

Barzotto, Luis F.

Legalidad y derecho natural institucional

Legal and institutional natural law

Prudentia Iuris N° 78, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Barzotto, L. F. (2014). Legalidad y derecho natural institucional [en línea], *Prudentia Iuris*, 78. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/legalidad-derecho-natural-barzotto.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LEGALIDAD Y DERECHO NATURAL INSTITUCIONAL Legal and Institutional Natural Law

Luis F. Barzotto¹

Resumen: En su obra *The morality of law*, Lon Fuller pretende indicar ocho principios de la legalidad (*principles of legality*) que orientan la actividad de la legislación. La legalidad se presenta como un ejemplo de una concepción procedimental o institucional del derecho natural (*procedure natural law* o *institutional natural law*). El objeto del “iusnaturalismo institucional” de Fuller no es el contenido ético universal del derecho (derecho natural sustantivo), sino su modo formal-procedimental de existencia (derecho natural institucional). Este artículo tiene cuatro partes. Primero, el proyecto del iusnaturalismo institucional; segundo, los ocho principios de la legalidad de Fuller señalando su presencia también en las obras de Tomás de Aquino, Hobbes y Von Hayek; tercero, algunos conceptos de Wittgenstein y de John Searle que iluminan el aspecto metodológico del iusnaturalismo institucional y cuarto, se apuntará que el proyecto de un iusnaturalismo institucional ya está presente en la reflexión tomista sobre el *ius gentium*. En la conclusión, se recurrirá a las contribuciones de Jeremy Waldron para establecer el *locus* del iusnaturalismo institucional en el interior de la tradición iusnaturalista.

Palabras claves: Fuller - Principios de la legalidad - Derecho natural - iusnaturalismo institucional - Waldron.

Abstract: In his book *The morality of law*, Lon Fuller intended to indicate eight principles of legality that guide the activity of the law. The legality is presented as an example of a procedural or institutional conception of natural law. The purpose of “institutional iusnaturalism” of Fuller is not the universal ethical content of the right, but its formal-procedural existence (institutional natural law) mode. This article has four parts. First, the project of institutional iusnaturalism; second, the eight principles of the legality of Fuller indicating its presence also in the works of

¹ Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doctor en Derecho por la Universidade de São Paulo (USP). E-mail: luis.barzotto@ufrgs.br.

Thomas Aquinas, Hobbes and Von Hayek; third, some concepts of Wittgenstein and John Searle that illuminate the methodological aspect of the institutional iusnaturalism and four, will be noted that the draft institutional iusnaturalism is already present in the thomistic reflection on the *ius gentium*. In conclusion, will be used to contributions from Jeremy Waldron to establish the institutional locus of natural law within the natural law tradition

Key-words: Fuller - Principles of Legality - Natural Law - Institutional Natural Law - Waldron.

1. El iusnaturalismo institucional

En *The morality of law*, cuya edición definitiva es de 1969, Lon Fuller innova la comprensión del derecho natural. Hasta entonces, el iusnaturalismo era entendido, tanto por sus defensores como por sus detractores, como una teoría moral sustantiva. En esta, determinados principios o valores éticos asumen el estatuto de verdades prácticas universales, desempeñando la función de criterios de evaluación del fenómeno jurídico. Sin negar esta dimensión sustantiva del iusnaturalismo, Fuller le añade una dimensión procedimental (*procedural*) o institucional (*institutional*) que también poseería un carácter ético, pero que descansaría sobre aspectos formales y no materiales de la experiencia jurídica.

En la obra citada, Fuller analiza ocho características que estarían presentes en la actividad legislativa, entendiendo la legislación (*lawmaking*) como “el emprendimiento (*enterprise*) de sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas”². En tanto tal, la ley es una expresión “de la capacidad humana de crear y proyectar orden”³. En esta visión, Fuller da continuidad a la visión del iusnaturalismo clásico: para Aristóteles, “la ley (*nomos*) es una cierta orden (*taxis*)”⁴; y según Tomás de Aquino, “la ley (*lex*) es un arte de [...] ordenar la vida humana”⁵.

Al asumir este emprendimiento, el legislador debe, necesariamente, someterse a los “principios de la legalidad” (*principles of legality*)⁶, a saber, “ocho estándares sobre cuya base puede hablarse de un grado de excelencia en el ámbito de la legalidad”⁷. Son ellos:

² Fuller, Lon (1969). *The morality of law*. New Haven. Yale University Press, 74 (en adelante, *ML*). En el texto de Fuller, esta es una definición de *law* –derecho o ley. La ambigüedad del término se refleja en la obra de Fuller en que *law* significa tanto derecho como ley. Aquí no se ocupa de cuál sería la mejor aprensión global de la obra de Fuller. En este artículo, se lo interpreta como estando ocupado con el fenómeno de la ley y la legislación, sin excluir que su análisis tiene un alcance más amplio. Para una interpretación en este último sentido, cf. Vidal Martins, Ángela (2013). *A moralidade do direito*. Porto Alegre. Lex Magister.

³ Fuller, Lon (1965). “A reply to professors Cohen and Dworkin”. En *Villanova Law Review*. vol. 10, 665.

⁴ Aristóteles. *Política*. VII, 1326a 30. México. UNAM (2000).

⁵ Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. Q. 104, a.4. En adelante, *ST*.

⁶ *ML*, 206. Aquí también corresponde observar que el término *legality* puede traducirse como “juridicidad”. Con todo, por las razones expresadas en la nota 2, se lo traduce como “legalidad”.

⁷ Ídem, 42.

- 1) Generalidad (de las reglas).
- 2) Promulgación.
- 3) Prospectividad o irretroactividad.
- 4) Claridad.
- 5) Consistencia (no contradicción).
- 6) Posibilidad (las leyes no pueden exigir lo imposible).
- 7) Estabilidad.
- 8) Congruencia (entre las leyes editadas y la acción oficial).

La existencia de estos principios y el modo de conocerlos son explicados por Fuller del siguiente modo:

“En casi todas las sociedades, los seres humanos se tornan conscientes de la necesidad de sujetar ciertas conductas al explícito control de las reglas. Cuando ingresan en este emprendimiento [...], ellos descubren que este [...] posee una lógica interna (*inner logic*) propia, que establece exigencias (*demands*) que deben ser satisfechas para que sus objetivos sean alcanzados. Es porque los hombres generalmente perciben estas exigencias y las respetan que los sistemas jurídicos muestran una cierta semejanza en las sociedades que son totalmente diversas. Es porque la ley es un emprendimiento con un propósito que él muestra constantes estructurales (*structural constancies*) que el teórico del derecho puede descubrir y tratar como uniformidades que están dadas fácticamente”⁸.

Estos principios admiten un grado mayor o menor de realización. Pero, sin que se atienda mínimamente a las exigencias de estos principios, no hay legislación. Ello porque ellos expresan las condiciones para que el emprendimiento legislativo tenga éxito. En tanto tales, ellos se imponen al legislador, independientemente de las finalidades concretas que él busque obtener con la legislación, y, por extensión, se imponen al teórico, más allá de su afiliación a esta o a aquella tradición filosófica⁹. El compromiso del legislador con estos principios “no es solo un elemento de un ‘modelo conceptual’: él es parte de la realidad social”¹⁰. Si el conjunto de estos principios es designado –como sugiere John Finnis– por la expresión *rule of law*¹¹, se obtiene una conexión empíricamente verificable entre *law* –ley– y *rule of law* –imperio de la ley. Todo legislador que quiera que la ley (*law*) editada por él gobierne (*rule*) efectivamente la conducta de los destinatarios, debe obedecer a los ocho principios de la legalidad. Sin la adhesión a los principios de la legalidad (*rule of law*), el legislador no logra producir una ley (*law*): “[...] debo disculparme por la insistencia sobre una tesis tan obvia como aquella según la cual una adhesión mínima” a los principios de la legalidad “es esencial a la eficacia práctica de la ley, si este punto no fuese frecuentemente ignorado”¹². El legislador, así

⁸ Ídem, 151.

⁹ Este punto será ilustrado más adelante, al indicarse la presencia de los principios de la legalidad en las obras de Tomás de Aquino, Thomas Hobbes y Friedrich von Hayek.

¹⁰ *ML*, 219.

¹¹ Finnis, John (1980). *Natural law and natural rights*. Oxford. Oxford University Press, 270.

¹² *ML*, 156.

como el carpintero, debe seguir las “leyes naturales” de su propia actividad si quiere que ella sea efectiva. De hecho, los principios del *rule of law* tienen para el legislador el mismo estatuto “de las leyes naturales (*natural laws*) de la carpintería, o, por lo menos, de aquellas leyes respetadas por un carpintero que quiera que la casa en que trabaja dure y sirva al propósito de aquellos que viven en ella”¹³.

Pero no es porque los principios de la legalidad son constantes estructurales fácticas de la legislación que ellos carecen de naturaleza moral. En realidad, el objetivo de la obra de Fuller es defender su naturaleza intrínsecamente moral: los ocho principios enrolados forman la moralidad interna de la ley (*law's internal morality*). La ley posee una naturaleza moral por su propósito intrínseco, que es ordenar la vida en sociedad: “Creo que orden, claridad y coherencia poseen una afinidad con bondad y conducta moral”¹⁴. A través de la ordenación de la conducta humana, la ley busca fines materiales. Estos objetivos externos al orden impuesto por la ley integran lo que Fuller denomina “moralidad externa” de la ley. Aunque las dos moralidades interactúan de varias formas, lo que debe ser retenido es la prioridad, para el punto de vista jurídico, de la moralidad interna respecto la moralidad externa. Así, por ejemplo, el juez, al aplicar la ley, debe orientarse prioritariamente por la moralidad interna de la ley:

“Allí donde se trata de propósitos extrínsecos al derecho, forma parte del *ethos* del oficio del juez que él permanezca –en la medida de lo posible para las capacidades humanas– neutral ante las posiciones morales que pueden estar presentes en la ley sobre cuestiones como divorcio, contracepción, juegos de azar o la requisición de bienes de propiedad privada para motivos de utilidad pública.

Pero las mismas consideraciones que piden una postura de neutralidad delante de los objetivos externo del derecho, piden un empeño por parte del juez frente a la moralidad interna del derecho (*law's internal morality*). Sería, por ejemplo, una abdicación de las responsabilidades de su oficio, una posición neutral que fuera asumida por el juez entre una interpretación del derecho que implicara obediencia a este en los límites de la capacidad del ciudadano común y una interpretación que volviera imposible a este último la observancia de sus disposiciones”¹⁵.

En el texto citado, Fuller se refiere a uno de los ocho principios o estándares de la legalidad: la posibilidad de obediencia a lo que prescribe la ley. Al formar parte de la moralidad interna de la ley, el juez está absolutamente vinculado a este estándar. No puede interpretar la ley de modo que su cumplimiento se vuelva imposible al ciudadano. A la vez, puede suceder que la interpretación jurídicamente más adecuada es contraria a sus valores morales particulares, puesto que su posición de juez hace de él el guardián de la ley y de su moralidad interna, y no un tirano togado que impone a sus conciudadanos su concepción moral, que Fuller denomina “externa” a la ley.

¹³ *ML*, 96.

¹⁴ Fuller, Lon (1965). “A reply to professors Cohen and Dworkin”. Ob. cit., 666.

¹⁵ *ML*, 131-132.

Como la moralidad interna de la ley se orienta por el propósito formal de la misma, es decir, establecer el orden en las relaciones sociales, puede hablarse aquí de “una especie procedimental (*procedural*) o institucional (*institutional*) de derecho natural”¹⁶:

“Un modo conveniente [...] de describir la distinción hecha [entre moralidad interna y moralidad externa del derecho] es aquel de hablar de un derecho natural procedimental como distinto de un derecho natural sustancial (*substantive natural law*). Aquella que he llamado moralidad interna del derecho es, en este sentido, una versión procedimental del derecho natural [...]. El término procedimental (*procedure*) es muy apropiado en tanto capaz de indicar que no estamos interesados en los objetivos sustanciales de las reglas jurídicas, sino en los modos como un sistema de reglas dirigido a gobernar la conducta humana debe ser construido y administrado si pretende ser eficaz y, al mismo tiempo, permanecer aquello que se propone ser”¹⁷.

La moralidad interna de la ley o *rule of law*, además de constituir un conjunto de “leyes naturales” para la legislación en un sentido fáctico –no hay ley sin el *rule of law*, así como una casa no puede ser construida si no se siguen las “leyes naturales” de la carpintería–, expresa un sentido normativo, el de que los principios de la legalidad constituyen deberes para el legislador. Eso conecta el derecho natural procedimental o institucional de Fuller con la tradición del derecho natural, puesto que los ocho principios de la legalidad son constitutivos (fácticos), pero también normativos (éticos); expresan lo que es debido en términos institucionales a los seres humanos considerados como seres libres:

“La moral de la ley (*legal morality*) puede ser neutral acerca de una vasta serie de cuestiones éticas. Ella no puede ser neutral acerca de la concepción del propio hombre. Comprometerse en el emprendimiento de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas necesariamente implica la adhesión a la visión según la cual el hombre es, o puede tornarse, un agente responsable, capaz de comprender y seguir las reglas, y responder por sus faltas. Todo distanciamiento de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del ser humano como agente responsable. Juzgar sus acciones en base a reglas no publicadas o retroactivas, u ordenarle un acto imposible significa manifestarle su indiferencia respecto a su capacidad de autodeterminación”¹⁸.

De ese modo, el *rule of law* admite varias visiones morales sustantivas, pero solo una antropología, la que considera al ser humano como un ser libre y, por tanto, responsable: “[...] la moral específica de la ley articula y nos hace presente una visión del ser humano que es indispensable para el derecho y la moral”. A partir de ahí, puede afirmarse que el sentido normativo fundamental de los principios de la legalidad “es asegurar a quienes está sujetos a la autoridad la dignidad de la autodeterminación y la libertad respecto a ciertos tipos de manipulación. El *rule of law* está, por tanto, entre las exigencias de la justicia”¹⁹.

¹⁶ Ídem, 184.

¹⁷ Ídem, 96-97.

¹⁸ Ídem, 162.

¹⁹ Finnis, John (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 301.

Aunque el *rule of law* o moralidad interna de la ley constituye una exigencia de justicia procedimental o formal para seres naturalmente libres, no garantiza la justicia material de la ley: “La moral interna a la ley es una condición necesaria, pero no suficiente, para la justicia”²⁰. Herbert Hart, en su obra *The concept of law*, sostuvo que la obediencia a los estándares de la moral interna del derecho podrían estar presentes en regímenes políticos sumamente injustos²¹. La réplica de Fuller se insertó dentro de la exigencia de que el argumento de Hart estuviera acompañado de ejemplos históricos:

“Hart quiere decirnos que es posible, forzando un poco la imaginación, concebir el caso de un monarca malvado que persigue los fines más inicuos y, a la vez, conserva un respeto genuino por los principios de la legalidad [...]. ¿Entiende, Hart, que la historia brinda efectivamente ejemplos significativos de regímenes que combinaron una fiel adhesión a la moral interna del derecho con una indiferencia brutal hacia la justicia y el bienestar del hombre? Si es así, le agradeceríamos que nos proporcionara algunos ejemplos históricos en torno a los cuales pudiéramos tener alguna discusión significativa”²².

Sea como fuere, dada la inseparabilidad de forma y contenido, Fuller afirma, al lado de su “derecho natural procedimental”, un contenido ético mínimo para la ley y para el derecho en general, el “derecho natural sustantivo” (*sustantive natural law*). El derecho natural sustantivo está ligado a la idea de “coordinar los esfuerzos”²³ en el interior de un grupo. De un modo más preciso, el derecho natural expresa la necesidad natural de comunicación, en el sentido del concepto clásico de *communicatio* –“tornar común lo propio”–: “Creo que si fuéramos forzados a seleccionar el principio que sostiene y encoraja todas las aspiraciones humanas, lo encontraríamos en el objetivo de mantener la comunicación (*communication*) con nuestros semejantes”²⁴. O en una formulación más precisa: “El principio central indiscutible de lo que puede llamarse derecho natural sustantivo [...] es el siguiente: abra, sostenga y preserve la integridad de los canales de comunicación por los cuales los hombres transmiten unos a otros aquello que perciben, sienten y desean”²⁵.

Así como en el derecho natural procedimental, la antropología que funda el derecho natural sustantivo de Fuller es unívoca. Así como la moralidad interna de la ley está ligada a la libertad, la moralidad externa mínima y “natural” de la ley (y del derecho) está ligada a la necesidad de comunicación, al carácter comunitario del ser humano. Con este elemento se completa la antropología que funda el proyecto iusnaturalista de Fuller: en la perspectiva del derecho natural procedimental, el ser humano es un ser libre; y en la perspectiva del derecho natural sustantivo, es un ser comunitario. Con ello, el proyecto de Fuller se vincula antropológicamente a los elementos de la noción clásica de persona: la libertad/subjetividad y la comunidad/relacionalidad.

²⁰ *ML*, 168.

²¹ Hart, Herbert (1961). *The concept of law*. Oxford. Oxford University Press, 202.

²² *ML*, 154.

²³ Ídem, 186.

²⁴ Ídem, 186.

²⁵ Ídem, 186.

2. Los ocho principios/estándares de la legalidad

A continuación, al exponer los ocho principios de la legalidad, vamos a buscar ejemplificarlos a partir de tres autores de matrices teóricas radicalmente diversas: Tomás de Aquino, Thomas Hobbes y Friedrich von Hayek. De ese modo, pretendemos ofrecer un argumento a favor de la tesis de Fuller: el de que el emprendimiento legislativo posee una lógica interna que se expresa en parámetros (*standards*) que pueden ser reconocidos en todas las sociedades que utilizan la legislación como fuente del derecho.

2.1. *Generalidad* (Generality of law)

Según Fuller, “la primera exigencia de un sistema que quiera sujetar la conducta humana al gobierno de reglas es que existan reglas. Esto puede ser explicitado como exigencia de generalidad”²⁶. La regla es un imperativo general que se diferencia del comando, que es un imperativo específico o concreto: “El control de las acciones de los ciudadanos se hace no a través de directivas específicas, sino mediante reglas generales, expresión del principio de que casos iguales deben recibir tratamiento igual”²⁷. La regla no se dirige hacia un sujeto determinado en una situación determinada, con vistas a una finalidad determinada, sino que se dirige hacia un destinatario típico en una situación típica, sin apuntar a la realización de un propósito concreto.

Debe tenerse en consideración que la existencia de reglas generales es un requisito formal del natural institucional, y, en tanto tal, prescinde de una evaluación de su contenido: “La exigencia puesta por la moralidad interna del derecho es que existan reglas [...], justas (*fair*) o injustas (*unfair*)”²⁸. La generalidad, como requisito formal, no garantiza la justicia material de la ley, lo que no significa su neutralidad respecto al contenido. En fin de cuentas, forma y contenido están en relación recíproca, de tal manera que la obediencia a la moralidad interna del derecho representa siempre una aproximación a la justicia material: “La ley puede ser mala, injusta; pero, a causa de su condición general y abstracta, se reduce al mínimo este peligro. El carácter protector de la ley, su propia razón de ser, descansa sobre su carácter general”²⁹.

Para Tomás de Aquino, “las proposiciones universales de la razón práctica ordenadas a las acciones tienen razón de ley”³⁰. Es decir, forma parte del concepto de ley (razón de ley) su carácter general o universal. De hecho, para Tomás, la función ordenadora de la ley exige su generalidad: “Si hubiese tantas reglas [...] cuanto son las cosas regladas [...], cesaría la utilidad de la regla [...] que es permitir que muchas cosas puedan ser conocidas a partir de una sola. Y así ninguna sería la utilidad de la ley, si fuese extendida solamente a un solo acto”³¹.

²⁶ Ídem, 46.

²⁷ Ídem, 271.

²⁸ Ídem, 47.

²⁹ Duguit, Leon *apud* Schmitt, Carl (1928). *Teoría de la constitución*. Madrid. Alianza, 163.

³⁰ *ST* I-II, q. 90, a.1

³¹ *ST* I-II, q. 96, a.1

Asimismo, para Hobbes, la generalidad de la ley forma parte de su concepto: “Las leyes son juicios o sentencias generales del legislador”³².

Hayek considera que la cláusula básica de la “constitución de un pueblo libre” se resumiría en limitar el Poder Legislativo a la producción de reglas generales: “El Legislativo [...] solo puede hacer reglas generales que serán aplicadas a un número desconocido de circunstancias futuras”³³.

2.2. Promulgación (Promulgation)

La necesidad de promulgación es tal que ella no necesita recomendación explícita: “Aunque no está prevista en la constitución americana [...] dudo que haya pasado por la mente de algún congresista”³⁴ la posibilidad de no promulgar las leyes.

Tomás vincula la obligatoriedad y la efectividad de la ley a su promulgación: “Para que la ley obtenga la fuerza de obligar [...] es necesario que se aplique a los hombres que según ella deben ser reglados. Dicha aplicación se hace mientras es llevada al conocimiento de ellos por la promulgación. Por tanto, la promulgación es necesaria para que la ley tenga su fuerza”³⁵.

Para Hobbes, la promulgación también está ligada a la misma definición de ley: “Como la ley es un comando que consiste en la declaración o manifestación de voluntad de quien ordena, oralmente o por escrito, o mediante otras señales suficientes de la misma voluntad, podemos comprender que el comando del Estado solo es ley para aquellos que tienen medios para enterarse de ella”³⁶.

Hayek relaciona la promulgación al *rule of law*: “*Rule of law* significa que todas las acciones del gobierno son regidas por normas previamente establecidas y divulgadas”³⁷.

2.3. Prospectividad (Retroactive laws)

El estándar de la prospectividad veda leyes retroactivas, aquellas que pretenden reglar hechos pretéritos. Fuller defiende que “una ley retroactiva es ciertamente una monstruosidad. La ley se relaciona a la dirección de la conducta humana por medio de reglas. Hablar de gobierno o de dirección de una conducta hoy mediante reglas que se emanarán mañana significa hacer un discurso vacío”³⁸.

Igualmente Tomás sostiene que “las leyes imponen necesidad a los negocios futuros”³⁹.

³² Hobbes, Thomas (1983, 1651). *Leviatã*. São Paulo. Abril Cultural. XXVI, 172.

³³ Hayek, Friedrich von (1985). *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo. Visão. V. 3, 115.

³⁴ *ML*, 149.

³⁵ *ST I-II*, q. 90, a.4.

³⁶ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Ob. cit., XXVI, 164.

³⁷ Hayek, Friedrich von (2010, 1944). *Caminho de servidão*. São Paulo. Instituto Von Mises, 89.

³⁸ *ML*, 53.

³⁹ *ST I-II*, q. 90, a.4.

Hobbes formula el principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” del siguiente modo: “Ninguna ley hecha después de practicado un acto puede transformar este en crimen [...], puesto que una ley positiva no puede conocerse antes de que se haga y, por tanto, no puede ser obligatoria”⁴⁰.

Hayek relaciona el estándar de la prospectividad a una exigencia del *rule of law*: “La forma asumida por el *rule of law* en el derecho penal es, en general, expresada por la máxima latina *nulla poena sine lege*. La esencia de esta máxima es que la ley debe existir como norma general antes de presentarse el caso al que deba aplicarse”⁴¹.

2.4. Posibilidad (Laws requiring the impossible)

La ley no puede exigir conductas imposibles de ser realizadas.

Según Tomás de Aquino, “la disciplina [de la ley] debe ser conveniente a cada cual según su posibilidad, siendo que la primera es la posibilidad natural (en efecto, no se puede imponer a los niños las mismas cosas que a los hombres adultos); y debe ser posible según la costumbre humana, puesto que el hombre no puede vivir solo en la sociedad, sin ajustar su conducta a los demás”⁴².

Para Hobbes, la imposibilidad se manifiesta cuando una ley exige, por ejemplo, que el ser humano adopte conductas que llevarían a la pérdida de su vida: “Si alguien es obligado, por el terror de una muerte inminente, a practicar un acto contrario a la ley, está enteramente disculpado, porque ninguna ley puede obligar al hombre a renunciar a su propia preservación”⁴³.

2.5. Claridad (Clarity of laws)

Si la legislación es oscura, eso “puede tornar un comportamiento según la ley inviable”⁴⁴. Por ello, ella debería “ser suficientemente clara para alcanzar el doble objetivo de dar al ciudadano una información acerca de la conducta prohibida y brindar adecuadas directivas para las decisiones judiciales”⁴⁵.

Tomás sostiene “que la ley debe ser clara, de suerte a no contener por oscuridad algo capcioso [...]. La claridad es exigida como precaución en contra del perjuicio que pueda provenir de la misma ley”⁴⁶. Una ley oscura causa perjuicio a la sociedad, pues es un factor de desorden.

Hobbes pretende que la claridad debe ser buscada en el justo medio entre brevedad excesiva y minuciosidad excesiva: “En cuanto a las leyes escritas, si son

⁴⁰ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Ob. cit., XXVI, 177.

⁴¹ Hayek, Friedrich von (2010). *Caminho de servidão*. Ob. cit., 98.

⁴² *ST I-II*, q. 95, a.3.

⁴³ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. XXVI, 181.

⁴⁴ *ML*, 63.

⁴⁵ *Idem*, 103.

⁴⁶ *ST I-II*, q. 95, a.3.

breves, fácilmente serán malinterpretadas a causa de la diversidad de significaciones de una o dos palabras; y si son largas, serán aún más oscuras, debido a la diversidad de significaciones de muchas palabras⁴⁷.

Hayek asocia la falta de claridad de la legislación a la introducción de términos vagos, como “justo” o “razonable”, pues eso significa que es necesario cada vez más dejar la decisión del caso concreto al poder discrecional del juez o la autoridad competente. Según él, “se podría describir una historia del declive del *rule of law* [...] en base a la introducción progresiva de esas fórmulas vagas en la legislación y la jurisdicción [...], los cuales, en dichas circunstancias, no pueden dejar de convertirse en un instrumento político⁴⁸.”

2.6. *Consistencia* (Contradictions in the laws)

El estándar de consistencia simplemente exige que la ley, en orden a imprimir una dirección dotada de sentido al esfuerzo humano, no pueda exigir comportamientos contradictorios. El precepto “se derogan las disposiciones contrarias” es una expresión de esa necesidad de imprimir una dirección unívoca a la conducta. En efecto, un legislador que torna el acto “x” lícito e ilícito en la misma ley no impone ningún deber, no transmite ningún mensaje normativo.

Tomás define la ley como “cierta regla y medida de los actos, según la cual alguien es llevado a obrar o a apartarse de la acción⁴⁹”. Se entiende: no es posible que la ley sirva como medida de la acción si ella impone la acción “x” y simultáneamente la abstención de la acción “x”. Es así que a la luz del estándar de consistencia se podría leer la expresión “obrar o apartarse de la acción”.

Hobbes sostiene que la contradicción en las leyes es un mal que solo puede combatirse por la unificación de la autoridad legislativa y judicial en el Estado: “Subsiste la duda sobre a cuánto a aquel cuya razón debe ser aceptada como ley. No puede tratarse de ninguna razón privada, porque, en este caso, habría tantas contradicciones en las leyes como las hay en las Escuelas [...]. Por tanto, lo que hace la ley [...] es la razón del [...] Estado y sus comandos. Y siendo el Estado, en su representante, una sola persona, no es fácil que surja cualquier contradicción en las leyes, y cuando ello sucede, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, de eliminar la contradicción⁵⁰.”

Para Hayek, “debemos juzgar normas particulares por su [...] consistencia respecto a todas las normas reconocidas del sistema. La consistencia [...] en este contexto significa que las normas sirven al mismo orden abstracto de acciones y evitan conflictos entre las personas que las observan⁵¹.”

⁴⁷ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Ob. cit., XXVI, 167.

⁴⁸ Hayek, Friedrich von (2010). *Caminho de servidão*. Ob. cit., 93.

⁴⁹ *ST I-II*, q. 90, a.1.

⁵⁰ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Ob. cit., XXVI, 164.

⁵¹ Hayek, Friedrich von (1985). *Direito, legislação e liberdade*. Ob. cit. v. 2, 27.

2.7. Estabilidad (Constancy of the law through time)

El principio de la estabilidad prescribe que “las reglas no deben ser cambiadas frecuentemente”⁵².

En Tomás, este estándar es afirmado de un modo tan riguroso que el cambio no puede justificarse porque promueve una mejoría cualquiera en el bien común material. Solo se justifica si es absolutamente necesario para dicha mejoría, puesto que el perjuicio que el cambio causa al bien común formal de la comunidad, a saber, el orden, es una consideración que debe obtener precedencia en toda deliberación tendiente al cambio en la legislación: “El mismo cambio de la ley tiene en sí mismo cierto perjuicio del bien común [...] porque, cuando se cambia la ley, disminuye la fuerza coercitiva de la misma, en tanto se abole la costumbre. Así, nunca debe cambiarse la ley humana, salvo que compense el bien común tanto cuanto el cambio que le sustrajo”⁵³.

Para Hayek, la estabilidad de la ley está relacionada a la igualdad entre los ciudadanos, de modo que el largo período de vigencia inviabilice los intentos de utilizar la ley para beneficiar algunos en detrimento de otros: “Las leyes se aplican o deberían aplicarse a períodos bastante largos, de modo que fuera imposible saber si favorecerían a ciertas personas más que a otras”⁵⁴.

En este contexto, puede citarse igualmente a Norberto Bobbio para afirmar que el estándar de la estabilidad de la ley está relacionado a la misma función estabilizadora del derecho en general: “El derecho tiene una función estabilizadora. Dentro de la mutación histórica, el derecho representa aquello que detiene el movimiento, que lo encauza y lo solidifica; en la variación de las acciones humanas, representa el establecimiento de un orden”⁵⁵.

2.8. Congruencia (Congruence between official action and declared rule)

La congruencia entre las leyes y el comportamiento de la autoridad es el más importante de todos los principios de la legalidad, y expresa el mismo ideal del *rule of law*: “Este estándar exige que, dentro del área cubierta por la ley, los actos del gobierno respecto al ciudadano estén en conformidad (es decir, sean autorizados o validados) con reglas previamente declaradas por el mismo gobierno”⁵⁶.

Para Tomás, esto significa que el príncipe o legislador está sujeto a la ley en lo que hace a su carácter imperativo para la conducta o *vis directiva*: “Todos los hombres deben estar sujetos a ley humana [...]. Respecto a la fuerza directiva de la ley, el príncipe está sujeto a la ley”⁵⁷.

⁵² *ML*, 79.

⁵³ *ST I-II*, q. 97, a.2.

⁵⁴ Hayek, Friedrich von (2010). *Caminho de servidão*. Ob. cit., 90.

⁵⁵ Bobbio, Norberto (2009). *El problema del positivismo jurídico*. México. Fontamara, 38.

⁵⁶ *ML*, 211.

⁵⁷ *ST I-II*, q. 96, a.5.

Hobbes, a su vez, alerta al soberano para que este no desautorice por sus acciones las conductas que ha impuesto a través de su legislación: “Los gobernantes deben tener el cuidado de no sancionar oblicuamente [por sus acciones] lo que directamente prohíben [por las leyes]. Los ejemplos de los príncipes son y siempre han sido, para quienes los ven, más fuertes como motivos para la acción que las mismas leyes”⁵⁸.

Hayek vincula directamente la congruencia con el *rule of law*: “*Rule of law* significa que todas las acciones del gobierno sean regidas por normas previamente establecidas y divulgadas –las cuales hacen posible prever con razonable grado de certeza de qué modo la autoridad usará sus poderes coercitivos en circunstancias dadas, permitiendo a cada uno planear sus actividades individuales en base a ese conocimiento–”⁵⁹.

Al analizar el estándar de la congruencia, Fuller brinda una contribución decisiva para aclarar el concepto de legislación. En efecto, legislar no consiste, “como piensa el positivismo, en una proyección unilateral de la autoridad política, que tiene su origen en ella y se impone como tal al ciudadano”⁶⁰. Eso porque legislar para otro implica legislar para uno mismo; toda vinculación de la conducta social por la ley implica autovinculación por parte del legislador: “Publicando una ley [...] la autoridad no da simplemente una directiva al ciudadano; ella impone a sí misma una clara limitación a sus poderes en lo que respecta a una esfera particular de la conducta humana”⁶¹. Y eso sucede por una razón bastante sencilla: para que la ley “tenga sentido” en la práctica social, supone que no solo el ciudadano orientará su comportamiento por ella, sino también la misma autoridad estatal que editó la ley. “Si el ciudadano supiera de antemano que la autoridad, al lidiar con él, no tomará en cuenta las reglas por ella misma proclamadas, él tendría un escaso incentivo para obedecerlas. La publicación de reglas lleva claramente consigo el ‘significado social’ según el cual quien hace las reglas respetará las reglas que él mismo ha creado”⁶².

El totalitarismo, como régimen contrario al Estado de Derecho, también se pone fuera del alcance de este estándar. En el análisis de Hannah Arendt, “tras la promulgación de las leyes de Nuremberg, se ha verificado que los nazis no tenían el mínimo respeto siquiera por sus propias leyes. En lugar de eso, siguió ‘la constante marcha hacia sectores siempre nuevos’, de modo que el objetivo y la competencia de la política secreta del Estado, así como de todas las demás instituciones estatales o partidarias creadas por los nazis, no podían ser definidos por las leyes y normas que los regían”⁶³.

⁵⁸ Hobbes, Thomas. *Leviatã*. Ob. cit., XXVI, 183.

⁵⁹ Hayek, Friedrich von (2010). *Caminho de servidão*. Ob. cit., 89.

⁶⁰ *ML*, 204.

⁶¹ *Ídem*, 212.

⁶² *Ídem*, 217.

⁶³ Arendt, Hannah (1990, 1951). *Origens do totalitarismo*. São Paulo. Companhia das Letras, 444.

3. Los principios/estándares de la legalidad como “gramática” del “juego de lenguaje” de la legislación

Para determinar el estatuto teórico de los principios de la legalidad y su conexión con la legislación, vamos a recurrir a los conceptos de gramática y juego de lenguaje de Wittgenstein y al concepto de reglas constitutivas de John Searle.

En el parágrafo 23 de sus *Investigaciones filosóficas*, Wittgenstein afirma lo siguiente:

“El término ‘juego de lenguaje’ debe aquí poner de manifiesto que el hablar un lenguaje es una parte de una actividad o de una forma de vida. Imagínese la multiplicidad de los juegos de lenguaje a través de estos ejemplos y de otros:

- Comandar y actuar según comandos [...];
- Producir un objeto según una descripción (dibujo) [...];
- Relatar un suceso [...];
- Exponer una hipótesis y probarla [...];
- Inventar una historia, leer;
- Representación teatral [...];
- Pedir, agradecer, maldecir, saludar, rezar”.

Como subrayan los comentaristas, “los juegos de lenguaje son estructurados por reglas”⁶⁴. De hecho, el punto de partida para la analogía entre juego y lenguaje es que ambos son actividades guiadas por reglas: “Así como un juego, el lenguaje posee reglas constitutivas, las reglas de la gramática [...]. Las reglas gramaticales determinan lo que es correcto o tiene sentido, definiendo así el juego/lenguaje”⁶⁵. El sentido de una expresión o de un movimiento en el juego de lenguaje no se encuentra en la intención del jugador, sino en las reglas gramaticales del juego. De ahí las expresiones fuertes de Wittgenstein: “[...] la esencia se expresa en la gramática”⁶⁶ y, también, “la especie de objeto que algo es, es dicho por la gramática”⁶⁷.

De su parte, John Searle sigue a Wittgenstein al afirmar que “hablar un lenguaje es tomar parte en una forma de conducta gobernada por reglas”⁶⁸. Para aclarar la relevancia de las reglas para el lenguaje, Searle propone la distinción entre reglas regulativas y constitutivas. Las reglas regulativas gobiernan “una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas”⁶⁹. Así, las reglas de etiqueta en la mesa regulan la actividad de alimentarse, que es anterior e independiente de dichas reglas.

A su vez, las reglas constitutivas “crean o definen nuevas formas de conducta”⁷⁰. Así, por ejemplo, “las reglas del fútbol o del ajedrez no regulan meramente el hecho

⁶⁴ Gebauer, Gunter (2013). *O pensamento antropológico de Wittgenstein*. São Paulo. Loyola, 94.

⁶⁵ Glock, Hans-Johann (1998). *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 225.

⁶⁶ Wittgenstein, Ludwig (1991, 1953). *Investigações filosóficas*. São Paulo. Nova Cultural, N° 371.

⁶⁷ Ídem, 373.

⁶⁸ Searle, John (1994, 1969). *Actos de habla*. Barcelona. Planeta-Agostini, 50.

⁶⁹ Ídem, 43.

⁷⁰ Ídem, 42.

de jugar al fútbol o al ajedrez, sino que crean, por decirlo de algún modo, la posibilidad misma de jugar a dichos juegos”⁷¹. La regla del jaque mate en el ajedrez no “regula” el jaque mate, sino que lo define: sin el auxilio de esa regla, sería imposible describir una jugada como “jaque mate”.

Apropiándonos de los conceptos expuestos de Wittgenstein y Searle, podemos considerar la actividad de legislar como un “juego de lenguaje” y los “principios de la legalidad” como la gramática –conjunto de reglas constitutivas– de este juego.

En el juego de lenguaje de la legislación, se trata de establecer proposiciones generales, las normas legales, para ordenar el comportamiento en una determinada comunidad. Hay dos jugadores “típicos”: el legislador y el ciudadano. Los ocho principios de la legalidad forman el conjunto de reglas constitutivas (gramática) de la legislación. La generalidad, la prospectividad, la posibilidad, etc., definen o constituyen el juego de lenguaje de la legislación. Un movimiento de este juego de lenguaje, esto es, una proposición a que el legislador pretende atribuir el sentido de “ley”, solo podrá ser reconocida como tal si hay correspondencia con las reglas expresadas por los “principios de la legalidad”. Una proposición retroactiva, imposible de realizarse, contradictoria, etc., no puede ser reconocida como ley, puesto que las reglas que definen una proposición como “ley” no han sido seguidas. La gramática –reglas constitutivas– del juego de lenguaje de la legislación define lo que cuenta como “ley” o, de otro modo, controla el sentido de ley⁷² de las proposiciones establecidas en el interior del juego. En la expresión de Fuller, la gramática expresa la “lógica interna” del juego de lenguaje de la legislación.

Ahora bien, como hemos visto más arriba, Fuller ha constatado “que los sistemas jurídicos muestran cierta semejanza en sociedades que son totalmente diversas. Es porque la ley es un emprendimiento con un propósito que ella muestra constantes estructurales (*structural constancies*) que el teórico del derecho puede descubrir y tratar como uniformidades que están dadas factualmente”⁷³. Esas “constantes estructurales” que llamamos “reglas constitutivas” se presentan universalmente, pues la humanidad, ante necesidades de la convivencia que se muestran universales, tiende a desarrollar esquemas de comportamiento o instituciones semejantes. Wittgenstein denomina ese fenómeno de concordancia práctico universal “comportamiento común de la humanidad”⁷⁴.

4. El iusnaturalismo institucional de Tomás de Aquino: el *ius gentium*

El iusnaturalismo institucional apunta a describir las instituciones establecidas por el “comportamiento común de la humanidad”, es decir, tiene por objeto aquello que Tomás de Aquino, entre otros, llamaba *ius gentium* (derecho de las gentes).

⁷¹ Ídem, 43.

⁷² Debo esta observación a José Reinaldo de Lima Lopes.

⁷³ *ML*, p. 151.

⁷⁴ Wittgenstein, Ludwig (1991, 1953). *Investigações filosóficas*. São Paulo. Nova Cultural, N° 206.

Este forma parte del derecho positivo, pero de un modo universal, al contrario del derecho civil (*ius civile*), cuya positividad se limita a la esfera local.

En el *Tratado de la Justicia*, Tomás asume la definición de *ius gentium* de Gayo: “Aquello que la razón natural establece entre todos los hombres y todas las naciones lo observan se llama el derecho de las gentes (*ius gentium*)”⁷⁵. Él se contraponen al *ius civile*, el derecho específico de cada pueblo. En su *Comentario a la Ética a Nicómaco*, Tomás precisa esta noción, estableciendo su fundamento en la naturaleza racional del ser humano y proporcionando ejemplos: “Al derecho que se deriva de la inclinación propia de la naturaleza humana, en tanto el hombre es animal racional, los juristas lo llaman *ius gentium*, porque todos los pueblos lo practican como: los pactos deben cumplirse, los embajadores deben ser protegidos, etc.”⁷⁶. En el *Tratado de la Ley*, Tomás señala el otro fundamento del derecho de las gentes, la naturaleza social del ser humano, y añade otros ejemplos: “Pertenece al derecho de las gentes aquellas cosas que derivan de la ley de la naturaleza como conclusiones de los principios, como las compras justas, las ventas y otras cosas semejantes, sin las cuales los hombres no pueden convivir unos con los otros, lo que es de la ley de la naturaleza, porque el hombre es naturalmente animal social, como se prueba en Libro I de la *Política*”⁷⁷.

En síntesis: hay instituciones que se presentan en todas partes. En segundo lugar, esas instituciones son respuestas universales –dadas por la razón– a problemas universales –puestos por la convivencia. Y, finalmente, su universalidad descansa sobre dos predicados de la naturaleza humana: la racionalidad –“el hombre es animal racional”– y la sociabilidad –“el hombre es animal social”.

Según Tomás, la razón natural establece, en todos los lugares, procedimientos e instituciones para posibilitar la coordinación social, pues sin esto “los hombres no pueden convivir unos con los otros”. Entre esas instituciones están el contrato (compraventa), la protección a los embajadores, la propiedad⁷⁸, la ley. Cada una de estas instituciones posee una “lógica interna”, una “gramática” que ordena la conducta humana en las varias esferas de la existencia social. Así, cuando Tomás ejemplifica el *ius gentium* con la frase “los pactos deben respetarse”, simplemente enuncia la regla constitutiva por excelencia del juego de lenguaje del contrato. Y cuando se refiere a la compraventa “justa”, indica la equivalencia de la justicia conmutativa como una regla constitutiva más del contrato. Las variaciones en los derechos positivos de los contratos se dan en base a reglas regulativas locales. El concepto de contrato no es puesto por el legislador, sino presupuesto por él.

Puede afirmarse que el iusnaturalismo institucionalista tiene como objeto el *ius gentium*, el conjunto de juegos de lenguaje referentes al orden de las relaciones humanas, como la propiedad y los contratos en las relaciones privadas, la ley en las relaciones públicas, los embajadores en las relaciones internacionales. La “semejan-

⁷⁵ ST II-II, q. 57, a.2.

⁷⁶ Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco*, V, L. XII, n. 724.

⁷⁷ ST I-II, q. 95, a.4.

⁷⁸ “La división de las posesiones no viene del derecho natural, sino de la convención humana, dependiendo, por tanto, del derecho positivo, como ha sido dicho más arriba. Así, la propiedad no es contraria al derecho natural, sino que a él se une a través de un trabajo de razón humana” (S. T II-II, q. 66, a.2).

za de familia” entre los juegos de lenguaje de las diversas comunidades se debe a la posesión de una naturaleza humana común que se expresa en una práctica institucional común. Según un comentador de Wittgenstein: “El ‘comportamiento común de la humanidad’ puede entenderse así como un término [...] que designa una esencia común a los seres humano, su naturaleza, a la cual nos referimos cuando queremos tornar comprensible el hecho de que somos capaces de llegar a un entendimiento. Esa naturaleza, respecto a la cual Wittgenstein fue tan reticente en hablar [...], revela el ser humano como ser social, como *zoon politikon* –a través de las épocas–, otro nombre para ‘comportamiento común de la humanidad’”⁷⁹.

El comportamiento común de la humanidad funda el derecho natural institucional de Fuller y el *ius gentium* de Tomás. Él revela a ambos características del ser humano que sostienen la validez de esas instituciones: libertad y sociabilidad, para Fuller; racionalidad y sociabilidad, para Tomás.

Conclusión

El tratamiento dado por Fuller a la cuestión de la legalidad es el principal intento del siglo XX de pensar la cuestión de las instituciones en el interior de una perspectiva iusnaturalista. Su obra muestra la necesidad de la tradición iusnaturalista de desarrollarse como tradición de investigación en una doble dirección.

En primer lugar, al afirmar la existencia de un derecho natural sustantivo centrado en la idea de “comunicación”, Fuller retoma las varias investigaciones hechas sobre la ley natural, los derechos naturales o los primeros principios de la razón práctica de la tradición iusnaturalista. El derecho natural sustantivo contiene los parámetros ético-materiales de corrección de las acciones.

En segundo lugar –y esta es su contribución más relevante–, él afirma la existencia de un derecho natural institucional o procedimental formado por los estándares, principios o reglas constitutivas de nuestras instituciones. Las instituciones son las condiciones de posibilidad de la comunicación intersubjetiva, y lo son más intensamente aún en la presente situación de las sociedades occidentales, intensamente plurales desde el punto de vista de los valores sustantivos. Su naturaleza *formal/procedimental* crea las condiciones de posibilidad para que las personas con concepciones ético-materiales distintas puedan convivir. Las instituciones son una respuesta a las “circunstancias de la política”, que se presentan cuando “hay una necesidad, percibida por los miembros de un determinado grupo, de contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión [orden], aun y a pesar de los desacuerdos sobre cuál debería ser dicho marco, decisión o acción [pluralismo]”⁸⁰.

Esta doble tarea del iusnaturalismo como tradición de investigación coincide con las dos tareas que Jeremy Waldron atribuye a la filosofía política en su obra, *Derecho y desacuerdos*⁸¹.

⁷⁹ Haller, Rudolf (1990). *Wittgenstein e a filosofia austríaca: questões*. São Paulo. Edusp, 130-131.

⁸⁰ Waldron, Jeremy (2007, 1999). *Derecho y desacuerdos*. Madrid. Marcial Pons, 123.

⁸¹ Ídem, 210.

La primera tarea es desarrollar una teoría material de los valores, bienes, derechos o la justicia. Como hemos visto, la tradición iusnaturalista ha desarrollado esta tarea en la forma de una teoría de la ley natural o de los derechos naturales.

La segunda tarea es reflexionar “sobre los propósitos y los procesos por los cuales las comunidades establecen un conjunto único de instituciones, incluso ante los desacuerdos [...] acerca de los derechos y de la justicia”⁸². El iusnaturalismo clásico, especialmente en Tomás de Aquino, lo desarrolló en sus reflexiones sobre el *ius gentium*. La ley, los contratos y las embajadas son instituciones/procedimientos que llevan a cabo una acción común, a pesar y a causa de los desacuerdos sobre el contenido de esa acción común. Como ejemplo de la necesidad de las instituciones del derecho positivo que permiten el orden en el contexto pluralista de existencia humana, véase la siguiente afirmación de Tomás acerca de la ley: “Es necesario que en la ciudad haya una diversidad de hombres [pluralidad], volviéndose ella una y común [orden] por cierta disciplina legal rectamente establecida”⁸³.

El iusnaturalismo, como un proyecto que pretende tomar en serio tanto la esencia humana común (naturaleza humana - derecho natural sustantivo) como la existencia humana marcada por la diferencia y el conflicto (condición humana - derecho natural institucional), necesita investigar la naturaleza humana “en situación”, es decir, en las circunstancias de la política. Estas exigen las instituciones del derecho positivo.

Respecto al proyecto de pensar las instituciones y procedimientos del derecho positivo como teniendo su fundamento en la naturaleza humana y como respuesta a la condición humana, Lon Fuller puede ser considerado uno de los destinatarios de la siguiente observación de Waldron: “Las mejores consideraciones sobre la naturaleza y la importancia del derecho positivo han venido de los iusnaturalistas”⁸⁴.

⁸² Ídem, 10.

⁸³ Tomás de Aquino, *Comentario a la Política*, II, 5, 129.

⁸⁴ Waldron, Jeremy (2010). “Torture, suicide and *determinatio*”, en *Nellco Legal Scholarship repository*. 1. En: <http://lrs.nellco.org/nyu_plltwp/249> (acceso el 11-4-2014).