

JORGE CREGO

LA FORMA DEL DERECHO Y LA LIBERTAD

Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller
sobre el valor del *Rule of Law*

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	13
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. UNA CONCEPCIÓN FORMAL DEL <i>RULE OF LAW</i> INSPIRADA POR FULLER	25
1. EL CONCEPTO DE LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO.	26
2. LOS <i>DESIDERATA</i> DEL <i>RULE OF LAW</i>	30
2.1. Generalidad.....	31
2.2. Promulgación.....	33
2.3. Irretroactividad	34
2.4. Claridad de las leyes.....	35
2.5. Ausencia de contradicciones en las leyes.....	36
2.6. Prohibición de leyes que exijan lo imposible	36
2.7. Constancia de la ley a través del tiempo	37
2.8. Congruencia entre la acción oficial y la regla declarada	37
3. LOS PRECEPTOS DEL <i>RULE OF LAW</i> COMO PLASMACIÓN RAWLSIANA DE LOS <i>DESIDERATA</i>	38
CAPÍTULO II. LA LIBERTAD COMO AUTOAUTENTIFICACIÓN RAZONABLE DE DESEOS	45
1. APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LA LIBERTAD DE LA PERSONA MORAL	45
2. LA LIBERTAD COMO METAVALOR.....	53

	<u>Pág.</u>
3. UN INTENTO DE ARTICULACIÓN DE LA IDEA RAWLSIANA DE LIBERTAD	57
3.1. La persona moral como agente de elección	57
3.2. La elevación de la revisión a la esencia de la autonomía liberal.	67
3.3. El «giro político» en la facultad moral para una concepción del bien.....	79
3.4. Racionalidad deliberativa y principios de elección racional como condiciones necesarias para la elección libre.....	94
4. LA LIBERTAD JURÍDICA, ¿UNA NUEVA LIBERTAD?.....	97
5. LA IDEA DE LIBERTAD EN FULLER	99
CAPÍTULO III. EL <i>RULE OF LAW</i> COMO ORDEN LIBERAL	105
1. LA FUNDAMENTACIÓN RAWLSIANA DE LA RELACIÓN ENTRE EL <i>RULE OF LAW</i> Y LA LIBERTAD	105
1.1. La racionalidad del sujeto jurídico.....	106
1.2. El <i>rule of law</i> , garantía del contenido de nuestras libertades	107
1.3. El valor intrínseco de la forma del derecho.....	111
2. EL DEBATE SOBRE LAS «FORMAS LIBERADORAS» DEL ORDEN JURÍDICO	116
2.1. Del orgullo del artífice al sujeto jurídico	118
2.1.1. El ejercicio unidireccional de autoridad	118
2.1.2. La reciprocidad instrumental.....	122
2.1.3. El «giro hacia el sujeto» en la determinación del valor moral del <i>rule of law</i> : la reciprocidad equitativa.....	130
2.2. La libertad como fundamento del valor moral del <i>rule of law</i> .	136
2.2.1. La necesidad del derecho para hacer efectiva la libertad.....	138
2.2.2. Los patrones de interacción y la predictibilidad como exigencia de la seguridad.....	142
2.2.3. La facultad de autoaplicación de las reglas jurídicas...	149
2.2.4. La necesidad de la «libertad como independencia» para poder ser auténticamente libres.....	155
2.2.5. El <i>rule of law</i> y la promoción de los intereses propios.	158
2.3. La naturaleza de la relación entre libertad y <i>rule of law</i>	167
2.3.1. El cómo y el qué del derecho, valores diferentes	167
2.3.2. La involuntariedad de la protección del sujeto jurídico ...	169
2.3.3. El valor moral del <i>rule of law</i> . ¿Argumento en dos pasos?	172
2.3.4. El reconocimiento «mínimo» de la libertad del sujeto jurídico a través del <i>rule of law</i>	175

	Pág.
CAPÍTULO IV. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA PROMOCIÓN DE LA LIBERTAD A TRAVÉS DEL <i>RULE OF LAW</i>	179
1. EL CONTENIDO MÍNIMO DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA EN EL <i>RULE OF LAW</i>	179
1.1. De los ocho <i>desiderata</i> al sujeto racional-deliberante	179
1.1.1. Insuficiencia de la autoaplicación.....	180
1.1.2. Insuficiencia de la planificación.....	181
1.1.3. Insuficiencia de la capacidad de elección	188
1.1.4. Insuficiencia de la libertad como independencia	189
1.1.5. Insuficiencia de la racionalidad deliberativa para constituir sujetos jurídicos libres.....	190
1.2. Sujetos jurídicos capaces de obedecer: el «mínimo» involuntario e independiente del contenido	191
1.3. La «gerencia jurídica oportunista»: consciencia de la instrumentalidad del súbdito y racionalidad tiránica	194
2. DEL AGENTE AUTÓNOMO A LAS EXIGENCIAS DEL ORDEN SOCIAL	198
2.1. La insuficiencia de la forma del derecho y la función del contenido.....	198
2.2. « <i>Fire in his belly</i> »: la voluntariedad del legislador en la configuración del orden jurídico liberal.....	206
2.3. De la necesidad del <i>rule of law</i> a su suficiencia.....	209
2.4. El incumplimiento de <i>desiderata</i> en el contexto del respeto general al <i>rule of law</i>	212
3. LA RELACIÓN FORMA-CONTENIDO: LA SEGURIDAD COMO RASGO DEL <i>RULE OF LAW</i>	214
3.1. El acierto de RAWLS: la protección de libertades extrínsecas....	214
3.2. El derecho como forma social y la forma del derecho.....	217
4. LA SUSTANTIVIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN DE ELECCIONES.	220
5. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO EN LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA JUSTICIA Y LA FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO EN LA DEFENSA ACRÍTICA DE LA AUTORIDAD	223
6. A MODO DE CONCLUSIÓN.....	226
BIBLIOGRAFÍA	229

INTRODUCCIÓN

El concepto de *rule of law* se ha convertido en objeto simultáneo de disputa y coincidencia entre las más divergentes corrientes de pensamiento jurídico y político, así como en el discurso público y social de grupos en ocasiones diametralmente opuestos (TAMANAH, 2004: 1-6). Ello convierte en una tarea relevante evaluarlo desde diferentes puntos de vista, así como acotar el enfoque objeto de dicha evaluación, pues son muchos los que se presentan en el actual debate académico y público.

El estudio del *rule of law* enfrenta un primer problema de envergadura. La indeterminación del concepto y el amplio y variado apoyo que registra como ideal político contemporáneo refleja su naturaleza de «*essentially contested concept*»¹. Cualquier estudio de esta idea requiere una acotación que permita identificar qué incógnita sobre el funcionamiento o el valor del *rule of law* se quiere abordar. Dicha acotación, además, debe realizarse en varios planos, puesto que las diferentes concepciones del *rule of law* se extienden, sobre todo, desde los elementos que componen dicho concepto hasta los valores que lo hacen digno de reconocimiento.

¹ WALDRON (2002: 159) toma este término de GALLIE (1955), y lo cualifica para adaptarlo a la naturaleza del *rule of law*. Afirma que este es un concepto disputado en su esencia porque existe una disputa «sobre el contenido y los requisitos del ideal del *rule of law*, y existe una disputa sobre su propósito [*point*]». Esto implica lo siguiente: «la idea principal del *rule of law* es que, de algún modo, el respeto a la ley puede atemperar el poder político humano, haciéndolo menos criticable, menos peligroso, más benigno y más respetuoso. Pero no estamos de acuerdo sobre cómo se puede conseguir esto, o incluso si se puede conseguir completamente. Tampoco estamos de acuerdo en la precisa naturaleza del peligro que representa el poder humano en su forma no mitigada, ni en los valores que se promoverían al introducir la ley en la ecuación. Discrepamos en la enfermedad, en el medicamento, y en el carácter del remedio». En el ámbito español, LAPORTA (2007: 17-18) también emplea esta misma idea para referirse al imperio de la ley.

Desde el punto de vista del valor moral asignado al *rule of law*, este trabajo se centrará en evaluar la afirmación de que cualquier sistema jurídico que cumpla con las exigencias de dicho ideal habrá asegurado, en mayor o menor medida, que los sujetos jurídicos sometidos al mismo habrán sido reconocidos y respetados como personas libres. El *rule of law* se erige según esta tesis como un orden social eficazmente orientado a la libertad de los ciudadanos.

Desde la perspectiva de los elementos que componen el *rule of law*, se optará por una concepción formal del mismo. Siguiendo la definición de CRAIG (1997: 467), dichas concepciones se limitan a evaluar elementos formales de las leyes, tales como la claridad de sus mandatos, su carácter prospectivo, etcétera, sin entrar a considerar si el contenido específico es bueno o malo, justo o injusto. Como afirma TAMANAHA (2004: 92), dentro de las concepciones formales, aquella que se puede denominar «legalidad formal» es la que se ha granjeado un mayor apoyo, al menos entre los teóricos anglo-americanos. Esta será la perspectiva que se asumirá, dada su importante influencia.

Con el objetivo de evaluar el impacto del respeto al *rule of law* en el reconocimiento y la protección de la libertad como valor moral de un orden social, esta investigación se centrará en un estudio de las propuestas que, sobre esta cuestión, ha ofrecido John RAWLS.

Se ha optado por estudiar el pensamiento de RAWLS al respecto por varios motivos. En primer lugar, la relevancia de este filósofo en el desarrollo del pensamiento liberal de la segunda mitad del siglo XX está fuera de toda discusión². Como representante destacado del pensamiento liberal contemporáneo, RAWLS es hoy en día un autor sumamente influyente, y su obra tiene un peso destacado en la corriente liberal actual.

En segundo lugar, RAWLS sostiene una concepción formal del *rule of law*, de modo que en su obra se puede encontrar una descripción típica de dichas concepciones. El propio filósofo estadounidense reconoce la influencia de la moralidad interna del derecho propuesta por FULLER en la elaboración de sus ideas sobre el *rule of law*, y remite a dicho autor «para un examen general» de la cuestión (TJ: 222). Pese a que RAWLS no dedique demasiadas páginas a defender sus ideas del *rule of law*, estas están íntimamente rela-

² Como ejemplos del reconocimiento de dicha obra, pueden mencionarse las loas de autores como Gerald A. COHEN o NOZICK, ambos críticos de la propuesta de RAWLS. COHEN (2008: 11) afirma lo siguiente: «creo que, como mucho, dos libros en la historia de la filosofía política occidental pueden reclamar ser considerados mejores que *A Theory of Justice*: la *República* de PLATÓN y el *Leviathan* de HOBBS». NOZICK (1974: 183), por su parte, reconoce en una frase icónica que «[a]hora los filósofos políticos tienen que trabajar según la teoría de RAWLS, o bien, explicar por qué no lo hacen».

cionadas con su concepción de la justicia formal. Para él, «la justicia formal [...] se convierte en el *rule of law* cuando se aplica a un sistema jurídico» (TJ: 66, 222). Este vínculo entre *rule of law* y justicia formal permitirá conectar el principio de legalidad con la persona moral, «clave de bóveda» de la teoría de RAWLS. Dicha conexión servirá para iniciar el análisis de la relación entre *rule of law* y libertad en el pensamiento de RAWLS.

Como afirma DWORKIN (2004: 1387), «la teoría jurídica es un departamento de la filosofía política, y RAWLS escribió en abstracto sobre el conjunto de la disciplina». Las páginas dedicadas por RAWLS al *rule of law* se centran en reforzar sus argumentos relativos a la prioridad de la libertad. Por ello, la profundidad con la que trata esta cuestión no es comparable a la desarrollada por los filósofos propiamente del derecho. Sin embargo, precisamente esa inserción de la cuestión en una filosofía política elaborada como conjunto facilita la observación de las relaciones del *rule of law* con otras ideas, como la libertad.

Algunos autores han señalado con acierto que para poder evaluar debidamente la tesis del valor moral del *rule of law* derivado del reconocimiento de la libertad del sujeto jurídico resulta esencial definir qué se entiende por libertad (SIMMONDS, 2014)³. También por esto, el pensamiento de RAWLS permite evaluar la relación que existe entre libertad y *rule of law*. RAWLS elabora a lo largo de su obra una idea de la personalidad moral anclada en la libertad y la igualdad de los individuos, y ofrece una explicación de los motivos que nos llevan a autocalificarnos como seres libres. Se intentará demostrar que la premisa de la libertad en RAWLS es la capacidad para elaborar, revisar y promover una concepción racional y razonable del propio bien del sujeto. A partir de esta especificación de la idea de libertad, podrá examinarse la tesis de la relación entre esta y el *rule of law*.

Además, RAWLS explicita los motivos que lo llevan a reconocer el valor moral del *rule of law*. Es rotundo al afirmar que el *rule of law* «obviamente, está estrechamente unido» a la libertad⁴. Según él, el *rule of law* promueve la libertad de los sujetos jurídicos de dos modos. Por un lado, sirve como garantía de un ejercicio estable y seguro de las libertades reconocidas en el ordenamiento. Por otro, permite al sujeto conocer las consecuencias jurídi-

³ RUNDLE (2014) considera que esto no es necesario, aunque reconoce que sería un paso esencial en el estudio de la tesis de la moralidad interna del derecho. Sin embargo, el propio FULLER (1955) considera esencial que, a la hora de evaluar el modo en que un orden social afecta o promueve la libertad de las personas, se parta de un marco claro de referencia en el que se evaluará qué impacto puede tener la configuración de uno u otro orden social.

⁴ Traducción propia de la versión en inglés: «*obviously closely related*» (TJ: 222 [207]). La versión castellana traduce la frase por «directamente unido». Cuando se emplee una traducción propia de esta obra, la numeración en corchetes referirá la página de la edición inglesa.

cas de sus elecciones libres, facultándolo para planear cómo habrá de comportarse. Como afirma ARCOS RAMÍREZ (2000: 156), la propuesta de RAWLS se erige como «una de las mejores explicaciones de la función de protección para la libertad desempeñada por la seguridad del derecho», fundamentando tal función en el respeto al *rule of law* como condición necesaria y no suficiente de la libertad.

Para profundizar en la consideración crítica de la tesis del reconocimiento de la libertad a través del respeto al *rule of law*, el presente trabajo se apoyará puntualmente en el pensamiento de Lon L. FULLER. En primer lugar, porque, como se ha dicho, el propio RAWLS reconoce la influencia del pensamiento de dicho autor. Por otro lado, mientras que la obra de RAWLS elabora sobre todo una concepción liberal moderna de la libertad de la persona moral, el pensamiento de FULLER se enfoca a la interpretación de la relevancia del *rule of law* como orden social liberal, de modo que el estudio de este autor podrá reforzar los argumentos de RAWLS en aquellos puntos en los que el desarrollo haya sido menor. Además, la tesis de la moralidad interna del derecho de FULLER se ha convertido en una «formulación altamente influyente» del *rule of law* (TAMANAH, 2004: 92). En los últimos años se está viviendo lo que se ha denominado un *Fuller revival*, que ha privilegiado la evaluación de la relación entre el *rule of law* y la subjetividad jurídica subyacente, fuertemente relacionada con la libertad (RUNDLE, 2016)⁵. El enfoque de estos estudios recientes será muy útil para reforzar la indagación del pensamiento de RAWLS al respecto, por centrarse especialmente en desentrañar la naturaleza de la relación entre libertad y *rule of law*, y no otros argumentos empleados por FULLER.

Por tanto, el objeto de este trabajo es desentrañar críticamente la relación entre libertad y *rule of law* en las teorías de la legalidad formal insertas en el pensamiento liberal actual a partir de la indagación del pensamiento de RAWLS, aprovechando las aportaciones derivadas del debate sobre la moralidad interna del derecho de FULLER.

Las tesis que se pretenden justificar a lo largo de este estudio son las siguientes:

a) La promoción de la libertad por el *rule of law* entendido en términos formales tal y como lo hacen RAWLS y FULLER se limita a hacer posible

⁵ Este nuevo interés, según RUNDLE, ha venido a resolver la falta de atención al que considera el principal argumento del valor moral del *rule of law*, a saber, su relación con la persona moral. Cfr., entre otras, MURPHY (2005), LISTON (2005), NADLER (2007), FOX-DECENT (2008), PRIEL (2014), HANISCH (2015), o PEÑA FREIRE (2016). A estas se debe añadir, especialmente, la propia obra de RUNDLE, destacadamente *Forms Liberate* (2012). Muestra de la relevancia de este *revival* es el Simposio que la revista *Jurisprudence* dedicó en 2014 a la revisión de la citada obra de RUNDLE.

la racionalidad deliberativa del sujeto jurídico, permitiéndole evaluar debidamente las consecuencias jurídicas de la elección de su plan de vida.

b) Dicha facultad es un elemento necesario para que el sujeto pueda actuar libremente, pero por sí mismo es insuficiente no ya para promover plenamente la libertad de las personas, sino para promover indubitablemente cualquier capacidad de elección que pueda considerarse mínimamente libre y, por tanto, mínimamente valiosa desde el punto de vista moral.

c) Pese a que la propuesta de *rule of law* defendida por RAWLS y FULLER proyecta, o es proyectada por, un ideal de persona moral de marcado carácter liberal, la relación existente entre la libertad y el *rule of law* solo puede considerarse del siguiente modo: el *rule of law* garantiza las libertades básicas reconocidas en el ordenamiento jurídico, permitiendo al sujeto aprovecharse de estas de una manera segura a la hora de ejercitar su facultad moral para autoautenticar su propia concepción del bien.

d) Se puede apreciar, por tanto, un paralelismo entre la relación racionalidad deliberativa-libertad y la existente entre el *rule of law* y la libertad. El *rule of law* es la manifestación institucional de la racionalidad deliberativa, y su vínculo con la libertad refleja la necesidad de reconocer la racionalidad deliberativa para que el contenido del derecho pueda constituir personas morales libres. Por esto mismo, la función del *rule of law* es permitir el desarrollo de un valor moral extrínseco, que se debe encontrar en el contenido del derecho.

En determinados momentos, tanto RAWLS como FULLER reconocen dicha limitación. Sin embargo, no dejan de considerar moralmente valiosas esas consecuencias, no solo desde la perspectiva de los males que impiden, sino desde la idea de que suponen una promoción efectiva de la libertad. Se intentará demostrar que los efectos del *rule of law* sobre la libertad no son tan extensivos y que, por tanto, un sistema jurídico no avanza en la promoción de la libertad por el mero hecho de cumplir con los rasgos formales del *rule of law*. En definitiva, una evaluación exhaustiva de los rasgos formales de un orden jurídico no solamente no agota, sino que no permite siquiera una consideración preliminar del valor moral del mismo, al menos desde la perspectiva de la promoción de la libertad. Lo máximo que permite concluir al respecto es que la forma de dicho orden jurídico es adecuada para que su contenido despliegue en las relaciones jurídicas existentes el valor moral que posea.

Para poder sostener esta tesis, el presente estudio se ha estructurado del siguiente modo. Inicialmente, se presenta la caracterización del *rule of law*. Dado que RAWLS remite a las ideas de FULLER para completar su propia caracterización, el estudio de las mismas, especialmente de los canónicos *desiderata*, permite ofrecer una imagen más completa. Sucintamente, se señalará con posterioridad la práctica identidad de dichos *desiderata* con la propuesta de RAWLS. A ello se dedica el primer capítulo del presente estudio.

Tras abordar la concepción rawlsiana del *rule of law*, el paso siguiente es examinar qué entiende dicho autor por «libertad», tanto en la etapa de su pensamiento que ha sido caracterizada como «liberalismo comprensivo» como en la etapa final, de «liberalismo político». El objetivo es determinar con claridad cuál es el valor que pretendidamente fomenta el *rule of law*. Sin explicitar con precisión qué entiende RAWLS por «libertad», difícilmente podrá evaluarse si y en qué medida el *rule of law* contribuye a su promoción en una sociedad. De nuevo, un estudio detenido sobre la idea de libertad en FULLER resulta conveniente en este punto, aunque debe efectuarse aquí una importante matización. Si bien es cierto que la concepción del *rule of law* en el pensamiento de RAWLS no puede dejar de lado a la de FULLER, no sucede igual con su concepción de la libertad. En este sentido, las ideas de FULLER sobre la libertad no completan a las de RAWLS, que tienen su propia génesis independiente. Sin embargo, tampoco resulta aceptable dejar de lado los planteamientos de FULLER sobre la libertad, en la medida en que el vínculo libertad-*rule of law* defendido por RAWLS remite a FULLER, quien también sostiene esta tesis. Más allá del origen diferenciado de las ideas de libertad de los autores, una estructura similar entre ambas permitirá reforzar los vínculos de su pensamiento en lo referente al impacto del *rule of law* en la libertad de los sujetos jurídicos. De todo ello se trata a lo largo del capítulo segundo.

Una vez se ha dado cuenta de las nociones o conceptos que se pretenden relacionados —*rule of law* y libertad—, se requiere examinar los argumentos que ofrece RAWLS para defender dicha relación. Esto último se abordará conjuntamente desde los argumentos del autor en relación con el *rule of law* y aquellos que remiten a la justicia formal. Para comprender el alcance de la propuesta de RAWLS se distinguirá entre una interpretación extrínseca del valor del *rule of law*, asociada a la garantía de libertades básicas protegidas en el contenido del derecho, y una interpretación intrínseca, que pretende demostrar que el respeto al *rule of law*, por sí solo, promueve la libertad. A esto se dedica una primera parte del capítulo tercero.

Dicho capítulo tercero se completa con una segunda parte en la que se evalúa la aportación de FULLER a la defensa del valor moral del *rule of law* a partir de la configuración de una subjetividad jurídica respetuosa con la libertad de la persona moral. Esta evaluación se acompaña de un estudio de las interpretaciones actuales de la moralidad interna del derecho, que permiten profundizar sobre la relación entre *rule of law* y libertad.

Establecido todo lo anterior se estará en disposición de evaluar pormenorizadamente la validez de los argumentos de RAWLS sobre la relación entre los efectos que asocia al *rule of law* y la idea de libertad que defiende, tarea a la que se dedica el capítulo cuarto, último del presente estudio. En

este capítulo se intentarán reequilibrar reflexivamente las ideas de libertad y *rule of law*. Se demostrará que de los ocho *desiderata* del *rule of law* solo se puede deducir una subjetividad racional-deliberante, con una relevancia incuestionable, pero insuficiente para caracterizar al sujeto jurídico como libre. Además, se señalará la relevancia del contenido del derecho y la voluntad del legislador para constituir al sujeto jurídico como un ser libre, y se apuntará cómo el pensamiento de RAWLS puede servir para desentrañar la verdadera relación entre *rule of law* y libertad si se reduce a la propuesta del primero como garantía del reconocimiento sustantivo y extrínseco de las libertades del individuo.

Antes de comenzar con la investigación, resulta pertinente dejar claro qué tesis relacionadas con el *rule of law* no son objeto de discusión en la misma. Como apunta WALDRON (2008b), la propuesta de la moralidad interna del derecho realizada por FULLER señala dos cuestiones diferenciadas a las que se debe dedicar la filosofía del derecho: (i) la relación entre los principios de legalidad y los conceptos de derecho y sistema jurídico; y (ii) la relación entre los principios de legalidad y determinados valores morales como la justicia, los derechos o la libertad. Este trabajo se enfoca a intentar responder la segunda pregunta, dejando de lado, en la medida de lo posible, la primera. Es más, dentro del contexto de la segunda pregunta, el propósito se reduce a la evaluación de la relación entre el *rule of law* y la libertad. No se tratarán otros argumentos sobre el valor moral del *rule of law*, anclados por ejemplo en el hecho de que faculta un control público de los contenidos del sistema jurídico, de que existe cierta relación entre el respeto al *rule of law* y la promoción de la justicia sustantiva, o de que excluye la posibilidad de que se instauren algunos contenidos perversos (FULLER, 1969a: 155 y ss.).

Por último, se deben fundamentar dos decisiones metodológicas que se mantienen en el conjunto del presente trabajo. En primer lugar, en las obras de RAWLS compilados en los *Collected Papers* se ha optado por emplear el original en inglés y la paginación de dicha compilación. En general, se han cotejado los originales de todas las obras. Esto es así por dos motivos. Por un lado, desde la aparición de la traducción al castellano de *A Theory of Justice*, se ha llamado la atención sobre las deficiencias de dicha traducción (MARTÍNEZ NAVARRO, 1997). Por otro lado, la publicación de los *Collected Papers* editados por Samuel FREEMAN facilita la consulta de la práctica totalidad de la obra de RAWLS, salvo los libros⁶. Por lo que respecta a *A Theory of Justice*, se empleará la traducción de María Dolores GONZÁLEZ debido a

⁶ Existe una traducción de algunos artículos realizada por RODILLA GONZÁLEZ (1999). Se ha optado por manejar los *Collected Papers* simplemente para facilitar la consulta de las citas. También se empleará la paginación de dicha obra para la referencia a las obras contenidas en la misma.

la difusión que ha tenido en el ámbito español, al tratarse de la única traducción existente. Sin embargo, se ha optado por mantener algunos términos en inglés y se ha revisado la edición original, explicitando en las notas al pie los momentos en los que se haya llevado a cabo una traducción propia del original. Por ejemplo, se ha decidido mantener el título de la obra en inglés y hablar de «*justice as fairness*» sin traducir el término⁷. El resto de obras, como *El liberalismo político* o *La justicia como equidad. Una reformulación*, se citarán por la edición en castellano, salvo que se indique lo contrario.

En segundo lugar, también se ha optado por mantener el término inglés «*rule of law*». Se ha intentado evitar una identificación del mismo con términos castellanos que quizá no representen el mismo ideal. En ocasiones esta idea se considera análoga a la de Estado de derecho, *Rechtsstaat*, imperio de la ley, principio de legalidad, etcétera⁸. En este trabajo no se ha pretendido desarrollar una exploración de la relación entre la idea de *rule of law* y los términos que se han enumerado. Por eso mismo, para evitar confusiones se ha decidido emplear el término «*rule of law*» e identificarlo con los preceptos de la propuesta de RAWLS, que se pueden identificar con los famosos ocho *desiderata* de FULLER.

⁷ Con respecto a la primera decisión, esta se fundamenta en que la presencia del artículo indeterminado «a» en el título original parece apuntar a que la propuesta del libro es desarrollar «una» teoría de la justicia. Por lo que respecta al término «*justice as fairness*», María Dolores GONZÁLEZ lo traduce por «justicia como imparcialidad». Es cierto que con posterioridad, los traductores se han decantado por «equidad» (RODILLA GONZÁLEZ, 1999; RAWLS, 1993b; MELERO DE LA TORRE, 2010). Sin embargo, este segundo concepto tiene un vínculo muy fuerte con la tradición aristotélica de la justicia, y dificulta la comprensión de lo que se pretende significar con «*fairness*». Para evitar los problemas de una traducción que pueda reflejar interpretaciones conceptuales alejadas del contexto anglosajón en el que escribió RAWLS, se mantendrá la fórmula «*justice as fairness*», o se empleará indistintamente equidad o imparcialidad, sea cual sea el matiz conceptual que contenga una u otra traducción.

⁸ Se puede encontrar un estudio sobre la relación entre *rule of law* y Estado de derecho en la obra de PEREIRA MENAUT (2003).

CAPÍTULO I

UNA CONCEPCIÓN FORMAL DEL *RULE OF LAW* INSPIRADA POR FULLER

Si se indaga en la obra de RAWLS con el objetivo de comprender cuál es su interpretación de la idea de *rule of law*, el § 38 de *A Theory of Justice* destaca como punto referencial (TJ: 222-229). Este se dedica precisamente a la idea de *rule of law*, o «imperio de la ley» en la traducción al español. Existen algunas menciones aisladas en obras previas a la primera edición de *A Theory of Justice* (LODFP). Sin embargo, la concepción del *rule of law* que maneja el autor se expone de forma más desarrollada en dicha obra¹.

A la hora de presentar la idea de *rule of law*, RAWLS (TJ: 222, nota 20) opta por remitirse a la obra de FULLER «para un examen general», así como a otros autores en lo referente a cuestiones específicas. Pese a que no exista una exposición detallada de los postulados concretos de *The Morality of Law*, la obra principal de FULLER, RAWLS realiza una serie de afirmaciones que se pueden conectar con las posiciones de FULLER con respecto a cuestiones como la relación entre derecho o sistema jurídico y *rule of law*, sobre el carácter de las exigencias derivadas de los *desiderata* o la propia enumeración de requisitos de la legalidad². Por esto mismo, para comprender la

¹ Existen algunas referencias posteriores al concepto de *rule of law*. Sin embargo, estas tienen un carácter asistemático y no añaden demasiado a la interpretación expuesta en el mencionado párrafo de *A Theory of Justice* (LP: 327 y ss., 368 y ss).

² A lo largo del presente trabajo, en ocasiones, se emplearán indistintamente los conceptos «*rule of law*», «legalidad» o «moralidad interna del derecho». Pese a que RAWLS emplea el concepto de *rule of law*, y este será el que se usará aquí habitualmente, estos tres conceptos se pueden considerar muy

propuesta de RAWLS sobre el *rule of law* resulta pertinente comenzar por una exposición del concepto de moral interna del derecho elaborado por FULLER a través de la que se pueda comprender la propuesta de RAWLS.

No es necesario desarrollar una exposición completa de todos los problemas que plantea FULLER, ni las críticas que reciben sus propuestas. Pese a que algunas de estas cuestiones se intentarán responder a la hora de examinar la relación entre *rule of law* y libertad, este apartado pretende simplemente esbozar la propuesta de FULLER sobre el *rule of law*, exponiendo los ocho *desiderata*, que son los que ayudarán a comprender el tratamiento rawlsiano del *rule of law*. *A posteriori*, se señalará la práctica identidad de la propuesta de RAWLS.

1. EL CONCEPTO DE LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO

La exposición de FULLER sobre el *rule of law* se enmarca en lo que él denomina la «moralidad interna del derecho». Esta se distingue de la moralidad «externa», referida a los «fines sustantivos» del sistema jurídico (FULLER, 1969a: 153). Esta moralidad interna se deriva de la propia definición del derecho, y está compuesta por ocho rasgos o «*desiderata*»: generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, ausencia de contradicciones, exigencia de conductas posibles para los sujetos, constancia y congruencia (39). Para FULLER, los *desiderata* de la moralidad interna del derecho surgen al «discernir y articular las leyes naturales de un tipo particular de empresa humana», que describe como «la empresa de someter la conducta humana al gobierno de reglas» (96, 106, 130). Esta es, por tanto, «la moralidad que hace posible el derecho» (33).

RAWLS ofrece una concepción similar del *rule of law*. Parte de la idea de sistema jurídico como «orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco para la cooperación social» (TJ: 222). Del mismo modo que FULLER, RAWLS

similares, si no idénticos. De hecho, FULLER (1969a) utiliza los términos «*Rule of Law*» (209 y ss., 214, 219, 234) y «legalidad» (40 y ss.), aunque su propuesta específica sea la de «moralidad interna del derecho», con el objetivo de resaltar su carácter moral y distinguirla de una moralidad «externa». RUNDLE (2012a: 197) considera que la identificación entre *rule of law* y legalidad, al menos tal como concibe FULLER esta última, no es acertada, puesto que la legalidad parece obviar una determinada cualidad de la relación jurídica: la relación específica que se genera entre el legislador y el sujeto jurídico. Sin embargo, en la comparación con la idea rawlsiana de *rule of law* esta distinción no tiene sentido, puesto que RAWLS también asocia al *rule of law* cierta calidad de las relaciones jurídicas vinculada a la idea de libertad del sujeto jurídico. WALDRON (2008b: 1145) considera que el *rule of law* es la suma de los principios de legalidad y de debido proceso, refiriéndose los primeros únicamente a la forma de las normas y los segundos a las exigencias en su aplicación.

afirma que el *rule of law* está formado por las exigencias que ha de cumplir cualquier sistema de normas para poder considerarse un «sistema jurídico». Ambos autores consideran entonces el derecho y el *rule of law* como un «conjunto» [*package*], en palabras de WALDRON (2008: 10).

FULLER afirma que su propuesta sobre la moralidad del derecho puede encuadrarse en la idea del «derecho natural», pero solo con ciertas matizaciones. En caso de considerarse un «derecho natural» debe entenderse como un «derecho natural procesal», referido a «los modos en que un sistema de reglas para gobernar la conducta humana debe construirse y administrarse para ser eficaz y al mismo tiempo seguir siendo lo que pretende ser» (FULLER, 1969a: 97). Es, por tanto, la moralidad deducible de la propia naturaleza del derecho.

FULLER se adhiere a las concepciones formales del *rule of law*, aquellas que se caracterizan por «no juzgar el contenido existente de la ley en sí» y por atender solo a los elementos de la forma de dicha norma (CRAIG, 1997: 467). Frente a ellas, las concepciones sustantivas, asumiendo la relevancia de los atributos formales de la ley, consideran que el *rule of law* también exige una serie de elementos referidos al contenido de las leyes³. Este es también el enfoque de RAWLS. Como afirma en *Legal Obligation and the Duty of Fair Play*, su propuesta de *rule of law* no pone límites al contenido de las normas jurídicas, sino solo a su «administración regular» (LODFP: 119).

Esta idea de derecho es la que permite articular los *desiderata* de FULLER (1969a: 104) en un todo coherente, convirtiéndolos en «medios dirigidos a un solo fin» o propósito. Por esto mismo, el derecho es una actividad humana de carácter «propositivo» (117)⁴. Esta naturaleza propositiva permite concebir el derecho como una tarea que puede tener varios grados de éxito. Por un lado, dicha empresa puede resultar en un fracaso, cuando se produzca un «incumplimiento total» en uno de los *desiderata*. Esto es así porque lo que surgirá no será un mal sistema jurídico, sino algo que no puede considerarse de ningún modo un sistema jurídico (39)⁵. Además, el carácter propositivo supone que los sistemas jurídicos y el respeto al *rule of law* no son una cuestión de todo o nada, sino que pueden acercarse a su fin de una forma mejor o peor, es decir, configura una «moralidad de aspiración» [*mo-*

³ De todos modos, existen pasajes en los que parece formularse una concepción del derecho que exige que un sistema normativo, para considerarse «sistema de derecho», deba respetar cierto contenido, específicamente ciertos «derechos humanos» (LoP: 552). RAWLS, sin embargo, elude este debate (LoP: 545).

⁴ Como FULLER reconoce, el elemento distintivo de su propuesta es la atribución de un propósito al sistema jurídico, al «derecho como un todo», y no meramente a las «leyes particulares». Esto último podría ser asumido por un positivista (1969a: 145-146).

⁵ DWORKIN (1965: 683) denomina a los *desiderata* «*critical standards*», por el hecho de que determinan lo que es legal frente a lo que es alegal, no frente a lo que es ilegal.