

La constitución del Estado de derecho *

The Constitution of the Rule of Law

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE

Universidad de Granada

RESUMEN

En este trabajo se aboga por la existencia de una constitución del Estado de derecho formada por un conjunto de valores y principios sustancialmente morales y originariamente jurídicos, que están en relación con dimensiones constitutivas del derecho y no con exigencias contingentes planteadas al mismo desde una moralidad externa. El contenido de esta constitución se localiza en la opción institucional por el Estado de derecho como método de gobierno, es decir, en la opción por el ejercicio en forma jurídica del control social. Los principios de legalidad, en tanto que condiciones constitutivas de la forma del derecho, son parte necesaria de esa constitución. Estos principios además son la expresión normativa de una serie de valores morales: el control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la capacidad libre del individuo para actuar y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros garantizada en los procesos adjudicativos. La relación de estos valores con el derecho demuestra que este está necesariamente vinculado con la moral, pues consiste en una moral específica, en el sentido de que es la forma de expresión del control social que reclaman los valores que la forman.

* Este trabajo fue presentado en las XXVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política en Valladolid, en mayo de 2019. Agradezco a los organizadores la oportunidad que me brindaron y a los asistentes los comentarios recibidos. Un agradecimiento especial también a Alfonso García Figueroa, cuyas observaciones fueron de gran utilidad para elaborar la versión definitiva del texto.

Palabras clave: *legalidad, constitucionalismo, Estado de derecho, Fuller, positivismo jurídico.*

ABSTRACT

This paper argues for the existence of a constitution of the rule of law, formed by a set of values and principles which are substantially moral and originally legal, but that are in relation to law's constitutive dimensions and not with contingent demands raised to it from an external morality. The content of this constitution is located in the institutional option by the rule of law as a method of government, that is, in the option for the exercise in a legal form of social control. The principles of legality, as constitutive conditions of the form of law, are a necessary part of that constitution. These principles are also the normative expression of a series of moral values: control of arbitrary coercion, limitation of power, agency of the individual, and freedom of the individual against the will of the others guaranteed in the adjudicative processes. The relationship of these values with the law shows that it is necessarily connected to morality, since it consists of a specific morality, in the sense that it is the form of expression of social control claimed by the values that form it.

Keywords: *legality, constitutionalism, rule of law, Fuller, legal positivism.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO. – 3. RAZONES QUE EXPLICAN LA RESISTENCIA A OTORGAR VALOR MORAL INTRÍNSECO AL DERECHO. 3.1 *Resistencias con motivación política.* 3.2 *El sobredimensionamiento de la naturaleza social del derecho.* – 4. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO. 4.1 *Los principios de legalidad.* 4.2 *Los valores constitutivos del ideal de la legalidad.* 4.2.1 Control de violencia arbitraria. 4.2.2 Limitación del gobernante. 4.2.3 Reconocimiento de la capacidad libre para actuar de los individuos. 4.2.4 Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas. – 5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE MORAL DIMENSION OF DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW. – 3. REASONS THAT EXPLAIN THE RESISTANCE TO GRANTING INTRINSIC MORAL VALUE TO LAW. 3.1 *Politically motivated reluctance.* 3.2. *The oversizing of the social nature of law.* – 4. THE CONTENT OF THE CONSTITUTION OF THE RULE OF LAW. 4.1 *Principles of legality.* 4.2 *The constitutive values of the ideal of legality.* 4.2.1 Control of arbitrary violence. 4.2.2 Limitation of the ruler. 4.2.3 Recognition of agency of the individuals. 4.2.4 Freedom from the will of others and adjudication of rules. – 5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

Existen importantes relaciones entre las nociones de Estado constitucional y de Estado de derecho. El Estado constitucional es habitualmente considerado la culminación de la pretensión de sometimiento del poder al derecho¹, es decir, la realización institucional del ideal constitucionalista de un gobierno limitado por el derecho de modo que se evite su ejercicio arbitrario. La realización de ese ideal se habría logrado en el momento en que el poder legislativo queda sometido a normas constitucionales rígidas y garantizadas judicialmente². Desde este punto de vista, todo Estado constitucional es, ante todo, un Estado de derecho, pero, sobre todo, es la culminación del Estado de derecho.

Vinculado al Estado constitucional y al constitucionalismo tradicional, está el constitucionalismo contemporáneo, también denominado «neoconstitucionalismo»³ o «constitucionalismo postpositivista»⁴, que es una filosofía del derecho⁵ que se ha interesado de modo especial por la proyección de las normas constitucionales en

¹ Por todos, ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 33, que señala que «la ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución».

² No me pronunciaré en este trabajo sobre un asunto que parece desmentir esa conclusión: los propios jueces constitucionales no parecen estar sujetos a norma alguna a la hora de valorar si una ley es contraria a la constitución, lo que no excluye una deriva *juristocrática* del Estado constitucional. Véase HIRSCHL, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

³ Al respecto, COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 75 ss., o GARCÍA FIGUEROA, A., «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo» en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159 ss., o PRIETO SANCHÍS, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 23-60.

⁴ El constitucionalismo postpositivista es una teoría del derecho constitucionalista y no positivista, que se caracteriza por presuponer la unidad de la razón práctica, negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el derecho y la moral, defender un objetivismo moral mínimo, reconocer la importancia de los principios, de la ponderación y el papel activo de la jurisdicción y subrayar el carácter argumentativo del derecho. Al respecto, ATIENZA, M., «Ni positivismo ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista» en Peña, L. y Ausín Díez, T. (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, Madrid, Plaza y Valdés, 2016, pp. 29-58.

⁵ Una iluminadora comparación entre el paradigma iusfilosófico del constitucionalismo contemporáneo y el iuspositivista en AGUILÓ REGLA, J., «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras» en *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675. Una lectura crítica con este supuesto nuevo paradigma, la de GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», en Mantilla Espinosa, F. (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, esp. 28 ss.

los ordenamientos jurídicos y por los efectos de la constitucionalización del derecho⁶.

Todas estas reflexiones conciben a la constitución como una norma jurídica plena a la que se ha incorporado un contenido que era moral en origen⁷. El Estado constitucional sería un Estado de derecho mejorado, fundamentalmente, por haberse vinculado a valores, principios o derechos originariamente externos al derecho y que una vez incorporados al mismo, condicionan la validez de sus normas y orientan o inspiran la acción de los gobernantes y poderes públicos. Esta dimensión moral explica que el interés iusfilosófico del constitucionalismo contemporáneo se haya referido fundamentalmente no a la denominada parte orgánica de la constitución o constitución institucional⁸, sino a la parte dogmática o constitución material. Efectivamente, el constitucionalismo contemporáneo se ha interesado menos por las normas fundamentales relativas a la forma, organización y funcionamiento de los poderes de gobierno y más por las referidas a valores morales fundacionales, derechos constitucionales de los ciudadanos y objetivos sociales y colectivos y, en particular, por el modo en que condicionan o guían la acción de gobierno y la manera en que han de ser interpretados por los operadores jurídicos⁹.

⁶ Al respecto, GUASTINI, R., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico», en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 47 ss.

⁷ GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo», cit., pp. 30-31, señala que cierto objetivismo moral caracteriza al constitucionalismo contemporáneo, por su disposición a encontrar principios y valores bajo las opciones constitucionales específicas.

⁸ Aunque la separación entre partes, a buen seguro, no será rígida, entre las opciones de la constitución institucional está la opción por el Estado de derecho, por la separación de poderes, por la distribución territorial del poder político, por la legitimación democrática de los poderes del Estado, por el carácter electivo y representativo del poder legislativo y también las relativas a los rasgos del propio texto constitucional, como son, por ejemplo, las que atañen a su rigidez o a si sus normas están garantizadas jurisdiccionalmente. De otro lado, al hablar de «constitución institucional», rindo tributo a la naturaleza última de este trabajo que podría ser clasificado como un estudio de diseño institucional o de *eunomía*, definida, a partir de las referencias de FULLER, L., «American Legal Philosophy at Mid-century», en *Journal of Legal Education*, vol. 6, núm. 4, 1954, p. 477, como una teoría del orden social y de los diseños institucionales para lograrlo. Al respecto, también WINSTON, K., *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham N. C., Duke University Press, 1981, y RUNDLE, K., *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 26 ss.

⁹ En un sentido similar, LEVINSON, S., «Reflections on What Constitutes a “Constitution”», en Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 84, quien distingue entre la constitución como establecimiento (*constitution of settlement*) y la constitución como diálogo (*constitution of conversation*) y a quien también le resulta llamativa la minuciosidad con que los filósofos del derecho y los juristas, en general, se han dedicado al estudio de la segunda y, en particular, al desarrollo de técnicas interpretativas apropiadas al contenido de esta parte de la constitución en comparación con el estudio de las normas que forman la constitución como establecimiento.

Mi indagación se diferencia de la del constitucionalismo contemporáneo en dos aspectos: me intereso menos por la constitución material y más por la institucional y, en particular, por los valores y principios que garantizan que quien gobierna ha de hacerlo en forma jurídica¹⁰. De otro lado, mi indagación no presupondrá que esos valores y principios son originariamente morales y luego incorporados al derecho a través de la constitución, sino que asumirá que son valores y principios a la vez morales y jurídicos.

Esto significa que, junto a la constitución moralizada *desde fuera* del constitucionalismo contemporáneo, existe otra constitución que es sustancialmente moral y originariamente jurídica y que está formada por los valores y principios que definen la forma jurídica del poder. Esta constitución se localiza en la opción institucional fundamental por el imperio de la ley o Estado de derecho, es decir, por el ejercicio en forma jurídica de los poderes de gobierno. Está compuesta por valores y principios sustantivos de la moralidad política, pero que son originariamente jurídicos, porque están en relación con dimensiones constitutivas de la forma del derecho¹¹ y no con exigencias contingentes planteadas desde una moralidad externa que ha devenido jurídica porque se ha incorporado a la constitución¹². Es a esa *moralidad política sustancial originariamente jurídica* a lo que llamo *constitución del Estado de derecho*¹³.

Antes de continuar, una aclaración respecto del sentido de la expresión «Estado de derecho». El Estado de derecho al que yo me refiero tiene una referencia poco exigente, pues apenas alude a la situación que se da cuando el comportamiento de los miembros de un grupo

¹⁰ Hay un cierto paralelismo entre mi planteamiento y la descripción del neoconstitucionalismo de GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre el neoconstitucionalismo», cit., p. 29, cuando este se refiere a la presencia en la constitución material o axiológica de un orden objetivo y necesario de valores. Como se apreciará, también sostengo la existencia de un conjunto de valores objetivos y necesarios en la constitución, si bien su presencia se verifica en la parte institucional de la constitución. Adicionalmente, como se verá, el efecto de estos valores es precisamente el de neutralizar los riesgos que la presencia de valores en la constitución material comporta.

¹¹ La relación de la constitución del Estado de derecho con el constitucionalismo tradicional es evidente WALTERS, M., «The Unwritten Constitution as a Legal Concept», en DYZENHAUS, D. y THORBURN, M., *Philosophical Foundations*, cit., p. 37. A lo que el constitucionalismo ha aspirado siempre es a que el ejercicio del poder político respete los principios del Estado de derecho. El objeto del constitucionalismo es la acción de gobierno del poder político y su pretensión es que se manifieste de modo jurídico para impedir la arbitrariedad y facilitar su control. Ese fue, durante siglos, el objeto del Estado de derecho.

¹² Además, aunque no me referiré en detalle a esta cuestión, estos valores y principios también legitiman al derecho como método de control social y político. A esta dimensión legitimadora de los principios de la constitución del Estado de derecho se ha referido en especial DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution. A Plea for a *Staatsrechtslehre*», en DYZENHAUS, D., y THORBURN, M., *Philosophical Foundations*, cit., p. 10.

¹³ La idea está, obviamente, inspirada en la «constitution of law» de DYZENHAUS, D., *The Constitution of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

social está gobernado por reglas jurídicas¹⁴. Desde esta perspectiva, el Estado de derecho no es nada distinto de la situación que se da cuando el derecho –entendido específicamente como el sentido de lo expresado por sus normas– es eficaz. Es más, si por derecho entendemos el conjunto de condiciones y métodos que pretenden que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas, no hay diferencias entre el derecho y el Estado de derecho¹⁵.

2. LA DIMENSIÓN MORAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de derecho, entendido como el ejercicio en forma jurídica del gobierno de una comunidad política, es una opción primaria de la constitución institucional. También lo es la opción por el gobierno democrático. Una referencia tangencial a la democracia es interesante, porque aunque mi intención es analizar el Estado de derecho para poner de manifiesto cuál es la dimensión moral del derecho y, en particular, de los principios constitutivos de su forma, no estoy convencido de que el modo en que los filósofos del derecho han abordado el problema de la justificación moral del Estado de derecho sea completamente satisfactorio. Y es precisamente la comparación entre la manera en que se ha abordado ese problema y el modo en que se ha resuelto el problema de la dimensión moral de la democracia lo que demuestra las carencias de la reflexión iusfilosófica a propósito de la moralidad del derecho y también la necesidad de reproducirla desde puntos de vista distintos de los usuales.

Al respecto, lo primero que constatamos es que, pese a las dificultades para encontrar una práctica social cuya moralidad sea unánimemente aceptada, es generalmente aceptado en los ámbitos filosófico-jurídico y filosófico-político que los procedimientos de decisión democráticos tienen una cierta dimensión moral. Efectivamente, exis-

¹⁴ Es cierto que el término «Estado» tiene por sí solo un significado más acotado que el de la referencia del Estado de derecho tal y como acabo de definirlo y quizás ese inconveniente habría abonado la elección de alguna que otra expresión similar, como «imperio de la ley», o incluso la creación de alguna expresión original, como «estado de derecho» o «estado de legalidad». Sin embargo, obviaré este inconveniente.

¹⁵ Desde este punto de vista, llamado *monista* (véase BENNET, M., «“The Rule of Law Means literally What It Says: The Rule of the Law”: Fuller and Raz con Formal Legality and the Concept of Law», en *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, 2007, p. 91), no es correcto distinguir entre el derecho en tanto que fenómeno elemental y el Estado de derecho como expresión moralmente elevada o idealizada de ese mismo fenómeno. Desde una perspectiva dualista, el desdoblamiento sí tiene sentido (*ibid.* pp. 99-104). Esto ocurre, por ejemplo, cuando RAZ, J., *The Authority of Law*, 2.ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 224, señala que el Estado de derecho (*rule of law*) minimiza los riesgos que el derecho mismo ha creado.

te cierto consenso sobre la existencia de razones que confieren a los procedimientos de gobierno democráticos cierto mérito moral *prima facie*¹⁶, aunque es verdad que no hay consenso sobre cuáles son exactamente esas razones. Las justificaciones oscilan entre las que confieren valor intrínseco a los procedimientos democráticos y las que les confieren un valor instrumental¹⁷.

Las *justificaciones del valor moral intrínseco de la democracia* consideran que solo los mecanismos de decisión democráticos son compatibles con los principios morales que han de guiar las relaciones entre individuos. Principios como la libertad, la igualdad, la dignidad o la autonomía individual exigirían que la toma de decisiones colectivas se lleve a cabo a través de procedimientos que garanticen la participación en condiciones de igualdad de los afectados. Para este tipo de justificaciones, el valor de la democracia es intrínseco, en el sentido de que se atribuye a la democracia con independencia de que decisiones puntuales que se adopten democráticamente sean decisiones moralmente correctas o incorrectas. Díaz¹⁸, Habermas¹⁹ o Waldron²⁰ participarían de este estilo de justificación.

¹⁶ No me referiré, por motivos obvios, a las teorías de autores autoritarios como Schmitt que cuestionan la democracia parlamentaria como forma de gobierno. Tampoco a las tesis de quienes cuestionan la democracia desde posicionamientos individualistas libertarios, como CAPLAN, B., *El mito del votante racional*, Londres, Innisfree, 2018, que duda de las virtudes de la democracia tras atribuir a los votantes la estupidez como rasgo más destacado; BRENNAN, J., *The Ethics of Voting*, Princeton, Princeton University Press, 2011, que sostiene que los votantes que carecen del conocimiento relevante tienen el deber de no votar, pues de otro modo la democracia no puede asegurar la elección de los mejores gobernantes o las mejores políticas; o ACHEN, C. H. y BARTELS, L. M., *Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government*, Princeton, Princeton University Press, que han mostrado que los votantes están muy alejados de satisfacer el ideal que la teorías dominantes de la democracia presuponen e incluso que no tienen interés en hacerlo, porque definen sus preferencias en función de consideraciones sectarias e identitarias y no de un reflexión racional sobre el interés general.

¹⁷ Al respecto, RÓDENAS, A., «La justificación de la democracia: consensos aparentes y pseudodilemas», en *Isonomía*, núm. 32, 2012, pp. 50, 52-54.

¹⁸ DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1966, p. 84, encuentra en los derechos humanos el criterio de legitimidad del Estado de derecho y en la democracia el procedimiento para convertir en legalidad esas exigencias de legitimidad: actuar siempre en el marco del Estado de derecho es justo y contar con respaldo y adhesión social confiere legitimación al sistema político.

¹⁹ Según HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 175, es posible garantizar la legitimidad de las normas jurídicas siempre que los procedimientos de producción de normas satisfagan las condiciones comunicativas de su ética del discurso. El «principio democrático» surge así como una especificación del «principio de discurso» para las normas jurídicas –de tal modo que solo pueden pretender validez legítima las normas que «en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica».

²⁰ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 290, 297, 300-303, rechaza las justificaciones de quienes abogan por elegir el método de decisión que garantice las mejores decisiones en la medida en que siempre resultarían

Las *justificaciones instrumentales del valor moral de la democracia* consideran legítimos los procedimientos de decisión democráticos porque producen resultados buenos o justos. Son instrumentales las justificaciones de filósofos radicales como Bentham o James Mill, que justifican la democracia porque evita el abuso de poder por parte de las élites y también las de los teóricos de la participación democrática, como Rousseau o Stuart Mill, que consideran que su justificación es educativa, pues contribuye al desarrollo de las capacidades políticas y sociales de los individuos²¹ o las de quienes consideran que las decisiones democráticas, porque son abiertas y porque quienes gobiernan han de defender y justificar sus exigencias públicamente, tienden a producir resultados justos²². Un buen ejemplo de justificación instrumental es la de Nino²³, según la cual las decisiones democráticas están justificadas en la medida en que los métodos de decisión democráticos son un método fiable para la adopción de decisiones políticas moralmente correctas.

Un repaso a los debates relativos a la dimensión moral del derecho deja un panorama distinto y sensiblemente más complicado que el anterior, pues además de justificaciones instrumentales e intrínsecas, hay propuestas referidas a la forma del derecho y a su contenido. Veámoslas con cierto detenimiento.

Las justificaciones del valor moral instrumental del derecho conciben al derecho como una herramienta útil para perseguir fines diversos, algunos de los cuales presentan cierto mérito moral y otros no, pero no le reconocen, como tal, ningún valor moral necesario: el derecho carece de valor moral intrínseco y solo adquiere el valor de los fines que con él se persiguen²⁴. Austin²⁵ —cuando señala que «la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra»—, Kelsen²⁶ —cuando advierte que «el derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político, porque su valor depende del fin trascendente al

contrarias a los derechos a la participación de los individuos, lo que pone de manifiesto que su justificación es claramente intrínseca y no instrumental.

²¹ Vid. PATERMAN, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 43-44.

²² Vid. NELSON, W. N., *On Justifying Democracy*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1980.

²³ NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 182.

²⁴ Al respecto, GREEN, T., «Legal Positivism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, The Metaphysics Research Lab, Stanford CA., pp. 3, 10, o GREEN, T., «Law as a Means», en Cane, P. (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 176.

²⁵ AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965, p. 157.

²⁶ KELSEN, H., *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009, p. 43.

derecho»²⁷— o Hart²⁸—cuando advierte que, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, aunque es un hecho que con frecuencia lo hace—, son claros exponentes de este planteamiento.

Entre estos planteamientos encontramos también *justificaciones del valor moral instrumental de la forma del derecho*, que son las que se refieren específicamente a los principios característicos de la forma jurídica y a su posible dimensión moral. Hart²⁹, por ejemplo, negó que la necesidad de que los gobernantes se manifestasen mediante normas públicas, prospectivas, posibles de cumplir, coherentes, etcétera confiriese valor alguno al derecho, pues el respeto a los llamados principios de legalidad solo garantizaba la «ejecución eficiente del propósito de guiar la conducta humana por reglas», pero no afectaba a la bondad o justicia de lo exigido³⁰. Buena prueba de ello es el hecho de que el respeto a los principios de legalidad es compatible con la comisión de grandes iniquidades³¹.

Un tipo de justificación singular es la de los iuspositivistas éticos o normativos, como Campbell³², MacCormick³³, Waldron³⁴ o Laporta³⁵.

²⁷ En sentido similar a propósito de la carencia de valor moral absoluto, KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982, pp. 76-79.

²⁸ Al respecto, HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 181.

²⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 256. Y en la misma línea, RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., pp. 211, 219-226, o KRAMER, M., «On the Moral Status of the Rule of Law», en *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, p. 69, o «Liberty and Domination», en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden-Oxford, Blackwell Publishing, 2008, p. 34.

³⁰ Personalmente, considero que este tipo de justificaciones no se han formulado correctamente, pues pese a valorar la moralidad de la forma del derecho, finalmente, se limitan a valorar la moralidad del derecho en función de lo que puede hacerse con él, con lo que terminan adoptando un punto de vista material.

³¹ Al respecto, HART, H. L. A., «Book Reviews: *The Morality of Law* by Lon. L. Fuller», en *Harvard Law Review*, vol. 78, núm. 6, 1964-65, p. 1286. Es llamativo comprobar cómo estas justificaciones terminan convertidas en originales ejercicios de imaginación jurídica, orientados a vislumbrar escenarios en los que gobernantes respetuosos con los principios de legalidad, a la vez, se aplican a las políticas más abyectas. También son relevantes los trabajos de KRAMER, M., «On the Moral Status of the Rule of Law», en *Cambridge Law Journal*, vol. 63, núm. 1, 2004, pp. 65-97 y «Liberty and Domination», en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden MA-Oxford, Blackwell Publishing, 2008, y el de ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, esp., pp. 417 ss.

³² CAMPBELL, T., *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, 2004, p. 24.

³³ MACCORMICK, N., «The Ethics of Legalism», en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, 1989, pp. 184 ss.

³⁴ WALDRON, J., «Can There Be a Democratic Jurisprudence?», en *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009, pp. 679 ss.

³⁵ LAPORTA, F. J., «Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas», en LAPORTA, F. J., RUIZ MANERO, J. y RODILLA M. A., *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 61.

Según este tipo de planteamientos, el derecho, como tal, carece de valor moral necesario, si bien *puede y debe* tenerlo en la medida en que reproduzca ciertos rasgos, fundamentalmente, formales. Un sistema jurídico formado por reglas identificables con claridad y que no contenga estándares o principios morales imprecisos presenta cierto mérito moral porque asegura la previsibilidad de las decisiones judiciales, es respetuoso con la autonomía de los individuos, etcétera, razones por las que es el tipo de sistema jurídico promovido por los iuspositivistas éticos.

Una clara alternativa a las anteriores son las *justificaciones del valor moral intrínseco de la forma del derecho*, es decir, las que encuentran valor moral *intrínseco* del derecho en rasgos de su forma. Fuller es el principal ejemplo de estos planteamientos. Según Fuller³⁶, para que exista un orden jurídico se deben satisfacer una serie de condiciones o principios, denominados moral interna del derecho o principios de legalidad, que exigen a quien pretende gobernar jurídicamente el comportamiento de los miembros de un grupo humano que lo haga mediante reglas, públicas, prospectivas, inteligibles, posibles de cumplir, coherentes entre sí, estables y que se garantice cierta congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial de los encargados de aplicarlas. Estos principios son constitutivos del derecho y, en ese sentido, apuntan a rasgos necesarios del mismo, pues un grado mínimo de satisfacción a lo exigido por los principios es preciso para que el derecho exista como tal y la negación total de un principio o un distanciamiento amplio con ellos provoca que el orden jurídico no sea reconocible como lo que es³⁷. Los principios de legalidad, por tanto, definen cómo es el derecho y es sobre esos rasgos que reposa su dimensión moral. Para Fuller, en efecto, esos principios son simultáneamente expresión de valores morales que reclaman una forma de control social específica con la forma propia del derecho³⁸. Aunque Fuller no fue demasiado explícito en este punto, los valores morales a los que se refiere son la limitación del gobernante³⁹ y libertad como independencia de la voluntad arbitraria de los otros⁴⁰, los principios de capacidad

³⁶ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., New Haven, Yale University Press, 1964, pp. 33-94.

³⁷ Al respecto, FULLER, L., «Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 650, y *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 41-44. También, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 102-108.

³⁸ En un sentido similar, WINSTON, K., «The Ideal Element in a Definition of Law», en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, 1986, p. 90.

³⁹ Al respecto, FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 39-41; FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 216-217; SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», en *Natural Law Forum*, vol. 6, paper 61, 1961, pp. 95-100; o THOMPSON, E., *Whigs and Hunters: The Origin of Black Act*, Londres, Allen Lane, 1975, p. 266.

⁴⁰ Al respecto, WINSTON, K., «The Ideal Element in a Definition of Law», cit., pp. 107-108, SIMMONDS, N., «Law as a Moral Idea», en *University of Toronto Law*

para actuar⁴¹ y dignidad individual⁴², el principio de interacción social⁴³ y el principio de reciprocidad⁴⁴.

Las *justificaciones del valor moral intrínseco del contenido del derecho* son las teorías que consideran que el derecho incorpora necesariamente ciertos principios *materiales* de justicia, que son, como tales, parte de su contenido normativo y que son los que le confieren valor moral. Además del iusnaturalismo tradicional, Dworkin o Allan son buenos exponentes de estos planteamientos. La actitud interpretativa de los juristas en los casos difíciles demostraría, según Dworkin⁴⁵, que la identificación del derecho no es posible exclusivamente a partir de textos singulares, sino que es preciso interpretarlos a la luz de una serie de principios de moralidad política a los que está conceptualmente vinculado. Estos principios pertenecen al derecho sin necesidad de haber sido promulgados, porque han sido o son presupuestos por los jueces para justificar sus decisiones relativas a lo que dispone el derecho en los casos que resuelven y, particularmente, en los casos difíciles. Por su parte, Allan⁴⁶ considera que el Estado de derecho es un principio constitucional subyacente a todo ordenamiento jurídico y que está vinculado a un modo de organizar la convivencia y resolver las disputas de acuerdo a estándares de justicia y equidad. El Estado de derecho va más allá de la simple existencia de normas que regulan el comportamiento de los individuos, pues exige también que las normas tengan un contenido admisible que no contradiga los principios de justicia que prohíben la arbitrariedad y obligan a los poderes públicos a gobernar conforme a una concepción aceptable del bien común.

De todo lo anterior, resulta llamativo lo exigentes que son los planteamientos dominantes entre los filósofos del derecho respecto del valor moral de su propio objeto. La preponderancia de justificaciones instrumentales es clara: son claramente instrumentales los planteamientos iuspositivistas y, a su manera, también lo son los del constitu-

Journal, vol. 55, núm. 1, 2005, pp. 87-88, y *Law as a Moral Ideal*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 101, o LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 114 ss.

⁴¹ Sobre este asunto, FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 162-163 y RUNDLE, K., *Forms Liberate*, cit.

⁴² Sobre esta dimensión, también WALDRON, J., «How Law Protects Dignity», en *Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 1, 2012, pp. 200-222, y LUBAN, D., «The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons», en *Hague Journal of the Rule of Law*, vol. 2, 2010, p. 40.

⁴³ Sobre este principio, FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., cit., pp. 210 ss.

⁴⁴ Más sobre la reciprocidad en FULLER, L., *The Morality of Law*, 2.ª ed., cit., pp. 224-232, SIMMEL, G., *The Sociology of Georg Simmel*, trad. K. H. Wolff. Nueva York: Free Press of Glencoe, 1950, pp. 181-187, y ELEFThERiADiS, P., «Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller's The Morality of Law», en *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1, 2014, pp. 1-17.

⁴⁵ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁴⁶ ALLAN, T. R. S., *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 2, y ALLAN, T. R. S., *The Sovereignty of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 201.

cionalismo contemporáneo, porque, en estos casos, la moralidad del derecho depende de una contingente conexión del derecho con la moral correcta a través de la constitución⁴⁷. La filosofía del derecho, sin embargo, no parece manifestarse tan exigente en el caso de la democracia. Aquí, incluso quienes se abonan a los planteamientos instrumentales concluyen asignando a los procedimientos democráticos valor moral a la vista de que, en abstracto, produce buenos resultados, mientras que esa misma solución con el Estado de derecho está siempre condicionada al caso, es decir, al contenido concreto de las normas o los fines perseguidos por ellas.

Esta asimetría, por cierto, es aún más llamativa si tenemos en cuenta que entre los científicos sociales, economistas, expertos en políticas públicas, etcétera las soluciones son más bien las inversas a las dominantes en el ámbito iusfilosófico. No está claro, en esos ámbitos, que los procedimientos democráticos produzcan necesariamente prosperidad o bienestar económico, aunque existe un cierto consenso a propósito de las *bondades* del Estado de derecho. Barro⁴⁸ señala que la relación entre más democracia y más prosperidad no es directa: es verdad que la democracia reduce la corrupción, pero también es cierto que favorece políticas fiscales expansivas y fuertemente redistributivas, que pueden llegar a menoscabar el crecimiento económico. Por su parte, Collier⁴⁹ encontró que, en sociedades con cierto nivel de renta media, la democracia disminuye sistemáticamente la violencia política, mientras en sociedades con bajos niveles de renta, la democracia tiene el efecto inverso y hace que las sociedades sean más violentas y peligrosas. Contrarias a estas conclusiones son las de North, Wallis y Weingast⁵⁰, para los que la democracia implica responsabilidad de los gobernantes ante la ciudadanía y favorece la implementación de políticas económicas, educativas, de infraestructuras, etcétera que favorecen el crecimiento económico. También Bueno de Mesquita *et al*⁵¹. demuestran la existencia de un vínculo entre responsabilidad política y buenas políticas, de un lado, y, del otro, la estructura institucional de la democracia. En el caso del Estado de derecho, como avancé, existe

⁴⁷ Salvo que se considere que la conexión entre derecho y moral que acontece en la constitución es reflejo de alguna conexión necesaria más profunda, como la que Alexy plantea que se da entre derecho y moral como consecuencia de participar el discurso jurídico de la pretensión de corrección característica de los actos de habla regulativos. Agradezco a Alfonso García Figueroa esta sutil e interesante apreciación.

⁴⁸ BARRO, R., «Democracy and the Rule of Law», en BUENO DE MESQUITA, B. y ROOT, H. L., *Governing for Prosperity*, New Haven, Yale University Press, 2000, pp. 201-211.

⁴⁹ COLLIER, P., *Guerra en el club de la miseria. La democracia en lugares peligrosos*, Madrid, Turner, 2011, p. 35.

⁵⁰ NORTH, D. C., WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 142-144.

⁵¹ BUENO DE MESQUITA, B., MORRO, J., SILVERSON, R., y SMITH, A., «Political Institutions, Political Survival, and Policy Success», en BUENO DE MESQUITA, B. y ROOT, H. L., *Governing for Prosperity*, cit., p. 82.

cierto acuerdo a propósito de su justificación instrumental: así, por ejemplo, Barro⁵², que señala que un orden jurídico promueve la prosperidad. North, Wallis y Weingast⁵³, por su parte, se refieren a la capacidad generadora de prosperidad y bienestar de las sociedades de acceso abierto, que son sociedades en las que, entre otros rasgos, el ejército y la policía están subordinados al poder político y la violencia monopolizada y centralizada.

3. RAZONES QUE EXPLICAN LA RESISTENCIA A OTORGAR VALOR MORAL INTRÍNSECO AL DERECHO

Aunque no es mi intención hacer un catálogo completo de todas las razones que podrían explicar la resistencia de la filosofía del derecho a aceptar que el derecho tiene algún valor moral intrínseco, sí que me referiré a un par de explicaciones que me parecen relevantes para entender el sentido en el que hablo de una constitución del Estado de derecho.

3.1 Resistencias con motivación política

La primera y quizás la más conocida es de naturaleza ética o política: la convicción de que cualquier reconocimiento del valor moral del derecho tiene efectos legitimadores sobre su contenido, es decir, que equivale también a validar moralmente el contenido de lo dispuesto. Es por esta razón que quien afirma que el derecho tiene una dimensión moral se expone a ser acusado de iusnaturalista, de fomentar una suerte de obediencia acrítica al derecho⁵⁴ o de oscurecer las diferencias entre las leyes justas e injustas. Sin embargo, dejando al margen la primera acusación⁵⁵, creo que todas esas críticas son precipitadas.

En primer lugar, decir que el derecho es justo en el sentido de que, por ser expresión de ciertos principios morales valiosos, tiene una dimensión moral intrínseca no equivale a sostener que sea justo desde

⁵² BARRO, R., «Democracy and the Rule of Law», cit., pp. 209-210.

⁵³ NORTH, D. C., WALLIS, J. J., y WEINGAST, B. R., *Violence and Social Orders*, cit., pp. 21-25.

⁵⁴ Por ejemplo, HART, H., *El concepto de derecho*, cit., p. 261, cuando señala que «un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas», es decir, que la vinculación del derecho a la justicia nos impide percibir con claridad lo injustos que pueden llegar a ser los ordenamientos jurídicos.

⁵⁵ No porque sea correcta, sino porque nos remite a un marco distinto al de este trabajo. No hay que olvidar que el propio Fuller fue objeto de esa acusación, aunque mi impresión personal es que Fuller está más próximo a un iuspositivismo ético o normativo que a planteamientos iusnaturalistas. Al respecto, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 153-159.

todos los puntos de vista morales posibles. Existen otros principios morales que compiten con los principios constitutivos de los órdenes jurídicos y que, según el caso, nos pueden, incluso nos deben, llevar a excepcionar los principios vinculados a la legalidad. Raz⁵⁶ ha advertido sobre esa posibilidad, al afirmar que los órdenes jurídicos pueden presentar déficits significativos desde el punto de vista de otros principios de la moralidad, pues los principios morales intrínsecos a la idea de legalidad son parte del ideal mayor de la justicia, pero no la agotan⁵⁷. Desde este punto de vista, habría que distinguir entre el mal derecho como consecuencia de la injusticia de las decisiones políticas (*public policy*) que lo animan y el mal derecho que no satisface el ideal de la legalidad⁵⁸.

En segundo lugar, si afirmamos que el derecho tiene una dimensión moral intrínseca vinculada a su forma característica, no estamos afirmando que el contenido del derecho sea también justo por esa sola razón, ni que exista el deber de obedecer sus normas con independencia de qué sea lo que disponen. El mérito moral de la forma del derecho no se trasmite directamente a su contenido ni a todo su contenido, es decir, que no implica que lo establecido en las reglas esté siempre necesariamente justificado. Un orden jurídico podrá tener o no mérito moral en función de cuáles sean los valores en que se inspiran sus disposiciones o los fines que persiguen quienes a través de él gobiernan, pero necesariamente tendrá cierto mérito moral por el hecho de que esos valores o esos fines son realizados dando al control social una forma jurídica y no mediante el recurso o despliegue de otros métodos de control. Como se aprecia, el valor moral del derecho al que me refiero reside estrictamente en su forma propia y no se transmite al contenido de sus disposiciones.

3.2 El sobredimensionamiento de la naturaleza social del derecho

La segunda razón que explica la resistencia de muchos filósofos del derecho a considerar la posibilidad de que el derecho tenga un valor moral intrínseco es consecuencia de cierto sobredimensionamiento de la tesis que insiste en su naturaleza social, es decir, del sobredimensionamiento de su naturaleza convencional.

Es el convencionalismo –la última y, en mi opinión, más reputada variante del positivismo jurídico dominante– el que más ha incidido

⁵⁶ RAZ, J., *The authority of law*, cit., p. 229.

⁵⁷ Los principios inherentes a la legalidad son un componente de la justicia conforme a la cual valoramos en un sentido total las normas y decisiones jurídicas desde un punto de vista moral (cfr. SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 5). La justicia implica una valoración más amplia, que abarca cuestiones como la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social, la proporcionalidad de los castigos, etcétera.

⁵⁸ SELZNICK, R., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 95-100.

en ese planteamiento. Según los convencionalistas, el derecho es una práctica social, en el sentido de que es un fenómeno humano, mundano o artificial y no ideal ni natural, lo que significa que no existe al margen de las acciones, creencias y actitudes de los seres humanos, pues su existencia es completamente dependiente de la acción humana⁵⁹. Los convencionalistas extienden la naturaleza convencional del derecho a los criterios de validez de sus normas, es decir, a la naturaleza de la regla de reconocimiento. Esto significa que la identificación del contenido del derecho y la determinación de su existencia dependen exclusivamente de hechos sobre la conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y aplicados sin ningún argumento moral⁶⁰. De este punto de vista, qué normas forman parte del derecho es algo que depende de un hecho o práctica social y no de nuestras convicciones a propósito de su justicia⁶¹. Expresado en términos de Gardner⁶², lo que el convencionalismo vendría a sostener es que para todo sistema jurídico, si una norma es jurídicamente válida y forma parte de ese sistema jurídico, es algo que depende de sus fuentes y no de sus méritos, donde fuentes se refiere al hecho de que en algún tiempo y lugar la norma haya sido proferida, promulgada, emitida, invocada, aceptada o que de algún modo se haya hecho manifiesta por algún agente y méritos apunta al mérito moral de la norma, a su conveniencia o adecuación al caso o al agente que la dicta o a los agentes a los que se dirige, etcétera⁶³.

⁵⁹ En este sentido, por ejemplo, VILAJOSANA, J. L., «Una defensa del convencionalismo jurídico» en *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 472-473, para el que el término «convencional» en afirmaciones como «el derecho es un hecho convencional» puede ser interpretado como sinónimo de social y como lo opuesto a natural. El derecho sería entonces convencional porque no es algo natural, sino algo artificial, es decir, una creación humana. En sentido amplio, por tanto, decir que el derecho es convencional equivale a sostener que no existe naturalmente, sino que depende de los hombres, de sus acciones, creencias y actitudes. En este sentido, ARENA, F., «Persiguiendo la tesis convencionalista», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, p. 53.

⁶⁰ RAZ, J., *The Authority of Law*, cit., pp. 39-40.

⁶¹ En ese sentido, VILAJOSANA, J. L., «Una defensa del convencionalismo jurídico», p. 472, al distinguir entre lo convencional y lo basado en convicciones. NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 280, ha formulado el contraste entre convención y convicción señalando que mientras que, en el primer caso, actuamos como lo hacemos porque los demás lo hacen, en el segundo haríamos lo que hacemos incluso si nadie lo hiciera.

⁶² GARDNER, J., «Legal Positivism: 5 ½ Myths», en *American Journal of Jurisprudence*, núm. 46, 2001, pp. 199-227.

⁶³ Un planteamiento similar, el de BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Zapatero Gómez, V. (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel Gómez*, vol. 2, 2002, p. 37 y «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro P. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 57, quien señala que la tesis social significa que la existencia y el contenido del derecho, es decir, qué es y qué dispone el derecho, dependen exclusivamente de determinados hechos sociales complejos y que, en particular, no depende de la

Sin embargo, afirmar que el derecho es un fenómeno social o que la validez de sus normas depende de ciertos hechos sociales no es incompatible con la afirmación de que es un fenómeno intrínsecamente moral⁶⁴. Esto es algo sobre lo que llama la atención el propio Gardner⁶⁵, quien se cuida de no identificar la tesis iuspositivista convencionalista con la tesis de quienes celebran la positividad (*positivity-welcomers*) del derecho, en clara referencia a los iuspositivistas éticos o normativos. De esta distinción de Gardner se sigue que se puede celebrar la positividad del derecho sin que eso implique ni celebrar lo positivado ni que lo positivo pierda, por así decirlo, su carácter por el hecho de ser celebrado. Por la misma razón, se puede celebrar la legalidad sin celebrar lo legislado y sin que la naturaleza social de los órdenes jurídicos se desvirtúe por el hecho de que su forma es celebrada. La hipótesis según la cual el derecho podría tener algún valor moral como práctica de gobierno o como método de control social es plenamente compatible con una concepción convencionalista de su naturaleza y de los criterios que precisan su contenido.

Hay aún una razón para no considerar incompatible la tesis convencional del derecho y la tesis que afirmara la dimensión moral de su forma: los valores o principios morales que confieren al derecho su dimensión moral son parte de la práctica social misma en que el derecho consiste y no un atributo de naturaleza no-convencional. Y es que existen hechos que incluyen valores en sí mismos. Fenómenos y prácticas sociales como la amistad, la educación, la ciudadanía, el liderazgo (como algo opuesto al mero dominio), las relaciones afectivas, la paternidad (como relación distinta del mero engendramiento biológico), el consenso, la razón, la opinión pública, la cultura o la democracia son análogos al derecho en el sentido de que son sistemas de normas, están inspirados por un valor o ideal rector, suponen cierto compromiso de sus practicantes con valores y, de otro lado, están

argumentación o evaluación moral. Acto seguido, advierte («El contenido mínimo», cit., p. 39) que una consecuencia lógica de esa tesis es la no conexión identificatoria entre derecho y moral que vendría a sostener que nada es derecho por el simple hecho de ser justo y que nada deja de ser derecho por el hecho de no ser justo. La razón es obvia: si se asume que «la existencia y el contenido del derecho están determinados por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y por tanto no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)».

⁶⁴ Sobre esta cuestión, también García Figueroa, quien subraya que el convencionalismo jurídico, por construirse sobre la contraposición entre la naturaleza convencional del derecho y la naturaleza no convencional de la moralidad, no puede sino caer en la trivialidad cuando se ve confrontado a las tesis que sostienen que la moral también es convencional. Según GARCÍA FIGUEROA, A., en *Criaturas de la moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 39-41, el constructivismo ético «disuelve la idea ampliamente extendida de que el Derecho es obra o producto de la voluntad de los hombres por oposición a la moral considerada como un criterio de evaluación independiente de la voluntad de los hombres». Me he referido también a esta cuestión en PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 94-99.

⁶⁵ GARDNER, J., «Legal Positivism: 5 ½ Myths», cit., p. 205.

sujetos a fuerzas y presiones que inhiben o dificultan la realización plena del ideal. Esos fenómenos y prácticas sociales y las acciones y comportamientos de quienes los forman están indisolublemente vinculados al compromiso con la realización de un valor que los define⁶⁶. Su estudio pone de manifiesto que hecho y valor están vinculados y nos habilita para percibir que existen valores latentes entre los hechos sociales⁶⁷: el estudio de la amistad, por ejemplo, no puede llevarse a cabo sin evaluar en qué medida vínculos interpersonales se aproximan al ideal que la define y ese ideal lo encontramos implícito en la práctica de quienes constituyen el fenómeno y no fuera de ella. Reducir el amor o la familia o la democracia a comportamientos de contornos precisos o dar cuenta de esas prácticas de un modo abstemio y neutral es describirlas de un modo erróneo, no porque no haya falsa amistad y falsas democracias, sino porque incluso en esos casos, se pone de manifiesto una dimensión más elevada de las prácticas, que, de algún modo, han de satisfacer un ideal que les es constitutivo. Los valores, generados por la dinámica interna de esas prácticas sociales, deben ser comprendidos si queremos definir y comprender el sentido de su práctica matriz⁶⁸, pues cualquiera de esas prácticas es ininteligible sin considerar su dimensión normativa, ya que no son simples interacciones o vínculos, sino interacciones o vínculos con un sentido normativo definido en función de un ideal⁶⁹. Lo mismo ha de ocurrir con el derecho. En este caso, la legalidad es el ideal o estándar normativo del derecho: este ideal ha sido engendrado en la propia práctica en que el derecho consiste y, como tal, pertenece al mismo, aunque también define su idealidad y sirve como criterio de valoración de las prácticas concretas a través de las que el derecho se manifiesta.

4. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.

Mi propuesta es considerar al ideal de la legalidad como el contenido de la constitución del Estado de derecho. Como señalé, la constitución del Estado de derecho no es un añadido contingente al derecho mismo: no es un conjunto de valores o principios que se proyectan sobre el derecho desde una moralidad política externa y que se convierten en

⁶⁶ SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 86-87.

⁶⁷ SELZNICK, P., *Law, Society, and Industrial Justice*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1969, p. 90.

⁶⁸ KRYGIER, M., *Philip Selznick. Ideals in the World*. Stanford, Stanford University Press, 2012, p. 116.

⁶⁹ Un argumento similar el de PUTNAM (cfr. «Valores y normas», en PUTNAM, H. y HABERMAS, J., *Normas y valores*, De Vega Encabo, J., y Gil Martín, F. J. (eds.), Madrid, Trotta, 2008, p. 55, relativo a los conceptos éticos densos. Agradezco a F. J. Ansuátegui que me pusiera sobre la pista de este planteamiento.

valores y principios jurídicos cuando son proclamados constitucionalmente, sino que son parte del derecho mismo. La constitución del Estado de derecho está formada por una serie de valores morales que reclaman una cierta forma de control social. Los principios de legalidad son la expresión normativa de esos valores referida al modo de ejercicio del control social, es decir, a la forma en que ha de gobernarse un grupo para autorizar a decir que el poder se ejerce en forma jurídica. Me referiré a ambos –principios y valores– a continuación.

4.1 Los principios de legalidad

La enumeración de los principios de legalidad de Fuller⁷⁰ es quizás la más conocida⁷¹. Los principios de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, coherencia, inteligibilidad, estabilidad y congruencia definen la forma del derecho. Lejos de una lectura moral de los principios que apunte a su afinidad con principios materiales de justicia, me interesa destacar que son condiciones que disciplinan la actividad de quienes pretenden gobernar en forma jurídica, pero que, como tales, son intrínsecamente morales⁷². Son las condiciones que deben satisfacerse suficientemente si se quiere tener éxito en la tarea de construir un orden jurídico, es decir, que son condiciones constitutivas del orden jurídico. Una sociedad gobernada con manifiesto desprecio a los principios –porque las leyes son secretas o retroactivas o sistemáticamente ignoradas por las autoridades al momento de ejercer la coacción estatal, etcétera– no tiene derecho: el control social no sería experimentado por sus destinatarios como jurídico, ni identificado como tal por quienes lo observaran. Son, por tanto, condiciones que afectan fundamentalmente a la forma del derecho, es decir, al modo en que ha de gobernar quien pretende hacerlo jurídicamente o a los procesos y métodos de ordenación social que configuran un orden jurídico. Son principios internos o constitucionales del derecho y no principios externos o extralegales adjetivamente impuestos al derecho como meros rasgos posibles o contingentes que podría presentar⁷³. No me extenderé más en este

⁷⁰ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.ª ed., cit., pp. 46-91.

⁷¹ Otras enumeraciones muy gráficas en LOVETT, F., *A Republic of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 209-211.

⁷² Como señala DYZENHAUS, D., «The Idea of a Constitution. A Plea for a *Staatsrechtslerhe*», cit., pp. 721-722, los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, es decir, que no son estándares morales sustanciales que se introducen al derecho como consecuencia de alguna fuerza natural misteriosa. Son principios definitorios de los procesos jurídicos y de los métodos de ordenación que definen el control jurídico. Están, por tanto, en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón también, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas.

⁷³ El planteamiento es análogo al de LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, p. 18, cuando señala que el «imperio de la ley no es otra cosa que una

punto, pues me interesa más indagar en los valores morales de los que los principios son expresivos y que son la fuente última de su valor moral y del valor moral del derecho mismo.

4.2 Los valores morales constitutivos del ideal de la legalidad

Junto a los principios de legalidad, existen ciertos valores morales que son su fundamento y que también forman parte de la constitución del Estado de derecho. Son valores morales en sustancia, pero son originariamente jurídicos, porque los principios de legalidad, constitutivos de la forma del derecho, son su expresión normativa. ¿Cuáles son estos valores? Pendiente una elaboración más en detalle, me referiré a cuatro: control de la violencia arbitraria, limitación del poder del gobernante, reconocimiento de la capacidad de actuar del individuo y libertad individual como independencia de la voluntad de los otros.

4.2.1 *Control de la violencia arbitraria*

La violencia y la arbitrariedad son moralmente reprobables. A nadie le gusta sufrir violencia, ni ser tratado de modo arbitrario, ni, por supuesto, ser objeto de coacción arbitraria. Así las cosas, si el derecho reduce o, de algún modo, minimiza el riesgo que tienen los individuos de ser víctimas de violencia y coacción arbitrarias, será portador de un inherente valor moral.

Para comprobar que esto ocurre, tengamos en cuenta que el Estado de derecho existe en la medida en que los principios de legalidad se respeten cuando los grupos reaccionan formal o institucionalmente para ejercer coacción sobre sus miembros o lo que es lo mismo cuando el ejercicio de la coacción institucional se hace depender del incumplimiento de reglas previamente anunciadas⁷⁴. Esto significa que la existencia de un Estado de derecho presupone que se han

apuesta moral implícita en favor de la autonomía personal». Difiere, sin embargo, en el grado de vinculación del imperio de la ley como valor con el derecho mismo: para LAPORTA, F. J., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, núm. 15-16, p. 134, ese valor «no es algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico [...] sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo». Desde mi punto de vista, esa vinculación es mucho más intensa, pues se expresa necesariamente en la forma misma del derecho.

⁷⁴ Sobre este asunto, PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 96-102.. Un planteamiento distinto es el de Laporta, quien parece dar por existente al orden jurídico cuando aparece un agente con capacidad para imponerse violentamente a quienes pretenden ignorarlo, aunque después destaca la importancia de la existencia de reglas para que los individuos puedan conocer de antemano cuándo se producirán las reacciones de ese agente soberano. Cfr. LAPORTA, F. J., *Imperio de la ley*, cit., pp. 61-67.

resuelto dos problemas⁷⁵: (a) el *problema del orden social*, que exige limitar el ejercicio de la fuerza a los agentes públicos y minimizar las expresiones sociales o informales de la violencia, lo que se logra cuando los gobernantes monopolizan efectivamente el uso legítimo de la fuerza sobre la población radicada en un territorio dado y cuando también protegen a quienes pretenden obedecer a las autoridades frente a quienes intentan impedirlo por la fuerza⁷⁶. (b) El segundo es el *problema de la constitucionalización del uso de la fuerza (problem of constitutionalism)*: la monopolización del recurso a la violencia en manos de agentes públicos no sería soportable si esos mismos agentes hicieran un uso inapropiado de la fuerza que ostentan o si, por alguna otra razón, su uso resultara opresivo o degradante para los individuos que lo padecen como lo es un uso puramente arbitrario⁷⁷. Esto es lo que se evita cuando se satisfacen los principios de legalidad, que exigen que la coacción de las autoridades se exprese de acuerdo a lo que disponen, es decir, que la actividad de los agentes públicos coercitivos quede limitada a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas y que los agentes solo reaccionen coactivamente contra los individuos cuando estos hayan incumplido normas anunciadas. Una expresión como esa de la violencia no es arbitraria. De ese modo, cuando el recurso a la violencia está constitucionalizado no es verdad que tenga que ser percibido como necesariamente arbitrario.

En definitiva, el Estado de derecho es la situación que existe cuando el ejercicio de la violencia puede llevarse a cabo exclusivamente por parte de agentes públicos y condicionado al incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas. En la medida en que esta situación reduce la posibilidad de padecer violencia social arbitraria y contribuye a que el ejercicio de la violencia institucional no sea identificable como una forma arbitraria de violencia es manifestación del compromiso con el valor moral del control de la violencia arbitraria.

4.2.2 *Limitación del gobernante*

Un segundo valor moral del Estado de derecho es la limitación del poder del gobernante. El gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos es un modo apropiado de lograr que el ejercicio del control social sea respetuoso con ese valor, pues presupone una concepción necesariamente limitada del poder que lo ejerce. En un Estado de derecho, el gobernante no puede por razones conceptuales expresar-

⁷⁵ LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 100-101.

⁷⁶ Sobre este último particular, SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 102.

⁷⁷ Es más, probablemente una situación así podría incluso ser más indeseable que una situación en la que la violencia se ejerce arbitrariamente de modo difuso, pues las posibilidades de defensa de cada individuo son reducidas frente a los agentes monopolísticos.

se en cualquier forma, ni ostentar un poder irrestricto. Fuller⁷⁸ se refirió a esta limitación que él localizó implícita en la naturaleza de la relación que se da entre quien pretende gobernar mediante reglas el comportamiento de otro y aquel cuyo comportamiento es gobernado por reglas: el primero, en cierto modo, le dice al segundo que las reglas que da son las reglas que tiene que cumplir y que si lo hace, tiene la seguridad de que no será sancionado, pues esto solo le sucederá si las incumple⁷⁹. No se puede coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas: el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas, ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente en razón de ese incumplimiento⁸⁰. El derecho es, por estas razones, incompatible con una concepción ilimitada del poder del gobernante. El orden jurídico es radicalmente incompatible con el orden caracterizado por un ejercicio omnímodo e irrestricto del poder en el que los súbditos están absoluta e incondicionadamente sometidos a la voluntad del gobernante, independientemente de su fondo y forma⁸¹.

4.2.3 Reconocimiento de la capacidad libre para actuar de los individuos

El tercer valor moral del Estado de derecho es el reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos. El propósito definitorio de todo orden jurídico es gobernar el comportamiento de los individuos mediante reglas y las reglas son un tipo de directiva que necesariamente presupone la autonomía y capacidad para actuar de los individuos a los que se dirige.

Es así porque las reglas son directivas generales autoejecutables, es decir, directivas que se refieren a acciones posibles sobre las que individuos con capacidad de actuar tienen cierto control rector y que dejan cierto espacio abierto para la intervención del agente en su ejecución, que, por ejemplo, habrá de decidir si se refieren a él, si cumplirlas o cómo o cuándo hacerlo. Las reglas son diferentes a las directivas específicas, que no son generales y, por tanto, no dejan espacio para la

⁷⁸ FULLER, L., *The Morality of Law*, 1.^a ed., cit., pp. 39-41 y *The Morality of Law*, 2.^a ed., cit., pp. 216-217.

⁷⁹ A la idea de reciprocidad, como rasgo de la relación de legalidad y fundamento de su normatividad, se ha referido ELEFThERiADiS, P., «Legality and Reciprocity», cit., p. 12.

⁸⁰ Al respecto, SIMMEL, G., *The Sociology of Georg Simmel*, cit., p. 181, para el que incluso los gobernantes tiránicos que respaldan sus órdenes con amenazas severas a sus súbditos quedan también subordinados por ellas, pues por radical que sea el castigo, el tirano se compromete implícitamente con el súbdito a no imponerle uno más grave.

⁸¹ En este sentido, por ejemplo, SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., pp. 4-5, SELZNICK, P., «Sociology and Natural Law», cit., pp. 95-100, y *Law, Society, and Industrial justice*, cit., pp. 8-11.

intervención del agente. Las directivas específicas, cuya forma canónica sería algo así como «tú haz esto ahora», son equivalentes a lo que resultaría si quien las da materialmente moviera al sujeto pasivo en el sentido deseado. Las reglas son también diferentes a los principios, en el sentido de que, en estos casos, la intervención del sujeto pasivo es prácticamente plena, porque los principios no condicionan su acción en un sentido significativo⁸².

La importancia de esa capacidad libre para actuar (*free agency*) como principio constitutivo del derecho ha sido destacada por Fuller y, recientemente, por Rundle. Ambos se han interesado por su conexión con la forma del derecho, pues el reconocimiento y respeto de la capacidad para actuar no es un objetivo o límite impuesto desde fuera al derecho, ni un añadido contingente que permita cualificarlo como deseable o justo desde un punto de vista externo al derecho mismo. La capacidad para la acción es parte de la propia forma del derecho en tanto que empresa por la que se gobierna mediante reglas el comportamiento de sus destinatarios⁸³. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas y presupone el compromiso con la concepción del individuo como agente responsable, capaz de entender y seguir las reglas y responsable, por esa razón, de sus fracasos⁸⁴.

4.2.4 *Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas*

Una manera de garantizar que los individuos son libres en el sentido de que no están incondicionalmente sometidos a la voluntad de nadie es gobernarlos mediante reglas conforme a las que resolver sus conflictos y pretensiones. Para que esto sea posible y no quede en una mera pretensión, es necesario que el gobierno de las reglas sea distinguible de lo que se daría si los individuos estuvieran siendo gobernados de

⁸² Es así, al menos, en las versiones más radicales de los principios: un principio que, por ejemplo, señalase que «cuando sea conveniente, se ha de hacer lo adecuado» no condiciona a prácticamente nada antes de que cada una de las ocasiones en que se especifica cuándo es conveniente y qué es lo adecuado. Sin embargo, de una regla que dispusiese algo así como que «si hace frío, el más próximo a la ventana debe cerrarla» sí se sigue un condicionamiento significativo al margen de la especificación de la regla en cada uno de sus casos. Lógicamente, también es posible pensar en principios no tan extremos y, tendencialmente, difíciles de distinguir de versiones extremadamente generales de reglas. No voy a elaborar aquí, desde luego, una ontología completa de las diferencias entre directivas específicas, reglas y principios, aunque me he referido con algo más de extensión a ese asunto en PEÑA FREIRE, A., *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 76-87.

⁸³ Al respecto, RUNDLE, K., *Forms Liberate*, cit., p. 98, y FULLER, L., *The Morality of Law*, cit., p. 162.

⁸⁴ FULLER, L., *The Morality of Law*, cit., p. 162. A este mismo valor, desde una perspectiva próxima, se ha referido LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, cit., esp., pp. 17-37.

modo arbitrario, es decir, si estuvieran incondicionalmente sometidos a la voluntad de alguien. Esto último sucedería, por ejemplo, si los conflictos y pretensiones de los individuos los resolviera el gobernante según su criterio sobre el modo en que deberían haberse comportado los individuos en una situación ya acaecida y no según lo exigido por la regla que había anunciado para ese tipo de situaciones, es decir, si el gobernante dictara una disposición singular *ex post facto*.

De ahí la necesidad de que los conflictos se adjudiquen, es decir, que se resuelvan según las reglas anunciadas y no según la voluntad de quien las dio. Ahora bien, la adjudicación no puede llevarse de cualquier modo: el mero hecho de que alguien, formalmente considerado como juez, diga resolver un caso según una regla no convierte a este proceso en algo conceptualmente distinguible de lo que ocurre cuando alguien está incondicionalmente sujeto a la voluntad de otro⁸⁵. Para evitar esta asimilación conceptual y evitar que la adjudicación sea distinta de la situación que se daría si los conflictos o pretensiones de los individuos se resolviesen arbitrariamente y no conforme a las reglas anunciadas, es necesario cumplir con dos condiciones implícitas en los principios de legalidad: (a) Es necesario garantizar la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos relativos a las reglas que consideren relevantes y (b) es necesario que el juez resuelva tras considerar las pruebas y los argumentos presentados⁸⁶.

Cuando el juez solo puede decidir lo que la regla exige para el caso en el marco de un proceso en el que está garantizada la *participación de los afectados* mediante la presentación de las pruebas y argumentos sobre lo que exigen las reglas que consideren relevantes y cuando, adicionalmente, el juez está normativamente obligado a adoptar una actitud *abierta o considerada* a las alegaciones de las partes, la solución no puede decirse equivalente a la que se da en un proceso de decisión en el que el juez decide arbitrariamente porque, por ejemplo, interpreta la regla exclusivamente según su propio criterio. En un genuino procedimiento adjudicativo, no es necesariamente verdadero que los individuos estén siendo gobernados arbitrariamente por el juez, ni puede afirmarse que dependen exclusivamente de su voluntad, pues el juez no puede decidir ignorándolos ni ignorando su criterio sobre lo que se debía haber hecho según las reglas dispuestas desde un punto de vista socialmente razonable. Así las cosas, cuando las partes están siendo gobernadas en función de reglas son libres en tanto que no son depen-

⁸⁵ Pensemos en lo que sucedería si, por ejemplo, el supuesto juez resolviera consultando al legislador para interesarse por sus preferencias en el caso y si construyera su solución al caso en función de esas preferencias expresadas después del hecho por quien dio la regla.

⁸⁶ El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en FULLER, L., «Forms and Limits of Adjudication», en *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, 1978, pp. 369 ss.

dientes de la voluntad de los otros⁸⁷. Al adjudicar de ese modo y garantizar que la aplicación de la regla al individuo no es arbitraria se respeta el valor de la libertad como independencia.

5. CONCLUSIÓN

Todo lo dicho pone de manifiesto que el derecho, en tanto que método de control social, definido como tal en función del grado de satisfacción de los principios de legalidad, es expresivo de ciertos valores morales que, simultáneamente, lo fundamentan y lo constituyen. Los principios de legalidad definen la forma del derecho y, a la vez, son la expresión normativa para el control social de los valores morales que conforman el ideal de la legalidad. Por esta razón, los principios de legalidad y los valores que les son subyacentes son la constitución del Estado de derecho. El control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la autonomía y capacidad libre del individuo para actuar por sí mismo y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros garantizada en los procesos adjudicativos, todos ellos valores morales socialmente reconocibles, se ven expresados y garantizados cuando el poder y el control social se expresan jurídicamente, es decir, en la medida en que exista un orden jurídico. Es decir, el gobierno del comportamiento de los individuos mediante reglas conforme a los principios de legalidad necesariamente es una forma de realizar esos valores y esa realización será tanto mayor cuanto más respetuoso sea el control social con lo exigido por los principios de legalidad. Es en este sentido que el derecho es una forma de justicia.

⁸⁷ Un planteamiento similar en SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, cit., p. 101, o LOVETT, F., *A Republic of Law*, cit., pp. 114 ss. Sin embargo, crítico con esta vinculación entre libertad y Estado de derecho es Laporta, quien la considera peregrina y opta por mostrar que es la autonomía individual –al fin y al cabo, otra forma de libertad– la apuesta moral implícita del principio de legalidad. Cfr. LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley*, cit., p. 90.