

DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*

Maris KÖPCKE TINTURÉ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios del Rule of Law*. III. *Primer tipo de desafíos del Rule of Law: los principios están en tensión entre sí*. IV. *¿Qué es el Rule of Law?* V. *La razón de ser del Rule of Law*. VI. *Tensiones entre el Rule of Law y su razón de ser*. VII. *Segundo tipo de desafíos del Rule of Law: facilita ciertas formas de injusticia*. VIII. *Tercer tipo de desafíos del Rule of Law: es incapaz de atajar ciertas formas de injusticia*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

De hondas raíces clásicas pero con el punto de mira en un vasto elenco de tradiciones filosóficas y jurídicas, más allá de la cultura y el idioma autóctonos. Sensible al pasado, como terreno del que extraer enseñanzas para el presente. Reflejo de un sólido conjunto de ideas, forjadas en diálogo constante con aportaciones de críticos y correligionarios, contemporáneos y de antaño. Así es la monumental y polifacética contribución de Carlos Massini a la filosofía del derecho. Y es por ello que, en cierto sentido, la noción que me ocupa hoy, el *Rule of Law*, epitomiza las preocupaciones centrales de la obra de Massini, a pesar de ser una noción que el propio Massini no ha tenido ocasión extensa de desarrollar. Acuñada en el mundo anglosajón pero con fuerte anclaje clásico,¹ la idea del *Rule of Law* ha trascendido idiomas y culturas, que ven en ella un referente histórico apto para guiar el presente, ya sea como ideal por el que luchar o como peligro al que desafiar. Por tanto, ha estado

* Universidad de Oxford, maris.kopcke@law.ox.ac.uk. Agradezco al doctor Carlos Massini sus comentarios a una versión anterior de este trabajo.

¹ Sobre la imposibilidad de traducir *Rule of Law* al castellano y la relación entre este concepto y conceptos afines manejados por la tradición jurídica de Europa continental, Ricardo García Manrique: *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 169-177.

y está en boca tanto de partidarios como de detractores, y el diálogo entre ellos muchas veces está imbuido de confusión. Una confusión que nace de la falta de comprensión de una idea compleja, que en este ensayo me propongo articular con aquel espíritu analítico que tanto cultiva Massini.

Sostengo en las páginas que siguen que el *Rule of Law* es un ideal valioso pero repleto de tensiones internas. Sólo si somos conscientes de estas tensiones y, por ende, de sus *límites* seremos capaces de responder adecuadamente a los muchos desafíos que acechan al *Rule of Law* en nuestras comunidades políticas —desafíos tanto en el terreno teórico como práctico—, que Massini ha acertado en resaltar, en especial mediante la reciente organización de un *workshop* internacional sobre el tema.² Y es que las tensiones internas, mal entendidas o mal paliadas, son muchas veces las que dan alas —e incluso razón— a quienes desafían al *Rule of Law*. Dicho de otro modo: sólo si comprendemos las tensiones internas, los desafíos *por parte del Rule of Law* mismo, estaremos en disposición de frenar los desafíos. En última instancia, los límites y riesgos del *Rule of Law* circunscriben qué puede hacer la técnica jurídica (y qué no), y cómo puede hacerlo (y cómo no), en aras a promover la dignidad de las personas y, por ende, el bien común.

En este ensayo esbozaré tres tipos de desafíos *del Rule of Law*, desafíos internos de la idea misma. En primer lugar, los principios que lo conforman pueden estar en tensión entre sí (apartado III). Pero sin duda los desafíos más importantes nacen de la posible tensión entre el *Rule of Law* y su propia razón de ser: la justicia. Y este tipo de tensión puede darse tanto en el sentido de que el *Rule of Law* *facilita* ciertas injusticias (apartado VII) como en el sentido de que es *incapaz de atajar* ciertas otras injusticias (apartado VIII).

A esta comprensión del *Rule of Law* no se llega meramente mediante una enumeración de los principios que supuestamente lo componen, sino mediante un análisis de la naturaleza y fundamento de dichos principios. Para entender *qué* son sus principios debemos comprender *para qué* tiene sentido invocarlos. Ésta es la metodología propia del pensamiento jurídico clásico, por la que sabiamente aboga Massini y que seguiremos aquí, partiendo de una primera aproximación a los principios del *Rule of Law* según son comúnmente entendidos (apartado II), y adentrándonos gradualmente en su razón de ser (del apartado III en adelante).

² *Workshop* sobre “Estado de derecho, *Rule of Law* y los desafíos de la hora presente”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 22-24 de mayo de 2014.

II. LOS PRINCIPIOS DEL *RULE OF LAW*

En efecto, la idea del *Rule of Law* suele explicarse por referencia a una serie de principios que son considerados sus ingredientes o componentes. Pues en sí misma, la expresión *Rule of Law* dice relativamente poco. Literalmente designa el gobierno del derecho: el estado de cosas en que una comunidad humana está gobernada por un sistema jurídico en lugar de estarlo, podríamos decir, por el mero arbitrio o capricho humanos. ¿Pero exactamente en qué consiste este estado de cosas? ¿Cómo determinar si en una comunidad gobierna el derecho?

A lo largo de los últimos siglos, diversos autores anglosajones han desglosado el *Rule of Law* en sendas listas de principios, con cierto solapamiento pero también diferencias importantes. La filosofía del derecho y la doctrina jurídica actuales predominantemente manejan una concepción que cabe sintetizar en los siguientes principios:

1. Que las normas sean generales (aplicables a más de una persona en más de una ocasión).
2. Que las normas sean promulgadas.
3. Que las normas sean prospectivas (no retroactivas).
4. Que las normas sean claras y determinadas (no vagas).
5. Que las normas sean coherentes entre sí (ausencia de conflictos normativos).
6. Que las normas sean de posible cumplimiento.
7. Que las normas sean estables (en el tiempo).
8. Que haya congruencia entre las normas promulgadas y su aplicación oficial.

Esta concepción del *Rule of Law*, desarrollada entre otros por Fuller, Raz y Finnis,³ es frecuentemente denominada “formal” o “procedimental” (por oposición a una concepción “sustantiva” o “material” que incluiría entre los principios la garantía de ciertos bienes o derechos humanos).⁴ Dice Gardner que es más propio hablar de una concepción “modal”. Tiene ra-

³ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 210 y ss.; Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (1980), pp. 270-274.

⁴ Craig, Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss. Una concepción “sustantiva” del *Rule of Law* tiene poca utilidad ya que se confunde con una concepción de la justicia o el bien común (en este sentido, Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 211).

zón este autor cuando apunta que la mayoría de los ocho principios hacen referencia al contenido de las normas y a cuestiones sustantivas, no solamente a cuestiones formales o procedimentales.⁵ A su vez, considera, sin embargo, que estos principios en su conjunto configuran el *modo o método* característico que emplea un sistema jurídico para perseguir cualesquiera que sean los fines que persigue.⁶ Hay mucha verdad en esta afirmación, aunque tendremos ocasión de matizarla más adelante (en el apartado V).

III. PRIMER TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: LOS PRINCIPIOS ESTÁN EN TENSIÓN ENTRE SÍ

Expuestos así los ingredientes del *Rule of Law*, no resulta difícil apreciar que entre ellos pueden darse tensiones, como el mismo Fuller en su día ya apuntó.⁷ Por ejemplo, cuanto más generales las normas de un ordenamiento, seguramente menos posible resultará su cumplimiento para algunas personas, pues no todos tenemos las mismas capacidades (por ejemplo, un recién nacido no puede cumplir las obligaciones que podemos cumplir los adultos). Además, la existencia misma de órganos oficiales —que, entre otras cosas, crean y aplican las normas— presupone la existencia de normas que los constituyen y que regulan la actividad de quienes ocupan sus cargos y no la del resto de la población: otro límite necesario a una generalidad extrema. Por otro lado, la formulación de normas tan claras que sean comprensibles sin más por el ciudadano, sin ser interpretadas a la luz de otras normas y doctrinas del sistema, puede engendrar conflictos normativos, y la facilidad de comprensión puede estar reñida con la determinación (ausencia de vaguedad) de la norma. Más allá, un ordenamiento absolutamente estable —estático— no tardaría en contener normas de difícil cumplimiento, dada la inevitable fluctuación de las circunstancias sociales. Y en cuanto introducimos cambios en el sistema, sobre todo por vía judicial, sacrificaremos en alguna medida la prospectividad de las normas y la congruencia entre su versión promulgada y su aplicación.

Se desprende de estas observaciones que el cumplimiento de los principios del *Rule of Law* es necesariamente una *cuestión de grado*. Es decir: no cabe cumplir cada uno de estos principios a la perfección. Y es que no solamente se darán conflictos entre principios, sino que en el caso de algunos

⁵ Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 198-204.

⁶ *Ibidem*, pp. 205-211 y 293.

⁷ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, p. 45.

principios un cumplimiento perfecto —aun en ausencia de conflictos— sería indeseable: es el caso, sin duda, de la generalidad y la estabilidad. Fuller recurrentemente insiste en que los principios no deben ser cumplidos a la perfección. Nos dice que la “perfección” en el *Rule of Law* es algo más “complejo” que una realización total de todos los principios.⁸ Estamos, por tanto, ante una serie de principios que ni pueden ni —parece— deben seguirse más allá de un límite. Pero que pueden y —se nos dice— deben seguirse hasta cierto punto. Su cumplimiento sólo puede y —aparentemente— debe ser una cuestión de grado.

Todo ello pone de relieve la necesidad de entender los *criterios* en función de los cuales debe *gradarse* el cumplimiento de los principios del *Rule of Law*. Estos criterios de alguna manera están implícitos en la idea del *Rule of Law*. Se trata de una suerte de meta-principios que gobiernan las ocasiones y la intensidad con que deben implementarse los principios. Entender este concepto, por ende, requiere conocer estos meta-principios, así como el para qué del *Rule of Law*. ¿En qué consiste la normatividad de lo que hasta ahora vengo llamando sus “principios”? Si son mandatos o requisitos, ¿quién o qué los exige?

IV. ¿QUÉ ES EL *RULE OF LAW*?

Estas preguntas básicas con frecuencia quedan relegadas a un segundo plano en los debates acerca del contenido de sus principios. Pero teóricos como Fuller, Raz o Gardner son, hasta cierto punto, conscientes de la importancia de estas preguntas. Existe consenso entre estos autores y muchos otros en que un cumplimiento mínimo de cada uno de los principios del *Rule of Law* es una condición necesaria para siquiera poder hablar de la *existencia* de un ordenamiento jurídico. No cabe duda de que sin un mínimo de generalidad, promulgación, prospectividad, claridad, coherencia, congruencia (y por tanto eficacia), etcétera, simplemente no estaremos ante un sistema jurídico propiamente dicho.⁹

Más allá de este cumplimiento mínimo, sin embargo, cuanto mayor sea el cumplimiento de los principios, mejor. Eso entienden estos autores y con ellos todos los defensores del *Rule of Law*. Es por eso que a sus principios se los califica de “desiderata”. El “cuanto más, mejor”, claro está, tiene su límite en los puntos de saturación referidos en la sección anterior: el cum-

⁸ *Ibidem*, p. 41 y, general, todo el capítulo 2.

⁹ *Ibidem*, p. 39.

plimiento exagerado no es deseable. Pero antes de llegar a estos puntos de saturación, y pasado el punto mínimo necesario para la existencia del sistema, el sistema que sea más conforme con el *Rule of Law* será *mejor* que el que lo sea menos.

¿Mejor en qué sentido? Mejor *en tanto que sistema jurídico*, responden estos autores. Un sistema jurídico es más jurídico cuanto más cumple con el *Rule of Law* (hasta llegar a la saturación): es “más verdaderamente derecho”¹⁰ o *law at its most legal*.¹¹ Raz califica al *Rule of Law* como la “virtud específica” del derecho,¹² Green habla de “excelencia interna”¹³ y Fuller de “excelencia legal”¹⁴ o “moral interna del derecho”.¹⁵ Gardner, a su vez, afirma que el caso central del derecho es el derecho que cumple con el *Rule of Law*.¹⁶ Es parte de nuestro concepto de derecho, entiende este autor, que el *Rule of Law* es un ideal para el derecho, un ideal que lo constituye como género.¹⁷ Estas lecturas tienen su reflejo en la denominación misma del concepto: gobierno (*Rule*) del derecho (*of Law*), es decir, el derecho puesto en práctica o implementado. Por eso al *Rule of Law* también se le suele llamar legalidad (*legality*).

Pero es importante no contentarse con una explicación *meramente* “conceptual” de su naturaleza. Decir que el derecho que satisface el *Rule of Law* es *más derecho* (mejor en tanto que derecho) no nos ofrece ningún *criterio* con base en el cual decidir cuándo la conformidad con el *Rule of Law* es deseable y cuándo deja de serlo. Y, lo que es más importante, es una afirmación difícil de sostener sin una explicación de por qué el ideal del *Rule of Law* —y no, por ejemplo, el ideal de rima— es un ideal interno del derecho. ¿Por qué el derecho que cumple el *Rule of Law* es más derecho, pero el derecho que rima no lo es? No valdrá apelar a la práctica lingüística de quienes utilizan en término “derecho”, que no tiene ni la regularidad, ni la precisión ni, en cualquier caso, la relevancia teórica necesaria para fundamentar una afirmación sobre lo que hace al derecho más propiamente derecho.

¹⁰ *Ibidem*, p. 200; también dice este autor que “tanto las reglas como los sistemas jurídicos pueden existir a la mitad, y de hecho así lo hacen” (122).

¹¹ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, p. 1051; en este sentido, Gardner dice “there is law and then there is legal law”. Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, *cit.*, p. 194.

¹² Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 226.

¹³ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, p. 1051.

¹⁴ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁵ Una expresión recurrente a lo largo del libro. *Idem*.

¹⁶ Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, *cit.*, p. 228.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 190-194.

V. LA RAZÓN DE SER DEL *RULE OF LAW*

A las concepciones de Gardner y Fuller (y otras), propiamente entendidas,¹⁸ subyace un argumento acerca de la razón de ser moral del *Rule of Law*, un argumento que a su vez forma parte de un argumento más general acerca de la razón de ser moral del derecho. Según este sensato argumento, de origen clásico, el derecho es un instrumento especialmente apto para realizar la justicia en una comunidad,¹⁹ y parte de lo que contribuye a su capacidad son las características que, debidamente desarrolladas, denominamos *Rule of Law*. Este argumento clásico, que aquí sólo cabe esbozar, puede desglosarse en dos ideas. La primera idea es un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin: (i) el derecho es *capaz* de servir a la promoción de la justicia. Y la segunda idea consiste en un juicio comparativo entre varios medios potencialmente adecuados al mismo fin: (ii) la capacidad del derecho es *mayor* que la de formas de organización social alternativas.

(i) Nos enseña la teoría del derecho natural que para realizar la justicia en una comunidad política es preciso transformar las normas de justicia (que son normas morales) en directrices específicas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma predecible y que sean efectivamente cumplidas. Las normas morales deben ser concretadas (lo que Aquino llama *determinatio*) porque son vagas: lo que significa que tienen lagunas o que son infradeterminadas.²⁰ Por ejemplo, toda persona está moralmente obligada a contribuir de modo equitativo a los gastos de su comunidad, pero las normas morales de equidad no especifican exactamente de qué modo debe contribuir, con qué regularidad y mediante qué procedimiento. También está moralmente prohibido lesionar a otra persona de modo negligente, pero las normas morales guardan silencio sobre cómo exactamente debe regularse el tráfico de una ciudad, por qué lado debe conducirse, y cuál es el límite de velocidad en cada tramo. De entre estas op-

¹⁸ Como explico en Köpcke Tinturé, Maris, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 75 y ss.

¹⁹ Entendida la justicia como aquellos aspectos del bien común que conciernen los actos externos entre personas sobre los que legítimamente se extiende la jurisdicción coercitiva del derecho. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy”, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida), visible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014), sección 6.1.

²⁰ Influyentes desarrollos de la idea de infradeterminación moral: Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 111-118; Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983, pp. 86-94; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, capítulo 13. Sobre *determinatio*: Finnis, *op. cit.*, 281-290.

ciones debe escogerse *una*, descartando las demás, y debe hacerse cumplir, si es preciso coercitivamente. Pues de otro modo las obligaciones morales en cuestión no serán cumplidas, y por tanto los correspondientes derechos morales de nuestros conciudadanos resultarán vulnerados.

El argumento expuesto en el párrafo anterior puede resumirse diciendo que la promoción de la justicia da lugar a problemas de coordinación.²¹ Un problema de coordinación, en el sentido que nos interesa aquí, es una situación en la que la consecución de un fin moralmente necesario requiere una conducta colectiva convergente, y hay más de un patrón de conducta colectiva que en principio podría razonablemente servir a ese fin si fuera generalmente adoptado —por lo que es necesario seleccionar (*concretar*)— públicamente uno de los patrones de conducta disponibles y hacerlo *cumplir*.

Como afirma la tesis (i): un sistema jurídico tiene la capacidad de hacer ambas cosas —concretar y hacer cumplir— y por tanto de contribuir a la solución de problemas de coordinación en aras a la justicia. Entre las características de un sistema jurídico que le otorgan esta capacidad destacan las que constituyen el *Rule of Law*. Éste supone (aunque no afirme expresamente) que las normas jurídicas son positivas, es decir, son creadas por actos humanos. La positividad del derecho permite que éste concrete —rellene— las normas morales, cuyo contenido por hipótesis se ha agotado, y por lo tanto que personas de convicciones morales muy diversas puedan coincidir en identificar las directrices resultantes. La claridad y la promulgación, asimismo, contribuyen a la identificación pública y a gran escala de las directrices, y la congruencia entre la versión promulgada y la aplicada supone que los órganos del sistema las hacen cumplir. Para atajar los muy diversos problemas de justicia que surgen en múltiples áreas de la vida social, relacionando para ello cargas y beneficios a través del tiempo y el territorio, será necesario un sistema altamente coherente y que haga manejable la inevitable complejidad de su contenido mediante normas debidamente generales. La creación de directivas prospectivas y estables, que por sus características permitan al ciudadano planificar su vida en función del comportamiento esperado de los conciudadanos y órganos del sistema, es esencial para el respeto a la autonomía humana y el cultivo del tipo de reciprocidad entre

²¹ Esta jerga es utilizada, por ejemplo, en Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., capítulo 9; Finnis, John, *Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, capítulo 2; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 30, 49 y ss. Como se indica en esta literatura, no debe confundirse esta concepción de un problema de coordinación con la concepción homónima desarrollada en la teoría de juegos: por ejemplo, Schelling, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1963, pp. 81 y ss.; Lewis, David, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002 (1969), pp. 8 y ss.; Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 78 y ss.

gobernantes y gobernados que sólo un sistema jurídico, mediante el *Rule of Law*, puede proporcionar.

Por ende, el derecho no solamente es *capaz* de contribuir a la solución de problemas de coordinación, como afirma (i), sino que lo es *especialmente*, como afirma (ii). Ello es así porque su capacidad es *mayor* que la de cualquier otro método de regulación social como la costumbre, la propaganda, o las exhortaciones *ad hoc*. El derecho, por tanto, es especialmente apto para promover la justicia en una comunidad política, y lo es gracias, notablemente, al *Rule of Law*. En este sentido puede decirse que la *razón de ser* del derecho, y del *Rule of Law*, es la promoción de la justicia mediante la coordinación. Lo que no significa, claro está, que el *Rule of Law* o el derecho *por sí solos* puedan realizar la justicia, y menos el bien común, pero sí que son instrumentos necesarios a tal efecto. Si deseamos expresar estas ideas en lenguaje “conceptual” diremos que el derecho justo, que por tanto cumple el *Rule of Law*, es “más derecho” o es el “caso central” del derecho, y que la justicia y (como elemento suyo) el *Rule of Law* son ideales constitutivos del concepto de derecho.

Hemos localizado, de este modo, aquellos criterios o meta-principios implícitos en el *Rule of Law* que determinan por qué y cuándo debemos realizar los principios. Los criterios en cuestión son criterios (morales) de justicia. Los principios, más que requisitos conceptuales, son exigencias de justicia (por encima del cumplimiento mínimo necesario para existencia del sistema). Ésa es su naturaleza y la fuente de su normatividad: lo que los hace deseables, *desiderata*.²² Debemos cumplir con ellos en tanto en cuanto sirvan al fin que les es propio, el fin moralmente necesario al que son especialmente capaces de servir: la justicia. Y en tanto no lo hagan, debemos quebrantarlos o ignorarlos.

VI. TENSIONES ENTRE EL *RULE OF LAW* Y SU RAZÓN DE SER

Decir esto, claro está, no es decir mucho desde el punto de vista práctico. Debe cumplirse el *Rule of Law* sólo cuando produce justicia. ¿Pero cómo determinar cuándo ello es así? ¿Cómo saber en qué circunstancias cada elemento contribuye a la justicia y en qué circunstancias la obstaculiza, a fin de adecuar el diseño de nuestras normas y políticas jurídicas? La respuesta

²² Fuller no articula claramente la idea de que la justicia es la razón de ser del *Rule of Law*. Ello es, creo, porque Fuller centra su atención en las *diferencias* entre el *Rule of Law* (al que llama “moral interna” del derecho) y la justicia (a la que llama “moral externa” o “fines sustantivos” del derecho): Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, especialmente capítulo 4.

es compleja y no puede formularse de manera general. Mi cometido en estas páginas es el de explicar por qué la respuesta es compleja, y sentar algunas de las bases para realizar el tipo de investigación detallada que es necesaria con respecto a todo (posible) ámbito de regulación jurídica.

La respuesta a estas preguntas es compleja porque así lo es la relación entre el *Rule of Law* y su razón de ser. De hecho, es una relación tumultuosa.

Para empezar, la relación entre *Rule of Law* y justicia es algo más que la relación entre un medio y un fin. El *Rule of Law* no es solamente el *modus operandi* característico de los sistemas jurídicos (como dice Gardner), y que servirá de *método* para alcanzar el *fin* de la justicia. Asimismo, es método pero, contrariamente a lo que sugiere Gardner,²³ es también parte del fin. Pues el respeto a la autonomía humana, la imparcialidad en la resolución de conflictos y la reciprocidad en la cooperación entre ciudadanos y gobernantes son en sí mismos aspectos esenciales de la justicia en una comunidad política.²⁴

Sin embargo, también pueden darse marcadas *tensiones* entre el *Rule of Law* y la justicia —y llegamos así a la preocupación que da título a este ensayo—. Algunas tensiones han ocupado especialmente a la literatura. Es concebible, nos dicen algunos autores, que un sistema jurídico cumpla con el *Rule of Law* y, a pesar de ello, sea fundamentalmente injusto. Después de todo, el *Rule of Law* es condición necesaria pero no suficiente de la justicia. Cumplir con él no garantiza un sistema justo en todos los aspectos. Puede darse, al menos en teoría, un respeto riguroso del *Rule of Law* en la creación y aplicación de normas de contenido perverso. ¿Pero es probable que ello ocurra? ¿Históricamente los regímenes injustos lo han respetado? ¿Tiene un régimen injusto razones coherentes para respetarlo? Y si un régimen injusto de hecho lo respeta, ¿esto último mitiga su injusticia, aunque sea muy poco? ¿O, por el contrario, el *Rule of Law* no hace más que aumentar la injusticia resultante, al dotar de eficacia a los malvados propósitos —del mismo modo que un cuchillo afilado incrementa la eficacia del asesino—? Son estas las cuestiones principales sobre las que giró el famoso debate entre Hart y Fuller, y a las que otros muchos han realizado aportaciones.²⁵

²³ Como indicábamos al final del apartado II.

²⁴ Son reflexiones implícitas en Fuller, que Finnis (*Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, p. 274) desarrolla con mucha mayor claridad.

²⁵ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*; Hart, Herbert, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963, capítulo 16; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*; Kramer, Matthew, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, capítulo 3; Simmonds, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, capítulo 3.

Pero, en el fondo, estas cuestiones no centran nuestra atención en el verdadero epicentro de la tensión entre el *Rule of Law* y la justicia. Se contentan estos autores con preguntar si puede darse injusticia *a pesar del Rule of Law*. Pero deberían preguntarse si puede darse injusticia *a causa de él*: es decir, si hay algo en el *Rule of Law* mismo que hace que un sistema jurídico que lo cumple sea especialmente proclive o propenso a determinados tipos de injusticia. Si ello fuera así, estaríamos ante riesgos inherentes al *Rule of Law*, riesgos que serían la otra cara de la moneda de las muchas virtudes que tantos autores se han esforzado en destacar.²⁶

En las secciones que siguen sostengo que, efectivamente, existen riesgos de injusticia inherentes al *Rule of Law*. Al igual que una potente medicina, tiene grandes virtudes, pero es preciso saber en qué dosis y en qué ocasiones lo debemos aplicar, pues de otro modo su uso dejará de responder a su razón de ser y puede llegar a traicionarla. No disponemos de un prospecto de instrucciones para su uso. Nos incumbe, por tanto, desarrollarlo, y la forma de comenzar es reconocer sus distintos tipos de riesgos inherentes. Hemos hecho hincapié, más arriba (apartado III), en un primer tipo de riesgo: la tensión entre principios (un exceso de un principio puede llegar a frustrar otro principio y con ello el *Rule of Law*). Estamos ahora en disposición de articular el segundo y tercer tipo de riesgos, que nacen de la tensión entre el y su razón de ser, la justicia. Me ocuparé de estos riesgos en los apartados VII y VIII, respectivamente. Son los riesgos —los desafíos— más importantes, y los más olvidados: por un lado, el riesgo de que el *Rule of Law* facilite ciertas formas de injusticia y, por otro lado, el riesgo de que sea *incapaz de atajar* injusticias de determinada clase.

VII. SEGUNDO TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: FACILITA CIERTAS FORMAS DE INJUSTICIA

Ya hemos apuntado antes, de paso, un modo obvio en que el cumplirlo puede generar injusticia: la realización exagerada de alguno de sus principios (apartados III y IV). Nos hemos hecho eco de la recurrente observación de Fuller, pacífica en la literatura, de que no es deseable implementar los principios más allá de un límite, una suerte de punto de saturación.

²⁶ Esto no equivale a la afirmación raziana de que el *Rule of Law* es una “virtud negativa”, lo que significa para este autor que la conformidad con el *Rule of Law* no produce un bien sino que evita un mal, un mal que sólo puede ser causado por el derecho mismo (Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 224). Mi interés reside en los posibles males que causa el propio *Rule of Law*, y cuya prevención o reducción puede requerir dejar de lado el *Rule of Law* en lugar de utilizarlo.

Pero es conveniente no centrar nuestra atención en escenarios extremos y por ello muchas veces sobresimplificados. Es importante percatarnos de que el cumplimiento del *Rule of Law* en circunstancias cotidianas, y en grado aparentemente debido, puede también ser fuente de injusticia, en los sentidos que explicaré. A tal efecto, desglosaré algunos de sus elementos (aunque están estrechamente relacionados) e indicaré algunos de sus respectivos riesgos inherentes, cuya materialización fácilmente abundará en un sistema jurídico. Me concentraré en los elementos de positividad (1), generalidad (2), promulgación (3) y congruencia (4), y complementaré el análisis con una reflexión acerca de los mecanismos con que el derecho mismo puede paliar o minimizar estos riesgos (5).

1. *Desafíos de la positividad*

El *Rule of Law* presupone que el derecho es un producto de actos humanos: que es positivo.²⁷ La positividad del derecho, y concretamente el hecho de que las normas jurídicas predominantemente sean creadas por actos deliberados (ejercicios de autoridad) es una de las claves de la capacidad de todo sistema jurídico de solucionar problemas de coordinación. Pues las normas morales, por sí mismas, son demasiado vagas y controvertidas para proporcionar las concretas pautas de conducta colectiva que requerimos. El derecho es un artefacto, y ello es una de sus virtudes. Es moralmente necesario que la validez jurídica de una norma no dependa (necesariamente)²⁸ de consideraciones morales.²⁹

Pero los riesgos de la positividad son evidentes. El bien común requiere virtud moral, incluso más allá de la justicia, pero el ser humano es moralmente falible. Y así lo es toda creación suya, comprendidas las normas jurídicas. Que la validez jurídica de una norma no dependa de su corrección moral implica que normas inmorales pueden ser válidas. Es una posibilidad en la que Hart, Fuller y muchos otros han hecho hincapié, generalmente para demostrar que el *Rule of Law* no es garantía *suficiente* de la justicia. Pero

²⁷ Como apuntábamos en el apartado V.

²⁸ El paréntesis da cabida a la posición teórica (a veces llamada, confusamente, “positivismo jurídico incluyente”) según la cual es posible que una norma jurídica que confiere poderes, creada por un acto humano, establezca que una consideración moral es criterio de validez jurídica de otra norma o acto. Con todo, en un sistema capaz de coordinar este escenario será la excepción, no la regla.

²⁹ Desarrollo esta idea en Köpcke Tinturé, Maris, “Finnis on Legal and Moral Obligation”, en George, Robert y Keown, John (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, secciones II y III.

cabe expresarlo más contundentemente. La posibilidad de normas inmora-les válidas es *facilitada* precisamente por el *Rule of Law* —en concreto por la positividad, una característica que en el fondo es una virtud pero que puede acarrear este precio—. Y lo acarreará muchas veces: pues un sistema capaz de coordinar a gran escala de modo eficaz debe gozar de supremacía en un amplio territorio; cuanta más supremacía, más cuestiones importantes en juego y por tanto en manos de quienes gobiernan, lo que incrementará la tentación de muchos de corromper o abusar del poder.

2. *Desafíos de la generalidad*

No hay derecho sin normas generales: normas aplicables a más de una persona en más de una ocasión, normas que no llevan nombres propios y que dispensan un mismo trato a *categorías* de personas y de situaciones. Como bien explica Schauer, una norma general —una regla— supone una generalización que ha sido diseñada para servir a una justificación de fondo, pero que en tanto que regla opera independientemente de esa justificación y puede no servirla.³⁰ La regla no sirve a la justificación en la medida en que es supra e infraincluyente, y por tanto incluye y excluye situaciones que no debiera (a la luz de la justificación). Por ejemplo, la prohibición de hablar por el teléfono móvil mientras se conduce, cuya justificación es evitar distracciones, es sobreincluyente con respecto al experto conductor capaz de controlar el volante mientras habla por teléfono en una calle vacía, y es infraincluyente con respecto al conductor que se distrae al escuchar música fuerte. La generalidad implica supra e infrainclusión: un riesgo latente de injusticia, en tanto que supone dispensar un trato equivalente a lo que moralmente no lo es, o viceversa.³¹

Mientras que el riesgo de la positividad se materializa a causa de la fallibilidad humana, y por tanto es teóricamente evitable, el riesgo de la generalidad es inherente a la estructura lógica del gobierno mediante reglas. Es un riesgo que puede reducirse pero no eliminarse. Schauer y Alexander, entre otros, han insistido correctamente en que la supra e infrainclusión no son defectos de las reglas sino características que hasta las mejores reglas jurídicas están condenadas a exhibir.³² Y es que la razón de ser del derecho es tra-

³⁰ Schauer, Fred, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, capítulo 2 (especialmente p. 16); Schauer, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, especialmente p. 349.

³¹ Suponiendo que la justificación de la regla responda a las normas de justicia.

³² Schauer, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *op. cit.*; Alexander, Larry, “The Gap”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, pp. 695 y ss.

zar líneas más allá de donde las traza la moral: tramos impositivos, edades mínimas de consentimiento, límites de velocidad, formalidades registrales, etcétera. En ello, justamente, consiste la coordinación (apartado V).

3. *Desafíos de la promulgación*

La promulgación supone la articulación de una norma en forma pública. Aunque en teoría podría distinguirse entre la creación (válida) de una norma y su promulgación (pública), en todo sistema jurídico desarrollado ambas cuestiones tenderán a solaparse. Pues un sistema jurídico no puede existir, y mucho menos coordinar adecuadamente, sin que haya un consenso en la comunidad respecto a cuáles son los criterios de validez de las normas y negocios jurídicos del sistema. Y dicho consenso sólo puede darse si los criterios de validez predominantemente hacen referencia a características relativamente destacadas y fáciles de identificar por individuos distintos a través del tiempo, es decir, públicas: por ejemplo, la publicación en el diario oficial, la inscripción, la escritura, la declaración ante testigos, u otros modos de expresión —promulgación— de la voluntad originante.

Dicho de otro modo, es moralmente necesario que un sistema jurídico cuente con un método relativamente público y, por tanto fiable, de *identificar* el significado jurídico de los actos humanos: de distinguir lo que es un ejercicio de poder jurídico y lo que no. La identificación del derecho da lugar a un problema de coordinación de segundo orden. Es un problema que responde a la necesidad de tener certeza sobre cuál es la “voz” del derecho, lo que a su vez es necesario para que el derecho pueda *concretar* y comunicar eficazmente una solución a los muchos y entrelazados problemas de coordinación de la vida social.

Pero el hecho de que el significado jurídico de un acto dependa de su expresión o registro por un método determinado —en definitiva, de su forma— implica que no siempre el significado jurídico de nuestros actos será aquel que le queríamos dar, sobre todo en la esfera de los negocios jurídicos. Un simple error puede hacer que la forma no coincida con la voluntad originante. Expectativas legítimas pueden verse frustradas injustamente por un defecto de forma, por un retraso en la inscripción, o por un *lapsus lingue* que los presentes comprendieron pero la seguridad jurídica no permite al derecho pasar por alto. A la inversa, la forma puede dotar de significado jurídico a actos que no pretendían tenerlo, incluso actos involuntarios. Uno puede adquirir un producto en *ebay* como consecuencia de hacer, sin culpa,

un “clic” en un lugar equivocado, y quedar obligado por el contrato. Y un diputado puede acabar votando por una proposición de ley al cruzar equivocadamente el umbral del “sí”.

En circunstancias en que la certeza es vital, un sistema jurídico puede llegar a otorgar prioridad jurídica a la forma —a la apariencia— por encima del contenido, aun cuando éste sea contrario a derecho. Es el caso de ciertas inscripciones registrales o resoluciones *ultra vires* o incursas en error de derecho una vez que alcanzan el estatus de cosa juzgada.

4. *Desafíos de la congruencia*

El derecho promulgado debe ser el que efectivamente se aplique por los tribunales y demás órganos de aplicación. Ello requiere que estos órganos correctamente identifiquen y den efecto a aquellas normas jurídicas que se corresponden con los hechos que deben juzgar, y para ello es preciso (entre otras cosas) que adquieran conocimiento de estos hechos. Esta última tarea, sin embargo, no es fácil. Los hechos jurídicamente relevantes normalmente se hallan en el pasado y muchas veces consisten en estados mentales pretéritos: intención, advertencia, consentimiento, etcétera. De hecho, cuanto más grave es la potencial consecuencia jurídica, más relevancia jurídica suelen tener los estados mentales pretéritos, empezando por los delitos graves —y es de justicia que sea así—. Oliver Wendell Holmes llegó a decir que el estado mental pretérito de un sujeto nunca tiene relevancia jurídica, por más que las normas así lo declaren: porque en realidad se nos juzga siempre, en mayor o menor medida, mediante la comparación entre nuestro comportamiento y el de un individuo medio o tipo, realizando inferencias sobre lo que *probablemente* fue nuestro estado mental —al que ya nadie tiene acceso, ni nosotros mismos—.³³ Aunque quizá algo exagerada, la observación de Holmes pone de relieve algunas de las dificultades con que se topa la empresa de averiguar la verdad en el contexto probatorio.

Los sistemas jurídicos deben y suelen tener mecanismos encaminados a facilitar la averiguación de la verdad. Paradójicamente, sin embargo, la utilización de algunos de estos mecanismos puede apartarnos de la verdad en lugar de acercarnos a ella, y así desembocar en decisiones erróneas y por tanto injustas. Es el caso, por ejemplo, de ciertas garantías procesales y presunciones. Muchas garantías procesales están encaminadas (entre otras cosas) al descubrimiento de la verdad; pertenecen a esta categoría el derecho

³³ Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 (1881), especialmente Lecture II.

a ser oído, el principio contradictorio, la representación legal, la restricción de métodos interrogatorios o incluso el derecho a no autoinculparse (en tanto que reduce la incidencia de falsas confesiones inducidas por presión policial). Pero no hay duda de que el disfrute de estas (y otras) garantías procesales puede convertirse en abuso si se utiliza por las partes para bloquear el acceso a pruebas u ocasiones de interrogación decisivas.

Las presunciones, a su vez, son uno de los mecanismos con que los sistemas jurídicos gestionan la incerteza en el ámbito de la prueba. Existen varios tipos de presunciones, y la razón de ser de algunas de ellas es facilitar el acceso a la verdad (otras responden al principio *in dubio pro reo*). Este tipo de presunciones nos dirigen a aquella conclusión que es más probable, siempre en función de una generalización: piénsese en las presunciones que regulan la prueba indiciaria, o las que identifican ciertos tipos de prueba como poco fiable. En tal que generalizaciones, sin embargo, son susceptibles de error, y cuando no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*) eliminan todo cauce para corregirlo.

En suma, la positividad, la generalidad, la promulgación y la congruencia, todos ellos elementos del *Rule of Law*, tienden, por su propia naturaleza, a facilitar ciertos tipos de injusticia. En algunos casos la facilitan, en tanto que crean un contexto propicio para que actos injustos sean refrendados por el derecho: ello sucede con la positividad, y con congruencia en la medida en que posibilita, por ejemplo, el abuso de garantías procesales. En otros casos, estos elementos facilitan la injusticia generándola propiamente, es decir, dando lugar a ella como efecto colateral de su operación: toda norma general (incluidas las presunciones) es supra e infraincluyente, y toda exigencia de forma jurídica (exigida por la promulgación) puede desembocar en injusticia cuando por error no se corresponde con la voluntad originante.

5. *Mecanismos de prevención y curación*

¿Pueden paliarse estos riesgos o desafíos? Massini ha incidido recientemente en la importancia de la *prudentia* (virtud cardinal) por parte de creadores, aplicadores y sujetos del derecho como complemento esencial al *Rule of Law* en aras a la realización de la justicia y el bien común.³⁴ Si todos exhibiéramos *prudentia*, no habría actos injustos que el derecho estuviera en riesgo de refrendar, y los aplicadores mitigarían toda injusticia generada colate-

³⁴ Massini, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *Philosophia*, núm. 71, 2011, pp. 147 y ss.; 152 y 153; Massini, Carlos, “Nota sobre gobierno de derecho y ética de la virtud”, de próxima publicación, y en correspondencia con la autora.

ralmente por el sistema (en la medida permitida por éste). Estas pertinentes reflexiones nos recuerdan que el derecho por sí mismo no es un instrumento suficiente para lograr la justicia (y bien común). Pero sí es necesario, y lo es, entre otras cosas, precisamente porque tiene mecanismos capaces, hasta cierto punto, de preservar o restaurar la justicia aun cuando quienes operan en el sistema no siempre exhiban esta virtud. Se trata de mecanismos que todo sistema jurídico puede instaurar para prevenir, o al menos curar, injusticias varias derivadas del *Rule of Law*, como las que vengo enumerando. Estos mecanismos son un ejemplo paradigmático de la reflexividad del derecho: su capacidad de regularse a sí mismo.³⁵

Sin embargo, la posibilidad de mitigar los riesgos del *Rule of Law* mediante mecanismos de prevención y curación jurídicos está sujeta a un doble límite, como veremos en este apartado. En primer lugar, estos mecanismos serán ellos mismos hijos del derecho, y por tanto estarán potencialmente sujetos a los mismos riesgos que buscan paliar. Y en segundo lugar, un uso indiscriminado de estos mecanismos comprometería la eficacia, y con ello la autoridad, del sistema jurídico. La conclusión a que esto lleva es que, por mucho que se intente, no es posible erradicar el potencial de injusticia del seno de un sistema jurídico, especialmente dada la falibilidad moral humana pero incluso sin ella. El derecho es un instrumento valioso, pero que no puede realizar su cometido moral sin que exista una posibilidad permanente de que decisiones injustas en los sentidos apuntados adquieran validez y firmeza dentro el sistema. Justamente por ello es esencial que el derecho mismo minimice su propio potencial de injusticia, cosa que es capaz de hacer. De ahí la importancia (aunque también los límites) de los mecanismos jurídicos de prevención y curación.

De entre las injusticias facilitadas por el *Rule of Law*, son susceptibles de prevención aquellas que tienen su origen en actos humanos perversos que el sistema se arriesga a refrendar (dada, especialmente, la positividad de derecho). En cambio, las injusticias generadas como efecto colateral de la operación del sistema, derivadas de la generalidad, promulgación o congruencia, se darán incluso cuando las normas en cuestión sean moralmente impecables. En este sentido no son susceptibles de prevención, sólo de curación.

Para *prevenir* que los órganos creadores y aplicadores del derecho abusen de su poder en beneficio de intereses sectarios, o simplemente lo utilicen de forma equivocada, el recurso clásico es la división de este poder. Aristóteles se refería al *Rule of Law* como el gobierno de la ley y no de un

³⁵ Hart, por ejemplo, hablaba de normas secundarias o normas sobre normas: Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (1961), capítulo 5.

[solo] hombre,³⁶ resaltando las virtudes del reparto de responsabilidades entre muchos sobre su concentración en pocos.³⁷

Un sistema jurídico puede dividir la responsabilidad en la creación y aplicación del derecho de modo vertical y horizontal. La división vertical es aquella que tiene lugar a lo largo de la jerarquía normativa. Una norma superior (por ejemplo, la Constitución) sienta las bases de la regulación de una materia (por ejemplo, derechos fundamentales), pero deja que sean normas inferiores las que —con sujeción a lo dispuesto en la superior— desarrollen los detalles de esta regulación (normas, por ejemplo, creadas por legislador ordinario, que a su vez podrá encomendar el desarrollo ulterior a un órgano administrativo). El último eslabón (posible) de esta cadena de desarrollo —de *determinatio*— es la decisión del juez, que será más o menos creadora de derecho en función del grado de discreción que le otorguen las normas a aplicar.

Los eslabones en la jerarquía normativa casi siempre van acompañados de discreción, y ésta es (simplificadamente) el margen de decisión que el órgano superior otorga al inferior para que éste desarrolle la norma superior del modo más oportuno, dentro de los límites trazados por ésta. Muchas veces está indicado encomendar la concreción progresiva de una norma a las decisiones de una serie de órganos distintos a través del tiempo, otorgándoles a tal efecto discreción. De lo contrario deberíamos incluir todo el posible detalle de la norma en su formulación original —por ejemplo, en la Constitución—. Sea o no ello técnicamente factible, hay buenas razones para evitarlo. Estas razones van más allá del peligro de acumular poder en pocas manos, e incluyen la especialización (un órgano administrativo técnico resolverá mejor sobre materias especializadas que el constituyente), la proximidad (un juez está más cerca de los hechos que el legislador), y la adaptación temporal (la coyuntura económica actual era desconocida por el constituyente). En tanto que estas razones gobiernan la estructura de la jerarquía normativa, se confiere poder creador del derecho a quien está en mejor disposición de usarlo correctamente —de tomar decisiones justas—.

Por supuesto, esto no *garantiza* que las vaya a tomar. Y no hay que olvidar, además, el precio que pagamos por fragmentar la jerarquía normativa en sendos escalones, cada uno con su ámbito de discreción. La discreción supone vaguedad de las normas autorizantes, y la vaguedad es lo contrario a la determinación. Aunque el uso de normas vagas puede ser un valio-

³⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luís Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001, V.6, 1134b, p. 168; Aristóteles: *The Politics of Aristotle*, trad. de Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885, III.15, 1287a (p. 101) y III. 15, 1286a (pp. 98 y 99).

³⁷ *Ibidem*, 1286a (p. 99) y 1287b (p. 103).

so mecanismo para asignar responsabilidades dentro un sistema,³⁸ también conlleva sus propios problemas, que además son mermas del *Rule of Law*: en especial, la falta de predictibilidad (de la decisión inferior), la retroactividad en la aplicación, y la inconsistencia entre decisiones discrecionales de distintos órganos respecto a la misma norma (donde un juez condena, el otro absuelve).

La división horizontal de competencias va en función de la materia. Solemos encontrar este tipo de división tanto entre órganos administrativos como judiciales. No hay duda de que este tipo de división conviene por razones de especialización y proximidad, entre otras. Pero al mismo tiempo supone una compartimentación —un trazado de líneas— mediante reglas de jurisdicción y competencia supra e infraincluyentes, reglas que pueden, por ese y otros motivos, poner trabas a la consecución de fines legítimos.

Queda por considerar si aquellas injusticias facilitadas por el *Rule of Law* que no se pueden prevenir, o que de hecho no se han prevenido, pueden ser objeto de curación o rectificación por parte de mecanismos del propio sistema. Es bien sabido que todo sistema jurídico desarrollado tiene mecanismos de autoevaluación: es decir, mecanismos jurídicos de evaluación de decisiones jurídicas. Los mecanismos de autoevaluación son normalmente judiciales: por ejemplo, el recurso contra resoluciones administrativas, la apelación de resoluciones judiciales frente a tribunales superiores, la impugnación de negocios jurídicos o la demanda de responsabilidad a un órgano estatal. Cuanto más amplio el abanico de motivos de impugnación admisibles en cada procedimiento, y más laxos los demás requisitos, más injusticias podrán en principio ser rectificadas.

El problema, sin embargo, es que una posibilidad indiscriminada de impugnación es incompatible con el cometido moral del sistema, y su existencia misma. Para empezar, un sistema jurídico no puede aceptar de forma rutinaria la impugnación de actos que cumplen con los criterios de validez establecidos por el propio sistema, pues estaría incurriendo en una fundamental incoherencia y así disolviendo su autoridad (ello no quita que puedan instaurarse mecanismos excepcionales para la revisión de decisiones válidas pero injustas, acaso por un tribunal supremo, o sobre la base de doctrinas residuales como el abuso de derecho). Pero incluso las decisiones contrarias a criterios de validez, o que incurren en error de hecho, deben poder adquirir firmeza. Sin esa estabilidad el ordenamiento no podrá pro-

³⁸ Endicott, Timothy, “The Value of Vagueness”, en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 14 y ss.

porcionar a las personas ese mínimo de certeza acerca de sus relaciones con los demás que demanda el respeto a la autonomía individual. Es de justicia poner fin a las disputas, incluso a costa de finalizarlas (a veces) injustamente.

VIII. TERCER TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: ES INCAPAZ DE ATAJAR CIERTAS FORMAS DE INJUSTICIA

Hemos visto en el apartado VII que elementos centrales del *Rule of Law* tienden a facilitar ciertas formas de injusticia, que podemos minimizar —aunque no evitar completamente— si desplegamos sus herramientas de forma adecuada y con plena consciencia de sus límites. Precisamente porque tiene límites, y a veces puede hacer más mal que bien, el *Rule of Law* es un instrumento apropiado para regular sólo determinados problemas de la vida social. Existen determinados problemas sociales —injusticias, de hecho— que es preferible solventar al margen del *Rule of Law*, y por tanto al margen del derecho. Y ello no porque no sean lo suficientemente graves, sino porque al regularlas jurídicamente las convertiríamos en injusticias mayores. El derecho es una “herramienta tosca e incompleta del bien humano”, como dice Massini,³⁹ y por ello hay que utilizarla sólo cuando sus beneficios compensen sus riesgos. He aquí, entonces, el tercer tipo de desafío: su impotencia a la hora de atajar algunas graves injusticias sociales.

No cabe realizar un catálogo *general* de injusticias que deben permanecer fuera de la jurisdicción coercitiva del derecho. La relación entre las virtudes y los riesgos del *Rule of Law* está en función de la materia que pretendemos regular y de cómo pretendemos regularla, por lo que la ponderación de virtudes y riesgos, incluidos los mecanismos de prevención y curación, incumbe a todo aquel que reflexiona críticamente sobre toda rama del ordenamiento jurídico existente.

A modo de ilustración, ofreceré unas breves observaciones referidas al derecho penal, ámbito en que los límites del *Rule of Law* se manifiestan de forma acuciante. Se han escrito muchas páginas sobre si deben criminalizarse conductas inmorales que no causan daño a nadie, o que sólo dañan al propio actor.⁴⁰ Pero hay conductas inmorales que sí dañan a otros —que son propiamente injusticias—, pero que *a pesar de ello* no se prestan a ser criminalizadas, o a serlo completamente. Consideremos, por ejemplo, la pro-

³⁹ Massini, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁰ Por ejemplo, Feinberg, Joel, *Offense to Others*, Nueva York, Oxford University Press, 1985, y del mismo autor, *Harm to Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1986; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, especialmente capítulos 14 y 15.

ducción injustificada y culpable de daño psicológico a otro, por un método puramente psicológico (es decir, sin tocarle). El daño puede ser devastador y la culpa grave. El método causatorio muchas veces será el habla. Sin embargo, la regulación penal de esta conducta deberá lidiar con una importante dificultad: la de aislar las instancias verdaderamente injustas de conducta psicológicamente dañina de las muchas instancias en que es perfectamente razonable, incluso moralmente debido, arriesgarse a dañar a otro psicológicamente al interactuar con él, por ejemplo, en un contexto educativo, terapéutico, de difusión de información o de defensa de ideas —un riesgo especialmente presente en sociedades multiculturales—.

El dilema que se presenta es el siguiente: si la norma penal en cuestión se formula de modo vago, apelando a ideas de “razonabilidad” o “justificación” con el fin de excluir las instancias de conducta razonable, ofrecerá tan poca previsibilidad que terminará por mermar el disfrute de la libertad de expresión y con ello el desarrollo y la crítica de ideas, además de estar sujeta su aplicación en cada caso al arbitrio del aplicador, con el consiguiente riesgo de decisiones inconsistentes —sin hablar de posibles errores en la apreciación de las pruebas, especialmente susceptibles de manipulación en este ámbito—. Si, por el contrario, el ámbito de la norma se restringe a determinado tipo de víctimas (¿menores?), o de actores (¿personas en posición de autoridad? ¿familiares?), o de contextos (¿laboral?), o de métodos (¿gritar?), para así cumplir mejor con el *Rule of Law*, posiblemente sea muy supra e infraincluyente desde el punto de vista moral, además de rezumar prejuicio.

De estas reflexiones no se sigue que el daño psicológico o injusticias afines como el *bullying*, el *harassment*, el *stalking* o la violencia doméstica deban quedar al margen del derecho penal. Lo que se sigue de estas reflexiones es que deben analizarse cuidadosamente los límites del *Rule of Law* antes de decidir si —y cómo y cuándo— estas injusticias deben ser objeto de prohibición penal.⁴¹ Es posible que una comunidad justa sólo pueda aspirar a criminalización parte de estas conductas: por ejemplo, la producción de daño psicológico grave (menos veces razonable y previsible), o mediante contacto físico (menos cotidiano), o mediante conducta repetitiva y extendida en el tiempo (más ocasión para reconsiderar), o de modo intencionado (no meramente previsto). Afirmar que determinadas injusticias no deben atacarse

⁴¹ El debate en torno al proceso de reforma de los principales tipos penales de lesiones en el derecho inglés (*Offences Against the Person Act 1861*), que se ha extendido a lo largo de décadas y desdoblado en sendas propuestas legislativas, es una buena ilustración de la confusión a que puede llevar la falta de atención explícita a los límites del *Rule of Law* en relación con la criminalización del daño psicológico y sus medios causativos (como muestro en Köpcke Tinturé, Maris, “Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm”, de próxima publicación.

mediante el *Rule of Law*, al menos en su versión penal, no es dudar de la gravedad de las mismas, ni tampoco del valor del *Rule of Law*. Al contrario, es entender que tiene valor en tanto que sirve a su razón de ser, y que no siempre lo hace; es entender que es un ideal más complejo de lo que lo ha pintado la literatura, y que algunos de sus elementos más valiosos son también susceptibles de perversión; es aceptar sus desafíos y centrarse en potenciar sus capacidades, indispensables —como explica la tradición clásica— para hacer frente a los muchos desafíos que la vida social depara al bien común, a la justicia y al *Rule of Law* mismo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry, “The Gap”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luis Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- , *The Politics of Aristotle*, trad. de Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885.
- CRAIG, Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework”, *Public Law*, 1997.
- ENDICOTT, Timothy, “The Value of Vagueness”, en MARMOR, Andrei y SOAMES, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.
- , *Harm to Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (1980).
- , *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983.
- , *Collected Essays. Vol. IV: Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- , “Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida), visible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014).
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007.

- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GREEN, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (1961).
———, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 (1881).
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013.
- , “Finnis on Legal and Moral Obligation”, en GEORGE, Robert y KEOWN, John (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- , “Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm”, de próxima publicación.
- KRAMER, Matthew, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- LEWIS, David, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002 (1969).
- MASSINI, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *Philosophia*, núm. 71, 2011.
- , “Nota sobre gobierno de derecho y ética de la virtud”, de próxima publicación.
- RAZ, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- , *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- SCHAUER, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991.
- , *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SCHELLING, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1963
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977.