

RLFP

Revista
Latinoamericana de
Filosofía
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XIII • N° 6 • 2025 • Buenos Aires • Argentina

LA VIRTUD PROPIA DEL DERECHO

Joseph Raz

SIMPOSIO

HOMENAJE A JOSEPH RAZ

LA VIRTUD PROPIA DEL DERECHO*

(‡) JOSEPH RAZ**

Universidad de Oxford

RESUMEN

Este artículo ofrece una nueva interpretación del *rule of law*, donde reviso mi punto de vista anterior y critico algunas alternativas. Se centra en el objetivo del *rule of law* de evitar el gobierno arbitrario y en su relación con las funciones esenciales del gobierno. El *rule of law* exige que la acción gubernamental manifieste la intención de proteger y promover los intereses de los gobernados. Como tal, es casi una condición necesaria para que el derecho pueda cumplir otras exigencias morales y facilitar la coordinación y la cooperación local e internacional.

Palabras clave: rule of law, arbitrariedad, gobierno, gobierno como guardián, el interés de los gobernados.

ABSTRACT

This article offers a new interpretation of the rule of law, where I revisit my previous viewpoint and criticize some alternative accounts. My view focuses on the goal of the rule of law of avoiding arbitrary government and its relation to the essential functions of government. The rule of law requires that governmental action shows the intention of protecting and promoting the interests of the governed. As such, it is almost a necessary condition for the law to

* Esta es una versión revisada y ampliada de mi conferencia con motivo del Premio Tang. En general, mantiene el estilo de la de la conferencia. Agradezco a Timothy Endicott sus importantes comentarios sobre un borrador anterior.

** Traducción de Daniela Domeniconi.

able of fulfilling other moral demands and facilitating domestic and international coordination and cooperation.

Keywords: rule of law, arbitrariness, government, government as custodian, the interest of the governed.

1. *Rule of Law*¹ y el rol del derecho

Podemos pensar en el *rule of law* como una virtud que debe poseer el derecho. Es una de las principales virtudes que debe tener el derecho. Y, en tanto tal, explorarla ayuda a comprender la naturaleza del derecho y su rol en nuestra vida.

El derecho es una estructura de reglas, instituciones, prácticas y conceptos comunes que las unen, los que normalmente son un aspecto de alguna organización social: Estado, ciudad, universidad, corporación. El derecho internacional es una posible excepción, ya que no tiene relación con una sola organización. Cuando exploramos el rol esencial que desempeña el derecho en la vida de las personas, estudiamos sus propiedades esenciales, su relación con la organización a la que pertenece (el Estado, por ejemplo) y su vínculo con la vida y el pensamiento de las personas en general.

El *rule of law*, tal y como yo lo entiendo, es una virtud o un ideal específico al que debería ajustarse el derecho. No hay acuerdo sobre qué es. Esta falta de acuerdo es algo común en instituciones normativas importantes y en ciertos principios, como la libertad de expresión. La falta de acuerdo es, frecuentemente, una fuente de fortaleza: la gente se une para apo-

1. *N. de la T.*: A lo largo del trabajo, se utilizará la locución original en inglés “*rule of law*”, en lugar de utilizar sus posibles traducciones como “Estado de Derecho”, “imperio de la ley”, o “régimen de derecho”. Ello porque su especificidad, en tanto principio o ideal, queda mejor condensada en su expresión original.

yar tales instituciones y principios, a pesar de las distintas opiniones sobre su naturaleza. Sin embargo, ¿no deberíamos intentar establecer cuál de las perspectivas es la correcta? Frecuentemente, más de una es correcta y el desacuerdo es ilusorio. Una ilusión resultante del hecho de que el término “*rule of law*” se utiliza para designar ideales bastante diferentes. No tienen sentido las disputas verbales sobre qué ideales merecen llamarse *rule of law*. No obstante, también puede ser importante distinguir los diferentes tipos de ideales, ya que es probable que difieran, al menos, en algunas de sus implicancias. He aquí mi propuesta, que es una reconstrucción de una perspectiva generalizada.

2. La importancia fundamental del *rule of law*

Exploraré la naturaleza del *rule of law* estableciendo una analogía con las condiciones de la prosperidad individual. Las personas nacen en una sociedad, con su cultura y sus normas. Se culturizan y aprenden a vivir su propia vida, aprovechando de forma creativa las oportunidades y respetando los límites establecidos por sus normas culturales. Este es un proceso que se ve facilitado por la familiaridad (comprensión de cómo funcionan las cosas) y la previsibilidad (capacidad de planificar y tomar decisiones para el futuro) porque uno puede, dentro de ciertos límites, predecir su impacto. En ausencia de ese trasfondo, aparece la desorientación, la pérdida del sentido de dominio sobre sí mismo y su situación; y la pérdida del respeto por uno mismo.

Ahora pensemos en el derecho: los gobiernos llegan al poder en una cultura social y jurídica ya existente, y están sujetos a normas cuya estabilidad y previsibilidad son esenciales para el bienestar de los individuos. El *rule of law* consiste en principios que limitan el modo en que las acciones gubernamentales cambian y aplican las leyes –para asegurar, entre otras cosas, que mantengan la estabilidad y la previsibilidad y, con ello,

permitan a las personas encontrar su camino y vivir bien.² Por lo tanto, como sostendré, los principios del *rule of law* no se refieren al contenido del derecho, sino a su modo de generación y aplicación. Ellos exigen que las decisiones y las reglas jurídicas estén ancladas en doctrinas jurídicas generales estables, que se adopten por razones públicamente disponibles, que se apliquen fielmente observando el debido proceso, etc.

Además, algo muy importante, es que estas condiciones de prosperidad individual y social son universales. Las diferentes sociedades tienen diferentes comidas, diferentes relaciones sociales, diferentes modales, diferentes estructuras económicas y diferentes religiones o ninguna religión, etc. Pero todas ellas requieren estabilidad y previsibilidad y, sobre todo, deben tener estructuras inteligibles para quienes están sujetos a ellas, para que las personas se sientan “como en casa” dentro del marco de la ley, y tengan la confianza y la autosuficiencia necesarias para proyectar sus propios planes de vida.

De allí la universalidad del *rule of law*. Sus principios unen culturas que, de otro modo, divergirían. Esto proporciona un marco fundamental para la tolerancia mutua, tanto individual como social, y posibilita los intercambios culturales y económicos a escala global.

2. Como señaló un árbitro de la Revista, la estabilidad necesaria puede lograrse por medios diferentes al *rule of law*, como los medios informales que caracterizan a las culturas fuertemente convencionales. No quiero dar a entender que la estabilidad depende exclusivamente del derecho. Las instituciones de gobierno pueden (y, con frecuencia, lo hacen) recurrir a esos medios además del *rule of law* y, a veces, en sustitución de este. Como quedará claro más adelante en el artículo, la inestabilidad particular que el *rule of law* mitiga es la inestabilidad que la propia ley (por oposición a otras formas de ordenamiento) provoca. La inestabilidad en cuestión es simplemente el correlato de la capacidad del derecho para efectuar cambios de un modo en que otras formas de ordenamiento (al ser menos susceptibles de deliberación y decisión) son menos capaces que el derecho. Por este motivo, el contenido del *rule of law* es fundamental para el proyecto del derecho, a diferencia de otros bienes que se consideran de aplicación universal.

3. Identificar los principios del *rule of law*

A. Primer intento

Mi argumento aplica, únicamente, al derecho estatal (*state law*). Entiendo que puede ampliarse, fácilmente, a otros tipos de derecho.

Me refiero al *rule of law* como una virtud que posee un sistema jurídico que se ajusta a la doctrina del *rule of law* y cuya cultura pública se resiste a no respetarla. La doctrina consiste en principios unidos en su fundamentación y que articulan diversos aspectos de esa fundamentación, diversas formas en las que debería ser aplicada. Algunos de los principios que pertenecen a la doctrina del *rule of law* son comunes a, prácticamente, todos los enfoques de la doctrina. Ellos incluyen los siguientes cinco principios. El gobierno de la ley, es:

- (1) razonablemente claro,
- (2) razonablemente estable,
- (3) accesible al público, con
- (4) reglas y estándares generales, que se
- (5) aplican de forma prospectiva y no retroactiva.

¿Qué tienen en común estos principios? ¿Qué los convierte en una doctrina y no en una mera “mezcla” de principios? Una opinión muy extendida es que se unen en la enunciación de condiciones cuya satisfacción es necesaria para que los sujetos de derecho puedan saber en qué consiste el derecho. Además, y en función de ello, para que el gobierno (cuyo objetivo es orientar el comportamiento de las personas) pueda saber cómo gobernar y para que los sujetos de derecho puedan saber cómo son gobernados.

¿Por qué es importante? La analogía con las condiciones de prosperidad individual nos brinda la explicación. Es importante que quienes vayan a verse afectados por el derecho

sepan cómo les afectará y puedan organizar sus asuntos con base en ese conocimiento.

B. Problemas

Tanto los cinco principios, como sus fundamentos, se enfrentan a dificultades. Son dificultades que no llegan a constituir una refutación rotunda. Pero son suficientes para demostrar que, aunque los principios y su explicación puedan tener sentido, no pueden sostenerse tal como se han presentado hasta ahora.

Los principios del *rule of law* que he enumerado son vagos y permiten diversos grados de cumplimiento o realización. Eso, en sí mismo, no es un problema. Es lo que sucede con muchos principios. La dificultad radica en que el *rule of law* no ofrece ninguna orientación sobre el grado de cumplimiento exigido. ¿Cómo podría ser de otro modo? Hay al menos dos tipos de principios que permiten grados de conformidad o cumplimiento. Ambos exigen conformidad en alguna(s) dimensión(es), de modo que un mayor grado de conformidad consiste en progresar más, o en alcanzar un mayor grado de cumplimiento a lo largo de esa dimensión. Los principios de un tipo exigen avanzar hasta cierto punto o, más probablemente, hasta cierta región, a lo largo de esa dimensión. Alcanzarlo constituye un cumplimiento total, y superarlo no es necesario (puede ser bueno, malo o indiferente). El grado de progreso que constituya un cumplimiento total vendrá determinado por el propio principio. Depende de lo que se pretenda conseguir. El otro tipo de principio permite considerar que su cumplimiento total consiste en alcanzar el punto más alto a lo largo de la dimensión relevante. En muchos casos, no existe tal punto y, por lo tanto, no hay cumplimiento total del principio. Solo hay varios grados de cumplimiento, y cuanto más se avanza en la dimensión relevante, mayor es el grado de cumplimiento.

Cuánto debe cada uno cumplir con un principio, depende también de las razones para la acción que existan, en cada caso, para actuar de forma inconsistente con el principio. Los principios solo proporcionan razones *pro tanto* y esto también es verdadero respecto de los principios del *rule of law*. Teniendo en cuenta estas aclaraciones, ¿qué constituye el cumplimiento total del *rule of law*? Ilustraré esta dificultad utilizando una sola cuestión problemática: los principios parecen descartar la posibilidad de cambios en el derecho y depender de la discrecionalidad de las autoridades jurídicas.

Sin embargo, la cuestión que se plantea en este momento no es cómo deben utilizar su discreción las autoridades, sino cuánta discrecionalidad deben tener. Es imposible que no tengan discrecionalidad. La discrecionalidad en la aplicación e interpretación de las leyes es inevitable. Sin embargo, ¿es razonable pensar que sería bueno, al menos en algún sentido, que las autoridades jurídicas no tuvieran ningún poder discrecional? Eso significa no tener poder para hacer leyes y no tener poder para interpretarlas. Y parece poco razonable suponer que haya alguna ventaja en sistemas jurídicos que no contengan estos poderes legales. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es qué grado de reducción del poder discrecional es el ideal; ¿qué grado de reducción podría considerarse un cumplimiento total del *rule of law*?

Sospecho que no existe una respuesta general a esta pregunta. Es decir, ninguna respuesta que pueda derivarse de los fundamentos identificados hasta ahora. Se puede dar una respuesta relativa a los poderes discrecionales de algunos órganos de gobierno y de algunos asuntos de los que se ocupan. Pero eso no equivale a un test general. La razón es que las personas puedan planificar y organizar sus vidas sobre la base de información parcial y teniendo en cuenta ciertos riesgos. En efecto, dado que la aplicación de la ley sería inevitablemente imperfecta, la propia ley, por muy clara que sea en su lenguaje, e incluso en ausencia de discrecionalidad a la hora de interpretarla, aplicarla o modificarla, genera incertidumbres

y riesgos. En ocasiones, el derecho adopta, deliberadamente, reglas que generan riesgo. Debemos concluir que, si bien el derecho pretende guiar, su capacidad para hacerlo está mucho menos firmemente conectada con los principios del *rule of law* que ya enumeré, de lo que frecuentemente se asume.

Debemos darnos cuenta de que la doctrina del *rule of law* ha sido caracterizada de manera insuficiente. Quizás simplemente se haya enunciado solo una parte de ella. Sin descartar la parte sensata de los cinco principios, necesitamos explorar y desarrollar, aún más, nuestro conocimiento de la doctrina.

C. Segunda puñalada: Gobierno arbitrario

Podemos empezar de nuevo observando que, al menos uno de los objetivos del *rule of law* de consenso común, es evitar el *gobierno arbitrario*. Podemos tomar esto como una pista que nos ayude a seguir desarrollando nuestra comprensión del *rule of law*.

En primer lugar, observamos que los cinco principios enumerados como primer intento (o primera “puñalada”), no eliminan la posibilidad de un gobierno arbitrario. Por ejemplo, un caso paradigmático de poder arbitrario es la utilización del poder público para el enriquecimiento de los gobernantes o de sus amigos y sus vínculos. Los cinco principios mencionados no excluyen el enriquecimiento propio, simplemente restringen los medios para conseguirlo.³ Ello demuestra que seguir esta pista puede contribuir a enriquecer nuestra comprensión del *rule of law*.

3. Posiblemente excluyan el enriquecimiento de mi familia al nombrar a sus miembros, pero permiten la discriminación indirecta al establecer una condición general que, de hecho, muy pocas personas (si acaso alguna) que no sean mi familia cumplen.

¿Qué es un “gobierno arbitrario”? ¿Qué es la arbitrariedad en general? Es una acción indiferente a las razones, a favor o en contra, de llevarla a cabo. El gobierno arbitrario es el uso del poder indiferente a las razones adecuadas por las que debe usarse el poder.

Aquí hay mucho que aclarar. Tengo que contentarme con un punto: el gobierno arbitrario es algo diferente a “tomar decisiones al azar”. Esto último podría ser una forma adecuada de decidir entre opciones cuando hay razones concluyentes para elegir una de ellas y, sin embargo, no hay ninguna razón (o ninguna razón conocida) para preferir una frente a las otras.

¿Cuáles son las razones que deben guiar a los gobiernos, de modo que la indiferencia hacia ellas defina a un gobierno arbitrario? Pues bien, los gobiernos están constituidos por la ley y, al crearlos, la ley (explícita o implícitamente) identifica sus propósitos. Está en su naturaleza, en tanto gobiernos, que deben seguir y aplicar el derecho, aunque este pueda crear excepciones, eximiendo a los gobiernos de tener que obedecer algunas leyes. ¿Por qué es una virtud de los gobiernos obedecer la ley? Recordemos que, por su naturaleza, el derecho aspira a tener legitimidad moral y, por su naturaleza, los gobiernos son el instrumento del derecho para su aplicación y desarrollo.

Así pues, en la medida en que el *rule of law* exige que los gobiernos sean fieles al derecho, se trata de una doctrina moral. Pero no todos los sistemas jurídicos son moralmente legítimos: ¿se sigue de ello que el *rule of law* no se aplica a ellos, porque no hay virtud moral en la aplicación de su derecho? No del todo. Lo que sí se sigue es que su aplicación es más ajustable, y que puede no haber razón alguna para aplicar ciertas leyes. Sin embargo, en su mayor parte, como muestra la analogía con las condiciones de prosperidad individual con la que empecé, todavía hay razones para cumplir con el derecho en la mayoría de los casos, incluso si en algunos casos puede ser anulada.

Aquí hay que tener en cuenta dos puntos decisivos. En primer lugar, no todas las fallas del gobierno a la hora de seguir

el derecho constituyen una violación del *rule of law*. En la mayoría de los casos, estas fallas se deben a errores o a incompetencia. Incluso el gobierno más concienzudo y cualificado es susceptible de cometer tales fallas.

En segundo lugar, sería un error pensar que la obediencia a la ley, entendida en sentido estricto, es la única guía para la acción gubernamental. Por un lado, los gobiernos tienen considerables poderes discrecionales y, por otro, al interpretar el derecho, como deben hacer, se guían por ciertas razones y deben evitar otras.

¿Existe una forma general de caracterizar qué razones deben guiarlos y cuáles no? Determinar qué fines perseguir en el ejercicio de poderes discrecionales, o en la interpretación del derecho, es cosa de la política cotidiana y el *rule of law* no controla el éxito de la política. Pero la propia naturaleza del gobierno en tanto gobierno proporciona una pista sobre los fines que puede perseguir.

Además, si bien la arbitrariedad de los gobiernos es la indiferencia respecto a si sus acciones concuerdan con sus propósitos, y esta parece ser una idea sencilla y útil, surgen algunas dificultades para comprender la idea. Esto nos obliga a darnos cuenta de que tenemos más preguntas que responder, aunque aceptemos que el *rule of law* excluye la arbitrariedad de los gobiernos.

He aquí la dificultad: ¿qué constituye “indiferencia por parte del gobierno” en relación a si persigue un objetivo que los gobiernos pueden perseguir legítimamente, tanto en la interpretación de la ley, como en el ejercicio de poderes discrecionales? No puede depender enteramente de las pretensiones del gobierno. Pondré un ejemplo: imaginemos el gobierno de un único gobernante heredero. Le llamaremos Rex. Rex ha ordenado la compra de un anillo de diamantes muy caro para su amante. Él afirma que tenía derecho a hacerlo porque su amante estará muy satisfecha con el regalo. La suya es una buena razón para hacer regalos entre amantes, si para ello utilizara su propiedad privada. El error de Rex es no darse

cuenta de que, aunque controla el erario público, no es su propietario. Rex parece carecer de la distinción conceptual entre derechos y poderes de los gobiernos y derechos y poderes de los propietarios privados. Tal vez, en su país, no se aplique la distinción. En tal caso, el *rule of law* no se aplica en su país. Si la Constitución de su país reconoce la distinción, entonces su acto va en contra del *rule of law*, ya que no puede afirmar haber actuado según un propósito que pueda identificarse con el propósito de un gobierno.

La dificultad radica en que, por un lado, no puede decirse que haya actuado arbitrariamente, es decir, con indiferencia a la razón: Rex pensaba que tenía una buena razón para su acción. Por otra parte, su error es más básico que un error ordinario sobre los fines que deben perseguir los gobiernos. Es un error al pensar que tiene los derechos de un propietario privado.

Así pues, la indiferencia a la razón, el uso arbitrario del poder, es solo una de las formas en que se puede atentar contra el *rule of law*.⁴ Otra forma es actuar con un propósito que claramente no es el que los gobiernos tienen derecho a perseguir. Hacerlo no es ser indiferente a la razón, pero no es algo que *cualquier* gobierno pueda hacer legítimamente. Esto está excluido por la propia naturaleza del gobierno. Por lo tanto, decir que está excluido no es cuestión de tomar partido sobre qué propósitos debería perseguir este o aquel gobierno. No es más que insistir en que debe actuar como gobierno.

4. Aquí otro ejemplo para demostrar que no basta con evitar la arbitrariedad. Imaginemos que Rex distingue correctamente los propósitos públicos de los privados. Pero cree que la pérdida para lo público será pequeña y compensada por el placer para su amante. Por lo tanto, cree que su acción está justificada. No actúa arbitrariamente. Pero actúa, como es comúnmente aceptado, en contra del *rule of law*.

D. Sugerencia final: El gobierno como guardián

¿Qué es actuar como gobierno? Los gobiernos no están para promover su propio interés, sino el de... En este punto hay varias sugerencias atractivas, pero me detendré en la más obvia: los intereses de los gobernados. Entendido en sentido amplio, por ejemplo, para incluir sus intereses morales, esto parece razonable. La justificación de las normas jurídicas y de las acciones gubernamentales debería ser que, como suele decirse, responden ‘a los intereses de los gobernados’.

En torno a este núcleo se concentran varias ideas:

- a) *Los intereses de todos* los gobernados deben tener el significado y la importancia que les corresponden.
- b) *Guardián*: la categoría de ‘los gobernados’, en sentido amplio, incluye a cualquier persona directamente afectada por la acción gubernamental. Pero el gobierno puede tener deberes especiales de velar por los intereses de algunas personas, porque es ‘su gobierno’, entendido de una manera especial. Los gobiernos son guardianes del interés público de aquellos cuyo gobierno constituyen. También deben tener en cuenta los intereses de los demás. Pero cuando esos otros tienen sus propios guardianes, su propio gobierno, la responsabilidad es compartida. Sus guardianes tienen una capacidad especial para decidir cómo proteger y promover sus propios intereses. ‘Nuestro’ gobierno no puede asumir el rol de ‘su’ gobierno. Por tanto, el deber para con aquellos de cuyo gobierno se trata es especial. Su aplicación es compleja, dependiente del contexto y propensa a la controversia.
- c) *Intención manifiesta*: los gobiernos se ajustan al *rule of law* cuando actúan y ejercen su poder de acuerdo al derecho. Los gobiernos pretenden ser moralmente legítimos, en parte, porque están constituidos por un sistema de derecho legítimo y ese derecho proporciona

razones que obligan a ese gobierno. El gobierno actúa arbitrariamente cuando no trata de cumplir el derecho. La prueba de conformidad con el *rule of law* es actuar con la intención manifiesta de servir a los intereses de los gobernados, expresados por la ley, su interpretación y aplicación moralmente correctas. Llamaré a esto la ‘idea central’.

E. Enriquecer los requisitos para adaptarlos a la idea central

La doctrina del *rule of law*, así entendida, exige la conformidad con lo que conocemos como las principales características de la responsabilidad pública.

- 6) Las razones por las que se toman las decisiones deberían declararse públicamente.

Esto puede parecer excesivo: seguramente no es necesario hacer públicas las razones de algunas decisiones. Es cierto. Pero todos los principios del *rule of law* establecen razones *pro tanto* que pueden ser anuladas por consideraciones contradictorias.

- 7) El proceso de toma de decisiones debería ser justo e imparcial.
- 8) También debería brindar oportunidades adecuadas para considerar argumentos e información relevantes (esto involucra diversos grados de representación y audiencia).
- 9) Las decisiones deben ser razonables, en función de los motivos expresados. Las decisiones irrazonables plantean dudas sobre si fueron tomadas por las razones expresadas.
- 10) *Convenciones presumidas*: la carga de demostrar que las acciones del gobierno se llevaron a cabo en la creencia de que servían a los intereses de los gobernados es

pesada. En la práctica, los requisitos del *rule of law* se cumplen cuando los funcionarios llevan a cabo sus actividades jurídicas de acuerdo con las convenciones sobre cómo hacerlo (cómo legislar, adjudicar, emitir órdenes ejecutivas, etc.). Las convenciones se basan en la cultura jurídica local del país en cuestión y, por supuesto, se ajustan a los demás requisitos del *rule of law*. Estas convenciones suscitan una doble presunción refutable: que su observancia sirve a los intereses de los gobernados y que los funcionarios que las siguen actúan en interés de los gobernados, tal como ellos lo ven.

- 11) La doctrina del *rule of law* y sus principales implicancias deberían formar parte de la cultura pública, estar integradas en la educación y en el discurso público y ser consideradas obvias y esenciales por todos. Los principios que encarna deben estar por encima de la controversia política, aunque su implementación detallada no lo estará.

4. En defensa del Principio

A. La necesidad de una defensa

La expresión “*rule of law*” se utiliza de diversas maneras. Posiblemente la gente la utiliza para expresar varios principios distintos. No estoy afirmando que el uso de la expresión de otro modo sea erróneo, ni tampoco que otros supuestos principios que reciben el nombre de *rule of law* sean todos erróneos. Sin embargo, me gustaría afirmar que la doctrina que he articulado es sólida y que expresa un pensamiento central en la tradición del pensamiento sobre el *rule of law*. No voy a dedicar mucho tiempo a defenderla frente al gran número de críticas equivocadas, dirigidas contra opiniones

como la mía.⁵ Pero al rechazar una crítica difundida, ayudamos a explicar por qué algunas perspectivas rivales no expresan ningún principio en absoluto.

Tengo en mente la observación, tantas veces repetida, de que el *rule of law*, en versiones similares a la mía, no garantiza que el derecho sea bueno o justo. Es decir, un sistema jurídico que se ajuste a los principios del *rule of law* puede ser injusto o fallar de alguna manera significativa. Por ejemplo, puede no respetar algunos derechos humanos.

La observación es correcta y válida para mi propia interpretación de la doctrina. El problema es que, tal como está formulada, no representa una crítica del principio que pretende criticar. Por ejemplo, no constituye una crítica al principio de libertad de expresión, el hecho de que un sistema jurídico pueda respetarlo sin ser justo, o pueda respetarlo violando otro derecho humano, como el derecho a la salud.

Pero, ¿no garantizan los principios del *rule of law* que el derecho sea justo, respetuoso de los derechos humanos, etc.? No solo no he hecho esa afirmación, sino que no creo que haya ningún principio, ni ninguna doctrina normativa, que por sí solo lo garantice. El derecho debe ajustarse a una variedad de principios morales y mostrar una serie de virtudes morales distintas. El *rule of law* es una de ellas, pero no la única. Tampoco hay otro principio o doctrina que nos asegure, por sí sola, que el derecho es justo, etc.

Permítanme explicarlo con la ayuda del importante e influyente debate de Lord Bingham sobre el *rule of law*.⁶ Él sostuvo que el *rule of law* englobaba ocho principios:

5. Para una exposición detallada y convincente de algunos errores comunes, véase J. Gardner, *Law as a Leap of Faith* (OUP 2012), cap. 8.

6. Tom Bingham, *The Rule of Law* (Allen Lane 2010). Muchos escritores siguen un camino similar. Un ejemplo es *The Judge in a Democracy* del Juez Barak (Princeton UP 2006), 54.

- 1) El derecho debe ser accesible, inteligible, claro y predecible.
- 2) Las cuestiones de derecho y de responsabilidad deben resolverse simplemente mediante el ejercicio del derecho y no mediante el ejercicio de la discrecionalidad.
- 3) Las leyes deben aplicarse igualitariamente a todos.
- 4) Los ministros y funcionarios públicos deben ejercer los poderes conferidos de buena fe, con equidad, para cumplir los propósitos para los que fueron conferidos esos poderes, de manera razonable y sin exceder los límites de dichos poderes.
- 5) La ley debe garantizar una protección adecuada de los derechos humanos fundamentales.
- 6) El Estado debe proporcionar un medio para resolver disputas que las partes no puedan resolver por sí mismas.
- 7) Los procedimientos de adjudicación proporcionados por el Estado deben ser justos.
- 8) El *rule of law* requiere que el Estado cumpla con sus obligaciones, derivadas de la normativa internacional y nacional.

Hay un considerable solapamiento entre estas condiciones y mi lista. Pero hay dos omisiones evidentes en la mía. Estas omisiones son la inclusión de la protección adecuada de los derechos humanos fundamentales y la exigencia del cumplimiento, por parte del Estado, de sus obligaciones en materia de derecho internacional.

Hay varias razones para disentir con la lista de Lord Bingham. A efectos de este trabajo, la razón importante es que no se trata de un principio o una doctrina, sino de un conjunto de principios diferentes, con diversas razones que los justifican.

En apoyo a la interpretación del *rule of law* de Lord Bingham, el Honorable Dominic Grieve QC (entonces Fiscal General de Inglaterra y Gales) explicó:

“Al observar estos ocho principios y, en particular, el quinto, que garantiza una protección adecuada de los derechos humanos fundamentales, evitamos el dilema identificado por el profesor Joseph Raz en su obra de 1979, *The Authority of Law*.

El profesor Raz argumentó que, aparentemente, en el marco del *rule of law* pueden existir sociedades que opriman a las minorías, avalen la esclavitud y apoyen las desigualdades sexuales, todo lo cual sería aborrecible para las democracias liberales. Y, sin embargo, al actuar en conformidad con estructuras y procedimientos legales estrictos, dichas sociedades podrían seguir afirmando, legítimamente, que se destacan por su conformidad con el *rule of law*”.⁷

Como puede verse, no he apuntado a un dilema, sino al simple hecho de que el derecho, para ser justo, legítimo o fundamentalmente bueno, debe ajustarse a más de un principio moral o a más de una doctrina moral. No se logra nada (y se pierde mucho) al simplemente enumerarlos todos como si compartieran una misma justificación, como si tuvieran una importancia similar, o como si fueran de alguna manera parecidos. La claridad en la práctica y en la teoría se consigue reconociendo su diversidad.

B. Malinterpretación de los documentos internacionales

Como ya he señalado, no existe uniformidad a la hora de entender el *rule of law* y esto es válido, tanto para los documentos oficiales, como para los debates académicos. Esta sección ofrece algunos ejemplos para ilustrar este punto. Además,

7. Honorable Dominic Grieve, “*The Rule of Law and the Prosecutor*”, (2013), recuperado de: <www.gov.uk/government/speeches/the-rule-of-law-and-the-prosecutor>.

como se demostrará, a veces la afirmación de que en la práctica jurídica prevalece la denominada interpretación gruesa del *rule of law* (a grandes rasgos, que el *rule of law* significa el imperio del buen derecho) se basa en una lectura errónea de los documentos en cuestión.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene la siguiente frase: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho (*rule of law*),⁸ a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.⁹ Es la única mención al *rule of law* en la declaración y, por desgracia, a veces se cita en apoyo a la opinión de que la doctrina del *rule of law* incluye la conformidad con los derechos humanos. De hecho, es una clara manifestación en sentido contrario: el *rule of law* es independiente de los derechos humanos, pero debe utilizarse para protegerlos.

Muchos de los tratados fundamentales de derechos humanos no mencionan, en absoluto, el *rule of law* (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). A veces, el *rule of law* recibe una definición amplia. Un ejemplo típico es el informe de 2004 del Secretario General de la ONU sobre “El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”.¹⁰ En él se afirma que el *rule of law* (Estado de Derecho):

8. *N. de la T.*: En la traducción oficial del Preámbulo en español, de Naciones Unidas, la locución original “rule of law” se traduce como “régimen de Derecho”.

9. Fragmento en español recuperado de la traducción original de la página de Naciones Unidas: <www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

10. *N. de la T.*: En la traducción oficial del Informe del Secretario de Naciones Unidas, la locución “rule of law” se traduce como “Estado de Derecho”. Recuperado de: <<https://www.un.org/securitycouncil/es/content/secretary-generals-reports-submitted-security-council-2004>>.

Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.¹¹

Sin embargo, el texto del informe da a entender, en repetidas ocasiones, que el *rule of law* no incluye la justicia.¹² En ocasiones, el *rule of law* se equipara a “la ley y el orden”¹³ y, del mismo modo, el informe lo distingue de la democracia y los derechos humanos. He aquí algunos ejemplos:

- 1) “De esa manera [las Naciones Unidas] trataron de promover varios objetivos, entre ellos llevar ante la justicia a los culpables de infracciones graves de los derechos humanos y el derecho humanitario; poner fin a esas infracciones y prevenir su repetición; asegurar justicia y dignidad para las víctimas; establecer un historial de los acontecimientos pasados; promover la reconciliación nacional; restablecer el imperio de la ley y contribuir al restablecimiento de la paz” (párr. 38).

11. Fragmento en español recuperado de la traducción original de la página de Naciones Unidas: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement>>.

12. Véanse las repetidas referencias a la justicia y al *rule of law* como elementos separados, Secretario General de la ONU (n 8) párrafos 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20, 23, 37, 49, 56, 57.

13. Secretario General de Naciones Unidas (n 8) párrafos 29, 32, 52, 53.

- 2) “la comunidad internacional está obligada a intervenir directamente para proteger los derechos humanos y la seguridad de las personas en situaciones en que un conflicto ha obstado al imperio de la ley” (párr. 34)
- 3) “no se puede aplazar la adopción de medidas urgentes para restablecer la seguridad humana, los derechos humanos y el imperio de la ley” (párr. 27)
- 4) “Los problemas que se plantean después de los conflictos hacen necesario optar por un planteamiento que equilibre múltiples objetivos, entre los que se encuentran la búsqueda de la rendición de cuentas, la verdad y la reparación, la preservación de la paz y la construcción de la democracia y el Estado de derecho” (párr. 25).¹⁴

En síntesis: el uso del término “*rule of law*”, por parte del Secretario General de Naciones Unidas, contradice su propia y explícita definición del término.

C. La doctrina defendida

La conformidad con la doctrina y sus principios tiene algunas ventajas evidentes:

- 1) La doctrina aplica a todas las ramas del derecho y establece un estilo común de elaboración, aplicación y ejecución de la ley, facilitando la planificación y la coordinación, así como un lenguaje y un enfoque en común, compartido por los profesionales del derecho.

14. *N. de la T.*: Todos los fragmentos fueron tomados de la traducción oficial del informe del Secretario, disponible en la plataforma de Naciones Unidas. Como puede verse, algunas veces *rule of law* ha sido traducido como “imperio de la ley” y, otras, como “Estado de Derecho”. Sin embargo, la locución en el documento en inglés siempre se mantiene como *rule of law*.

- 2) Al hacer visibles las razones del derecho, en términos relativos, facilita el debate sobre los méritos del derecho.
- 3) Mejora las posibilidades de una reforma sensata.
- 4) Establece y fomenta la recopilación de información a través de procedimientos razonados de aplicación de la ley. Promueve el cambio gradual mediante la interpretación.
- 5) Es una virtud universal del derecho en tanto derecho. Por lo tanto, facilita la coordinación y cooperación internacional. Ayuda a desarrollar una comprensión mutua a través de las fronteras, gracias a la similitud entre los principios que subyacen a las instituciones jurídicas.
- 6) El punto más importante tiene que ver con la compleja relación entre el *rule of law*, en sí mismo una doctrina moral, y otros principios morales. Creo que puede describirse como una calle de doble sentido: el *rule of law* toma prestados principios morales de otros y también contribuye a la generación de nuevos principios morales derivados. ¿Cómo toma prestado? Ya he mencionado que la aplicación de la doctrina exige basarse en convenciones que pueden variar con el tiempo y el contexto. Ahora bien, cuando existe un principio moral de cierto peso (de modo que su violación, incluso por parte de las instituciones jurídicas, rara vez está justificada) y si se trata, entre otras cosas, del funcionamiento de las instituciones, entonces tiene sentido incorporarlo a la doctrina del *rule of law* como una de sus convenciones. *Audi alteram partem* puede ser un ejemplo: existen razones generales de equidad para escuchar a una persona que podría verse perjudicada por una decisión. Estas razones son solo razones *pro tanto*. No tengo que escuchar a todos los que puedan verse perjudicados por algo que hago, aunque tengo motivos

para hacerlo cuando sea factible. Es lógico que la exigencia de que los tribunales y otras instituciones del derecho lo hagan se considere uno de los principios del *rule of law*. Es decir, es una presunción refutable que la acción de algunas instituciones jurídicas sea arbitraria (y, por lo tanto, sea una violación del *rule of law*) así como quizás injusta, si viola el principio *audi alteram partem*. Existen, por supuesto, otros ejemplos. Pero el *rule of law* también contribuye a la moralidad y genera principios morales derivados. Esto puede ocurrir de varias maneras. La más común se debe al hecho de que, cuando se cumple, el *rule of law* genera expectativas respecto de que sus principios serán cumplidos. Y la gente, a menudo, confía justificadamente en que serán cumplidos en diversos casos particulares. Así, a través del principio de respeto de las expectativas justificadas, las convenciones del *rule of law* adquieren una fuerza moral independiente. Es decir, independiente de la justificación de la doctrina tal como yo la explico.

Debo plantear dos advertencias. En primer lugar, mis observaciones han puesto de relieve algunas ventajas de la similitud en la aplicación de la doctrina a diversas ramas del derecho y al derecho de distintos países. Pero los principios a través de los cuales se aplica el *rule of law* permiten un margen considerable de flexibilidad y adaptabilidad. Su aplicación al derecho bancario puede diferir considerablemente de su aplicación al tratamiento de la delincuencia juvenil, y su aplicación en las jurisdicciones del *common law* puede diferir de su aplicación en las jurisdicciones del *civil law*, sin comprometer los fundamentos que los sustentan. El *rule of law* puede cumplirse respetando, al mismo tiempo, las importantes diferencias entre países que expresan sus tradiciones locales.¹⁵

15. Como resulta obvio, no será compatible con todas las tradiciones posibles.

Es fácil ver la flexibilidad en la aplicación de la doctrina si consideramos que se aplica no solo al derecho de los Estados, sino también al derecho de, por ejemplo, las organizaciones sin fines de lucro. Su derecho, el derecho de las asociaciones, también está destinado a servir a un bien común y no debe ser arbitrario ni autointeresado. Sin embargo, no cabe esperar que las formas de reglamentación de las asociaciones, o su método de resolución de conflictos, se ajusten exactamente a los mismos principios que, insistimos, deben aplicarse al derecho de los Estados.

Además, el hecho de que la implementación del *rule of law* esté mediada por convenciones que establecen presunciones refutables deja mucho margen para su adaptación a las tradiciones locales. Así, por ejemplo, en algunos países, las disputas de cierto tipo se resuelven mediante litigios que tienen lugar ante un juez y un jurado. La desviación frente a ello es una violación del *rule of law*. En otros países no existen los jurados y a los litigios los resuelven grupos de expertos. En esos países, la desviación respecto de ese procedimiento es una violación del *rule of law*.

He hecho hincapié en la adaptabilidad del *rule of law* a las tradiciones locales, ya que es una condición para que pueda calificarse como doctrina moral universal, y ayuda a refutar las críticas de que es una manifestación de una cultura que impone sus normas a otras. Ahora es el momento de mencionar, brevemente, mi segunda advertencia. Aunque la conformidad con el *rule of law* tiene claros beneficios morales, no garantiza que prevalezcan la justicia, la democracia y el respeto de los derechos humanos. Para evitar la injusticia y otros defectos morales, el derecho debe poseer un conjunto distintivo de virtudes.

Hace tiempo, señalé que el *rule of law* nos protege de los riesgos que crea la existencia del derecho.¹⁶ El derecho se uti-

16. Joseph Raz, *The Authority of Law* (OUP 1979) cap. 11, 228.

liza para garantizar distintas condiciones valiosas, cuya naturaleza varía según las circunstancias y las opiniones de los gobernantes. El *rule of law* no contribuye directamente al éxito en su consecución. Pero, aunque el derecho pueda utilizarse para lograr muchas cosas buenas, su existencia también crea oportunidades para muchas cosas malas. Todos lo sabemos. El derecho es una estructura poderosa y quienes la controlan tienen poder. Un poder del cual, como sucede con todo tipo de poder, se puede abusar. El *rule of law* ayuda a protegernos de algunos de esos riesgos.

D. La doctrina defendida: de los subproductos a la virtud

Y esta es la razón de su gran valor. Todas las ventajas de ajustarse al *rule of law* que he mencionado son subproductos de la virtud principal: actuar con la intención manifiesta de proteger y promover los intereses de los gobernados.

Basándome principalmente en dos premisas –que los gobiernos solo pueden actuar en interés de los gobernados, y que los errores honestos sobre qué es y qué implica son materia de política cotidiana, y los errores honestos de este tipo no violan el *rule of law*– concluí que la virtud del *rule of law* reside en tender a asegurar que el gobierno actúe con la intención manifiesta de servir a los intereses de los gobernados.

Algunas aclaraciones:

- 1) Estaría bien que todo el mundo estuviera de acuerdo con las premisas. Consolidaría la comprensión y el respeto por el *rule of law*. Pero no todo el mundo lo hace. Mi defensa de la doctrina del *rule of law* depende de la solidez de las premisas, no de que todo el mundo esté de acuerdo con ellas. Aun así, la doctrina, tal y como yo la entiendo, sirve para proteger los intereses de las personas que discuten sus premisas. Por ejemplo, si alguien cree profundamente que el único propósito

del derecho es realizar la voluntad de Dios, entonces respetar las convicciones de esa persona sirve a sus intereses y el derecho, al servir a los intereses de las personas, servirá a ese interés y a otros. Esto no elimina el desacuerdo sobre la finalidad del derecho y seguirán existiendo desacuerdos prácticos sobre las políticas jurídicas, aunque facilita la coexistencia pacífica.

- 2) Sería absurdo afirmar que la conformidad con el *rule of law* puede eliminar, por completo, el uso arbitrario del poder u otras formas de abuso del poder jurídico. Simplemente ayuda a hacerlo.
- 3) Quizás lo más inquietante sea que, a veces, la acción vulneratoria del *rule of law* puede, de hecho, favorecer los intereses de los gobernados. A veces, la violación del *rule of law* es la única forma de proteger intereses importantes de la población. El *rule of law* es una importante doctrina moral. Pero en ocasiones su violación puede estar moralmente justificada.
- 4) ¿La justificación del *rule of law*, tal como se explicó aquí, ayuda con la crítica a la ingenua enumeración de los cinco primeros principios del *rule of law* que constituyó mi primer intento de comprender la doctrina? Creo que sí. La crítica consistía en que los cinco principios pueden aplicarse en diversos grados, no todos ellos deseables, pero que carecemos de criterios para juzgar lo que realmente exigen. La doctrina que he desarrollado proporciona dos herramientas. En primer lugar, estos principios se aplican a través de diferentes convenciones en distintos países y, de hecho, en distintas ramas del derecho. Las diferentes doctrinas constitucionales de división y atribución de poderes implican que los diversos órganos están sujetos a diferentes estilos de procesos judiciales, que prevalecen diferentes normas para la delegación de poderes de los órganos

superiores a los inferiores, etc. En segundo lugar, cada convención es interpretada y su fuerza normativa se evalúa a la luz de su justificación. Es decir, a la luz de lo que se necesita para establecer que la acción en cuestión (la que se encuentra en el límite de la convención, o que la contradice pero que, no obstante, puede estar justificada), se adopta de forma plausible en interés de los gobernados.

Para finalizar, el *rule of law* nos protege del uso arbitrario del poder jurídico y, también, de otro tipo de abusos del poder. Esto lo convierte en una doctrina moral de gran importancia. La confianza en que el derecho lo respeta es una condición de la confianza en el derecho y en el gobierno en general. Y, por lo tanto, es una condición de la capacidad del gobierno para gobernar bien. Así pues, aunque el *rule of law* no garantiza la conformidad con los demás principios a los que debería ajustarse el derecho, está cerca de ser una condición para que el derecho pueda ajustarse a ellos. Este punto de vista puede verse en innumerables documentos internacionales que llaman a garantizar el *rule of law* como una condición para el respeto de los derechos humanos, de los principios de justicia, entre otras cosas.

Quizás no sorprendentemente, el hecho de que el *rule of law* nos proteja de los males para los cuales la existencia del derecho crea oportunidades, lo convierte en la virtud específica del derecho en tanto tal. Una doctrina universal aplicable a todos los sistemas jurídicos: la virtud propia del derecho, cuyo respeto es necesario para que el derecho tenga cualquier otra virtud.

Fecha de recepción, 6 de mayo de 2024

Fecha de aceptación, 22 de junio de 2024