

FORMA, IMPERIO DE LA LEY, IMPERIO DEL BUEN DERECHO *

Robert S. SUMMERS **
Universidad de Cornell

SUMARIO: I. Los principios del imperio de la ley y el sistema jurídico como un todo. A) Los principios del imperio de la ley. B) Cómo los principios del imperio de la ley están relacionados con el sistema jurídico como un todo, y en consecuencia son «principios sistémicos».—II. El carácter formal de los principios del imperio de la ley. A) Cómo los principios del imperio de la ley son afirmativamente formales. B) Cómo los principios del imperio de la ley son formales «por contraste».—III. Los fines y valores a que se sirve mediante la adhesión a los principios formales del imperio de la ley. A) Cómo los principios formales del imperio de la ley sirven a valores políticos fundamentales y a valores jurídicos generales. B) Cómo los principios formales del imperio de la ley sirven al imperio del *buen* derecho. C) Cómo los fines y valores servidos mediante la adhesión a los principios del imperio de la ley pueden entrar en conflicto con otros valores.—IV. Por qué los principios del imperio de la ley deben ser conceptualizados e identificados jurídicamente como enteramente formales. A) Un conjunto exclusivamente formal de principios es más neutral políticamente que un conjunto que incluya principios formales y sustantivos. B) Un conjunto exclusivamente formal de principios es más unitario y coherente que un conjunto que incluya dogmas sustantivos e ideales. C) La adopción de un conjunto exclusivamente formal de principios del imperio de la ley maximizaría la posibilidad de un reconocimiento pleno de los conflictos genuinos entre lo formal y lo sustantivo. —V. Condiciones para un eficaz imperio de la ley

Me siento muy honrado al haber sido invitado a pronunciar una lección en vuestra gran universidad. Aunque el profesor Laporta me había hablado de ella esta es mi primera visita y me siento extremadamente complacido al estar

AFDUAM 2 (1998), pp. 181-197.

* Texto de la lección inaugural del curso de doctorado «Control del poder por el derecho», dictada el día 20 de enero de 1998 en la Facultad de Derecho de la UAM con el título *Form, the Rule of Law and the Rule of Good Law*. No es posible evitar la polisemia de la palabra inglesa «law» (ley y derecho) y esto es importante para una posible distinción entre imperio de la ley e imperio del derecho. A lo largo de la traducción se trasladará «imperio de la ley» por *rule of law* siguiendo la convención usual y sin prejuzgar la naturaleza de ese problema.

** Robert S. Summers es MacRoberts Research Professor of Law de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell, Doctor *honoris causa* por las Universidades de Helsinki y Göttingen. Autor de numerosos libros, artículos y comentarios de Filosofía del Derecho y Derecho Privado. Presidente del *Bielefelde Kreis*.

aquí. Debo pedir disculpas por no ser capaz de hablarles en español. Me gustaría poder hacerlo. Desafortunadamente en las escuelas de Oregón donde yo estudié cuando era joven no se enseñaban lenguas extranjeras y puedo considerarme afortunado por haber aprendido el inglés.

Pero vamos con el asunto de la lección: Forma, Imperio de la Ley e Imperio del buen Derecho. Dejenme que les diga unas pocas palabras introductorias. El tema del imperio de la ley es un tema que todos los juristas y estudiantes y profesores de derecho deberían compartir. Puede encontrarse en Platón y Aristóteles y por tanto ha tenido una larga historia académica, pero no es sólo un asunto fundamental de la teoría jurídica y política. Los principios del imperio de la ley son criterios generales para la evaluación de la creación y el uso del derecho que toda persona educada debería comprender. Además los estudiantes de derecho, los juristas y los profesores de derecho deberían estar especialmente familiarizados y tener las ideas muy claras sobre los principios del imperio de la ley. Esos principios constituyen el verdadero núcleo del objeto mismo del derecho.

I

Los principios del imperio de la ley y el sistema jurídico como un todo

¿Qué son los principios del imperio de la ley? ¿Cómo son esos principios sistémicos, es decir, cómo se relacionan con el sistema considerado como un todo, con el derecho en el sentido de «sistema jurídico»?

A) Los principios del imperio de la ley

1. En este estadio sólo identificaré los que me parecen ser los principios fundamentales del imperio de la ley. Más tarde exploraré los valores que esos principios sirven. Así que lo que sigue es un listado de principios generales que regulan cómo tiene que ser creado y puesto en práctica el derecho si ha de conformarse con el imperio de la ley. En el listado no incluyo los valores que han de servir ni los mecanismos jurídicos específicos para poner en práctica tales principios.

2. Desde mi punto de vista los principios del imperio de la ley son los siguientes:

a) Que todo tipo de norma del derecho debe estar debidamente autorizada y ser por tanto válida.

b) Que los criterios aceptados para determinar la validez del derecho sean claros y fácilmente aplicables.

c) Que el derecho, cuando ello sea pertinente y en la medida en que sea factible, tome la forma preceptiva de regla escrita general aplicable a clases de personas, actos, circunstancias, etc., y que, en su caso, sea aplicable igualmente a ciudadanos y funcionarios públicos (*officials*).

d) Que la ley misma sea suficientemente clara y determinada en su significado.

e) Que la ley estatal, y en su caso cualquier otra norma del derecho, sea promulgada, publicada y generalmente accesible a sus destinatarios.

f) Que el derecho sea generalmente prospectivo antes que retroactivo.

g) Que los criterios aceptados de validez faciliten la clara solución de cualquier conflicto entre formas válidas de derecho.

h) Que las exigencias legales que hayan de ser cumplidas estén dentro de la capacidad de los seres humanos.

i) Que el derecho relativo a una materia no sea cambiado tan frecuentemente que sus destinatarios no puedan conformar a él su conducta.

j) Que los cambios previstos en el derecho sean hechos por instituciones, funcionarios o personas debidamente autorizadas y sean por ello válidos.

k) Que el derecho estatal sobre una materia dada, y, en su caso, cualquier otro derecho, sea uniforme dentro de las fronteras del estado.

l) Que el derecho sea interpretado o aplicado de acuerdo con una adecuada, uniforme (para ese tipo de derecho) y determinada metodología interpretativa o aplicativa, debidamente respetuosa con la forma expresiva en la que el derecho está emitido.

m) Que la posible sanción o indemnización u otra consecuencia adversa por el incumplimiento de cualquier tipo de derecho sea conocida o cognoscible previamente.

n) Que exista un sistema de órganos judiciales y tribunales administrativos políticamente independientes y también imparciales, dotados de poder, en caso de disputas, (1) para determinar la validez del derecho en conflicto, (2) para aplicar el derecho de acuerdo con una metodología interpretativa apropiada y aplicable, y (3) para resolver cuestiones de hecho. Todo ello de acuerdo con el adecuado derecho procesal y sustantivo.

o) Que tales cortes o tribunales tengan sólo un poder muy limitado y excepcional para modificar o separarse del derecho antecedente en el momento de la aplicación, de forma tal que las razones para la acción y decisión que surjan del derecho válido, debidamente interpretado o aplicado, sean generalmente concluyentes (*peremptory*).

p) Que cualquier poder limitado y excepcional de las cortes o tribunales para modificar o separarse del derecho antecedente en el momento de la aplicación sea un poder que esté él mismo debidamente circunscrito por reglas y un poder cuyo ejercicio esté él mismo gobernado por reglas.

q) Que todo aquel que sea víctima de un delito, o de una violación normativa, o de un ilícito civil, o de una ruptura de contrato, o de una acción administrativa ilegal, o cosas semejantes, estará facultado para instar la persecución penal o para buscar reparación por otros tipos de daños, ante una corte u otro tribunal independiente e imparcial con poder para compeler al presunto infractor u oficial a responder por tal daño.

r) Que ninguna sanción, indemnización u otro efecto adverso significativo sea impuesto sobre alguien contra su voluntad por un delito, o una violación normativa, o un ilícito civil, o una ruptura de contrato, o una omisión de pagar impuestos, o cualquier otra violación jurídica, sin que dicha persona haya conocido de ello previamente y haya tenido una oportunidad justa de poner en cuestión la legalidad del efecto adverso previsto ante una corte independiente e imparcial u otro tribunal similar.

s) Que una persona privada que no consigue que su pretensión prevalezca en una corte o tribunal semejantes, sea presunta víctima o presunto infractor, tendrá la oportunidad de acudir al menos a un nivel superior de apelación en una corte.

t) Que haya una profesión jurídica reconocida, organizada e independiente, autorizada legalmente y dispuesta a suministrar asesoría jurídica y a defender las causas ante las cortes, otros tribunales y, en su caso, ante otras instituciones.

u) Que al menos cuando alguien es acusado de un delito o una violación equivalente y se encuentra sin medios económicos para pagar los costes de la defensa, tenga derecho a medios de defensa provistos por el Estado.

3. Algunas cuestiones ulteriores, comentarios y aclaraciones con respecto a los principios del imperio de la ley.

a) ¿Es ésta una lista completa de tales principios? Creo que lo es.

b) ¿Se aplican estos principios sólo a la creación e implementación del derecho por el Estado o se aplican también al derecho de creación privada, tal como los contratos o los arreglos entre propietarios? Creo que muchos de esos principios, tal y como han sido formulados aquí, también son aplicables, con las modificaciones pertinentes, al derecho de creación privada.

c) ¿Se aplican todos estos principios categóricamente, o hay circunstancias excepcionales en las que no se aplican? Las desviaciones de algunos de estos principios no son siempre objetables. Por ejemplo, aunque en general las leyes deben ser prospectivas, puede estar justificado en algunas circunstancias adoptar una ley con efectos retroactivos. También, para citar un segundo ejemplo, a veces una ley no puede ser redactada muy definidamente, sino que debe dejarse en algunos extremos algo vaga.

d) ¿Son todos los principios anteriores reconocidos como principios del imperio de la ley en todos los sistemas jurídicos occidentales desarrollados? No. Ver, por ejemplo, 2, L. Pero creo que la mayoría lo son.

e) ¿Difieren los sistemas jurídicos occidentales desarrollados en los mecanismos específicos que usan para poner en práctica estos principios del imperio de la ley? Sí. Por ejemplo, se ha interpretado que la Constitución de EEUU declara que ciertas leyes indebidamente vagas son inválidas. No todos los países hacen lo mismo. Creo que los países varían grandemente en los mecanismos específicos que usan para implementar los distintos principios del imperio de la ley.

B) *Cómo los principios del imperio de la ley están relacionados con el sistema jurídico como un todo, y en consecuencia son «principios sistémicos».*

1. ¿Cómo se relacionan estos principios con el sistema jurídico como un todo de forma que puedan ser llamados «principios sistémicos»? Como explicaré enseguida, los principios son sistémicos, es decir, se aplican a las operaciones del sistema jurídico a todo lo ancho y a todo lo largo del sistema.

2. Los principios del imperio de la ley dirigen y controlan cómo es creado y ejecutado el derecho a todo lo ancho de las cinco básicas modalidades a través de las que el sistema jurídico opera. Estas cinco modalidades son las siguientes:

a) La modalidad del derecho penal o criminal en el que el legislativo prohíbe conductas antisociales, la policía y la fiscalía, las cortes y las instituciones punitivas y correccionales disuaden a los potenciales delincuentes, y los delincuentes reales son prendidos y castigados.

b) La modalidad del daño y la indemnización (*grievance-remedial modality*) en la que los tribunales y el legislativo definen los daños indemnizables y los tribunales acuerdan la reparación, influenciando también con ello a la gente para que no cause daños.

c) La modalidad administrativo-reguladora en la que funcionarios administrativos establecen criterios previos que regulan conductas que de otro modo serían lícitas, toman medidas tales como la concesión de licencias o las inspecciones periódicas para asegurar el cumplimiento de esos criterios e imponen sanciones sobre los que los violan (lo que puede exigir también actos judiciales).

d) La modalidad de concesión de beneficios públicos en la que el legislativo y la Administración Pública definen los beneficios públicos sustantivos que han de concederse, tales como educación, vías públicas, bienestar social, etc., confieren y distribuyen esos beneficios y aseguran los medios materiales necesarios para ello, principalmente a través de los impuestos.

e) La modalidad de los arreglos privados en la que personas particulares establecen tipos de acuerdos consensuales legalmente reconocidos, tales como matrimonios, contratos, acuerdos de propiedad, relaciones de trabajo, socieda-

des anónimas y de otros tipos, asociaciones, grupos religiosos, y muchos más, y el derecho facilita la realización de los fines de esos acuerdos de varios modos.

La modalidad penal o criminal es por tanto sólo una de las modalidades a través de las que el derecho se crea y se aplica. En ella, un cuerpo legislativo crea usualmente un conjunto de prohibiciones legales penales como un primer paso en una progresión lineal desde la creación inicial del derecho a su aplicación última. Este derecho creado es promulgado y publicado. Tras ello, en el siguiente estadio de la modalidad penal, la mayoría de los ciudadanos se atienen voluntariamente a tales prohibiciones. Pero algunos las infringen, y la policía y la fiscalía pueden en este estadio acusar e imputar a los infractores ante el juez, y los tribunales pueden imponer penas. Los principios del imperio de la ley se aplican, gobiernan y limitan la naturaleza y el contenido de las prohibiciones penales en el inicial estadio de creación del derecho. Exigen también que las prohibiciones penales sean promulgadas y publicadas, exigen garantías procesales (*due process*) para los acusados de delitos y así sucesivamente a lo largo de los varios estadios de la progresión lineal.

El mismo esquema general es aplicable, con las modificaciones pertinentes, para las otras cuatro modalidades básicas mediante las que es creado e implementado el derecho. Puede así decirse que los principios del imperio de la ley se aplican ampliamente a través de las cinco modalidades.

3. Al mismo tiempo los principios se aplican no sólo a todo lo ancho sino también a todo lo largo de cada una de las cinco modalidades operacionales básicas mediante las que el sistema procede a la creación e implementación del derecho. Es decir, los principios se aplican a lo «largo» tanto como a lo «ancho». Se aplican dentro de cada modalidad de operación jurídica para dirigir y limitar la acción en cada estadio de su progresión lineal desde la inicial creación del derecho a su última ejecución o aplicación por la fuerza. Mientras que algunos de esos principios se aplican sólo a un estadio de la progresión lineal, al menos uno de los principios, y a veces varios, se aplica a cada uno de los estadios principales. Algunos de los principios son de aplicación o efecto continuado a través de la secuencia completa de estadios de la progresión lineal. Esto es cierto, por ejemplo, del principio que exige que el derecho debe estar autorizado y ser por ello válido, del principio que exige claridad y determinación, del principio que exige prospectividad en la ley, etc.

Así, los principios de legalidad se aplican en toda la anchura y profundidad de las cinco modalidades y también en toda la extensión de la proyección lineal dentro de cada modalidad, desde la inicial creación de derecho a su última aplicación práctica.

4. Esto no significa que los principios del imperio de la ley se apliquen exactamente de la misma manera o con el mismo alcance dentro de cada modalidad de

funcionamiento del derecho. Por ejemplo, no es una violación del imperio de la ley que dos particulares hagan un contrato muy vago. Pero violaría un principio importante del imperio de la ley que un legislativo adoptara una norma vaga de derecho penal.

5. Los principios del imperio de la ley dirigen y limitan cómo ha de operar el sistema jurídico como un todo en sus cinco modalidades. Sin embargo, las directivas y limitaciones de los principios no son meramente medios instrumentales para los fines y valores del derecho. No son meramente principios para el uso eficaz del derecho. Si así fuera, la violación de esos principios significaría meramente que el sistema jurídico sería entonces menos efectivo como medio para los fines y valores del derecho.

Pero la violación o la desviación de los principios del imperio de la ley puede, si es lo suficientemente importante, significar no sólo que el uso del derecho en cuestión es o puede ser inefectivo o menos efectivo. Puede también significar que un uso dado del derecho no es realmente «jurídico» (*law-like*). Una ley secreta, por ejemplo, no es realmente «jurídica» (*law-like*), y por tanto no es verdaderamente derecho o no es tan verdaderamente derecho. Aquí no sólo es sacrificada la eficacia del derecho sino que se pierde la pretensión conceptual misma al *status* de derecho. Que esto puede ser cierto de algunas leyes individuales dentro de un sistema completo de derecho debería estar lo suficientemente claro.

Pero ¿qué diríamos si la violación de los principios del imperio de la ley se diera en una escala masiva por todas las cinco modalidades de funcionamiento del sistema y se extendiera a todo lo largo de las progresiones lineales en cada modalidad? ¿Deberíamos decir que tal «sistema» no es realmente un sistema de derecho en absoluto? Ciertamente tal masiva violación impondría grandes limitaciones a nuestro concepto mismo de sistema *jurídico*. Como mínimo diríamos que todo el sistema es menos verdaderamente un sistema de derecho. Como máximo diríamos y deberíamos decir que no es un sistema de derecho en absoluto. Pues justamente es una característica de un sistema de derecho que opere sustancialmente de acuerdo con los principios del imperio de la ley. Un sistema de derecho no es, conceptualmente, un mero sistema que incluye reglas y otras variedades de derecho que tengan un contenido distintivo. Un sistema de derecho es conceptualmente un sistema que opera realmente de modo «jurídico» (*law-like*). Es decir, que opera de acuerdo con los principios del imperio de la ley. Se sigue de ello que es al menos lógicamente posible que un sistema de derecho pueda tener cuerpos de leyes cuyo contenido es perfectamente justo, correcto y bueno, y sin embargo no ser un sistema de derecho porque no logra en absoluto operar de acuerdo con los principios del imperio de la ley.

II

El carácter formal de los principios del imperio de la ley

A) *Cómo los principios del imperio de la ley son afirmativamente formales*

¿Cómo son afirmativamente formales los principios del imperio de la ley? Todos ellos son afirmativamente formales de dos modos. Son todos *procedimentales* en sentido amplio. Es decir, son *procedimentalmente formales* porque todos tienen relación con las *maneras o modos* en que el derecho es creado y aplicado. También son todos afirmativamente formales en el sentido de que acomodan leyes que tienen un contenido altamente variable. Es decir, los principios son *acomodativamente formales*.

Algunos de los principios más importantes del imperio de la ley son también *autoritativamente formales*. Es decir, algunos de ellos confieren o limitan la autoridad y por ello tiene relación con la validez. Esto es cierto, por ejemplo, de aquellos principios que exigen que el derecho sea válidamente creado, válidamente modificado y validamente cambiado. Pero es cierto también de aquellos principios que exigen que los jueces y otros funcionarios públicos actúen de acuerdo con el derecho.

B) *Cómo los principios del imperio de la ley son formales «por contraste»*

Los principios del imperio de la ley son también formales negativamente o formales «por contraste». Es decir, que la palabra formal asume aquí un significado por la vía del contraste con opuestos o contrarios.

1. El primer contraste es un contraste entre el manejo del sistema por la ley y a través de la ley, lo que genera por sí mismo razones formales para que los oficiales y otras personas actúen, y el manejo del sistema por un personal que no actúa de acuerdo con la ley, sino que, en lugar de ello, actúa *ad hoc* y a la luz de sus propios deseos personales o su visión de los méritos globales del asunto de que se trate. Este contraste se expresa a veces en términos de la distinción entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres, siendo el gobierno o imperio de la ley lo formal.

2. El segundo contraste es un contraste entre principios del imperio de la ley que, como tales, no requieren un contenido particular o sustantivo y son por ello formales, y principios de política social o principios morales que exigen un contenido sustantivo.

3. En suma, en términos afirmativos todos los principios del imperio de la ley son formales procedimentalmente y formales acomodativamente en el sentido

de que se aplican a una amplia variedad de contenidos. Y muchos de ellos son formales autoritativamente en el sentido de que determinan la validez del derecho. Además, los principios son también formales por contraste en el sentido de que exigen que el personal del sistema actúe de acuerdo con la ley y mediante la ley, lo que genera razones formales para tal acción, como opuesto a actuar sobre la base de razones o motivos personales propios. El contenido de los principios es también formal por contraste. Este contenido no prescribe específicamente materias morales sustantivas u otras directrices políticas.

4. Los principios del imperio de la ley son también una fuente del carácter formal de rasgos importantes de los elementos institucionales y funcionales básicos del sistema, pues prescriben formalidad en aquellos elementos también. Por ejemplo, prescriben que los tribunales sean independientes de otros cuerpos políticos y así demandan una separación del poder judicial de otros poderes. Esta separación es estructuralmente formal.

III

Los fines y valores a que se sirve mediante la adhesión a los principios formales del imperio de la ley

A) Cómo los principios formales del imperio de la ley sirven a valores políticos fundamentales y a valores jurídicos generales

1. La adhesión a los principios formales del imperio de la ley sirve a valores políticos fundamentales y también a valores jurídicos generales. Entre los valores políticos principales están la legitimidad de la acción del gobierno, la libertad y la dignidad de la autodirección del ciudadano bajo un gobierno limitado, la justicia procedimental y otras formas de justicia, y algunos más.

2. El principio de que el derecho ha de ser debidamente autorizado y ser así válido, y de que todo cambio en el derecho sea autorizado de la misma manera, sirve claramente a la legitimidad de la autoridad cívica. Pero hay todavía otras fuentes de legitimidad además del acatamiento a los poderes, los procedimientos y cualquier otro requisito de promulgación para la creación válida del derecho. La naturaleza de esas otras fuentes se ve quizá mejor si imaginamos violaciones de otros principios del imperio de la ley distintos de aquellos que confieren autoridad. Imaginemos, por ejemplo, que aunque una ley propuesta sea adoptada y promulgada debidamente, es completamente oscura e indeterminada en su significado. O aunque sea clara y válida, es interpretada o aplicada con total inconsistencia respecto de su significado evidente. O, aunque sea clara y correctamente interpretada, sea aplicada por la fuerza a un particular

sin acordar para él garantías procesales (*due process*). Pues bien, todas estas violaciones del imperio de la ley no son meramente objetables en sí mismas, también *deslegitiman* el proceso total. La legitimidad no sólo es negada cuando no se siguen los pasos relevantes para hacer derecho válido. La legitimidad del gobierno también se pierde cuando son violados otros varios principios. La legitimidad exige que el derecho válido sea adecuado para su aplicación y que sea aplicado de manera «jurídica» (*law-like*).

3. He dicho que las violaciones de principios de legalidad como los que exigen claridad en el derecho, o los que exigen una implementación objetiva y consistente de acuerdo con una metodología interpretativa y aplicativa confiable, son objetables en sí mismas así como globalmente deslegitimadoras. Una razón por la que esas violaciones son objetables en sí mismas es que son injustas en su aplicación. Niegan al ciudadano la oportunidad justa y significativa de conformar su conducta a las exigencias del derecho.

Al mismo tiempo toda denegación de garantías procesales (*due process*) niega también al ciudadano la justicia procedimental de dos maneras. No solamente niega al ciudadano el conocimiento y la oportunidad de defenderse contra cualquier cargo o pretensión o cosas similares. Las garantías procesales (*due process*) son también negadas cuando el derecho sustantivo es completamente oscuro, porque la parte acusada no tiene ninguna oportunidad equitativa de preparar una defensa, pues no puede determinar el significado del derecho que va a serle aplicado y por ello no puede conocer qué argumentos y hechos serán relevantes.

4. La violación de los principios del imperio de la ley no sólo presta un flaco servicio a la legitimidad y la justicia. También deja de servir a la libertad y a la dignidad de la autonomía del ciudadano bajo un gobierno limitado. Una ley clara objetivamente interpretada y aplicada limita al gobierno. Por ejemplo, una ley de límites de velocidad que exige a los ciudadanos que no conduzcan a más de sesenta millas por hora limita el poder de la policía para arrestar ciudadanos que sólo conduzcan a cincuenta millas por hora. Así los ciudadanos que conducen a menos de sesenta disfrutan de la libertad y la dignidad de la autodeterminación ciudadana. Pero si el límite de velocidad no estuviera nada claro, como por ejemplo, «conduzca razonablemente», la policía podría elegir interferir en casi cualquier supuesto de velocidad a la que se estuviera conduciendo. Esta falta de claridad del derecho interfiere con la libertad y la dignidad de la autonomía del ciudadano. Y al mismo tiempo la idea misma de acción gubernamental limitada se torna una pura fantasía.

5. En suma, la adhesión a algunos de los principios del imperio de la ley sirve a valores políticos fundamentales tales como la legitimidad, la justicia, la libertad y la dignidad de la autonomía del ciudadano bajo un gobierno limitado.

6. La adhesión a los principios del imperio de la ley sirve también a importantes valores jurídicos generales. La categoría de los valores jurídicos generales es grande y compleja. También sucede que no hay una línea clara entre algunos de estos valores y los valores políticos generales. Los valores jurídicos generales incluyen la cognoscibilidad (*learnability*) del derecho, la predecibilidad de cómo será interpretado y aplicado, la igualdad ante la ley para aquellos similarmente situados, la libertad respecto de la arbitrariedad pública, la racionalidad de la administración del derecho, la agilidad de la administración, la evitación de disputas, la facilitación de la solución de conflictos y muchos más.

7. Puede verse rápidamente cómo la violación de los principios de legalidad puede perjudicar a uno o más de los valores jurídicos generales. La falta de claridad, o de publicidad, o la retroactividad, por ejemplo, dañan o destruyen grandemente la cognoscibilidad del derecho, la predecibilidad de su aplicación, la igualdad ante la ley y la libertad respecto de la arbitrariedad oficial.

8. Con frecuencia hay algún espacio para la argumentación razonada respecto a si una ley ha sido válidamente adoptada, respecto a su alcance, a su interpretación o aplicación o a la determinación de los hechos. La adhesión a los principios del imperio de la ley puede canalizar eficazmente tales argumentaciones y servir así al valor jurídico general de la racionalidad en la administración del derecho. Por ejemplo, una metodología de interpretación legislativa bien construida proyecta racionalidad en la construcción y articulación de supuestos de los tipos de argumentos autorizados por esa metodología.

B) *Cómo los principios formales del imperio de la ley sirven al imperio del buen derecho*

1. Ya he explicado que los principios del imperio de la ley, tal y como yo y muchos otros los concebimos, son formales y por ello *no* especifican por sí mismos que el derecho emanado de un legislativo, por ejemplo, debe ser bueno en su contenido sustantivo, es decir, incorporar directrices políticas sólidas o principios moralmente buenos.

2. Se sigue de esto que es posible que un sistema jurídico se adhiera a los principios del imperio de la ley y sin embargo el contenido del derecho que se crea o implementa sea bastante malo o carente de justificación.

3. Incluso en ese caso, la adhesión a muchos de los principios del imperio de la ley *tiende* a engendrar buenos contenidos en la creación de la ley, o al menos contenidos no malos. Indicaré ahora algunas de las maneras de cómo esto es así.

4. Un principio del imperio de la ley exige que el derecho sea válidamente creado, que sea autorizado. Esto, a su vez, requiere no sólo que el legislador tenga poder para crear derecho válido sino también que los procedimientos para

crearlos sean respetados. Por ejemplo, para que un legislativo cree derecho válido no debe sólo tener poder para ello sino que también debe seguir los procedimientos prescritos, procedimientos que son ellos mismos formales. Pues bien, es muy probable que estos procedimientos sean procedimientos que exijan al legislativo que descubra hechos relevantes para el derecho que propone, que exijan audiencias públicas sobre las propuestas de ley en las cuales puedan ser oídos argumentos a favor y en contra, que exijan la redacción cuidadosa de los proyectos, que exijan una adecuada deliberación y debate y que exijan posibles enmiendas antes de que tales leyes sean aprobadas. De este modo, la racionalidad es orientada hacia el proceso de creación del derecho, y tiende a contribuir a su buen contenido, o al menos a que su contenido no sea malo. Así, la adhesión al principio de que el derecho esté debidamente autorizado por el respeto a los procedimientos formales adecuados, y sea por ello válido, es un principio que tiende en sí a servir no sólo al imperio de la ley sino también al imperio del buen derecho.

5. Hay todavía otros modos importantes en que la adhesión a los principios del imperio de la ley tiende a engendrar buen contenido en el derecho, incluso aunque los principios sean enteramente formales. No trataré de ser exhaustivo. Un principio del imperio de la ley aplicable al derecho estatal exige que la forma preceptiva de una ley sea la de una regla practicable y adecuada en la mayor medida posible. Una regla tiene varios rasgos formales: prescriptividad, generalidad, definición, completitud y estructura interna. Consideremos la generalidad. El redactor que preste la debida atención a la generalidad considerará cuidadosamente a qué clases de personas, ciudadanos y circunstancias debe ser aplicada o no debe ser aplicada la regla si ha de servir eficazmente como un medio para la política en cuestión. Por ejemplo, dadas las directrices políticas de seguridad, la fluidez del tráfico y la libertad de movimiento, el contenido de la regla de limitación de velocidad ha de ser altamente general. Los valores jurídicos generales y los valores políticos fundamentales también favorecen esta alta generalidad. Una regla de limitación de velocidad altamente general sirve a la igualdad ante la ley y también a la dignidad de los ciudadanos como seres autónomos.

Otro principio del imperio de la ley exige que toda regla adoptada como derecho sea promulgada y publicada. Al menos aquellos legisladores que desean estar libres de la crítica pública o que desean ser reelegidos es probable que procuren que el contenido del derecho sea bueno cuando saben que ese derecho va a ser hecho público ampliamente.

6. En suma, la adhesión a los principios de un imperio formal de la ley puede servir también al imperio de un derecho sustancialmente bueno. La buena forma tiende a engendrar buen contenido.

C) *Cómo los fines y valores servidos mediante la adhesión a los principios del imperio de la ley pueden entrar en conflicto con otros valores*

1. La adhesión a los principios del imperio de la ley puede entrar en conflicto con otros valores en casos particulares. Un legislativo puede, por ejemplo, adoptar una ley con un contenido político o moral malo. Pero un tribunal puede rehusarse a modificar el contenido de esa ley en base a razones de «imperio de la ley». El tribunal puede argüir que no tiene poder jurídico para modificar la ley. También puede argüir que si modifica así la ley personas similarmente situadas serán tratadas de modo diferente. O puede argüir que si la modifica esto minará la confianza de algunos en la ley. O puede argüir que si la modifica esto supondrá falta de predecibilidad en esa rama del derecho.

Desde luego que una modificación judicial de una ley podría servir al imperio de la ley también, como cuando una ley poco clara se hace mas clara y determinada. Este ejemplo muestra que los conflictos también pueden surgir *entre* los principios del imperio de la ley.

2. La adhesión a principios del imperio de la ley puede, en casos particulares, no entrar en conflicto con directrices políticas sólidas o buenas ideas morales en general —el contenido del derecho puede ser bueno en términos generales— pero una ley puede sin embargo sobre-incluir o infra-incluir sujetos o acciones. Aquí igualmente un tribunal puede ser llamado a decidir si crea una excepción a la regla o extiende la regla. Y de nuevo, por razones de imperio de la ley, el tribunal puede decidir no crear una excepción o no extender la regla.

3. La adhesión a los principios del imperio de la ley puede entrar en conflicto en casos particulares con aquello que es justo y equitativo entre partes. Aquí también el tribunal puede rehusarse a invocar la equidad y puede basar su decisión en razones de imperio de la ley.

4. Hay aún otros tipos de casos que plantean conflictos entre lo que los principios del imperio de la ley demandan y otros valores.

5. Desde luego, en todos esos casos algunos tribunales de algunos países pueden elegir modificar o apartarse del derecho y sacrificar los valores del «imperio de la ley». En ciertos casos esto puede incluso estar justificado.

IV

Por qué los principios del imperio de la ley deben ser conceptualizados e identificados jurídicamente como enteramente formales

¿Deben ser conceptualizados e identificados jurídicamente como enteramente formales o deberían ser ampliados hasta incluir ulteriores principios básicos que

exijan que el contenido sustantivo del derecho sea bueno? Creo que hay varias razones para suponer que los principios del imperio de la ley concebidos e identificados social y jurídicamente como principios exclusivamente formales serían más efectivos que un conjunto de principios que incluyera un contenido tanto formal como material.

A) *Un conjunto exclusivamente formal de principios es más neutral políticamente que un conjunto que incluya principios formales y sustantivos*

Un conjunto meramente formal de principios es más probable que suscite apoyo social que un conjunto que incluya principios formales y sustantivos. Esto es así porque el conjunto formal es relativamente neutro políticamente, y por ello puede suscitar apoyo a todo lo ancho del espectro político. Un conjunto que incluya principios sustantivos va a ser sin duda más controvertido, especialmente si ya hay divisiones en la sociedad en relación a tales principios. Y en muchas sociedades hay importantes divisiones sobre cuestiones sustantivas tales como cuánta libertad de expresión y de prensa debería haber, cómo organizar la economía, cuánta libertad religiosa, cuánta democracia (si es que se quiere alguna), qué tipo de estado de bienestar, y así sucesivamente. Cuanto más se desustantivizan los principios del imperio de la ley más probable es que sean respetados como merecen.

B) *Un conjunto exclusivamente formal de principios es más unitario y coherente que un conjunto que incluya dogmas sustantivos e ideales*

Un conjunto de principios del imperio de la ley tiene más salud cuando es ampliamente aceptado y las desviaciones de él son inmediatamente sometidas a análisis y crítica en la sociedad en general o al menos entre los juristas y los ciudadanos que estén especialmente al corriente de tales desviaciones. Cuanto más unitarios y coherentes sean los principios del imperio de la ley, mejor orientados pueden estar los argumentos y las críticas en nombre de esos principios. Y cuanto mejor orientados estén más probable es que los principios sean tomados en serio. Un conjunto de principios formales es más unitario y coherente que un agregado híbrido de principios formales y sustantivos. Los principios formales aquí estudiados son todos procedimentales en sentido amplio e incluyen un núcleo que son también autoritativos. Esta condición formal de carácter procedimental y autoritativo es relativamente unitaria.

Un conjunto de principios formales y sustantivos versaría necesariamente sobre contenidos altamente diversos. Y los argumentos y las críticas en nombre de tal agregado híbrido de principios del «imperio de la ley» tenderían a

ser argumentos y críticas en nombre de demasiadas cosas diferentes simultáneamente. Esto confundiría y debilitaría la fuerza de las críticas y los argumentos en nombre de aquellos principios del imperio de la ley que son meramente formales.

- C) *La adopción de un conjunto exclusivamente formal de principios del imperio de la ley maximizaría la posibilidad de un reconocimiento pleno de los conflictos genuinos entre lo formal y lo sustantivo*

Separar lo formal y lo sustantivo en el pensamiento social y en la argumentación y la crítica sobre los usos del derecho facilita la percepción ágil de los conflictos entre los valores formales del imperio de la ley y valores sustantivos. Esta percepción facilita también el reconocimiento de que la elección de unos o de otros tiene que ser hecha y justificada abiertamente. En estas condiciones no es posible ocultar la realidad del sacrificio de un valor a los otros valores diciendo que todo lo que se hace, se hace en nombre de los principios del imperio de la ley.

V

Condiciones para un eficaz imperio de la ley

¿Cuáles son las principales condiciones formales, sociales y jurídicas para un eficaz imperio de la ley?

- A) *Los principios del imperio de la ley deben ser formales.*
- B) *Deben existir las instituciones jurídicas necesarias y los demás mecanismos legales para implementar el imperio de la ley.*
- C) *Los funcionarios públicos y otros participantes en el sistema deben estar «mentalizados» para poner en práctica los principios del imperio de la ley. Una sociedad debe tomar medidas para ver de que los procedimientos para el reclutamiento y formación de los legisladores, jueces y otros funcionarios públicos estén bien diseñados para asegurar que todos ellos tienen las actitudes requeridas hacia el derecho y los modos jurídicos.*
- D) *El sistema educativo debe enseñar los principios del imperio de la ley y los valores a que sirve.*
- E) *Debe haber una prensa libre y medios de comunicación vigilantes dispuestos a hacer pública la importancia de los principios del imperio de la ley y a investigar y hacer públicas las violaciones de dichos principios.*

- F) *Los ciudadanos afectados negativamente por violaciones del imperio de la ley deben estar legalmente facultados para exigir reparación y deben estar dispuestos y ser capaces de hacerlo.*
- G) *Los ciudadanos que critican las violaciones y que exigen reparación por ellas deben estar protegidos frente a las represalias de los oficiales o de cualquier otro.*
- H) *Debe haber una profesión jurídica reconocida, organizada e independiente autorizada legalmente y dispuesta a abogar ante los tribunales por los casos de presuntas violaciones de los principios del imperio de la ley.*
- I) *Los profesores de derecho deben estudiar y organizar el derecho llevando a la práctica los principios del imperio de la ley y deben ser críticos no sólo con las desviaciones particulares de tales principios, sino también con cualquier actitud contra el imperio de la ley de funcionarios o jueces.*