

## POPULISMO Y RULE OF LAW

### POPULISM AND RULE OF LAW

Recibido: 30/09/2018 – Aceptado: 18/09/2019

**Juan Cianciardo<sup>1</sup>**

Universidad de Navarra (España)

jcianciardo@unav.es

<sup>1</sup> Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra (España).

## Resumen

El propósito general de este trabajo consiste en plantear y poner a prueba la tensa relación que existe entre las ideas de algunos autores que se consideran o son considerados populistas y el *rule of law*. Para ello se procurará, concretamente: a) dar con algunas de las notas principales que caracterizan al populismo; b) exponer los cuestionamientos que desde posiciones próximas al populismo o populistas se han hecho hacia la idea de *rule of law*; c) detectar cuáles son los campos de referencia más importantes del *rule of law* y proponer la conveniencia e incluso necesidad de dar con un significado focal o nuclear del *rule of law*, e indagar cuál pueda ser ese significado; d) contraponer la versión débil de *rule of law*, que propone su carácter amoral, con su contrapartida, la versión fuerte o robusta.

**Palabras clave:** Populismo; Rule of law; Estado de derecho; Derechos humanos; Dignidad humana.

## Abstract

The general purpose of this paper is to contemplate and assess the tense relation there is among ideas of some authors who consider themselves or are considered populist and the rule of law. In order to do so, what has specifically been done is: a) outline certain principles which characterize populism; b) expose questioning from views close to populism or which populists have made on the idea of rule of law; c) identify which are the most important areas of reference of the rule of law and suggest the convenience and need to achieve a nuclear definition for rule of law, and research which could it be; d) contrast the weak version of rule of law, which poses its amoral character, with its strong or robust version.

**Keywords:** Populism; Rule of law; State of Law; Human rights; Human dignity.

## Sumario

1. Planteamiento
2. La crítica del populismo a la noción de *rule of law*
  - 2.1 Elementos para una caracterización del populismo
  - 2.2 La crítica
3. En busca de un significado focal o nuclear
4. La concepción minimalista o débil del *rule of law*
5. El concepto "débil" o "minimalista" y el concepto "fuerte" o "robusto" de *rule of law* y la crítica populista
  - 5.1 Apuntes para la crítica de la posición débil
    - 5.1.1 El fundamento del *rule of law* es inequívocamente moral
    - 5.2.2 Hay buenas razones para que un gobernante injusto se aparte del *rule of law*
    - 5.1.3 Tercera crítica: la naturaleza de los *desiderata*
  - 5.2 Concepción "robusta" de *rule of law* y populismo
6. Bibliografía

## 1. Introducción

El propósito general de este trabajo consiste en plantear y poner a prueba la tensa relación que existe entre las ideas de algunos autores que se consideran o son considerados populistas y el *rule of law*.

Lo primero que aparece a la vista de quien se aproxime a estos dos términos de comparación es la dificultad de definirlos. Una parte importante de la tarea consistente en relacionar lo que probablemente se resume en establecer a qué nos referimos cuando los empleamos. Esto no debe, sin embargo, extrañar: la Filosofía es reflexión, y por eso comporta ir y volver sobre lo que decimos, y sobre lo que queremos decir y hacer con lo que decimos.

Al aproximarnos al *rule of law* nos encontramos frente a un abanico de temas diversos, incluso heterogéneos, que caen bajo el paraguas de una expresión elástica, y por eso atractiva, y a la vez confusa, y por eso riesgosa. Pueden reunirse en torno a ella constitucionalistas, economistas, politólogos,

filósofos, con todo lo interesante que ofrece un estudio potencialmente interdisciplinar, pero también con la posibilidad latente de un deslizamiento hacia un diálogo aparente, en el que los distintos interlocutores se refieran con las mismas palabras a realidades solo muy remotamente relacionadas entre sí. Este peligro refuerza lo dicho recién: una primera aproximación al *rule of law* presenta casi de inmediato la necesidad de clarificar a qué nos estamos refiriendo<sup>2</sup> (y sus citas<sup>3</sup>).

Por otro lado, de modo paralelo, el tema del populismo político es también enrevesado, con un abanico amplio de definiciones acerca de lo que el populismo es que coinciden en puntos a los que no siempre es fácil reconocerles relevancia. Se trata, sin embargo, como señaló Carlos I. Massini Correas, de un fenómeno evidentemente de moda en Iberoamérica: en los últimos años se han publicado varios libros a su favor<sup>4</sup>, o en su contra<sup>5</sup>. En general, estos libros se centran en las versiones iberoamericanas del populismo, surgidas bajo la inspiración del modelo chavista. Otros trabajos recientes, como *Populisme. Les demeurés de l'histoire*, de Chantal Delsol<sup>6</sup>, se centran en los movimientos populistas de derecha europeos, tales como el Frente Nacional francés, *Forza Italia* de Berlusconi, el partido Ley y justicia de los hermanos Kaczynski en Polonia y el movimiento de Jörg Haider en Austria. También se podría sumar a este grupo, sostiene Massini, a

2 CHARLESWORTH, H. "Human Rights and the Rule of Law After Conflict". En: *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Cane, P. (ed.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010, pág 46.

3 Por otra parte, conviene tener presente que el interés por la clarificación conceptual del rule of law tiene, además del muy elevado y prestigioso provecho teórico consistente en evitar diálogos paralelos o aparentes, el propósito muy práctico aunque no tan prestigioso de establecer a quién se adjudican fondos económicos para su promoción, y en qué consisten, concretamente, sus obligaciones al respecto. Conviene tener presente, respecto de esto último, que en el período 1990-2006 el Banco Mundial aprobó trescientos treinta proyectos sobre el *rule of law* dentro de los "Rule of law assistance programmes", por la suculenta cantidad de 2.9 billones de dólares. En 2007 se destinó a estos proyectos la suma de 424.5 millones de dólares.

4 LACLAU, E. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

5 ZANATTA, L. *El populismo*. VILLEGAS, Federico (trad.). Buenos Aires-Madrid: Katz, 2015; WIÑAZKI, M. *Crítica de la razón populista*. Buenos Aires: Margen Izquierdo, 2015.

6 DELSOL, C. *Populisme. Les demeurés de l'histoire*. Mónaco: Ed. du Rocher, 2015.

los denominados "comunitaristas" norteamericanos, liderados por Mary Ann Glendon<sup>7</sup>, Robert Bellah<sup>8</sup>, y el canadiense Charles Taylor<sup>9</sup>.

Teniendo este complejo contexto a la vista, el objetivo general del proyecto en el que se inscribe este trabajo es sin embargo sencillo: consiste en plantear y poner a prueba una crítica a la idea de *rule of law* que parece derivarse de algunas de las tesis centrales del populismo (una síntesis del argumento en Bustamente Kuschel<sup>10</sup>, asimismo, Mendonça<sup>11</sup>). Esta crítica se sustenta en un diagnóstico y da lugar a una propuesta dentro del seno del populismo mismo. El diagnóstico es que el *rule of law* habría sido empleado de modo sistemático, especialmente en países subdesarrollados, por grupos hegemónicos para perpetuarse en su situación de dominación o hegemonía, dificultando o impidiendo que los gobiernos lleven adelante su tarea. Desde esta perspectiva, los grupos empresariales, sindicales o intelectuales, la alta sociedad o incluso la burguesía ilustrada habrían cooptado el discurso jurídico (concretamente, los ocho *desiderata* del *rule of law*) y lo habrían transformado en una herramienta de dominación. La respuesta o terapéutica frente a este diagnóstico negativo, se sostiene, consistiría en reducir la intensidad de la vigencia del *rule of law*, con la finalidad de que el gobierno (no pocas veces encarnado en un líder carismático) combata con éxito contra la hegemonía.

Una y otra cosa (diagnóstico y terapéutica) pueden ser criticados por separado. Si el diagnóstico fuese equivocado perdería interés la terapéutica. La plausibilidad del diagnóstico puede ser abordada, a su vez, desde dos perspectivas

7 GLENDON, M. A. y ALVIRA, R. (eds.) *Religion and civil society: the changing faces of religion and secularity*. Hildesheim, New York: Georg Olms Verlag, 2014.

8 BELLAH, R. "The Heritage of the Axial Age: Resource or Burden?" En: *The Axial Age and Its Consequences*. BELLAH, R. y JOAS, H. (eds.). Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2012.

9 TAYLOR, Ch. *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

10 BUSTAMENTE KUSCHEL, G. "Racionalidad populista versus democracia representativa". *Revista Cultura Económica*. 2012, Año XXX, núm. 83, agosto, pág. 35.

11 MENDONÇA, D. "Populismo como vontade de democracia". *Revista Colombia Internacional*. 2014, núm. 82, págs. 51-70. [Fecha de consulta: 20/10/2018] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n82/n82a04.pdf>.

diferentes. La primera consiste en una hipotética comparación entre el grado de desarrollo al que se arriba en lugares que respetan de modo distinto el *rule of law*, o al hipotético grado de desarrollo al que se arribaría en un lugar respetando más o menos el *rule of law*. En este trabajo no abordaré este aspecto del problema. Me limito a apuntar ahora, de pasada, que toda propuesta de actuación que se derive de una comparación así, adolece a primera vista de un defecto común a todas las éticas teleológicas, la así llamada deficiencia epistemológica: conocer cuál es el impacto redistributivo de un *rule of law* de menor intensidad frente al de un *rule of law* de mayor intensidad es incluso más difícil que saber si a Argentina le conviene jugar en el próximo mundial de fútbol con dos o con tres delanteros.

Existe un segundo modo de abordar la plausibilidad del diagnóstico, un abordaje íntimamente conectado con la terapéutica propuesta, consistente en examinar qué concepto de *rule of law* se emplea en él. La primera hipótesis que se pretende poner sobre la mesa es que el diagnóstico populista es acertado solo respecto de una versión del *rule of law* –que en el trabajo será denominada “versión débil”– que lo reduce en última instancia a pura forma, a exigencia lógica, y no acepta o acepta solo muy débilmente que tenga conexión con la Moral y con la Política, y no lo es, en cambio, respecto de una versión más robusta, que afirma, por el contrario, la tesis de la conexión.

Una segunda hipótesis es que, incluso asumiendo que el *rule of law* en su versión robusta es manipulado por las élites, hay buenas razones para afirmar que no es aceptable su sacrificio (a todos o a algunos de sus componentes) como medio para alcanzar el fin que se propone: una mejor distribución de la riqueza.

Existen varios modos de intentar verificar las dos hipótesis. Mi propuesta es un recorrido con seis estaciones o paradas que debería permitirnos:

- a) dar con algunas de las notas principales que caracterizan al populismo;
- b) exponer los cuestionamientos que desde posiciones próximas al populismo o populistas se han hecho hacia la idea de *rule of law*;
- c) detectar cuáles son los campos de referencia más importantes del *rule of law* y proponer la conveniencia e incluso necesidad de dar con un significado focal o nuclear del *rule of law*, e indagar cual pueda ser ese significado;
- d) contraponer la versión débil de *rule of law*, que propone su carácter amoral, con su contrapartida, la versión fuerte o robusta;

- e) explorar si las críticas formuladas al *rule of law* desde posiciones populistas o próximas al populismo han tenido algún tipo de plasmación en la jurisprudencia constitucional latinoamericana de los últimos años. Me propondré, en concreto, examinar muy brevemente las consecuencias de la crítica mencionada sobre el derecho al acceso a la justicia;
- f) examinar las diferencias entre la aplicación de la crítica populista al Estado de Derecho a la "versión débil" del *rule of law* y la aplicación a la "versión robusta".

En este trabajo me limitaré a las cuatro primeras estaciones, y dejaré para otra ocasión las dos últimas.

## **2. La crítica del populismo a la noción de *rule of law***

### **2.1 Elementos para una caracterización del populismo**

Como se mencionó al comenzar, no resulta sencilla la caracterización del populismo. No lo es por la variedad de actores políticos que son calificados o se califican a sí mismos como populistas, y por el despliegue sincrónico y diacrónico de esa variedad. En mi opinión, sin embargo, existen cuatro notas centrales o fundamentales que permiten una adecuada aproximación:

- 1) La emergencia de una nueva categoría política que se presenta transversalmente a las anteriores. "Categoría" no significa en este contexto ideología, sino "lógica de acción política": "más importante que los contenidos doctrinales son aquí las fórmulas o estilos de los que hace uso, la retórica empleada, y la manera en la que aspira a hacerse con la hegemonía. Por eso puede hablarse de un populismo de izquierdas y otro de derechas. Si los contenidos ideológicos jugaran un papel central esta distinción no sería posible, o lo sería al precio de perder precisión semántica"<sup>12</sup>. Ernesto Laclau es sin dudas el autor que ha hecho más énfasis en este aspecto.
- 2) La circunstancia de que esa emergencia ocurra como reacción a un proceso de brusco cambio social, que muchas veces consiste en una crisis más o menos generalizada o la produce como una de sus consecuencias. Es en

este contexto de cambio en el que las ideas populistas se proponen como una panacea capaz de revertir la situación<sup>13</sup>.

- 3) La eliminación o pérdida de significación de instancias intermedias de representación, en conexión con una descripción dramática de la situación que se atraviesa, la elección de uno o varios antagonistas a los que se achaca la responsabilidad en la generación de esa situación, la apelación al “pueblo” como elemento totalizador y el surgimiento de un líder carismático al que no pocas veces se le atribuyen capacidades y competencias fuera de lo común<sup>14</sup>.
- 4) La crítica al *rule of law*, que desde el punto de vista institucional se concreta en varias direcciones que se adoptan tácticamente según cuáles sean las circunstancias sobre las que se opera: a) la pérdida de relevancia del Poder Legislativo (dentro de un contexto general de cuestionamiento de la representación política en aras de transferir poder a “asambleas de base”, lo que muchas veces, paradójicamente, conduce a un decisionismo radical); b) la desconfianza en los organismos burocráticos de control de la acción gubernamental (ombudsman, defensor del pueblo, etc.); c) la crítica del Poder Judicial, que sigue dos direcciones antagónicas: c’) la exacerbación del legalismo (el caso de Forza Italia); c’) la cooptación del Poder Judicial mediante su depuración ideológica y la incorporación a sus filas de adeptos a la causa (algunos ejemplos del neoconstitucionalismo relativista latinoamericano).

## 2.2 La crítica

Profundicemos un poco en la última nota mencionada. Según algunos autores populistas, el *rule of law* no describe el funcionamiento de la democracia y es, incluso, difícilmente compatible con sus exigencias. Entender el argumento exige como paso previo explicar cuál es el concepto de democracia desde el que se hace la crítica. En un trabajo de hace ya unos años, Margaret Canovan propuso distinguir entre la “democracia pragmática” y la “democracia redentora”<sup>15</sup>. En opinión

13 *Ibidem*, pág. 55.

14 VALLESPÍN, F. y MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M. *Op. cit.* pág. 55.

15 CANOVAN, M. “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”. *Political Studies*. 1999, Vol. 47, núm. 1, págs. 2-16.

de Fernando Vallespín y Mariam Bascuñáin, tanto los defensores del *rule of law* como los populistas coinciden en definir a la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, pero difieren en el modo de alcanzar ese ideal. Los primeros entienden que la traslación de la "voluntad general" no puede hacerse si no es a través de "todo un conjunto de mediaciones, destacando entre ellas el sistema representativo y los controles constitucionales del poder", en tanto que los segundos privilegian el elemento democrático, y rechazan o reducen al máximo todo aquello que se interponga entre el voto y la acción política. Se trata, en realidad, de dos componentes, el republicano y el popular, el pragmático y el redentor, que se encuentran en permanente tensión. Para los populistas –sostenedores de la "democracia redentora"– el elemento democrático tiene una prevalencia absoluta sobre el republicano, y en definitiva sobre las exigencias del *rule of law*.

Antes de avanzar es oportuno reconocer, como proponen Vallespín y Bascuñáin citando a Canovan, que "las reflexiones en torno a los populismos nos obligan a cuestionarnos algunos aspectos de la democracia que solemos dar por supuestos", y que, aunque son muy críticos con el populismo, "la aspiración por incorporar a las masas como agente político se ha traducido después en una «enmarañada red» institucional en la que han acabado atrapadas sin saber ya bien cuál es su papel o cómo valerse de ellas para que satisfagan sus intereses"<sup>16</sup>. Dicho con otras palabras, en la crítica populista a la democracia vigente hay elementos muy rescatables, que obligan como mínimo a su replanteamiento.

Aclarado este último punto, sobre el que no profundizaremos en este trabajo, corresponde avanzar. Desde la perspectiva del populismo, la democracia –la "democracia redentora"– se transforma en el único principio regulador de toda la actividad política<sup>17</sup>. Y esto es así porque el *rule of law* no sería ni siquiera una descripción correcta de lo que ocurre de hecho en la democracia. En un trabajo importante y relativamente reciente sobre el tema, un grupo de intelectuales de izquierda (marxistas analíticos, crítico–nihilistas y seguidores del *Critical Legal Studies Movement*), ha afirmado que:

16 VALLESPÍN, F. y MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M. Op. cit., pág. 260.

17 MASSINI CORREAS, C. I. "La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al *rule of law* y una respuesta desde las ideas de John Finnis". *Persona y Derecho*. 2015, núm. 73, pág. 204.

“... la concepción normativa del gobierno del Derecho es una fantasía de la imaginación de los juristas. Ella es implausible como descripción. [...] Por concepción normativa entendemos solo lo siguiente. Primero, un conjunto de normas constituye Derecho si y solo si ellas satisfacen ciertas condiciones formales. Segundo, las reglas que satisfacen esas condiciones formales son obedecidas. Por lo tanto, el Derecho gobierna cuando las acciones siguen a normas anteriores. La cuestión de si el Derecho gobierna es por lo tanto una cuestión de obligación, obediencia o cumplimiento”<sup>18</sup>.

El *rule of law* es, desde esta perspectiva, un retrato en el mejor de los casos ingenuo del funcionamiento de los sistemas jurídicos, que habría que sustituir, como sostiene críticamente Massini Correas, “por una visión empírico-sociológica, que afronte las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de las relaciones fácticas de poder y dominación”<sup>19</sup>. En este sentido, afirman los autores que acabo de mencionar:

“... el gobierno del Derecho puede prevalecer solo cuando la relación de fuerzas políticas es tal que los que son más poderosos encuentran que el Derecho está de su lado, o bien, para decirlo de modo inverso, cuando el Derecho es la herramienta preferida por los poderosos”<sup>20</sup>.

Desde este punto de vista, para los débiles *rule of law* equivale solo a previsibilidad, y la previsibilidad, claro está, puede o no estar asociada a la justicia. En definitiva, habría que caer en la cuenta de que el Derecho “no puede ser separado de la política”, entendida esta última como un conjunto de relaciones de poder. Siendo las cosas así, la estabilidad que se pretendería alcanzar a través del *rule of law* debe ser buscada de modo más eficiente a través de una democracia no limitada por mecanismos de tipo formal.

Esa búsqueda conduce a Gargarella a afirmar que la “prelacia de la democra-

18 AA.VV. *Democracy and the Rule of Law*. MARAVALL, J. M. & PRZEWORSKI, A. (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

19 MASSINI CORREAS, C. I. Op. Cit., pág 205.

20 AA.VV. *Democracy and the Rule of Law*. Op. cit., pág. 3.

cia" –que él denomina "mayoritarismo" (*majoritarianism*)– puede alcanzar eficientemente ese equilibrio político sin necesidad de recurrir al gobierno del Derecho; en particular –escribe este autor– "los mayoritaristas tienen buenas razones para rechazar aquellos controles que conducen a la transferencia de la 'última palabra institucional' a una institución no–mayoritaria (v. gr. la revisión judicial)"<sup>21</sup>.

El *rule of law* debería ser abandonado, concluye críticamente Massini, porque constituye uno de los elementos constitutivos de una concepción "normativa" del Derecho, "según la cual la teoría jurídica es un saber práctico, que estudia las instituciones y actividades jurídicas según su modo de ser paradigmático y no tal como aparecen a una mirada meramente fáctico–descriptiva"<sup>22</sup>.

### 3. En busca de un significado focal o nuclear

Con *rule of law*, como decía al comienzo, pueden querer decirse muchas cosas. Hilary Charlesworth propone, concretamente, seis campos de referencia para este concepto<sup>23</sup>. Teniendo en cuenta que la hipótesis central del presente trabajo es que la crítica populista es certera solo respecto de una concepción del *rule of law* pero no lo es respecto de otra, el interés por llevar adelante un intento de clarificación conceptual es evidente.

El punto de partida para afrontar esa tarea puede ser la siguiente advertencia: estamos en presencia de un producto de la cultura jurídico–política. No es un hecho de la naturaleza, sino un constructo. Como todo constructo se basa, sin embargo, en algo dado, que sirve como punto de partida del trabajo del constructor, y presupone la búsqueda de una finalidad. Indagando en una y otra cosa es que puede encontrarse qué es lo que tienen en común los diferentes sentidos de *rule of law*, y cuál es, quizá, su significado focal o nuclear.

Desde los constitucionalistas clásicos en adelante, todos los sentidos de *rule of law* se basan en la idea de autoridad<sup>24</sup>. Es decir, en la existencia de alguien

21 *Ibidem*, pág. 161.

22 MASSINI CORREAS, C. I. Op. cit., págs. 205–206.

23 CHARLESWORTH, H. Op. cit.

24 DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Liberty Fund, Inc., 2005, cap. IV.

que tiene a su cargo la coordinación de conductas de quienes componen una comunidad. Y la finalidad consiste, en todos los casos, en poner de manifiesto un límite a la actuación de esa autoridad<sup>25</sup>. Un matiz crítico interesante en Martínez Cinca<sup>26</sup>. Ese límite fue expresado de un modo particularmente exitoso por Lon Fuller a través de ocho *desiderata* o exigencias que todo Estado debe respetar si quiere ser considerado un Estado que cumple con el *rule of law*. Esos *desiderata* son los siguientes: (1) las reglas de derecho son prospectivas, no retroactivas; (2) no son imposibles de cumplir; (3) sus reglas son promulgadas públicamente; (4) han de ser claras (fácilmente inteligibles); (5) deben ser coherentes entre sí; (6) también han de resultar lo suficientemente estables como para que la gente pueda orientar por ellas su conducta; (7) las reglas serán relativamente generales; y (8) quienes tienen autoridad para crear y aplicar las reglas habrán de cumplir esas mismas reglas y aplicar el derecho coherentemente y según su tenor<sup>27</sup>. Como se mencionaba recién, hay coincidencia en que con el *rule of law* se trata de “poner de manifiesto” un límite a la autoridad. A partir de aquí se distinguen dos concepciones posibles de esa finalidad, que simplificando un poco el lenguaje podríamos denominar “concepción minimalista” y “concepción normativa”. Para la primera, el *rule of law* es una declaración de lo que la autoridad no puede hacer para ser realmente autoridad, es decir, para coordinar con eficacia y justicia las conductas de quienes integran la comunidad. Si las leyes no fueran claras, por ejemplo, las órdenes de la autoridad carecerían de eficacia, no podrían ser obedecidas. La exigencia de claridad es, desde esta perspectiva, una condición de posibilidad para que las órdenes de la autoridad sean eso: órdenes.

Para la concepción normativa, en cambio, el *rule of law* expresa no solo lo que la autoridad no puede hacer, sino también lo que debe hacer. Quienes adoptan este segundo punto de vista pueden a su vez entender que el *rule of law*

25 VIOLA, F. *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Tornero Cruzatt, Y. (trad.). Lima: Palestra Editores, 2017, págs. 13-29.

26 MARTÍNEZ CINCA, C. D. “Paradojas de la “soberanía popular”. Un análisis en clave filosófica”. *Revista RYD. República y Derecho*. 2018, núm. III, págs. 1-26.

27 FULLER, L. *The Morality of Law. Revisited edition*, New Haven, Connecticut, Virginia: Yale University Press, 1969, págs. 33-94.

coincide con todo lo que es exigible a la autoridad en orden a que el Derecho sea justo, o que es al menos una importante parte de ello. La adopción de una u otra alternativa dependerá en buena medida de qué tan amplio sea el campo de referencia del *rule of law* que se adopte (tiene importancia, en este sentido, que se considere que incluye a los derechos humanos, o que no lo hace<sup>28</sup>).

Los que adoptan la concepción minimalista lo hacen basados en el valor de la seguridad. Ello los conduce a afirmar que el respeto del *rule of law* es consistente con la existencia de un grado amplio de iniquidad. El *rule of law* carecería, desde esta perspectiva, de todo contenido moral. La autoridad no puede –insisto, en el sentido de que no consigue o alcanza fácticamente– ser tal, es decir, coordinar conductas, sin leyes prospectivas, sin publicidad de las leyes, etc. El respeto de los ocho *desiderata* de Fuller es un umbral que toda autoridad no traspasa, incluso la despótica o perversa, porque de lo contrario no podría hablarse de autoridad. Así, los *desiderata* expresarían el conjunto de las condiciones indispensables para que el Derecho sea eficaz. El *rule of law* sería, por eso, como explica gráficamente Raz, un cuchillo afilado, que tanto puede ser usado por un cirujano para curar a su paciente (el gobernante justo) como por un asesino cruel para descuartizar a su víctima (el gobernante injusto).

Quienes adoptan la concepción normativa aceptan esa visión reductiva o focalizada pero entienden que o bien algunos –o al menos alguno– de esos caracteres o rasgos se vincula con la eficacia y también con la justicia, o bien el *rule of law* no se limita a los *desiderata* propuestos por Fuller sino que: a) tiene algunos *desiderata* más en los que su conexión con la justicia es muy cercana<sup>29</sup>,

28 Cfr. al respecto CRAIG, P. "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework". *Revista Public Law*. 1997, pág. 467; TAMANAHA, B. Z. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, caps. 7 y 8; TRUJILLO, I. "Estado de derecho y práctica de los derechos humanos". *Revista Persona y Derecho*. 2016, núm. 73, págs. 161-180 y ETCHEVERRY, J. B. "Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y recíproca limitación". *Revista Derecho del Estado*. 2017, núm. 36, págs. 3-21.

29 Es el caso de Finnis, quien agrega: al menos cuatro más, de carácter institucional: (i) la independencia de la judicatura; (ii) la publicidad de los procedimientos judiciales; (iii) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y acciones de otros tribunales y de los funcionarios en general; y (iv) la accesibilidad de los tribunales para todos, incluidos los pobres (FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos*

y/o b) se conecta con los derechos humanos. Dentro de esta última vertiente, hay quienes reducen esa conexión a los derechos de primera generación y quienes la amplían a los derechos de la segunda generación.

La famosa disputa entre Hart y Fuller ha sido en torno a estos temas<sup>30</sup>. Dicho de modo muy simple, aunque también muy expresivo, se trata de determinar si el *rule of law* tiene algún tipo de contenido moral. Como es ampliamente conocido, esa discusión ha tenido un eco destacado en la filosofía jurídica actual. Algunos autores, entre quienes destacan el propio Hart y, más próximo en el tiempo, Matthew Kramer, responden negativamente a esta pregunta, y elaboran lo que un poco más arriba denominé “concepción minimalista o débil del *rule of law*”, a la que me referiré con más detalle en el epígrafe siguiente.

La hipótesis que pretendo desarrollar es que quienes defienden la concepción minimalista no advierten –o advierten, pero no sacan todas las conclusiones que deberían sacar– que: a) el fundamento del *rule of law* es inequívocamente moral; b) no hay buenas razones para que un gobernante injusto cumpla con el *rule of law*; y c) cada uno de los *desiderata* que componen el *rule of law* son desde el punto de vista de su estructura principios, y no reglas. Por lo tanto, su satisfacción no procede a modo de umbral –no es un “on-off”, un “pasa o no pasa”– sino por grados. Dicho con otras palabras, en su misma estructura se encuentra presente la aspiración a un mayor grado de cumplimiento de lo que ellos mismos proponen como umbral.

Son tres advertencias pequeñas que sin embargo tienen, desde mi punto de vista, consecuencias importantes en el debate precedente. Una cuarta crítica, que aquí desarrollaré muy limitadamente pero se encuentra en la base de las tres anteriores, es que la propuesta minimalista del *rule of law* no acaba de comprender la naturaleza práctica del fenómeno jurídico.

*Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, págs. 298–304).

30 El punto de partida clásico se encuentra en HART, H. L. A. “Book Review: The Morality of Law by Lon Fuller”. *Revista Harvard Law Review*. 1965, Vol. 78, págs. 1281–1296. y en FULLER, L. L. *The morality of law. Revisited Edition*. Virginia: Yale University Press, 1969. Una aproximación reciente que destaca el carácter fundamental o “básico” de lo que se discutió allí en FARRELL, M. D. “Volviendo a lo básico: el debate Hart – Fuller”. En: *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje a Andrés Ollero*. HERMIDA DEL LLANO, Cristina y SANTOS, José A.(coords.). Madrid: Congreso de los Diputados, 2015, págs. 249–273.

#### 4. La concepción minimalista o débil del *rule of law*

La definición de la concepción minimalista o débil del *rule of law* tiene como punto de partida la opinión de Herbert Hart en el antiguo debate, recién mencionado, que tuvo con Lon Fuller. Esa discusión tuvo ecos recientes en un nutrido intercambio entre los profesores Matthew Kramer y Nigel Simmonds, de la Universidad de Cambridge<sup>31</sup>. En las páginas que siguen me focalizaré en los textos de Hart y acudiré a los trabajos de Kramer y Simmonds para indagar acerca de sus posibles interpretaciones.

Para entender la posición de Hart hay que partir de Fuller, para quien el respeto por parte de un sistema jurídico del *rule of law* implica la afirmación de que ese Derecho posee una "moralidad interna". Frente a esta afirmación se levantó la crítica de Harten tres ocasiones a las que me referiré a continuación.

Rex, el célebre personaje de Fuller en su libro *The Morality of Law*, hace el descubrimiento de que no puede gobernar si no cumple con ocho exigencias o *desiderata*, a las que el autor se refiere como las ocho características del Estado de Derecho<sup>32</sup>. Rex descubre también, y esto es lo que dará lugar a debate, que el cumplimiento de esos ocho *desiderata* conduce al dictado de normas justas, lo que le hace pensar que las características mencionadas expresan un ideal moral: son un reflejo de la "moral interna del Derecho". Si lo que Fuller afirma fuera cierto, habría entonces una conexión necesaria entre el *rule of law* y la moral.

31 Se trata, concretamente, de catorce trabajos científicos, ocho de Kramer y seis de Simmonds, publicados en la *American Journal of Jurisprudence*, en OUP, y en *Oxford Journal of Legal Studies*, entre otros lugares. Matthew Kramer es Professor of Legal and Political Philosophy en la Universidad de Cambridge. Nacido en 1959, estudió en Cornell (B. A.), Harvard (J. D.) y Cambridge (Ph. D., LL. D.); ha escrito catorce libros, ha editado cuatro y tiene más de setenta artículos publicados en Filosofía jurídica, política y moral. Nigel Simmonds es Reader in Jurisprudence at the University of Cambridge and Dean of College at Corpus Christi College, Cambridge. El debate se tornó áspero sobre el final, de lo que parece lamentarse Simmonds (Simmonds 2011, 135).

Cfr. una síntesis de las referencias más importantes en Kramer 1999, 62-71; 2004a; 2004b, 182-216; 2006; 2007, 105-109; 2008; 2011. Simmonds, por su parte, ha debatido con Kramer, entre otros lugares, en Simmonds 1986, 115-125; 2004; 2005; 2009; 2010.

32 FULLER, L.L. Op. cit., cap. II

Hart trata la tesis de Fuller por primera vez en el capítulo IX de *The Concept of Law*, dedicado a “Las normas jurídicas y la moral”. Allí, concretamente en el tercer epígrafe (“Validez jurídica y valor moral”), afirma lo siguiente:

“Aparecen otros aspectos adicionales de esta forma mínima de justicia, que podríamos llamar «natural», si analizamos lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social –tanto en las reglas de juegos como en el derecho– que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales. Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos; han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo. Esto significa que, en la mayoría de los casos, los que eventualmente sean castigados por la transgresión de las reglas habrán tenido la posibilidad y la oportunidad de acatarlas. Obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad. En verdad, un crítico del positivismo ha visto en estos aspectos del control mediante reglas algo que importa una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y ha sugerido que se los denomine «la moral interna del derecho». También aquí, si esto es lo que significa la conexión necesaria del derecho y la moral, podemos aceptarla. Infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad”<sup>33</sup>.

Un segundo texto relevante se encuentra en la reseña de Hart a *The Morality of Law*. Él dice allí que es un error pensar que el Derecho es una realidad “moral” por el solo hecho de que es una actividad que persigue fines. Lo ejemplifica con el caso del envenenamiento. El envenenamiento es una actividad que persigue un fin, y sin embargo sería un error afirmar que los principios del arte del envenenamiento posean una “moralidad inherente”.

33 HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Translated by G. R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, págs. 255–256; HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon Press, 1994, pág. 207.

“Envenenar es sin duda una actividad con una finalidad, y las reflexiones sobre su finalidad pueden mostrar que posee principios internos. («Evitar los venenos, sin importar lo letales que puedan ser, si provocan que la víctima vomite», o «Evitar los venenos, sin importar lo letales que puedan ser, si es probable que por su forma, color o tamaño atraigan la atención»). Pero llamar a estos principios del arte del envenenador «la moral del envenenamiento» sencillamente borraría la distinción entre la noción de eficiencia en alcanzar una finalidad y los juicios últimos sobre las actividades y finalidades que conciernen a la moral en sus diversas formas”<sup>34</sup>.

Poco tiempo después Hart volvería sobre el tema. Lo hizo en un texto denominado “Problems of the Philosophy of Law”, escrito originariamente para la *Encyclopedia of Philosophy* de Paul Edwards, publicada en 1967. Sostuvo allí que:

“Las leyes, sin importar cuán impecable sea su contenido, pueden ser de poca ayuda a los seres humanos y pueden causar tanta injusticia como sufrimiento a menos que se ajusten en general a ciertos requisitos que podrían ser denominados en sentido amplio procedimentales... Estos requisitos procedimentales se relacionan con cuestiones tales como la generalidad de las reglas jurídicas, la claridad con la que son expresadas, la publicidad que se les confiere, el tiempo de su promulgación y la manera en la que los jueces las aplican a los casos individuales. Las exigencias de que el derecho, excepto en circunstancias especiales, debe ser general (debe referirse a clases de personas, cosas y circunstancias, no a individuos o acciones particulares); debe estar libre de contradicciones, ambigüedades y oscuridades; debe ser promulgado públicamente y fácilmente accesible, y no debe operar de forma retroactiva, son denominadas usualmente como los principios de legalidad. Los principios que exigen que los tribunales, al aplicar reglas generales a casos particulares, lo hagan sin interés personal en el resultado u otro tipo de predisposiciones y escuchando los argumentos sobre cuestiones de derecho y las pruebas sobre cuestiones de hecho de ambas partes en disputa, son a

34 HART, H. L. A. “Book Review: The Morality of Law by Lon Fuller”. *Harvard Law Review*. 1965, Vol. 78, págs. 1281-1296, pág. 1287.

menudo denominados reglas de justicia natural. Juntos, estos dos conjuntos de principios definen el concepto de Estado de Derecho”<sup>35</sup>.

¿Cómo interpretar estos tres textos? ¿Cuál era, en definitiva, la opinión de Hart acerca de la posible naturaleza moral del *rule of law*? Algunos autores han sugerido que su posición al respecto es ambigua. ¿En qué consistiría la ambigüedad de Hart? Para responder a esta pregunta conviene analizar brevemente tres afirmaciones del pasaje de *The Concept of Law* transcrito precedentemente:

- a) Primero, Hart entiende que las características del gobierno de la ley se encuentran “estrechamente vinculadas con las exigencias de justicia que los abogados han denominado «principio de legalidad»”;
- b) En segundo lugar, sostiene que “un crítico del positivismo” –presumiblemente Fuller, apunta Simmonds<sup>36</sup>– ha encontrado aquí un fundamento para afirmar la existencia de una “conexión necesaria entre Derecho y Moral”;
- c) Por último, en tercer lugar, Hart concluye que:

“Si esto es lo que la conexión necesaria del Derecho con la Moral significa, podemos aceptarla. Lamentablemente es compatible con grandes iniquidades”. (“If this is what the necessary connection of law and morality means, we may accept it. It is unfortunately compatible with very great iniquity”).

¿Qué significa que “podemos aceptar” la tesis de la necesaria conexión? La ambigüedad mencionada más arriba proviene de que no hay una respuesta nítida a esta pregunta. Simmonds señala, en este sentido, que el texto da lugar a dos interpretaciones, dependiendo que adjudiquemos a la mención que Hart hace de la tesis de Fuller un sentido genuino o irónico. Se pregunta Simmonds: “¿sugiere Hart que, a la luz de su compatibilidad con grandes iniquidades, las características formales del gobierno por reglas (o de reglas) no pueden constituir realmente una conexión con la moral, al menos en un sentido sustancial o significativo? ¿O sugiere que hay aquí en efecto una conexión significativa y necesaria entre Derecho y Moral, pero no del tipo que su teoría busca negar?”<sup>37</sup>.

35 HART, H. L. A. “Problems of the Philosophy of Law” En: Edwards, P. *The Encyclopedia of Philosophy*. NY: Macmillan Publishing Co, 1967, págs. 273-274

36 SIMMONDS, N. E. *Law as a Moral Idea*. New York: Oxford University Press, 2007, pág. 70.

37 Idem.

Simmonds propone llamar a la primera posición "lectura irónica" y la segunda "lectura concedente o de concesión" (de Hart a Fuller).

No es sencillo decantarse por una u otra lectura. Una interpretación aislada del pasaje de *El concepto del Derecho* nos acerca a la primera posición; una interpretación a la luz de –o junto con– lo que Hart expuso en su texto de 1967 nos conduce quizá a la segunda, probablemente como resultado de una evolución del pensamiento del autor.

Según esta última lectura posible, el positivismo que sostiene Hart no niega la existencia de toda conexión entre Derecho y Moral, sino tan solo la existencia de una conexión necesaria entre la validez del Derecho y su justicia o injusticia sustantivas. De acuerdo con esta comprensión, "Hart podría conceder que hay una conexión necesaria entre Derecho y Moral, pero no una conexión que garantice la justicia sustancial del Derecho"<sup>38</sup>. Si los ocho *desiderata* de Fuller se refieren solo a las características formales del Derecho, tales como la publicidad y la irretroactividad, pero no a su contenido sustantivo, "Hart podría coherentemente reconocer el significado intrínsecamente moral de estas características formales y, a la vez, la clara separación entre validez jurídica y justicia sustantiva"<sup>39</sup>.

Simmonds expone dos argumentos contra la plausibilidad de esta lectura de las ideas de Hart:

- a) Si construyésemos de este modo (basados en la lectura de la concesión) el positivismo hartiano, sería difícil entender por qué Hart sostiene que la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los oficiales debe basarse exclusivamente en el auto-interés, y no en razones morales. Esta afirmación no parece coherente con la lectura de la concesión, y sí, en cambio, con la lectura irónica o, dicho con otras palabras, no parece consistente con la tesis *soft* de la desconexión y sí con la de la tesis *hard*, o tesis que niega la existencia de toda conexión entre Derecho y Moral.
- b) Por otro lado, si la lectura de la concesión fuese correcta, deberíamos esperar que Hart aceptase la idea de Fuller según la cual el Derecho tiene una "moralidad inherente". Como es sabido, Fuller distingue entre

38 Idem.

39 SIMMONDS, N. E. Op. cit., pág 71.

la moralidad que inhiere al Derecho de la que es externa a él. Esta última moralidad es la que determina la justicia o injusticia sustantivas del Derecho. Hart podría e incluso debería aceptar la moralidad inherente y rechazar, en cambio, la moralidad externa. Sin embargo, lejos de hacerlo, insiste en un rechazo frontal del argumento completo de Fuller.

Analicemos un momento la “lectura irónica”. Según ella, Hart sostiene, en el fondo, que la aceptación de que el Derecho contiene características formales no implica la aceptación de una moral inherente a él, o que constituye un ideal o una idea moral, si el respeto de esas características es compatible en los hechos con grandes iniquidades.

Respecto de esto último se abren dos posibles interpretaciones. Es posible, en efecto, mantener que la compatibilidad del *rule of law* con injusticias no necesariamente anula su carácter moral. Dicho con otras palabras, la idea sería que el hecho de que en un sistema (X) tenga dos características: (Y) el respeto del *rule of law* y (Z) iniquidades o inmoralidades, no se sigue que la primera de las características sea inmoral.

De acuerdo con una segunda interpretación, en cambio, la compatibilidad de las ocho características del *rule of law* con grandes iniquidades demuestran que no constituyen una verdad moral.

Simmonds replica a quien podría sostener esto último con un argumento interesante: la aceptación de que el respeto del principio de legalidad, en sentido amplio, es compatible con injusticias, no anula el carácter moral de ese principio, por un lado, y suele ir de la mano de la satisfacción de un cierto grado de justicia, por otro.

En su crítica a Radbruch, Hart había sugerido la conexión que existe entre los distintos valores, y que el logro de uno conduce muchas veces al sacrificio o compromiso de otro; ahora parece opinar, en cambio, exactamente lo contrario: es decir, parece afirmar que la compatibilidad del *rule of law* con grandes iniquidades indica que no es una idea intrínsecamente moral.

Pasemos por último a otro aspecto importante del debate en torno a la moralidad del *rule of law*, que aparece con nitidez en la recensión de Hart a *The Morality of Law* de Fuller. Como surge de la transcripción que se ha hecho, Hart dice allí que es un error pensar que el Derecho es una realidad “moral” por el solo hecho de que es una actividad que persigue fines. El envenena-

miento, sostiene, es una actividad que persigue un fin, y sin embargo sería un error afirmar que los principios que rigen el "arte" del envenenamiento (cuyo seguimiento permite que alguien sea eficazmente envenenado) posean una "moralidad inherente". Sostiene Simmonds que emerge aquí con fuerza, nuevamente, la ambigüedad que se expuso un poco más arriba, puesto que del pasaje aquí aludido caben dos interpretaciones: la de que del hecho de que una actividad tenga un fin no se deduce su carácter moral, por un lado, o la de que los ocho *desiderata* de Fuller son simples principios de eficacia que son compatibles con cualquier estatuto moral, por otro<sup>40</sup>.

¿Cuál es el balance, en definitiva, que puede hacerse de la posición de Hart sobre el *rule of law*? Waldron ha señalado que, en su opinión, estamos ante una de las "tres grandes omisiones" del trabajo de Hart. Omisiones que son "preocupantes", "no porque den prueba de que su contribución en apariencia sobrehumana también tiene límites, sino por el efecto que han tenido en la tradición de la filosofía analítica que siguiera los pasos de Hart"<sup>41</sup>. Según Waldron, la contribución hartiana fue sobre todo "defensiva", puesto que el propósito que tuvo fue rebatir a Fuller, negando que la aceptación del *rule of law* supusiese el reconocimiento de la existencia de una moralidad interna del Derecho. Una vez "defendida" la posición, todo lo que encontraremos es, por un lado, una contribución "positiva" muy modesta, limitada a la afirmación de

40 SIMMONDS, N. E. Op. cit., págs. 76-77. Entre los seguidores de Hart que más esfuerzo han hecho por echar luz en el debate precedente se encuentra, como ya se mencionó, Matthew Kramer. El trabajo de este autor ha tenido entre sus fines centrales el de defender que el Derecho y la moral son estrictamente separables (Kramer 1999, 1; Kramer 2017, 534), tal como el propio Hart lo hizo. Para lograrlo, una de las estrategias que empleadas por Kramer ha sido la de criticar todas aquellas teorías que afirmen la "conexión indisoluble" del Derecho con la Moral. Es en ese contexto que este autor ha prestado una atención especial al *rule of law*, inicialmente en la versión de Fuller. En tanto que la posición de Hart respecto del *rule of law* puede considerarse ambigua, la de Kramer no lo es: sostiene de modo decidido y muy claro que el positivismo es perfectamente compatible con el *rule of law*, y que la aceptación del *rule of law* no implica la aceptación de la existencia de una conexión necesaria del Derecho con la Moral.

41 WALDRON, J. "Hart y los principios de legalidad". En: CLAIRE GRANT, C y COLBURN, B.(comp.). El legado de H. L. A. Hart. *Filosofía jurídica, política y moral*. ORUNESU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge L. (trad.). Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, pág.106.

que los principios debían “ser mantenidos firmemente separados de nuestra comprensión –nuestra comprensión positivista– de lo que *el derecho es*”, y, por otro, una contribución “negativa” igualmente decepcionante, inclinada “a considerar a la preocupación sobre la legalidad y el Estado de Derecho como una fuente de confusión en la teoría jurídica”<sup>42</sup>.

Desde mi punto de vista, difícilmente estemos de una omisión indeliberada. Las dos lecturas que se siguen de ella –la irónica, según la cual el *rule of law* no tiene ningún contenido moral, y la de la concesión, según la cual el *rule of law* tiene una moralidad inherente, pero de un grado tal (con tan poca intensidad) que no influye de manera perceptible en el contenido del Derecho– coinciden finalmente en un punto: según Hart, *el rule of law* no tiene relevancia en la teoría del Derecho, carece de interés iusfilosófico. Y carece de interés iusfilosófico porque la exigencia del *rule of law* no nos dice nada relevante acerca de qué es el Derecho (de cuál es el fin que el Derecho persigue), y por lo tanto desde la perspectiva de Hart no hacía falta un tratamiento del tema extenso ni claro. El *rule of law* no pasa de ser un conjunto de requerimientos formales que pueden ser empleados tanto por gobernantes justos como por gobernantes injustos (en el sentido relevante de justicia o injusticia).

Si esto fuera así, es indudable que el populismo tendría razón al criticar a todos aquellos regímenes injustos en los que *el rule of law* haya sido respetado.

## **5. El concepto “débil” o “minimalista” y el concepto “fuerte” o “robusto” de *rule of law* y la crítica populista**

### **5.1 Apuntes para la crítica de la posición débil**

#### **5.1.1 El fundamento del *rule of law* es inequívocamente moral**

Sostiene Finnis que “el sentido fundamental de los *desiderata* es asegurar a quienes están sujetos a la autoridad la dignidad de la autodeterminación y de la libertad respecto de ciertas formas de manipulación. El imperio del derecho está por tanto entre las exigencias de la justicia o equidad”<sup>43</sup>.

Preguntarse por el sentido fundamental es tanto como preguntarse porqué

42 *Ibidem*, pág. 109.

43 FINNIS, John. *Op. cit.*, pág. 301.

afirmar el *rule of law* y no más bien negarlo, o cuál es la razón o el conjunto de razones que se encuentran en la base de su aserción o que lo sustentan. El hecho de que el *rule of law* sea el único modo de tratar a la persona como agente, de respetar su libertad, no justifica su aceptación, es un hecho que por sí solo no justifica nada. Cabría la posibilidad de afirmar que no se encuentra razón alguna para tratar (o incluso que existen algunas razones para no tratar) a la persona como tal (como agente). Para dar con el fundamento del *rule of law*, con su sentido fundamental, debe unirse a ese hecho la obligación moral de respetar a la persona en cuanto tal, y por tanto respetar entre otras cosas su carácter de agente, de ser libre cuya libertad exige reconocimiento, tutela e incluso promoción.

Un primer apunte consiste, desde esta perspectiva, en la afirmación de que el fundamento del *rule of law* es inequívocamente moral: la opción por el *rule of law* se basa en última instancia en la aceptación de que es obligatorio el respeto de la persona en cuanto agente que se autodetermina.

### **5.1.2 Hay buenas razones para que un gobernante injusto se aparte del *rule of law***

La discusión entre Fuller, Hart, y los seguidores de uno y otro giró en torno a la pregunta de si puede un dictador perseguir sus fines perversos a través del *rule of law*. Finnis señala con razón que una de las claves del debate consiste en analizar el sentido de "puede". Si por "puede" se entendiese "posibilidad lógica", como parece pretender Hart, o "realización histórica", como se sigue de la lectura de algún pasaje de Fuller, la razón la tendrían Hart y sus seguidores (aunque en el punto siguiente matizaremos esta afirmación), o Fuller y sus seguidores, respectivamente.

Hay, sin embargo, un enfoque más interesante que los dos anteriores: "la pretensión verdaderamente relevante, que emerge calladamente de las referencias de Fuller a la «reciprocidad», es ésta. Una tiranía entregada a fines perniciosos no tiene razón por sí misma suficiente para someterse a la disciplina de operar coherentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal autodisciplina es precisamente el valor de la reciprocidad,

equidad, y respeto por las personas que el tirano, *ex hypothesi*, desprecia”<sup>44</sup>.

Hay buenas razones, muy evidentes, para que un gobernante injusto se aparte del *rule of law*, al menos de algunas de sus características, en especial, como sostiene Finnis, del octavo *desiderata* (que las autoridades cumplan lo establecido por la ley). Dicho con otras palabras, es falso que un gobernante injusto no pueda apartarse del *rule of law*, al menos en el significado central que corresponde adjudicarle a ese “puede” (es decir, si tiene o no buenas razones para apartarse).

### 5.1.3 Tercera crítica: la naturaleza de los *desiderata*

Según Kramer, siguiendo a Hart, el *rule of law* no es un ideal moral porque los gobiernos perversos tienen buenas razones para adherir al *rule of law* con la misma extensión que los gobiernos justos<sup>45</sup>. Más allá del examen que se hizo en el punto anterior, existe un argumento que incluso echa por tierra la corrección de esta última afirmación desde un punto de vista lógico.

En efecto, lo sostenido por Kramer solo tiene sentido si se concibe al *rule of law* como un umbral, como el umbral de la inteligibilidad o de la eficacia del Derecho. Concebido así, se entiende la afirmación de que el gobernante perverso necesita del *rule of law* porque de lo contrario no podrá perseguir (o no podrá perseguir de modo eficaz) sus perversos propósitos. Es el cuchillo afilado al que se refiere Raz. El asesino lo necesita para matar eficazmente tanto como el cirujano para trabajar con honestidad. El gobernante justo y el tirano necesitan del *rule of law* “con la misma extensión” a la que se refiere Kramer.

En mi opinión, sin embargo, se esconde aquí un error. Hart y Kramer postulan la negación del carácter moral del *rule of law* porque tratan a sus exigencias como normas o reglas, como un “umbral”, como un pasa – no pasa, y no advierten que son principios (esto explica, entre otras cosas, que se los llame “*desiderata*”). Como principios, se trata de exigencias que operan como mandatos de armonización: ordenan que el objeto al que apuntan (un estado de cosas) sea realizado en la máxima medida que resulte compatible con el resto de los principios. Es decir, no existe, estrictamente, un “umbral” pasado el cual se ha

44 FINNIS, John. Op. cit. Págs. 301-302.

45 KRAMER, M. H. 1999, Op. cit., pág. 238.

satisfecho lo que propone un *desiderata*; o, dicho de otro modo, pasar el umbral de los *desiderata* equivale a disolver ese umbral, a negar su existencia.

Vistas las cosas desde este punto de vista se justifica afirmar lo contrario de lo que sostiene Kramer: un gobernante justo tiene buenas razones para adherir al *rule of law* con una extensión mayor de la que podría hipotéticamente tener la adhesión de un tirano (que, hipotéticamente, se conformaría con un traspaso básico del umbral de inteligibilidad, conformidad que violaría la naturaleza de principios o *desiderata* que tienen las exigencias del *rule of law*).

## 5.2 Concepción "robusta" de *rule of law* y populismo

Llegados a este punto corresponde aplicar la distinción entre concepto "débil" o "minimalista" y concepto "fuerte" o "robusto" de *rule of law* a la crítica populista, transformada en acción política en tantos países.

a) La negación del carácter moral del *rule of law* ha conducido a su reducción a mero instrumento. Desde este punto de vista, por un lado, el empleo del *rule of law* no nos dice nada acerca del fin que se persigue con él, y, por otro, como contrapartida, ese empleo depende estrictamente de su eficacia en orden a alcanzar el fin que se le haya asignado. Si hubiera un instrumento más eficaz, se justificaría dejarlo de lado.

Si todo esto fuera así, habría que aceptar tanto el diagnóstico como la terapéutica ha propuesto –e incluso realizado en no pocos lugares– el populismo. Habría que abandonar el *rule of law* cuando no conduce a los fines que el populismo se propone, o lo hace pero de un modo menos eficiente que otros mecanismos alternativos. Paralelamente, habría que desmontar –o deconstruir– la perversidad consistente en atribuir al *rule of law* carácter moral para así encubrir una de las tácticas utilizadas por los poderosos para avasallar a los débiles y consolidar su propia hegemonía<sup>46</sup>.

b) La reducción apuntada es en mi opinión un reduccionismo, la totalización

46 En un defecto semejante se podría incurrir desde un neoconstitucionalismo que negara la referencia de los derechos humanos a contenidos indisponibles (por ejemplo, reduciéndolos a ponderación). Desde una posición como esta, situaciones de cierta gravedad justificarían la necesidad de buscar un instrumento más eficaz que el *rule of law*. Es lo que ha ocurrido en ocasiones al perseguir el terrorismo o la subversión, o al intentar combatir emergencias económicas mediante un replanteamiento continuo de las reglas del juego.

de un segmento o de una percepción parcial de la realidad. La raíz última del reduccionismo al que me refiero proviene probablemente de uno de los rasgos que Llano y Ballesteros, entre otros, adjudican a la Modernidad: la pérdida de la noción de analogía<sup>47</sup>. Si bien es cierto que la inteligibilidad del Derecho depende entre otras cosas de alguna de las características del *rule of law*, no parece adecuado entender que esa inteligibilidad pueda aislarse o encapsularse y disociarse de la eficacia y/o de la justicia del Derecho. El cómo es aquí indisociable del porqué (como ocurre, por otra parte, en la Filosofía en general<sup>48</sup>, puesto que la inteligibilidad del Derecho es la inteligibilidad de una praxis, y la inteligibilidad de una praxis es la inteligibilidad de los fines que esa praxis persigue<sup>49</sup>). Debe tenerse en cuenta, además, que la plena inteligibilidad aparece solo desde la perspectiva de la comprensión, es decir, de la respuesta a la pregunta acerca de porqué esos fines y no otros. Desde el punto de vista de la versión “robusta” del *rule of law*, por lo tanto, el diagnóstico populista no es correcto respecto del significado focal o nuclear del *rule of law*, y tampoco lo es la terapéutica.

c) El *rule of law*, entonces, no es solo el piso que condiciona la inteligibilidad, sino también un principio que expresa una pretensión de justicia que

47 LLANO, Alejandro. La nueva sensibilidad. 2ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1988, págs. 212-233; BALLESTEROS LLOMPART, J. “Libertad-igualdad, ¿disyuntiva o copulativa?”. En: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos, 1989, págs. 22-23.

48 ZUBIRI, X. Naturaleza. Historia. Dios. Madrid: Editora Nacional, 1963, págs. 103 y 228.

49 ZAMBRANO, P. “L’orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali. Un approccio su tre livelli a partire dal caso dell’aborto”. *Rivista Ars Interpretandi: di ermeneutica giuridica*. Año 2012, núm. 1, pág. 135. De la misma autora: “Principi, ragioni e diritti. Il diritto come differenzapratica”. *Rivista Di Filosofia Del Diritto*. Año 2013(a), núm. 1, págs. 169-190; ZAMBRANO, P. “Las condiciones de inteligibilidad de las prácticas constitucionales. una aproximación a partir del caso del aborto”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año 2013(b), Vol. 46, núm. 138, págs. 1111-1147; y, más recientemente: “A Moral Reading of Argentine Constitutional Case Law on the Right to Life before Birth”. En: ZAMBRANO, P. y SAUNDERS, W. (eds.). *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases under Scrutiny. Concluding Reflections by John Finnis*. Berlin, Warszawa, Wien: Peter Lang, 2019, págs. 185-204. Un desarrollo de estas ideas en ZAMBRANO, P. y CIANCIARDO, J. *La inteligibilidad del Derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: San Pablo, 2019, cap. 4.

nunca será enteramente satisfecha. ¿Por qué la inteligibilidad y la justicia, y no más bien la confusión y la violencia? Como se ha visto en el epígrafe anterior, el fundamento de una y otra dimensión es la dignidad humana: necesitamos del *rule of law* porque de lo contrario correríamos un riesgo grave de ser tratados de modo violento por quien gobierna. Advertir esto último conduce a una nueva conclusión: incluso dando por cierto que el *rule of law* haya sido empleado de manera nefasta por grupos perversos, egoístas y tramposos, es decir, aun aceptando que el *rule of law* haya sido manipulado en alguna de sus dimensiones relevantes, no cabría razonablemente aceptar que el mecanismo para la superación de esa situación pueda consistir en una reducción de su intensidad, porque tal reducción equivaldría a una instrumentalización de la persona, a la reducción del Derecho a la violencia.

## 6. Bibliografía

- AA.VV. *Democracy and the Rule of Law*. MARAVALL, J. M. & PRZEWORSKI, A. (eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- BALLESTEROS LLOMPART, J. "Libertad-igualdad, ¿disyuntiva o copulativa?". En: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos, 1989.
- BELLAH, R. "The Heritage of the Axial Age: Resource or Burden?" En: *The Axial Age and Its Consequences*. BELLAH, R. y JOAS, H. (eds.). Cambridge, Massachusetts, and London, London: Harvard University Press, 2012.
- BUSTAMANTE KUSCHEL, G. "Racionalidad populista versus democracia representativa". *Revista Cultura Económica*. 2012, Año XXX, núm. 83, 2012.
- CANOVAN, M. "Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy". *Political Studies*. 1999, Vol. 47, núm. 1.
- CARTER, I.; KRAMER, M. H.; & STEINER, H. *Freedom: A Philosophical Anthology*. Malden, Oxford, Carlton: Blackwell Publishing, 2007.
- CHARLESWORTH, H. "Human Rights and the Rule of Law After Conflict". En: *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. CANE, P. (ed.). Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010.
- CRAIG, P. "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework". *Revista Public Law*. 1997.

- DE WIJZE, S.; KRAMER, M. H.; & CARTER, I. *Hillel Steiner and the Anatomy of Justice. Themes and Challenges*. New York: Routledge, 2009.
- DELSOL, C. *Populisme. Les demeurés de l'histoire*. Mónaco: du Rocher, 2015.
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Liberty Fund, Inc., 2005
- ETCHEVERRY, J. B. "Rule of Law y discrecionalidad judicial: compatibilidad y reciproca limitación". *Revista Derecho del Estado*. 2017, núm. 36.
- FARRELL, M. D. "Volviendo a lo básico: el debate Hart-Fuller". En: *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje a Andrés Ollero*. HERMIDA DEL LLANO, Cristina y SANTOS, José A. (coords.). Madrid: Congreso de los Diputados, 2015.
- FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- FULLER, L. L. *The morality of law. Revisited Edition*. Virginia: Yale University Press, 1969.
- GLENDON, M. A. y ALVIRA, R. (eds.) *Religion and civil society: the changing faces of religion and secularity*. Hildesheim, New York: Georg Olms Verlag, 2014.
- HART, H. "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*. 1958, Vol. 71, Núm. 4.
- HART, H. L. A. "Book Review: The Morality of Law by Lon Fuller". *Harvard Law Review*. 1965, Vol. 78.
- HART, H. L. A. "Problems of the Philosophy of Law" En: Edwards, P. *The Encyclopedia of Philosophy*, Macmillan Publishing Co, NY, 1967.
- KRAMER, M. H. "Scrupulousness Without Scruples : A Critique of Lon Fuller and His Defenders". *Oxford Journal of Legal Studies*. 1995, Vol. 18 (2).
- KRAMER, M. H. *In Defense of Legal Positivism Law. Law Without Trimmings*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.
- KRAMER, M. H. *In the Realm of Legal and Moral Philosophy. Critical Encounters*. London: Palgrave Macmillan, 1999.
- KRAMER, M. H. "On the Moral Status of the Rule of Law". *Cambridge Law Journal*. 2004, núm. 63, marzo. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0008197304006518>
- KRAMER, M. H. "The Big Bad Wolf: Legal Positivism and its Detractors". *Revista American Journal of Jurisprudence*. 2009, núm. 49 (1). Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ajj/49.1.1>
- KRAMER, M. H. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004b.
- KRAMER, M. H. "Incentives, Interests, and Inclinations: Legal Positivism Redefended. *American Journal of Jurisprudence*. 2006, núm. 51.
- KRAMER, M. H. *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge: University Press Cambridge, 2007.

- KRAMER, M. H. "Once more into the fray challenges for Legal Positivism". *Law Journal 1*. Toronto: University of Toronto, 2008, núm. 58.
- KRAMER, M.; H. GRANT, Claire; COLBURN, Ben and HATZISTAVROU, Antony. *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*. Oxford: University Press Oxford, 2008.
- KRAMER, M. H. "When is There Not One Right Answer?". *The American journal of jurisprudence*. 2008, núm. 53(1).
- KRAMER, M. H. *Moral Realism as a Moral Doctrine. Moral Realism as a Moral Doctrine*. Oxford: Wiley Blackwell, 2009.
- KRAMER, M. H. "Freedom and the Rule of Law". *Alabama Law Review*. 2010, Vol. 61.
- KRAMER, M. H. "For the Record: a Final Reply to N. E. Simmonds". *The American journal of jurisprudence*. 2011, núm. 115.
- KRAMER, M. H. *The Ethics of Capital Punishment. A Philosophical Investigation of Evil and Its Consequences*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- KRAMER, M. H.; GRANT, Claire; COLBURN, B. y HATZISTAVROU, Antony. *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*. ORUNESU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge L. (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2012.
- KRAMER, M. H. "Michael Moore on Torture, Morality, and Law". *Ratio Juris*. 2012, núm. 25(4).
- KRAMER, M. H. "What is Legal Philosophy? Metaphilosophy". *American Journal of Jurisprudence*. 2010, núm. 55 (1). [Fecha de consulta: 20/10/2018] Disponible en: [http://www.bionetonline.org/english/content/db\\_leg2.htm#sex](http://www.bionetonline.org/english/content/db_leg2.htm#sex)
- KRAMER, M. H. "In defense of Hart". *Legal Theory*. 2014, Vol. 19, núm. 4. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1352325213000207>
- KRAMER, M. H. *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- KRAMER, M. H. "Matthew H. Kramer". *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2017, núm. 11. Disponible en: <https://doi.org/10.7818/ECOS.2014.23-2.11>.
- KRAMER, M. H. "Once more into the fray challenges for Legal". *Positivism. University of Toronto Law Journal*. 2008, núm. 58.
- KRAMER, M. H., & Goods, P. "Paternalism, Perfectionism, and Public Goods". *Revista The American Journal of Jurisprudence*. 2015, núm. 60 (1).
- KRAMER, M. H., Simmonds, N. E., & Steiner, Hillel. *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- KRAMER, M. H., SIMMONDS, N. E., & STEINER, Hillel. *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

- LACLAU, E. *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- LLANO, Alejandro. *La nueva sensibilidad*. 2ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1988.
- MARTÍNEZ CINCA, C. D. "Paradojas de la "soberanía popular". Un análisis en clave filosófica". *Revista RYD. República y Derecho*. 2018, núm. III.
- MASSINI CORREAS, C. I. "La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al rule of law y una respuesta desde las ideas de John Finnis". *Persona y Derecho*. 2015, núm. 73.
- MENDONÇA, D. "Populismo como vontade de democracia". *Revista Colombia Internacional*. Año 2014, núm. 82.
- SIMMONDS, N. E. *Central Issues in Jurisprudence*. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- SIMMONDS, N. E. "Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism". *Cambridge Law Journal*. 2004, núm. 63.
- SIMMONDS, N. E. *Law as a Moral Idea*. New York: Oxford University Press, 2007.
- SIMMONDS, N. E. "Law as a Moral". *Law Journal University of Toronto*. Año 2005, núm. 55.
- SIMMONDS, N. E. "Freedom, Law, and Naked Violence: a Reply To Kramer". *Law Journal University of Toronto*. 2009, núm. 59(3). Disponible en: <https://doi.org/10.3138/utlj.59.3.381>
- SIMMONDS, N. E. "Reflexivity and the Idea of Law". *Jurisprudence*. 2010, núm. 1 (November).
- SIMMONDS, N. E. "Reply: The Nature and Virtue of Law". *Jurisprudence*. 2010, núm. 11(2).
- SIMMONDS, N. E. "Kramer's High Noon". *American Journal of Jurisprudence*. 2011, núm. 56.
- TAYLOR, Ch. *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TAMANAH, B. Z. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TRUJILLO, I. "Estado de derecho y práctica de los derechos humanos". *Persona y Derecho*. 2016, núm. 73.
- VALLESPÍN, F. y MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M. *Populismos*. Madrid: Alianza, 2017.
- VIOLA, F. "The Rule of Law in Legai Pluralism". En: GIZBERT-STUDNICKI, T.e STELMACH, J. (eds.). *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity (23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland)*, Oficyna, Warszawa, págs. 105-131.
- VIOLA, F. *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Tornero Cruzatt, Y. (trad.). Lima: Palestra Editores, 2017.
- WALDRON, J. "Hart y los principios de legalidad". En: CLAIRE GRANT, C y COLBURN, B. (comp.). *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*. ORUNESU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge L. (trad.). Buenos Aires: Marial Pons, 2012.
- WIÑAZKI, M. *Crítica de la razón populista*. Buenos Aires: Margen Izquierdo, 2015.

- ZAMBRANO, P. "L'orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali. Un approccio su tre livelli a partire dal caso dell'aborto". *Rivista Ars Interpretandi: di ermeneutica giuridica*. 2012, núm. 1.
- ZAMBRANO, P. Principi, ragioni e diritti. Il diritto come differenza pratica. *Rivista Di Filosofia Del Diritto*. 2013(a), núm. 1.
- ZAMBRANO, P. "Las condiciones de inteligibilidad de las prácticas constitucionales. una aproximación a partir del caso del aborto". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2013(b), Vol. 46, núm. 138.
- ZAMBRANO, P. y Saunders, W. (eds.), *Unborn Human Life and Fundamental Rights. Leading Constitutional Cases under Scrutiny. Concluding Reflections by John Finnis*, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Warszawa, Wien: Peter Lang, 2019.
- ZAMBRANO, P. y J. Cianciardo, *La inteligibilidad del Derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo, 2019.
- ZANATTA, L. *El populismo*. VILLEGAS, Federico (trad.). Buenos Aires-Madrid: Katz, 2015.
- ZUBIRI, X. *Naturaleza. Historia. Dios*. Madrid: Editora Nacional, 1963.