



La autonomía moral y el imperio de la ley: una conexión constitutiva

Moral Autonomy and the Rule of Law: a constitutive connection

Autonomia moral e império da lei: uma conexão constitutiva

Ricardo Marquisio Aguirre

Profesor Titular del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho (FDER-
UDELAR)

rmarquisio@gmail.com.

Resumen

En su influyente versión contemporánea del ideal del imperio de la ley, Francisco Laporta presenta, a través de un complejo argumento moral, una conexión constitutiva de este con la autonomía personal. El objetivo de este artículo es argumentar, a manera de robustecer la justificación del imperio de la ley, la existencia de otra conexión constitutiva, esta vez con la noción de autonomía moral, expresada a través de lo que denomino punto de vista práctico jurídico. Mientras la autonomía personal es un valor que requiere, para su cumplimiento mínimamente satisfactorio, la vigencia del imperio de la ley, la autonomía moral constituye el punto de vista evaluativo necesario del orden jurídico que obliga a ciertas personas a ser partícipes en la realización de ese ideal.

Palabras clave: Imperio de la ley, autonomía moral, moral y derecho, ontología jurídica.

Abstract

In his influential contemporary version of the ideal of the rule of law, Francisco Laporta presents, through a complex moral argument, a constitutive connection of this with personal autonomy. The goal of this paper is to argue, in order to strengthen the justification of the rule of law, the existence of another constitutive connection, this time with the notion of moral autonomy, expressed through what I call legal practical point of view. While personal autonomy is a value that requires, for its minimally satisfactory fulfillment, the validity of the rule of law, moral autonomy constitutes the necessary evaluative point of view of the legal order that obliges certain people to participate in the realization of that ideal.

Keywords: Rule of law, moral autonomy, morality and law, legal ontology

Resumo

Na sua influente versão contemporânea do ideal do império da lei, Francisco Laporta apresenta, através de um complexo argumento moral, uma ligação constitutiva desta com a autonomia pessoal. O objetivo deste artigo é argumentar, a fim de fortalecer a justificação do império da lei, a existência de outra conexão constitutiva, desta vez com a noção de autonomia moral, expressa por meio do que chamo de ponto de vista prático jurídico.. Enquanto a autonomia pessoal é um valor que exige, para seu cumprimento minimamente satisfatório, a vigência do império da lei, a autonomia moral constitui o ponto de vista valorativo necessário da ordem jurídica que obriga certas pessoas a participarem da efetivação desse ideal.

Palavras chave: Império da lei, autonomia moral, moralidade e direito, ontologia jurídica.

1. Introducción

El *imperio de la ley*, identificable en lo conceptual con una cierta interpretación del *estado de derecho*¹, es uno de los valores reconocidos de manera generalizada como específicos del derecho y la práctica jurídica. Resulta, además, uno de los ideales constitutivos de la moral política moderna que, como tal, se invoca frente a una amplia gama de acciones opresivas y arbitrarias en que pueden incurrir las instituciones gubernamentales (Waldron, 2008).

En un sentido mínimo, el imperio de la ley es la exigencia de que la conducta humana sea gobernada por normas preestablecidas, lo que resulta una condición de la propia existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos (Kramer, 2004). En un sentido más amplio, el imperio de la ley constituye un ideal según el cual las instituciones jurídicas deberían satisfacer ciertos principios asociados al valor de la legalidad, cuyo cumplimiento efectivo es siempre una cuestión de grado². Considerado en términos de una idea del bien de los sistemas jurídicos, el imperio de la ley es una virtud que estos pueden poseer en distintas medida y por la cual son evaluados. Se trata de una virtud formal, asociada a la capacidad de ley de guiar adecuadamente la conducta de sus destinatarios y cuyo cumplimiento es compatible con graves defectos de los sistemas jurídicos en términos de otros valores relevantes (democracia, justicia, bienestar, etc.) (Raz, 1977)³.

Francisco Laporta ha contribuido a una valiosa actualización de ese ideal en los debates contemporáneos de la filosofía del derecho. Frente al neoconstitucionalismo y el interpretativismo -que constituyen un bloque ideológico predominante en la caracterización y evaluación de las prácticas jurídicas en el ámbito hispanoamericano- dicho autor reivindica al imperio de la ley como un “libro de reglas” (normas generales originadas en un cuerpo legislativo) que tiene su sustento en el valor de la autonomía personal.

Su argumento parte de una concepción del ser humano como dueño de sí mismo y, por tanto, artífice de sus propios actos y decisiones (2007: 19). El agente autónomo es definido como aquel que goza de libertad negativa en sus acciones, tiene un control racional de satisfacción de preferencias y, de acuerdo con sus propios juicios sobre como estas deben ser estratificadas, puede formular planes de vida que proyecten en el tiempo sus decisiones reflexivas (2007: 33). Alguien concebido de esa manera necesita

un cierto tipo contexto normativo para sus acciones, que es aquel que ofrecen las reglas. Una estructuración general de justificación de las acciones basada en reglas resulta condición necesaria para que los comportamientos sean predecibles, permitiendo el mejor desarrollo posible de los proyectos de cada individuo (2007: 59). Un tipo particular de reglas, las jurídicas, posibilita la conformación de un orden que define el lugar de cada persona en el intercambio social y aquello que puede o no hacer, según lo establecido *ex ante* como obligatorio (2007:70). Este orden define un tipo de poder que, en tanto se concibe como un “conjunto complejo de prácticas sociales de aceptación de reglas”, debe pensarse como limitado por “la exigencia ética viva en la sociedad” de que el poder se someta a normas jurídicas anteriores. Se trata de exigencias morales positivas, que constituyen “una práctica social colectiva basada en una determinada educación ciudadana respecto a las exigencias del ejercicio del poder” (2007: 81).

Ingresando al tipo particular de orden jurídico que presupone el imperio de la ley (el deber ser del derecho), Laporta lo caracteriza como compuesto principalmente de reglas, como clase especial de normas que regulan de la manera más completa y previsible posible la conducta de las personas y las competencias de las autoridades, incluyendo todos los elementos exigibles a una proposición prescriptiva (carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad, sujeto, ocasión, promulgación y sanción). Esta visión se opone al decisionismo antiliberal, que desprecia los derechos individuales y al principialismo en boga, que celebra el predominio de los estándares regulatorios abiertos, vagos y abstractos (2007:84). El imperio de la ley requiere un mecanismo de distribución del poder a favor del legislador (quien tiene el poder de decidir es el que dicta la regla aceptada como solución *ex ante*) y por tanto exige un modelo de decisión judicial impersonal y leal a las reglas. El conocimiento generalizado de las reglas en una sociedad debe hacer predecibles no solo las leyes sino también las decisiones judiciales (2007: 148).

Esto lleva al núcleo propositivo, reformista de la práctica jurídica, que se desprende del argumento de Laporta: la primacía de la ley como fuente de derecho. En su reconstrucción conceptual, que él mismo aclara no tiene una referencia exacta en la práctica actual (donde la legislación es un paradigma en crisis), la ley, como tipo ideal, debe reunir las siguientes características: a) creación deliberada; b) emanación de un órgano representativo; c) regulación normativa del uso legítimo de la fuerza; d) tener como destinatarios a una generalidad de personas; e) contemplar supuestos típicos de

aplicación; f) regulación de la propiedad y la libertad de los ciudadanos, estableciendo los límites recíprocos de sus derechos y deberes, y distribuyendo las cargas y beneficios de la vida en sociedad; g) instrumento de control y límite, en sentido jurídico, de las acciones de las autoridades (2007: 156).

Los propios fundamentos del principio de legalidad llevan a la necesidad de una reinención de la ley como fuente privilegiada, para dejar atrás la versión degradada que la identifica con el mero formalismo de origen (en un procedimiento legislativo). Debe considerarse a la regulación legislativa, en cuanto cumpla con las exigencias y razones que sustentan el ideal del imperio de la ley, el instrumento privilegiado para la satisfacción de demandas éticas. La recuperación de la ley como el núcleo del ordenamiento jurídico y el medio idóneo para dar respuesta a los conflictos sociales, dejando de lado la sobreinterpretada hasta el hartazgo constitución larga, multiplicadora del derecho implícito es el corolario de esta actualización del imperio de la ley: “El mensaje para la reflexión sería, pues, este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación”. (2007: 167). En los capítulos finales de la obra, Laporta presenta algunas implicaciones de este mensaje en la interpretación de la ley, el papel de la constitución y el problema de la globalización para el imperio de la ley.

Aunque Laporta es explícito en cuanto a presentar al imperio de la ley como un ideal moral fundado en el valor de la autonomía personal, que resulta además supuesto necesario del comportamiento moral, no pretende darle sustento en la autonomía moral o kantiana. A su juicio, la condición compartida de persona como agente capaz de diseñar su propio plan de vida es suficiente para la justificación requerida (2007: 37).

En lo que sigue voy a intentar mostrar una conexión constitutiva entre el valor de la autonomía moral y la versión del imperio de la ley que presenta Laporta, y a sugerir algunas implicaciones de esta línea de fundamentación de ese ideal. A mi juicio, la moral entendida como un conjunto de exigencias implicadas por un cierto punto de vista normativo, lleva a concebir al punto de vista jurídico como una práctica colaborativa entre distintos roles (ciudadanos, legisladores y jueces principalmente), que debe ser estructurada por los requerimientos formales del imperio de la ley. La distribución de roles que implica ese punto de vista normativo, requiere que los ciudadanos sean la autoridad definitiva en las decisiones sobre las cuestiones fundamentales del mundo social común; que, con el trasfondo de un compromiso con el respeto a esas decisiones, los legisladores den forma a un ordenamiento de reglas que regulen de manera clara y

precisa el comportamiento de las personas, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos sociales; y que los jueces apliquen de buena fe esos criterios de decisión.

2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de moral?

El punto de partida del argumento refiere al parámetro último de evaluación de las instituciones jurídicas, que a mi juicio es la moral crítica⁴, es decir, el punto de vista capaz de producir estándares normativos válidos consideradas todas las circunstancias de los agentes y que incluye el compromiso con cierta clase de razones (categóricas, neutrales al agente, altruistas) como motivos últimos de una gran variedad de acciones (aunque no de todas las acciones)⁵. La pregunta fundamental refiere, entonces, a las razones que tendrían agentes concebidos de esa manera para tomar al ideal del imperio de la ley como constitutivo del orden jurídico.

Como ámbito de razones, la moral es al mismo tiempo objetiva e indeterminada. Es objetiva, por cuanto una vez que se reconoce un compromiso normativo con el punto de vista moral, los resultados de la reflexión práctico son obligatorios, en cuanto constituyen razones categóricas para la acción⁶. Al mismo tiempo, es indeterminada, por cuanto, estando los seres humanos afectados por una gran complejidad natural, sus intereses, necesidades y puntos de vista son difíciles de precisar por completo y de armonizar. Comprometerse con el punto de vista moral implica aceptar obligaciones paradigmáticas como la de no torturar a alguien por diversión o no mentir cada vez que me resulta conveniente. Sin embargo, un amplísimo número de cuestiones quedan indeterminadas y están abiertas a la reflexión individual, el diálogo interpersonal y la deliberación colectiva. Teniendo en mente los ejemplos recién mencionados, existen arduos debates morales sobre el umbral en que un castigo se convierte en “tortura” o las circunstancias particulares bajo las cuales puede ser válido mentir.

Esta peculiar objetividad indeterminada hace plausible una caracterización constitutivista de la normatividad moral, esto es, una basada en las propiedades constitutivas del propio dominio, a partir de un problema común de identificar criterios de acción y valoración que enfrenta toda una clase de agentes prácticos (Lindeman, 2019). Los principios constitutivos de la razón práctica son aquellos unifican las acciones de los agentes y dan forma a sus identidades en cuanto tales; esto explica su normatividad y el modo en que son obligatorios para *nosotros* (Korsgaard, 2009: 45). De este modo, los

estándares constitutivos de las acciones deben ser dominantes en la reflexión del agente porque de lo contrario este sería incoherente con sus propios propósitos fundamentales, como los de ayudar y no interferir (Smith, 2013). El reconocimiento de la autoridad del punto de vista moral es lo que vuelve obligatorios a los estándares derivados de este y hace a la condición del agente autónomo como identidad práctica fundamental⁷.

La condición de agencia moral autónoma es la quien, adoptando la perspectiva de la primera persona, se pregunta qué debe hacer y para decidir cómo actuar realiza un juicio evaluativo en función de las razones que se le aplican y un ámbito de responsabilidad que reconoce como propio. La disposición a auto constituirse en agente moral implica: a) la capacidad de identificar razones morales y motivarse a actuar por ellas, dejando de lado (hasta cierto punto) el autointerés; b) la capacidad de dar respuesta a expectativas sociales compartidas que son obligatorias desde el punto de vista del agente, por considerarse parte comprometida en diferentes vínculos con otros; c) adoptar como finalidad en cada acción –además de las metas contingentes del caso– la conservación de la propia autonomía, esto es, la posibilidad de seguir actuando como agente moral en el futuro (Marquisio, 2017).

3. Ontología jurídica y autonomía moral

La autonomía moral es la disposición del individuo a constituirse como agente moral, con la totalidad de las implicaciones normativas que esto conlleva⁸. Teniendo en cuenta que la autonomía se ejerce en gran medida en contextos sociales, una de esas implicaciones consiste en la necesidad de identificar, aplicar y cumplir con normas jurídicas.

¿Qué rol cumple el derecho para alguien que reconoce su compromiso con el punto de vista moral?

Para dar respuesta a esa pregunta tenemos que determinar en forma previa cuál es la ontología fundamental del derecho. Esta explicación debe ser compatible con la estructura general de la realidad, acorde con las teorías científicas mejor establecidas, según las cuales vivimos en mundo natural de partículas físicas, campos de fuerza que constituyen sistemas y seres vivos, algunos de los cuales desarrollan conciencia e intencionalidad. La intencionalidad hace posible la existencia de una realidad social,

dentro de la cual se ubica el ámbito de lo jurídico que presenta una ontología subjetiva (aunque epistémicamente objetiva), de hechos sociales producidos por instituciones (como parlamentos, administraciones y tribunales), aceptados de manera generalizada y estables en el tiempo, que constituyen un sistema normativo⁹. Esos hechos institucionales son las normas jurídicas que proporcionan criterios de acción a los distintos agentes (jueces, abogados, ciudadanos, legisladores) estructurando una práctica compleja que podemos identificar como un sistema normativo formal (ver Marquisio, 2021b).

Su ontología específica hace del fenómeno jurídico una construcción social en el sentido de que depende enteramente del reconocimiento y aceptación generalizados, es decir, es el resultado de procesos históricos y sociales que pueden ser identificados a través de enunciados no comprometidos. Ni la ontología del mundo natural ni la ontología moral son construcciones sociales en ese sentido¹⁰.

Ahora bien, aunque los estándares jurídicos son el resultado de una construcción social, hay que recordar que se trata de una muy peculiar. Dado el supuesto de que las normas jurídicas se dirigen a agentes morales autónomos, hay que asumir que están destinadas, de modo necesario, a ser interpeladas en cuanto a la adecuación entre los criterios de acción que se pretende establecer con ellas y las implicaciones normativas del punto de vista moral.

Esto sucede con cualquier sistema normativo formal, pero, en el caso del derecho, tanto por el pretendido alcance de sus normas como por su impacto en cuanto a afectar las vidas de las personas, la conexión es mucho más relevante. Para que el derecho pueda proporcionar razones “genuinas” de acción, debería poder ser justificado desde consideraciones morales, que según distintos modelos objetivistas de razón práctica resulten válidas con independencia del punto de vista de cualquier agente humano (Parfit, 2013), deriven una necesidad constitutiva de todos los seres humanos como agentes racionales (Korsgaard, 1996a) o de un punto de vista práctico que incluya la moral entre sus compromisos normativos constitutivos e idealmente coherentes (Street, 2012).

La función normativa del derecho no es posible de ser concebida como independiente de argumentos morales (incluyendo los de moral política) para obedecerlo. No pueden dejarse de discutir los principios morales fundacionales de la autoridad jurídica y las condiciones bajo las cuales las instituciones están al servicio de fines morales necesarios como, por ejemplo, la garantía para los miembros de una comunidad

de requisitos mínimos de justicia. Estos principios y precondiciones tienen relevancia para la agencia autónoma, cualesquiera sean los contenidos de los enunciados formales del derecho.

4. La necesidad moral del imperio de la ley

El paso que lleva de la caracterización de la agencia autónoma humana a la necesidad de la forma del derecho requiere una explicitación del tipo de responsabilidad que conlleva la existencia de un mundo social que, como vimos, es radicalmente contingente, en tanto puede ser construido de muy diversos modos, que tienen como límite la aceptación y el reconocimiento continuo de los seres humanos.

El poder que conlleva la posibilidad de dar forma a las instituciones sociales más relevantes a través del derecho es de tal significación que debemos poner el foco en evitar su naturalización. Por ello, una de las propiedades más significativas del mundo social es su alterabilidad.

Toda regulación del mundo social implica una opción entre múltiples arreglos posibles, unos moralmente necesarios, otros discutibles y algunos de plano inaceptables (desde una caracterización razonable de la moral crítica). Cualesquiera sean los procesos causales que llevaron a adoptar una regulación hoy existente ésta puede, al menos, pensarse como modificable. El peso de la historia o la tradición dan a ciertos estados de cosas una familiaridad tal que se los piensa como necesarios o inmodificables. Sin embargo, eso no excluye que en cualquier momento su vigencia futura sea cuestionada por algún miembro de la sociedad, se ponga públicamente en discusión y se pueda adoptar una regulación completamente diferente, si concuerda con las mejores razones disponibles (Christiano, 1997: 59-62)¹¹.

Considerar al mundo social como alterable y, por tanto, defender la vigencia de lo que moralmente resulta correcto e intentar cambiar lo que resulta incorrecto, es parte de la responsabilidad que hace a la agencia moral autónoma. Este es el fundamento último de una autoridad democrática: aquella que los agentes morales autónomos, motivados por una disposición a realizar acciones necesarias por las que son conjuntamente responsables, atribuyen a los procedimientos políticamente igualitarios de decisión, que adjudican entre las propuestas confrontadas de acción colectiva (Marquisio, 2016). Y para

eso se requiere que el derecho incluya procedimientos que permitan discutir moralmente el mundo social, otorgando a cada uno de los ciudadanos el poder de influir (a través de la reflexión colectiva) e impactar (a través del voto) en su conservación o alteración. Estos procedimientos requieren instituciones que, de acuerdo con las preferencias de los ciudadanos (expresadas en un contexto de plena libertad) adopten las decisiones más importantes sobre la conformación del mundo social; otras que, teniendo en cuenta dichas decisiones, establezcan las reglas jurídicas; y otras que posibiliten que esas decisiones y reglas tengan impacto práctico a través de su aplicación a casos concretos.

El punto de vista que estamos tomando en consideración no es el de un sujeto en particular sino una idealización fundada en una responsabilidad inherente a los agentes morales, así como de los procedimientos y roles normativos que ella exige para su cumplimiento. Si las instituciones jurídicas están al servicio de ciertos valores, entonces no podemos dejar de comprometernos con la posibilidad de que sean alteradas o conservadas en función de esos valores, y en consecuencia somos responsables porque esto suceda, siempre y cuando contemos con los medios para ello. El imperio de la ley resulta, entonces, un instrumento imprescindible para el ejercicio pleno de la autonomía moral.

La distinción entre normatividad formal (propia de cualquier sistema de estándares de deber y valoración) y robusta (la de aquellos estándares que constituyen razones consideradas todas las circunstancias) es ampliamente reconocida en la metaética contemporánea (Baker, 2018). Si, como vimos, el derecho posee realidad solo en cuanto creación institucional y resulta, por tanto, una construcción social, su normatividad es (al menos presuntivamente) formal¹².

Cualquier caracterización de cómo el sistema jurídico puede cumplir una función normativa al servicio de la agencia moral autónoma se encuentra con la relevante objeción de que no parece haber un modo distintivo en que esto sea posible. Enoch presenta el dilema de esta manera: si hay razones morales robustas, entonces no parece haber un modo distintivo en que el derecho pueda producirlas, diferenciándose de los innumerables sistemas normativos formales. El derecho puede cumplir una función epistémica y actuar como mecanismo disparador de razones preexistentes de los agentes morales. Pero esto no significa aportar verdaderas razones para la acción, destinadas a imponerse consideradas todas las circunstancias. Esta posibilidad quedaría abierta solo bajo ciertas condiciones conceptuales: a) que se acepte la posibilidad de razones robustas,

esto es, que sea falso el escepticismo moral; b) que el derecho sea positivo de cierta manera, esto es, debe haber límites a sus contenidos normativos; c) que la práctica jurídica responda a ciertas intenciones del legislador, esto es, que este sea concebido como una entidad capaz de tener tales intenciones y que los demás agentes busquen orientarse por ellas (Enoch, 2011, 2019).

Como ha argumentado Railton (2019) el imperio de la ley puede operar como la base de un ideal justificativo de generación de razones jurídicas robustas. Partiendo de que el derecho es un esquema normativo de cooperación a largo plazo para asumir las cargas y riesgos de la vida en sociedad, esto implica desarrollar e imponer prescripciones públicamente conocidas, aceptadas de foro interno (*rule by law*). El ideal del imperio de la ley (*rule of law*) impone dos condiciones adicionales: por un lado, que el derecho se aplique del mismo modo a gobernantes y gobernados; por otro, que los sujetos al derecho tengan alguna posibilidad real de participar en su elaboración e imposición. Bajo esta caracterización, el imperio de la ley constituye una forma específica de autonomía moral: la de quienes se ven como iguales por naturaleza y tienen la voluntad de participar en la legislación y la imposición del derecho (Ver Marquisio, 2021b).

Esta forma específica de autonomía moral no puede ser concebida como ejercida en solitario por único agente, sino que requiere, en cada instancia de deliberación, considerar también a los otros (incluso al yo futuro de cada agente) como sujetos libres y responsables por ciertos fines compartidos, conformando una única voluntad a la hora de establecer deberes y criterios de acción (ver Korsgaard, 1996b: 205-209)

5. El punto de vista práctico jurídico

La explicitación del modo en que el imperio de la ley es necesario para la agencia autónoma requiere caracterizar el compromiso normativo de esta con los valores fundamentales que los procedimientos formales no pueden dejar de realizar para ser normativamente relevantes.

Una especificación de los contenidos necesarios y los límites de la legislación, que operan como presupuestos de un sistema jurídico moralmente justificado, se encuentra en la influyente concepción de justicia de Rawls (1971). Como parte de un criterio público de justicia institucional, bajo la condición de que ciertas exigencias

morales sean satisfechas -la prioridad de las libertades básicas (con una especial protección del valor de la libertad política)- como límites infranqueables para la legislación (esencias constitucionales), el imperio de la ley se ubica como el valor central de un sistema jurídico.

Satisfecha la prioridad de la libertad, la justicia como regularidad (como Rawls prefiere denominar a la justicia formal) es lógicamente prevalente sobre la justicia sustancial. Para que los ciudadanos puedan cumplir con su responsabilidad de dar la mejor forma posible al mundo social, estableciendo un orden que, aunque coercitivo, se justifique como si fuera voluntario (la sociedad debe poder concebirse como si resultara una asociación), se requiere que establezcan un sistema de reglas claras y públicas, dando lugar a expectativas legítimas, que aseguren los fundamentos morales de la cooperación social. Si las reglas son justas, en los términos del principio de prioridad de las libertades, los jueces tienen el deber de aplicarlas, aunque estén en desacuerdo con el grado en que promueven principios de justicia sustancial.

El imperio de la ley ubica en el ciudadano representativo del ideal de justicia la responsabilidad de adoptar decisiones correctas sobre el mundo social, delegando su establecimiento institucional en el legislador representativo y la garantía de su cumplimiento en el juez representativo. Las decisiones de los jueces que, de manera voluntaria, desaplican el criterio de una regla clara y justa, o la interpretan de modo manipulativo, constituyen casos evidentes de injusticia institucional. Aunque las reglas claras son imprescindibles en cierto grado para cualquier forma de cooperación asociativa, en el sistema jurídico cobran una importancia crucial, por el carácter omnipresente (y no voluntario) de los sistemas jurídicos y la función estructurante de la ley sobre el conjunto de las expectativas sociales. Por tanto, el grado de justicia de un sistema jurídico puede ser evaluado en forma primaria indagando si en él se realiza el ideal del imperio de la ley.

La conexión de la prioridad de las libertades con del imperio de la ley es, por tanto, constitutiva, Solo puede haber igual libertad a través de un esquema complejo de derechos y deberes definido por las instituciones. En ese esquema, cada una de las diferentes libertades especifican aquellas cosas que podemos decidir hacer si lo deseamos y con respecto a las cuales, cuando la naturaleza de la libertad lo hace inapropiado, los demás tienen el deber de no intervenir. Las libertades se menoscaban, por tanto, cuando son inciertas, injustificadamente restringidas, cuando las leyes son vagas, imprecisas o no

reconocen como defensa la imposibilidad de realizar una actividad, así como cuando no se cumple con la integridad de los procesos judiciales. A su vez, el desvío del imperio de la ley hace que los mecanismos de coerción no puedan ser aceptables en cuanto no se define de modo preciso la forma en que pueden operar de forma válida.

La función de guía normativa al servicio de la agencia moral ejercida en contextos sociales, que implica una responsabilidad inherente por la justicia de las instituciones, exige que aquellas razones que el derecho está en condiciones de crear no sean degradadas por la alteración y manipulación de sus formas. Cuando se cumple con el ideal del imperio de la ley, el derecho conserva esta aptitud normativa, lo que no ocurre cuando las leyes son arbitrarias u oscuras, cuando no hay integridad en los procesos o cuando los jueces desconocen las intenciones legislativas, sea de modo abierto, sea a través de mecanismos encubiertos “interpretativos” o de “aplicación” distorsionada.

Consecuencia de lo anterior, resulta la necesidad de concebir al proceso de creación y aplicación del derecho como una estructura colaborativa de identidades prácticas, basada en la confianza recíproca de que cada rol ejerce un tipo de responsabilidad por el mundo social. La función específica de cada uno de estos roles se articula, por tanto, en un punto de vista común, al que puede denominarse práctico jurídico. Los ciudadanos, como resultado de procesos políticos libres e igualitarios, adoptan las decisiones más relevantes sobre el mundo social; los legisladores producen las normas generales que dan estructura a este; los jueces identifican, de buena fe, las intenciones legislativas y resuelven (sobre casos particulares) de acuerdo con ellas¹³.

6. Implicaciones de una fundamentación del imperio de la ley basada en la autonomía moral

Las exigencias de la autonomía moral, según las cuales el mundo social se concibe como en esencia alterable, y cada individuo debe tener la posibilidad de influenciar e impactar en su cambio o conservación, hacen necesario un sistema jurídico basado en una creación legislativa que responda a las decisiones de los ciudadanos y una aplicación judicial que responda a los criterios establecidos por los legisladores.

En una fundamentación así, la autonomía personal es una implicación de la propia autonomía moral: no se puede ser un agente moral responsable, que contribuya a

establecer y revisar lo que considera correcto en su mundo social, si no se está en condiciones de controlar la propia vida. Las libertades básicas, junto con lo que Rawls denomina el justo valor de la libertad política, además de proteger las expectativas de las personas, posibilitando que se determinen a sí mismas, conforman el núcleo inmodificable de las reglas de un sistema jurídico (esencias constitucionales), que resulta condición necesaria de su legitimidad. Fuera de ese núcleo, el mundo social es alterable, de acuerdo a las exigencias del imperio de la ley.

Entre otras múltiples implicaciones que tiene una fundamentación del ideal en las exigencias de la autonomía moral mencionaré, de forma somera, algunas referidas a la interpretación jurídica intencional, a la significación normativa de los derechos fundamentales, y a la imposibilidad de un imperio global de la ley.

Se suele ubicar a la interpretación textual como garantía de una aplicación lo más fiel posible de las reglas preestablecidas. Sin embargo, si el punto de vista práctico jurídico, en cuanto sustento del imperio de la ley, supone una práctica colaborativa entre diferentes roles, el objeto de la interpretación debería ser la reconstrucción lo más fiel posible de la intención idealmente antecedente. Es decir, los legisladores deberían establecer leyes que reflejen las preferencias mayoritarias de los votantes. Estas preferencias deberían ser lo mejor formadas posibles, en el sentido de que las propuestas de los candidatos sobre la alteración o conservación del mundo social hayan sido expuestas con honestidad y claridad, y discutidas públicamente en condiciones de simetría, equidad y plena libertad.

En el mismo sentido, la aplicación judicial del derecho debería dirigirse a descubrir el criterio de acción que el legislador pretendió comunicar al establecer la regla. La intención no siempre es un hecho histórico cognoscible con claridad como para determinar de forma plena el criterio a seguir para resolver un caso concreto. Por tanto, el criterio razonable en muchas ocasiones puede estar dado por lo que Brink (2017:66) denomina *intención abstracta*, donde la búsqueda de la intención específica del legislador debe complementarse con la consideración de las creencias y valores que los autores de la ley podían tener en mente a la hora de establecer instituciones y regular actividades específicas. Por otra parte, como ha observado Raz, lo que se requiere es la búsqueda de una “intención mínima”, que implica que los legisladores tienen “control sobre el derecho”, en tanto lo crean de forma deliberada y a sabiendas de que, si logran la aprobación de un texto, el significado de las palabras que utilizan será interpretado de

cierta manera en su cultura jurídica. Se supone que conocen las convenciones interpretativas relevantes y han tenido en cuenta cómo sus enunciados han de ser tomados por los participantes de la práctica jurídica. (Raz, 2009: 284).

Por supuesto, en la generalidad de los casos, el texto, leído de buena fe, y bajo el ideal de legitimidad que se resume en las exigencias del imperio de la ley, suele ser la mejor prueba de la intención legislativa. Eso no quiere decir que la determinación del criterio de acción estará exenta de problemas porque los textos cargan de modo inevitable con los problemas comunicativos que Hart resumía en la noción de textura abierta del derecho. Lo esencial, para que no se desvirtúe el imperio de la ley, es que los jueces busquen de buena fe el criterio que quiso o no pudo dejar de querer establecer el legislador y no que intenten imponer su propio criterio en sustitución de aquel.

La fundamentación moral del imperio de la ley impone, por tanto, un orden jerárquico de autoría del derecho, que ubica en los primeros lugares a ciudadanos y legisladores e impone, por tanto, el rechazo del interpretativismo, entendido como la tesis según la cual los jueces son autores del derecho en pie de igualdad (o incluso en una posición de superioridad) con respecto a los legisladores (ver Rosler, 2019).

La segunda implicación tiene que ver con el papel de los derechos en el imperio de la ley. La idea de derechos fundamentales, opera como límite de la alterabilidad del orden jurídico como configurador del mundo social: no es aceptable desde el punto de vista moral y, por tanto, resulta ilegítimo, suprimir las libertades fundamentales y los derechos de participación político en que se sustenta el sistema jurídico.

Pero, al mismo tiempo, la idea de derechos fundamentales supone un límite a la expansión convencional de los derechos, entendidos como restricciones al ámbito de lo “decidible”. La “expansión” convencional de derechos, a partir de menciones en las constituciones largas y pactos internacionales, es, en realidad, una opción por la regulación del mundo social a través del derecho implícito. Significa la introducción de indeterminación sistemática, a través de enunciados de las fuentes que contienen estándares vagos y abiertos. Esto supone una degradación del valor formal del derecho y el desplazamiento del poder jurídico desde los ciudadanos y legisladores hacia los jueces y otros órganos no electivos (Marquisio, 2021a).

El ideal del imperio de la ley implica que los derechos fundamentales y libertades básicas, por ser derivados directamente de las exigencias de la autonomía

moral, son los únicos que conllevan pretensiones normativas robustas y no pueden, por su ontología, ser ampliados convencionalmente.

La tercera implicación a que quiere hacer referencia tiene relación con la noción de soberanía estatal, en tanto condición de la vigencia efectiva del imperio de la ley.

Desde una fundamentación basada en la autonomía moral, la responsabilidad de cada individuo por realizar el mundo social, según las mejores razones disponibles, requiere que cada sociedad se constituya, a través de procedimientos institucionales, en una entidad capaz de adoptar decisiones. Esto significa un contexto de decisión delimitado, donde cada uno cuente como igual a los demás y donde sus puntos de vista puedan tener impacto e influencia en la alteración o conservación de su mundo social.

La imposición de un paradigma de derecho globalizado se aleja por completo de ese ideal. Las decisiones de organismos extranacionales no electivos, jurisdiccionales o no, que no se subordinan a las preferencias ciudadanas ni a reglas establecidas por legisladores, impiden considerar al orden jurídico como estructurado de la manera colaborativa que exige el imperio de la ley.

El estado moderno sigue siendo, pese a la globalización creciente, la única estructura política que refleja la imbricación profunda de intereses que existe entre los miembros de una comunidad. Y es también la única capaz de proporcionar los medios institucionales para que estos puedan actuar como iguales políticos, adoptando decisiones que respondan de la forma que consideren correcta a dichos intereses (Christiano, 2010: 83).

Teniendo en cuenta la diversidad de realidades políticas, intereses y creencias morales relativas a los distintos países y factores internacionales de poder, no puede concebirse un punto de vista práctico jurídico a nivel global. Por ese motivo, la restauración del ideal del imperio de la ley requiere la promoción del fortalecimiento de los estados nacionales como contextos de decisión. Solo allí, bajo los requisitos morales a que se ha hecho referencia, los ciudadanos tendrán el poder último de alterar o conservar los aspectos fundamentales de su mundo social, y los roles relevantes de la práctica jurídica responderán, en la realización de la justicia como regularidad, a las preferencias por ellos expresadas.

7. Conclusiones

La fundamentación del imperio de la ley basada en el valor de la autonomía personal le asigna un rol esencial en asegurar las expectativas de cada individuo para planificar y controlar, en la mayor medida posible, su propia vida. Esta justificación instrumental no resulta incompatible con una basada en la autonomía moral; por el contrario, la presupone, pues los individuos responsables por adoptar las decisiones fundamentales sobre la configuración de su mundo social, deben ser capaces de esa clase de control. Las instituciones jurídicas tienen la función de hacer viable el cumplimiento de esas exigencias de autonomía, a través de un orden basado en reglas, donde se garanticen las libertades básicas y derechos fundamentales.

La justificación basada en la autonomía moral permite dar cuenta de las obligaciones de los participantes de una práctica jurídica entendida como colaborativa, donde el rol de cada uno de los participantes más relevantes da cuenta de la primacía de la ley como fuente de derecho. La articulación de estos roles en un punto de vista común, constituido en torno a una responsabilidad moral irrenunciable, tiene implicaciones en cuanto a la necesidad de una interpretación primariamente intencional, al lugar que ocupan los derechos fundamentales como límites de la alterabilidad del mundo social y la necesidad de que las instituciones jurídicas se estructuren en torno a demos territorialmente definidos.

8. Referencias bibliográficas

- Audi, R. (2004) “Reasons, Practical Reason and Practical Reasoning”. *Ratio*, XVII, 119-149.
- Baker, D. (2018) “Varieties of Normativity”. En McPherson, T., Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*. New York: Routledge, 567-581.
- Bulygin, E. (2004). “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 27, 15-26.
- Brink, D. (2017) “Interpretación jurídica, objetividad y moral”. En Leiter, B. (ed.) *Objetividad en el derecho y la moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 39-115.

- Chakravartty, Anjan (2007) *A Metaphysics of Scientific Realism. Knowing the Unobservable*. New York: Cambridge University Press.
- Christiano, T. (1996) *The Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*. Boulder, CO: Westview Press.
- _____ (2010) *The Constitution of Equality: Democratic Authority and its Limits*. New York: Oxford University Press.
- Cohen, Joshua. (1997) "Deliberation and Democratic Legitimacy". En Bohman, James y Regh, William (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: The MIT Press, pp. 67-91
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.
- _____ (1996) "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2., 87-139.
- _____ (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA): The Belknap Press.
- Elster, Jon. (1997) "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theories". En Bohman, James & Regh, William (eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge MA: MIT Press, Cambridge, pp. 4-33.
- Enoch, D. (2011) "Reason-Giving and the Law". En Green, L., Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Vol. 1*. New York; Oxford University Press, 1-38.
- _____ (2019) "Is General Jurisprudence Interesting?" En Plunkett, D, Shapiro, S., Toh, K. (eds.), *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 65-86.
- Finnis, J. (2011) *Natural Law and Natural Rights. Second Edition*. New York: Oxford University Press.
- Fuller, L. (1969) *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Himma, K. (2018). "Norms, Reasons, and the Law". En Himma, K. (ed.), *Unpacking Normativity*. New York: Bloomsbury Publishing, pp. 95-118.
- Hudson, W.D. (1969) "Editor's Introduction: The 'is-ought' problem". En Hudson, W.D. (ed.) *The Is-Ought Question*. London; Macmillan Education, 11-31.

- Korsgaard, C. (1996a) *The Sources of Normativity*. Cambridge (MA), Cambridge University Press.
- _____ (1996b) *Creating the Kingdom of Ends*. New York: Cambridge University Press.
- _____ (2009) *Self Constitution. Agency, Identity and Integrity*. New York: Oxford University Press.
- Kramer, M. (2004) "On the Moral Status of the Rule of Law". *The Cambridge Law Journal*, Vol 63, N° 1, 65-97.
- Laporta, F. (2007) *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Lindeman, K. (2019) "Legal Metanormativity. Lessons for and from Constitutivist Accounts in the Philosophy of Law". En Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 87-104.
- Marquisio, R. (2016) "La idea de una autoridad democrática". *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 40, 177-207.
- _____ (2017) "El ideal de autonomía moral". *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 43, 55-92.
- _____ (2021a) "Sobre la ampliación de los derechos humanos". *Revista de Derechos Humanos*. N°3, 13-37.
- _____ (2021b) "La normatividad como objeto: doctrina, teoría, metateoría". *Revista Anuario del Área Socio Jurídica*, vol 13, n.º 1, 29-49.
- Marshall, P. (2010) "El estado de derecho como principio y su consagración en la constitución política". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 -N° 2, 185-204.
- Moore, M. S. (1992) "Law as a Functional Kind". En George, R. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. New York: Oxford University Press, 188-242.
- Mouffe, Chantal. (2009) *The Democratic Paradox*. London: Verso.
- Parfit, D. (2013) *On What Matters. Vol One*. New York, Oxford University Press.
- Railton, P. (2019) "We'll see you in court!": The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind". En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1-22.
- Raz, J. (1977) "The Rule of Law and its Virtue". *Law Quarterly Review*, 93, 195-211.

- _____ (2009) *Between Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press.
- Rosler, A. (2019) *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. Buenos: Katz Editores.
- Schumpeter. J. (2006) [1942] *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Routledge.
- Searle, J. (1997) *The Construction of Social Reality*. New York, The Free Press-
- _____ (2010) *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. New York, Oxford University Press.
- Smith, M. (2013) “A Constitutivist Theory of Reasons: Its Promise and Parts”. *Law, Ethics and Philosophy*, 2013, Num. 1, 9-30.
- Street, S. (2012). “Coming to Terms with Contingency: Humean Constructivism about Practical Reason”. En Lenman, J. y Shemmer, Y. (eds.) *Constructivism in Practical Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 40-59.
- Waldron, J. (2008) “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, 43: 1–61.
- Wallace, R. J. (2021) “Requirements of Reason”. En Chang, R., Sylvian, K. (eds.) *The Routledge Handbook of Practical Reason*. New York: Routledge, 405-437.

1 Notas

En términos de significado y uso corriente, las expresiones “imperio de la ley” (*rule of law*) y “estado de derecho” se suelen considerar como sinónimas. Sin embargo, el ideal del imperio de la ley se identifica con mayor claridad con el valor formal específico del derecho, en cuanto a exigir que las regulaciones jurídicas se establezcan principalmente a través de reglas legislativas que cumplan ciertas condiciones (claridad, no retroactividad, dirigidas de manera imparcial a gobernantes y gobernados, etc.) y que sean de obligatoria aplicación para los jueces. Algunas versiones actuales del estado de derecho (como las defendidas desde el neoconstitucionalismo) apuntan exactamente en sentido contrario, hacia la pérdida de protagonismo del valor formal de la ley,

proclamando la “supremacía de la constitución”, que llega al punto de concebirse como un orden objetivo de valores (ver Marshall, 2010).

2 En la exitosa fórmula de Fuller, esas exigencias (desiderata) se resumen en ocho principios: generalidad, promulgación, prospectividad, inteligibilidad, no contradicción, posibilidad de cumplimiento, estabilidad, consistencia entre su formulación y aplicación (Fuller, 1969).

3 Se ha argumentado, sin embargo, que, aunque el ideal del imperio de la ley es ley formal, no es puramente instrumental (en el sentido de servir de forma igual al bien o el mal) pues tiene evidentes implicaciones sustanciales, en cuanto supone una cierta reciprocidad en la interacción entre gobernantes y gobernados, basada en la idea de justicia procedimental. Una adhesión estricta al imperio de la ley (cumplimiento con los ocho desiderata de Fuller) tendrá, con toda probabilidad, el efecto de reducir la capacidad de un mal gobernante de hacer daño con sus decisiones, al restringir en forma severa sus posibilidades de maniobra (Finnis, 2011: 274).

4 Esto es materia de controversia entre las distintas teorías del derecho. En general los iusnaturalistas reconocen a la moral crítica como parámetro último de las instituciones jurídicas, comprometiéndose con alguna forma de realismo metaético, que remite a la determinación de los principios de la razón práctica (Finnis, 2011) o con una caracterización del derecho como clase funcional (Moore, 1992). Los positivistas adoptan distintas posturas sobre el tema que van desde el rechazo, por argumentos escépticos, del problema de la evaluación normativa del derecho (Bulygin, 2004) hasta la justificación de la prudencia como el punto de vista normativo robusto que hace relevante al derecho (Himma, 2018.) o de la moral social como criterio de legitimación de las instituciones jurídicas (Raz, 2009: 115-120).

5 Las razones normativas se entienden como fundamentos objetivos para llevar a cabo una acción: son razones para todas las personas, al menos bajo una cierta descripción general de estas (Audi, 2004: 120). Las razones morales (que se expresan en fórmulas como “deber” u “obligación”) ingresan de una manera especial en la reflexión práctica: la forma natural de tenerlas en cuenta en la deliberación no es sopesarlas contra otras consideraciones normativas si no formar intenciones futuras dirigidas a cumplir con ellas, acotando el “horizonte práctico” del agente al remover de la agenda opciones inconsistentes con el actuar por ellas (Wallace, 2021: 406).

6 Como lo resume Dworkin, la moral es una dimensión distinta e independiente de nuestra experiencia, que ejerce su propia soberanía y de la que no podemos (por pura elección) considerarnos libres (Dworkin, 1996:128).

7 Esto no quiere decir que los requerimientos de la moral puedan necesariamente ser derivados de la pura racionalidad. Sobre la contingencia del punto de vista moral, con relación al punto de vista práctico y la pura actitud de valorar (racionalmente), ver Street, 2012.

8 En términos ideales, todos los estándares (valores, actitudes, principios de acción) de un agente práctico que se constituye en forma exitosa como agente moral deberían ser consistentes con el reconocimiento de las razones morales y la motivación para actuar por ellas.

9 La ontología básica de los hechos jurídicos, como una clase de los institucionales, es caracterizada en detalle en los influyentes trabajos de Searle (1997, 2010).

10 La realidad del mundo natural debe ser concebida como independiente del punto de vista y las creencias de cualquier ser humano, por lo que su ontología es objetiva, de acuerdo con los parámetros del realismo científico, que se corresponden con la imagen del sentido común y con la demostrada capacidad de las ciencias naturales para predecir, manipular e intervenir en los fenómenos que estudian (Chakravartty, 2007). En el caso de la moral (crítica), la imposibilidad de que pueda considerarse una construcción social es una de las implicaciones del célebre argumento de Hume sobre la no derivabilidad de los valores de puras descripciones del ser: en virtud del propio carácter lógico del razonamiento práctico, los deberes morales no pueden ser reducidos a la pura aceptación o reconocimiento social, ni derivados de estos (Para una reconstrucción analítica del argumento de Hume y sus interpretaciones, ver Hudson, 1969). La llamada ley de Hume sustenta la idea de la independencia de la moral como objeto de conocimiento, con sus propios estándares de explicación y justificación (Dworkin, 2011: 17).

11 Esta es una implicación de la ontología del derecho y no constituye como tal un argumento a favor o en contra del cambio social. La disputabilidad de una institución cualquiera no implica que haya *realmente* buenas razones para modificarla.

12 Hay, sin embargo, modelos teóricos que adscriben a los sistemas jurídicos la posibilidad de incluir, a diferencia de otros sistemas normativos artificiales, hechos morales que producen razones normativas robustas. El más influyente de estos modelos es el presentado en Dworkin, 1986.

13 La concepción de la autoridad democrática, que presupone esta defensa de la conexión de la autonomía moral con el imperio de la ley, es procedimental y se basa en la prioridad normativa de la igualdad política para la toma de decisiones sobre el mundo social. Ello implica tomar a la democracia como un método de decisión institucional que permite arbitrar entre las diferentes visiones confrontadas en el debate público, al servicio de un ideal político-moral que no es el consenso sino la justa resolución de las diferencias (Ver Marquisio, 2016). En tanto esta idea de autoridad democrática se presenta como un criterio de legitimación moral, que incluye estrictos límites de justicia sustantiva (las libertades rawlsianas), se diferencia con claridad de las distintas versiones del minimalismo democrático como la teoría del caudillaje (Schumpeter, 2006) y el pluralismo agonístico (Mouffe, 2005). Por otra parte, en función de adoptar como elemento central de la democracia no la deliberación sino la decisión política, esta idea de autoridad democrática también se aparta de las concepciones deliberativas robustas que condicionan la legitimidad de las decisiones colectivas a su conformidad con un acuerdo hipotético bajo condiciones ideales (Cohen,

1997). Sin embargo, se trata de una visión de la democracia que no reduce al ciudadano al mero votante pues reconoce el valor de la discusión racional y pública como instrumento para mejorar las preferencias (Elster, 1997). Agradezco a un árbitro anónimo de la revista por haberme hecho notar la necesidad de una aclaración en este punto.