



## El imperio de la Ley como ideal político independiente

Mariano Melero de la Torre  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
[mcla@polsoc.uc3m.es](mailto:mcla@polsoc.uc3m.es)

### Resumen

El debate contemporáneo sobre el imperio de la Ley encierra un dilema aparentemente inexorable: o bien concebimos dicho ideal político como meramente instrumental y, por tanto, independiente de cualquier moralidad política sustantiva, o bien lo pensamos como un ideal no instrumental y, por tanto, vinculado a una determinada teoría de la justicia. En este trabajo se presenta una alternativa, a la que se denomina “concepción formal-constitucional” de la legalidad, en la que ésta aparece como un ideal político independiente y, al mismo tiempo, intrínsecamente valioso. En la senda de Lon Fuller, esta concepción consiste en un conjunto de requisitos procedimentales que no determinan el contenido de las normas jurídicas, pero que sirven de tribunal moral ante el que debe rendir cuentas el Derecho positivo.

57

### Palabras clave

Legalidad, imperio de la Ley, constitucionalismo, democracia, positivismo, teorías de la justicia, publicidad, rendición de cuentas.

## The Rule of Law as Independent Political Ideal

### Abstract

The contemporary debate about the rule of law assumes an apparently inevitable dilemma: either we conceive this ideal as merely instrumental and therefore independent of any substantive political morality, or we devise it as a non-instrumental ideal and, thereupon, as tied to a specific theory of justice. This paper aims to offer an alternative, which is called the “formal-constitutional conception”, where legality appears as an independent and, simultaneously, intrinsically valuable political ideal. On the path of Lon Fuller, this conception consists of a number of procedural requirements that do not determine the content of the legal norms, but serve as a moral tribunal in which the positive law is accountable.

### Keywords

Legality, rule of law, constitutionalism, democracy, positivism, theory of justice, publicity, accountability.

## 1. Planteamiento

El ideal político del “imperio de la Ley” se suele concebir como subordinado a la formación democrática de la voluntad colectiva. En el Preámbulo de la Constitución española, por ejemplo, se declara el propósito de asegurar “el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. La legitimidad del Derecho, desde este punto de vista, procede exclusivamente de la formación democrática de sus normas y, en última instancia, de su aceptación voluntaria por parte de los individuos que viven bajo su autoridad. La legalidad, en esta concepción, queda relegada a ser un estándar meramente formal, capaz de amparar cualquier grado de crueldad y opresión por parte de los poderes del Estado. En este sentido, se suele decir que el imperio de la Ley no es un ideal político independiente, sino únicamente un capítulo de una teoría completa de la justicia. En todo caso, se trataría de un ideal específico de la llamada “administración de justicia”.

En este artículo pretendo poner de relieve, en primer lugar, que la controversia en la cultura política contemporánea entre democracia y constitucionalismo (o, entre autogobierno y control judicial de las leyes) presupone un conflicto entre dos maneras de entender el imperio de la Ley, una de raíz iuspositivista y la otra de inspiración iusnaturalista. Desde lo que podríamos denominar el modelo “democrático” del imperio de la Ley, la legalidad se concibe como un ideal meramente formal (en el sentido de puramente instrumental), para lo cual se adopta como punto de partida una concepción iuspositivista en la que la pretensión moral de obediencia al Derecho exige un criterio externo al fenómeno jurídico para su fundamentación (el consentimiento y la participación democrática en la creación de las normas jurídicas). En el otro extremo, desde lo que aquí llamaremos el modelo “constitucional” del imperio de la Ley, la legalidad se concibe como un ideal intrínsecamente valioso, asumiendo para ello una concepción “interpretativa” del Derecho en la que se incorporan ciertas exigencias morales entre las condiciones de validez jurídica.

A su vez, cabe distinguir dos modos de defender el imperio de la Ley como ideal intrínsecamente valioso. Uno, que denominaré “formal-constitucional”, concibe los principios inherentes al Derecho de modo procedimental y estructural, y otro, que llamaré “sustantivo-constitucional”, entiende tales principios como parte de una moralidad política sustantiva (o de una teoría de la justicia). En mi opinión, esta segunda vía de defensa no es sostenible, porque no es capaz de responder a la principal objeción del positivismo jurídico contra toda forma de iusnaturalismo. Según esta crítica, cualquier intento de vincular el Derecho con la moral mediante una conexión necesaria cae indefectiblemente en el absurdo de equiparar el Derecho con el Derecho justo, lo cual no sólo abre las puertas al gobierno de los jueces, sino que además legitima “un espíritu de quietismo servil” en el que, habiéndose perdido todo límite entre el Derecho y la moral, debe reconocerse como justo y obligatorio cualquier sistema jurídico por el mero hecho de serlo (Hart, 1983: 53-54; 1994: 210; Postema, 1986: 304-305)<sup>1</sup>. Como veremos, esta crítica sólo puede responderse adecuadamente desde una concepción “formal-constitucional” de la legalidad, en la que los principios inmanentes al Derecho no se deducen de una moralidad política sustantiva, sino de la naturaleza misma del Derecho. Tales principios son, en palabras de Jeremy Waldron (2008: 45), “las aspiraciones incorporadas en un ideal asociado con las operaciones de un sistema jurídico”; o, en términos de Gerald Postema (2010: 1855-1886), los requisitos que podemos deducir

<sup>1</sup> Bentham y Hart coinciden en la necesidad de poder denunciar los sistemas jurídicos “injustos” (*wicked legal systems*) o las disposiciones jurídicas injustas, desde alguna moralidad sustantiva externa al Derecho que se supone bien fundada; el utilitarismo en el caso del primero, y una moralidad “crítica” o “ilustrada”, en el del segundo.

del *modus operandi* del Derecho. Sin embargo, en contra de lo que piensan estos autores (quizá los más representativos de lo que hoy se denomina positivismo jurídico “normativo” o “ético”), la concepción que voy a defender aquí afirma, en la senda de Lon Fuller y David Dyzenhaus, que los principios formales de la legalidad no sirven únicamente de instrumento para la realización efectiva de los fines de la autoridad política, sino que poseen un valor moral independiente que condiciona el contenido sustantivo de las leyes positivas.

El trabajo se divide en tres partes, siguiendo los tres niveles de complejidad que señala Waldron (2002: 158) en el debate sobre el imperio de la Ley. En la primera parte se discute sobre los preceptos y principios de la legalidad según el modelo “constitucional”. Para ello, me valdré de las concepciones de cuatro autores representativos de la tradición del *common law*: Albert V. Dicey, Friedrich Hayek, Lon Fuller y Ronald Dworkin. A continuación, se cuestiona si los preceptos y principios de la legalidad pueden constituir, por sí mismos, un orden social distinto y superior a las formas constitucionales clásicas (monarquía, oligarquía y democracia), es decir, si es posible que “gobiernen las leyes, no los hombres”. En este punto, sostendré que, para hacer posible la legalidad como orden social y político, es necesario abandonar la concepción positivista de autoridad que opera en el modelo “democrático” y asumir la concepción del modelo “constitucional”. Por último, se indaga en los objetivos que se esperan alcanzar con el imperio de la Ley. A este respecto, la mayoría de las concepciones del modelo “constitucional” comparten con las del modelo “democrático” la necesidad de buscar dichos objetivos fuera del Derecho -en el reino de la moralidad política sustantiva. En contra de esta opinión mayoritaria, mantendré que el modelo “formal-constitucional” permite presentar el ideal de fidelidad al Derecho como un objetivo político independiente.

## 2. El contenido del imperio de la ley

Al tratar de identificar el “contenido” del imperio de la Ley, no hay duda de que este ideal incluye, al menos, unos principios de carácter estructural y procedimental, que enfatizan las cualidades formales que han de tener las normas sobre las que se basa la acción del Estado, así como su administración imparcial a través de los tribunales (Waldron, 2008: 7). En este nivel inicial de la discusión, cabe preguntar si estos principios formales son moralmente inanes, o si, por el contrario, afectan al contenido moral de las normas jurídicas. A este respecto, la respuesta más extendida es que una concepción formal de la legalidad implica una teoría positivista del Derecho y, por tanto, un ideal instrumental y moralmente neutral (Craig, 1997: 467; Summers, 1993). Desde este planteamiento, la única forma de ofrecer una alternativa al positivismo jurídico es mediante una concepción sustantiva, es decir, incorporando al ideal del imperio de la Ley los principios sustantivos de alguna moralidad política bien fundada. Sin embargo, como veremos en esta sección, los autores de la tradición del *common law* conciben la legalidad como algo que, limitándose aparentemente a los requerimientos formales de un sistema jurídico, en realidad presuponen y promueven valores morales sustantivos. Defenderé que esta ambigüedad es necesaria en cualquier concepción del imperio de la Ley que asuma la necesidad de distinguir entre una teoría de la justicia y una teoría de la legalidad (Dyzenhaus, 2000: 171). Si, por el contrario, no respetamos esta importante distinción, y proponemos una concepción “sustantivo-constitucional”, como hace Dworkin, estaremos obligados a asumir que sólo es Derecho el Derecho justo.

Dentro de la tradición del *common law* es obligado empezar por la concepción de Dicey (1982 [1885]). En su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, este autor realizó la primera formulación moderna del imperio de la Ley

en un sistema democrático liberal, justo en el momento en que decaía el liberalismo clásico inglés del siglo XIX a causa de las iniciativas sociales y económicas del Estado del bienestar. Según Dicey, el modelo de Estado liberal, cuya mejor realización empírica es el sistema jurídico británico de su época, se caracteriza por el gobierno de una constitución no escrita cuyos dos principios fundamentales son la soberanía del parlamento y el imperio de la Ley. Con este doble principio, el modelo de Dicey contiene una tensión irresoluble entre el positivismo jurídico de John Austin y el antipositivismo judicial del *common law*. El principio de la soberanía del parlamento, según el cual la legislatura tiene un poder ilimitado para la producción de Derecho, implica que los jueces deben limitarse a ejecutar las expresiones de la voluntad legislativa, lo cual presupone que el Derecho tiene un contenido determinado y que la labor de los jueces es determinar dicho contenido. Dicey distingue tres principios superpuestos en su ideal del imperio de la Ley:

(1) “Ningún hombre ha de ser castigado o puede sufrir legalmente en su cuerpo o en sus bienes excepto por una violación específica de la ley, establecida del modo legal ordinario ante los tribunales ordinarios del país” (Dicey, 1982 [1885]: 110). El principio de legalidad (todo poder político debe actuar con autorización legal) tiene para Dicey dos aspectos diferentes. En primer lugar, no debe haber castigo sin la infracción de una norma preexistente; en segundo lugar, los tribunales ordinarios son la institución adecuada para conocer todos los casos, también los relativos a la actuación de los órganos administrativos del gobierno.

Sin embargo, Dicey lleva más lejos este principio cuando añade que “el imperio de la Ley se opone a cualquier sistema de gobierno en el que las personas con autoridad ejerzan los poderes coactivos de manera amplia, arbitraria o discrecional” (*Ídem*). El autor presupone que conferir un margen amplio de discrecionalidad a los funcionarios equivale a dejar que éstos ejerzan un poder arbitrario inaceptable. De ahí que el imperio de la Ley prohíba a los funcionarios públicos el uso de poderes discrecionales para imponer restricciones a los individuos. La repulsa de la discrecionalidad administrativa por parte de Dicey ha sido objeto de numerosas críticas. Una de las más frecuentes es que el autor no tuvo en cuenta la existencia de los poderes discrecionales que ya existían en el momento en que él escribía, ni el hecho de que tales poderes fueran a menudo una consecuencia necesaria y legítima del crecimiento del poder gubernamental durante el siglo XIX. No obstante, su formulación del principio de legalidad ha sido enormemente influyente en sus formulaciones ulteriores, por cuanto que subraya el carácter procedimental de dicho ideal. Las normas del Derecho penal de una democracia liberal deben promulgarse según la forma legal adecuada, y sólo se puede condenar a alguien a través de un proceso judicial ordinario.

En este punto nos interesa aclarar en qué medida el concepto de arbitrariedad que emplea Dicey es sólo formal o, en parte, también sustantivo. En un sentido estrictamente formal, la no-arbitrariedad se limita a exigir que las normas jurídicas se promulguen del modo correcto, se apliquen por los tribunales ordinarios y sean lo suficientemente claras como para que los individuos puedan planear sus vidas con razonable seguridad. La certeza jurídica, y no la equidad sustantiva, es el valor clave en una concepción formal de la arbitrariedad. Desde un punto de vista sustantivo, en cambio, una ley promulgada en el parlamento, de acuerdo con los procedimientos adecuados, que fuera meridianamente clara, y que se aplicase a través de una judicatura imparcial, podría no obstante ser considerada arbitraria si se observase que infringe ciertos derechos fundamentales, o si trajera consigo castigos excesivos. En este caso hablaríamos de una arbitrariedad sustantiva, o arbitrariedad desde el punto de vista de una teoría de la justicia.

Según Paul Craig (1997: 471-472), no está claro cuál es el significado que Dicey desea dar a la noción de arbitrariedad, a pesar de lo cual trata de demostrar que el autor emplea el término en un sentido eminentemente formal. Conforme a esta interpretación, lo que preocuparía a Dicey no es que las leyes pudieran apartarse de la teoría de la justicia que él considera correcta (el liberalismo decimonónico del *laissez-faire* que hoy solemos denominar como libertarismo), sino que el poder político pudiera ejercerse sin autorización legal. Sin embargo, la ambigüedad permanece en la propia idea de arbitrariedad. Al fin y al cabo, es sustantivamente injusto que se penalice a una persona por una acción que era lícita cuando la realizó, o que se castigue a alguien por la violación de una ley que no estaba a su alcance conocer. Como ha señalado Jeffrey Jowell (2004: 11), “la certeza jurídica no sólo tiene un valor instrumental, sino que también está basada en la *equidad sustantiva*”. Como veremos, este aspecto sustantivo se reforzará en aquellos autores que, tras la senda de Dicey, describen y defienden una concepción formal del imperio de la Ley dentro de la tradición del *common law*.

(2) “Todo hombre, cualquiera que sea su rango o condición, está sujeto a la ley ordinaria del reino y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios” (Dicey, 1982 [1885]: 113). Así describe Dicey el principio de la igualdad formal o procedimental: todos son iguales ante las mismas leyes. En este caso, la principal preocupación de Dicey es evitar que los cargos públicos (excepto el monarca) pudieran disfrutar de inmunidades especiales o privilegios, de tal modo que respondiesen ante los tribunales ordinarios igual que cualquier otro ciudadano. Este segundo principio también ha sido muy criticado, no sólo porque demuestra una comprensión errónea del Derecho administrativo que existía en Francia e Inglaterra durante el siglo XIX, sino también porque hoy se suele considerar deseable la existencia de un *corpus* especializado de Derecho público que cubra el tipo de actividades que sólo los cargos públicos tienen la capacidad de realizar.

61

Craig (1997: 472-473) vuelve a destacar aquí el carácter formal de la igualdad en Dicey. Desde una perspectiva formal, señala, la igualdad ante la Ley no implica ninguna consideración sobre el tipo de Ley a la que todos deben estar sujetos. La Ley, aunque igualmente aplicable a todos, puede incluir disposiciones desiguales para diferentes subgrupos de la sociedad, y se requiere una concepción sustantiva de la igualdad para articular los principios que permiten a los jueces determinar si esa desigualdad en el contenido de las reglas jurídicas está basada en una diferencia racional o inteligible entre los subgrupos sociales. Pero Dicey no trata de establecer ningún criterio de este tipo en su segundo principio, de donde se puede deducir, según Craig, la posición formalista del autor. En mi opinión, sin embargo, esta lectura no tiene suficientemente en cuenta el tercer principio de Dicey, el cual completa su concepción señalando la moralidad política que representan los derechos protegidos por la Constitución no escrita del *common law*.

(3) “Los principios generales de la Constitución [...] son [...] el resultado de las decisiones judiciales que determinan los derechos de las personas privadas en los casos específicos que llegan ante los tribunales” y no a la inversa (Dicey, 1982 [1885]: 115). La carga de contenido sustantivo que trae consigo este principio parece innegable. Craig, no obstante, afirma que la intención de Dicey no es ligar su ideal de legalidad al contenido sustantivo de una determinada moralidad constitucional, lo cual implicaría añadir a los requerimientos formales del imperio de la Ley la protección efectiva de ciertos derechos individuales. Por el contrario, según Craig (1997: 473-474), lo único que Dicey vendría a defender en su último principio es la superioridad técnica del *common law* británico frente al Derecho continental en la protección de ciertos derechos sustantivos. En la tradición del *common law*, el imperio de la Ley es el producto de una multitud de decisiones judiciales en las que

los tribunales ordinarios determinan los derechos de las personas en casos particulares. El tercer principio de Dicey se limitaría a señalar que dicha tradición es una base más segura para la libertad que el establecimiento de una constitución escrita.

Si esta lectura fuera cierta, Dicey estaría diciendo que los principios constitucionales del *common law* son una incorporación contingente de ciertos contenidos de moralidad política dentro de los criterios que usa el sistema jurídico británico para determinar la validez del Derecho. No sería, por tanto, su contenido sustantivo, sino el hecho de su autorización legal, lo que haría de esa moralidad una parte del Derecho. Pero esto no supone, en realidad, ninguna diferencia importante desde el punto de vista del juez que opera en dicho sistema jurídico y que considera su deber aplicar lealmente la teoría de la justicia del *common law*. Desde esta perspectiva, que es la que asume Dicey en la formulación de su tercer principio, los funcionarios (y, en general, el gobierno) se conciben subordinados a unos principios de justicia que protegen unos derechos individuales básicos. Como ha señalado Dyzenhaus (2000: 151), es más adecuado entender a Dicey “como atrapado en una tensión irresoluble entre un positivismo formalista, que hereda de Jeremy Bentham a través de John Austin, y un antipositivismo judicial procedente de la tradición del *common law*”. El formalismo positivista sería responsable de la soberanía parlamentaria que Dicey defiende, mientras que el antipositivismo judicial se expresaría en su concepción de los tribunales como los guardianes de la moralidad constitucional del *common law*.

Al igual que Dicey, Hayek también vio en el crecimiento del Estado del bienestar, y la consiguiente expansión de los poderes discrecionales de las agencias administrativas, la destrucción del imperio de la Ley. Para Hayek, el *common law* británico (es decir, el Derecho civil y penal producto de las resoluciones judiciales) constituía un marco para la interacción social, donde los individuos podían seguir libremente sus propios fines. La discrecionalidad administrativa, en cambio, implicaba hacer uso del poder coactivo del Estado sin la autorización previa de una regla general y abstracta, con el consiguiente riesgo de que los individuos y su propiedad se utilizasen como meros instrumentos al servicio de los propósitos de la autoridad política. Pero, para Hayek, los enemigos de la libertad no sólo se encontraban en las filas de los defensores del Estado del bienestar, sino también entre los positivistas jurídicos que consideraban como una ley válida y, por tanto, obligatoria, cualquier norma que acordara formalmente el parlamento, aunque resultase discriminatoria para algunos individuos.

En el Prefacio de 1956 de su obra *The Road of Serfdom* (1944), Hayek ofreció una concisa e influyente definición del imperio de la Ley<sup>2</sup>. Este ideal promueve la libertad personal permitiendo a los individuos conocer el tipo de actividades (aquellas que la Ley no prohíbe) en las que son libres de hacer lo que deseen sin temor a la coerción estatal. La predicción de los límites de la conducta permisible es el elemento clave de esta “libertad legal”. Con este objetivo, el imperio de la Ley que defiende Hayek trae consigo tres exigencias fundamentales: las leyes deben ser reglas generales, iguales y ciertas (Tamanaha, 2004: 66). La generalidad requiere que las reglas jurídicas sean promulgadas por adelantado en términos abstractos y que no se dirijan a ningún individuo concreto. Las leyes, en cuanto reglas generales abstractas, se han de aplicar a cualquiera cuya conducta caiga dentro de sus supuestos de hecho. En este sentido, la condición de generalidad

<sup>2</sup> *Despojado de todo tecnicismo, [el imperio de la Ley] significa que el gobierno está sujeto, en todas sus acciones, a reglas previamente fijadas y anunciadas –reglas que permiten a los individuos prever con razonable certeza cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en una circunstancia dada, así como planear sus asuntos personales a partir de este conocimiento* (Hayek, 1994: viii).

exige la separación de poderes entre el legislativo y el judicial, puesto que sólo así las leyes pueden ser promulgadas en términos abstractos con antelación a su aplicación (Hayek, 1978: 210-212). La igualdad, a su vez, requiere que las normas se apliquen a todos sin hacer distinciones arbitrarias. Para que las distinciones sean legítimas deben ser aprobadas por una mayoría dentro y fuera del grupo objeto del trato diferenciador (*Ibid.*: 207-208). La certeza, por último, requiere que los destinatarios de las normas sean capaces de predecir de manera fiable qué reglas van a regir su conducta y cómo van a ser interpretadas y aplicadas. La predictibilidad es un aspecto necesario de la libertad de acción. Estos tres aspectos garantizan la “libertad bajo la Ley” del siguiente modo: “cuando obedecemos leyes, en el sentido de reglas generales abstractas establecidas con independencia de su aplicación a nosotros, no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y, por tanto, somos libres” (*Ibid.*: 153).

Hayek defiende una igualdad formal, pero no por ello menos fundamental: todos los miembros de la comunidad, incluidos los funcionarios y agentes de la autoridad política, han de recibir un trato igual de acuerdo con algún esquema común de justicia. Ese esquema de justicia es el que podemos encontrar, según Hayek, en un Derecho civil y penal que, como el *common law* británico, sabe reflejar y reforzar a través de las resoluciones judiciales el orden espontáneo que rige en el libre mercado. Para Hayek, el *common law* constituye el orden básico de la sociedad civil, y los jueces tienen la función de identificar y, en caso necesario, suplir las reglas que preservan ese orden, protegiendo las expectativas legítimas de los individuos que interactúan dentro de él. Como reflejo de un orden independiente de justicia, el *common law* no es el producto de la voluntad de alguien en particular. No privilegia intereses particulares ni está al servicio de políticas o fines de la autoridad política. De ahí que suponga una barrera de defensa de la libertad individual frente al ejercicio del poder.

Joseph Raz, desde una concepción positivista del Derecho, cree que no deberíamos exagerar el valor de la igualdad formal, y critica la forma en que Hayek la defiende. La libertad que proporciona a los individuos un gobierno sometido a reglas generales no equivale, según Raz (1979: 220-221), a la libertad política del individuo que no obedece otra voluntad distinta de la suya. La protección frente a la arbitrariedad no equivale a tener una garantía frente a la discriminación y la injusticia. En mi opinión, sin embargo, Hayek no sobreestima el alcance de la igualdad formal, sino que la concibe necesariamente conectada con la igualdad sustantiva, o igualdad moral (el punto de vista desde el que los intereses de todos los individuos valen por igual). Según Hayek, el poder legislativo puede hacer distinciones entre individuos y grupos, pero aplicando siempre la misma receta que ha de limitar la acción del gobierno y de la administración: las distinciones relevantes entre las personas deben poderse justificar en términos de algún fin público legítimo, de modo que todos sean tratados de acuerdo a un mismo esquema coherente de justicia. Las distinciones no arbitrarias “no sujetan a un grupo a la voluntad de otros”, puesto que dichas clasificaciones “se reconocen como justificadas tanto por los de dentro como por los de fuera del grupo” (Hayek, 1960: 154)<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> En este sentido, inspirándose en las ideas de Hayek, Trevor Allan (2001: 40) ha señalado: *La igualdad sustantiva sirve de complemento a la igualdad formal mediante un requerimiento general de justificación: todas las formas de discriminación entre personas deben sustentarse en unas bases racionales, unas razones consistentes con una concepción del bien público que asigne a cada persona una dignidad igual y que otorgue al bienestar de cada uno la misma importancia. El principio de igualdad inherente en el imperio de la Ley no prohíbe la imposición de cargas especiales, ni la asignación de beneficios especiales para grupos o clases concretas: tan sólo requiere que todas las clasificaciones legislativas y administrativas estén vinculadas a unos objetivos públicos legítimos,*



Para Hayek, el positivismo jurídico (en especial, el positivismo de Bentham) confunde las reglas de la conducta justa (el “Derecho privado”, incluyendo el Derecho penal) con las reglas de las organizaciones gubernamentales (“Derecho público”), englobando ambos tipos de normas bajo el término “Derecho”. Como consecuencia, los positivistas no pueden apreciar que el verdadero derecho no se hace, sino que crece y evoluciona a través de las decisiones judiciales (Hayek, 1960, en el capítulo 10; 1978, en los capítulos 4 a 6). El ideal del imperio de la Ley exige que el trabajo de los legisladores se realice a partir de las reglas del verdadero Derecho, esto es, dentro de las reglas generales de la conducta justa que los jueces han destilado de la vida social a lo largo del tiempo. En definitiva, Hayek condena el positivismo jurídico por cuanto que no reconoce el ideal del imperio de la Ley como una parte integrante del concepto de Derecho.

El antipositivismo judicial que aparece en la concepción del imperio de la Ley de Hayek se manifiesta plenamente en la obra de Fuller. Al igual que Hayek, Fuller cree que la vida social y económica conforman un orden autónomo, sostenido por el *common law*, y critica igualmente el énfasis típicamente positivista de la Ley como la simple encarnación de los fines o deseos de la autoridad política. La tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moralidad tiende a ignorar, dice Fuller, que la mayor parte de las relaciones humanas no están gobernadas por el Derecho positivo, el cual sirve únicamente para solventar aquella “área relativamente estrecha de posibles disputas donde los conflictos no se resuelven automáticamente por referencia a concepciones tácitamente aceptadas de lo correcto” (Fuller, 1966: 111). El orden social autónomo de Fuller depende de unas convicciones ampliamente compartidas, por lo que no puede haber en él “una estricta división entre la regla que es y la regla que debe ser” (*Ibíd.*: 110).

En el capítulo 2 de *The Morality of Law*, Fuller (1969 [1964]) concibe las exigencias de la legalidad formal como una “moralidad interna del Derecho” que hace posible la existencia misma de los sistemas jurídicos. Según este tipo de moralidad, las reglas jurídicas han de ser (1) generales –lo que equivale a decir que han de ser propiamente reglas y, por tanto, a diferencia de los mandatos o normas concretas, han de regular acciones típicas o clases de acciones y no acciones individuales específicas–, (2) públicas –los destinatarios deben conocer cuáles son las normas que se espera que obedezcan–, (3) prospectivas –no retroactivas–, (4) inteligibles –claras y comprensibles–, (5) consistentes –no contradictorias–, (6) realizables –los destinatarios deben ser capaces de conformar su comportamiento a los requerimientos legales–, (7) estables –razonablemente duraderas en el tiempo–, y (8) congruentes con la conducta efectiva de los funcionarios –de tal modo que no haya discrepancias entre la formulación de las normas y su aplicación efectiva–. Fuller cree que todos estos cánones operan al unísono como un sistema, y que la satisfacción de cada uno de ellos es una cuestión de grado, aunque reconoce que los dos primeros (la generalidad y la publicidad) son más importantes que los demás<sup>4</sup>.

Pero la proeza de Fuller no está tanto en la confección de la lista –de hecho, se centra sólo en el aspecto procedimental, y no tiene en cuenta todo lo relativo a la dimensión estructural (Waldron, 2008: 7)– como en subrayar la naturaleza moral de los requerimientos formales de la legalidad. Según Fuller, los principios de la legalidad conforman un marco disciplinado de rendición pública de cuentas que, a la postre, repercute necesariamente en la calidad moral de las normas jurídicas. La

---

*asegurando así que las distinciones relevantes queden realmente justificadas sobre la base de un genuino bien común.*

<sup>4</sup> Según Margaret Radin (1989: 785), los ocho principios de Fuller se pueden resumir en dos: *Primero, debe haber reglas; segundo, ha de ser posible seguir esas reglas.*



confianza de Fuller en los recursos morales de la legalidad radica en concebir dichos reclamos como los propios de una “cultura democrática de la justificación” (Dyzenhaus 2000: 172). En general, dice Fuller (1957: 636), cuando tratamos de explicar y justificar nuestras decisiones, “el efecto será generalmente atraer esas decisiones hacia el bien, cualesquiera que sean los estándares últimos de bondad de que se trate”. En este sentido, como marco de justificación pública, el imperio de la Ley es siempre un bien social significativo, incluso en los sistemas jurídicos no liberales ni democráticos, lo cual demostraría la conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Otros autores de relieve en la cultura jurídica y política contemporánea, como John Finnis y John Rawls, han confeccionado listas similares a la de Fuller, pero ninguno ha confiado tanto como éste último en la potencialidad moral de un modelo formal del imperio de la Ley. Finnis (1980: 270), por ejemplo, ofrece también ocho principios que son más o menos los de Fuller en un orden distinto. Rawls, a su vez, presenta los preceptos del imperio de la Ley como aquellos asociados a la “justicia formal” o “justicia como regularidad”<sup>5</sup>. Ambos autores defienden la legalidad como algo valioso en sí mismo, no como un mero instrumento en la transmisión eficaz de la voluntad democrática; sin embargo, ninguno de ellos considera, como hace Fuller, que la legalidad suponga un ideal moral independiente. En este sentido, Finnis y Rawls están de acuerdo con los positivistas en que la bondad o maldad de las normas jurídicas no depende de las formas en que se producen y aplican, sino de los contenidos que transmiten.

Según este último planteamiento, la legalidad es una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico legítimo, pero no una condición suficiente. Ahora bien, esta idea es mucho más radical en el campo del positivismo jurídico, es decir, dentro del modelo “democrático” del imperio de la Ley, donde la legalidad no tiene un valor intrínseco, sino únicamente instrumental. Aquí podríamos situar las teorías de Hart y sus seguidores, aunque quizá su elaboración más conocida sea la de Raz (1979). Según esta concepción, el ideal del imperio de la Ley exige que cualquier ejercicio del poder político esté autorizado previamente por una ley determinada, y que el Derecho cumpla con determinados principios procedimentales y estructurales<sup>6</sup>. El compromiso con la legalidad es, según esta concepción, un bien moral, puesto que hace posible que los individuos prevean con razonable certeza el comportamiento de la autoridad, y puedan planear sus vidas sobre dicha base. Sin embargo, para el positivismo jurídico, el hecho de que una sociedad sometida al imperio de la Ley puede no ser moralmente justa ni decente supone la confirmación de la tesis de la separación entre el Derecho y la moralidad (Raz, 1979: 211). En un sistema jurídico racista, por ejemplo, todo el mundo podría planear sus vidas con gran certeza, incluidas las personas discriminadas. Es más, la legalidad puede llegar

<sup>5</sup> En concreto, Rawls (1971: 235-239) identifica los siguientes preceptos: “deber implica poder”, “casos similares han de ser tratados de modo similar”, *nullum crimen sine lege*, y los preceptos de la justicia natural, que son “pautas que tratan de preservar la integridad del proceso judicial”.

<sup>6</sup> Raz (1979: 214) se declara continuador de la definición de Hayek del imperio de la ley –“la ley debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus destinatarios”–, a partir de la cual deduce unos principios procedimentales muy similares a los de Fuller (las leyes deben ser no retroactivas, generales, públicas, prospectivas y relativamente estables), y una lista de principios cercanos a los de Dicey (una judicatura independiente, audiencias abiertas e imparciales, la revisión judicial de la legislación parlamentaria y de la acción administrativa, tribunales accesibles y efectivos, y la limitación de los poderes discrecionales de las autoridades que previenen y persiguen los actos delictivos).

a empeorar las cosas, haciendo que la discriminación sea aún más opresiva que si no estuviera regulada jurídicamente<sup>7</sup>.

Desde este planteamiento, la única alternativa al positivismo jurídico parece ser dar un paso adelante, y defender una concepción sustantiva que vincule el Derecho a una moralidad externa crítica y bien fundada. La concepción “sustantivo-constitucional” de Dworkin (1985) asume que el imperio de la Ley tiene unos imperativos formales (recogidos en lo que denomina “el libro de reglas”), pero va más allá, incluyendo asimismo ciertos derechos sustantivos. Según la concepción de Dworkin, el imperio de la Ley equivale al imperio del Derecho justo, y más concretamente, al imperio de aquellos principios que contienen los derechos fundamentales de los individuos en un régimen democrático liberal<sup>8</sup>. A diferencia de las concepciones formales, la concepción “sustantivo-constitucional” exige, como parte del ideal, que el Derecho positivo recoja y haga cumplir los derechos morales de los individuos. Según esta concepción, los derechos morales existen con independencia de su reconocimiento explícito en las provisiones constitucionales o en las leyes, y juegan un papel esencial en la toma de las decisiones judiciales como trasfondo subyacente de la legalidad formal. En efecto, Dworkin (1985: 16) supone que en aquellos casos difíciles donde el Derecho positivo da pie a distintas interpretaciones en conflicto, es responsabilidad del juez tomar la decisión que “cuadre mejor con el trasfondo de derechos morales de las partes”. Para ello, el juez debe identificar y aplicar aquellos principios políticos que capturen, en un nivel adecuado de abstracción, tales derechos, y que sean consistentes con el libro de reglas<sup>9</sup>.

Esta concepción “sustantivo-constitucional” ha llegado a ser, sin duda, muy relevante en la cultura jurídica contemporánea<sup>10</sup>. Sin embargo, esta concepción hace que el modelo “constitucional” sea mucho más vulnerable a la crítica positivista

<sup>7</sup> Por este motivo, para Raz (1979: 224) el imperio de la Ley es un “valor negativo”, puesto que su función consiste en minimizar el peligro de arbitrariedad que crea el Derecho mismo, es decir, el gobierno por medio del Derecho.

<sup>8</sup> Dworkin (1985: 11-12) describe del siguiente modo lo que denomina la “concepción derechos del imperio de la Ley”: *Es en varios sentidos más ambiciosa que la concepción libro de reglas. Supone que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales unos respecto a otros, y derechos políticos respecto al Estado en su conjunto. Insiste en que estos derechos morales y políticos han de ser reconocidos en el Derecho positivo, de modo que se hagan respetar, hasta donde sea posible, a petición de los ciudadanos individuales por medio de tribunales u otras instituciones judiciales. Según esta concepción, el imperio de la ley es el ideal del imperio de una concepción pública adecuada de derechos individuales.*

<sup>9</sup> En la concepción dworkiniana del imperio de la Ley, el libro de reglas “representa el empeño de la comunidad en recoger los derechos morales”, de tal modo que se excluye de la posible aplicación judicial “cualquier principio que haya sido rechazado en ese empeño” (*ibid.*: 17).

<sup>10</sup> La versión contemporánea del imperio de la Ley en Alemania (el *Rechtsstaat*), representa un ejemplo vivo de dicha concepción “sustantivo-constitucional”. La Ley Fundamental de Bonn, promulgada tras la barbarie nazi, además de incluir los elementos formales y procedimentales del imperio de la Ley (principio de legalidad, el derecho a ser escuchado en los tribunales, la prohibición de leyes penales retroactivas, etc.), reconoce en su artículo 1, para. 2 los derechos humanos inviolables e inalienables como la base de toda comunidad, de la justicia y la paz en el mundo, reconociendo así el carácter universal y extralegal de dichos derechos que existen previa e independientemente de su reconocimiento oficial por el Estado (Grote, 1999: 286). Asimismo, en varios antiguos países comunistas los jueces han invalidado la legislación procedente del parlamento en nombre de una concepción sustantiva del imperio de la Ley. Y desde hace unos años en Latinoamérica los tribunales han empezado a tomar decisiones con implicaciones políticas. En términos generales, tras la Segunda Guerra Mundial se aprecia un continuo movimiento expansivo del poder judicial, especialmente a través de la revisión judicial mediante tribunales constitucionales. En la Declaración de 1990 de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa, se dice de modo muy expresivo que “el imperio de la Ley no significa meramente una legalidad formal..., sino una justicia basada en el reconocimiento y plena aceptación del valor supremo de la personalidad humana, garantizada por unas instituciones que sirven de marco para su plena expresión” (Tamanaha, 2004: 110).

que bajo una concepción formal. En el mejor de los casos, la teoría de Dworkin estaría demostrando una conexión contingente entre el Derecho y la moral, pero en ningún caso serviría para demostrar que la legalidad, por sí misma, implica siempre un orden social legítimo. Para Dworkin, el imperio de la Ley equivale al imperio de su teoría del Derecho y de la adjudicación judicial; por esta razón, el libro donde expone más globalmente su teoría jurídica lo denomina *Law's Empire* (Craig, 1997). Ello, a la postre, significa que el imperio de la Ley es, para Dworkin, el imperio de la teoría de la justicia mejor fundada, es decir, la del liberalismo igualitario. En efecto, al introducir la pregunta sobre la mejor teoría de la justicia dentro del proceso de decisión judicial sobre los derechos de las partes, Dworkin disuelve toda separación estricta entre las normas legales y los principios políticos más comprensivos (o entre el razonamiento del juez y el del teórico del Derecho, o entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia). Lo cual trae una doble consecuencia negativa: en primer lugar, si se vincula el imperio de la Ley a una determinada teoría de la justicia, el ideal pierde cualquier función independiente. Se convierte en una "filosofía social completa" (Raz, 1979: 211). Cualquier juicio que emitamos sobre las leyes desde el punto de vista de la legalidad será un mero reflejo de la teoría política que presuponemos como correcta. En segundo lugar, la concepción de Dworkin no es capaz de responder a la crítica de "quietismo servil" que los positivistas dirigen a cualquier concepción iusnaturalista. En efecto, si toda decisión sobre lo que es el Derecho reside inevitablemente, al menos en parte, en la teoría mejor fundada que subyace a las decisiones políticas del pasado, entonces la teoría mejor fundada en los sistemas jurídicos injustos será la ideología oficial sobre la que se basa su legislación. En un sistema jurídico basado, por ejemplo, en una moral racista, un juez dworkiniano creerá que tiene la obligación legal y moral de aplicar y extender esa ideología (Raz, 1994: 224).

### 3. La autoridad de la Ley

En sentido estricto, el ideal político del imperio de la Ley significa la posibilidad de que *gobiernen las leyes, no los individuos*. Este ideal encierra un dilema aparentemente irresoluble, que deriva de la naturaleza auto-reflexiva del Derecho (Shapiro, 2001: 152). Por un lado, los poderes del Estado sólo pueden ejercerse conforme a los requerimientos (formales y/o sustantivos) del Derecho, pero, por otro lado, el Derecho sólo puede ser creado, interpretado y aplicado por los poderes del Estado. El gobierno, el parlamento y los tribunales deben operar siempre bajo la autoridad de las normas jurídicas, pero las normas jurídicas son producto de esas mismas fuentes jurídicamente autorizadas. Ello nos conduce a un problema similar al que plantea el dilema del huevo o la gallina. Si la autoridad legal sólo puede ser ejercida por normas jurídicas, y las normas jurídicas son obra de la autoridad legal, ¿quién hace las normas que crean la autoridad legal? O, dicho de otro modo, ¿de dónde proviene la autoridad del Derecho?

El punto de vista positivista presupone que el imperio de la Ley, como opuesto al gobierno de los individuos, plantea un ideal inalcanzable. El razonamiento sobre el que se sustenta esta afirmación se podría resumir del siguiente modo: puesto que las normas jurídicas son siempre hechas, interpretadas y aplicadas por individuos, no hay posibilidad de un gobierno de las leyes; a lo único que podemos aspirar es a que los individuos nos gobiernen "por medio de la ley". El principio de legalidad, en este sentido, juega un papel esencialmente instrumental, pues gobierna el modo en que los poderes del Estado deben perseguir sus fines con la mayor eficacia posible. Desde un punto de vista positivista, según el cual la identificación de las normas jurídicas válidas de una comunidad política depende enteramente de una práctica social que determina en cada caso las fuentes o lugares de producción de dichas normas, los requerimientos de la legalidad formal

no garantizan una auténtica supremacía del Derecho sobre los individuos que tienen la responsabilidad de crearlo y hacerlo cumplir.

Una concepción no instrumental del imperio de la Ley, en cambio, requiere una teoría “interpretativa” de la naturaleza del Derecho. Dicha denominación, a falta de otra mejor, remite a una forma de concebir el fenómeno jurídico en la que éste no existe únicamente en un sentido social o convencional, sino en el sentido más fuerte de tener fuerza normativa de carácter moral. Según esta concepción, el Derecho es una realidad que no puede identificarse sin hacer uso del juicio moral y la argumentación racional.

Sin embargo, la sencillez de esta diáda oculta una tercera posibilidad: la defensa de una concepción instrumental de la legalidad formal a partir de una concepción interpretativa del fenómeno jurídico. Es el caso del denominado positivismo “normativo” o “ético”. Según los positivistas normativos<sup>11</sup>, la Ley debe aplicarse, hasta donde sea posible, sin hacer uso de los puntos de vista éticos o ideológicos de los encargados de identificar qué dice el Derecho en cada caso. La existencia de los criterios de validez jurídica de cualquier comunidad depende de hechos sociales, no de argumentos morales. Pero esto, según ellos, no se deriva de una posición filosófica positivista que niegue toda conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Al contrario, desde un punto de vista filosófico, los positivistas normativos afirman que el concepto de Derecho depende de los valores fundamentales que trata de garantizar el imperio de la Ley. Para estos autores tales valores son los de coordinación, resolución de conflictos y estabilidad de las expectativas (predictibilidad y equidad procedimental). Es precisamente la consecución de dichos valores lo que exige que los jueces y funcionarios actúen siempre como permiten los estándares establecidos por los legisladores y el gobierno, es decir, otorgando siempre la primacía a los criterios formales de validez sobre cualquier criterio material o sustantivo. Se trata, pues, de una versión interpretativa del convencionalismo, según la cual el ideal del imperio de la ley exige que separemos, hasta donde sea posible, el Derecho de la moral. Dicho más concisamente, estos positivistas defienden una tesis prescriptiva, no descriptiva, de la separación entre el Derecho y la moral. Aunque reconocen que es imprescindible usar el juicio moral para saber lo que el Derecho es en términos filosóficos, no lo es, ni lo debe ser, sin embargo, para identificar cuál es el Derecho válido en una determinada jurisdicción<sup>12</sup>.

No obstante, creo que cabe mantener la diáda tal y como la he planteado inicialmente, pues el positivismo normativo (al igual que cualquier otra versión del positivismo) mantiene la tesis de las fuentes sociales del Derecho<sup>13</sup>, y cabe

<sup>11</sup> Algunos de los más destacados representantes de esta corriente son, además de los ya mencionados Waldron y Postema, Tom Campbell, Neil MacCormick y Liam Murphy.

<sup>12</sup> Es un caso análogo, si se me permite la comparación, al “liberalismo político” del último Rawls (1996), el cual usa una justificación filosófica, esencialmente moral (que invoca el ideal de ciudadano como persona moral, la noción de lo Razonable como parte del ideal de ciudadanía democrática, etc.), y no meramente instrumental o pragmática, para separar la política de la moral –es decir, para concebir la política como un dominio autónomo de las discusiones sobre cuestiones éticas comprensivas.

<sup>13</sup> En este sentido, los positivistas normativos se acercan más al positivismo “excluyente” de Raz que al positivismo llamado “débil” o “incluyente”. Los defensores del positivismo incluyente afirman que la práctica social que determina qué es Derecho incluye no sólo hechos sociales, sino también principios morales –o, dicho de otro modo, que además de los criterios formales de órgano y procedimiento (relativos al origen o linaje de las normas), existen criterios materiales de validez normativa (que tienen que ver con los principios de justicia o valores morales sustantivos a los que las normas han de ajustarse para formar parte del sistema jurídico)–. Para evitar una complejidad innecesaria, no introduciré esta dificultad en mi argumento. No obstante, creo que tiene razón Dworkin cuando afirma que la incorporación de criterios de validez vinculados a la moral desvirtúa la tesis de las fuentes sociales del Derecho (Dworkin, 2006: 188-198). En definitiva, dicha incorporación lleva consigo la

asociarlo por tanto a la concepción instrumental del imperio de la Ley, frente a las concepciones interpretativas (o antipositivistas) del Derecho que defienden una concepción intrínsecamente valiosa de dicho ideal político. Para subrayar el contraste entre estas dos concepciones, nos detendremos brevemente en el modo en que cada una fundamenta la pretensión moral de obediencia al Derecho<sup>14</sup>.

En las condiciones de un régimen constitucional democrático, la única fundamentación legítima de la obediencia al Derecho es la libre voluntad de los ciudadanos. La filosofía política moderna, encargada de justificar racionalmente la práctica de una democracia liberal, dio por supuesto desde sus orígenes que el ser humano no está subordinado por naturaleza a autoridad alguna, y que, por tanto, el orden social ha de tener en cuenta necesariamente el punto de vista de los individuos. En palabras de Rawls (1986: 162), los ciudadanos democráticos “se consideran a sí mismos como fuentes auto-originantes de pretensiones válidas”, lo cual implica que se ven a sí mismos como seres libres para actuar en su propio interés; cada uno de ellos puede derivar sus pretensiones a partir de sus propios fines y proyectos, sin tener que respaldar tales exigencias en deberes u obligaciones previos hacia la sociedad u otras personas. En estas condiciones, la justificación de la obligación política no puede limitarse a señalar directamente las ventajas de la cooperación social en la promoción del interés general; por el contrario, tiene que conciliar esas ventajas con el interés esencial que posee todo ciudadano en no obedecer otra voluntad distinta de la suya.

Pues bien, desde una concepción instrumental de la legalidad, sólo es posible justificar un modelo “democrático” del imperio de la Ley, es decir, sólo se puede justificar la obligación de obediencia al Derecho a partir del consentimiento voluntario por parte de los ciudadanos. Dado que una concepción instrumental se basa en una teoría positivista de la naturaleza del Derecho, la existencia de las normas jurídicas depende únicamente de las condiciones formales de validez (relativos al origen o linaje de las normas), por lo que no es posible señalar ninguna condición moral intrínseca al fenómeno jurídico que nos permita fundamentar la pretensión moral de obediencia al Derecho. Desde una perspectiva positivista, la justificación moral de la obediencia al sistema jurídico es una cuestión independiente de la identificación o existencia de las normas que lo constituyen. Ni siquiera el cumplimiento de los requerimientos formales del imperio de la Ley permite fundamentar tal obligación general. El consentimiento, como cualidad extrínseca al fenómeno jurídico, sólo permite establecer una relación contingente entre las normas jurídicas y la obligación moral de cumplirlas.

Desde el modelo “constitucional”, en cambio, la obediencia al Derecho no consiste simplemente en el acatamiento de las decisiones formales del poder político. Se trata más bien de guardar fidelidad a un esquema de principios morales que justifican las decisiones colectivas de una comunidad política determinada. Los autores que entienden el Derecho como interpretación fundamentan de este modo una obligación general de obediencia al Derecho, puesto que para ellos la realidad jurídica no se reduce a las directivas e instrucciones del poder político, sino que

---

posibilidad de identificar las normas jurídicas haciendo uso del juicio moral, lo cual no parece que sea compatible con la concepción del Derecho como práctica social. Con todo, los defensores de esta clase de positivismo afirman que la inclusión de los principios de justicia como criterios de validez jurídica no impiden seguir manteniendo una concepción convencionalista del Derecho (véase Hart, 1994; Coleman, 2001). Según estos autores, los principios de justicia pueden servir para la identificación del Derecho válido, no en virtud de su contenido moral, sino porque el propio sistema jurídico así lo ha establecido. De este modo, el positivismo incluyente otorga la primacía a los criterios formales de validez.

<sup>14</sup> Para ver este argumento con mayor detalle, véase Melero (2008).



incluye los principios que subyacen a esas decisiones en forma de justificación. Desde su punto de vista, la obligación moral de obediencia al Derecho constituye una condición cuasi-necesaria de la legitimidad política (Dworkin 1986: 191).

Ahora bien, como ya hemos señalado, cabe distinguir dos concepciones del modelo “constitucional”: el sustantivo y el formal. El modelo “sustantivo-constitucional” del imperio de la Ley implica un modo “objetivo” de explicar cómo el Derecho justo actualiza o hace real la libertad individual. A diferencia de lo que ocurre en el modelo “democrático”, donde dicha realización depende de la aceptación voluntaria de los ciudadanos —de modo que, en última instancia, la obediencia al Derecho implica cumplir las normas que ellos mismos se han dado—, en el modelo “sustantivo-constitucional” los ciudadanos son libres al obedecer las directivas de un Estado globalmente justo porque con ello garantizan las condiciones sociales que les permiten perseguir sus propios fines con independencia de cualquier otra voluntad distinta de la suya. Mientras en el modelo “democrático”, la obediencia al Derecho es una forma de relacionarse con el orden social que supone en sí misma una expresión de libertad, en el “sustantivo-constitucional” la obediencia al Derecho implica la posibilidad de ejercer una voluntad independiente.

El modelo “formal-constitucional”, por su parte, pretende ocupar un lugar intermedio entre los dos modelos anteriores. Al igual que en el modelo “democrático”, los principios de legalidad no se identifican con los de una determinada moralidad sustantiva, sino que se deducen a partir de la naturaleza del Derecho en general. Sin embargo, como en el modelo “sustantivo-constitucional”, se reivindican tales principios como un tribunal moral ante el que debe rendir cuentas el Derecho positivo. El modelo “formal-constitucional” supone, como señaló Fuller, una lectura moral de los requerimientos formales de la legalidad: es decir, que cabe esperar de la satisfacción efectiva de dichos requerimientos un impacto beneficioso en la calidad moral de las normas jurídicas. O, dicho de otro modo, este modelo defiende el lema habermasiano “la legitimidad a partir de la legalidad”. Es decir, la decisión de gobernar a través del Derecho hace que el gobierno sea siempre, al menos hasta cierto punto, legítimo. Esto se debe a que, como afirma Dyzenhaus (2000: 172), el compromiso con el imperio de la Ley implica en última instancia un compromiso con lo que puede considerarse como un ideal sustantivo: la idea de una ciudadanía activa que tiene recursos para someter al legislativo y al gobierno a una permanente rendición pública de cuentas mediante el principio de igual participación. En este sentido, el modelo “formal-constitucional” supone también una conexión “objetiva” entre el Derecho y la libertad individual, pero no a través del contenido de las normas jurídicas, sino a través de su proceso de producción y aplicación. La implantación efectiva de los principios de participación y rendición de cuentas permiten suponer que el Derecho positivo tendrá, con mucha probabilidad, un contenido compatible con la tradición liberal, pero este será el resultado de las restricciones de un proceso de justificación pública que respeta la dignidad de las personas como agentes racionales autónomos.

#### **4. El imperio de la Ley como principio político independiente**

En el tercer nivel del debate sobre el imperio de la Ley se discute cuál es el propósito u objetivo que se busca con dicho ideal político. Una vez más, las posturas se dividen entre los que defienden una concepción instrumental y los que promueven una concepción intrínsecamente valiosa. Hasta ahora he venido sosteniendo que sólo desde el positivismo jurídico se puede respaldar una concepción instrumental del imperio de la Ley. En este apartado, sin embargo, quiero poner de relieve que la concepción “sustantivo-constitucional” coincide con el

positivismo jurídico en ver el Derecho como un instrumento para aplicar en la sociedad una determinada moralidad política sustantiva. Frente a ambas posturas, defenderé la concepción “formal-constitucional” como la única que defiende el imperio de la Ley como ideal político independiente.

Haciendo uso de una clasificación comúnmente aceptada, Margaret Jane Radin (1989: 783) define una concepción “instrumental” del imperio de la Ley como aquella cuyos requerimientos preexisten a cualquier tipo de sociedad. “Las [concepciones] instrumentales afirman que el imperio de la Ley es un prerrequisito de cualquier orden legal eficiente”. A su vez, una concepción “no instrumental” incorpora, según la autora, los principios de una moralidad política concreta, es decir, unos requerimientos cuya satisfacción implica, de por sí, la realización de ciertos valores sustantivos como la equidad y el respeto a las personas. A partir de estas definiciones, Radin califica las concepciones de Fuller y Raz como instrumentales, y las de Rawls y Hayek como no instrumentales<sup>15</sup>. En mi opinión, sin embargo, la clasificación de Radin pierde de vista dos consideraciones importantes, las cuales nos van a permitir avanzar hacia el modelo “formal-constitucional” que deseo defender.

En primer lugar, al tener en cuenta únicamente las concepciones formales de la legalidad, Radin no incluye la concepción sustantiva de Dworkin entre las concepciones no instrumentales; en segundo lugar, y más importante para nosotros, al describir la relación entre la forma y la sustancia como una vinculación entre los requisitos formales y una moralidad política sustantiva, la autora no percibe que la concepción de Fuller puede considerarse como no instrumental. Veamos primero con más detalle la primera consideración. A mi modo de ver, la concepción de Dworkin es sustantiva en el mismo sentido que las de Rawls y Hayek. Al margen del contenido concreto de la teoría de la justicia de cada uno de estos autores, todos ellos coinciden en que la función del Derecho es establecer en la sociedad la concepción de la justicia que ellos creen correcta. Como vimos en la primera sección de este trabajo, Dworkin no hace sino explicitar el vínculo que las concepciones formales no positivistas del imperio de la Ley mantienen con una teoría concreta de la justicia.

Sin embargo, según Trevor Allan (1999, 2001) cabe defender una lectura procedimental de Dworkin. Según esta interpretación, el carácter sustantivo de la concepción dworkiniana no implicaría una conexión necesaria entre dicha concepción y una teoría concreta de la justicia. La doctrina “sustantivo-constitucional” del imperio de la Ley se limitaría, según Allan, a exigir la aplicación consistente de los mismos principios para todos los ciudadanos. El núcleo central del imperio de la Ley sería, pues, un principio por el cual los poderes del Estado sólo pueden actuar coercitivamente sobre los ciudadanos mediante la aplicación leal y consistente de una concepción coherente de la justicia, a pesar de que exista un desacuerdo razonable entre los ciudadanos sobre el contenido concreto de dicha concepción. Según esto, la integridad política no impondría una teoría de la justicia determinada, sino que se limitaría a requerir al gobierno la obligación de adherirse a

<sup>15</sup> Rawls concibe la justicia formal como una exigencia de la “igual libertad”, es decir, deduce la fuerza normativa de los principios de la legalidad a partir del valor sustantivo básico de la justicia como equidad (Radin 1989: 788-789). En un sentido similar, Hayek concibe el imperio de la Ley como la garantía última de la libertad individual, pero en su caso la legalidad formal viene asociada a una teoría de la justicia diametralmente opuesta a la de Rawls. Mientras éste vincula la legalidad formal a unos principios de justicia distributiva, para Hayek la igualdad formal ante el Derecho es incompatible con cualquier acción gubernamental dirigida a la redistribución material y la igualdad sustantiva. Como Dicey, Hayek postuló una antítesis fundamental entre el imperio de la Ley y el Estado del bienestar, puesto que, según él, para lograr una cierta igualdad sustantiva era necesario sacrificar la igualdad formal y tratar a los individuos de forma diferente según sus circunstancias socioeconómicas.

un conjunto consistente de principios de equidad y justicia que sea aplicable a todos los ciudadanos por igual. El contenido de los principios que, finalmente, gobernasen bajo el imperio de la Ley de Dworkin sería, en realidad, una cuestión a dilucidar por cada comunidad política.

A decir verdad, el alto nivel de abstracción con el que Dworkin presenta su concepción de la legalidad permite una lectura procedimental como la de Allan. Sin embargo, creo que es innegable que las teorías del Derecho y de la interpretación jurídica de Dworkin están vinculadas a una determinada concepción de la justicia. Como señala Craig (1997), Dworkin no concibe el imperio de la Ley como un ideal independiente, sino como un equivalente de su teoría jurídica. Dicha teoría, como vimos, introduce la pregunta sobre la teoría de la justicia mejor fundada como parte del proceso de decisión judicial sobre los derechos de las partes. El imperio de la Ley equivale, para Dworkin, al imperio de la teoría de la justicia mejor fundada, que según él no es otra que la del liberalismo igualitario. Al igual que en la obra de Hayek, la concepción dworkiniana subraya la dimensión constitucional del principio de legalidad como bastión defensivo de los individuos frente a los poderes del Estado, y la función de los jueces como guardianes de los principios liberales. Pero a diferencia de su predecesor libertario, Dworkin vindica los principios distributivos de la “igual libertad” frente al supuesto orden espontáneo del libre mercado. En la concepción dworkiniana, la “igualdad de consideración y respeto” es el esquema común de justicia que preside la Constitución norteamericana, y es la que sirve de base para determinar los derechos sustantivos de los individuos a través de los tribunales. A partir de este esquema común, los jueces y, virtualmente, todos los ciudadanos, pueden juzgar el contenido de las leyes, y calificar como “malas” o “injustas” aquellas normas que no respeten tales derechos. En definitiva, Dworkin identifica el imperio de la Ley con el imperio del Derecho justo, y más concretamente, con el imperio de aquellos principios constitucionales que incorporan los derechos básicos de un régimen democrático liberal.

Así las cosas, si mi interpretación es correcta, las teorías de Hayek, Rawls y Dworkin vinculan el ideal del imperio de la Ley a una determinada teoría de la justicia, lo cual acarrea una importante consecuencia. En los tres casos, el imperio de la Ley parece alcanzar el estatus de ideal político únicamente a costa de perder su independencia, es decir, mediante su vinculación, más o menos explícita, a una teoría de la justicia; ello lo convierte en un ideal político inútil y sin contenido propio. Como señala Raz (1979: 211), “si el imperio de la Ley es el imperio del buen Derecho, entonces explicar su naturaleza significa proponer una filosofía social completa. Pero, entonces, la designación carece de toda función útil”.

Esta indeseable consecuencia nos conduce a la segunda consideración que hice sobre la clasificación de Radin. En mi opinión, la concepción de Fuller representa una alternativa que permite escapar del dilema que nos plantea dicha clasificación: o bien concebimos el imperio de la Ley como un ideal instrumental y, por tanto, independiente de cualquier moralidad política sustantiva, o bien lo pensamos como un ideal no instrumental y, por tanto, vinculado a una determinada teoría de la justicia. Dicho de otro modo, Fuller nos permite ofrecer una alternativa al positivismo jurídico que no entra en la discusión sobre la teoría sustantiva de la justicia que debería incorporarse al Derecho. Desde el punto de vista de Fuller, tanto los positivistas “democráticos” como los antipositivistas “liberales” coinciden en concebir el Derecho como un instrumento para la implantación de una determinada visión sustantiva de la justicia. Según los primeros, dicha visión sustantiva debería ser la que en cada caso decida el pueblo democráticamente; para los segundos, la que pueda considerarse como “correcta” desde un punto de vista filosófico. Pero en



un caso y en otro, el Derecho se presenta como una “unívoca proyección de autoridad” (Fuller, 1969: 192).

La alternativa de Fuller descansa, como ya dijimos, en un ideal sustantivo: la idea de la igual ciudadanía. Su concepción del imperio de la Ley está íntimamente asociada a una visión moral de la relación entre el ciudadano y el Estado. En lugar de entender el Derecho al modo positivista, como una “proyección unidireccional de autoridad, que se origina con el gobierno y se impone sobre el ciudadano”, Fuller (1969: 204) concibe la autoridad del Derecho como “el producto de una interacción de orientaciones con sentido entre los ciudadanos y el gobierno”. De ahí que derive sus principios de un experimento mental en el que examina cómo pueden remediarse los fallos en la comunicación del soberano con sus súbditos. Dichos principios procedimentales representan el umbral normativo que ha de satisfacer el poder político para reclamar legítimamente la obediencia de sus leyes.

Entre tales principios, Dyzenhaus (1996, 2007) subraya la importancia del principio de publicidad. Según este autor, la publicidad no sólo tiene que ver con la exposición pública de las leyes, sino que representa “un umbral de interpretabilidad general” (*Id.*, 1996: 173). El contenido de las leyes debe ser comprensible o interpretable por el público al que van dirigidas. Lo cual implica por parte de la autoridad jurídica un compromiso de justificación racional hacia aquellos que están sometidos a ella. El poder político debe tomar en cuenta las diferentes perspectivas de todos los posibles afectados por su legislación a la hora de promulgar cualquier disposición jurídica. Esto no garantiza la aceptación de todos, puesto que el desacuerdo se produce incluso entre los ciudadanos más razonables. Sin embargo, todos pueden aceptar, si desean conducir sus asuntos racionalmente, “que las decisiones deben tomarse como resultado de la deliberación, y que después han de sujetarse a ulteriores deliberaciones a la luz de la experiencia” (*Id.*, 1996: 176).

73

La concepción “formal-constitucional” establece, por tanto, unos requisitos formales en la producción legislativa, que presuponen un sujeto jurídico como agente responsable. Ambas dimensiones implican, a su vez, que el Derecho debe interpretarse de modo que se haga honor a tales presuposiciones. En definitiva, si los legisladores siguen los principios de la legalidad, el Derecho que produzcan será interpretable por los jueces de un modo que trate a los sujetos jurídicos con la dignidad propia de unos agentes responsables. En esta concepción, el Derecho es el resultado de una relación de reciprocidad o interdependencia entre los poderes del Estado y los ciudadanos. En la senda de Fuller, el imperio de la Ley se presenta como una empresa colectiva de carácter cooperativo, cuya obligación mutua fundamental es el rendimiento público de cuentas. En definitiva, la concepción “formal-constitucional” conduce a una cultura de la legalidad que sirve de marco disciplinado para la justificación pública, donde lo decisivo no es el contenido que finalmente se incorpore al Derecho, sino el ciudadano como participante activo en el orden jurídico. Esta concepción vincula de un modo ambiguo la sustancia y la forma del Derecho, evitando así la equiparación entre una teoría de la justicia y una teoría del imperio de la Ley. Su mejor virtud, en mi opinión, es que invita al diseño de aquellas instituciones jurídicas que puedan sacar provecho de esa ambigüedad. El debate sobre el imperio de la Ley es, pues, desde este punto de vista, el debate sobre el proceso que garantiza con mayor probabilidad que las decisiones que se tomen por parte de la comunidad son las mejores posibles, y que son susceptibles de revisión a la luz de la experiencia.



## Bibliografía

- ALLAN, T. (1999), "The Rule of Law as the Rule of Reason: Consent and Constitutionalism", *Law Quarterly Review*, Vol. 115, pp. 221-244.
- ALLAN, T. (2001), *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- COLEMAN, J. (2001), *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- CRAIG, P. (1997), "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Analysis", *Public Law*, pp. 467-487.
- DICEY, A.V. (1982 [1885]), *Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis.
- DWORKIN, R. (1985), "Political Judges and the Rule of Law", *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, Londres.
- DWORKIN, R. (2006), *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge.
- DYZENHAUS, D. (1996), "The Legitimacy of Legality", *University of Toronto Law Journal*, Vol. 46, pp. 129-180.
- DYZENHAUS, D. (2000), "Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review", en FORSYTH, C. (ed.), *Judicial Review & the Constitution*, Hart Publishing, Oxford.
- DYZENHAUS, D. (2007), "The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle", en RIPSTEIN, A. (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FINNIS, J. (1980), *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- FULLER, L.L. (1957), "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, Vol. 71, pp. 630-672.
- FULLER, L.L. (1966), *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston.
- FULLER, L.L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GROTE, R. (1999), "Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit", en STARCK, C. (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. Comparative Analysis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- HART, H. (1983 [1958]), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
- HART, H. (1994), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- HAYEK, F. (1960), *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago.
- HAYEK, F. (1978 [1973]), *Law, Legislation and Liberty, Vol. 1. Rules and Order*, University of Chicago Press, Chicago.
- HAYEK, F. (1994 [1944]), *The Road of Serfdom*, University of Chicago Press, Chicago.
- JOWELL, J. (2004), "The Rule of Law Today", en JOWELL J. y OLIVER, D. (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford University Press, Oxford.
- MELERO, M.C. (2008), "Libertad, deber de justicia e identificación del Derecho", *Doxa*, Núm. 31, pp. 509-531.
- POSTEMA, G. (1986), *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford.
- POSTEMA, G. (2010), "Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality", *Boston University Law Review*, Vol. 90, pp. 1847-1868.
- RADIN, M.J. (1989), "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review*, Vol. 69, pp. 781-819.
- RAWLS, J. (1986), "El constructivismo kantiano en la teoría moral", *Justicia como Equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid.
- RAWLS, J. (1996), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.
- RAZ, J. (1979), "The Rule of Law and its Virtue", *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford.

- RAZ, J. (1994), "The Politics of the Rule of Law", *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.
- SHAPIRO, S.J. (2001), "On Hart's Way Out", en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford.
- SUMMERS, R.S. (1993) "A Formal Theory of the Rule of Law", *Ratio Juris*, Núm. 6, pp. 127-142.
- TAMANAH, B.Z. (2004), *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WALDRON, J. (2002), "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?" *Law and Philosophy*, Núm. 21, pp. 137-164.
- WALDRON, J. (2008), "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, Vol. 43, Núm. 1, pp. 1-61.