



El dominio del Derecho. Recíproca rendición de cuentas e imperio de la Ley*

Gerald J. Postema**

University of North Carolina, Chapel Hill
gpostema@email.unc.edu

Resumen

Este ensayo explora el ideal del imperio de la ley como una forma de orden y buen gobierno basado en el mutuo control. Comienza con la idea central de que el imperio de la ley facilita protección y recursos contra el ejercicio arbitrario del poder. A fin de alcanzar este objetivo, el autor defiende que el imperio de la ley no sólo exige requisitos formales e institucionales (legalidad) sino que también presupone un tipo de interdependencia y colaboración entre autoridades y ciudadanos (fidelidad). Este *ethos* social se expresa en un conjunto de compromisos recíprocos entre los cuales el primero de ellos es la mutua responsabilidad por mantener a cada uno de los demás bajo una ley común. El autor expone esta tesis, denominada “tesis de la fidelidad”, en dos partes. En la primera, sostiene que para estar sujeto a la ley es necesario estar sometido al control de los demás. En la segunda, sostiene que el imperio de la ley es un bien público que sólo puede ser conseguido mediante cooperación.

Palabras clave

Imperio de la ley; control (rendición de cuentas), autoridad, soberanía, cultura jurídica, fidelidad al Derecho.

Law's Dominion: Mutual Accountability and the Rule of Law

Abstract

This essay explores the rule of law ideal as a mode of ordering and governance based on mutual accountability. It begins with the core idea that the rule of law provides protection and recourse against the arbitrary exercise of power. To comply with this aim, the author defends that the rule of law not only demands formal and institutional requirements (legality), but also presupposes a kind of interdependence and partnership between government and citizens (fidelity). This social ethos is expressed in a set of reciprocal commitments, among which the first one is the mutual responsibility for holding each other accountable under the common law. The author expounds this thesis, called “the fidelity thesis”, in two parts. First, to be subject to the law is necessarily to be accountable to others; and second, the rule of law is a public good which can only be achieved through cooperation.

Keywords

Rule of law, accountability, authority, sovereignty, legal culture, fidelity to law.

* Traducción de José María Sauca.

** Arthur L. Goodhart Visiting Professor of Legal Science, Cambridge University; Cary C. Boshamer Professor of Philosophy and Professor of Law, University of North Carolina at Chapel Hill.

Si la ley no impera, no tenemos imperio de la ley

Krygier (2011: 68)¹

En torno al siglo quinto A.C., la idea central del imperio de la ley fue fijada en las columnas de piedra de la ciudad de Gortina en Creta. El primer precepto del Código de Gortina afirma la supremacía del proceso legal, declarando “si alguien quiere impugnar el estatus de un hombre libre o el de un esclavo, no puede hacerlo por la fuerza sino ante un tribunal” (Miller, 2010: 11). Derecho y proceso legal se establecían para regular las acciones e interacciones de los ciudadanos de Gortina pero, asimismo, se establecían para regular el ejercicio del poder mediante agentes de la autoridad y mediante aquellos que actúan en nombre de la ley. Los agentes de la ley, incluso la más alta autoridad de la Ciudad, el *kosmos*, rendían cuentas ante la ley y podían ser sancionados en caso de inadecuada ejecución de la ley (Miller, 2010: 12). La ley no era un mero instrumento de gobierno; la ley pretendía gobernar por igual a gobernantes y gobernados. El imperio de la ley no sólo exige que los gobernantes ejerzan su poder *per lege*, sino que también insiste en que ellos mismos están sujetos a la ley, en que gobiernan *sub leges*. El imperio de la ley rige como forma de gobierno sólo cuando la *ley impera* entre aquellos que pretenden gobernar con la ley. *Reflexibilidad* –la ley impera sobre aquéllos que imperan mediante la ley y en su nombre- es una condición *sine qua non* del imperio de la ley. Esta es, básicamente, la idea central del imperio de la ley.

Este antiguo ideal de que la ley impera es el tema de este ensayo. Las exploraciones filosóficas sobre el imperio de la ley son gravemente insuficientes. Se centran exclusivamente sobre los principios de *legalidad* –los aspectos formales, procedimentales e institucionales del ideal; sin embargo, defenderé que *fidelidad* hace posible y asegura el imperio de la ley no como una condición entre otras muchas, sino como su *ethos* de inspiración esencial. Sostendré que el imperio de la ley es fuerte en un sistema político sólo cuando los miembros de ese sistema político asumen y practican un *ethos* peculiar. Además de los estándares de *legalidad* –los aspectos formales, procedimentales e institucionales del ideal- la noción del imperio de la ley comprende un conjunto de relaciones y responsabilidades enraizadas en convicciones y compromisos fundamentales que son esenciales para la realización del ideal. Asocio este conjunto de relaciones, responsabilidades y compromisos con la noción de *fidelidad a la ley*. La fidelidad incluye en su centro de gravedad el compromiso de una práctica permanente de mutuo control. La *tesis de la fidelidad* que defiendo aquí, sostiene que una práctica consistente de someter a cada uno de los demás al control de la ley es esencial para la realización del gobierno de la ley. Tomados conjuntamente *legalidad* y *fidelidad* constituyen el ideal del imperio de la ley. Esto supone que este ideal incorpora simultáneamente estándares de legalidad y estándares de fidelidad. El imperio de la ley se realiza cuando las leyes y las instituciones jurídicas se adecúan, en términos generales, a los estándares de legalidad y están asentadas y son florecientes las convicciones, compromisos y prácticas que responden a los estándares de fidelidad.

¹ N.T. El autor emplea sistemáticamente el término de *Rule of Law*. Su sentido incluye al Derecho en su conjunto y no sólo el tipo de producto normativo que en el sistema de fuentes se denomina *ley*. Sin embargo, hay un extendido uso de la expresión *Imperio de la Ley* que es el seguido aquí. Así mismo, utiliza el término *accountability* (en sus diversos usos gramaticales) de manera permanente. En la traducción se recurre indistintamente a traducirlo por *control*, por *responsabilidad* o por *rendición de cuentas* dependiendo su uso de razones estilísticas.



1. El Imperio de la Ley: la idea central

El ideal del imperio de la ley está globalmente aceptado y es públicamente admirado pero, al mismo tiempo, es puesto en tela de juicio con intensidad. No obstante, su idea central, reconocida a lo largo de su larga historia, es relativamente simple. Es la idea de que *cuando impera la ley, ella genera protección y recursos contra el uso arbitrario del poder*. La cuestión es que un sistema político está bien ordenado cuando sus miembros están seguros contra el ejercicio arbitrario del poder y es la ley, en razón de sus características peculiares, quien está en condiciones especiales –sino exclusivas– de proveer esta seguridad.

Esta noción tiene una estructura peculiar. La pretensión central y estructural es el control del ejercicio del poder. Esto significa que es la ley quien persigue restringir previamente el ejercicio del poder (protección) y ofrecer medios para someter a quienes ejercen el poder después de actuar (revisión). Esta pretensión implica límites para la propia ley, en su forma y en su implementación y reclama un *ethos* como condición necesaria de realización del imperio de la ley.

El propio imperio de la ley está concernido con el ejercicio del poder en un sistema político. Este poder puede ser *político* (vertical) ejercido por los gobernantes sobre los gobernados o *social* (horizontal) ejercido por los miembros, individuales o colectivos, sobre otros miembros. Típicamente, el imperio de la ley es observado como *un modo de gobernanza*, una manera singular de ejercer el poder político. Sin embargo, en primera instancia indica una *forma de asociación*, una formación social peculiar, un procedimiento en el que los miembros del sistema político observan, reconocen y se identifican con los demás. Esta es la idea implícita en la demanda de que el imperio de la ley prevalezca en una comunidad en la que todos los miembros están sometidos a un conjunto de leyes generales² y, por tanto, son iguales ante la ley (o quizá, deberíamos decir *iguales en y a través de la ley*). Esto quiere expresar un importante hecho acerca del trato de los gobernantes sobre los gobernados –y de sus límites– pero también un hecho acerca de las relaciones entre los miembros de un sistema político y los compromisos implícitos en ellas.

El imperio de la ley promete protección y revisión contra el *arbitrario* uso del poder. Un uso del poder es arbitrario en un sentido relevante para el imperio de la ley si es expresión del *liberum arbitrium*, la libre decisión o elección, de su agente. Philip Pettit (1997: 55; 1999: 81) observa que “un acto es perpetrado de modo arbitrario (...) si el agente está en una posición en la que puede o no elegirlo, según le plazca”. El acto es arbitrario, incluso si es razonable, razonado o justificado, si es realizado enteramente por el deseo o el gusto de su agente. Poder arbitrario es poder unilateral. La única perspectiva relevante sobre la acción es la del agente; ningún otro lado o perspectiva requiere ser considerada. El poder arbitrario no es necesariamente falto de razones o imprevisible o incluso, en sentido estricto, ilegal sino que no tiene que rendir cuentas.

2. La tesis de la fidelidad

El centro de atención de la legalidad es formal e institucional pero el centro de la fidelidad es ético. Ésta está preocupada por el *ethos* de un sistema político; el entendimiento mutuo y las prácticas asociativas de la gente en una comunidad en la que se realiza el imperio de la ley. Para clarificar esta noción de fidelidad podemos

² Locke (1980) habla de “libertad de los hombres bajo un régimen de gobierno” como sometida a la condición de tener “una norma pública para vivir de acuerdo con ella; una norma común establecida por el poder legislativo que ha sido erigido dentro de una sociedad” (Locke, 1998: 9).

empezar con el argumento de Lon Fuller sobre el carácter moral de las ocho condiciones de la legalidad. Sostenía que el imperio de la ley presupone y alimenta un tipo de interdependencia y colaboración expresados en un conjunto de compromisos recíprocos entre gobierno y ciudadanos. Los gobernantes prometen gobernar con y ser gobernados por el Derecho y los ciudadanos, a su vez, guían su conducta por el Derecho y aceptan ser juzgados por las leyes administradas por aquellos que gobiernan bajo esta promesa. La idea de fidelidad de Fuller es de recíproco cumplimiento del Derecho.

Comentando a Adam Ferguson podemos ver la extensión de la idea de Fuller. Ferguson (1995: 249; 2010: 331) observó que la capacidad de la ley para regular descansa en “la influencia de hombres decididos a ser libres, de hombres que, al haber establecido por escrito los términos en los que pretenden vivir con el Estado y con sus conciudadanos, tienen la determinación de ejercer su vigilancia y su fuerza de espíritu para que se cumplan esas resoluciones”. Esto sugiere que la fidelidad se expresa no sólo en el cumplimiento de la ley y de los estándares de legalidad sino también en una activa asunción de responsabilidad en favor del imperio de la ley. En particular, implica asumir la responsabilidad de hacer cumplir a los demás miembros de la relación sus recíprocas obligaciones. La fidelidad implica un control mutuo así como un cumplimiento recíproco. Así, debemos considerar que el imperio de la ley no es (simplemente) un conjunto de estándares para hacer, aplicar y ejecutar la ley sino que también es un orden de relaciones de mutuo cumplimiento de una ley compartida y general y de las recíprocas responsabilidades respecto a ella. Entre estas responsabilidades está, en lugar destacado, la mutua responsabilidad de mantener a cada uno de los demás sometido a la ley. Esta tesis de la fidelidad mantiene que el imperio de la ley es fuerte en un sistema político justamente cuando sus miembros, y no simplemente la élite jurídica o dirigente, asumen la responsabilidad de mantener a cada uno de los demás sometido a la ley. Estos compromisos se mantienen no sólo entre el pueblo y el gobierno sino también entre los miembros de la comunidad. La fidelidad tiene una dimensión social-horizonta además de la política-vertical. Asimismo, de conformidad con la tesis de la fidelidad sostendré que el fin de las responsabilidades de la fidelidad es el conjunto de la comunidad. Las responsabilidades de la fidelidad son debidas *por todos* los que disfrutan de los beneficios de la ley *para todos* los que están sujetos a los límites de la ley. Podemos captar un sentido intuitivo de este *ethos* de la fidelidad considerando un intenso y pavoroso ejemplo de *infidelidad*³.

El Sur de Estados Unidos, desde finales de 1870 hasta los años sesenta del siglo pasado mantuvo, con soporte jurídico, un sistema de segregación racial denominado “Jim Crow”. Aunque en alguna de sus manifestaciones institucionales la segregación racial *Jim Crow* podía haber sido plausiblemente legal en su momento, la evidente, intencionada y públicamente humillante inequidad en el acceso a los servicios públicos de todo tipo no lo era; más aún, la violencia sistemática que reforzaba las prácticas de segregación *Jim Crow* no solo eran brutalmente injustas sino moral y jurídicamente criminales. La violencia en apoyo de la dominación racial que incluía violaciones, secuestros, amenazas y asesinatos era general; no actos aislados de granujas autónomos sino una generalizada y sistemática actividad que incluía a ciudadanos particulares que eran oficialmente tolerados, autorizados e instigados. Ninguna razón puede sostener que esas acciones violentas fuesen legalmente permitidas o que la protección prevista para los ciudadanos blancos no tuviese prevista su extensión a las víctimas negras. La violencia que acosaba a un específico grupo social con el evidente ánimo de asegurar y mantener su

³ La descripción de las prácticas *Jim Crow* ofrecidas aquí son tomadas de Lyons (2008). La discusión en los párrafos siguientes remite a Postema (2010: 103-108).



subordinación a la comunidad se hacía mediante el uso de un poder arbitrario. Más aún, la ley era sistemáticamente ignorada o públicamente despreciada por los ciudadanos y por las autoridades a lo largo de todos sus niveles.

En el Sur del *Jim Crow* la ley no rendía cuentas. Había una manifiesta incongruencia entre la ley proclamada y la práctica tanto de ciudadanos como de autoridades. Las reglas informales de la cultura *Jim Crow* atribuían un poder arbitrario a los ciudadanos blancos y a las autoridades en desafío a la ley existente. Esto era el fracaso del Derecho: la ley no conseguía gobernar. Fracasaba, principalmente, no por un defecto de las normas o de los procedimientos jurídicos sino por un fracaso de la fidelidad. Fracasaba tanto en las dimensiones políticas como sociales del gobierno de las leyes. El imperio de la ley era truncado tanto por los agentes públicos como por los ciudadanos particulares y sus promesas eran denegadas a conciudadanos a quienes se les debían las obligaciones de la fidelidad.

Las prácticas Jim Crow ilustran la tesis de que la ley cumple su tarea de limitar el abuso de poder sólo cuando hay una cultura o *ethos* del imperio de la ley. Este *ethos* de fidelidad incluye no sólo la disposición general de someter al gobierno del Derecho y de respetar sus límites y exigencias sino también un compromiso activo de los ciudadanos y de las autoridades por someter a cada uno de los demás a sus responsabilidades ante la ley. Más aún, la historia de *Jim Crow* enseña que el imperio de la ley fracasa cuando el poder de revisión sólo sirve para satisfacer los intereses de aquellos que tienen el poder para lograr el sometimiento al mismo. Donde *Jim Crow* estuvo vigorosamente vigente, el Derecho no contaba y no regulaba las relaciones entre blancos y negros en la comunidad. Sin duda las autoridades y los ciudadanos en la comunidad blanca necesitaban ver su conducta como justificada a la luz de los estándares sociales existentes pero, entre ellos no estaba la ley. El compromiso de la comunidad blanca con el Derecho fallaba precisamente desde el momento en que su protección alcanzaba a la gente que ellos pretendían sojuzgar.

El gobierno de la ley fracasa cuando ella, o una parte relevante de ella, no es tomada en cuenta. Alienación, apatía y aceptación resignada de la corrupción minan la vitalidad del imperio de la ley. Sin embargo, debemos ser cuidadosos aquí. Un generalizado sentido de la irrelevancia de la ley en la vida ordinaria puede expresar un fracaso masivo de la fidelidad pero también podría manifestar un tipo diferente de fracaso del Derecho. En condiciones de pluralismo jurídico, ello puede expresar el fracaso del Derecho formal impuesto por el Estado para enraizarse él mismo en la comunidad que pretende gobernar. En comunidades donde esto es así, es posible que haya una robusta fidelidad que esté dirigida a otra general y pública aunque informal normativa. Recordemos que la fidelidad no es una cuestión de la mutua fidelidad al gobierno o al Estado o al Derecho estatal sino de la fidelidad de los miembros de la comunidad, cada uno respecto de los demás, respecto de algunas normas generales de regulación. Así, la general alienación del Derecho estatal en una comunidad puede no ser una señal de *anomia* y de fracaso de la fidelidad, sino una *polinomía* y compromiso con otras normas diferentes a las del Derecho estatal. En algunos casos, entonces, una caracterización más acabada de la comunidad podía ser que la ley impera pero es una *ley diferente* la que impera.

Sin embargo, esto no parece que haya sido el caso en la época del *Jim Crow*. Es cierto que los ciudadanos blancos ignoraban o desobedecían desafiantemente a la ley que prometía a todos los ciudadanos protección contra la violencia. Ellos la trataban como irrelevante en su comportamiento y en sus juicios de las conductas de sus vecinos en la medida que ella fuera aplicada y protegiera a

los ciudadanos negros. En algunos aspectos, ellos seguían un código informal que sostenía y apoyaba la opresión racial. Sin embargo, su conducta manifestaba un fracaso masivo de la fidelidad. Los ciudadanos blancos no estaban alienados por la ley en general, más bien rechazaban desafiantes reconocer su aplicación a aquellos conciudadanos a quienes buscaban oprimir. El Derecho fracasó en regir porque cuando se necesitó que hiciese buena su promesa de proteger a los gobernados por él, aquellos obligados con los demás en realizar esfuerzos vigilantes por mantenerlo fracasaron en asumir seriamente sus responsabilidades. El imperio de la ley fracasó no porque el gobierno de la ley fracasase al enraizarse en la comunidad sino más bien porque los miembros de la comunidad blanca fracasaron en asumir seriamente sus responsabilidades respecto a esa ley, responsabilidades que obligaban a todos los miembros de su comunidad.

3. Fidelidad e imperio de la ley: La necesidad de la recíproca rendición de cuentas

El imperio de la ley insiste en que cualquier ejercicio del poder en el sistema político, incluyendo cualquier acto de someter a alguien al control del Derecho, debe estar sometido a la ley. El agente de la ley debe justificarse en la ley para actuar así; una justificación que le habilita una posición de ejercicio de poder sobre los demás y (típicamente aunque no en todo caso) le provee de valores que guían ese ejercicio del poder.

Igualmente, se espera que cualquiera que esté sometido al ejercicio del poder así autorizado lo obedezca, esto es, no sólo que lo cumpla sino que también actúe en correspondencia y reconocimiento de la justificación. La relación entre las partes es esencialmente normativa, está definida por la ley. La ley no sólo gobierna a cada parte sino que cada una de ellas también está sometida a la ley y estar sometida a la ley -la que autoriza a someter a otro a control- supone necesariamente ser objeto de escrutinio por los demás participantes en el sistema de rendición de cuentas. La tesis central de este trabajo -la *tesis de la fidelidad*- es que someterse al imperio de la ley es someterse a un sistema de recíproca rendición de cuentas.

El primer paso que debemos dar en defensa de la tesis de la fidelidad es probar la *Tesis de Hobbes*. En el curso de su argumentación sobre que el soberano no puede estar sometido a la ley civil, Hobbes (1996; en el capítulo 29, par. 9) sostiene una propuesta esencial en defensa de la tesis de la fidelidad. Mantiene que quien pone la ley por encima del soberano también pone a un juez por encima de él. Comprometerse con la ley, desde la perspectiva de Hobbes, es precisamente asumir un compromiso respecto de los demás y, así, permitir que uno mismo esté sujeto al control de los otros. Sin embargo, Tomás de Aquino (Aquinas, 2006; en la *II^a-IIae*, q. 96, a. 5, ad. 3) argumentaba la tesis contraria consistente en que a pesar de que el gobierno del soberano no está exento del *poder directivo* de la ley, está exento del *poder coercitivo* (y, presumiblemente, de un control más general). La tesis de Aquino es que uno puede estar sujeto a la ley pero no tener que rendir cuentas ante otro juez. Deberíamos reconocer, sin embargo, que uno que pretende sometimiento a la ley pero rechaza ser sometido a control por los demás pretende la posición exclusiva de juzgar la propia interpretación de su aplicación a los casos particulares. Teniendo esto en cuenta, debemos rechazar la tesis de Aquino. Debemos rechazarla no porque las autolimitaciones son psicológicamente imposibles, ni porque uno puede coaccionarse a sí mismo sino porque la noción de posición exclusiva para juzgar la validez y aplicación de una norma implica una contradicción.



Para exponer la contradicción supongamos que alguien pretende poner a otra persona a rendir cuentas y, en ese sentido, ejerce autoridad sobre esa persona. Hacer eso es pretender actuar con la justificación de alguna ley y pretender actuar con la justificación de alguna ley es formular un juicio complejo, P, sobre el efecto de que la propia acción se adecúa correctamente a alguna norma jurídica y que esa norma es, en algún sentido relevante, válida o vinculante para uno. Tal que un *juicio*, P apunta más allá de la persona que formula el juicio hacia la cuestión que es juzgada; pretende ser un juicio *de* esa cuestión (la relación entre la conducta de la persona, la norma y algún fundamento de validez de la norma). Esto es decir que P supone necesariamente *trascender al formulador del juicio*. Por consiguiente, juzgar que el acto propio está justificado es, necesariamente, pretender una justificación auto-trascendente. No obstante, pretender simultáneamente una posición exclusiva para juzgar la cuestión es, en efecto, decir que uno está diciendo (“juzgando”) que lo hace así; es un *ipse dixit* como le gustaba decir a Bentham. Esto es negar la pretensión implícita en el juicio de trascender al formulador del juicio. Así, negar la capacidad de los demás para evaluar los propios juicios, para juzgar los juicios de uno mismo, es simultáneamente pretender y denegar una justificación auto-trascendente.

De esta manera, los juicios autovalidados no son simplemente juicios falsos, son juicios fallidos, aseveraciones que fracasan como juicios. Así, la sumisión a la ley no puede nunca ser cuestión de autoimposición o de autoautorización: la autoautorización es autorización fallida. El problema no es que no podemos contar con estos agentes hasta el final porque sus autodeclaraciones o sus autojuicios sean eludibles, sino más bien porque hay una contradicción entre las reclamaciones explícitas e implícitas hechas por tal presunta autoridad. Ser únicamente autocontrolable es ser incontrolable por nadie. Así, debemos rechazar la tesis de Aquino y asumir la tesis de Hobbes: estar sometido a la ley implica que uno rinde cuentas a los demás. Un incontrolable sometido a control es una contradicción en los términos.

Kant (1996: 323, énfasis suprimido; 1998: 16) llevó la tesis de Hobbes más lejos cuando escribió: “nadie puede imponer a otro una obligación jurídica sin someterse él mismo también a la ley y poder ser, de la misma manera, obligado a su vez”. De acuerdo con la tesis de Kant, estar sometido a la ley es, necesariamente, estar sometido a recíproca rendición de cuentas. La tesis de la fidelidad implica una versión modificada de la tesis de Kant. De conformidad con esta *tesis de Kant revisitada* asumida por la tesis de la fidelidad, una parte A está en una posición o tiene un estatus para obligar a otra parte, S, y someter a S a rendición de cuentas de su obligación sólo si A está también sometido a un sistema de rendición de cuentas por otros entre los que S también participa.

El argumento tesis de Kant surge del dilema al que nos lleva la tesis de Hobbes. Observe, primero, que uno puede asumir la tesis de Hobbes pero rechazar la de Kant. Esto es posible porque una parte podría someter a otra parte sin que la primera fuera recíprocamente controlable por esa parte (directa o indirectamente). Las relaciones de rendición de cuentas podrían vincularse de una manera transitiva pero no reflexiva: uno podría ser controlable por B; B por C, C por D y así en adelante. De hecho, Hobbes pensaba que éste debía ser el caso porque desde su punto de vista, estar sometido al Derecho es estar sometido (esto es, rendir cuentas) a otro y estar sometido a otro es estar *subordinado* a ese otro. Desde su punto de vista, las relaciones de rendición de cuentas son necesariamente transitivas y no reflexivas y, por tanto, *jerárquicas*. Pero en relación con las cadenas de rendición de cuentas hobbesianas afrontamos dos opciones: o bien la serie prosigue infinitamente o se detiene en algún punto. Una serie infinita puede ser un absurdo

conceptual o, al menos, práctico. Así, Hobbes (1996 -en el capítulo 29, par. 9-; 1998 -en el capítulo 6, par. 18-) argumenta que estamos obligados a aceptar la otra opción: las series deben terminar en algún punto.

Pero esto supone sostener que toda cadena de relaciones de rendición de cuentas debe terminar en algún controlador incontrolable. Hobbes asume este resultado concluyendo que soberano gobernante *no puede* estar sujeto a la ley civil. Pero este no es un resultado satisfactorio y no podemos asumirlo coherentemente porque la noción de controlador incontrolable es incoherente. Por supuesto, no es incoherente o imposible para quien esté fuera del nexo sometimiento a control y ejercicio arbitrario del poder coercitivo, pero es imposible para alguien pretender *someter a otro a control* y que reclame ser incontrolable. A mi modo de ver, pretender someter a otro a control es pretender participar en una relación de rendición de cuentas normativamente estructurada y pretender la justificación de la propia sujeción a rendir cuentas en alguna norma presupuesta por esa relación, una norma a la que uno está, por tanto, sujeto. Pero estar sometido a una norma, como hemos visto, es rendir cuentas a otro. Un controlador incontrolable no es algo que temer; es estrictamente imposible.

Hemos visto que un controlador incontrolable es un absurdo conceptual. O bien un controlador incontrolable no formula la reclamación de actuar justificadamente y, por tanto, es realmente incontrolable o bien reclama actuar justificadamente. Pero si no pretende actuar justificadamente, no somete a los otros a control; simplemente ejerce poder coactivo. No es un controlador incontrolable sino un *manipulador del poder* incontrolable. Si el “último” controlador pretende justificación, pretende estar sometido a la norma que fundamenta su justificación. Pero entonces no puede (lógicamente) ser incontrolable. El imperio de la ley es posible sólo donde los controladores son ellos mismos controlables.

11

Así, la tesis de Hobbes conduce a un absurdo (una infinita serie de relaciones de control) o a otro (un controlador incontrolable). Pero no tiene por qué ser así. Estamos obligados a esos resultados absurdos sólo si aceptamos la implícita *Tesis de la Jerarquía* de Hobbes; la perspectiva de que estar sometido a otro es estar *subordinado* a ese otro y, por tanto, que las relaciones de rendición de cuentas son necesariamente transitivas y no reflexivas. Podemos evitar la incoherencia asumiendo una versión modificada de la Tesis de Kant: si el imperio de la ley es conceptualmente posible, la rendición de cuentas debe ser, como mínimo, *recíproca*. La sumisión de S a A no excluye la sumisión de A –directa o quizá indirectamente- a S. Puede no ser el caso que A rinda cuentas *recíprocamente* a S, pero A y S deben participar en lo que podríamos denominar una *órbita de rendición de cuentas* o una *red de rendición de cuentas*. Así, el imperio de la ley requiere la sumisión de todos los miembros de un sistema político -autoridades de todos los niveles al igual que los ciudadanos- a la ley pero ahora vemos que implica que todos se someten a y participan en una red de recíproca rendición de cuentas. Esto es, precisamente, lo que la tesis de la fidelidad sostiene. Sin embargo, no es todo lo que sostiene.

4. La responsabilidad por el todo: La ética de la fidelidad

Más allá de esta red de reciprocidad, la tesis de la fidelidad sostiene que cada miembro de esa comunidad regida por la ley, soporta la responsabilidad activa de someter a los demás miembros de la misma a rendir cuentas bajo una ley general. La fidelidad hace potente la pretensión de que en una comunidad caracterizada por un sólido imperio de la ley, la rendición de cuentas es un poder normativo de carácter comunicativo -esto es, un poder normativo distribuido y



compartido- y de que con la posibilidad de someter a los demás a control proviene la responsabilidad de hacerlo. La tesis de la fidelidad sostiene que todos los miembros de la comunidad *tienen la responsabilidad recíproca* de ejercitar ese poder. El compromiso con la ley, la recíproca sumisión al gobierno del Derecho, implica asumir la responsabilidad de comprometerse en esta distintiva práctica del imperio de la ley. Esta es una obligación que cada miembro debe a cada uno de los demás miembros y a todos: es recíproca y general.

El argumento para esta última parte de la tesis de la fidelidad procede de dos presunciones. La primera es que el poder normativo y la carga correspondiente de sometimiento a rendición de cuentas, está conjunta y necesariamente ligado a la responsabilidad del detentador del poder para ejercer este poder (por supuesto, en un sentido adecuado y en las circunstancias adecuadas). La segunda es que el impulso moral que subyace y estructura la fidelidad -protección segura y recursos contra el ejercicio arbitrario del poder mediante el instrumento del Derecho- es dirigida a un bien público que puede ser realizado solamente mediante esfuerzos cooperativos de ámbito comunitario.

El hecho de que el poder de pedir cuentas esté unido a una responsabilidad de ejercitarlo se deriva de que esté de acuerdo con la dicha situación de pedir cuentas. Teniendo en cuenta que esa situación es una actuación bilateral, o multilateral, y que tiene éxito si está de acuerdo con la aceptación del agente a quien se le ofrece. Además, el objetivo de acordar la posición de someter a alguien a rendición de cuentas se encuentra sólo si uno puede tener alguna expectativa razonable de que uno será sometido a rendición de cuentas por el interlocutor con quien se está acordando la posición. Así, el vínculo que se está ofreciendo debe incluir la responsabilidad de parte del otro interlocutor para ejercer el poder ofrecido. Esto está asegurado por el hecho de que el objetivo de cualquier persona al acordar tal estatus con otro está enraizado en el objetivo de una recíproca sumisión al gobierno de la ley, precisamente, la realización de la protección contra el ejercicio arbitrario del poder. Parafraseando a Ferguson, sólo mediante la vigilancia y el espíritu de los ciudadanos resueltos a ser libres y a vivir juntos bajo leyes comunes que gobiernen sus relaciones comunes y públicas pueden ellos esperar que los términos de esas leyes serán observados. Fidelidad a la ley es cuestión de compromiso por asumir la responsabilidad de someter a los demás a rendición de cuentas bajo esta ley común.

Además, la fidelidad-responsabilidad de cada uno es adeudada *a cada* uno de los miembros de la comunidad debido al hecho de que el bien de un sólido imperio de la ley es esencialmente un bien *público* cuyos beneficios sólo pueden ser alcanzados mediante cooperación. El mantenimiento del gobierno del Derecho es una empresa cooperativa; los esfuerzos de uno pueden contribuir a la empresa pero su éxito dependerá también de los esfuerzos cooperativos dispuestos por los demás. Podemos pensar en dos vías sobre las implicaciones de esta comprensión del imperio de la ley como un bien público: por la dirección y por el objetivo de la fidelidad-responsabilidades. Ambas son perspectivas complementarias más que competitivas sobre el bien del gobierno de la ley y articulan la empresa de realizarlas.

La perspectiva del *fair-play* contempla los esfuerzos vigilantes por someter a quienes ejercen el poder controlado bajo la ley como una empresa paradigmáticamente cooperativa para el beneficio mutuo. Visto en esta perspectiva, las responsabilidades de fidelidad son responsabilidades de hacer la parte propia en común -empresa cooperativa-, responsabilidades debidas a cada uno de los demás como miembros semejantemente comprometidos y obligados. Compartir las cargas

del gobierno de la ley incluye atender la propia tarea en una empresa cooperativa de sometimiento a rendición de cuentas. Cada uno asume esta obligación y es legítimamente debida a cada uno de los demás. También podemos ver esta empresa desde un ángulo diferente.

La perspectiva de la *solidaridad* es propuesta por un escritor hugonote del siglo XVI autor de la *Vindiciae Contra Tyrannos*. En la perspectiva del autor, el convenio de recíproca obligación y control entre el rey y el pueblo se originaba con la forma de un convenio entre Dios y estas dos partes. Mientras que el rey era requerido para cumplir sus obligaciones de piedad y de rectitud con el pueblo, Dios reconocía que dejar al rey incontrolable era “arriesgado” y así Dios también empoderaba al pueblo para “intervenir como garante”. Cada compromiso, con Dios y con el otro, era “conjunta y no separadamente” e “igualmente obligados de forma solidaria”. Así como “los prestamistas que tratan con clientes poco fiables: que estén obligados varios a pagar juntos una misma suma, de forma que dos o más se constituyan en deudores del mismo préstamo y que pueda exigirse el pago del total a cualquiera de ellos como si fuera el deudor principal”⁴. Inspirada en la doctrina romanística de la responsabilidad solidaria por deudas, el autor argumentaba que Dios daba a cada uno una posición (y motivación) para someter al otro bajo el control de las leyes de Dios de piedad y rectitud mediante la exigencia de compromiso de cada uno de ellos en relación con el todo. Cada uno estaba “igualmente obligado(s) de forma solidaria” (Junius Brutus, 1994[1579]: 38; 2008: 46).

Por analogía, podemos argumentar que el bien público de protección contra el ejercicio arbitrario del poder prometido por el gobierno del Derecho exige un multilateral compromiso conjunto entre los miembros de la comunidad “de cada uno por el todo”. El bien buscado es público y es así un bien para cada uno y por ello para todos. La responsabilidad de cada uno es, ante todo, responsabilidad por el todo en ese sentido pero ya que el todo sólo puede ser conseguido mediante los esfuerzos cooperativos de los miembros, cada uno es, primero, obligado a *hacer la parte de uno* y, segundo, obligado también *por la de otro*, esto es, obligado a fomentar y empoderar a cualquier otro y, cuando sea necesario, a someterle a control. Por consiguiente, desde esta perspectiva solidaria, cada uno está obligado *con* cada uno de los otros y *por* cada uno de ellos.

La perspectiva de solidaridad tiene una importante implicación. Ya que las responsabilidades de fidelidad son responsabilidades para participar en una empresa cooperativa, estarán limitadas hasta un cierto punto por una fiable participación de los demás. Esto es, las obligaciones son, en un aspecto importante, condicionales. *Fiat fidelis ruat caelum* no es un principio racional, al menos en este contexto. Intentar someter a los demás a rendir cuentas ante la ley en casos de infidelidad masiva y recalcitrante es fútil; no puede ser parte de una actividad cooperativa; los participantes no pueden razonablemente albergar esperanzas de conseguir su propósito. Sin embargo, por la misma razón, la mera existencia o perspectiva de infidelidad por parte de los otros no socaba el deber de fidelidad. La razón para ello es que, desde la perspectiva de la solidaridad, la participación de los otros en la empresa cooperativa no es simplemente un hecho dado exógenamente. Más bien, la fidelidad-responsabilidad de cada uno se extiende a los esfuerzos por fomentar, habilitar y empoderar a los otros a participar, a tomar sus

⁴ Este texto fue publicado por primera vez en Basilea (1579) en latín y francés bajo el seudónimo Stephanus Junius Brutus. Una edición facsímil de la traducción inglesa de 1689 por William Walker está disponible en línea en <<http://archive.org/details/vindiciaecontrat00lang>> y en versión impresa en EEBO Editions. N.T. La versión española más actualizada es Junius Brutus (2008).



correspondientes responsabilidades en serio. La responsabilidad por fomentar, habilitar y empoderar permanece sólida ante la existencia de infidelidad.

Así, las obligaciones de fidelidad no son absolutas. Están limitadas hasta cierto punto por la participación de los demás. También están limitadas en otros dos aspectos. Primero, pueden invalidarlos en casos particulares otros deberes de decencia, justicia o respeto por los derechos. Segundo, consideraciones de adecuación temporal, espacial y formal originadas en un último propósito de protección contra el ejercicio arbitrario del poder constriñen el ejercicio de la fidelidad-responsabilidad. Cualquier ejercicio que se proponga de rendición de cuentas que sea incompatible con dicho propósito o que no pueda ser visto como contribución a su promoción debe ser rechazado.

Desde cada una de esas perspectivas se sigue que el alcance de la preocupación por la fidelidad-responsabilidad es de toda la comunidad. Es así porque es una obligación de cada uno hacer su parte en apoyo, promoción y protección de un bien público, no se limita a ejercer el control sólo para el propio beneficio. Igualmente, la responsabilidad por el todo implica responsabilidad para todos aquellos que tienen un derecho a participar en los beneficios del todo. En la comprensión del imperio de la ley de la comunidad jurídica articulada aquí, la sujeción al Derecho incluye participación en una membresía cívica con mutuos beneficios y cargas. Sujeción a sus obligaciones y responsabilidades implica el recíproco beneficio de su protección. Desde esta perspectiva, no hay carga de cumplimiento sin beneficio de la protección de la ley. Pero el argumento que hemos impulsado implica que las protecciones prometidas deben ser aseguradas por una red de rendición de cuentas. Así, la fidelidad-responsabilidad de una persona o de un grupo no está limitada al aseguramiento de los beneficios de la ley para tal persona o tal grupo sino que más bien se extiende a todos aquellos que están incluidos en el ámbito de las exigencias de la ley y, por tanto, de su protección.

Por esta razón, el fracaso de los ciudadanos blancos en el Sur de *Jim Crow* por someter a sus autoridades y demás miembros de esa comunidad al control de las leyes que pretendían proteger a los negros al igual que a los blancos fue un fracaso de la fidelidad. Las obligaciones de fidelidad de los miembros de la comunidad blanca no se limitaban a la comunidad blanca. Sometidos al gobierno de la ley estamos como señalaba Martin Luther King Jr. (2010: 85-86) “atrapados en una inevitable red de reciprocidad”. En este sentido adicional estamos obligados con cada uno de los demás y con el todo.

5. Conclusión

He argumentado que una plena comprensión de las dimensiones y demandas del imperio de la ley implica atender no sólo al cumplimiento del sistema jurídico con los estándares de legalidad sino también con la solidez de un *ethos* de fidelidad. El Derecho puede existir en una comunidad y puede ser usado por los gobernantes en un *ethos* de corrupción y de alienación del pueblo pero el Derecho puede regir genuinamente sólo cuando está firmemente asentado en una comunidad de recíproca fidelidad ante las diferentes pero conexas responsabilidades de la fidelidad a la ley cuando los agentes de la ley de todos los niveles están sometidos a rendir cuentas por el cumplimiento de sus deberes ante la ley y cuando los ciudadanos estructuran su asociación civil mediante la ley y someten a cada uno de los demás al control en los términos públicos que habilita la ley. Sólo entonces el imperio de la ley actúa de conformidad con su promesa de proveer protección y recursos contra el arbitrario ejercicio del poder.

Bibliografía

- AQUINAS, T. (2006), *Summa Theologiae*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO (1989), *Suma de teología*, Tomo III (Parte II-IIa), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
- FERGUSON, A. (1995[1767]), *An Essay on the History of Civil Society*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FERGUSON, A. (2010), *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, Akal, Madrid.
- HOBBS, T. (1996[1651]), *Leviathan*, Oxford University Press, Oxford.
- HOBBS, T. (1980), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Editora Nacional, Madrid.
- HOBBS, T. (1998[1647]), *On the Citizen*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HOBBS, T. (2010), *De Cive: Elementos filosóficos sobre el ciudadano*, Alianza Editorial, Madrid.
- JUNIUS BRUTUS, S. (1994[1579]), GARNETT, G. (ed.), *Vindiciae contra Tyranos*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JUNIUS BRUTUS, S. (2008), *Vindiciae contra Tyranos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo*, Tecnos, Madrid.
- KANT, I. (1996), "Perpetual Peace," *Practical Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KANT, I. (1998), *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid.
- KRYGIER, M. (2011), "Four Puzzles About the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?" in FLEMING, J.E. (ed.), *Getting to the Rule of Law: NOMOS L*, New York University Press, New York.
- LOCKE, J. (1980[1690]), *Second Treatise of Government*, Hackett Publishing, Cambridge.
- LOCKE, J. (1998), *Segundo Tratado del Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Alianza Editorial, Madrid.
- LUTHER KING Jr., M. (2010), "Letter from the Birmingham Jail", *Why We Can't Wait*, Beacon Press, Boston.
- LYONS, D. (2008), "The Legal Entrenchment of Illegality", en KRAMER, M. et al. (eds.), *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- MILLER Jr., F.D. (2010), "The Rule of Law in Ancient Greek Thought," en SELLERS, M. y TOMASZEWSKI, T. (eds.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Springer, Dordrecht.
- PETTIT, P. (1997), *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford.
- PETTIT, P. (1999), *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona.
- POSTEMA, G.J. (2010), "Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality", *Boston University Law Review*, Vol. 90, pp. 1847-1868.

