los ciuda-

⁷⁸ LAPORTA, F., «Imperio de la ley y seguridad jurídica», cit., pp. 127-128.

⁷⁹ KRAMER, M., «Objectivity and the rule of law», p. 184.

danos, una vez que han de articularse y transmitirse a través de directivas que observan ciertas formalidades, poseen unos límites precisos, aquellas dejan de estar a merced de la voluntad de los primeros y pasar a convertirse una magnitud controlable y anticipable por los segundos. Como vimos este tipo de independencia es insuficiente para poder hablar de libertad en sentido moral y no sólo cognitivo ya que no toma en consideración la cantidad y, sobre todo, calidad de gama de opciones «independientes» de las que disfruta el agente⁸⁰.

Parece inevitable, pues, que la cuestionada moralidad intrínseca de los principios de la *legalidad* no deba tomar como referencia la justicia material de las leyes (medida en términos de protección de la autonomía o dignidad personal) sino la existencia de algún tipo de función que quepa calificar por sí misma como moral aunque, eso sí, en un sentido bastante más débil⁸¹. La cuestión que se suscita entonces es la de si es posible constatar la existencia de esa función, y si la misma posee la suficiente entidad como para considerársela moralmente valiosa. Así, por ejemplo, La Torre ha puesto de manifiesto recientemente la incompatibilidad estructural entre las exigencias del *rule of law* y la legalidad de la tortura⁸². Más habitual es el argumento que señala la posibilidad que tienen los ciudadanos de encontrar, incluso en el Derecho de las tiranías y totalitarismos, el último vestigio de

⁸⁰ Cabría, a partir de la distinción entre *autonomía* y *libertad* que propone Kennedy, considerar que el *rule of law* protege, en mayor o menor medida, la primera pero no la segunda. La libertad se refiere, en primer lugar, a la indeterminación de la voluntad, a su discrecionalidad para elegir los valores a perseguir y, en segundo lugar, al grado de satisfacción que el individuo obtiene de sus deseos. Por contra, la autonomía no se refiere al grado de satisfacción, sino al carácter de las circunstancias de las que ello depende. Un individuo posee plena autonomía cuando el logro de sus deseos depende, exclusivamente, de hechos regulares (en el sentido de estar sujetos a reglas). En la medida en que los únicos obstáculos para la satisfacción de sus valores son hechos reglados en lugar de eventos indeterminados o arbitrarios, su autonomía es completa, aun cuando no posea libertad alguna porque, finalmente, sea incapaz de realizar sus valores. Por la misma razón, alguien puede tener una amplia libertad (un alto nivel de satisfacción de los deseos) sin tener ninguna autonomía (cuando ese alto nivel depende de la voluntad subjetiva y arbitraria de otro). KENNEDY, D., «Legal formality», *The Journal of Legal Studies*, 1973, p. 371.

⁸¹ De hecho, alguno de los más destacados partidarios de una visión puramente instrumental de la seguridad jurídica o el *rule of law* advierten de que su rechazo de la conexión intrínseca descansa en una crítica de los argumentos más fuertes (fundamentalmente la protección de la autonomía individual), pero ello no prueba que dicha tesis, tomando como base argumentos diferentes, pueda ser correcta. GARCÍA MANRIQUE, R., «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», cit., p. 514.

⁸² El principio de legalidad, la *rule of law*, es el criterio según el cual la determinación de una conducta y más aun de una conducta violenta por parte de un órgano público tiene que hacer la conducta en cuestión previsible y proporcional. Un tal criterio sin embargo impide que la tortura —que es por sí misma un ejercicio imprevisible, desproporcionado y excesivo— tenga algún posible papel en un Estado de Derecho. LA TORRE, M., «La teoría jurídica de la tortura», *Derechos y Libertades*, 17, 2007, pp. 85-86.

amparo o refugio frente a la iniquidad⁸³. En la misma línea, Waldron, Reynolds o Fox-Decent consideran que nada impediría sostener que incluso bajo el dominio de un poder tiránico que, por cualquier razón, actúe dentro del *rule of law*, existen algunas ventajas que «*can make a moral difference*». Empero ¿de qué ventajas se trata? Se insiste en la existencia de un cierto grado de certeza, de saber a qué atenerse frente al poder, de una cierta transparencia en el modo de ejercer la opresión, que pondrían la primera piedra de cara a su limitación. Se afirma que, en un régimen despótico que tenga que respetar el *rule of law* habrá, al menos, algunos valores y principios en la cultura oficial a los que los ciudadanos podrán apelar en sus reclamaciones contra la injusticia, existiría un cierto grado de *reciprocidad* entre los agentes del Estado y quienes se encuentran bajo su autoridad que prefigura de un modo rudimentario el tipo de relación que debería obtenerse entre el legislador y los ciudadanos⁸⁴.

La consideración de tales efectos defensivos derivados de la observancia del *rule of law* como un valor moral, incluso en el caso de que sean el resultado de un seguimiento animado por la búsqueda de la eficacia en el control social y no por la intención de facilitar la autoterminación individual, parece imponer una visión diferente del significado ético atribuible a la evitación de un mal. Como señalamos anteriormente, una de las razones para rechazar el valor moral del *rule of law* giraba en torno al argumento de Raz de que éste sería un valor *negativo* ya que el el seguimiento del mismo no causa ningún bien, excepto el de evitar el mal, el cual sólo podría haberlo causado el propio Derecho. Frente a esta opinión, Marmor sostiene que no siempre la evitación de un mal puede ser considerada algo indigno de una valoración moral positiva. A su juicio, Raz acierta al señalar que no hay nada de virtuoso en el proceder de un individuo que, por impericia o falta de *oportunidad* pero no de *intención*, no consigue envenenar a otro. Empero, el planteamiento de Raz parece confundir dos cuestiones diferentes: la *agencia*, entendida como virtud moral, y el *bien*. Aun cuando, ciertamente, no haya nada de virtuoso en la acción de un individuo que no mata porque no sabe o puede y no porque no lo desee, no por ello deja de ser un bien el hecho de que una persona no muera. Imaginemos un mundo en el que sus habitantes fuesen iguales a nosotros en todo menos en el hecho de que no pueden matarse entre sí. Tales individuos no merecerían ningún crédito moral por evitar el asesinato. No obstante, podríamos seguir afirmando que es un buen

⁸³ FULLER, L., «Positivism and Fidelity to law. A replay to Professor Hart», cit., p. 637.

⁸⁴ Vid. FOX-DECENT, E., «Is the rule of law really indifferent», cit., pp. 572-576; MACCORMICK, N., «The Separation of Law and Morals», en R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, op. cit., pp. 105-133; RAWLS, J., *A Theory of Justice*, op. cit., pp. 80-81; REYNOLDS, N., «Law as coordination», cit., p. 112; WALDRON, J., «The Rule of Law in the Contemporary Liberal Theory», cit., pp. 93-94.

mundo en este sentido. El hecho de que estas criaturas no puedan matarse unas a otras no deja de ser un bien intrínseco, incluso en el caso de que ello no represente un logro personal digno de valoración. Del mismo modo, el hecho de que un funcionamiento adecuado del sistema jurídico no pueda sancionar determinados usos arbitrarios de la fuerza o ciertas violaciones de la libertad y la dignidad humanas, es simplemente bueno, aunque sea cierto que el derecho no merece aprecio moral por ello⁸⁵.

En relación con el segundo aspecto del argumento de Raz (el *rule of law* es un valor negativo porque solo evita males creados por el propio Derecho), parece implícito en el mismo que *si no hubiese Derecho, no existirían los males que es preciso evitar*. La analogía de Raz con el mal del engaño es muy reveladora. A su juicio, la virtud de la sinceridad no incluye el bien de la comunicación entre las personas, ya que es compatible con la negativa a comunicarse. Su valor reside, exclusivamente, en evitar el daño del engaño. Empero –sugiere Marmor– ¿y si tuviese el deber positivo de decirte la verdad? Seguramente, el médico que, guardando silencio, evita informar a su paciente que padece una enfermedad grave viola el deber de sinceridad. Otro tanto cabe afirmar del marido que, siendo infiel a su esposa, calla sobre ello. Por tanto, si existe un trasfondo de expectativas de que se comunique la verdad, evitar la comunicación puede resultar un engaño. Marmor se sirve de estos dos ejemplos para concluir que, al igual que en circunstancias como las señaladas existiría un deber de comunicarse que convierte a la sinceridad en una virtud moral positiva y no solo negativa, «si tenemos buenas razones para esperar el gobierno por medio del Derecho, la ausencia de éste es mala de idéntico modo a como lo sería la ausencia de comunicación bajo ciertas circunstancias»⁸⁶. Por lo tanto, Raz tiene razón en que las exigencias del *rule of law* resultan insuficientes, por sí mismas, para convertir al Derecho en algo esencialmente valioso. Su error reside, más bien, en no haberse percatado de que necesitamos el Derecho y que, del mismo modo que sólo si consideramos la monogamia un bien la falta de sinceridad del marido infiel se convierte en algo moralmente disvalioso, únicamente si presuponemos que la misma existencia del Derecho es un bien, la ausencia de publicidad, irretroactividad, congruencia, etc. merece idéntica valoración moral⁸⁷.

⁸⁵ MARMOR, A., «The rule of law and its limits», cit., p. 40.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁸⁷ Kramer rebate este argumento señalando que el estado de cosas con el que habría que comparar el Derecho actual no es la situación de anomia o anarquía característica de la ausencia o inexistencia de ninguna forma de juridicidad sino «otros sistemas jurídicos alcanzables de forma realista, alguno de los cuales sería moralmente superior al régimen jurídico en consideración». KRAMER, «On the Separability of Law and Morality», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XVII, 2, 2004, p. 324.

Por consiguiente, sumándome al parecer de Marmor, me suscitan serias dudas la tesis de Raz. Si aceptamos:

1) *ubi societas, ibi ius, hominum causa omne ius constitutum est*, esto es, la necesidad inexcusable, salvo en ciertas utopías o distopías, del Derecho en tanto que fuente de orden y seguridad no alcanzable de modo natural o espontáneo en ninguna sociedad humana de cierto tamaño o complejidad⁸⁸, y 2) que, al mismo tiempo que se convierte en una fuente de orden y seguridad, y aunque la percepción que se tenga de ello está muy condicionada por la mentalidad y la cultura política y jurídica dominante, no hay duda de que el Derecho ha representado siempre también una fuente de incertidumbre y arbitrariedad⁸⁹, no sé hasta qué punto puede defenderse 3) el *rule of law* o la seguridad jurídica son un valor negativo. Si admitimos como correctas las primeras premisas, parece imponerse como una necesidad lógica que también el surgimiento del *rule of law* representó ha representado un bien, en la medida en que el mismo permitió volver mucho menos peligroso un medio que, hasta ese momento, podía ser utilizado de un modo imprevisible y arbitrario. Resulta innegable que este cambio obedeció no sólo a los intereses de la burguesía capitalista en disponer de un Derecho previsible que pudiera –en la conocida expresión de Weber– «calcularse como una máquina», sino también, en gran medida, a una «revolución humanitaria»⁹⁰, alimentada por razones morales, y, en cualquier caso, que ello se tradujo en una mejora incontestable de la condiciones de vida de los ciudadanos. Sería, por tanto, este déficit de perspectiva histórica lo que conduce a Raz a desenvolverse en un plano tan excesivamente lógico como para no apreciar la contribución positiva del *rule of law*.

V.3 El carácter no generalista de una teoría jurídica auténticamente descriptiva

Como vimos anteriormente, los nuevos positivistas estiman que, interpretada en sentido restringido, la tesis de la separabilidad es compatible con el reconocimiento de que entre el derecho y la moral, con excepción del plano de la validez jurídica, existen conexiones neces-

⁸⁸ Omito aquí el debate en torno a si puede o deber hablarse de derecho en relación con el tipo de orden social imperante en las comunidades primitivas o, por el contrario, se trata de un fenómeno exclusivamente propio de sociedades en las que las normas que restringen el uso de la fuerza han alcanzado una institucionalización densa y no sólo rudimentaria o elemental. En favor de esta segunda opción, *vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 29-30.

⁸⁹ *Vid.* ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una Teoría Formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 81-88.

⁹⁰ Tomo esta expresión de S. PINKER, *Los ángeles que llevamos dentro. El declive de la violencia y sus implicaciones*, trad. de J. Soler, Paidós, Barcelona, 2011, pp. 189-262.

rias. Pues bien, a juicio de los primeros, uno de los ámbitos donde dicha conexión resultaría más evidente es en el de las razones para observar el *rule of law*. Fuller, Finnis y Simmonds coinciden en señalar que la regularidad y corrección formal en la formulación y aplicación de las leyes que demanda este principio difícilmente puede ser asumida por las autoridades y los operadores jurídicos en virtud de razones no intrínsecas o morales. Lo que puede y suele observarse en el mundo real es que, por lo que se refiere particularmente a las democracias, la autorrestricción del poder que encarna el *rule of law* (formal, fullerianamente concebido), al igual que la adhesión a los derechos fundamentales, posee una innegable dimensión moral, mientras que los dictaduras y totalitarismos, resulta difícil encontrar razones prudenciales en lugar de éticas para ese tipo de *self-restraint*.

En respuesta a la visión anterior, Kramer señala que la tesis de la separabilidad no se refiere únicamente a las condiciones de validez jurídica sino que incluye también las razones para observar el *rule of law*. A su juicio, ningún positivista razonable rechazaría la posibilidad de que un régimen acate los principios de la legalidad por razones éticas. Esta es la situación que se observa en las democracias liberales, como la estadounidense o la británica. Sin embargo, a la hora de ponderar la relación entre el Derecho y la Moral, un positivista no debería intentar mostrar lo que es verdadero en cada sistema jurídico, sino lo que no tiene por qué ser verdadero para cada sistema jurídico⁹¹. La cuestión relevante no es si algunos sistemas jurídicos respetuosos con el *rule of law* pueden o suelen serlo por razones morales (respeto de la dignidad, la autonomía, etc.) y, por consiguiente y, en dicha medida, que el Derecho resultante pueda tener valor moral, sino si son concebibles sistemas jurídicos en los que el seguimiento del *rule of law* pudiera obedecer a razones no sólo ni principalmente morales sino también prudenciales. Estaríamos, pues, ante una variante de la forma de interpretar la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral que Coleman bautizó como «positivismo negativo»⁹².

Una separación tajante entre de las razones políticas o prudenciales y las morales para la observancia del *rule of law* no resultan tan fácil de dibujar. Ciertamente, respecto a los sistemas políticos basados en la democracia parlamentaria y la protección constitucional de los derechos fundamentales, la tesis de Simmonds de que parece más razonable pensar que las razones morales, más allá de su dimensión justificativa, se presentan también como la explicación más plausible de la sujeción del poder a las disciplinas del *rule of law*, no parece objetable. ¿Cabe afirma otro tanto de los totalitarismos y dictaduras?

⁹¹ KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 249; KRAMER, M., «Once into the fray: challenges for legal positivism», *University of Toronto Law Journal*, 58, 2008, p. 6.

⁹² COLEMAN, J., «Negative and Positive Positivism», *The Journal of Legal Studies*, XI, 1982, p. 143.

Simmonds y Kramer han sostenido hasta hace apenas unos años un interesante debate en torno a esta cuestión. El primero ha defendido que si un régimen perverso actúa a través del *rule of law* restringe lo que está en disposición de poder hacer *per legem*, y este tipo de auto-limitación sólo puede obedecer a razones morales y no prudenciales. Frente a ello Kramer sostiene que una tiranía o un régimen despótico o totalitario también tendrían razones para observar las exigencias del *rule of law*, incluido el principio de irretroactividad, pero se trataría de razones prudenciales y no morales. Fundamentalmente, Kramer estima que la inobservancia del *rule of law* en estos regímenes desincentivaría la observancia del derecho por parte de los ciudadanos⁹³.

No parece que este debate se haya cerrado definitivamente, ni que haya un claro ganador del mismo⁹⁴. Por mi parte, creo que, no sólo adoptando un punto de vista lógico sino también empírico e histórico, la tesis de Kramer parece más aceptable. La adopción de la perspectiva histórica como la que reivindica Fuller parece avalar más la explicación prudencial que moral de la autorrestricción del poder implícita en la observancia del *rule of law*⁹⁵. No obstante, el dato señalado por los fullerianos de que el seguimiento del *rule of law* en las democracias puede explicarse sobre la base de razones prudenciales sería una pieza clave para sostener una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La otra es una revisión de las premisas metodológicas que tradicionalmente ha exhibido la teoría jurídica positivista. Estaríamos ante una vía quizá más modesta, seguramente tampoco no menos polémica, pero creo que a la postre más convincente, para defender que la teoría del derecho muestre el *rule of law* poseería un valor intrínseco que se sitúa en el plano de la definición de la teoría positivista del derecho, de sus rasgos y premisas metodológicas.

Como es sabido, tradicionalmente entre estas últimas siempre se han contado la generalidad y la descripción⁹⁶. Con la primera se hace referencia a que su objetivo no es dar cuenta del funcionamiento de un sistema jurídico particular sino de todos los sistemas jurídicos, con independencia de cuál sea su contenido concreto en cada caso. La

⁹³ KRAMER, M., «Once into the fray: challenges for legal positivism», cit., p. 5.

⁹⁴ Vid. STEWART, H., «Incentives and the rule of law: An intervention in the Kramer/Simmonds», *American Journal of Jurisprudence* 51, 2006, pp. 149-164.

⁹⁵ Kramer admite, no obstante, algunas excepciones a esta regla general. En algunos totalitarismos que lograron perpetuarse durante décadas en el poder se dieron periodos de tiempo en lo que la imposición de la voluntad se desarrolló de un modo totalmente descarando e imprevisible. Señala como ejemplo la pesadilla en la que vivió la inmensa mayoría de los ciudadanos soviéticos durante la época de «el gran terror», entre 1936 y 1938, periodo durante el cual la existencia de la gran mayoría de la población podía convertirse en cualquier instante en la pesadilla que vive Josef. K., el desgraciado protagonista de *El Proceso*, de Kafka. KRAMER, M., «Scrupulousness without Scruples», cit., p. 255.

⁹⁶ ESCUDERO ALDAY, R., «De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 397.

jurisprudencia expositiva de Bentham, la *teoría pura* de Kelsen o la teoría general de Hart y Bobbio parten de esta ambición universal y no local de la teoría y el concepto de derecho. Por su parte, con la segunda nota se pone el acento en el objetivo descriptivo que preside la aproximación positivista al Derecho. Pretende que la valoración que merezca el contenido de un sistema jurídico no «contamine» su concepto. Una cosa es lo que es el derecho y otra lo que debería ser, una su existencia y otra su mérito o demérito, una su descripción y otra su valoración. Un tercer componente metodológico es, como ya hemos señalado, la consideración de la separabilidad como una tesis sustantiva y no metodológica. Una aproximación neutral al fenómeno jurídico, que considere que la definición del derecho debería estar libre de consideraciones morales, no es incompatible con la constatación, en el plano sustantivo, de que un sistema jurídico ofrezca dimensiones éticas necesarias no, en este caso, en el plano de los contenidos de las normas y actos, pero sí en el de las razones para asumir las auto-restricciones que impone el *rule of law*.

Pues bien, creo que el planteamiento de algunos positivistas que defienden del valor moral del *rule of law* asume que el componente descriptivo de la teoría del derecho debería anteponerse a la vocación generalista y universalista que ha presidido las teorías de Austin, Kelsen y Hart⁹⁷. Aquellos están convencidos de que no sólo los enfoques de Dworkin o Soper, al no distinguir convenientemente la teoría del derecho de la teoría de la adjudicación y la teoría de la obediencia, serían los únicos que perjudican el carácter descriptivo consustancial a la primera. También la obsesión con la conexión conceptual, el sobredimensionamiento que sufre en otros positivistas, habría terminado por perjudicar la dimensión descriptiva consustancial a la teoría jurídica⁹⁸. Circunscrita al plano sustantivo, y con el significado restringido centrado en la condiciones de la validez jurídica, la tesis de la separación no constituye un obstáculo para que, animada por esa vocación descriptiva no necesariamente generalista o universalista, la teoría jurídica pueda y deba centrarse en la explicación y descripción del fenómeno jurídico existente, en lugar de referir el concepto y la descripción de derecho a todos los mundos lógicamente posibles. En esta línea Waldron, Gardner y Marmor reconocen que el seguimiento del *rule of law* puede resultar funcional a la hora de perseguir tanto fines moralmente valiosos como inicuos, que existen razones puramente prudentiales y no morales para servirse del *rule of law*, que, como señala el primero, «*legality itself might work in two directions*». Admiten, por tanto, que la satisfacción de los requisitos del *rule of law* es concep-

⁹⁷ JIMÉNEZ CANO, R., «Puede ser general la Teoría General del derecho?», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 2, 2012, p. 2.

⁹⁸ Se trataría de lo que Waluchow denomina una teoría descriptiva-explicativa impura. WALUCHOW, W., *Positivism jurídico incluyente*, trad. de M. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 44.

tualmente compatible con la elaboración de leyes malas o injustas en su contenido⁹⁹, que como mínimo, ha existido, existe o puede existir un sistema jurídico que, aun observando tales exigencias, produzca normas o decisiones profundamente injustas. Sin embargo, sumándose a la advertencia de Fuller, estiman que plantear este problema como una cuestión lógica ofrece una perspectiva desenfocada. Entre una teoría del Derecho completamente general, que tome como referencia todos los mundos lógicamente posibles, y otra completamente particular (circunscrita al Derecho de un determinado Estado), habría espacio para teorías de alcance intermedio: por ejemplo, una teoría de los Derechos de los Estados Constitucionales¹⁰⁰. En el marco de estos últimos, la descripción de las razones que presiden la adhesión de los poderes públicos a las exigencias básicas del *rule of law* sería uno de los factores que junto a, sobre todo, las decisivas transformaciones que en los sistemas jurídicos continentales habría desencadenado la positivación de los principios de justicia y derechos humanos que representa la «constitucionalización del Derecho»¹⁰¹, sería uno de los factores que justificarían la posibilidad y la necesidad de una teoría jurídica menos universal, para la que no resulte problemático hablar de la existencia de conexiones necesarias entre el derecho y la moral.

Presentar el seguimiento del *rule of law* como uno de los elementos de los sistemas jurídicos democráticos que permitiría hablar de este tipo de conexiones puede resultar un tanto paradójico. Como es sabido, frente a la reivindicación neoconstitucionalista, tanto los partidarios del *positivismo excluyente* como los defensores del *constitucionalismo positivista* estiman que la constatación del papel que desempeña las razones de corrección en distintos momentos de la vida jurídica no exige revisar el concepto positivista de derecho centrado en la tesis de que tanto la identificación, como la validez e incluso, la determinación del contenido de la normas jurídicas depende de criterios formales y no materiales. Para estos últimos, los neoconstitucionalistas habrían exagerado la magnitud de los cambios acontecidos en

⁹⁹ Vid. SUMMERS, R., «A formal theory of the Rule of Law», cit., p. 140; MARMOR, A., «The rule of law and its limits», cit., p. 11; MURPHY, C., «Lon Fuller and the moral value of the Rule of Law», cit., p. 252.

¹⁰⁰ En ese sentido ATIENZA en ATIENZA, M., y LAPORTA, F., «Imperio de la ley y Constitucionalismo», *El Cronista*, 0, 2008, p. 51.

¹⁰¹ Con esta expresión se alude a la transformación del ordenamiento jurídico como consecuencia de la efectiva preeminencia de la Constitución en el sistema de fuentes y cuyos rasgos y efectos más sobresalientes son la presencia de Constituciones rígidas y directamente aplicables, la sobre interpretación de la Constitución y sus consiguientes efectos de irradiación y omnipresencia de ésta. Para la teoría jurídica lo más decisivo de estos cambios es que, a través de ellos, los sistemas jurídicos incorporan normas cuya interpretación y aplicación impone una apertura del derecho a la moralidad, de las razones jurídicas a las morales, exige asumir que el derecho no posee únicamente una dimensión autoritativa sino también axiológica o de valor. Vid. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona 2006, p. 55. y *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 82.

los sistemas jurídicos occidentales en el transcurso de las últimas décadas que, desde su punto de vista, justifican la superación del positivismo formalista o legalista. No habría sido la transformación profunda de los sistemas jurídicos la que exige una revisión de los «viejos» conceptos y teorías, sino, a la inversa, el cambio de la teoría el que habría propiciado una nueva mirada de un derecho que, ni es tan novedoso en algunos casos, ni tan distinto al de los orígenes del liberalismo¹⁰². Pero, por encima de todo, se objeta a las tesis incorporacionistas y neoconstitucionalistas que asumen como premisa una concepción objetivista la moral y del conocimiento de ésta que resulta inaceptable por razones son sólo epistemológicas sin también políticas¹⁰³. Pues bien, entre las razones más poderosas para considerar preferible un enfoque negativo en lugar de positivo es, precisamente, el *rule of law*. Desde el punto de vista de la certeza y seguridad jurídicas resulta preferible un modelo de determinación de la validez, identificación de las normas y obligaciones jurídicas y aplicación del derecho como la que postula el positivismo *negativo* tradicional, en lugar de otro que tome como referencia la moralidad (ya sea positiva, crítica o la individual del decisor) tal y como el que defiende el positivismo *incluyente*¹⁰⁴.

Empero, del hecho de que existan razones poderosas (entre las que, como hemos visto, se encontraría el propio *rule of law*) para considerar preferible un modelo de identificación y determinación del contenido del derecho como el que postulan los positivistas negativos, en el que la moral no sería fuente del derecho, no se desprende que, a la hora de describir el funcionamiento y la práctica de los sistemas de los sistemas jurídicos democráticos, la teoría del derecho no deba dejar de constatar que tras el seguimiento del *rule of law* resulta difícil, poco probable y, sobre todo, poco razonable, encontrar razones prudenciales en lugar de morales. Una teoría del derecho *amplio sensu*, que, sin abandonar su pretensión conceptual, aspire también a dar cuenta o describir el funcionamiento real de los sistemas jurídicos democráticos, y que confiera un mayor peso a los hechos, a la experiencia, no tendría inconveniente en mostrar que la constatación de

¹⁰² A juicio de Laporta, «no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución (...) Es la teoría de la argumentación, el estudio minucioso del razonamiento práctico y el gran desarrollo del análisis del lenguaje y los tipos de enunciados normativos lo que se proyecta sobre las Constituciones, las de hace doscientos años, las del siglo XIX, las de los años cuarenta y las de ahora, y nos las presenta de otra manera». ATIENZA, M., y LAPORTA, F., «Imperio de la ley y Constitucionalismo», cit., p. 53.

¹⁰³ FERRAJOLI, L., «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa*, 34, 2012, p. 32.

¹⁰⁴ ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 243-254, y RUIZ MIGUEL, A., «Positivism ideológico e ideología Positivista», en Ramos Pascua, J. A., y Rodilla, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 457-480.

esta realidad permite hablar de una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad.

Ahora bien, el reconocimiento de estas dimensiones éticas del *rule of law* no puede descansar en una visión *naïve* del poder de las formas jurídicas, tal y como parece desprenderse de algunos enaltecimientos del este ideal y, sobre todo, de algunas lecturas del pensamiento de Fuller. Así lo hacen quienes contraponen el imperio de la ley al gobierno al de los hombres asumiendo que, en el primero, la estructura formal de las directivas y la actuación pública dentro de los límites que estas establecen convierten al derecho en algo completamente independiente de la voluntad de los hombres que detentan el poder. Otro tanto ocurre con quienes parecen ignorar que, si no se inserta en una cultura jurídica y política en la que se valore éticamente la limitación jurídica del soberano, la estructura formal del *rule of law* no puede, por sí sola, imponer límites a la creación y aplicación del derecho¹⁰⁵.

Fecha de recepción: 31/03/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.

¹⁰⁵ Sobre ambos aspectos, *vid.* KRAMER, M., «Freedom and the Rule of Law», *Alabama Law Review*, 87, 2010, pp. 842-843, y LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, *op. cit.*, p. 81.