

PODER Y ESTADO

LEGALIDAD Y LIMITACIÓN DEL PODER

Antonio Manuel PEÑA FREIRE*

SUMARIO: I. *Legalidad y orden jurídico*. II. *Control de la discrecionalidad judicial*. III. *La dimensión moral del Estado de derecho*. IV. *Los valores de la legalidad como límites a la discrecionalidad del juez*. V. *Un par de ilustraciones prácticas*. VI. *Bibliografía*.

I. LEGALIDAD Y ORDEN JURÍDICO

En este trabajo sostendré que una concepción del derecho construida desde la idea de legalidad pone de manifiesto con claridad que la existencia del derecho tiene tres dimensiones limitadoras del poder importantes: *a)* el derecho limita la violencia social informal de que pudieran ser víctimas los individuos; *b)* limita la arbitrariedad de la violencia oficial u estatal, y *c)* limita la arbitrariedad judicial, es decir, las decisiones fuertemente discrecionales de los jueces que pudieran ser percibidas como actos de arbitrariedad. Para fundamentar esa triple afirmación será necesario, en primer lugar, presentar esa concepción del derecho y, en segundo lugar, explicar en qué consisten las limitaciones del poder implícitas en ella y demostrar su alcance y efectividad.

Al respecto, vengo sugiriendo desde hace un tiempo la conveniencia de pensar en el derecho a partir de la noción de *legalidad* y de definirlo en función de su propósito más elemental, que es someter el comportamiento humano al gobierno de reglas generales. En este sentido, el derecho es la situación que se da en un grupo social cuando el comportamiento de los individuos está gobernado mediante reglas, es decir, el tipo de orden social que existe cuando se logra que el comportamiento y las relaciones de los miembros de un grupo —entre sí y con quienes gobiernan— estén ordenados en función de lo establecido por reglas y no de otro modo distinto. Desde este

* Universidad de Granada, España.

punto de vista, el derecho puede ser entendido como el intento de construir el orden social en función de la idea de legalidad.¹

Para que una relación esté gobernada por reglas, es decir, para que exista una relación de legalidad, no es suficiente con la mera existencia de reglas que pretendan condicionar el modo en que se comportan las partes. Es necesario, además, satisfacer una serie de condiciones que normalmente son referidas como *principios de legalidad*. Son muchas las elaboraciones de los principios de legalidad. La más conocida es la de Fuller,² para el que los principios de legalidad establecen las condiciones que ha de satisfacer quien se embarca en la tarea de someter a control jurídico las acciones de los miembros de un grupo social. Estos principios son los de generalidad, publicidad, prospectividad, posibilidad, inteligibilidad, coherencia, estabilidad y congruencia.³ Esto significa que quien aspire a gobernar jurídicamente los comportamientos de los individuos, es decir, a crear un orden jurídico, debe hacerlo mediante disposiciones generales de comportamiento o reglas, que además habrán de ser públicas, prospectivas, posibles de cumplir, comprensibles, no contradictorias entre sí, estables y congruentes con la acción de las autoridades responsables de su aplicación. Si no lo hace así, se estará gobernando pero no en modo jurídico y el orden social resultante será distinto a un orden jurídico.

Una consideración singularmente importante en este punto atañe a la noción de *regla*. Las reglas son el tipo de disposición constitutiva de la relación de legalidad, es decir, el tipo de disposición a través de la que llevar a cabo el control jurídico. Una regla es un tipo de disposición singular por su estructura y por el tipo de sujeto al que se dirige y la actitud que de él se espera al momento de la aplicación. Una regla es una directiva general de comportamiento y la generalidad implica que alguno o algunos de los componentes de su estructura normativa —la acción a que se refiere, su destinatario y la condición de aplicación o circunstancias en las que hay que

¹ La inspiración de tal planteamiento se encuentra en Fuller, Lon, *The Morality of Law*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1969. Mi exposición al respecto, en Peña Freire, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 91-107.

² Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, pp. 33-91.

³ Existen algunos antecedentes relevantes, como el de Bentham, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, cap. XVII, 1843, disponible en <http://www.laits.utexas.edu/poltheory/bentham/pcc/index.html>. Otras elaboraciones importantes son la de Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 212-219; Lovett, Franz, *A Republic of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 218; Fallon, Richard H., “«The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997, pp. 1-56, o Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 270 y 271.

guiarse según lo establecido en ella— están abiertos, es decir, que no están determinados con absoluta precisión, razón por la que requiere de una cierta intervención del agente al que se dirige, quien habrá de valorar si efectivamente la regla se refiere a él, qué es lo que le exige y en qué circunstancias lo exige. Las reglas, por tanto, son disposiciones que presuponen sujetos con capacidad para valorar qué se les exige, a quién de ellos y cuándo.

Es por esa razón que decimos que las reglas son disposiciones autoaplicables:⁴ como no acotan el sentido preciso de cada componente de su estructura normativa con total precisión,⁵ necesariamente presuponen la capacidad para actuar libremente (*free agency*) de los individuos a los que se dirigen y dejan cierto espacio abierto para su intervención en su ejecución.

Una manera alternativa de demostrar que el control jurídico se construye necesariamente con reglas o que los ordenamientos jurídicos son órdenes de reglas se demuestra cuando comprobamos que un ordenamiento jurídico no puede estar enteramente compuesto por disposiciones de otro tipo.

En primer lugar, un orden jurídico no puede construirse exclusiva o determinantemente a partir de principios. Los principios son estándares de comportamiento tan abiertos que no llegan a ofrecer guía a sus destinatarios sobre la acción exigida, los casos en que se exige o a quienes se exige.⁶ Su propósito es prescriptivo, pero no llega a concretarse en ningún contenido normativo susceptible de guiar el comportamiento de sus destinatarios. Dicho de otro modo, prescriben pero no está claro qué ni cuándo ni a quién. Típicamente, como advierte Campbell,⁷ los principios derivan su sentido normativo de algún valor al que están vinculados, pero en sociedades plu-

⁴ Sobre la autoaplicabilidad, Hart, Henry y Sacks, Albert, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury-Nueva York, The Foundation Press, 1994, p. 115 y Postema, Gerard, “Coordination and Convention at the Foundations of Law”, *The Journal of Legal Studies*, pp. 187 y 188.

⁵ Un análisis muy solvente de la estructura de las reglas, el de Laporta, Francisco, *Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-103. También el de Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 81 y ss., para el que las reglas se refieren a tipos de comportamiento, a diferencia de las órdenes que se refieren a casos particulares.

⁶ Como se aprecia, esta definición no coincide exactamente con la de los principios en la conocida distinción entre reglas y principios de las concepciones principialistas del derecho. Al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993, y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1989, pp. 80-83, al momento de presentar su concepción de las reglas. Merece la pena considerar a Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-44, y a García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998.

⁷ Campbell, Tom, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press, p. 304.

ralistas, no es fácil (por no decir imposible) identificar con claridad cuál es el contenido normativo en el que se concretan los distintos valores a los que los individuos se adscriben.⁸ Los principios, podríamos concluir, pretenden disponer, pero concretan tan poco que terminan no disponiendo nada.

Tampoco podría estar el derecho compuesto exclusivamente por directivas específicas. Estas directivas son similares a las órdenes, en la terminología hartiana son un tipo de disposición personal que pretende provocar una respuesta concreta en su destinatario en una ocasión determinada, similar a la que se lograría si su comportamiento, de algún modo, viniera causado.⁹ En este sentido, las directivas específicas disponen demasiado y su pleno despliegue es incompatible con la legalidad. Si el ordenamiento estuviera compuesto solo por directivas específicas, los incumplimientos de sus normas serían evidentes y serían superfluos los procedimientos judiciales orientados a determinar cuándo una norma fue incumplida: todo esto podría decidirse unilateralmente por la autoridad, que se limitaría apenas a constatar lo sucedido sin necesidad de escuchar a los implicados ni de justificar sus resoluciones ante ellos a la vista de la evidencia de lo sucedido.

En cierto modo, el hecho de que las normas jurídicas no se apliquen así es indicativo de su naturaleza: si no se aplican como lo harían las disposiciones específicas y si se aplican presuponiendo el tipo de sujetos y de relación que presuponen las reglas, es precisamente porque esa es su naturaleza en el sistema del que forman parte, con independencia de los términos en los que se exprese su formulación.

Que las reglas dejen un margen a la intervención de sus destinatarios para decidir sobre su sentido o alcance,¹⁰ haciendo posible así la autoaplicación, es un rasgo definitorio de la forma del derecho. Esta incluye a un individuo con capacidad para actuar en función de normas, es decir, capaz

⁸ Como advirtió Hart, “la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas, que a diferencia de las aplicaciones de estándares variables, no exigen de aquellos una nueva valoración del caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla”, *cf.* Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 168 y 169.

⁹ Al respecto, Hart y Sacks, *The Legal Process*, *cit.*, pp. 115, 121; Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 26 y 27, o Raz, Joseph, *The Authority of Law*, *cit.*, p. 215.

¹⁰ Esto podría ocurrir por el modo en que están redactadas o por el hecho de formar parte de sistemas normativos en los que obtienen su sentido, con lo que una disposición aparentemente específica, podría de alguna manera verse abierta en sus relaciones con otros elementos del sistema —normas superiores, definiciones, normas concurrentes, etcétera— que hay que atender para comprender su sentido normativo.

de entender lo que las reglas disponen y de decidir cómo comportarse en función de lo que suponen y que, por esa razón, puede ser declarado responsable de sus decisiones y acciones.¹¹

De otro lado, hay que tener en cuenta que para que exista derecho en un grupo humano no es necesario que todas y cada una de las acciones de sus miembros estén gobernadas jurídicamente, es decir, que no es necesario que todo el orden social se exprese mediante reglas conforme a los principios de legalidad.¹² El concepto de derecho se refiere comúnmente a aquellas reglas de un grupo humano que dan lugar a una movilización organizada u oficial en forma de respaldo o reproche por la fuerza a los individuos en función de cómo se hayan comportado.

Lo que se exige es que donde haya gobierno (no opcionalidad reforzada por el castigo o perjuicio), sea gobierno a través de reglas, pero no es relevante cómo queda gobernado lo demás, ya que las reglas deben ir dirigidas exclusivamente a una esfera limitada de las acciones y relaciones individuales y sociales: aquellas que pudieran dar lugar a reacciones de respaldo o reproche organizadas o institucionales y, especialmente, aquellas que tienen como resultado actos de fuerza de las autoridades que recaen sobre los individuos.

La introducción de esa dimensión organizativa o institucional nos permite hablar de Estado de derecho, un modelo de gobierno que exige que el poder se ejerza sólo de acuerdo con reglas de comportamiento previas referidas a acciones posibles de los individuos, de modo que los individuos puedan anticipar con un grado de seguridad elevado si, en función de cómo se comporten, se proyectará o no sobre ellos el poder coercitivo del Estado.

Es en este contexto donde se ponen de manifiesto las dimensiones limitativas del poder a las que nos referíamos al principio de este texto.

Los grupos sociales solo pueden existir y subsistir en la medida en que sean sociedades ordenadas, es decir, agrupaciones de individuos que se relacionan entre sí en función de tradiciones, pautas de comportamiento consensuadas, convenciones o reglas, que hagan posible la convivencia de un modo relativamente pacífico entre sus miembros.¹³ Sobrevivir exige una abstención generalizada de la violencia *intragrupo* y la satisfacción de las necesidades más básicas de los individuos requiere un marco de cooperación

¹¹ En un sentido similar, Fuller, Lon, *The Morality of Law*, cit., pp. 162-163.

¹² Así, Campbell, Tom, *Prescriptive Legal Positivism*, cit., pp. 272 y 273.

¹³ Krotz, Esteban, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002, p. 18.

estable y seguro. En cualquier grupo humano es, por tanto, central un principio de establecimiento institucional (*principle of institutional settlement*), que garantice la convivencia pacífica y la fluidez de la cooperación, ya que la alternativa a ese acuerdo institucional es la disgregación y la violencia.¹⁴

El derecho es uno de estos principios: garantiza esos objetivos asegurando que el ejercicio legítimo de la violencia esté monopolizado por agentes públicos —porque no está socialmente generalizada— y haciendo condicional su despliegue al incumplimiento de reglas anunciadas.¹⁵ Es decir, el derecho es la situación que se da cuando el ejercicio de la coacción es responsabilidad exclusiva de agentes oficiales y está condicionado por el cumplimiento o incumplimiento de una serie de reglas relativas al comportamiento de los individuos.¹⁶

Lo expresa Lovett¹⁷ diciendo que para que el derecho exista se ha debido de resolver dos problemas: a) el *problema del orden social*, que exige limitar el ejercicio de la fuerza a los agentes públicos y minimizar las expresiones sociales o informales de violencia, lo que se logra cuando los gobernantes monopolizan efectivamente el uso legítimo de la fuerza sobre la población radicada en un territorio dado, y b) el *problema de la constitucionalización del uso de la fuerza* (*problem of constitutionalism*), que se soluciona cuando se logra una satisfacción elevada de los principios de legalidad en las ocasiones en que las autoridades ejercen la coacción oficial, es decir, cuando la coacción de las autoridades se expresa de acuerdo a lo que disponen esos principios.

Lo anterior, en esencia, significa que la actividad de los agentes públicos coercitivos estará, por lo general, limitada a la aplicación de las reglas jurídicamente válidas, que esos agentes reaccionarán coactivamente contra los individuos cuando estos hayan incumplido normas anunciadas y que protegerán a quienes pretenden obedecer a las autoridades de quienes intentan impedirlo por la fuerza. En definitiva, la existencia del derecho implica necesariamente una limitación de las expresiones sociales o informales de la violencia, pues el derecho solo aparece cuando la expresión legítima de la violencia queda monopolizada por las autoridades oficiales y cuando

¹⁴ Hart, Henry y Sacks, Albert, *The Legal Process*, cit., p. 4.

¹⁵ Las resonancias weberianas de esta concepción son evidentes, *cf.* Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 43-45, 663-668 y 1056-1060.

¹⁶ Como señala Nader, el derecho es una forma de organización basada en la existencia de reglas para cuya violación el grupo ha aceptado o delegado que se infrinja alguna forma de castigo al infractor, *cf.* Nader, Laura, “The Anthropological Study of Law”, *American Anthropologist*, vol. 67, p. 18.

¹⁷ *A Republic of Law*, cit., pp. 100 y 101.

no está socialmente generalizada, aunque no cualquier monopolización del ejercicio de la violencia por un grupo de autoridades oficiales es compatible con la existencia del derecho y solo cuando ese ejercicio se hace depender del incumplimiento de las reglas anunciadas tiene sentido hablar con propiedad de derecho.

Una tercera condición constitutiva del derecho y otra de las limitaciones que su existencia plantea al modo en que se expresa el poder es la operatividad de procedimientos a través de los que se apliquen las reglas establecidas para solventar las pretensiones y conflictos de los individuos. La adjudicación de estos asuntos, es decir, la existencia de jueces o tribunales que apliquen las normas anunciadas para solucionar las pretensiones y conflictos relevantes de los individuos, es constitutiva del derecho en un sentido que no lo son soberanos o legisladores:¹⁸ si hay un procedimiento absolutamente característico de los órdenes jurídicos es la aplicación de las normas y no la legislación ni la dirección política o la administración, pues los órdenes jurídicos se definen a partir de la operatividad de roles como los que típicamente ejercen los jueces.¹⁹

Además, para que el Estado de derecho no sea una mera apariencia,²⁰ es preciso que se garantice que, en ese procedimiento, las pretensiones y conflictos efectivamente se adjudican, es decir, que se resuelven según las reglas establecidas y no de otro modo. Esto se logra cuando está normativamente establecido que el juez tiene el *deber de resolver conforme a las reglas* y cuando están garantizadas, además, la *participación* de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes para justificar sus pretensiones y la adopción de una *actitud considerada* del juez hacia las pruebas y los argumentos presentados por las partes.²¹

¹⁸ Como señaló Hoebel, Edward Adamson, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 21: “no hay derecho hasta que no haya tribunales”.

¹⁹ Nonet, Philippe y Selznick, Philip, *Law and Society in Transition*, Nueva York, Harper Torch Books, 1978, pp. 104 y 105.

²⁰ Lovett, Frank, *A Republic of Law*, cit., p. 149, para el que la adjudicación genuina es condición de posibilidad del Estado de derecho, lo que es tanto como decir del orden jurídico mismo.

²¹ El desarrollo de esta concepción de la adjudicación está en Fuller, Lon, “Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2, pp. 369 y ss.

II. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Sin embargo, la aplicación judicial del derecho tiene un momento singularmente espinoso en el que el potencial limitador del poder que comporta queda en entredicho: el momento de la discrecionalidad judicial. Si los jueces deciden de modo discrecional, se plantea cierta tensión entre la decisión judicial y los principios de legalidad. Los principios de legalidad, constitutivos de la forma del derecho, pretenden garantizar que el comportamiento de los individuos esté gobernado en función de lo establecido en reglas, cuyo sentido sea accesible a sus destinatarios al momento de decidir sobre sus acciones. Pero si las decisiones con las que los jueces administran la coacción estatal para validar las pretensiones de los individuos, resolver sus conflictos o sancionarles por sus comportamientos son discrecionales (aunque sólo sea parcialmente) el sentido preciso de las reglas queda determinado solo *ex post facto*, es decir, que solo se decanta por completo en el momento de la aplicación judicial misma, lo que significa que no estaba totalmente disponible en el momento en que los individuos tomaron la decisión sobre su comportamiento.

El problema es más grave de lo que algunas teorías sugieren,²² porque la discrecionalidad judicial es inevitable. La discrecionalidad es consecuencia de la generalidad de las reglas y esta viene exigida por el reconocimiento de la autonomía de los individuos, que es un rasgo que define a las reglas, que son —no se olvide— el tipo de disposición con que se construyen los órdenes jurídicos. Existe una tensión en el seno del ideal del Estado de derecho entre la *legalidad/previsibilidad* y la *legalidad/autonomía*.

Parece necesario que los individuos conozcan plenamente cuáles son los condicionantes jurídicos de sus acciones: lo que el derecho exige ha de estar disponible al individuo en el momento en que decide cómo comportarse, pues solo así puede planificar su conducta conforme a las reglas dispuestas. Pero la legalidad es una forma de gobernar el comportamiento incompatible con la manipulación o la causación de los comportamientos, razón por la que ha de quedar un margen para la intervención del agente individual en el momento de la autoaplicación, lo que, a su vez, abre espacio para la presentación, al momento de la aplicación judicial, de los hechos y argumentos que se consideren relevantes y también para que esas alegaciones sean tomadas en consideración por el juez antes de decidir.

Hay una cierta contradicción entre la exigencia de que los individuos dispongan de toda la información relevante sobre el estatuto normativo de

²² Me refiero a las que acotan a los llamados casos difíciles los supuestos en los que la discrecionalidad se manifiesta.

su conducta al momento de decidir cómo comportarse y el reconocimiento de que tienen derecho a valorar por sí mismos lo que las reglas disponen o a justificar sus comportamientos conforme a su propia comprensión de las reglas. Estas dos últimas dimensiones de la legalidad son incompatibles con un condicionamiento perfecto del comportamiento de los individuos. Por ser las reglas generales e ir dirigidas a sujetos con capacidad para actuar por sí mismos, el sentido preciso de las reglas nunca puede estar completamente disponible en el momento en que el individuo decide cómo actuar: nunca puede estar anticipadamente claro con absoluta precisión qué es lo que exigen las reglas, ya que solo se precisan cuando son aplicadas judicialmente, es decir, después de que la acción haya tenido lugar. Esto significa que las sentencias judiciales no pueden ser puramente cognoscitivas, en el sentido de que no pueden construirse exclusivamente en función de lo establecido por las reglas dispuestas, ni pueden encontrar en sus palabras la fuente exclusiva de su conclusión.

Las reglas no manifiestan anticipada y expresamente todo su sentido potencial, porque son las sentencias las que especifican su sentido entre los diversos posibles que estaban a disposición de los destinatarios de las normas al momento de su autoaplicación.²³ Así las cosas, es imposible distinguir entre lo que la regla exige y lo que va exigiendo e incluso lo que debería exigir.²⁴

Ahora bien, existen mecanismos para intentar mantener esa carencia normativa dentro de niveles aceptables.

Los jueces han de estar vinculados en algún grado a precedentes, criterios y decisiones anteriores, participando así de lo que podríamos llamar un modelo acumulativo o interpretativo de jurisprudencia. El respeto a los precedentes judiciales refuerza el ideal del gobierno de las leyes²⁵ porque la continuidad con el modo en que las reglas se han aplicado anteriormente hace posible, en la mayoría de las ocasiones, que los individuos se puedan

²³ Así se sigue de Oakeshott, Michael, *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975, pp. 130-133, para el que el procedimiento jurisdiccional que acompaña a las leyes no es sólo un método para aplicar la ley, sino también un procedimiento a través del que su sentido se especifica y se amplifica significativa, justificada, apropiada y duraderamente.

²⁴ Así, Eleftheriadis, quien señala que la interpretación no sucede después de que el derecho aparezca y que el derecho no es algo que es interpretado, sino que el derecho es algo que aparece cuando es interpretado, *cfr.* Eleftheriadis, Pavlos, “Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller’s The Morality of Law”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1, p. 12.

²⁵ Como señala Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, p. 228, “la tarea del juez es buscar una solución que encaje armoniosamente en un sistema de expectativas complementarias expresadas en decisiones pasadas”.

decir gobernados por reglas,²⁶ ya que el conocimiento del modo en que vienen siendo aplicadas les permite anticipar cómo decidirán los jueces si alguna vez han de enjuiciar sus acciones más de lo que podrían hacerlo si los jueces estuvieran habilitados a ignorar libremente la manera en que las reglas han sido interpretadas con anterioridad.²⁷

También hay que tener en cuenta que cada aplicación judicial de una regla mitiga la indeterminación del derecho y, en la medida en que sea pública, ofrece información sobre las circunstancias que dan lugar a la aplicación de sus normas y el peso que distintas circunstancias fácticas tienen en la aplicación de las normas.²⁸ Dado que en cada aplicación se especifica el sentido de las reglas, las sentencias deben publicarse para que ese complemento esté disponible a los futuros destinatarios de las normas, aunque es siempre cierto que esa información se ofrece *ex post facto* a aquellos que eran parte en el caso que concluye con la sentencia hecha pública.

Algo similar ocurre con la motivación y con el deber de motivar. Si no se expresan las razones de cada decisión se hace más difícil la previsibilidad, pues no se facilita que las partes puedan anticipar el sentido de las siempre inciertas decisiones judiciales y se favorece que terminen actuando por corazonadas, al no tener información sobre los criterios que los jueces tienen a propósito del sentido de los estándares o reglas que les afectan.²⁹ Dicho de otro modo, hacer pública la motivación permite anticipar otras variacio-

²⁶ Un antecedente de este planteamiento puede rastrearse hasta la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico de Adolf Merkl (citado por Cuenca Gómez, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014, p. 180), según la cual todo estadio intermedio de la cadena de producción normativa está caracterizado por una cierta “dosis” de “novedad” combinándose e interactuando en cada grado elementos objetivos y subjetivos, es decir, que cada escalón del proceso de producción normativa se basa en el precedente, pero incorpora siempre nuevos elementos, si bien se trataría “de una integración, pero no de una nueva construcción”.

²⁷ En un sentido similar, Lovett, Franz, *A Republic of Law*, *cit.*, p. 177, habla de cambio endógeno del derecho, un tipo de cambio interpretativo, gradual y marginal, que garantiza la adaptación del derecho a circunstancias imprevistas, efecto de la generalidad de las normas en tanto que reglas.

²⁸ Postema, Gerard, “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994, pp. 375 y 376, incluso amplía el marco de referencia de esa idea, pues señala que el contenido de una norma no se puede determinar plenamente si no se conoce el sentido en que se entenderá la norma una vez proyectada a la sociedad. Entender una norma exige, por tanto, comprender las instituciones, prácticas y actitudes de la comunidad a la que se dirige. Las normas solo se concretarían cuando establecen contacto con ese conjunto de prácticas, actitudes y formas de interacción social, de las cuales, añadido, forman parte los casos en que se aplican y los motivos por los que se aplican.

²⁹ Fuller, Lon, “Forms and Limits”, *cit.*, pp. 387 y 388.

nes de la especificación. Sin embargo, no hacer públicas las razones por las que se aplica una regla ofendería al ideal de la legalidad, porque es tal la intensidad de la relación entre razones y especificaciones de las reglas que ocultarlas es ocultar los presupuestos de su especificación.

En definitiva, el carácter acumulativo de la jurisprudencia y la publicidad de las decisiones judiciales y de su motivación refuerzan el ideal del Estado de derecho, pues aseguran que está a disposición del individuo la mayor cantidad de información al momento de decidir sobre cómo comportarse y sobre lo que las reglas vigentes suponen para su comportamiento.

Sin embargo, a veces el contenido de una sentencia judicial es algo más que una simple especificación de lo expresado por las reglas, y ni aun atendiendo a decisiones pasadas conocidas o a las razones por las que se adoptaron resulta posible anticipar el sentido de la amplificación o especificación de la regla que lleva a cabo el juez al momento de la adjudicación del caso. Así ocurre, por ejemplo, cuando se interpreta una regla por primera vez, cuando se interpreta de un modo socialmente insospechado, cuando cambian los fundamentos sobre los que se venía construyendo la interpretación o cuando se rompe con una línea jurisprudencial establecida.³⁰ En esas condiciones, las sentencias van más allá de ser simples aclaraciones o especificaciones implícitas en el sentido de las reglas; en su lugar, corrigen o alteran materialmente su sentido y, en estos casos, la confianza del individuo en el derecho podría verse traicionada, porque sus reglas son aplicadas de un modo que no era posible anticipar al momento de la autoaplicación.

III. LA DIMENSIÓN MORAL DEL ESTADO DE DERECHO

Una solución a ese problema pasa por exigir una especial justificación o motivación a la decisión judicial que resuelve esos casos, intentando así evitar que las decisiones de los jueces puedan ser plausiblemente percibidas como expresiones de arbitrariedad. Sin embargo, esta posibilidad no es fácilmente practicable en sociedades éticamente pluralistas cuyos miembros discrepan razonablemente sobre la identidad, sentido o alcance de los valores sobre los que podría construirse esa justificación. La remisión a valores en los que

³⁰ En un sentido similar, Waldron ha llamado la atención sobre la difícil relación existente entre, de un lado, los principios de seguridad y previsibilidad del Estado de derecho y, de otro lado, la dimensión argumentativa del derecho, *cf.* Waldron, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of the Procedure”, en Fleming, James E. (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nueva York, Nomos-New York University Press, 2004, p. 12.

fundar la decisión —transformando así la discrecionalidad fuerte en débil y tornándola compatible con la legalidad— no es fácil.

Una solución practicable compatible con el ideal de la legalidad es fundar la decisión judicial en los valores y principios morales que subyacen a ese mismo ideal, es decir, en los valores y principios implícitos al derecho como empresa de someter al gobierno de reglas el comportamiento de los individuos.³¹

Esta solución implica aceptar que el orden jurídico, en tanto que método de gobierno o control social, no es moralmente neutral, sino que tiene una dimensión moral que se sigue del hecho de ser expresión de un conjunto de valores sustancialmente morales relativos a la forma en que ha de ejercerse el poder, cuya manifestación más depurada son los principios de legalidad.³² Al conjunto de esos valores y principios que, por definir la forma del derecho y ser constitutivos de su existencia, forman parte del derecho, los denomino *constitución del Estado de derecho* o *constitución del derecho*, ya que, desde este punto de vista, derecho y Estado de derecho son lo mismo.³³ Si hubiera que buscar una denominación para la teoría, esta probablemente sería la de *constitucionalismo legalista*, a la vista de la relevancia de la *legality* o juridicidad, del legalismo y del imperio de la ley en la construcción del orden social característicamente jurídico.

La *constitución del Estado de derecho* está formada por una serie de valores morales que reclaman una cierta forma de control social. Los principios de legalidad son la expresión normativa de esos valores referida al modo de ejercicio del control social, es decir, a la forma en que se ha de gobernar un grupo para que sea posible decir plausiblemente que el poder se ejerce en forma jurídica; asimismo, son condiciones relativas a la forma del derecho, es decir, a cómo ha de gobernar quien pretende hacerlo jurídicamente. Son condiciones que deben satisfacerse suficientemente si se quiere tener éxito en la tarea de construir un orden jurídico y, en ese sentido, son constitutivos del orden jurídico.

Los valores del ideal de la legalidad forman parte de la constitución del Estado de derecho. Son sustancialmente morales, porque los identificamos

³¹ Me he referido más extensamente a esta cuestión en Peña Freire, Antonio, “La constitución del Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2020 (XXXVI), pp. 87-110.

³² Este planteamiento es complementario del relativo a la estructura moral del derecho, es decir, el que apunta a que lo dispuesto por el derecho presupone una cierta moralidad que lo inspira. Cfr. Díaz García, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 52.

³³ En ese sentido también Waldron, Jeremy, “The Concept of the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 43, núm. 1, 2008, p. 10.

con claridad como parte de nuestro universo moral. Además, pertenecen al derecho, en el sentido de que éste está necesariamente vinculado con ellos,³⁴ pues fundamentan, a través de los principios, su forma característica. También son originarios, porque su pertenencia al derecho no se sigue del hecho contingente de que hayan sido constitucionalizados,³⁵ como ocurre con los valores y principios del llamado neoconstitucionalismo³⁶ o del pospositivismo,³⁷ sino que es expresión directa de su forma definitoria.

Aunque la propuesta pudiera parecer iusnaturalista, no lo es: es más, creo que el planteamiento es profundamente iuspositivista, al menos en el sentido que habitualmente se presupone en quienes critican al iusnaturalismo por fomentar que nuestras pretensiones y conflictos se resuelvan por determinación moral directa en lugar de hacerlo conforme a la legalidad establecida. Desde mi punto de vista el derecho y la moral están conceptualmente conectados, pero esto es posible sin que así se moralicen el derecho o la decisión jurídica, es decir, sin someter a los jueces a los imperativos de la justicia y habilitarlos para derrotar o ignorar las reglas. Dicho de otro modo, se puede sostener que el derecho tiene una dimensión moral sin confundirlo con la moral, sin cuestionar su autonomía respecto de la justicia y sin, por lo tanto, dejar de ser iuspositivista en alguno de los diversos sentidos en que es posible serlo.

La aceptación de esa hipótesis y de sus correspondientes presupuestos pudiera entenderse como una impugnación del modo en que se ha desarrollado una parte importante del debate sobre la relación entre el derecho y la moral o sobre la moralidad del derecho en las últimas décadas. No creo que sea necesario llegar tan lejos, pero sí que algunos aspectos del modo en que la filosofía del derecho ha abordado el problema de la relación entre derecho y moral no son del todo adecuados.

Los planteamientos dominantes entre los filósofos del derecho respecto del valor moral del derecho obedecen, en su mayoría, a planteamientos ex-

³⁴ Cfr. Dyzenhaus, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000, pp. 721-722.

³⁵ Al respecto, Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49 y ss.

³⁶ En ese sentido, García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de moralidad*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 80 y ss., así como 218 y ss.

³⁷ Una buena caracterización del pospositivismo, en Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP Jurídica Central*, vol. 2, núm. 3, 2017, pp. 82 y 83. Aguiló, Josep, “Positivism and postpositivism. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 669 y ss., ha presentado de manera muy clarificadora los rasgos fundamentales del pospositivismo, contrastándolo con el positivismo jurídico.

clusivamente instrumentales: muchos filósofos del derecho, singularmente los iuspositivistas, solo se muestran dispuestos a reconocer al derecho valor instrumental,³⁸ es decir, solo el valor que se sigue del hecho de poder usarse como herramienta para lograr ciertos fines, medido por el valor de esos fines,³⁹ sin considerar la posibilidad de que tenga además un valor intrínseco, pese a que, por ejemplo, se reconoce ese mismo valor a otras instituciones o métodos de gobierno, como la democracia, con independencia de que democráticamente puedan tomarse decisiones nefastas.⁴⁰

La explicación de esta resistencia a admitir una dimensión moral del derecho se explica por el predominio en la arena iusfilosófica de cierto positivismo jurídico que insiste en la idea de que cualquier reconocimiento del valor moral del derecho tiene efectos legitimadores sobre su contenido, es decir, que equivale también a validar moralmente lo dispuesto. En ese contexto, quien sostiene que el derecho tiene una dimensión moral es sospechoso de legitimar al poder, de fomentar la obediencia acrítica al derecho o de oscurecer las diferencias entre las leyes justas e injustas.

Sin embargo, estas críticas son precipitadas: en modo alguno sostener que el derecho tiene cierta dimensión moral supone colocar a los individuos en una actitud sumisa respecto de lo que las normas sugieren o legitimar las leyes de gobernantes inicuos. Decir que el derecho es justo en el sentido de que, por ser expresión de ciertos valores morales, tiene una dimensión moral intrínseca *como forma de gobierno* no equivale a sostener que sus normas sean justas. En primer lugar porque cuando afirmamos que el derecho tiene una dimensión moral intrínseca no estamos afirmando que todo el contenido del derecho sea justo ni que exista el deber de obedecer sus normas

³⁸ Al respecto, Green, Leslie, “Law as a Means”, en Cane, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 176.

³⁹ Así, por ejemplo, Austin, que señala que “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”, Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965, p. 157; Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009, p. 43, o Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, cit., p. 181, al señalar que, en modo alguno, es necesariamente verdadero que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias de la moralidad, aunque es un hecho que con frecuencia lo hace.

⁴⁰ También son, por cierto, instrumentales los planteamientos principialistas porque, en este caso, la moralidad del derecho depende de una contingente conexión del derecho con la moral correcta a través de la constitución. Salvo que se considere que la conexión entre derecho y moral que acontece en la constitución es reflejo de alguna conexión necesaria más profunda, como la que Alexy plantea que se da entre derecho y moral como consecuencia de participar el discurso jurídico de la pretensión de corrección característica de los actos de habla regulativos.

con independencia de qué sea lo que disponen, porque el mérito moral de la forma del derecho no se trasmite necesariamente a su contenido, es decir, no supone que lo que disponen las reglas esté necesariamente justificado por haber sido dispuesto. En segundo lugar, porque existen otros valores morales que compiten con los constitutivos de los órdenes jurídicos y que, según el caso, nos pueden (incluso nos deben) llevar a excepcionar o desplazar a los principios vinculados a la legalidad.⁴¹

IV. LOS VALORES DE LA LEGALIDAD COMO LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Como he sostenido, las reglas, por ser generales, hacen imposible una guía precisa y previa del comportamiento autoaplicativo del individuo y dejan siempre abierta la puerta a la discrecionalidad judicial. Ahora bien, las decisiones *creativas* o *sorpresivas* de los jueces podrían aún ser compatibilizadas con el ideal de la legalidad si se fundamentan en los valores y principios que definen el propósito del derecho, es decir, en los valores y principios de la constitución del Estado de derecho. Dicho de otro modo, en los casos en los que el nivel de discrecionalidad de una decisión judicial se vuelve demasiado elevado y es razonable concluir que las partes han sido *sorprendidas* por ella, se puede fundar la decisión en las razones vinculadas a la propia legalidad, para convertir una decisión potencialmente arbitraria en un ejercicio razonable de discrecionalidad.

Es momento de precisar cuáles son esos valores:⁴² el control de la violencia y la arbitrariedad, la limitación del poder, el reconocimiento de la capacidad de actuar y la libertad como independencia de la voluntad de los otros. Veamos con cierto detenimiento el contenido de cada uno de estos valores.

- Control de la violencia arbitraria: existe cierto consenso moral a propósito de que la violencia y la arbitrariedad son moralmente reprobables. A nadie le gusta ser víctima de actos de violencia ni ser tratado arbitrariamente ni, por supuesto, ser objeto de alguna forma de coacción arbitraria. En la medida en que, como vimos al inicio, el derecho es conceptualmente incompatible con la legítimi-

⁴¹ Al respecto, Raz, Joseph, *The Authority of Law*, cit., p. 229. También Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., pp. 67 y 68.

⁴² Los principios de legalidad, definitorios de la forma del derecho, ya fueron presentados.

dad del libre recurso social a la violencia y con el ejercicio arbitrario de la coacción por parte de los órganos estatales, es portador de un inherente valor moral pues su eficacia es equivalente, en términos prácticos, a una reducción o minimización del riesgo de los individuos de ser víctimas de violencia y arbitrariedad. Recordemos que el Estado de derecho existe cuando los principios de legalidad se respetan cuando los grupos reaccionan formal o institucionalmente para ejercer coacción sobre sus miembros o lo que es lo mismo cuando el ejercicio de la coacción institucional se hace depender del incumplimiento de reglas previamente anunciadas.⁴³ En definitiva, el Estado de derecho es la situación que existe cuando el ejercicio de la violencia puede llevarse a cabo exclusivamente por parte de agentes públicos y cuando está condicionado al incumplimiento de reglas de comportamiento previamente anunciadas. En la medida en que la existencia del derecho reduce la posibilidad de padecer violencia social arbitraria y contribuye a que el ejercicio de la violencia institucional no sea percibido como una expresión arbitraria de violencia, el derecho mismo es expresión de un valor moral: el control de la violencia arbitraria. De otro lado, quien se diga comprometido con ese valor tiene razones para promover la solidez del orden jurídico o para decidir en un sentido que lo confirme o fortalezca.

- Limitación del gobernante: el segundo valor moral que forma parte de la constitución del Estado de derecho es la limitación al poder del gobernante. El Estado de derecho es incompatible con concepciones incondicionadas o ilimitadas del poder de los gobernantes. En un Estado de derecho el gobernante no puede, por razones conceptuales, ni expresarse en cualquier forma ni ostentar un poder irrestricto.⁴⁴ No se puede, por razones conceptuales vinculadas a las condiciones constitutivas del derecho y a la noción misma de regla, coaccionar a los gobernados en casos distintos a los anunciados en las reglas.⁴⁵ También el principio de congruencia entre las reglas anunciadas y la acción oficial exige que los gobernantes se

⁴³ Peña Freire, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 96-102.

⁴⁴ Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 39-41 y pp. 216-217. Al respecto, también Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 274; Allan, Trevor, *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 56, y Murphy, Colleen, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 239-262.

⁴⁵ Al respecto, Simmel, Georg, *The Sociology of Georg Simmel*, Nueva York, Free Press of Glencoe, 1950, p. 181.

abstengan de castigar a quienes han cumplido las reglas ya que han de limitarse a castigar a quienes las incumplieron y precisamente debido a ese incumplimiento.⁴⁶

- Reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos: el tercer valor moral del Estado de derecho es el reconocimiento de la autonomía y capacidad de actuar de los individuos: el propósito definitorio de todo orden jurídico es gobernar el comportamiento de los individuos mediante reglas. Las reglas jurídicas son directivas generales autoejecutables, es decir, directivas que se refieren a acciones posibles sobre las que individuos con capacidad de actuar tienen cierto control rector y que, además, dejan cierto espacio abierto para la intervención del agente en su ejecución, quien habrá de decidir si se refieren a él, si cumplirlas, y cómo o cuándo hacerlo. La forma del derecho, por tanto, incluye a un individuo con capacidad para comprender las reglas y actuar conforme a ellas,⁴⁷ es decir, presupone una concepción del individuo como agente responsable, capaz de comprender y seguir las reglas y responsable de sus acciones.⁴⁸
- Libertad frente a la voluntad de los otros y adjudicación de las reglas: una manera de garantizar que los individuos son libres en el sentido de que no están incondicionalmente sometidos a la voluntad

⁴⁶ Otra variante de este planteamiento es la de Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, cit., p. 159, para quien tenemos reglas porque se ha optado por separar distintas funciones de gobierno entre distintos poderes. Cuando el responsable de su aplicación puede ignorarlas en lugar de aplicarlas invade el espacio del otro, lo que está en sustancial tensión con la idea misma de separación de jurisdicciones o poderes. La distinción entre dos funciones de gobierno —la de crear los patrones de comportamiento que han de seguir los miembros del grupo y la de aplicarlos— y la consiguiente separación de poderes tienen efectos limitadores del poder. Las reglas instruyen a los decisores en la necesidad de no considerar ciertos hechos, razones o argumentos (p. 221). Las reglas son así mecanismos para determinar quién debe considerar qué, es decir, operan como herramientas de la distribución del poder pues un decisor sometido a reglas pierde la potestad para decidir tomándolo todo en cuenta. Las reglas asignan poder al seleccionar las razones y establecer quién decide. Así, por ejemplo, cuando un tribunal decide que un vehículo que porta una estatua no es el vehículo al que se refiere la regla que prohíbe la entrada de vehículos en el parque, se asigna poder a sí mismo y se lo quita a los creadores de la regla (pp. 223-224). Por muy absurda que parezca la conclusión que se sigue de la formulación de la regla, lo cierto es que quien se arroga el poder de decidir qué es absurdo también está arrojándose un poder que es de otro. Sin embargo, quien dice que no puede ignorar lo dispuesto por una regla por considerar que es absurdo no está abdicando de ninguna responsabilidad, sino asumiendo la responsabilidad que le corresponde y respetando la asignación que se hizo a otros de responsabilidades distintas.

⁴⁷ Rundle, Kristen, *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁴⁸ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, cit., p. 162.

de nadie es gobernarlos mediante reglas llamadas a servir de criterio exclusivo para la resolución de sus conflictos y pretensiones.⁴⁹ En estos términos el individuo depende de las reglas y no de la voluntad de nadie. Desde luego, ha de garantizarse que la aplicación de las reglas es distinguible de lo que se daría cuando los individuos son gobernados *a voluntad*. Es decir, para que el gobierno de las reglas sea posible tenemos que lograr que la experiencia de los individuos de estar sometidos a ellas sea distinta de lo que sucedería si estuvieran incondicionalmente sometidos a la voluntad de alguien. Esto último ocurriría, por ejemplo, si los conflictos y pretensiones de los individuos los resolviera caso a caso el gobernante según su criterio actual sobre el modo en que deberían haberse comportado los individuos en esas situaciones ya acaecidas y no según lo exigido por las reglas que hubiese anunciado para ese tipo de situaciones. De ahí la necesidad de que pretensiones y conflictos se adjudiquen, es decir, que se resuelvan según las reglas anunciadas y no según la voluntad de quien las dio. Es también porque no es aceptable que se esos conflictos no resuelvan exclusivamente en función de la voluntad del juez, por lo que es necesario garantizar la participación de las partes en el proceso mediante la presentación de pruebas y argumentos que consideren relevantes y por lo que el juez ha de considerarlas antes de decidir. Si no fuera así, sería verdad que las partes dependen exclusivamente de la voluntad del juez y no tendría sentido decir que son independientes de la voluntad de los otros porque están siendo gobernadas en función de reglas.

Lo dicho pone de manifiesto que el derecho, como método de gobierno o forma de control social, es expresión de ciertos valores morales y que tiene un considerable potencial para disminuir el riesgo de expresión arbitraria del poder, es decir, que tiene efectos limitadores importantes sobre el modo en que se ejerce el poder. Los valores de la legalidad —el control de la coacción arbitraria, la limitación del poder, la autonomía y capacidad del individuo para actuar por sí mismo y la libertad del individuo frente a la voluntad de los otros— se ven expresados donde existe un orden jurídico y, a la vez, sirven para evitar expresiones arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal.

En los casos en los que asistimos a algún ejercicio de discrecionalidad judicial los valores de la legalidad permitan definir ciertos referentes útiles para orientar y condicionar la corrección de la decisión del juez, convirtien-

⁴⁹ Simmonds, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 101.

do así una decisión potencialmente arbitraria en una discrecional sujeta a un cierto control de razonabilidad. Cuando el juez se ve en la necesidad de decidir discrecionalmente porque, por ejemplo, no encuentra en las reglas dispuestas o en sus sucesivas especificaciones jurisprudenciales una solución para un caso, debería inspirarse en los valores recién expuestos e intentar realizarlos con su decisión. Esto normalmente le llevará a valorar qué solución, de entre las que tiene que elegir discrecionalmente, es la que garantiza una mayor satisfacción de los principios de legalidad. Es así como una decisión discrecional que no se sigue directamente de las reglas se hace compatible con el ideal de la legalidad y como evitamos que se disuelva en un puro ejercicio de arbitrariedad.

V. UN PAR DE ILUSTRACIONES PRÁCTICAS

A partir de estas ideas es posible contribuir al debate sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del derecho suscitado por los llamados casos difíciles,⁵⁰ singularmente, en el marco de la crítica de las teorías principialistas al legalismo iuspositivista.⁵¹ Me referiré, en concreto, al *caso Noara*, popularizado en el debate iusfilosófico por García Figueroa,⁵² y referido como un caso que demostraría la naturaleza argumentativa del derecho y su apertura a la moral. En ese caso, una juez, de manera evidente pero disimulada, obvia una determinación legal clara para evitar cometer una injusticia clamorosa que habría supuesto la muerte evitable de un bebé.

García Figueroa⁵³ concluye afirmando que, en un Estado constitucional, toda norma legal es derrotable porque hay excepciones implícitas a las reglas que no existen *ex ante* al caso, que la jerarquía normativa es oscilante y que la validez de las reglas es inestable porque está sujeta a que no se formulen excepciones implícitas en el momento de su aplicación. Además, advierte que las excepciones a las reglas jurídicas tienen bases éticas: en los Estados constitucionales, los ordenamientos jurídicos aspiran a ser optimizados moralmente y el razonamiento jurídico mismo se define por su disposición

⁵⁰ Al respecto, Iglesias, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 107 y ss.

⁵¹ Quizás las referencias de Schauer, Fredecik, *Las reglas en juego*, *cit.*, p. 108, a dos modelos de reglas: el modelo conversacional y el modelo atrincherado, sean de utilidad para comprender el sentido de los planteamientos en liza.

⁵² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, *cit.*, pp. 153.

⁵³ *Ibidem*, pp. 162-168.

a la corrección moral. Jurídicamente no es correcto resolver injustamente: el derecho y la justicia quedarían así conceptualmente conectados.⁵⁴

El problema con este análisis es que no parece presuponer que la aplicación de la ley sea un valor moral en sí por mucho que, en ese caso concreto, se haya visto superado por el valor de la vida del bebé. El valor asociado a la legalidad no puede quedar anulado por el de la justicia o los derechos. No deberíamos llegar a la conclusión de que el deber más elevado del juez es el de hacer justicia en cada caso relegando a la aplicación de las reglas a una posición subalterna. No creo que García Figueroa hubiera suscrito conclusiones como ésta, pero, en cualquier caso, debería quedar claro que la legalidad es un valor como tal. Aunque ese valor podría verse desplazado cuando la justicia en general exige una solución distinta a la reglada, la aplicación de esta solución es justa por venir exigida por los valores de la legalidad y sigue siéndolo incluso en los casos en los que es menos justa que la que resulta de una determinación moral directa a partir de algún valor distinto de los que definen el ideal de la legalidad, es decir, cuando se ve superada, pero no anulada ni absorbida, por otra exigencia más potente.⁵⁵

Por eso, casos como el de Noara ni son casos que celebrar ni *hacen buen derecho* si se los interpreta como demostraciones de que el valor de la legalidad es, en algún sentido, dependiente o subsidiario del valor de la justicia general o como que no hay conflicto entre ellos, porque la realización del segundo es automáticamente la del primero. Desde el punto de vista de la legalidad, esos casos no prueban la conexión del derecho con la justicia, sino que deberían demostrar la independencia del valor moral del derecho frente a otros valores morales generales o, dicho de otro modo, la autonomía de la legalidad frente a la moralidad no tanto porque el derecho sea

⁵⁴ En contra de este planteamiento, Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, *cit.*, pp. 177-179, advierte que las reglas no pueden estar sujetas a excepciones incorporadas al momento de su aplicación y seguir siendo reglas. Pueden ser exceptuadas, desplazadas o superadas y seguir siendo reglas siempre que concluyamos que, cuando eso sucede, se incumplió la regla sin que esa condición se consolide como excepción a lo reglado. Las reglas, en tanto que razones para la acción, deben tener cierto grado de resistencia frente a la derrotabilidad externa. La apertura incondicional a la derrotabilidad en función de consideraciones morales es incompatible con la naturaleza misma de las reglas y con su gobierno.

⁵⁵ En un sentido similar, Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, *cit.*, p. 155, llama la atención sobre los riesgos de dar más valor a las decisiones puntuales basadas no en reglas sino en sus justificaciones sustantivas que a las razones por las que podríamos desear tener reglas y estar gobernados por ellas: “cuando las justificaciones para tener una regla pesen menos en el balance de razones que las justificaciones sustantivas aplicadas en las circunstancias, la decisión que resulte de consultar todas las justificaciones de la regla sería consistente con las justificaciones sustantivas, pero inconsistente con la propia regla”.

distinto de la moral general, sino porque contiene una moral específica diferente de ella.

Desde ese punto de vista, el juez que suspende en el caso las exigencias de las reglas y de la legalidad y resuelve desde un punto de vista moral alternativo estará haciendo lo correcto *desde ese punto de vista*, pero no lo correcto jurídicamente, donde *jurídicamente* también implica el punto de vista moral implicado en el ideal de la legalidad. La decisión podrá ser considerada como mejor en general aunque, estrictamente hablando, no es la decisión de un juez en sentido estricto, porque juez es quien decide en función de las reglas anunciadas y se niega como tal quien las margina o suspende, aunque sea por razones morales más poderosas que las que justifican su función rutinaria.

Este argumento queda ilustrado también por referencia a otro caso difícil cuyo análisis es complementario del anterior: en esta ocasión, la dificultad se plantea cuando una ley, formalmente promulgada, establece que la palabra de cierta categoría de víctimas es prueba suficiente de la acusación, con lo que priva a otra categoría de individuos de su derecho a la defensa en juicio, porque les impide presentar su versión de los hechos o los argumentos que mostrarían la licitud de las acciones que se les reprochan.

Lo primero que pensamos ante este supuesto es en una vulneración de derechos o principios proclamados constitucionalmente, como el derecho a un juicio justo o el derecho de defensa. Si estos principios están reconocidos en la Constitución, podríamos solucionar el caso propugnando la inconstitucionalidad de la ley. Pero esto es contingente y bien podría no ser así, sea porque no hay proclamación constitucional de los principios, sea porque es la presunción de veracidad de los testimonios la que está constitucionalmente establecida. En cualquier caso, en estas condiciones la decisión judicial no es compatible con los principios de legalidad porque no puede decirse basada en reglas y podría ser plausiblemente presentada como una decisión arbitraria y percibida como tal por el acusado y condenado.

Hay una dificultad singular en el caso descrito: los principios de legalidad, dije, ordenan aplicar las reglas para satisfacer los valores de la legalidad que los fundamentan. Sin embargo, en el caso que estamos analizando es la propia regla a aplicar la que es contraria a esos valores y es su aplicación la que los menoscaba, porque el juez al decidir conforme a lo dispuesto en la regla vulnera los principios de legalidad y los valores que los fundamentan.

Como teóricos del derecho, deberíamos preocuparnos no tanto por la cuestión práctica de lo que *le pasará* al juez si hace tal o cual cosa, sino por la dimensión conceptual del problema. Recordemos que la existencia del

Estado de derecho, entendido como la situación en la que el comportamiento de los individuos está decisiva y efectivamente gobernado por reglas, depende del esfuerzo de quienes pretenden realizarlo porque el Estado de derecho y el derecho mismo son una empresa guiada por un propósito cuyo éxito depende de cuáles sean las acciones de quienes los practican. Cuando un legislador dictando reglas claras, públicas, etcétera, se esfuerza en garantizar que el ejercicio de la coacción estatal va a estar condicionado por el cumplimiento de las normas anunciadas, está construyendo el Estado de derecho y dando satisfacción a los valores de los que es expresión en tanto que forma de gobierno. Igualmente, cuando un juez se asegura de que los individuos son escuchados en los procesos de los que son parte o cuando decide atendiendo a sus argumentos está reforzando el Estado de derecho y nos está acercado a esa situación en la que el Estado de derecho existiría en su plenitud.

Esto es precisamente lo que resulta imposible al juez en el caso presentado: se exige al juez resolver conforme a la ley para honrar así los valores del ideal de la legalidad, pero es la propia ley la que le impide dar satisfacción a esos valores porque priva al acusado de la posibilidad de mostrar que su comportamiento fue compatible con la norma dispuesta. En este caso, afirmar que “el juez ha de aplicar la ley” no nos acerca al ideal del gobierno de las leyes, sino todo lo contrario. Y es que una cosa es que el gobernante haya dispuesto algo y ordenado al juez aplicarlo y otra distinta que esa decisión sea una decisión adjudicativa genuina, es decir, una decisión en la que el juez resuelve conforme a la norma dispuesta, algo que, como vimos, exige atender a los hechos y argumentos presentados por las partes, para que así la decisión adoptada sea conceptualmente incompatible con la arbitrariedad.

En una situación como esa podríamos propugnar que el juez inaplique la ley para satisfacer los principios del Estado de derecho. Es verdad que esta es una respuesta que tiene mala prensa porque evoca iusnaturalismo, activismo judicial o porque parece disolver los límites entre derecho y moral. Habrá, seguro, quien advertirá que es una forma de ignorar la separación entre lo que es justo y lo que está jurídicamente establecido o que nos coloca ante el precipicio del gobierno de los jueces. Sin embargo, a mí me parece que es justo lo contrario: que es el Estado de derecho el que se disuelve precisamente cuando una ley como la imaginada se aplica, porque quien la dio no interpretó satisfactoriamente lo que hay que hacer para realizarlo ya que su contenido nos aleja del estado en el que el comportamiento de los individuos es gobernado por reglas, pues el procedimiento por el que éstas

se aplican, por ignorar sistemáticamente a sus destinatarios, se vuelve indistinguible del procedimiento que existiría allí donde unos individuos dependerían de la voluntad arbitraria de otros, en este caso, de quienes les acusan.

En conclusión, lo apropiado al concepto de juez es decidir evitando hacerlo arbitrariamente, lo que en este caso exigiría inaplicar la ley o interpretarla hasta el punto de hacerla compatible con el derecho de las partes a defenderse. Es así porque juez es quien decide como tal, contribuyendo con cada decisión a la realización del Estado de derecho. Otra cosa distinta es la condición profesional como “juez” de un individuo dado y su estabilidad en el cargo o su salario. Que un juez que optara por inaplicar la ley fuese cesado como “juez” no lo hace menos juez: habría sido cesado precisamente por haber actuado como tal y no de otro modo incompatible con la posición y responsabilidades que corresponden a los jueces en un Estado de derecho merecedor de ese nombre.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1993.
- ALLAN, Trevor, *Constitutional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- ATIENZA, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista CAP Jurídica Central*, vol. 2, núm. 3, 2017.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel 1996.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1965.
- BENTHAM, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, cap. XVII, 1843.
- CAMPBELL, Tom, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, Londres, UCL Press.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkel”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 17, 2014.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1989.
- DYZENHAUS, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 4, 2000.

- ELEFTHTERIADIS, Pavlos, “Legality and Reciprocity: A Discussion of Lon Fuller’s The Morality of Law”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, vol. 10, núm. 1.
- FALLON, Richard H., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1997.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- FULLER, Lon, “Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, núm. 2.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, CEPC, 1998.
- GREEN, Leslie, “Law as a Means”, en CANE, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- HART, Henry y SACKS, Albert, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Westbury-Nueva York, The Foudation Press, 1994.
- HOEBEL, Edward Adamson, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.
- IGLESIAS, Marisa, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, CEPC, 1999.
- KELSEN, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*, Madrid, Reus, 2009.
- KROTZ, Esteban, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en KROTZ, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002.
- LAPORTA, Francisco, *Imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007
- LOVETT, Franz, *A Republic of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- MURPHY, Colleen, “Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 24.
- NADER, Laura, “The Anthropological Study of Law”, *American Anthropologist*, vol. 67.
- NONET, Philippe y SELZNICK, Philip, *Law and Society in Transition*, Nueva York, Harper Torch Books, 1978.

- OAKESHOTT, Michael, *On Human Conduct*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- PEÑA FREIRE, Antonio, “La constitución del Estado de derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXVI, 2020.
- PEÑA FREIRE, Antonio, *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona, Atelier, 2018.
- POSTEMA, Gerard, “Coordination and Convention at the Foundations of Law” en *The Journal of Legal Studies*, 11, 1991.
- POSTEMA, Gerard, “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, 1994.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RUNDLE, Kristen, *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing, 2012.
- SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SIMMEL, Georg, *The Sociology of Georg Simmel*, Nueva York, Free Press of Glencoe, 1950.
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WALDRON, Jeremy, “The Concept of the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 43, núm. 1, 2008.
- WALDRON, Jeremy, “The Rule of Law and the Importance of the Procedure”, en FLEMING, James E. (ed.), *Getting the Rule of Law*, Nueva York, Nomos-New York University Press, 2004.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.