



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA TRAYECTORIA DEL “RULE OF LAW”

Presentado por:

Ana Cancela Rodríguez

Tutelado por:

Luis Carlos Amezúa Amezúa

Valladolid, 12 de julio de 2021

AGRADECIMIENTOS

*Gracias a papá y mamá por ser mi constante y mi apoyo,
a Eva por ser mi ejemplo a seguir y por llevarme eternamente de la mano,
a mis abuelas por todo lo que me han enseñado,
a los de siempre por haberme acompañado estos cuatro años y por no haber dejado que las cosas cambien,
y a Valladolid por todas las cosas y personas bonitas que me ha dado.*

RESUMEN

El *rule of law* es el principio legal que defiende que las leyes deben gobernar a la nación y a sus ciudadanos, procurando el respeto de unos derechos humanos fundamentales. Así mismo, la ley es entendida como un límite al poder porque los representantes de este deben respetarla y cumplirla al igual que los individuos. Se procura, por tanto, evitar que las personas gobiernen de manera arbitraria, entendiendo a los gobernantes y a los ciudadanos como iguales ante la ley.

A lo largo del trabajo no me centraré sólo en la trayectoria del *rule of law* a nivel histórico sino que también analizaré el recorrido respecto a los diferentes pensamientos que surgen alrededor de la idea, así como otros temas que considero relevantes respecto al concepto. De esta forma inicio desarrollando los orígenes del concepto de *rule of law*, ubicándolos en su contexto histórico, no sin antes hacer una breve exposición del contexto político y social de la época para una mejor comprensión de las diferentes contribuciones. Así mismo, desarrollo las diferentes filosofías que rodean a este sistema y las cuales marcarán la base y el trato del mismo a lo largo de los años, ocasionado que surgen diferentes posturas teóricas al respecto. De entre varios pensamientos nos detendremos de forma más detallada en la filosofía de Aristóteles y en el debate respecto a la moral y la ley entre Lon Fuller y H.L.A. Hart, por el interés de sus pensamientos en la materia. Por último, analizaremos la situación actual, haciendo referencia a importantes figuras como Laporta, así como los problemas a los cuales se enfrenta (como el *backsliding*), al igual que las posibles soluciones para superar los mismos.

Palabras clave:

Rule of law, límite al poder, naturalismo, positivismo, *backsliding*.

Abstract:

The rule of law is the legal principle which defends that the laws must govern the nation and the citizens by ensuring respect for fundamental human rights. In addition, the law is understood as a limit to governmental power and is intended to counteract the arbitrary exercise of normative power.

The approach of the essay will consist of a historical analysis of different periods that contribute to the creation of the concept of the rule of law, through different contributions.

We will also dissect different philosophical thoughts, especially the philosophy of Aristotle and Lon Fuller. Finally, we will analyze the varied thoughts that arise around the notion, as well as its current situation and the problems it faces.

Key Words:

Rule of law, limit to governmental power, positivism, naturalism, backsliding.

ÍNDICE

RESUMEN	
ÍNDICE	
INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.....	1
1. CAPÍTULO HISTÓRICO	3
1.1. Antigua Grecia	3
1.1.1. <i>Las leyes de Solón</i>	3
1.1.2. <i>La democracia ateniense</i>	4
1.1.3. <i>La oligarquía de los tiranos</i>	4
1.1.4. <i>El pensamiento de Platón y Aristóteles</i>	5
1.2. Roma	6
1.2.1. <i>La historia de Cicerón y su pensamiento</i>	6
1.2.2. <i>La Lex Regia</i>	8
1.2.3. <i>El Corpus iuris civilis</i>	11
1.3. Edad Media	12
1.3.1. <i>El feudalismo</i>	14
1.3.2. <i>La religión en la Edad Media</i>	16
1.3.3. <i>La Carta Magna</i>	19
1.3.4. <i>La filosofía y Aquino</i>	21
2. EL PENSAMIENTO LIBERAL	31
2.1. La filosofía de Thomas Hobbes	33
2.2. La filosofía de John Locke	34
2.3. La filosofía de Montesquieu	35
3. LA DIMENSIÓN MORAL DEL <i>RULE OF LAW</i>	37
3.1. El debate entre Lon Fuller y H.L.A. Hart	37
3.2. El pensamiento de Joseph Raz	45
3.3. Pensamientos alternativos	47
4. EL <i>RULE OF LAW</i> EN LA ACTUALIDAD Y LOS PROBLEMAS A LOS QUE SE ENFRENTA	49
4.1. <i>La rule of law backsliding</i>	55
5. CONCLUSIONES	59
6. BIBLIOGRAFÍA	63
7. ANEXOS	65

7.1.	Línea del tiempo	65
7.2.	Glosario	67

INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

La noción del *rule of law* es entendida como la base del ordenamiento británico, es decir, del sistema inglés del *Common Law*. Sin embargo, esta teoría constitucional puede ser interpretada de manera muy diferente dependiendo del país y atendiendo a la cultura o interés del mismo, incluso dentro de una misma civilización las teorías que surgen de esta pueden ser muy dispares

La diversidad existente en cuanto a su comprensión se deja patente a la hora de buscar una traducción al español adecuada ya que, la noción ha sido interpretada de diferentes maneras, entre las cuales destacan: Imperio del derecho, principio de legalidad, Estado de derecho, primacía de la ley, Estado del derecho... todos ellos conceptos dispares que llevan asociados unas características determinadas a pesar de defender unos elementos comunes.

De forma teórica la traducción simple sería “regla o dominio de la ley”, pero lo que el sistema defiende es la existencia de unos derechos constitucionales básicos, un núcleo de *rights*, constituyendo un límite para el poder gubernamental, todo con la finalidad de contrarrestar el ejercicio arbitrario del poder normativo, el cual debe basar su actuación en el principio de igualdad colectiva. Por lo que, podríamos decir que la concepción que más se adecua a su significado es el Imperio de la ley.

Estas características mencionadas presentan un símil con el principio de legalidad defendido en la Constitución española en el artículo 9.1, donde declara que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Sin embargo, esta manifestación no recoge la totalidad del concepto de *rule of law* sino que sería únicamente una acepción de la misma.

Dado que la búsqueda de una traducción española que se ajuste perfectamente a las ideas que este sistema defiende es tarea compleja, a lo largo de este análisis utilizaremos la nomenclatura inglesa “rule of law” para que su significado completo no se descuide.

1. CAPÍTULO HISTÓRICO

1.1 Grecia

La antigua Grecia, es junto al cristianismo, la base de la cultura occidental. Diferentes autores consideran que el origen del “rule of law” se encuentra en esta cultura, así como las ideas asociadas a la mismas. Destacan de este periodo figuras como Aristóteles y Platón, autores que inician la defensa de la idea de que debe haber una ley por encima del poder.

La Antigua Grecia se divide principalmente en cuatro periodos: la Edad oscura, la Época Arcaica, el Periodo clásico y el Periodo helenístico. Con la finalidad de centrar los pensamientos que los dos autores citados defienden, nos focalizaremos en el análisis de la forma de gobierno y de la estructura política de la Época Arcaica y del Periodo Clásico, haciendo hincapié a hechos históricos concretos: La legislación de Solón (594/3 a.C.), la democracia ateniense (508-322 a.C.) y la oligarquía de los Tiranos (404-403 a.C.).

Visualizar línea de tiempo (Anexo 1)

1.1.1. Las leyes de Solón

En Atenas, durante la creación de las Leyes de Solón, no había un grupo de profesionales legales o funcionarios estatales que monopolizaran la producción de las leyes, sino que estas eran el producto de las actividades de los ciudadanos¹. Es necesario destacar que esta isonomía se aplicaba únicamente a los hombres libres (varones griegos), dejando fuera de esta equidad a mujeres, niños, extranjeros y esclavos. Sin embargo, este sistema regido por una igualdad diversa al concepto actual, dará origen a la democracia ateniense.

Las Leyes del legislador establecieron un cuerpo de normas y unos tribunales populares², pero su núcleo principal era la liberación de cargas, condonando préstamos y deudas de todos los ciudadanos con la intencionalidad que estos pudiesen recuperar sus vidas y progresar. Así mismo, con esta legislación se establece una base de leyes intocables, que sólo se pueden

¹ TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 7.

² *Ibíd.* p. 8.

modificar con nuevas normas, en el caso de que se demuestre que las anteriores se han convertido en insuficientes. Se trata, por tanto, de crear un sistema democrático subordinado tanto al principio de la soberanía popular como al de las leyes.³

1.1.2. *La democracia ateniense*

La Democracia ateniense se implanta en el 508 a.C. debido a las reformas de Clístenes. En este periodo la forma de crear leyes cambia de forma considerable. El pueblo tiene un poder directo sobre la capacidad de creación legislativa, esto se produce a través del voto en la Asamblea, órgano con poder total respecto a todo tipo de materias: promulgación de nuevas leyes, revocación de las anteriores, condonaciones, establecimiento de impuestos, medida respecto el culto a los Dioses, etc. Las normas marcaban unos términos generales de comportamiento y acción para los individuos que formaban el pueblo, así como para los órganos políticos del momento. Por lo tanto, los ciudadanos eran libres de actuar como quisiesen siempre que dicha actuación no estuviese prohibida por la ley, y por tanto, su libertad estaba sujeta a dicho límite. “Las leyes bien establecidas son las que deben ejercer la soberanía”, “las leyes que están concordes con los regímenes rectos son justas, y las concordes con los desviados no son justas”.⁴

1.1.3. *La oligarquía de los tiranos*

Los Treinta tiranos es el nombre que recibe la forma de gobierno desarrollada en Atenas en el año 403-404 a.C. por treinta magistrados, los cuales utilizaron su poder para ajustar cuentas con sus enemigos, infringiendo las normas de Atenas y llevando a la población a una situación de temor constante debido a las crueles prácticas que utilizaban para imponer sus convicciones.

Sin embargo, este trágico capítulo Griego, el cual acaba con la derrota de los mismos, supone la aceptación, para Atenas, de que la constitución tradicional era democracia.⁵

³ TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 8.

⁴ ARISTÓTELES, *Política*, Libro III, 1282b. Madrid, Editorial Gredos, 1988, p. 92.

⁵ RHODES, Peter John, *La antigua Grecia: una historia esencial*. Epublibre, EPL, 2017, p. 199.

1.1.4. *El pensamiento de Platón y Aristóteles*

En esta breve adaptación a la realidad griega de la época nos hemos referido a diferentes formas de gobierno las cuales Platón, y su sucesor Aristóteles, han desarrollado en sus obras más significativas: *República* y *Política*.

En esta última, Aristóteles diferencia tres tipos fundamentales de Estados: los que son gobernados por una sola persona (Monarquía), los que son gobernados por un grupo de personas (aristocracia) y los que lo son por todos los ciudadanos (timocracia). Estos son, para la opinión del autor, las mejores formas de gobierno, ya que en ellas se supone que los gobernantes son nobles y hacen política en favor del pueblo. En contraposición a los mismos, cuando estos regímenes son corrompidos, se encuentran: la tiranía, la oligarquía y la democracia, término mal utilizado en comparación con el significado actual. Este último, por las características del mismo, se identifica con la demagogia.

Platón ya destacaba en su obra *República* la flexibilidad con la que el Gobierno cuenta para adaptar el poder a sus ideas cuando estos no tienen unas leyes que limiten dicha potestad. Este análisis se sostiene en diversos comentarios del autor en la obra ya citada, como por ejemplo: “cada gobierno establece las leyes según conveniencia: la democracia, leyes democráticas; la tiranía, tiránicas, y del mismo modo los demás. Al establecerlas, muestran los que mandan que es justo para los gobernados lo que a ellos les conviene”.⁶

Pero este concepto sigue presente en los pensamientos aristotélicos. En su trabajo titulado *Política* expone que “no es seguro poner (el poder) en manos de los malvados, pues necesitan ellos más vigilancia de lo que pueden vigilar otros”⁷. Es posible, por tanto, considerar que Aristóteles defendía la creación de una norma que rija el Gobierno debido al riesgo de corrupción y abuso que existe cuando el poder se concentra en manos de unos pocos con malas intenciones. Conclusiones que se extraen de otros razonamientos como el de que “La ley es impasible, mientras que toda alma humana es, por el contrario, necesariamente apasionada”⁸. Debe ser por tanto la Ley la base del comportamiento del pueblo, primando esta frente a las emociones o deseos de los que ostentan el poder. “La ley es la determinación de cierto orden; las buenas leyes producen necesariamente el buen orden”⁹.

⁶ PLATÓN, *República*, 338e.

⁷ ARISTÓTELES, *Política*, Libro VI, 1322a. Madrid, Editorial Gredos, 1988, p. 392.

⁸ ARISTÓTELES, *Política*, Libro VI, 1322a.

⁹ ARISTÓTELES, *Política*, Libro VI, 1326^a.

La defensa respecto a la idea de la supremacía de la norma queda latente en la oración “la ley es impotente, un individuo no podrá nunca más que ella”¹⁰, a pesar de que “les concede (a los ciudadanos) el derecho de corregir todos los defectos que tenga, cuando la experiencia ha hecho ver que admite una mejora posible”¹¹.

Por último remarcar, que el filósofo y científico defiende la participación del pueblo en el poder: “Es, por tanto, justo que la participación en el poder y en la obediencia sea para todos perfectamente igual y alternativa; porque esto es, precisamente, lo que procura hacer la ley, y la ley es la constitución”¹². A pesar de que, como hemos dicho, la igualdad, en este momento histórico no se equipare al concepto de igualdad social actual, ya que sólo acceden a dicha participación los varones libres y griegos.

Como conclusión es necesario remarcar que tanto para la cultura griega, como para la romana, de la cual hablaremos a continuación, tener una sociedad regida bajo la ley es definición de una sociedad estable y ordenada.

1.2. Roma¹³

Diversas son las contribuciones de la época romana respecto a la idea del “rule of law”. En ellas destacan tanto aspectos positivos como negativos. Sin embargo, antes de iniciar el análisis de los mismos es necesario, al igual que en el capítulo anterior, realizar una adaptación a la situación histórica del momento para entender las medidas que se llevan a cabo, así como las ideas que se defendían.

1.2.1. *La historia de Cicerón y su pensamiento*

Sin lugar a dudas, al hablar de la aportación romana es necesario referirse a Cicerón. Este jurista y filósofo, nace en el año 106 a.C. y muere asesinado en el año 43 a.C. Vive su vida en

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política*, Libro VI, 1292a.

¹¹ ARISTÓTELES. *Política*, Libro VI, 1292a.

¹² ARISTÓTELES. *Política*, Libro VI, 1292a.

¹³ Vid. ANDRÉS SANTOS, Francisco J., *ROMA: Instituciones e ideologías políticas durante la República y el Imperio*, Madrid, Tecnos, 2015.

el último siglo de la República romana (509-27 a.C.), el siglo más convulso y trágico de esta forma de Gobierno, la cual Cicerón defenderá a lo largo de su vida.

El autor defendió los ideales republicanos de forma pública a través de diversos medios como discursos en el Senado u obras políticas, de las cuales cabe destacar, debido a su relevancia: *De Re Publica* y *De Legibus*. Frente a esta forma de gobierno se encuentra la monarquía, ejecutada en ese momento por Julio César, lo que ocasionó disputas y una enemistad entre ellos. A esto se suma el posicionamiento de Cicerón a favor de Pompeyo en la segunda guerra civil de la República romana (49-45 a.C.), la cual finalizó con la victoria cesariana.

Para el filósofo, el ideal de República se ubica a finales del siglo III, principio del siglo II, después de las guerras contra Cartago, donde la República romana se convirtió en la fuerza dominante del Mediterráneo, haciendo universal su imperio y dominio. Para Cicerón los hombres que dirigían en ese momento el poder son el modelo a seguir de gobernantes.

Las diversas obras publicadas por el autor tienen gran importancia en la época, no sólo por su oratoria y su capacidad para escribir, sino por su papel como jurista y entendedor de la política. Así mismo, es necesario destacar sus célebres discursos en el Senado en los cuales de forma clara y directa se posicionaba en contra de los que no defendían sus ideas. Esta valentía en cuanto al pronunciamiento de sus pensamientos, entre los que destaca la oposición que mostró hacia Marco Antonio (posicionándose a favor de Octavio), fueron el desencadenante de su trágica muerte: asesinado por orden del colaborador de Julio César y en venganza del mismo.

Indudable es el interés de los discursos a los que nos hemos referido, al igual que lo son sus obras más relevantes y ya mencionadas: *De Re Publica* y *De Legibus*. En estas deja claro su afinidad hacia la República así como la defensa del concepto “rule of law”: “Porque tanto este está sujeto a Dios, como a éste obedecen los mares y las tierras, y la vida de los hombres se atempera a los mandatos de una ley suprema”¹⁴.

Para Cicerón la ley nace tras un razonamiento humano el cual está unido a la naturaleza del mismo (creación de Dios), y es la ley la que distingue lo justo de lo injusto. “La ley es, pues, la distinción de las cosas justas e injustas, expresada con arreglo a aquella antiquísima y

¹⁴ TULIO CICERÓN, Marco, *De Legibus*, Libro Tercero, Capítulo I.

primera naturaleza de todas las cosas, a la que se dirigen las leyes de los hombres, las cuales afectan a los no probos con el suplicio, y defienden y protegen a los buenos.”¹⁵

De la misma forma defiende que la ley no está hecha para hombres concretos, refiriéndose a la capacidad de los monarcas de crear normas en base a sus intereses y emociones sin límite alguno; “No quisieron que se hicieran leyes para hombres particulares; porque esto es el privilegio; más injusto que lo cual ¿qué hay? cuando la virtud de la ley es ésta, que lo mandado sea establecido para todos”¹⁶. Siendo necesaria, en opinión del autor, la aplicación de la ley a todos, gobernantes del poder incluidos. “Veis, pues, que el magistrado tiene esta fuerza, que presida, y prescriba las cosas rectas y útiles y conjuntas con las leyes. Porque como las leyes a los magistrados, así los magistrados presiden al pueblo, y puede decirse verdaderamente que el magistrado es la ley que habla, y la ley el magistrado mudo”¹⁷.

El discurso continúa en la misma línea en su obra *De Re Publica*: “En cambio, ¿qué puede haber mejor cuando la virtud gobierna la república? Cuando el que manda a los demás no es esclavo de su ambición, cuando él mismo vive todo aquello que predica y exige a los ciudadanos, sin imponer al pueblo unas leyes a las que él no obedece, sino ofreciendo a sus ciudadanos su propia conducta como ley.”¹⁸

1.2.2. *La Lex Regia*

Al inicio del capítulo anticipamos que la época romana no sólo había dejado contribuciones positivas respecto al concepto “rule of law”, sino que también se distinguían efectos negativos, lo cuales tienen su reflejo en la *Lex Regia* y el *Corpus Iuris Civilis*.

Pero, siguiendo la estructura de los capítulos anteriores mencionaremos brevemente el marco histórico con la finalidad de contextualizar la situación y entender el surgimiento de ambos cuerpos legales.

¹⁵ TULLIO CICERÓN, Marco, *De Legibus*, Libro Segundo, Capítulo V.

¹⁶ CICERÓN, Libro Primero, Capítulo III.

¹⁷ CICERÓN, Libro Tercero, Capítulo I.

¹⁸ TULLIO CICERÓN, Marco, *De Re Publica*, 34,52.

Visualizar Línea de tiempo (Anexo 2)

En el año 27 a.C. finaliza a la república romana, a la cual ya hemos hecho referencia, y en esa fecha da comienzo el Imperio romano, el cual perdurará hasta el año 1453 d.C. La característica principal de este periodo es la forma de gobierno, la autocracia. Esta organización política se singulariza porque la voluntad de una sola persona es la suprema ley. Es necesario destacar que las acciones y decisiones de la persona que representa el poder no están sujetas ni a restricciones legales externas, ni a mecanismos regulativos de control.

En este periodo Octavio tuvo un papel fundamental al ser el representante del máximo cargo, recibiendo el título de Augusto, otorgado por el Senado, el mismo año en el que empezó su gobierno (27 a.C.). Sin embargo, diversas dinastías se harán con el poder a lo largo de los más de 500 años de duración de esta etapa histórica. Entre ellas cabe destacar la dinastía antonina (la más longeva), en la cual el imperio romano vivió su época dorada, alcanzando su máximo esplendor en el siglo II.

Avanzando cronológicamente, tras la abdicación de Diocleciano y el colapso de la tetrarquía (también conocido como Gobierno de cuatro) establecida en su mandato, Constantino I (Constantino el Grande) manifiesta su poder a través de victorias en las luchas entre gobernantes, convirtiéndose así en el único emperador en el año 326 tras la batalla de Crisópolis.

Gracias a la falta de límites en cuanto a su poder, grandes fueron las reformas que llevó a cabo, entre las que destaca la legalización de la religión cristiana por medio del Edicto de Milán, en el año 313 d.C., unificando los dogmas y sentando las bases del credo oficial. Cabe señalar que, en esta etapa, se produce el traslado de la capital del imperio a la ciudad de Bizancio, que pasó a denominarse Constantinopla (la actual Estambul).

Es necesario hacer énfasis en las dimensiones del Imperio romano, el cual en la cúspide de su poder dominaba tres continentes y numerosas urbes, dejando constancia de ello con su arquitectura en los lugares ocupados. Pero sin duda, una de las mayores herencias es el derecho romano y sus cuerpos legislativos, entre los que destacan la *Lex Regia* por la parte que nos concierne respecto a la materia tratada, así como el *Corpus Iuris Civilis*.

Para comenzar a hablar de *Lex Regia* es necesario referirnos a su antecedente, el *Senatus consultum*. Esta fuente del derecho tenía su origen en el Senado, ya que, en la época de la República romana, consistía en una opinión por parte de los senadores que únicamente tenía

carácter consultivo. Sin embargo, al inicio del imperio romano, el Senado asume funciones legislativas, por lo que las consultas a las que nos hemos referido se convierten en leyes vinculantes: “Senatus consultum est quod senatus iubet atque constituit; idque legis vicem optinet, quamvis fuerit quaesitum”¹⁹ (El senadoconsulto tiene fuerza de ley por más que algunos lo hayan puesto en duda).

No obstante, a medida que el poder del emperador aumentaba esta forma de proceder ante el Senado se veía modificada, hasta llegar a la “*oratio principis in senatu habita*”. Consistía en un discurso del emperador ante el Senado en el que daba su recomendación respecto a la materia que se procedería a votar. Sin embargo, que el dominio del imperio se fuera congregando en sus manos a lo largo de los años tuvo su manifestación en que dichas opiniones se convirtieran en un mero trámite, ya que el Senado ratificaba todo lo que el emperador demandaba.

La culminación respecto a la concentración del mando llega con la *Lex Regia*, la cual otorga al emperador el poder de hacer todo lo que fuese necesario en beneficio del Estado²⁰, es decir, se le confiere al mismo la potestad absoluta para legislar. Se llega así a una situación totalmente opuesta a la defendida por la idea del “rule of law”, donde se coloca a la autoridad absoluta por encima de la ley²¹, dotando al mismo de una extensa capacidad legislativa y dándole el valor de ley a los pronunciamientos del mismo a través de decretos, edictos o rescriptos.

Así lo recoge Gayo en su libro llamado *Instituciones*: “*Constitutio principis est quod imperator vel decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*” (La constitución del príncipe es lo que el Emperador establece por decreto, edicto o rescripto. Jamás se ha dudado que las constituciones tienen fuerza de ley, pues el emperador mismo obtiene el imperio en virtud de una ley)²².

¹⁹ GAYO. *Instituciones*. Título I (1.4).

²⁰ STEIN, Peter, *Roman law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 59.

²¹ TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 13.

²² GAYO. *Instituciones*. Título I (1.5).

1.2.3. *El Corpus iuris civilis*

La mayor manifestación de la concentración del poder llega con la creación del *Corpus iuris civilis*. Este código es una recopilación de todas las leyes y constituciones romanas, ordenada por Justiniano I entre 529 d.C. y 530 d.C. Se da inicio así a lo que se conoce como la Primera vida del derecho romano. Esta compilación era necesaria para darle a los romanos un derecho homogéneo, ya que era común que en cada provincia romana existiesen distintas leyes.

Esta compilación, también conocida como el Código Justiniano, está dividida en 12 libros, de los cuales, los más relevantes son: *el Codex*, *el Digesto* o *Pandectas* y *la Instituta* o Instituciones. El primero de ellos recoge el cuerpo legal, el segundo era la compilación de las sentencias de los juristas (recopilación de jurisprudencia) para la interpretación de las leyes, y por último, *Instituta*, las cuales estaban orientadas a la enseñanza del derecho.

La relevancia de este Código en referencia a la materia que estamos analizando son las múltiples alusiones a que a la voluntad imperial tiene reconocido valor legislativo y, por tanto, eficacia jurídica, independientemente de la forma asumida por dicha disposición.²³

Como evidencia de lo expuesto haremos mención a un par de apartados donde se deja clara la idea de que el emperador dispone tanto de poder legislativo como de poder interpretativo: “Desechadas, pues, estas ridículas dudas, sólo el emperador será justamente reconocido así único legislador, como intérprete de las leyes; sin que por la presente ley, se derogue nada respecto a los autores del antiguo derecho, porque también a ellos les concedió esto la majestad imperial”²⁴, “(...) cuando también los autores del antiguo derecho manifiestan clara y terminantemente, que tienen fuerza de ley las constituciones que emanaron de decreto imperial”²⁵.

En este periodo, como hemos podido desarrollar, el aspecto negativo se materializa en la creación de unas Leyes que conceden un poder absoluto al monarca. Sin embargo, es necesario remarcar que, como aspecto positivo, la ley adquiere un papel fundamental en la

²³ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Rafael, *Las estructuras ideológicas del Código de Justiniano: Anejos de antigüedad y cristianismo*, IV. Murcia, Universidad de Murcia, 1997, p. 137.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ CJ. 1.14.12 pr.: «... quum et veteris iuris conditores, constitutiones, quae ex imperiali decreto processerum, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant».

sociedad al ser de obligado cumplimiento para el pueblo, imponiendo restricciones en la conducta de los ciudadanos, a pesar de que estas no afecten al emperador.

1.3. Edad Media

Tras la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 se inicia la Edad Media. Respecto al final de este periodo hay diferentes opiniones, para algunos finaliza en 1492 con el descubrimiento de América, para otros concluye en 1453 con la caída del Imperio bizantino.

Antes de analizar los aportes de esta época respecto al “rule of law”, es necesario, como hemos hecho en epígrafes anteriores, describir el contexto histórico de la época, la cual duró más de 1000 años, sucediéndose en este periodo un cúmulo de acontecimientos remarcables.

En 1453 no solo se desvanece el Imperio bizantino como hemos mencionado sino que dicha fecha coincide con el fin de la Guerra de los 100 años, la cual en realidad duró 116 años. Este conflicto sucede entre los reinos de Francia e Inglaterra y fue de raíz feudal pues su propósito era resolver quién controlaría las enormes posesiones acumuladas por los reyes ingleses desde 1154 en territorios franceses debido al ascenso al trono inglés de Enrique II Plantagenet. Tuvo implicaciones internacionales y finalmente, tras de numerosos conflictos, se concluye con la retirada inglesa de las tierras francesas.

Como hechos remarcables destacamos que en la Edad Media se sustituye el modelo esclavista, utilizado hasta el momento, por un modelo de servidumbre feudal (el feudalismo), sistema con suma importancia en este periodo por el cambio que ocasiona en la sociedad, en el poder y en la forma de organizar ambos. Así mismo, de modo progresivo se produce la desintegración de las estructuras centralizadas que habían caracterizado al Imperio romano, lo cual ocasiona una dispersión del poder.

Respecto a la ideología y sabiduría se produce una combinación de la cultura clásica con las culturas monoteístas cristiana e islámica y, a pesar de que cada una se ubicaba en su espacio, originarán guerras como las cruzadas: conflictos religiosos que tenían la finalidad de recuperar la conocida como Tierra Santa (Oriente Próximo).

La gran extensión temporal de este periodo motivó a los historiadores a su división en dos grandes etapas para un mejor estudio: la Alta Edad Media (s. V – s. X) y la Baja Edad Media (s. XI – s. XV).

Tratando de presentar la situación general de Europa en dicha época es necesario referirse a la división territorial y cultural que el continente sufría. Por un lado se encuentra en Oriente la historia del Imperio romano de Oriente apodado como el Imperio Bizantino, con la capital en Constantinopla. Es desde esta ciudad donde se cristianizan los pueblos esclavos como los serbios, búlgaros o los rusos.

En el otro lado, se localiza la Europa occidental donde se encuentran los diversos pueblos germanos, bárbaros para los romanos. Poblaciones procedentes del norte de Europa, que fueron descendiendo en sucesivas oleadas (y continuos enfrentamientos) hacia el sur, territorio en el que se asentaron y formaron reinos. Estos pueblos fusionaron con su cultura muchos rasgos de la civilización griega e ibérica, adaptando el derecho romano como principios reguladores y el cristianismo como religión oficial.

Por otra parte en el Oriente, más concretamente en la Meca, en el año 620 surge la figura de Mahoma, que crea una religión monoteísta: el islam. Esta creencia pronto se extendió por toda la península arábiga, siendo la doctrina predominante en dicho territorio. Sus sucesores tomaron el título de califa e iniciaron una expansión territorial conquistando la Península Ibérica tras la batalla de Guadalete en el año 711 y expandiendo su dominio hasta la India.

La llegada de los musulmanes marcó una importancia considerable en la época ya que al situarse en la mitad sur de la cuenca del Mediterráneo dominaban y controlaban el tráfico marítimo, obligando a la Europa occidental a sobrevivir sin dicho comercio, subsistiendo principalmente del cultivo en dispersos espacios rurales durante varios siglos.

En el año 732 tiene lugar la batalla de Poitiers, donde se enfrentan el ejército dirigido por el franco Carlos Martel al ejército musulmán, haciendo retroceder a las fuerzas musulmanas tras la victoria franca.

Es remarcable la figura de su nieto, Carlomagno, el cual transforma los distintos reinos francos en un imperio, el Imperio carolingio. Conquistó la península italiana y fue coronado como “imperator Augustus” por el papa León III el día de Navidad del año 800.

Respecto al tema principal del trabajo, es necesario hacer hincapié en la organización política del citado Imperio. En este la máxima autoridad era el emperador, el cual ejercía su poder ayudado y asesorado por un conjunto de personas de su confianza, la Corte. El poder era ostentado por el Señor, el cual tenía las funciones de legislar, imponer impuestos y administrar justicia. No había, por tanto, un aparato gubernamental, ni un tribunal

unificado.²⁶ Se pasa de un Estado romano basado en el poder central a un Estado basado en vínculos personales (sistema feudal).

El Imperio de Carlomagno finaliza con la creación del Sacro Imperio Romano Germano que durará hasta 1806.

La sociedad de esta época se caracteriza por la división entre los pueblos, a la cual se le suma las constantes guerras, conflictos e invasiones. Esta situación provoca un estado de inseguridad y miedo en la comunidad lo que desemboca en un cierre sobre sí misma. Se crean así pequeñas ciudades rodeadas de muros defensivos que procuran evitar la entrada de bandas. Además, en estos pequeños territorios se subsiste principalmente de la actividad agrícola, del cultivo (autoconsumo), ya que, como hemos destacado, el comercio era escaso debido a la presencia de los musulmanes en las importantes vías de tráfico mercantil y a las constantes amenazas de robo.

Es adecuado destacar que en esta época nacen universidades de destacado renombre como: Bolonia (1088), Oxford (hay evidencias de actividad de enseñanza desde el 1096²⁷), París (1150), Cambridge (1209) o Salamanca (1218). En estas podían cursarse diferentes materias de las cuales destacan derecho, medicina o filosofía, entre otras.

Cabe destacar, por último, en relación a la sociedad, que la mayor parte de la misma era analfabeta, jugando los trovadores y juglares un papel esencial a la hora de transmitir hazañas e historias.

1.3.1. *El feudalismo*

El feudalismo es un sistema de gobierno y de organización económica, social y política propia de la Edad Media, basado en una serie de lazos y obligaciones que vinculaban a vasallos y señores. Como bien señala George Duby, este sistema se caracteriza por unas reglas que

²⁶ TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 17.

²⁷ Introduction and history. Sitio web oficial de la Universidad de Oxford - <https://www.ox.ac.uk/about/organisation/history>- [28.05.2021].

establecen las relaciones de hombre a hombre, regido a través de costumbres no escritas, transmitidas oralmente y sujetas a ceremonias rituales y formalidades²⁸.

Estas relaciones de afinidad llevan aparejadas una serie de obligaciones y compromisos generalmente entre un hombre libre (el vasallo) y otro hombre con goza con una situación superior (el Señor). De esta forma, el vasallo juraba fidelidad a su señor y se comprometía a cumplir determinadas servidumbres y mandatos. Destacan las órdenes conocidas como “auxilium et consilium”, es decir, la asistencia militar y el apoyo político. A cambio, estos recibían control y mando sobre tierras o la población de las mismas.

Además, esta sociedad feudal estaba constituida por los estamentos sociales, los cuales establecían una división jerárquica de la población. Se representaba a través de una pirámide dividida en tres estamentos: el Rey, la nobleza y el clero, y los campesinos y siervos.

Visualizar representación (Anexo 3)

Brevemente nos referiremos a los principales integrantes de estos grupos.

Respecto al Rey, poco más cabe que añadir, se encuentra en lo alto de la pirámide ya que, como hemos destacado con anterioridad, goza de poder absoluto, recogiendo en este las funciones de gobernar, legislar y aplicar justicia, entre otras. Sí es necesario comentar que debido a las invasiones y conflictos a los que los pueblos se veían sometidos, este acabará cediendo poder a los nobles con la finalidad de defender dichos territorios.

El segundo estamento está compuesto por la nobleza y el clero. La nobleza, así mismo se dividía en alta nobleza y baja nobleza. Al primer grupo pertenecen los duques, marqueses y condes, los cuales adquieren esa condición gracias a títulos nobiliarios o similares. Al segundo pertenecen barones, caballeros, etc.

La misma distinción se hace respecto al clero (representación de la Iglesia), en la cual se distingue alto y bajo clero. La diferencia entre ambos se origina en base a la procedencia ya que en el escalafón más alto se encuentra los derivados de las familias reales y altas noblezas,

²⁸ DUBY, Georges, *Hombres y estructuras de la Edad Media*. Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 1978, p. 24.

en contraposición al bajo clero, compuesto por individuos procedentes de campesinos y artesanos.

En el último estamento tenemos a los campesinos y los siervos, estos grupos representan a la mayoría de la población medieval. Se caracterizaban por los escasos derechos que poseían, a pesar de que los campesinos se encontraban en una situación más favorable respecto a los siervos ya que estos últimos no tenían la libertad de abandonar el feudo, estaban ligados al mismo.

Cabe por último destacar que el movimiento de los individuos entre estamentos era prácticamente imposible ya que era una sociedad muy estática.

1.3.2. *La religión en la Edad Media*²⁹

La Edad Media fue una de las épocas más importantes en la historia del cristianismo. En esta etapa se convierte en la religión oficial del Imperio y se consolida como el dogma mayoritario en Europa, a pesar de que convivía con otros credos como el judaísmo y el islam.

La Iglesia es una Institución poderosa la cual consigue alcanzar una posición privilegiada en relación a los estamentos sociales del sistema feudal. Esta situación de superioridad se obtiene principalmente por la influencia de la fe en la sociedad, pero también influyen las grandes propiedades y riquezas con las que contaba la Iglesia. Cabe destacar que su dominio no solo comprendía propiedades o terrenos sino que se amplía a la esfera intelectual ya que frente a la ignorancia y analfabetismo de la mayor parte de la población, el clero se caracterizaba por ser un grupo culto y con acceso a la enseñanza y a la educación. Además, esta posición se veía reforzada por el trabajo realizado en los monasterios, propiedades del conjunto religioso en los cuales la comunidad cristiana se dedicaba a la conservación y copia de manuscritos, así como a la guardia y difusión de la cultura y la educación. Así mismo, en los Monasterios se desarrollaban actividades ordinarias de las congregaciones como rezos, prácticas de la vida cotidiana, labores agrícolas...

En cuando al poder funcional de la misma, inicialmente el clero estaba privado de toda independencia. En efecto, la total elección y designación de los integrantes de la comunidad cristiana, entre los que se halla la figura del Papa, correspondía a los Señores. Como es

²⁹ Vid. MITRE FERNÁNDEZ, Emilio, *Iglesia y vida religiosa en la Edad Media*, Madrid, Istmo, 1991.

evidente la selección por parte de los Reyes se fundamentaba principalmente en el interés propio, basándose en el beneficio que estos altos cargos con influencia en la sociedad podían ocasionar en su reinado.

Sin embargo, este modo de proceder acabó por agotarse debido a diversos motivos, y a pesar de que la causa principal de la desaparición se debe a las reformas religiosas, otros elementos influyeron en el fin de este sistema. Una de las causas fundamentales es el incremento de vicios considerados pecados capitales como la avaricia o la lujuria, los cuales tenía su representación a través de las prácticas de la simonía y el nicolaísmo. Esta inmoralidad se debía a que en los nombramientos era usual que se eligiese a gente sin vocación, incluso a gente laica ya que, como hemos destacado, el propósito no era constituir una organización devota sino sujeta y vinculada al poder señorial.

Como ejemplo representativo de este suceso cabe destacar la habitualidad de que los Papas mantuviesen su título únicamente un par de años o menos, siendo diversos los casos en los que su cargo se reduce a días.

Anteriormente nos hemos referido a unas reformas religiosas, las cuales originan un cambio significativo en la organización y posición de la Iglesia. Estas transformaciones son la reforma cluniacense y la reforma llevada a cabo por Nicolás II.

Siguiendo el orden cronológico de los sucesos comenzaremos con la primera. La Orden de Cluny surge en el año 909 a.C. y se caracteriza del resto de órdenes establecidas hasta el momento por ser autónoma, esto es, que no depende de los Señores en cuanto al nombramiento de los miembros, sino que, por ejemplo, la figura del Papa es designada por los propios obispos, conocedores de la situación y necesidades de la congregación, eligiendo por tanto al mejor representante del cristianismo y sin fundamentarse en intereses propios.

Esta representación de libertad y autogobierno pronto se expandió por toda Europa, dando lugar a diferentes órdenes que siguieron el sistema detallado.

La siguiente modificación significativa se produce con la elección de Nicolás II como Papa en 1059. Esta elección fue realizada por cardenales disidentes, a diferencia de su predecesor, Esteban IX, el cual no fue consagrado como Papa hasta que el emperador aprobó su elección.

El mismo año que es coronado como pontífice convoca un sínodo con la finalidad de adoptar diferentes medidas en relación con asuntos eclesiásticos. Entre las decisiones tomadas destaca la reforma de la elección papal. Lo que se procura con este cambio es eliminar de

forma total y definitiva el papel del Emperador en la selección de los altos representantes de la Iglesia., siguiendo la senda de la Orden de Cluny.

Se acuerda, por tanto, que la proposición, así como las aceptación o rechazo, corresponde al Colegio cardenalicio, también conocido como Sacro Colegio.

Este mandato marca una diferencia en el poder respecto a la forma de obrar hasta el momento ya que los Señores pierden derechos y la Iglesia gana independencia y poderío.

El Colegio elige como Papa sucesor de Nicolás II a Alejandro II (1061-1063), sin contar con la aceptación del emperador. Como es de esperar, la decisión no fue bien acogida por Enrique IV, rey del Sacro Imperio en ese momento, el cual nombró un antipapa, Honorio II.

Pero sin duda, la cúspide de este conflicto se manifiesta cuando Gregorio VII, sucesor de Nicolás II, excomulga a Enrique IV. Además la medida no sólo se aplica al emperador, sino que impone dicha pena a todos los que invistieran al Papado por simple interés, así como para los que cometiesen el pecado de la simonía.

La excomunión consistía en la expulsión de la Iglesia de todo aquél que no obedeciese las órdenes de la misma. El excomulgado no podía recibir sacramentos, y quedaba fuera de la ley divina³⁰.

Cabe destacar que la excomunión era una medida con gran trascendencia en la época, incluso era considerado uno de los peores castigos de la Edad Media. Su alcance se manifestaba tanto en la pérdida de poder por parte del excomulgado, como en la reputación y prestigio del mismo en el pensamiento del pueblo. Es digno mencionar que la Iglesia en esta época tenía gran poder de influencia en la sociedad, y sus decisiones influían en el juicio y percepción de la colectividad.

Toda esta disputa entre la Iglesia y los emperadores por la proclamación y elección del Papado es conocida con el nombre de “querrela de las investiduras”, conflicto que finaliza con el Concordato de Worms (1122). Con la firma de este convenio se acuerda finalmente que la investidura papal correspondería al poder eclesiástico.

³⁰ La Iglesia en la Edad Media, 2020. Recuperado de Historia Universal. <https://mihistoriauniversal.com/edad-media/la-iglesia-en-la-edad-media>.

Esta narración tiene gran importancia en la materia principal del trabajo porque se pone de manifiesto la importancia de la Iglesia no sólo a nivel de influencia en la sociedad, sino también como manifestación de límite al poder del emperador.

Es remarcable que esta supremacía de la Iglesia respecto a los gobernantes se exterioriza con la consagración real, ceremonia en la cual la Iglesia otorga al soberano parte del poder de la misma al dotarlo de carácter sagrado, es decir, le concede una posición superior, distinguiéndolo del resto. A cambio el Rey se compromete a defender las leyes eclesiásticas y acata la idea de que es el guardián de la ley en la comunidad³¹, entendida esta ley como representación de la justicia cristiana.

1.3.3. *La Carta Magna*

En 1214, el rey inglés Juan I de Inglaterra, también conocido como Juan Sin Tierra, perdió la guerra contra el monarca francés del momento, Felipe II de Francia, “el Augusto”. La derrota no solo tiene consecuencias a nivel territorial, con la pérdida del Ducado de Normandía y una parte de Aquitania, sino que su resultado también se hace patente a nivel económico ya que deja a su reino en una difícil situación debido al coste que la guerra había provocado.

Juan I, con la finalidad de paliar ese estado de necesidad impuso elevados impuestos a los barones que no habían apoyado su campaña bélica, procurando así llenar las arcas reales. Sin embargo, estas medidas no fueron bien aceptadas por el pueblo, el cual se rebeló, consiguiendo conquistar Londres en el año 1215. Este hecho puso de manifiesto la derrota de la impopular orden del rey, el cual se vio obligado a negociar un nuevo acuerdo en Runnymede.

Este pacto fue redactado inicialmente por el arzobispo de Cabterbury, Stephen Lagton, y se conocería con el nombre de la Carta Magna. Una primera versión se escribe con un objetivo claro: hacer las paces entre el rey y los barones sublevados. En cambio, en la redacción definitiva, la esfera de aplicación se vio ampliada, afirmando que protegía a todos los hombres

³¹ TAMANAHA, Brian Z. *On the rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 22.

libres de la época (lo cual era una minoría). No obstante, con el paso del tiempo su dimensión se extiende, incluyendo a todos los ciudadanos.

Este acuerdo garantizaba una serie de libertades fundamentales e imponía límites al poder absoluto del monarca, de ahí su nombre “Magna carta Libertatum”, del latín medieval que significa “Gran carta de las Libertades”.

El 15 de junio de 1215 se aprueba la Carta, y el día 19 de ese mismo mes el documento recibe el sello real, ordenando que fuera de aplicación en todas partes y a lo largo de los años. Supone esto que no sólo será de aplicación para el Rey Juan I, sino que sus herederos verán su poder limitado por la sujeción a la misma.

El documento aseguraba la protección de los derechos eclesiásticos mencionando que “la Iglesia de Inglaterra será libre y gozará inviolablemente de todos sus derechos y libertades”. Así mismo, consolida la protección de los barones ante la detención ilegal y la necesidad de un debido proceso previo, del mismo modo garantiza el acceso a la justicia inmediata y limita las tarifas feudales a favor de la Corona, estableciendo que no podrían imponerse tasas feudales sin el consentimiento mayoritario del reino.

Para su cumplimiento se crea un Consejo formado por veinticinco barones del reino elegidos a su vez por nobles. Este grupo reducido tendrán la función de procurar la paz haciendo cumplir las libertades que el acuerdo concedía.

La Carta Magna está considerada como la piedra fundacional de la libertad, dando origen al modelo jurídico inglés del *rule of law* y a la monarquía constitucional. Se podrían decir por tanto que, es el punto de partida en cuando al entendimiento actual del sistema de *rule of law* ya que hasta ese momento el gobierno estaba resumido en reyes y reinas que gobernaban en base a la fuerza de las armas y a los dones dados por Dios.

El acuerdo se modificó a lo largo de los años y el primer cambio fue introducido por Enrique III en 1215. Este realizó una nueva promulgación de la Carta porque el Papa Inocencia III la había anulado el mismo año que se creó, derogación que daría inicio a la primera guerra de los Barones (1215-1217).

La transcendencia del acuerdo se eleva a toda Europa dando origen incluso conceptos universales presentes en los días actuales, como el derecho a unas garantías procesales o el sometimiento a la ley. También cabe destacar que este pacto sería fuente de inspiración para los colonos norteamericanos en su lucha por la independencia, influenciando a la Constitución de los Estados Unidos.

La Carta Magna es el primer documento en el cual los Monarcas aceptan su sometimiento a la ley, reconociendo la igualdad de los ciudadanos ante la misma, así como el derecho a un juicio con jurado. Este acuerdo introduce un nuevo modelo de autoridad, motivando una comprensión diferente respecto a la forma de relación entre los monarcas y el pueblo.

1.3.4. *La filosofía de Aquino* ³²

Tomás de Aquino (1225-1274) fue uno de los filósofos y teólogos de mayor importancia en relación con la materia eclesiástica. Influenciado enormemente por la filosofía de Aristóteles centra su pensamiento principalmente en el cristianismo, la fe y la ley, clasificando a esta última en tres tipos: ley divina, ley humana y ley natural.

Hasta el momento hemos citado diferentes aportes históricos al concepto del “rule of law”, pero sin duda, la filosofía de Santo Tomás de Aquino es una de las mayores contribuciones a este sistema, el cual más tarde se desenvolvería en el liberalismo.

Se tiene la idea de que la base principal del *rule of law* se desarrolla en el movimiento liberal de la Edad Moderna, pero lo cierto es que la raíz fundamental se encuentra en la filosofía jurídica y política de la Edad Media, destacando el pensamiento de Tomás de Aquino, el cual preparó el terreno para un mayor desarrollo posterior. Las ideas del autor no sólo reflexionan sobre la concepción de la justicia y la razón del ser humano sino que dan vida a un contexto que guarda gran relación con la situación actual. Es por eso, por lo que nos centraremos en la filosofía de este autor de forma más extensa y detallada, ya que el aporte del mismo tiene un grandioso valor.

El concepto actual de *rule of law* se inició en sociedades no liberales, consolidándose la idea a lo largo del tiempo en referencia al *Common law*. En el sentido anglosajón, el elemento fundador del concepto es la búsqueda del control normativo respecto al poder, con la finalidad de proteger la libertad de las personas, así como sus derechos fundamentales.

Esta base se concreta en dos tendencias: el *iusnaturalismo* y en la tradición del liberalismo.

³² Vid. VIOLA, Francesco, “*Ley humana, rule of law y ética de la virtud en Tomás de Aquino*”, Revista RYD República y Derecho, Vol. II, 2017, pp. 1-59.

El *iusnaturalismo*, ya defendido por Cicerón en la época romana, consiste en la defensa y protección de los derechos mínimos a través de la creación de la ley positiva. Esta se encuentra vinculada a la moral y raciocinio del ser humano pero, como desarrollaremos a lo largo del capítulo, la razón tanto del juez a la hora de aplicar el derecho como la del legislador cuando crea la ley se encuentra influenciada por las costumbres y las tradiciones de la época, así como por las pasiones y sentimientos, actos discrecionales que deben ser eliminados, según el pensamiento de Aquino. Además, en esta creación del derecho se defienden unos requisitos formales, con la intencionalidad de crear una seguridad jurídica, evitando la arbitrariedad en la producción legislativa.

Cabe remarcar que ya Aquino hacía referencia a las garantías procesales presentes en los días actuales, entre ellas, la imparcialidad y la objetividad, ambas con la finalidad de que la ley sea aplicada a todos por igual, basándose en la idea de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

El *rule of law* (interpretado como Gobierno del derecho o Gobierno de la ley) no se entiende solo como un límite al poder, sino que de forma indiscutible lleva asociado unas consecuencias para la colectividad, en la cual destaca un aspecto positivo y otro negativo. Respecto al primero tenemos la defensa de unos derechos básicos, los derechos fundamentales. El segundo tiene su representación en el condicionamiento de la libertad humana, las relaciones son gobernadas por la ley. Pero no debemos de pensar que la limitación se aplica sólo a las relaciones sociales, sino que la ley se encuentra en todo tipo de relación que tenga un efecto en el interés común, como por ejemplo, la producción legislativa o la actuación del gobierno.

Aquino defendía que estas restricciones no se basaban en un razonamiento discrecional, sino que su origen se encontraba en la razón humana, incluso algunos autores posteriores llegan a considerar al filósofo un defensor del liberalismo perfeccionista en sus obras, idea que tendrá su apogeo con el transcurso de los años.

Los elementos principales del pensamiento del autor en definitiva son: el concepto y clasificación de la ley, el objetivo de la misma (el bien común), la justicia, la razón y los elementos del sistema de *rule of law* (generalidad y practicabilidad). A lo largo del epígrafe los analizaremos uno por uno.

Una de las reflexiones más importantes en la obra del filósofo es la diferencia entre ley natural, ley divina y ley positiva. La ley divina es aquella que procede de Dios. La ley positiva

proviene de una autoridad humana, resulta de la conciencia y de la razón del humano, juicio que se condiciona por la realidad social y la costumbre, y procura un fin: el bien común.

De este modo, la primera diferencia entre ambas no sólo es la procedencia, sino también el objetivo. A pesar de que las dos procuran una convivencia armoniosa y se basan en la razón, no pueden ser equiparables ya que el razonamiento divino no está condicionado por las costumbres y tradiciones, como sí lo está la razón humana, base de la ley positiva. “La validez de la razón humana, que fundamentalmente está sana en cuanto que es imagen y reflejo de Dios”³³.

Por último, la ley natural era entendida como un elemento que defiende la existencia de un conjunto de derechos fundamentales y universales, inherentes al ser humano, con los cuales el individuo nace. Son el alma de la ley positiva, ya que la producción legislativa de esta se ve condicionado por la presencia de dichos derechos humanos.

¿Cuál es el concepto y objetivo de la ley?

El concepto de ley para Aquino reside en dos elementos principales: una función reguladora y normativa de la razón, y una función orientadora de la acción colectiva, procurando un comportamiento social determinado. “La verdad de la justicia lo es en cuanto que el hombre cumple lo que la ley ordena con respecto a la relación entre los hombres”³⁴.

La base del sistema anglosajón del *rule of law*, es que la ley busca el bien común, pero en realidad no es tan sencillo ya que este término se encuentra ligado a otros conceptos como la justicia, la razón, el interés individual y colectivo y la costumbre.

Para Aquino el bien común reside en el objetivo de una convivencia armoniosa, pero al mismo tiempo afirma que la ley tiene otra finalidad, la de guiar, dirigir y coordinar las acciones sociales de los sujetos libres y razonables.

El bien común se puede entender como el conjunto de los derechos individuales. Pero no todos los intereses individuales procuran lo mismo que el interés común. Los intereses privados de una persona se verán más perjudicados conforme su actitud más se aleje de la finalidad colectiva que la ley defiende, es decir, la ley trata de conducir a la gente hacia el bien, alejándolos del mal, y para ello utiliza la fuerza y el temor a través de las sanciones o penas.

³³ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, q.1.

³⁴ *Ibíd*, C.16, a.5

Por lo que, quienes actúan en base a la razón y justicia necesitan una menor disciplina, y por tanto, sus comportamientos no se verán muy modificados por la ley.

La ley positiva, como hemos dicho anteriormente, tiene su base en el razonamiento humano, es el propio hombre quien legisla con la finalidad de ordenar y guiar el comportamiento de otro hombre, y establece para este una forma de conducta. Este fin se consigue a través de la amenaza con la sanción.

Bajo la procura del bienestar común se esconde el propósito de apartar al individuo de los vicios. Pero la consecución de este fin está vinculado a la discrecionalidad de la virtud humana. ¿Se podría por tanto equiparar la ley positiva a las leyes morales? Porque parece que tratan de condicionar la ética y los valores morales de los individuos.

Cierto es que ambos conceptos se encuentra interrelacionados, sin embargo, no son equiparables ya que la ley positiva busca una acción concreta, pero no juzga la ética detrás del comportamiento, es decir, las razones que nos llevan a actuar de esa manera.

Aquino deja claro que la ley se trata de una tarea social, la cual procura un comportamiento colectivo similar por parte de los individuos, pero no clasifica las acciones en buenas o malas, sino que solo procura acciones comunes (“representa un criterio básico para orientar el comportamiento del hombre”³⁵). El autor considera que la educación depende de la familia y que la ley sólo debe condicionar el comportamiento social, es decir, las relaciones, procurando que las acciones individuales no ocasionen daños al prójimo.

Una vez entendida la ley como una guía de la acción humana, es necesario vincularla a la idea de la cultura jurídica y el contexto histórico de la época. La ley se ve condicionada por multitud de aspectos, y todos ellos se centran en un fin común, el bien colectivo (unión de derechos individuales y grupales). Pero, ¿cuál es la extensión del bien común?

La idea de bien común tiene diferentes aspectos, por un lado tiende a entrever a la colectividad como un todo, y por tanto se incluyen los aspectos de la vida pública, dejando fuera de su ámbito de competencia la esfera privada, ya que no tienen una relevancia en las relaciones comunes. Lo que se procura es una vida social pacífica, ordenada y armoniosa, tratando de prevenir o evitar el daño de unos a otros. Y cuando nos referimos a esfera pública se aplica a todos los campos de esta, es decir, materias civiles, penales, obligaciones, derechos...

³⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, C. 48, a.1.

El pensamiento del filósofo defiende que la ley no solo debe adaptarse a la razón sino también a la sociedad y por ende a las costumbres y prácticas de la misma. Si la norma consigue adecuarse a la tradición y a los hábitos, su cumplimiento será mucho más sencillo y asequible para la comunidad. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla, ya que a la costumbre se unen otros problemas como la evolución constante de la sociedad, así como la modificación de los comportamientos y la forma de relacionarse a lo largo del tiempo.

La ley debe ser entendida como una medida que siga ciertas formalidades y que cree un sistema con una congruencia común, pero además debe ser firme y constante, es decir, debe reflejar una estabilidad y durabilidad a lo largo del tiempo. Esta intención de perdurar tiene que estar vinculada simultáneamente a la capacidad de adaptación, ya que su modificación constante ocasiona una dificultad en su cumplimiento. Pero, así mismo, la ley está pensada para ser aplicada a diferentes generaciones, las cuales tendrán unos pensamientos y planes de futuro diversos. Ahí reside la importancia de la ley de lograr adaptarse a la realidad del pueblo a medida que este evoluciona, procurando siempre el bien común de los ciudadanos. Y es que, es indiscutible que, cuanto mejor se adapte a la realidad social, más fácil será su cumplimiento para los ciudadanos y, por ende, más factible será la consecución de una convivencia armoniosa.

Al fin y al cabo, lo que se procura es una sociedad que tenga una cohesión, lo cual se consigue a través de unas creencias morales similares o iguales, lo que se podría interpretar como una tarea social. Y es aquí donde toma importancia la costumbre, y la necesidad de adaptar la ley a sus tiempos y a la realidad del momento ya que la norma se tiene que percibir como una ayuda al hombre para encontrar y seguir la ley moral propia, pero no para imponerla.

La costumbre no sólo se trata de una repetición de comportamiento que crea una habitualidad en la colectividad, sino que también se manifiesta en la conciencia colectiva, por ejemplo, con la interpretación de lo bueno y lo malo o de lo justo e injusto. Esta sociedad, en base a la habitualidad, perseguirá lo que consideran bueno, dejando patente su ética, por lo que se entiende como la representación del poder legislativo del pueblo. En la época de Aquino estaba más adaptado el derecho consuetudinario que el sistema legislativo.

Es necesario destacar que la ley debe ser factible y efectiva. De este modo, la forma más sencilla de legislar es adaptando la costumbre a la norma, de forma que no sea necesario un gran cambio en la manera social de actuar para ajustarse a la misma, siendo así más sencillo su cumplimiento y adecuación. De manera general, se procura integrar la costumbre a la ley, sustituyendo una por la otra. Esto lleva implícito una valoración más significativa de la

costumbre ya que se impone su respeto y cumplimiento. Sin embargo, esto no siempre ocurre, ya que las costumbres en ocasiones no cumplen los derechos básicos que el sistema del *rule of law* defiende y protege, de forma que legislar la misma se vuelve imposible. En estos casos es necesario corregir la costumbre y dotar a la ley de un carácter pedagógico donde se procura modificar el comportamiento social, dificultando por tanto su obediencia, y siendo más gravosa para la sociedad. Pero este costo debe ser compensado con un beneficio visible común, es decir, una utilidad o ventaja para hacer efectiva su aplicación.

Aquino otorga a la costumbre una importancia fundamental, llegando a llamarla “la costumbre del país” y concediéndole incluso un valor constitucional. Asocia esta forma de obrar a la identidad nacional, reflejo de la cultura de la sociedad y lo considera el modo de actuar que de la misma, es decir, una conducta que el colectivo seguirá de forma consciente y libre, y es por eso por lo que considera que no debe ser modificada por la ley en medida de lo posible.

¿Qué es la justicia?

Aquino defiende un sistema donde la justicia tiene el papel fundamental, es un elemento esencial en el concepto del “rule of law”, tiene su justificación en la persecución del interés colectivo, del bien común.

Respecto a la justicia, para Aquino se encuentra influenciada por gran cantidad de factores, como por ejemplo, el régimen político, la costumbre, las circunstancias históricas y culturales... o incluso, desde la perspectiva del autor, por la ley divina y la ley natural.

Es imposible no asociar el concepto de justicia al de igual, sin embargo, Aquino considera que la igualdad es una obviedad: frente a ley natural todos somos iguales. Pero la justicia no significa que a todos se les apliquen las mismas leyes, sino que a una situación igual se aplica la misma ley. Introduce así el concepto de desigualdad material, las cargas se distribuyen de modo desigual con el propósito de igualar a la sociedad, y siempre sin perder de vista que el motivo es la consecución del bien común. Es decir, lo que se defiende es que no todos los individuos que componen la sociedad se encuentran en las mismas condiciones, sino que las personas atienden a situaciones desiguales, y ante esas condiciones la ley debe actuar y tratar esa realidad de forma diversa. Se refiere, por tanto, al principio jurídico actual de la igualdad ante la ley, derecho constitucional donde se reconoce un trato jurídico desigual con la finalidad de hacer frente a las desigualdades sociales, a lo que Aquino llama practicabilidad.

La practicabilidad de ley consiste en la capacidad de adaptación de la ley a las diferentes situaciones y posibilidades individuales, diferenciando estas desigualdades en base a dos parámetros: el carácter natural y el carácter cultural.

El carácter natural se basa en las diferencias entre individuos donde no hay una intervención del hombre, ocurren siempre y a todos, es decir, es universal e innato a la persona. Por ejemplo, no se puede procurar la misma conducta o acción de un adulto que de un niño, y por tanto, las cargas que van a tener que soportar son diversas, se manifiesta una desigualdad.

El carácter cultural, por el contrario, hace referencia al contexto particular de los individuos y de la sociedad, debido a los diversos enfoques culturales, así como en base a las características y capacidades personales.

Otro de los elementos que Aquino defiende junto a la practicabilidad es la generalidad de la ley. Este pensamiento rompe con la filosofía que hasta el momento se había defendido. Por ejemplo, Aristóteles defendía que la ley estaba destinada a resolver casos particulares, no podía ser general porque para el autor cada caso tiene sus particularidades. Estos elementos individuales de cada situación deben ser analizados por el juez, y este, de forma discrecional, emitirá una sentencia, confiando en la capacidad del mismo para lograr la situación más justa. Sin embargo, para Aquino, esta situación es una utopía, ya que los jueces, al igual que todos los individuos, están sujetos a pasiones, sentimientos y emociones que provocan un trato desigualitario en base a los acontecimientos y actitudes de las partes.

Para el autor es necesario reconocer que las cosas tienen una pluralidad de elementos comunes, lo cual nos permite organizarlas en géneros o grupos. Defiende así la generalidad de la ley, porque es imposible crear una regulación para cada acto individual pero a su vez es necesario dejar clara la pauta de actuación al juez para que su capacidad discrecional se vea delimitada por la ley.

La universalidad de Aquino es una característica presente en el concepto actual, y se entiende como una aplicación imparcial de la ley respecto a un colectivo, en este caso la sociedad. Se trata, por tanto, de dissociar el componente emocional de la aplicación de la ley, basando las decisiones de los jueces en el uso de la razón y adaptándolo a la naturaleza del suceso, pero abandonando el componente pasional. De esta forma, la instauración de la ley no sólo tiene como objetivo la limitación del poder del Gobierno sino que se le asocia la procura de la correcta actuación del juez, limitando su discrecionalidad, y tratando que sus emociones no afecten a sus acciones, no las condiciones.

“Sobre todo habrá de ocurrir que las leyes bien establecidas determinen ellas mismas todo cuanto sea posible y dejen al juez lo menos posible; sobre todo porque es más fácil encontrar uno o pocos que no mucho hombres bien pensantes y capaces de legislar y juzgar (...)”³⁶

Sin embargo, el elemento valorativo no puede ser eliminado por completo de la concepción del *rule of law* ya que seguirá presente, por ejemplo, en el concepto de justicia o en los límites a la libertades, las cuales pueden ver su dimensión reducida o ampliada en base a los intereses colectivos que se busquen.

Ya hemos mencionado que la creación de la ley positiva se realizaba por series racionales, conscientes y libres, pero no se entiende la misma como un mandato discrecional y arbitrario de un dictador en base a sus intereses propios sino que el fin es el bienestar común, justificado sobre la razón humana y la justicia (concepción sustancial de la ley).

La autoridad política o legislativa se podría equiparar a una autoridad paternal pero sin entrar en la esfera de este, es decir, el fin de ley como hemos remarcado es conseguir un comportamiento social formando seres racionales, conscientes y libres, lo cual depende de la educación y la moral individual, ámbitos exentos de la aplicación de la ley.

Realmente, como ya hemos remarcado, la producción legislativa se basa principalmente en la justicia y en la razón humana, y el fin que se procura conseguir es el del bienestar colectivo. Esta comodidad protege las libertades individuales de los individuos, limitado a su vez las acciones de los mismos para que las actuaciones particulares de unos no creen perjuicios en la vida de otros. ¿Afecta entonces la producción legislativa a la autonomía moral de la personas?

La autonomía moral se podrá considerar el pensamiento que separa los bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo cual se basa en las connotaciones morales y subjetivas de cada individuo. La legislación procura que todo individuo actúe justamente, considerando que la mayoría de los individuos lo hace de manera habitual, sin necesidad de pautas y en base a la razón humana, es decir, defienden que el raciocinio humano siempre nos lleva a realizar actos justos, pero la realidad es muy diferente. Cada sujeto se desarrolla y vive en unas circunstancias diferentes la cuales provocan formas de vivir desiguales y por tanto juicios sociales diferente. Es por eso por la importancia de la defensa de la igualdad de la ley respecto

³⁶ ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1354 a–b.

a situaciones diferentes con la intencionalidad de equilibrar las cargas y los derechos, ya que según Aquino, la felicidad es inalcanzables en una sociedad injusta.

La justicia para el filósofo se medía en base a los actos que realizamos, no en los valores morales interiores que nos llevan a tomar las decisiones. Volvemos al objetivo de la ley de crear un comportamiento común, sin importar los pensamientos, ya que es posible realizar algo justo actuando desde un pensamiento no ético, “no será por esto un hombre justo, pero el acto cumplido será justo”.³⁷

Por lo que, la ley teóricamente, sólo trata de modificar la conducta humana, dejando a un lado el valor moral y sin hacer condicionar el juicio ético, pero ¿es eso realmente cierto? La norma ciertamente procura enseñar una buena moral y una ética a los ciudadanos, y es que es muy difícil alejar las connotaciones éticas de la ley ya la justicia y el entendimiento de la misma parte de un discurso social y de unas convicciones éticas que siempre están presentes, a pesar de que se persiga únicamente un orden jurídico.

Nunca se debe de olvidar que las leyes son creadas por hombres, son individuos los que delimitan y deliberan sobre lo justo, apoyándose ciertamente en la realidad y el contexto del momento, así como de las relaciones sociales. Pero en este proceso se produce una reflexión, análisis y meditación previa que concluye con una trasposición legislativa que busca un tratamiento equitativo.

Por lo que sí, es posible disociar la justicia y la autonomía moral, porque como hemos mencionado antes, la ley se centra exclusivamente en la acción exterior, sin limitar el razonamiento que nos lleva a actuar de ese modo, quedando los ideales propios y la consciencia personal reservados a la esfera privada. La ley positiva, de forma simple, procura el respeto de unos trazos mínimos para lograr una coordinación social y restringe únicamente las acciones exteriores que afectan a las relaciones colectivas, todo ello con el fin de que se respeten unos derechos básicos, la dignidad humana.

Sin embargo, no se puede negar que la ley busca educar en una buena moral y ética a los ciudadanos, es decir, condicionar la actuación del ciudadano hacia lo que la autoridad considera justo y en base al contexto social del momento, es decir, es posible que a través de

³⁷ VIOLA, Francesco, “*Ley humana, rule of law y ética de la virtud en Tomás de Aquino*”, Revista RYD República y Derecho, Vol. II, 2017, pp. 1-59.

la procura de una acción determinada se pueda llegar a modificar el juicio propio, ya que para alcanzar esa actuación existen medios de castigo.

Por último remarcar que la importancia de la ley no sólo se caracteriza por su fin, sino que los medios a través de los cuales se adoptan tienen una relevancia significativa. Ya hemos mencionado anteriormente que nunca debemos de olvidar que la ley la crea el hombre racional, libre, razonable y responsable, según defiende Aquino. Esas características se reflejarán, así mismo, en las personas que formen la organización del Gobierno. Este desarrollará su política no sólo persiguiendo el fin que se establece en función de la sociedad y el contexto, sino también amoldándose a los medios y formalismos de la ley, los cuales podrían ser interpretados de múltiples maneras para adaptarlos a la realidad del momento y conseguir que las normas evolucionen al mismo ritmo que lo hace la sociedad.

En conclusión podemos decir que Aquino sienta las bases del concepto del *rule of law* al declarar primeramente que los hombre nacen con un contenido mínimo de derechos naturales, los cuales este sistema trata de defender a través de la defensa del bien común. Así mismo, deja patente la idea de que la sociedad es el conjunto de individuos desiguales, debido a sus situaciones sociales y personales, y la función de la ley es condicionar la conducta colectiva para crear una igualdad, partiendo se la base de que la colectividad está formada por hombres racionales, conscientes y libres.

2. EL PENSAMIENTO LIBERAL

Durante el Antiguo Régimen Europa se encontraba sumida en una gran oscuridad hasta que una serie de ideas revolucionarias comenzaron a alumbrar a aquellos que durante tantos siglos habían vivido bajo el absolutismo y bajo férrea sociedad estamental. Los originarios de estas ideas son los llamados ilustrados y son aquellos que llevaron la luz no sólo a Europa sino al mundo entero. Sus pensamientos se difundieron a nivel mundial de manera veloz, logrando no solo un cambio en la mentalidad colectiva, sino que el movimiento de la Ilustración consiguió transformar el sistema cultural, político y social de la época.³⁸

Kant llega a definir la Ilustración como la salida del hombre de la minoría de edad ya que hasta el surgimiento del movimiento la sociedad vivía bajo el mando de un rey absolutista. Sin embargo, el surgimiento de las ideas que tienen como objetivo renovar las viejas estructuras del Antiguo Régimen, logran que el individuo empiece a ser considerado como un ser libre capaz de pensar y razonar por él mismo.

La característica del pensamiento propio puede llegar a ser la idea más fundamental del movimiento ya que dota a la persona de uso de razón, entendiéndose como el único medio para lograr la verdad frente a la ignorancia. Es un método que procura llegar a la verdad absoluta a través de la reflexión y el raciocinio, fórmula muy dispar a la que se defendía hasta el momento la cual se basaba en la superstición y viejas tradiciones que no podían ser cuestionadas. El hombre es considerado un ser libre para actuar y pensar como su razón le dicte o como al mismo le convenga.

El movimiento se ve completado con la defensa de dos principios políticos: la soberanía nacional y la división de poderes. Cabe recordar que hasta el momento todo el dominio recaía en una sola persona, conocido como poder absolutista o dictatorial. Sin embargo, con la Ilustración llega la defensa de la división del poder en legislativo, ejecutivo y judicial, siendo cada uno de ellos regido por una autoridad diferente.

Se procura crear un sistema político más justo, o al menos esa es la intención detrás de la transformación, persiguiendo la consolidación de la libertad y la igualdad de todos los ciudadanos, ideas procuradas por el liberalismo

³⁸ Vid. ELORZA, Antonio, *Ilustración y liberalismo en España*, Madrid, Tecnos, 2021.

El liberalismo es una filosofía moral, política y jurídica que defiende la libertad, la igualdad ante la ley y una reducción del poder del Estado. Es decir, procura remplazar las normas de privilegios hereditarios, la monarquía absoluta, el derecho divino de los reyes y el conservadurismo tradicional por una democracia representativa y el *rule of law*. Su base reside en las ideas de libertad, individualidad y ley para moldear la vida social en todos sus aspectos, desde lo político y lo económico hasta lo cultural.

Ahora bien, a pesar de que en los días actuales el concepto de libertad universal parece ser una noción clara, la idea que tenemos hoy de libertad surgió en el siglo XV a partir de la construcción de la Modernidad, que en su momento también supuso un cambio en la visión del mundo, ya que en ese momento se empieza a formar el pensamiento de que lo divino no ocupaba el centro del mundo sino que los seres humanos tienen capacidad intelectual y creadora, pudiendo por tanto tomar el papel principal de su vida. Este razonamiento se mantendría a lo largo del Renacimiento, la reforma luterana y la Ilustración, donde tendría su apogeo al verse favorecido por el surgimiento de ideas compatibles.

La Ilustración entendía al individuo como una fuerza creadora, la cual a través de su razón y su capacidad de decisión podía forjar su propio destino. Se asume por tanto que la naturaleza del individuo era alcanzar la felicidad por su mismo. De esta forma su intelecto y su voluntad era suficientes para transformar el mundo y alcanzar sus propias metas. Pero esta idea sólo era posible si se poseía la libertad, entendida como la capacidad de ejercer la voluntad personal sin límites.

Sin embargo, esta comprensión no sería bien acogida por los gobernadores, causando problemas en el territorio político ya que si se reconoce que las personas debían de ser libres por completo, ¿cuál era el papel del Rey?

Como hemos mencionado anteriormente, hasta este momento el poder se concentraba en los reyes y en la Iglesia, basándose estos en el privilegio divino y en la sumisión. La procura de nuevos derecho crea conflictos entre gobernantes y gobernados pues esta idea de que los individuos podían ser libres se contraponía a la opresión hasta el momento sufrida.

En 1688 estalla en Inglaterra la Revolución gloriosa, movimiento político originado por un conflicto sobre la libertad religiosa y que acabó con la derrota del rey Jacobo II. La consecuencia de esta rebelión fue el abandono por parte de Inglaterra de su sistema político, instaurando una monarquía parlamentaria. Desde ese momento, y hasta los días actuales, los británicos gozarían de un parlamento de políticos civiles que tenían la posibilidad de restringir

el poder del Rey, poseyendo además la libertad de tomar por sí mismos las decisiones políticas necesarias sin tener que seguir el juicio del monarca.

Este cambio no sólo fue algo revolucionario respecto a la forma de ejecutar la política, sino que introdujo un documento oficial de suma importancia: la declaración de derechos de 1686. En esta se reconoce la libertad respecto a la Corona británica en asuntos como las elecciones de representantes o la libertad de reunión y expresión. Quedan por tanto delimitados los poderes monarquía a través de un documento escrito, el cual sigue vigente en los días actuales.

Este movimiento será conocido como la primera revolución liberal de la historia y ocasionó una nueva tendencia que avivó el debate sobre el concepto de libertad y su extensión. ¿Hasta dónde es libre el individuo? ¿La voluntad y el deseo personal del individuo puede incluso imponerse a la tradición o a la política?

2.1. La filosofía de Thomas Hobbes

Thomas Hobbes (1588) fue un filósofo inglés que defendió que la libertad debía de estar limitada por un monarca. Ante los eventos de la revolución gloriosa Hobbes insistió sobre su teoría política defendida en su famosa obra *Leviatán* (1651). En este trabajo argumenta que la libertad sin restricción ocasionaba un estado de egoísmo absoluto en los seres humanos, y esta situación sólo podía originar caos y destrucción. De hecho, llega a denominar al hombre como ser malvado, el hombre es un lobo para el hombre (“*homo homini lupus*”). Para el autor si cada uno se comporta como quiere, sin ningún tipo de limitación, es imposible crear una sociedad donde la convivencia es imposible. Es por ello por lo que defiende la necesidad del orden y del control a través de una figura sabia, planteando la opción de gobierno monárquica absolutista.

Ahora bien, para que los reyes puedan gobernar con la procura de traer la paz y el orden, los individuos debemos cederle parte de nuestra libertad, entendido como un sacrificio individual para lograr una vida civilizada.

Este acto de limitar las libertades individuales en favor de la creación de un Estado se le conoce como contrato social: cesión de parte de nuestra libertad para que un gobierno se encargue de ordenar la sociedad, procurando un beneficio común que se verá reflejado en una armonía social. Hobbes rompe con la idea de que el monarca es elegido en base a un

poder divino, sino que es el pueblo quién lo decide a través del citado pacto. Entiende al político como un representante del pueblo con un poder limitado por los deseos del pueblo de garantizar su seguridad.

2.2. La filosofía de John Locke

John Locke (1632), médico y filósofo inglés fue considerado el padre del liberalismo. Defendió la idea de que la libertad natural, así como el pensamiento de que la sociedad sólo existía si los individuos se organizaban, sin embargo, no consideraba que este fuese el papel de un monarca sino que el pueblo debía elegir libremente a quien subordinarse, siendo plenamente conscientes de la forma de organizarse.

Locke basaba su filosofía en la idea de que la libertad y la razón determinan al ser humano. Idea que defiende en su libro *Dos tratados sobre el gobierno civil* (1689), donde sienta las bases del liberalismo y en el cual, en términos generales manifiesta que: (1) los seres humanos somos criaturas libre e independientes, tratando de perseguir la felicidad por nuestros propios medios, (2) todos los hombres tenemos derecho a la propiedad, es decir, a tener cosas propias que no estén ligadas al Estado, sino a al trabajo de la persona, (3) el poder reside en la soberanía popular, negando la existencia del poder divino o eterno, sino que el poder depende totalmente de los individuos en común acuerdo y conforme a la ley. Para el autor los gobiernos deben representar a la colectividad, no sólo a los líderes. Por último, (4) si un gobernante se convierte en tirano o viola el contrato social, los individuos tienen derecho a la revolución.

Por lo tanto, la idea principal del liberalismo se centra en la defensa de que el hombre es un ser libre por naturaleza, considerando que es libre en cuanto puede actuar sin obstáculos de acuerdo a su verdadera y propia voluntad. Pero este pensamiento se vio desarrollando y completando con nuevos planteamientos entre el que destaca, por ejemplo, las ideas defendida por Montesquieu.

2.3. La filosofía de Montesquieu

Montesquieu (1689), reconocido abogado y pensador, vivió en el llamado siglo de las luces y centró sus estudios en las costumbres, las leyes y las distintas formas de gobierno

Tras estudiar derecho llegó a hacerse parlamentario durante los años 1716 a 1727. Tras abandonar el cargo se dedicó a viajar por el mundo observando las distintas formas de gobierno que regía los distintos territorios.

Esta aventura le llevó a escribir su obra más reconocida, “El espíritu de las leyes”, donde plantea la teoría de la separación de poderes, clasificando los mismos en ejecutivo, legislativo y judicial. Así mismo sostenía que la distribución de las tres ramas tenía la finalidad de delimitar el poder con el propósito de salvaguardar y asegurar la libertad y los derechos de los ciudadanos. Del mismo modo se evita que el poder cayera sobre una sola persona, evitando la posibilidad de que se implantase un gobierno despótico.

En esta misma define las leyes como relaciones naturales derivada de la naturaleza de las cosas, es decir, no está determinada por un bien supremo o natural sino que está íntimamente relacionada a las costumbre y a la tradición de la época y según el contexto.

Otra idea destacable del pensamiento del filósofo era la distribución de las clases sociales en el parlamento el cual debía estar compuesto por dos Cámaras, la de los nobles (Cámara Alta) y la del pueblo (Cámara Baja), considera que todos los individuos debían tener representación en el poder aunque fuese de forma indirecta.

Respecto a todo lo detallado sobre el liberalismo cabe aclarar que la utilización de la expresión “todos los ciudadanos” no equivalía a todas las personas, sino que las mujeres, niños, esclavos y muchos otros colectivos eran excluidos del liberalismo. De esta forma sólo derechos individuales de los hombres blancos, europeos y en su mayoría burgueses eran protegidos por el liberalismo.

En el siglo XIX se pone de manifiesto de forma más notable que la libertad individual estaba ligada al contexto económico y social. De hecho, la revolución industrial y la globalización de los mercados dejaron patente que la libertad es un privilegio exclusivo de las elites liberales y que sus beneficios no siempre incluyen a todos.

Por último destacar que la mayoría de las ideas que este movimiento político son a su vez la base del *rule of law*, y es que ambos sistemas tienen su procura la defensa de unos derechos individuales a través de la limitación del poder. De hecho, Brian Z. Tamanaha declara que los sistemas liberales no pueden existir sin el *rule of law*, al igual que el *rule of law* no puede existir fuera de los sistemas liberales.

Es necesario remarcar que el liberalismo abarca diferentes manifestaciones de libertad y por tanto hay diferentes tipos de libertades: libertad individual, libertad de mercado, libertad política...

3. LA DIMENSIÓN MORAL DEL *RULE OF LAW*

Cabe iniciar este capítulo haciendo una diferencia entre la moral y el derecho. De esta forma, la moral es un conjunto de normas, creencias, valores y costumbres subjetivas que dirigen o guían la conducta de grupos de personas en la sociedad. El derecho es un conjunto de principios, leyes y reglas que regulan la vida en sociedad y que las personas deben obedecer.

Sin embargo, el comportamiento humano está regido por distintos órdenes normativos entre ellos las reglas de buenas, la costumbre, las reglas del juego, las reglas morales y las reglas jurídicas.

Tanto el orden normativo jurídico como el orden normativo moral comparten una jerarquía de valores así como la enunciación de reglas que permiten cumplir con ellos, además ambos tienen una sanción en caso de incumplimiento.

De esta forma, las dos disposiciones entienden al individuo como un sujeto libre, donde sus acciones son vistas como un resultado del ejercicio de su libertad. Sin embargo sus procuras son diferentes ya que la dimensión exterior del derecho tiene la finalidad el de mantener el orden y la organización social, mientras que la dimensión interior de la moral trata de perfeccionar el interior de la persona.

Este breve análisis de las bases que dan origen a ambas dimensiones nos permite centrarnos en el desarrollo los diferentes pensamiento respecto a si hay una vinculación intrínseca entre las mismas o por el contrario se posible desvincular ambos conceptos.

3.1. El pensamiento de Lon Fuller³⁹

Lon Fuller fue un filósofo jurídico que nació en Estados Unidos, conocido principalmente por su obra *The morality of law* (La moral de la ley) en el año 1964. En este epígrafe profundizaremos sobre la idea del *rule of law* que el autor proponía en su obra, en la que se centra principalmente en la relación entre el derecho y la moral.

³⁹ Vid. FULLER, Lon L., *La moralidad del derecho*, trad. Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.

Cabe destacar que nos referiremos al sistema como Estado de derecho a pesar de que la traducción no es del todo precisa como ya detallamos en la Introducción metodológica del trabajo.

Los elementos fundamentales del sistema para Fuller recaen en la idea del estado de derecho entendida como una empresa y en ocho exigencias mínimas que esta debe cumplir, designadas por el autor como desideratas.

La función principal de la empresa, regida por la autoridad, es la de acomodar la conducta humana a la dirección de la ley.

Los ocho requisitos que el estado debe cumplir son: la generalidad, la publicidad, la prospectividad, la claridad, la coherencia, la posibilidad de ser cumplida por sus destinatarios, la estabilidad y la congruencia entre la norma preestablecida y su aplicación por parte de las autoridades. Estas son entendidas como unas exigencias mínimas que procuran la protección de unos derechos fundamentales que el sistema del *rule of law* defiende.

Con la finalidad de reflejar de forma práctica estas ocho “reglas” cuenta la historia de un déspota llamado Rex. Fuller entiende estas reglas como herramientas que el monarca debe seguir para que la ley cumpla su función y propósito, y utiliza esta fábula para mostrar los posibles fracasos que se pueden suceder si estos requisitos no se cumplen.

En la historia se presenta a Rex como un monarca con buenas intenciones que procura la felicidad del pueblo. Para este rey el sistema legal utilizado durante las pasadas generaciones era ineficiente, los procedimientos eran engorrosos, las normas legales estaban escritas en lenguaje arcaico, los jueces eran negligentes, la justicia costosa... Para hacer frente a esta situación y solucionar los problemas mencionados toma la decisión de asumir personalmente todos los poderes judiciales y legislativos del reino, concentrando así toda la potestad en su persona. A partir de este momento el monarca proclama su poder para resolver todos los casos que se le presenten, aboliendo los precedentes Códigos que existiesen.

Sin embargo, esta primera medida reflejará el primer fracaso. A la resolución individual de los casos en base a su criterio de justicia y a su opinión personal le falta generalidad. La resolución personalizada y especializada a cada supuesto es sinónimo de fallo en la creación del derecho.

Rex no pone fin a sus objetivos por un mero error sino que decide estudiar cursos de técnica legislativa y redacta un Código legal que comprenda todos los problemas que pudiesen plantearse. Pero, debido a su inseguridad provocada por su incipiente sabiduría decide que

este no será público y lo declara secreto de estado. Lo que intenta con esta medida es evitar las críticas hacia su trabajo pero las mismas no tardarán en llegar. Los súbditos consideran incorrecto el cumplimiento de leyes que no conocen, reprochando al monarca que es inconcebible la idea de un derecho carente de publicidad. Se manifiesta así el segundo fracaso.

Tras comprender que la falta de divulgación es un problema el monarca decide publicar anualmente una compilación de todas las decisiones hubiese tomado a lo largo de ese periodo, incluyendo las motivaciones de las mismas. Entiende que así la sociedad y él mismo tendrán una perspectiva conjunta de todos los casos. Sin embargo, esta medida no deja de ser criticada por los ciudadanos ya que consideran que esta forma de publicar el derecho afecta de forma negativa al comportamiento impidiendo al pueblo ajustar su conducta a las reglas. No queda claro si las mismas son aplicables a los casos de los próximos años, los cuales pueden ser resueltos con unos criterios diferentes a los del año anterior. Se pone de manifiesto el tercer fracaso y se hace patente la necesidad de que las reglas sean prospectivas.

Procurando mejorar la situación anterior, Rex publica finalmente un Código con un sistema de reglas complejo y engorroso, el cual en vez de favorecer su cumplimiento lo obstaculiza ya que los súbditos no pueden entenderlo, es decir, no están seguros de la conducta que deben de seguir. Este derecho de difícil comprensión, ineficaz e inadecuado a la conducta de los ciudadanos ocasiona el cuarto fracaso en la creación de unas reglas por parte del monarca.

Desalentado pero preocupado por solucionar los notorios problemas busca ayuda en un grupo de expertos para que eliminan de sus reglas la ambigüedad y las dificultades. Pero este remedio no pone fin a la situación ya que cada uno de ellos, de forma individual, especifica con mucha precisión cada una de las situaciones particulares así como las soluciones legales aplicables a las mismas. Este trabajo no sólo se vuelve demasiado específico y extenso sino que se vuelve contradictorio, ya que expone conductas de vida reprimidas y alentadas al mismo tiempo. Carece, por tanto, de la pauta básica que la población reclamaba, es decir, un sistema de reglas claro y coherente.

Es ya el quinto fracaso del Rex, pero este no se rinde y publica una nueva versión de su Código donde elimina todas las contradicciones además de reforzar al extremo las exigencias impuestas a sus súbditos, es decir, aumentan las penas y castigos. Sin embargo, se llega al punto donde el nuevo sistema de leyes recoge sanciones desproporcionadas e incumplibles lo que supone revueltas y propuestas por parte del pueblo. Renuncia el monarca a su aplicación y suma un nuevo fracaso, el sexto.

Sin embargo, este error lleva a Rex a comprender una nueva verdad: el derecho no puede exigir lo imposible y por lo tanto, una regla fundamental del derecho tiene que ser la posibilidad de que los destinatarios puedan cumplirla, la acatibilidad.

Crea tras esto un Código consiste, claro y sin exigencias inalcanzables, pero como había pasado tanto tiempo desde el primer intento hasta este resultado el sistema, los conceptos habían sido superados por los nuevos sucesos, es decir, no se ajustaban a la vida real. Esto obligaba a que todo el tiempo se recurriese a enmiendas y correcciones del propio Código tratando de superar así a las nuevas modalidades y usos sociales. Las constantes actualizaciones y ajustes provocaban que la obra no gozase de estabilidad, y por tanto, no procuraba de forma eficiente una protección jurídica, “una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto”.⁴⁰

Tras manifestar se séptimo fracaso Rex decide volver a sus conductas iniciales, pero esta vez con un gran bagaje de aprendizaje. Asume de nuevo las funciones de juzgar todos los casos de su reino aplicando ahora su experiencia y saber jurídico. Utiliza así la vía jurisprudencial para dar respuesta a los problemas de la sociedad. Sin embargo, la distancia entre el sistema legal escrito y el sistema legal aplicado por la jurisprudencia y la administración del reino no para de aumentar ya que se producen a diferentes ritmos. De esta forma lo que el rey hace y lo que la ley dice no se ajustan, es decir, falta coherencia institucional. Este será su último fracaso, completando así las ocho formas de fracasar en la creación del derecho que Lon Fuller recoge en su libro *La moral del derecho*.

Sin embargo, lo que el autor procura con este relato no es otra cosa que marcar los requisitos que los sistemas legales deben cumplir, formalidades que se extraen de la narración y de sus fracasos: ideal de la generalidad, de la publicidad, de la irretroactividad, de la claridad y coherencia, de la acatibilidad, de la estabilidad, y por último, el ideal de la coherencia institucional. “En lo alto de la escala nos vemos tentados a imaginar una utopía legal en la cual todas las leyes son perfectamente claras, coherentes unas con otras, conocidas por todos los ciudadanos, y nunca retroactivas. En esta utopía las leyes permanecen inmutables a través del tiempo; requieren solamente lo que es posible, y son escrupulosamente observadas por los tribunales, la policía, y todos los demás encargados de su administración”.⁴¹

⁴⁰ FULLER, Lon L., *La moralidad del derecho*, trad. Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.

⁴¹ *Ibíd.*

Ahora bien, frente a estos elementos caben tres posibilidades: el cumplimiento de todas ellas, lo que ocasiona un sistema jurídico perfecto donde unos derechos mínimos se respeten por la autoridad, otra posibilidad es en la que la ejecución de los ocho elementos mencionados no se vea acompañado por una autoridad que pretende el respeto de la dignidad humana, y por último, puede ocurrir que no se respeten los requisitos mínimos.

La práctica de un gobierno cumplidor de las ocho desideratas y que defienda la dignidad humana es considerado por Fuller como el sistema jurídico perfecto, y a medida que estos elementos no se cumplen, el sistema se considera peor o deficiente.

Ahora bien, cabe destacar que el autor ya señalaba que “la aceptación y el cumplimiento de las exigencias propias de la moralidad interna del derecho son una condición necesaria, pero no suficiente para la realización del ideal de justicia”⁴².

Es decir, que esplendor del modelo también está condicionado por la estrategia política que se persiga, adaptada al contexto histórico y realidad social del momento. De esta forma la autoridad puede dotar a la libertad de una mayor o menor amplitud pero siempre es necesario que su gobierno procure la total respeto y salvaguardia de los derechos fundamentales.

Para Fuller la finalidad de la ley es orientar la conducta de la comunidad (“sistema de leyes para gobernar la conducta humana”⁴³), sin embargo, los destinatarios de esta ley no son solo los ciudadanos sino que la propia empresa o gobierno se ve obliga al cumplimiento de la misma, es lo que el autor denomina reciprocidad. Considera que el gobierno no sólo cumple para procurar una eficiencia legal sino que también lo hace porque procura la defensa de la dignidad humana y la fidelidad a la ley, ya que el mismo autor dice: “un mero respeto por la autoridad consistida no debe confundirse con la fidelidad a la ley”⁴⁴. La propia autoridad reconoce al individuo como un ser libre y racional y atribuye al mismo la capacidad de deliberación entre opciones, es decir, considera que el propio individuo es capaz de seguir las reglas una vez conoce los castigos que su incumplimiento acarrearán. Sin embargo, en el supuesto en el que el gobierno no cumpla la norma, pretender que la comunidad lo haga no tiene sentido ya que los propios orientadores de la conducta no siguen sus mandatos. Si los

⁴² CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?”, *Revista de derecho* (Valdivia), vol. XXX, n°2, 2017, pp. 181-201.

⁴³ FULLER, Lon L., *La moralidad del derecho*, trad. Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.

⁴⁴ *Ibid.*

propios legisladores infringen la ley, la moral individual de cada uno no permite que ellos sí tengan que obedecerla.

Es necesario remarcar que el autor también desarrolla la idea de la autoridad que incumple esas formalidades y no respeta los derechos fundamentales. En este tipo de situaciones el gobierno no reconoce la capacidad de razonamiento de los individuos y les niega la posibilidad de planificar su vida al despreciar la dignidad humana e impedir su libertad. En estos sistemas el poder no justifica sus acciones, moviéndose en base a sus intereses. De esta forma la conducta que el tirano procura de los ciudadanos a través de la ley no es en base el bien común, sino al bien propio motivándose en la arbitrariedad del mismo.

Este tipo de gobierno se contrapone al sistema democrático el cual no solo defiende las ideas del sistema perfecto propuesto por Fuller sino que además en este modelo se impone una limitación al régimen por arte del pueblo ya que tiene la posibilidad de combatir al legislador injusto mediante la elección de uno nuevo.

El autor defiende una autoridad que respeta los derechos fundamentales y respeta los ocho elementos base ya mencionados, produciendo y administrando derecho en base al pueblo y con el objetivo de procurar el bien común. Reconoce y promueve la dignidad de las personas, sujetos del derecho que gozan de capacidad de autodeterminación y control de su propia conducta. Así mismo, soporta que la discrecionalidad de la autoridad se vea delimitada en base al bien común.

Cabe destacar que Fuller, como hemos dicho, defiende que la ley procura una conducta, es decir, compromiso compartido que la ciudadanía acepta pero sólo si tiene un fin bueno y si el cambio de comportamiento vale la pena. Si ese propósito no se persigue se restringe la actuación colectiva innecesariamente y podría ocasionar que ese compromiso se quebrase.

Si los fines del sistema jurídico son moralmente buenos entonces el *rule of law* será moralmente valioso y por lo tanto merece la pena conservarlo, porque aporta un beneficio a la colectividad.

Pero esta idea no se salva de tener detractores, y es que, claro queda que Lon Fuller es uno de los mayores defensores y representantes de la corriente naturalista de la ley, pero como opositor de la misma se encuentra H.L.A. Hart, el cual defiende la corriente positivista de la ley.

El debate entre estos dos autores se inicia por la publicación de un artículo de Hart en el *Harvard Law Journal* en 1958, titulado como “*Positivism and the separation of law and morals*”. El

desarrollo de esta idea discrepa de lo defendido por Fuller, el cual decide contestar en el mismo periódico con un artículo llamado “*Positivism and Fidelity to Law- a reply to profesor Hart*”.

Ya sólo por los títulos quedan patentes sus pensamientos. En el primer de los artículos Hart defiende y explica la corriente positivista de la ley en la cual se desarrolla una total separación entre la ley y los morales. Por el contrario, en el segundo artículo Fuller defiende la idea de la moralidad en la ley, la corriente naturalista.

Las respuestas entre ambos se suceden y como consecuencia Hart publica un libro titulado “*The concept of law*”, rebatido por Fuller con la obra “*The morality of law*”. En ambas los autores continúan defendiendo las ideas mencionadas, replicando argumentos y ajustándolos a sus pensamientos.

Este debate estará patente a lo largo de los años perdurando hasta los días actuales y encontrando defensores y críticos de ambas ideas.

Como ya hemos puntualizado, en su artículo inicial, Hart critica el derecho natural a través de la defensa del derecho positivista, en especial aborda tres críticas al desarrollo teórico de John Austin. Este autor fue uno de los primeros positivistas legales que, además, dio una definición de ley totalmente autónoma: la ley es un mandato emitido por el soberano con una amenaza de sanción o castigo, orden que las personas habitualmente obedecen.

Introduce por tanto cuatro conceptos en esta definición: concepto de comando o mandato, concepto de soberano como autoridad, concepto de castigo y concepto de obediencia.

Hart defiende el positivismo usando esta definición y desarrollo teórico, ya que defiende que estas cuatro nociones permiten entender la ley y el sistema legal como un sistema completamente libre de modalidad, es decir, es posible entender el sistema legal y su naturaleza sin la necesidad de la moral o de un Dios.

Así mismo, hace referencia en el artículo al problema de la penumbra, interpretada esta como una sombra o nube que refleja la falta de criterio normativo sobre la base de la elección a la hora de juzgar, es decir, no hay certeza sobre la aplicabilidad de la ley. Lo que se procura, por lo tanto, es determinar el significado de una palabra dentro de la ley y donde los jueces tienen un papel esencial al interpretar lo que debe ser.

Ahora bien, esto plantea la cuestión de si los jueces deciden lo qué es o lo que tiene que ser, idea defendida por los teóricos naturalistas para refutar la teoría positivista, ya que, como hemos mencionado, la posición jurídica positivista separa la ley, lo que es, de la moralidad,

lo que debe ser. Sin embargo, el problema de la penumbra muestra claramente que incluso los jueces positivistas deciden lo que es atendiendo a lo que debería ser, es decir, incluso estos determinan lo que debe significar la ley porque consideran que la norma, en su significado no interpretativo, no es justa en sí misma.

Otro desafío al que los positivistas se enfrentan es la ley moralmente mala. Hart resuelve este problema permitiendo una cierta influencia de moralidad dentro del sistema, pero se refiere a esto como una involucración mínima. En otras palabras, defiende sólo la infiltración moral que sea necesaria para mantener la coherencia legal del sistema. Esto se conoce como el positivismo incluyente, permite cierta cantidad de moralidad en el sistema legal.

Esta postura se contrapone al positivismo excluyente, defendido por el filósofo Joseph Raz, y en el cual no hay consideración moral ninguna dentro del sistema de la ley.

De esta forma, los positivistas legales entienden la moralidad como un intento de conciliar internamente todos los principios legales, es decir, buscar un valor de fidelidad a la ley, el cual está fuera del sistema. Es decir, considerar que el sistema es autónomo, cuando dicen lo que debe ser se refieren a lo que debería ser desde el marco del sistema legal, no hay apelación más allá de dicho sistema. De esta forma Hart defiende que no existe una conexión entre el derecho o la moral, para el autor que una regla que viole los criterios morales no hace que deje de seguir siendo una regla de derecho, al igual que el mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no la convierte en una regla de derecho.⁴⁵

Fuller, por el contrario, defiende que la doctrina de la fidelidad a la ley es la que procura una ley internamente consciente, se apela a ello para que la ley sea coherente. De esta forma, la noción de fidelidad a la ley está más allá de la propia ley.

⁴⁵ Vid. FARREL, Martín D., "Volviendo a lo básico: el debate Hart- Fuller", en C. herminda del Llano y J. A. Santos Arnaiz (coords.), *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados-Universidad Rey Juan Carlos, 2015, pp. 249-273.

3.2. El pensamiento de Joseph Raz

Ya mencionamos en el epígrafe anterior que Joseph Raz, filósofo de derecho actualmente influyente, defiende una postura de un sistema de derecho positivista excluyente, separando de forma total la moralidad y la ley. Con el fin de demostrar su pensamiento desarrolla la idea de que una conformidad al *rule of law* no causa bien, salvo impidiendo el mal, y el mal que evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho.⁴⁶

Respecto a la moralidad en el derecho Raz defiende que el derecho tiene dos intenciones: aquella que se asegura por la propia conformidad del derecho y las ulteriores consecuencias de la conformidad del derecho o del conocimiento de su existencia que el derecho intenta asegurar.

De esta forma, la conformidad al *rule of law* no siempre facilita la realización de los propósitos indirectos del derecho, pero es esencial para la realización de sus propósitos directos, siendo estos de forma independiente capaces de guiar el comportamiento humano.

Defiende así la independencia de la virtud moral, ya que el *rule of law* también permite al derecho servir malos propósitos. Y entiende este sistema jurídico como la esencia para guiar el comportamiento humano a través de normas y tribunales encargados de su aplicación, es decir, un sistema que se rige por el derecho y el cual la gente tiene que obedecer.

Para Raz el derecho debe de ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él, el derecho debe ser susceptible de ser obedecido. De este modo, una persona se conforma al derecho en tanto no lo viola. Ahora bien, si hablamos de obedecer al derecho, este tiene que es capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos.

De tal manera, en la noción de *rule of law* no hay una moralidad, no se mencionan los derechos fundamentales, la igualdad o la justicia.

Además, Joseph entiende que este sistema jurídico efectivamente ayuda a frenar las formas de poder arbitrario, estabiliza las relaciones sociales y entiende el derecho como una base estable y segura para la planeación individual. De esta forma, trata a los seres humanos como

⁴⁶ RAZ, Joseph, “El Estado de Derecho y su virtud”, en ID., *La autoridad del Derecho*, traducción y notas de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, 1985.

personas autónomas, capaces de planificar y diseñar su futuro, es decir, se respeta la dignidad humana.

De esta forma, Raz defiende un sistema que prohíbe ciertas conductas, interfiriendo en la libertad personal pero procurando siempre que esta interferencia sea mínima, lo cual se consigue limitando las facultades de las autoridades públicas.

Además de esto, formula ciertos principios que el sistema formal debe cumplir. Para el autor todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas, claras y relativamente estables. Se debe garantizar la independencia del poder judicial procurando que los jueces sean libres e independientes de toda autoridad. Los principios de la justicia natural han de ser públicos y justos. Los tribunales deberán tener poderes de revisión sobre la implementación de otros principios, y deben ser fácilmente accesibles. Además, el establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales.

Por lo que con estos principios que Raz detalla en su obra “El Estado de derecho y su virtud” están abiertos a la interpretación y adaptación y crean un ideal de Estado, en el que se procura un bien común, así como una buena relación entre los intereses individuales y el bienestar general, armonizando ambos con los principios citados.

Además, respecto al liberalismo político el cual abrió una posibilidad de disputa entre el individualismo y los demás intereses generales, Joseph Raz defiende que hay una conexión natural entre los intereses individuales y los intereses generales de la sociedad. En el bien común existe una relación armoniosa entre los intereses particulares y el bien general.

Se refiere a esta unión como una conexión de apoyo que permite que el bienestar de los individuales aumente el bienestar general a través de la defensa de unos elementos que permiten entender que se puede alcanzar un bien común sin violar los intereses individuales: La justificación de la autoridad política tiene que basarse en una moral política que protege la libertad individual, así mismo defiende un Estado liberal que se concentra en defender los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Además, aboga por la autonomía personal y la libertad de elección de lo que él llama “planes de vida”.

3.3. Pensamientos alternativos

La llegada del siglo XXI no pone fin respecto al debate entre el derecho y la moral, sino que la disputa sigue siendo discutida.

La base de la controversia como hemos mencionado es el acuerdo o desacuerdo sobre la idea de que bajo el sistema del *rule of law* las decisiones y las leyes tienen una dimensión moral.

Para algunos autores los procedimientos de decisión democráticos se consideran legítimos porque producen un resultado bueno y justo, idea que como hemos visto Fuller defendía. De esta forma se defiende la idea de que las decisiones del gobierno, las cuales exigen un comportamiento, deben ser justificadas en la procura de resultados justos, frutos moralmente correctos. Consideran que el derecho debe satisfacer determinadas exigencias de la moralidad.

Para otros simplemente se tratan de instrumentos legales que evitan un abuso del poder por parte de la élite, entiende que el derecho carece de moral, pudiendo adquirir únicamente ese valor los fines que se procuran: “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”. Defienden que el principio de legalidad es entendido únicamente como un medio para garantizar la ejecución eficiente del propósito, que en este caso es guiar la conducta humana por reglas. De hecho, justifican su razonamiento en la idea de que es posible que se cumpla el principio de legalidad y que al mismo tiempo se compita una injusticia o maldad, son acciones compatibles. Idea que difiere totalmente del pensamiento contrario que defiende que el principio de legalidad no está satisfecho si las decisiones políticas que lo animan se basan en la injusticia y en el mal derecho.

Según esta postura amoral del derecho se entiende únicamente el *rule of law* como un principio constitucional subyacente a todo un ordenamiento jurídico vinculado a un modo de organizar la convivencia, pero no reconocen que este trate de resolver las disputa de acuerdo a estándares de justicia y equidad, sino que defiende una mayor autonomía personal donde la actuación individual no está sujeta moralidades sino que únicamente cumple lo estipulado porque los individuos son seres racionales y libres que conocen las consecuencias que sus acciones contrarias a la ley podrían tener (castigos y penas). No existe una necesaria correspondencia entre lo que es moralmente exigible y los que son jurídicamente exigible, de forma que se puede llegar a cumplir la ley de forma inmoral.

Así mismo, apoyan la idea de que las decisiones democráticas son fiables sin importar si son moralmente correcta o incorrectas porque responden a un fenómeno social. Desde este punto de vista, las normas que forman parte del derecho dependen de un hecho o práctica social (fuente del derecho), no de las convicciones que el poder tenga respecto al propósito de justicia.

Ahora bien, lo que ambas posiciones defienden es que las normas deben tener un contenido que no contradiga los principios de justicia, prohibiendo una arbitrariedad y obligando a los poderes públicos a gobernar conforme una concepción aceptable del bien común, el cual depende de la práctica social del momento.

Sin embargo, y en mi opinión, la cual coincide con Antonio Manuel Peña Freire, esa costumbre social incluye valores en sí misma. Es decir la forma de entender por la comunidad las relaciones sociales como la amistad, la educación, el liderazgo, las relaciones sentimentales, la paternidad... son los fenómenos que dan vida a la opinión pública, la cultura, la razón colectiva, entre otros. Y todas estas acciones surgen de un valor rector, se realizan en base al compromiso de sus practicantes con sus ideas morales. Por lo que estos fenómenos sociales que dan lugar al bien común que la ley persigue, afectando a la manera de gobernar, están ligados a una moralidad o ética personal. Son condiciones intrínsecamente morales que restringen la actividad de los que gobiernan jurídicamente.

4. **EL *RULE OF LAW* EN LA ACTUALIDAD Y LOS PROBLEMAS A LOS QUE SE ENFRENTA**

En el mundo hay disgregadas millones de personas con diversas culturas, valores, costumbres y religiones. Entre ellas hay muchas diferencias pero también hay una fuerza unificadora que les ayuda a coexistir e incluso a cooperar: el derecho.

El derecho guía nuestro comportamiento y nos hace reflexionar sobre las reglas de conducta que consciente o inconscientemente seguimos cada día. De esta forma, los diferentes países reconocen sus propios sistemas de reglas y ya sean esas reglas convenciones sociales o legislaciones basadas en opiniones públicas, estas restringen y regulan nuestras vidas. A pesar de que las reglas lo gobiernen todo, desde nuestras relaciones personales a las relaciones internacionales, el objetivo de todas sigue siendo común.

Diversos valores se convierten en fuente de conflicto a la hora de regular ya que las libertades incontroladas conducen invariablemente a confrontaciones y es por ello por lo que se necesitan fronteras entre derechos y libertades. El *rule of law* es la fuerza rectora de este propósito, el cual comúnmente promueve la equidad y la justicia al mismo tiempo, fomentando una mayor estabilidad entre las libertades y derechos.

A lo largo de la historia filósofos han reflexionado sobre el *rule of law* en la sociedad, así como sobre la forma que este sistema debería tomar. Actualmente el debate sobre el naturalismo y el positivismo sigue patente sumando ambas detractores y defensores.

El *rule of law* defiende que el derecho positivo es promulgado por una autoridad competente a través de unos procedimientos marcados por la ley. Así mismo, se caracteriza por su claridad lo que facilita a los ciudadanos la creación de unos planes de futuro basados en sus intereses y su raciocinio. Ahora bien, la discusión entre ambas posturas, como hemos visto, se centra en la presencia o ausencia de una valoración moral al derecho, es decir, en la existencia de calificar el derecho como bueno o malo, o como justo o injusto, en base a unas pautas: derechos fundamentales, bienestar colectivo... Por lo que se incorpora un valor ético fundado en los principios de igualdad, proporcionalidad, racionalidad, dignidad y respeto de las garantías fundamentales. De todas formas, como Francisco Javier Ansuategui Roig manifiesta: “la existencia de dimensiones morales en el Derecho no implica necesariamente corrección moral.”

De hecho, el debate entre la postura positivista y la naturalista se hace patente, por ejemplo, con las injustas leyes del nazismo en el régimen fascista de Alemania en el II Guerra Mundial. Es decir, los problemas a la concepción del *rule of law* se inician en el siglo XX cuando se pone de manifiesto fallas al sistema democrático y de justicia, lo cual se exterioriza en la desigualdad colectiva. Esta nueva realidad ocasiona la creación de nuevos sistemas de organización política y social, entre los que destaca el fascismo.

Sin embargo, la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría motivan el fin de estas organizaciones, devolviendo al *rule of law* a la condición actual, posicionándola como postura principal a nivel mundial.

En cambio, el debate no ha concluido y es que a esa deliberación se suma actualmente la idea de un *neoconstitucionalismo* y la crítica al constitucionalismo clásico. De esta forma llega a entenderse el *rule of law* como una nueva visión, o una alternativa, a la constitución debido al alto nivel de teoría jurídica que esta lleva implícita.

La Constitución es la norma democrática positiva superior del ordenamiento porque ella misma así lo establece, defiende así Laporta, que la Constitución es la norma suprema porque contiene valores y principios de justicia, de modo que los principios constitucionales “valen” no por ser jurídicos, sino por ser morales⁴⁷. Ahora bien, esta recoge una gran cantidad de principios de justicia constitucionales, que conforman lo que el Derecho debe ser, frente a la delimitación directa de la ley, producto de la asamblea, que delimita netamente el Derecho que es. De esta forma los principios constitucionales, para Laporta, valen, no por ser jurídicos, sino por ser morales, entendidos como razones éticas y políticas.

Respecto a estos principios cobra especial importancia la idea del *rule of law*, el cual requiere técnicas que reporten tanta claridad y racionalidad como sea posible, singularizando la leyes y dificultando así la elusión de la ley por los jueces, discrecionalidad que se apoya en los principios constitucionales, los cuales pueden ser calificados como generales. Si este requerimiento se cumpliera “el razonamiento mora quedaría circunscrito mediante controles de racionalidad y sustentado en enunciados generales, lo cual no le impediría al juez emprender cierta discreción”, como dice Liborio Hierro.

Actualmente el papel de los jueces a la hora de aplicar el derecho se caracteriza, de forma frecuente, por ser general, vago y abstracto. Por lo que la función de los mismos es la de

⁴⁷ Edición especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro, Madrid, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2017.

ajustar la ley a casos concretos y complicados, ponderando entre distintos derechos e intereses y apoyándose en su discrecionalidad para tomar las decisiones que consideren oportunas. Ayudan, por tanto, a superar cuestiones complejas que necesitan de práctica social y moral, añadiendo una interpretación y adaptación a la realidad de un conjunto de palabras vacías. Logran así, no solo añadir contenido práctico a la literalidad, sino ajustarlo al estado social a las demandas del momento según los intereses que el pueblo requiera.

Cabe remarcar, que estas actuaciones no están libres de limitaciones ya que existen criterios formales que prohíben que las indicaciones o ideas subjetivas de los mismos condiciones y marquen sus decisiones. De hecho, sus decisiones deben respetar las formalidades propias del derecho, así como los principios de igualdad, proporcionalidad, racionalidad, dignidad y respeto de las garantías fundamentales anteriormente citadas. Y es que, actualmente, los jueces adaptan el derecho a la realidad a través de sus interpretaciones, por lo que tienen un papel fundamental en la sociedad. Sin embargo, sus interpretaciones y actividad están sujetas a mecanismos que procuran una promoción de la justicia material donde se respetan las formalidades propias del derecho.

Pero esta flexibilidad judicial no deja de tener detractores, como en el caso de Luigi Ferrajoli, el cual considera que esta forma de actuación parte de la crisis y por tanto del problema ya que consigue “pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías⁴⁸”.

La idea del *rule of law* lo que pretende es restringir la función del poder judicial de solucionar los casos particulares tomando la ley general como única premisa. . Reforzar la calidad de los procedimientos democráticos y la calidad formal e instrumental de las leyes es sin duda un reto para lograr una sociedad donde se cumplan efectivamente los valores anexos al *rule of law*⁴⁹.

Aunque pueda parecerlo, esa flexibilidad de los jueces para nada contradice el elemento principal del *rule of law*: la limitación de la arbitrariedad del poder. Y es que, el legislador impone su visión política dentro de unos límites, y el juez, una vez comprobado el respeto a la Constitución, se rige por la ley.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., “Pasado y futuro del estado de Derecho”, Revista Internacional de Filosofía Política, n° 17, 2001, pp. 31-45..

⁴⁹ Edición especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro, Madrid, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho (2017)

Sin embargo, esta postura es discutida por los que consideran que dicho constitucionalismo degrada la ley. Liborio Luis Hierro llega a decir: “Si asumimos la indiscutible fuerza normativa de las constituciones; y si añadimos a ello la expansiva fuerza normativa de los principios, será obligado concluir que las leyes corren el riesgo de perder toda perentoriedad normativa, esto es, todo su imperio, para ceder paso al imperio del intérprete». Tanto este autor como Francisco Laporta defienden que esta discrecionalidad judicial, unida a legitimidad de la Constitución frente a la ley ha ocasionado gran cantidad de jurisprudencia basada en una argumentación moral. Y es que “cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales⁵⁰”.

Lo que sí queda claro es que lo crucial para mantener los valores asociados al *rule of law* (igualdad formal, seguridad jurídica, autonomía) es disponer de criterios para discriminar entre razones jurídicas y razones extrajurídicas. Cabe recordad, que en definitiva, el *rule of law* está basada en un teoría de la autonomía personal, se fundamenta en el consentimiento de los individuos libres e iguales para limitar su libertad en aras de una convivencia pacífica, y porque estos consideran que merece la pena. La ley puede provenir la libertad (autonomía) del individuo y, al mismo tiempo, constituir su limitación.

Por lo que, para superar esa crítica al constitucionalismo, lo que se procuran son normas más precisas que brinden una seguridad necesaria, asentando bases sólidas para ubicar el lugar del Derecho dentro de unas estructuras equitativas de cooperación social, las cuales pueden llegar a trascender el marco nacional. Se trata, por tanto, de reivindicar el valor de la ley como estrategia para la regulación del comportamiento de la conducta humana, consiguiendo, como Laporta menciona, responder a demandas de carácter ético superando el discurso estrictamente formalista. Así, la crisis al positivismo jurídico y la concepción de la democracia que subyace a los controles de la constitucionalidad podrá ser superada reforzando la calidad de los procedimientos democráticos y la calidad formal e instrumental de las leyes.

Pero a la interpretación y a la aplicación del Derecho se suman la conceptualización de los nuevos derechos. Francisco Laporta entiende los derechos universales como un bien que es de todas y cada una de las personas, es decir, que forma parte de lo que es suyo y que, por ello, la justicia exige satisfacer esos derechos. De hecho, de esos derechos humanos,

⁵⁰ FERRAJOLI, I., “Pasado y futuro del estado de Derecho”, Revista Internacional de Filosofía Política, n° 17, 2001, pp. 31-45..

universales y absolutos, no sólo se demanda el cumplimiento de las obligaciones negativas, sino también de las positivas. Implica esto obligaciones morales generales que, cuando se trata de derechos de igualdad, son de carácter positivo (obligaciones de ayuda y no solo de abstenerse de dañar), pero que tales obligaciones solo pueden ser cumplidas en el contexto de instituciones que las transforman en deberes positivos especiales de cada individuo⁵¹.

Los derechos humanos, se han convertido en los valores jurídicos fundamentales de nuestro tiempo, consiguiendo, o al menos procurando, eliminar toda diferencia entre los seres. Estos radican en la dignidad humana y en el reconocimiento de las desigualdades entre los individuos y buscan eliminar las diferencias homologando los mismos derechos para todos. Pretenden la máxima protección posible para el humano, llegando a primar el interés individual sobre el de la comunidad en su conjunto: desde este punto de vista, son límites a las decisiones colectivas.

Ahora bien, el *rule of law* defiende la protección sólo de algunos derechos, de aquellos que son relevantes respecto al ejercicio de la autoridad y de la decisión común, y aquellos que permiten al individuo planificar su propia vida en un contexto de independencia. Pero como es sabido, los derechos humanos son indivisibles y tienden a ir juntos.

Para hacer compatible el *rule of law* con un derecho por principios –como es el caso de los sistemas constitucionales– se hacen saltos mortales, pues el razonamiento (moral) de ponderación de los principios está caracterizado por el particularismo. En ese sentido, asume importancia la complementariedad entre generalidad y equidad, que es la única manera de proteger la dignidad humana⁵². También cobra importancia la Constitución ya que si se les reconoce el estatuto de derechos constitucionales, se introduce en el ordenamiento una exigencia de control de la legislación ordinaria.

De esta forma, se ponen de manifiesto los grandes problemas a los que el *rule of law* se enfrenta: la generalidad de los principios constitucionales y la penetración de los derechos humanos en el derecho.

⁵¹ *Edición especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro*, Madrid, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2017.

⁵² TRUJILLO, Isabel, “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, n° 73, 2015, pp. 161-180.

Como síntesis, la concepción del *rule of law* es la limitación del poder del Gobierno, la comunidad organizada que hace cumplir el derecho, y esto con la finalidad de que no conculque el derecho. Se procura que el papel de la autoridad se centre en la protección de los derechos individuales, entendido como un servidor de la sociedad.

Pero esta defensa se lleva a cabo con la determinación de la norma, la cual varía dependiendo de la legislación, motivo por el cual hay diferentes concepciones de *rule of law* a nivel mundial. Y es que no debemos de olvidar que el papel de la autoridad lleva asociado una capacidad de orientar e influir significativamente en las decisiones de sus destinatarios, por lo que las razones que articula el sistema pueden diferir: interés de la libertad, preservación del orden, promoción de un desarrollo económico... “Hay casi tantas concepciones del *rule of law* como personas que lo defienden”, dice Tamanaha.

Sin embargo, el problema real surge al entender que cada individuo tiene una visión de cómo deber ser la sociedad y algunos entendimientos son incompatibles. Además, a esto se suma el surgimiento de nuevas libertades entorno a la necesidades del contexto, ya que el Estado es un espacio de cambio constante que no se mantiene uniforme indefinidamente, las cuales pueden ver su extensión ampliada o reducida en base a la política de la autoridad y siguiendo siempre las exigencias formales.

Esta situación de cambio, evolución y transformación constante, unido a la globalización y al surgimiento de nuevas libertades sociales, humanistas, democráticas, de bienestar... que procuran ampliar al máximo grado posible los derechos humanos provoca cierta imprecisión e indeterminación de la norma, lo que genera espacios de incerteza a los ciudadanos, negando u obstaculizando uno de los derechos principales que el sistema del *rule of law* defiende, el derecho de libertad personales, dotando a los individuos de la libertad para perseguir su propio proyecto vital, dificultado al no poder realizarlo con certeza y predictibilidad. Y frente a esto, las posturas vuelven a ser diversas, y es que, hay quienes defienden una lista corta de derechos, puesto que cada ampliación hace más difícil su realización, y otros, como Laporta que sostienen la idea de que un catálogo excesivamente concreto y minucioso de derechos humanos corre el peligro inmediato de ser inaplicado en determinados contextos culturales.

Se entiende por tanto, que el futuro de la concepción del *rule of law* deberá mirar a una plano donde se procure una mayor claridad, cumpliendo, siempre, las exigencias formales a las que el poder está sujeto y quizá ampliando las mismas, dejando claro que la conformidad al *rule*

of law es una cuestión de grado. Una completa conformidad es imposible, y la máxima conformidad posible es, por lo general, indeseable.

4.1. **La *rule of law backsliding***⁵³

Se conoce como *rule of law backsliding* al retroceso que está sufriendo este modelo jurídico debido a la llamada crisis de valores, en la cual se cuestionan los valores y principios fundamentales de la UE debido a diferentes fenómenos actuales como: amenaza del terrorismo, la inmigración, crisis económicas, el Brexit...

Esta situación se produce de forma generalizada y se pone patente con la violación reiterada de los elementos básicos del *rule of law*, en especial en los casos de Polonia y Hungría, donde estas irregularidades se hace más patentes.

Es necesario remarcar, que a pesar del optimismo generalizado por el proceso de democratización que se ocasionó con la creación de la Unión Europea, al cual se une la adopción, sobretodo en algunos países, de una serie de reformas políticas, económicas y administrativas para cumplir con los criterios de Copenhague, la realidad es que no se ha conseguido eliminar la profunda fractura existente hasta el momento entre la Europa occidental y la oriental. Y esto se hace ahora notorio con los problemas actuales donde se pone de manifiesto que las transiciones no consiguieron de verdad instaurar la democracia, siendo sistemas frágiles y precarios que no han conseguido liberarse de una historia de autoritarismo demasiado compleja. De esta forma afloran las debilidades estructurales de estos Estados, que no han tenido tiempo de consolidarse suficientemente.

El retroceso por el resurgimiento de tendencias nacional-populistas, así como nuevas formas de autoritarismo, las cuales podrían amenazar la sostenibilidad de la democracia en Europa, ya que están perjudicando a los aspectos esenciales del Estado de derecho, no sólo dentro de su propio territorio, sino a nivel general por su peligroso, e inevitable, efecto dominó. De hecho, como ya hemos adelantado anteriormente, Hungría y Polonia, en los últimos años, se

⁵³ Vid. FAGGIANI, Valentina, “La *rule of law backsliding* como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, 2019, pp. 67-100.

han convertido en dos Estados populistas, liberales y autocráticos, llegando al punto donde ya no se pueden considerar democracias constitucionales.

La término “*backsliding*” se le conoce también por la situación de “*constitutional retrogression*”, entendida como aquella donde se debilitan los elementos estructurales del *rule of law*. Por lo que esta realidad es el resultado de una suma de factores, no sólo relacionados con la Unión Europea, sino también con la tesitura interna del país afectado.

Esta situación comienza, de forma habitual, con la pérdida de confianza en los sistemas de gobierno (nacionales y de la UE) por parte de los ciudadanos. Esto es consecuencia del aumento de la desigualdad, de la falta constante de empleo y de la brecha social. Esta coyuntura impide a la democracia gestionar el conflicto y alcanzar una solución de compromiso.

Es, por tanto, el proceso, a través del cual las autoridades públicas (elegidas voluntariamente) implementan esquemas gubernativos tendentes a anular, o por lo menos debilitar, de forma sistemáticas los controles internos al poder con el objeto de dismantelar el *rule of law*. De esta forma, tales gobiernos consiguen subvenir la democracia desde dentro, afectando a los valores fundamentales y llegando a consolidar nuevos sistemas autocráticos en la UE. Todo esto ocurre con el apoyo de los ciudadanos, los cuales considera que la autoridad es una fuente legítima.

Lo que consigue el *backsliding* es producir un deterioro en la calidad de la democracia a través de una serie de cambios continuos pero progresivos, es decir, no se producen de una sola vez. Además, se trata de una involución que afecta a los tres elementos esenciales de la democracia: elecciones competitivas, derechos fundamentales y un sistema judicial y administrativo respetuoso con la ley y funcional a las decisiones democráticas.

Estos nuevos gobiernos, cuando alcanzan el poder suelen adoptar una serie de medidas dirigidas a anular la autonomía de aquellas instituciones que podrían obstaculizar el refuerzo de los poderes: el judicial, las fuerzas de seguridad y los medios de comunicación. La finalidad detrás de estas acciones es controlar el debate público y eliminar puntos de vista alternativos y opiniones disidentes. Manipulan las normas y las instituciones democráticas como las leyes electorales a su favor y, en muchas ocasiones, como en Hungría, proceden a modificar la Constitución. En definitiva, se utilizan (aunque generalmente no se suprimen formalmente) los mecanismos y las instituciones típicos de la democracia para anular aquellos elementos e

instituciones que garantizan su supervivencia porque todo se desarrolla aparentemente dentro del marco legal del sistema democrático⁵⁴.

La salida ante este tipo de situaciones que se desarrollan en la actualidad se encuentra en los procesos internos de reintegración donde se procura la reafirmación del *rule of law*, su respecto y su ratificación como ideal institucional constituyente del fundamento de relación entre los distintos poderes, el ejecutivo y el judicial. Se pretende volver al límite y control de los poderes públicos que ese sistema judicial defiende.

La UE en estas circunstancias debería jugar un papel fundamental actuando de forma firme y decidida a través de todos los instrumentos que tiene en su poder.

Así mismo, se requiere un nuevo constitucionalismo más sustantivo en el marco de un proyecto, que permita restablecer una equilibrada tensión dialéctica entre *gubernaculum* y *iurisdictio*. La Constitución (en sentido formal) existe y es efectiva solo si tanto los poderes públicos como los ciudadanos se adhieren al sustrato de principios y valores fundamentales en esta formulados⁵⁵.

⁵⁴ FAGGIANI, Valentina, “La *rule of law backsliding* como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, 2019, pp. 67-100.

⁵⁵ FAGGIANI, Valentina, “La *rule of law backsliding* como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 71, pp. 67-100.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos examinado las contribuciones que diferentes etapas y hechos históricos han aportado al concepto de *rule of law*, sistema que se asienta en la idea de limitar el poder a través de la ley, pretendiendo, por tanto, delimitar la discrecionalidad de las autoridades a la hora de gobernar.

PRIMERO. Ciertamente es que el sistema tiene su origen material en la Ilustración y en el movimiento político, social y económico del liberalismo ya que es cuando de forma real se empiezan a articular las bases de la concepción del *rule of law*. Sin embargo, las raíces del mismo se manifiestan incluso en la Antigua Grecia, con las leyes de Sólon. A partir de ese momento la idea empieza a tomar fuerza gracias, en gran medida, a los diferentes pensamientos y reflexiones que surgen alrededor de la misma, destacando, como hemos tenido la posibilidad de analizar, el discurso de Aquino.

SEGUNDO. La llegada del liberalismo tiene gran importancia en el sistema del *rule of law*, no sólo por el desarrollo de diferentes libertades y la defensa de la misma, sino por el reconocimiento de los seres humanos como individuos autónomos que gozan de una dignidad humana, capaces de razonar y de establecer planes de futuro en base a sus pretensiones y siguiendo la reglas. Además destacan diferentes filósofos como Thomas Hobbes, John Locke y Montesquieu, estos ayudarán al desarrollo de las ideas mencionadas, además de sentar las bases del sistema político que conocemos hoy en día.

TERCERO. Lon Fuller es el mayor defensor hasta el momento del derecho naturalista, se centra en el fin del sistema legal, la cual tiene que ser un fin bueno. Defiende, por tanto, que la ley y la moral se encuentran unidas. Además, en el desarrollo de su pensamiento, recogerá ocho exigencias que todo sistema normativo debe cumplir para que funcione. Con la finalidad de reflejar los mismos, contará la historia del monarca Rex, el cual a través de diversos errores llegará a la solución que el autor propone.

CUARTO. H.L.A. Hart, contrario en ideas a Fuller, defiende el positivismo, en el cual la moral y la ley se encuentran separadas, siendo únicamente defendida la infiltración moral cuando sea necesaria para mantener la coherencia legal del sistema. A lo largo de su exposición explicará cómo los desafíos que los naturalistas defienden no tienen cabida en su entendimiento del sistema legal.

QUINTO. Con una posición más absoluta se encuentra Joseph Raz, el cual considera que no ningún tipo de infiltración moral en el sistema legal, y que ambos conceptos son independientes. Al igual que Fuller, sienta unas bases que las disposiciones jurídicas: prospectivas, abiertas, claras, estables...

SEXTO. Estos autores sientan son fundamentales en las ideas del naturalismo y del positivismo, sin embargo, este debate no se encuentra cerrado en la actualidad, y ambas posturas encuentran detractores y defensores. Algunos defiende que el *rule of law* sólo tiene cabida si produce un resultado bueno y justo, pero lo que queda claro, es que a pesar de que se cumplan las formalidades, este objetivo no siempre se satisface. Como ejemplo de esto tenemos el régimen nazi en la Segunda Guerra Mundial.

Lo que sí podemos afirmar es que ambas posturas se asientan en unos elementos característicos como la procura de la prohibición de la arbitrariedad y la limitación de los poderes públicos a través de un sistema legal claro, coherente, seguro, prospectivo...

SÉPTIMO. A pesar de que el constitucionalismo sea uno de los movimientos políticos que más instaurado está en la actualidad sus fallos se están poniendo de manifiesto no sólo por el aumento de funciones del poder ejecutivo en diversos ámbitos, sino también por el creciente desarrollo de nuevos derechos humanos así como un aumento de la jurisprudencia a la hora de interpretar nuevos conflictos, lo que ocasiona una mayor arbitrariedad y por tanto una menor seguridad jurídica. Sin embargo, esta situación puede mejorar si se procuran reglas particulares que hagan frente a la generalidad de los principios constitucionales, aportando unas mayores exigencias formales y, por tanto, añadiendo claridad al derecho.

OCTAVO. A los problemas anteriormente destacados se suma el *backsliding*: movimiento por el cual se debilitan los elementos estructurales de *rule of law*, favoreciendo a anular los controles internos del poder, argumentándose en que la autoridad es fuente legítima para llevar a cabo dichos cambios. Esta circunstancia se pone de manifiesto en Europa en los países de Polonia y Hungría, en los cuales la UE debe actuar de forma firme y a través de las herramientas que tiene a su disposición.

Abstract:

Different contributions to the rule of law system have motivated it to becoming the basis of the British legal system. Although its origin is in the laws of Solon, its development takes

place in the Enlightenment, where the liberal movement lays the foundations with its characteristic elements.

To this system are added different thoughts around it, differentiating a natural conception from a positive conception. The debate is still alive today, but it is accompanied by new problems such as the extension of the limits of rights, the emergence of new freedoms and the backsliding.

Key Words:

Rule of law, limit to governmental power, discretion, constitutionalism, institutional behaviour.

BIBLIOGRAFÍA

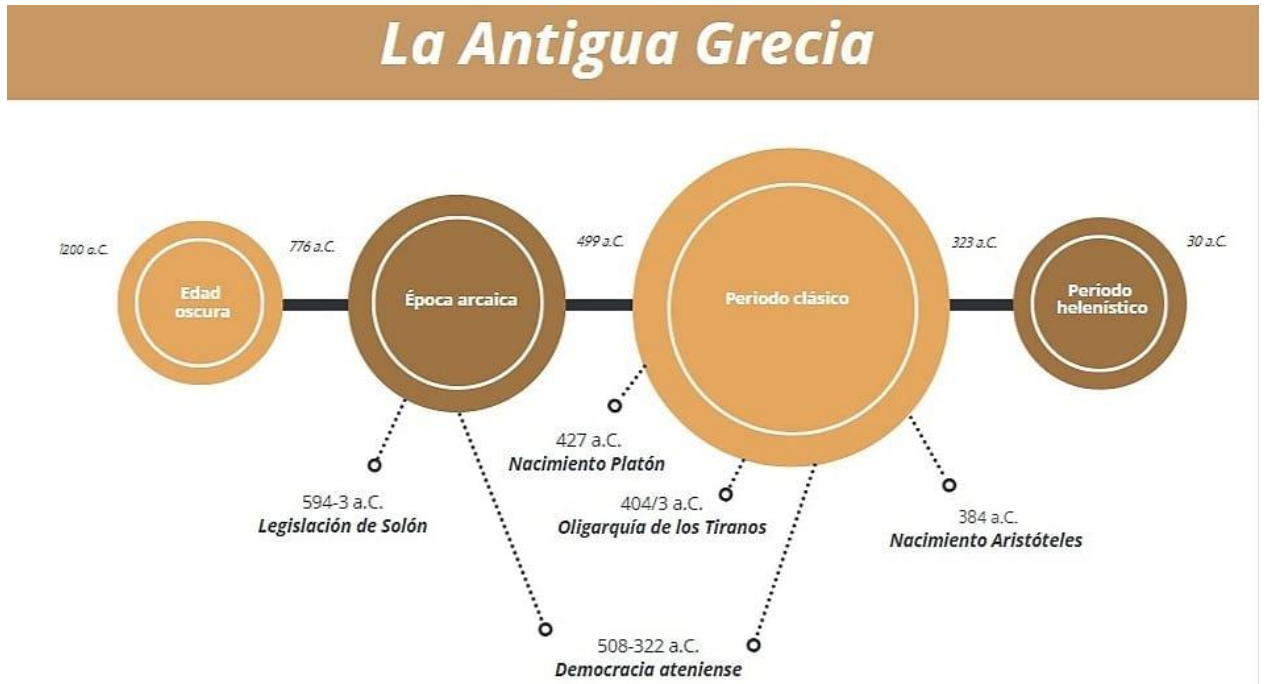
- ARCOS RAMÍREZ, Federico. *Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor ético del rule of law* (Legal positivism, separability thesis and the moral value of the rule of law). Universidad de Almería, AFD, 2015 (XXXI), pp. 137-172.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo. *La concepción sustantiva del Estado de derecho: problemáticas y desafíos*. Revista Jurídicas, 2016, 13 (2), 9-26.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?”, *Revista de derecho* (Valdivia), vol. XXX, n°2 (2017), pp 181-201.
- CAVERO, Bartolomé. *Quaderni fiorentini oer la storio del pensiero guiridico modern*. Giuffrè Editore-Milano, quaderni fiorentini, XXV, 1996.
- DUBY, Georges, *Hombres y estructuras de la Edad Media*. Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 1978.
- ELORZA, Antonio, *Ilustración y liberalismo en España*, Madrid, Tecnos, 2021.
- FAGGIANI, Valentina, “La rule of law backsliding como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 71, pp. 67-100.
- MAREY, Macarena. El rol de la felicidad ajena en la filosofía práctica de Kant (The Role of the Happiness of Others in Kant’s Practical Philosophy). Univerdiad de Buenos Aires (Argentina). *Diánoia*, revista de filosofía, Vol. LXII, n° 78, 2017.
- MITRE FERNÁNDEZ, Emilio, *Iglesia y vida religiosa en la Edad Media*, Madrid, Istmo (1991).
- PEÑA FEIRE, Antonio Manuel. *La constitución del Estado de derecho* (The Constitution of the Rule of Law). Universidad de Granada, AFD, 2020 (XXXVI), pp 87-110.
- RAZ, Joseph, “El Estado de Derecho y su virtud”, en ID., *La autoridad del Derecho*, traducción y notas de Rolando Tamayo Salmorán, México, UNAM, 1985.
- RHODES, Peter John, *La antigua Grecia: una historia esencial*. Epublibre (EPL), 2017.
- TAMANAHA, Brian Z., *On the rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- TRUJILLO, Isabel, “Estado de derecho y práctica de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, n° 73, 2015, pp. 161-180.
- VIOLA, Francesco. *El rule of law como idea de sociedad*. Universidad de Palermo (Italia), *Revista Hyrídica Autral*, Vol. 1 n° 1, junio 2020, pp. 169-186.

- VIOLA, Francesco, “Ley humana, rule of law y ética de la virtud en Tomás de Aquino”, *Revista RYD República y Derecho*, Vol. II, 2017, pp. 1-59.
- *Edición especial: homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro*, Madrid, DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2017.

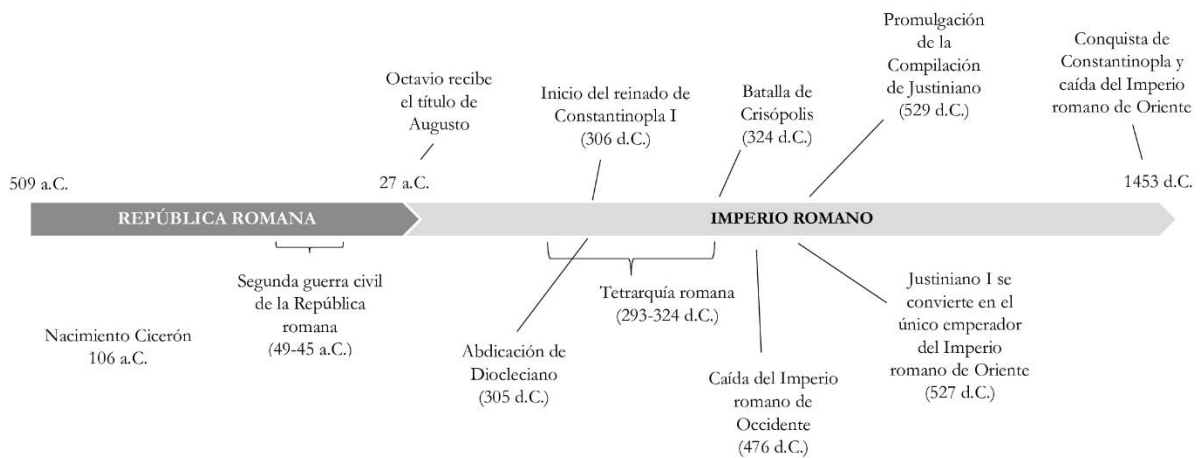
ANEXOS

LÍNEAS DEL TIEMPO:

ANEXO 1. Línea de tiempo, representación de la Antigua Grecia, realizada con VENNGAGE



ANEXO 2. Línea de tiempo, representación del contexto histórico de Roma, realizado con Microsoft Word



ANEXO 3. Representación de la sociedad estamental de la Edad Media, realizada con Microsoft Word



GLOSARIO

Isonomía (p. 3): Igualdad ante la ley.

Augusto (p. 9): Era usado como tratamiento de Octaviano César, y más tarde de todos los emperadores romanos y sus mujeres.

Bárbaro (p.14): Que no pertenecía al imperio romano, por excelencia los germanos; en especial, perteneciente a alguno de los pueblos de Europa y Asia que ocuparon el imperio romano en el siglo V.

Califa (p.14): Título de los príncipes sarracenos que, como sucesores de Mahoma, ejercieron la suprema potestad religiosa y civil en algunos territorios musulmanes.

Trovador (p. 15): Poeta de la Edad Media que escribía y trovaba en lengua de occitano.

- Occitano: Lengua romance que cultivaron los trovadores en época medieval y que en la actualidad se habla en el sur de Francia, Mónaco, zonas del noroeste de Italia y en el valle de Arán.

Juglar (p.15): En la Edad Media, persona que iba de unos lugares a otros y recitaba, cantaba, bailaba o hacía juegos ante el pueblo o ante los noble y reyes.

Vasallo (p.15): Persona sujeta al rey o a algún señor con vínculo de vasallaje.

Clero (p.18): Conjunto de las personas que han recibido las órdenes sagradas de las iglesias cristianas.

Simonía (p.18): Compra o venta deliberada de cosas espirituales, como los sacramentos y sacramentales, o temporales inseparablemente anejas a las espirituales, como las prebendas y beneficios eclesiásticos.

Nicolaísmo. (p.18): Doctrina contraria al celibato eclesiástico que apareció en la edad media durante la reforma gregoriana.

Sínodo (p.19): Junta del clero para discutir y decidir sobre temas y asuntos eclesiásticos.

Antipapa (p.19): Papa elegido irregularmente en oposición al legítimo.

Eclesiástico (p.19): Perteneciente o relativo al escolasticismo.

- Escolasticismo: Filosofía de la Edad Media, cristiana, árabe y judaica, en la que domina la enseñanza de las doctrinas de Aristóteles, concertada con las respectivas doctrinas religiosas.

Barón (p. 20): Persona con un título nobiliario que en España y en otros países es inmediatamente inferior al de vizconde.