

CARLOS I. MASSINI-CORREAS\*

## El gobierno del derecho, el derecho natural y la ética de las virtudes

### ENGLISH TITLE

Rule of Law, Natural Law and Virtue Ethics

### ABSTRACT

In this article there is an exposition of the meaning and roots of the “rule of law idea”, distinguishing its classical meaning from the Enlightenment one and relating the first with the virtue ethics and the concept of human rights. In that way, the complete formula of the common good – and of general justice – includes the supremacy of law or practical reason, plus the virtues of rulers and ruled and the consideration and respect of natural human rights.

### KEYWORDS

Rule of Law – Virtue Ethics – Virtue Jurisprudence – Human Rights – Populism.

### 1. LA CUESTIÓN A TRATAR Y SUS RAÍCES

Uno de los problemas centrales entre los muchos que han ocupado a la filosofía política y jurídica desde siempre, ha sido el de evitar el ejercicio arbitrario y discrecional del poder político por parte de los gobernantes; es decir, el de conjurar el peligro del despotismo y la tiranía<sup>1</sup>. Son muchos los artificios pensados a lo largo de la historia para escapar de esos flagelos, pero entre ellos, el que aparece con mayor persistencia y continuidad en el tiempo es el que se ha denominado “gobierno del derecho”, o “imperio de la ley” o, en algunas de las versiones decimonónicas, en especial las de origen germánico, “Estado de derecho” (*Rechtsstaadt*).

Para varios autores contemporáneos, en especial los que participan más activamente de las ideas liberales<sup>2</sup>, esta idea del gobierno del derecho les parece

\* Catedrático de Filosofía del derecho, Universidad de Mendoza-Argentina.

1. Acerca de la noción de “tiranía”, véase: Strauss, 2005, *passim*.

2. Véase: Vanossi, 2008, p. 24 y *passim*.

que tiene sus raíces principales y originarias en las ideas de la Ilustración y sus concreciones más adecuadas en aquellas sociedades que siguieron la línea del constitucionalismo racional-normativo propio de la Revolución Francesa<sup>3</sup>. Según esta versión, la sujeción del poder político a la ley tiene por finalidad principal resguardar la autonomía de los individuos para elaborar sus planes de vida, y los instrumentos centrales que resguardan esa autonomía son las declaraciones de derechos y la división del poder del estado en tres órganos distintos y recíprocamente contrabalanceados y limitados. Es decir, se trata de una versión principalmente individualista y procedural-constitucionalista del gobierno del derecho.

Ahora bien, esta presentación liberal, si bien ha sido la que ha alcanzado mayor difusión en los últimos dos siglos y la que se considera la opción por defecto cada vez que se menciona la idea del gobierno de las leyes, no es ni la primera históricamente, ni, menos aún, la más sólida intelectualmente en la historia del pensamiento. En efecto, muchos siglos antes de que Montesquieu redactara *De l'esprit des lois*, esa idea había sido propuesta por pensadores tan disímiles de los de los ilustrados franceses como Platón y Aristóteles. El primero de ellos, en su máxima obra de madurez, *Las Leyes*, escribió inequívocamente que

a los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella [ciudad] donde la ley tenga la condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a la ciudades<sup>4</sup>.

Por su parte, el Estagirita aborda esta cuestión tanto en la *Retórica* como en la *Ética Nicomaquea* y la *Política*; en esta última, luego de un extenso desarrollo, concluye que “es mejor que gobierne la ley y no cualquiera de los hombres”<sup>5</sup>, aunque se trate del mejor de ellos, estableciendo una doctrina que ha resultado canónica para todos los estudios posteriores sobre el gobierno del derecho<sup>6</sup>. Esta doctrina puede resumirse diciendo que, para Aristóteles, “en general, el gobierno según la soberanía de la ley es tal que sólo los estados que son gobernados-por-ley pueden reclamar de *algún* modo su bondad. Por el contrario, los estados en los cuales ‘los hombres gobiernan y no las leyes’, para invertir la expresión Madisoniana, nunca

3. Cfr. García Pelayo, 2002, pp. 34-41.

4. Platón, *Las Leyes*, 715 c-e. Véase: Robin Letwin, 2008, pp. 9-20.

5. Aristóteles, *Política*, III, 16, 1187 a 18 ss. Véase: Kraut, 2002, pp. 111 ss.

6. Véase: Castaño, 1997, pp. 548-554.

están lejos de la tiranía y, como se ha dicho, a veces son considerados como sin-constitución”<sup>7</sup>.

En el período romano, se destaca en este punto la figura de Cicerón quien, en varios pasajes de *La República* y de *Las Leyes*, sostiene la doctrina del gobierno de las leyes sobre el de los magistrados, quienes, si no se someten al derecho, se trasforman en déspotas, es decir, en “la más asquerosa y repelente criatura que pueda ser imaginada”<sup>8</sup>. Y en *Las Leyes*, el jurista y retórico sostiene que “como los magistrados están sujetos a las leyes, el pueblo está sujeto a los magistrados. De hecho, es verdadero decir que el magistrado es una ley hablante, y la ley un magistrado silencioso”<sup>9</sup>. Es verdad asimismo que, como lo sostiene Brian Tamanaha, “para Cicerón el estatus supremo de las leyes gira en torno a su consistencia con la ley natural”<sup>10</sup>, cuestión esta última que aparece de modo bastante difuso y hasta ambiguo en el pensamiento del ateniense y del macedonio.

Pero, tal como lo sostiene el recién citado Tamanaha, la tradición del gobierno del derecho ya se solidificó en la Edad Media, a través de un lento, complejo y en parte espontáneo proceso, sin una fuente única ni un punto de partida precisamente determinable<sup>11</sup>. Ahora bien, pareciera que el primer teórico del derecho en desarrollar y formular esa idea con precisión fue un clérigo inglés, prácticamente contemporáneo de Tomás de Aquino, Henry de Bracton (1210-1268). En su monumental obra *On the Laws and Customs of England*, este canciller de la catedral de Exeter y miembro de la Corte del Rey (*King's Court*), escribió que el rey debía “atemperar su poder por la ley, que es la rienda del poder, vivir de acuerdo con las leyes, porque la ley de la humanidad ha decretado que sus propias leyes obligan al legislador [...]. Nada es más ajustado para un soberano que vivir según las leyes, ni hay mayor soberanía que la de gobernar conforme a la ley [...], porque la ley es la que le hace rey”<sup>12</sup>. En este punto, de Bracton fue seguido en sus doctrinas por una larga nómina de juristas y pensadores anglosajones, entre los que merece destacarse John Fortescue (1394-1479), que desarrolló un detallado sistema en

7. Johnson, 1990, p. 69.

8. Cicerón, *La República*, II, 48.

9. Cicerón, *Las Leyes*, III, 2-3.

10. Tamanaha, 2009, p. 11.

11. Ivi, p. 15.

12. Bracton, 1968, pp. 305-306. Otro de los clérigos medievales que contribuyó a la elaboración de la doctrina del gobierno del derecho es Isidoro de Sevilla; este autor español afirma, en su conocida obra *Etimologías*, que la ley debe ser “honesta, justa, posible, conforme a la naturaleza, en consonancia con las costumbres del país, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara [...], no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”; Isidoro de Sevilla, 1982, T. I, p. 375. Sobre Bracton, véase: Kelly, 1994, pp. 131-134.

el que se integraban el *rule of law* y el derecho natural, en especial en sus libros *De natura legis naturae* y *De laudibus legum Angliae*<sup>13</sup>.

## 2. TOMÁS DE AQUINO Y EL RULE OF LAW

Mientras tanto, del otro lado del Canal, Tomás de Aquino también elaboraba una completa doctrina sobre el tema, que si bien se encuentra dispersa en varios lugares de sus obras, constituye un todo sistemático de especial valor<sup>14</sup>. El Aquinate trata de esta cuestión principalmente en la *Prima Secundae* de la *Summa Theologiae*, en las cuestiones 95 y 96, que se refieren respectivamente a la *Ley humana* y al *Poder de las leyes humanas*. Allí sostiene – respecto del gobierno del derecho – las siguientes tesis: (i) que la autoridad política está sujeta al poder de las leyes humanas en cuanto a su *vis directiva*, i.e., a su autoridad moral, aunque no a su *vis coercitiva*, o sea a la capacidad fáctica de imponerlas por la fuerza<sup>15</sup>; (ii) que la sujeción de los gobernantes a la ley positiva se justifica, en definitiva, en la derivación de esta última de la ley natural, con lo cual el fundamento del gobierno del derecho radica raigalmente en la ley natural jurídica o derecho natural<sup>16</sup>; (iii) que el gobierno de la ley sobre la autoridad política abarca no sólo ciertos aspectos formales que el Aquinate detalla, sino también la ordenación constitutiva de las normas jurídicas al bien común político, i.e., que su concepción abarca también – y principalmente – aspectos de carácter sustantivo o de contenido<sup>17</sup>; (iv) que la tiranía puede por lo tanto definirse, desde este punto de vista, como aquel gobierno sin ley o que no obedece a las normas jurídicas<sup>18</sup>; y, finalmente, (v) que la desobediencia o apartamiento por parte del gobierno de la ley natural o de las leyes Divinas (Ley Divina Positiva), conduce a la liberación – en el segundo caso sin excepción – de la sujeción jurídica y moral de los ciudadanos a la autoridad política<sup>19</sup>.

De lo precedentemente expuesto, se sigue claramente que, en la obra del Aquinate, se encuentran los elementos de una concepción bastante completa del *rule of law*, tanto de forma como de contenido, concepción que trasciende sobradamente los límites de su contexto histórico inmediato<sup>20</sup>. Según ella, los gobernantes legítimos – no tiránicos – están sujetos a las directivas de la legislación positiva de su comunidad, de la que deben respetar sus exigencias constitutivas formales: sanción por la autoridad competente, promulgación o

13. Véase: Fassò, 1979, pp. 19-20.

14. Véase: Viola, 2009, pp. 11-14 y *passim*.

15. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 5, ad 3 (en adelante ST).

16. ST, I-II, q. 95, a. 2.

17. ST, I-II, q. 90, a. 2.

18. ST, I-II, q. 95, a. 4.

19. ST, I-II, q. 96, a. 4. Véase: Viola, 2011, pp. 18-75.

20. Véase: Massini-Correas, 2021b.

## EL GOBIERNO DEL DERECHO

publicación previa, practicabilidad, universalidad, igualdad en el trato, estabilidad, etc., así como sus requerimientos de contenido, en especial la ordenación al bien común, la adecuación a los criterios de la justicia distributiva y el respeto de los derechos de los ciudadanos<sup>21</sup>. Se trata por supuesto, en este caso, de una concepción claramente iusnaturalista del gobierno del derecho, lo que da la razón a la conocida frase de Hans Kelsen, según la cual el estado de derecho se reduciría a un simple “prejuicio iusnaturalista”<sup>22</sup>. Evidentemente, no se trata en este caso de un “prejuicio”, pero sin dudas es integralmente “iusnaturalista”.

Pero sucede que, tal como lo ha escrito ajustadamente Brian Tamanaha,

en las democracias liberales modernas, la constitución vinculante reemplaza el papel cumplido anteriormente, durante los períodos clásico – griego y romano – y medieval, por la ley divina o la ley natural, o por los códigos antiguos, o por el derecho consuetudinario, en la tarea de proveer restricciones jurídicas a los gobernantes [...]. Una constitución escrita, elecciones democráticas, derechos individuales explícitamente articulados, la separación de los poderes y la revisión judicial de la legislación, son en nuestros días pensados como esenciales para el liberalismo y el gobierno del derecho<sup>23</sup>.

La ley natural, por lo tanto, pasa claramente a un segundo plano, y asumen la prelación los procedimientos e instituciones del estado liberal. De este modo, el *rule of law* se limita, en lo que se refiere a su fundamentación o justificación racional, a su sanción constitucional positiva o a lo más a un cierto consenso de las comunidades políticas históricas.

Por otra parte, cabe destacar que esta concepción Aquiniana del gobierno del derecho reviste, como todo lo que tiene que ver con la *praxis* humana y su dirección al bien ético, un carácter claramente analógico, i.e., que ha de predicarse conforme a la lógica de un analogado principal o caso central y de varios analogados secundarios o casos periféricos<sup>24</sup>. Conforme a esta lógica, existiría un caso principal y una significación focal del concepto – y del nombre – “gobierno del derecho”, en el que las notas formales y sustantivas mencionadas se darán de un modo pleno e integral, y casos secundarios o significaciones periféricas, en las que ese concepto – y ese nombre – se aplicarán de modo diluido, incompleto, defectivo o marginal.

Ahora bien, tal como lo ha explicado con precisión Carlos Llano<sup>25</sup>, los conceptos o ideas prácticas revisten en el realismo filosófico – que asumió y

21. ST, I-II, q. 96, a. 4.

22. Kelsen, 1995, p. 320.

23. Tamanaha, 2009, pp. 55-56.

24. Véase: Massini-Correas, 2010, pp. 41-53.

25. Llano, 2007, *passim*.

desarrolló Tomás de Aquino – un carácter paradigmático o modélico, y en cuanto tales no se concretizan de modo pleno y completo en las realidades prácticas, sino sólo de un modo incompleto o defectivo, de modo tal que ese concepto sólo puede predicarse de sus concreciones históricas de modo analógico o extensivo. Dicho en otras palabras, la idea de “gobierno del derecho” no se presenta en la realidad práctico-jurídica concreta de un modo perfecto e integral, sino sólo imperfecto y según lo permiten las circunstancias históricas y sociales, así como las inclinaciones y las virtudes – o vicios – humanos<sup>26</sup>.

### 3. GOBIERNO DEL DERECHO Y ÉTICA DE LAS VIRTUDES

Esta referencia reciente a las virtudes humanas hace propicia una consideración acerca de las relaciones, en la sistemática del realismo clásico, entre el gobierno del derecho y la ética de las virtudes, en especial a partir de la afirmación, bastante difundida, de que en el caso de la ética tomista se está en presencia de una ética – al menos en gran medida o preponderantemente – de virtudes<sup>27</sup>. Respecto de esta relación, Francesco Viola ha sostenido que si “miramos no tanto a la ley positiva considerada en sí misma, sino al proceso de su formación y de su implementación concreta, entonces la ética de las virtudes tiende a asumir toda su centralidad”, por lo que resulta necesario “retener que las buenas leyes presuponen un cierto grado de práctica política de la ética de las virtudes”<sup>28</sup>. En otras palabras, no es suficiente con la realización de los requisitos formales y procedimentales del *rule of law* para alcanzar en concreto la justicia de las leyes, sino que es necesario también – al menos una cierta medida de – virtud moral para lograrla.

Y esto resulta indispensable, toda vez que, tal como lo ha precisado Leonardo Polo, las virtudes cumplen una función de causalidad eficiente y formal de los actos buenos, razón por la cual, sin ellas, resulta muy difícil, sino imposible, no solo cumplir efectivamente las acciones ordenadas al bien, sino también determinar en qué consisten esas acciones<sup>29</sup>. En efecto, con referencia a las acciones humanas, que son la materia de la ética, los bienes cumplen la función de causas finales; las normas de causas ejemplares y eficientes – con eficiencia deontica aunque remota – de esas acciones<sup>30</sup>; y las virtudes realizan la tarea propia de las causas eficientes próximas y formales. Esto significa que,

26. Véase: Viola, 2021, pp. 131-143.

27. Sobre esta doctrina, véase: Abbà, 1996, p. 42 y *passim*; también: Porter, 1990, pp. 100 ss.

28. Viola, 2011, pp. 61-63.

29. Polo, 2013, p. 160. Unas páginas antes, este autor pone de relieve que una ética completa ha de serlo, a la vez, aunque en diferentes dimensiones, de bienes, de normas y de virtudes; *ivi*, p. 137.

30. Véase: Massini-Correas, 2005, pp. 59-62.

sin virtudes, en especial sin prudencia, no sólo no tendrían lugar los actos buenos/justos – que son arduos y complejos – sino que resultaría muy difícil determinar en concreto en qué consiste la bondad/justicia de esos actos.

Todo esto resulta confirmado por la experiencia cotidiana de la *praxis* jurídica y política, toda vez que las meras fórmulas legales, privadas de la virtud de quienes las formulan y las aplican, no ofrecen garantías de rectitud en el nivel de las conductas y soluciones concretas<sup>31</sup>. Y esto es así, ya que mientras las normas requieran, para resultar efectiva y justamente directivas de la conducta humana, de su redacción y formulación, y posteriormente de la aplicación prudencial y valiente a los casos concretos, será necesaria a esos efectos una voluntad recta, i.e., la voluntad virtuosa de los operadores jurídicos. El caso contrario, el de buenas leyes pero redactadas, puestas en funcionamiento y aplicadas – o no aplicadas – concretamente por funcionarios corruptos o simplemente deshonestos, puede conducir sino a la desarticulación, la desgracia y el desvarío de las correspondientes colectividades políticas y de sus integrantes.

En definitiva, y de acuerdo a lo expresado por los actuales defensores de la “virtue jurisprudence”, como Lawrence Solum y Colin Farrelly<sup>32</sup>, que estos autores denominan también concepción *aretaica* del derecho, esta doctrina parte de la premisa de que el fin propio de las realidades jurídicas es la promoción de la perfección humana en comunidad, i.e., el hacer posible y promover que los seres humanos lleven vidas excelentes y logradas. Y para alcanzar ese objetivo y obtener una justicia funcional y armónica se

requiere la selección de jueces que posean las virtudes judiciales: coraje cívico, temperamento jurídico, inteligencia práctica, sabiduría y, sobre todo, justicia. Estas respuestas – concluyen estos autores – a las cuestiones prácticas fundamentales, pueden unificarse en una sola tesis: los conceptos fundamentales de la filosofía jurídica no son el bienestar, ni la utilidad, ni la autonomía o la igualdad; las nociones fundamentales de la teoría jurídica han de ser la virtud y la excelencia humana<sup>33</sup>.

En realidad, estas nociones fundamentales resultan ser, al menos de acuerdo a la sistemática de Tomás de Aquino, tanto las dimensiones centrales del bien humano, como los principios y normas jurídicas y las virtudes, en especial las virtudes de la justicia y la prudencia. “El Aquinate – escribe en este punto John Finnis – rechaza ese contraste [entre normas y virtudes] y otorga preeminencia sistemática tanto a los estándares, como los principios y las normas, como a las virtudes. Sostiene que, en efecto, que ambos conceptos se definen en su rela-

31. Véase: Tomás de Aquino, 2000, pp. 75 ss.

32. Solum, Farrelly, 2011, *passim*.

33. Ivi, pp. 2-3.

ción recíproca (*interdefined*)”<sup>34</sup>. Pero además, como ya se ha visto, no sólo se inter-definen, sino que son las virtudes las que hacen operativas a normas y principios, otorgándoles la actualidad operativa sin la cual carecerían de sentido normativo y de eficacia práctica.

Este último punto ha sido puesto en evidencia por Giuseppe Abbà en un libro de especial valor, titulado precisamente *Lex et virtus*. En ese lugar, el filósofo italiano pone de relieve que, para el Aquinate, las leyes – y en especial las leyes positivas – tienen una función limitada en la tarea de generar la conducta moral. “Del hecho de que la ley – escribe Abbà – sea una norma colectiva derivan sus límites y su función en la conducta moral. Ella se aproxima a la conducta humana desde el exterior, al modo de una instrucción, a la cual el individuo debe tener en cuenta. Ella es necesariamente general y no puede regular todas las situaciones singulares; no es por lo tanto suficiente para regular la conducta individual”. Por ello, para este autor, “en la medida en la cual el individuo, instruido por la ley, ve el bien humano [...] en aquello a lo que la ley ordena, y lo realiza no tanto porque está mandado por la ley, sino porque es el bien, se generan y acrecientan en él las virtudes”<sup>35</sup>. Y habría que agregar: virtudes que son el principio interno adquirido del obrar y en cuanto tales las determinantes últimas – directivas y promotoras – de la acción humana correcta, al menos en el nivel de lo máximamente singular.

Finalmente, conviene recordar que Aristóteles, en el capítulo III de la *Política*, que es donde trata el tema del gobierno del derecho, ya había sostenido un doctrina similar; allí escribe que

todos los que se interesan por la buena legislación indagan acerca de la virtud y la maldad cívicas. Así resulta también manifiesto que la ciudad que verdaderamente lo es, y no sólo de nombre, debe preocuparse por la virtud; porque si no, la comunidad se convierte en una simple alianza [...] y la ley en un convenio y, como dice Licofrón el sofista, en una [mera] garantía de los derechos de unos y otros, pero deja de ser capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos<sup>36</sup>.

De aquí se sigue que, desde sus mismos orígenes, la doctrina del gobierno de la ley reconoce que esta última es condición *necesaria* del derecho justo, pero nunca condición *suficiente*, sino que debe ser complementada sinérgicamente con la virtud – en especial la justicia y la prudencia – de los gobernantes y de los ciudadanos.

34. Finnis, 2011b (ultima consulta 18/06/2019).

35. Abbà, 1983, pp. 269-270 (la traducción es mía). Véase también: Abbà, 1996; Russell, 2011.

36. Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280b 5 ss.

4. DIGRESIÓN SOBRE GOBIERNO DEL DERECHO  
Y DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, existe una cuestión complementaria, que ha sido planteada varias veces, y que radica en la pregunta acerca de la necesidad – o no – de la presencia de la idea de derechos humanos como parte integrante de un concepto integral del gobierno del derecho<sup>37</sup>. En otras palabras: para que pueda hablarse con propiedad de gobierno del derecho: ¿es preciso incorporar a ese concepto la noción de derechos humanos, o se trata más bien de un agregado accidental y contingente? Dicho de otro modo: si bien aparece como manifiesto que la vigencia de los derechos humanos es un elemento integrante de la justicia de un sistema jurídico: ¿lo es también del concepto mismo de gobierno del derecho?; ¿puede este concepto formularse sin referencia alguna a la noción de derechos humanos?

Martin Kriele sostiene a este respecto la tesis que se puede llamar “inclusiva”, es decir, la que supone una continuidad conceptual entre gobierno del derecho, democracia y derechos humanos: “la quintaesencia de la ilustración política – escribe Kriele en *Befreiung und politische Aufklärung* – [...] es la unidad de derechos humanos, división de poderes y democracia. La eficacia real de los *derechos humanos* supone su validez jurídica y ésta supone a su vez la división de poderes, porque sólo cuando la autoridad estatal está ligada al derecho puede estar vinculada a los derechos humanos [...]. Así – concluye – se cierra el círculo: la división de poderes y la democracia tienen su arranque en la idea de los derechos humanos y en ella desembocan. La tríada de derechos humanos, división de poderes y democracia constituye una unidad jurídico-institucional”<sup>38</sup>. Y en su *Einführung in die Staatslehre*, este mismo autor afirma decisivamente que “la historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible”<sup>39</sup>.

Por su parte, y del otro lado de la idea de gobierno limitado, el ideólogo postmarxista argentino Ernesto Laclau sostiene la tesis opuesta, es decir, la de la estricta contingencia de la vinculación entre las nociones de derechos humanos y la de estado democrático de derecho. En efecto, en su muy citado libro *La razón populista*, sostiene, con su habitual estilo vago, ambiguo e impreciso, que “por un lado, tenemos la tradición liberal constituida por el gobierno de la ley, la defensa de los derechos humanos y el respeto a la libertad individual; por el otro, la tradición democrática, cuyas ideas principales son las de la igualdad, la identidad entre gobernantes y gobernados y la soberanía popular. No hay una relación necesaria entre esas dos tradiciones diferentes,

37. Griffin, 2008, pp. 242-251.

38. Kriele, Gancho, 1982, p. 42.

39. Kriele, 1975.

sino sólo una articulación histórica contingente”<sup>40</sup>. Y más adelante precisa que “el fracaso de la actual teoría democrática en abordar la cuestión de la ciudadanía es consecuencia del hecho de operar con una concepción del sujeto que percibe a los individuos como anteriores a la sociedad, [y] portadores de derechos humanos...”<sup>41</sup>.

Respecto de estas dos opiniones, corresponde destacar ante todo que la argumentación efectuada por Kriele, a primera vista fuertemente atractiva, reviste un carácter principalmente histórico-pragmático, es decir, basada (i) en la coexistencia histórico-temporal de las nociones de gobierno del derecho, derechos humanos y democracia, y (ii) en la conveniencia de esa coincidencia – que sería sólo contingente – para el buen funcionamiento del sistema político mencionado y de cada uno de los elementos que lo integran. Pero en ninguna parte parece referirse el autor a algún tipo de explicación de carácter conceptual del vínculo entre gobierno del derecho, democracia y derechos humanos. Es cierto que los argumentos pragmáticos o de utilidad tienen un lugar en la argumentación filosófico-práctica, pero también es verdad que ese lugar es meramente accesorio y no puede nunca suplantar o desplazar a una comprobación conceptual o de implicación de las nociones<sup>42</sup>. Dicho en otras palabras, Kriele no muestra la existencia de una implicación lógica entre los conceptos mencionados, sino sólo de una contigüidad histórica que ha arrojado – según él – buenos resultados concretos para el funcionamiento del sistema político occidental.

Y en lo que respecta a las tesis de Laclau, resulta conveniente poner en evidencia el carácter definitivo con que defiende el carácter meramente contingente de la relación entre derechos humanos y democracia constitucional, es decir la posibilidad de la existencia – y hasta de la conveniencia – de gobiernos democráticos – que él llama “populares” – sin la presencia de derechos humanos. Es más, para Laclau esto sería algo deseable en principio, ya que asume como ideal en materia política el elemento mayoritario, entendido como política populista, que habrá de tener carácter hegemónico y hasta totalitario sin que ello signifique una descalificación valorativa. “El hecho de que algunos movimientos populistas puedan ser totalitarios [...] es sin duda cierto”, escribe este autor, agregando que “la visión de Gramsci de la hegemonía [...] es, sin embargo, profundamente democrática, porque implica la introducción de nuevos sujetos colectivos en la arena histórica”<sup>43</sup>. La idea de derechos humanos, por el contrario, tiene un carácter

40. Laclau, 2011, p. 211.

41. Ivi, p. 212. Véase también: Mouffe, 2018.

42. Véase: Toulmin, 2007, pp. 164-170. Por su parte, Ronald Dworkin critica el uso de la argumentación pragmática en varias partes de su libro de 2014, pp. 399-403.

43. Laclau, 2011, pp. 209-212.

intrínsecamente liberal-institucional, noción esta última que en el discurso de Laclau tiene un carácter claramente peyorativo<sup>44</sup>.

Ahora bien, si – más allá de la opiniones de estos autores – se adopta la visión del iusnaturalismo clásico del gobierno del derecho que se ha defendido en las páginas precedentes, aparece como manifiesto que tanto el *rule of law* como los derechos humanos son constitutivamente dependientes de la noción de derecho natural y se implican el uno al otro. Esto es así, toda vez que tanto la supremacía del derecho sobre el poder, cuanto la exigencia de derechos subjetivos supra-positivos, forman parte de los requerimientos del derecho natural, especialmente en su versión clásico-realista<sup>45</sup>. Y además estos elementos se co-implican, toda vez que la limitación constitutiva, no meramente formal, de la autoridad estatal, supone en los gobernados derechos naturales – *derechos humanos*, en la nomenclatura contemporánea – especialmente de participación y de libertad política. Pero no sólo estos, sino que también supone los derechos de autonomía moral (ordenados siempre a la realización de bienes humanos objetivos) y de solidaridad (abiertos al bien de los otros). Todo ello en razón de que las normas de derecho natural que los establecen son las mismas que limitan ético-jurídicamente el ejercicio del poder del gobierno político y prescriben la participación de los ciudadanos en la gestión y realización del bien común de la *polis*<sup>46</sup>.

Pero además, la vinculación constitutiva entre *rule of law* y derechos humanos puede encontrarse también a través de la noción de *dignidad humana*, toda vez que, tal como lo ha desarrollado acertadamente Finnis, tanto el *rule of law* cuanto los derechos humanos reciben su justificación moral en el marco de aquella noción. En efecto, el gobierno del derecho adquiere su sentido radical en cuanto que hace posible que los hombres sean dirigidos y coordinados como agentes racionales dotados de dignidad o valor intrínseco. Y este tratar a los sujetos de derecho como racionales y libres implica claramente reconocerles en la práctica una especial dignidad<sup>47</sup>. Además, en lo que respecta a los derechos humanos, está bastante difundida – y con buenas razones – la idea de que sólo seres dotados de una dignidad

44. En una entrevista, Laclau sostiene que “todo sistema social está polarizado entre dos extremos: el populismo, por un lado, y el institucionalismo, por el otro. [...] cuanto más procesos de cambio se den, habrá mayor predominio del elemento populista, que es lo que está ocurriendo hoy en día en América Latina”; Entrevista con Ernesto Laclau, en Freiburn, 2011, p. 83. Es preciso tener presente que en Laclau las expresiones “cambio”, “popular” y “populismo” revisten claramente un carácter valorativo positivo, con lo que la alternativa “institucional” resulta con una connotación axiológica manifiestamente negativa.

45. Sobre esta versión, véase: Massini-Correas, 1994a, pp. 143-167. Y también: Massini-Correas, 2020.

46. Véase: Massini-Correas, 1994b, pp. 817-828.

47. Finnis, 2011a, p. 272.

intrínseca pueden ser titulares de derechos que tienen como fundamento radical y decisivo su misma realidad ontológica<sup>48</sup>. De este modo, la dignidad humana termina otorgando sentido ya sea tanto al *rule of law* cuanto a los derechos humanos, y a ambos de modo agregativo, es decir, que incluye a ambos sin que sea posible separarlos en conceptos totalmente independientes.

De este modo, un poder político que no respete los derechos humanos no podrá considerarse propiamente como sujeto al *rule of law*, ya que no actuará conforme al derecho – en principio natural y accidentalmente positivo – que fundamenta los derechos naturales del hombre, ni respetará su inherente dignidad. Por supuesto que si la versión que se adopta del gobierno del derecho es la meramente formal del *Rechtsstaat* alemán del siglo XIX<sup>49</sup>, con su matriz expresamente positivista, el reconocimiento de los derechos humanos no integrará esencialmente el concepto de gobierno del derecho. Pero como se ha visto más arriba, esta última versión es una instancia deficiente y, en definitiva, fallida, del concepto de *rule of law*. La opción integral y consistente es, por lo tanto, la que se efectúa por aquella noción que Brian Tamanaha denomina una “teoría sustantiva”<sup>50</sup> del gobierno del derecho, que incluye conceptualmente la dimensión de los derechos humanos. Dicho brevemente: no hay estado de derecho integral y en sentido focal sin la inclusión de los derechos humanos en su mismo concepto.

Por supuesto que el acento que se ha puesto en la argumentación conceptual, no implica de ninguna manera dejar de lado el discurso pragmático o consecuencial – aunque no consecuencialista<sup>51</sup> – que reviste especial valor en el discurso práctico. En este sentido, es posible adherir a las disquisiciones efectuadas en ese sentido por Martin Kriele, según las cuales el gobierno del derecho es el ámbito adecuado para la vigencia de los derechos humanos y para la *praxis* democrática. Y también es cierto que, contrariamente a lo que sostiene Laclau, fuera de un sistema de *rule of law* resulta muy difícil – casi imposible – el funcionamiento efectivo de un régimen democrático que merezca ese nombre. Estos argumentos de utilidad práctica vienen a agregarse, entonces, a los de carácter conceptual y no a excluirlos; en este sentido, es necesario reconocer que la argumentación acerca de las consecuencias de acciones e instituciones reviste en la filosofía práctica una especial fuerza retórica, que no debe ser dejada de lado.

48. Finnis, 1998, pp. 176-180. También funda los derechos humanos en la dignidad humana, aunque desde otra perspectiva teórica, Buchanan, 2013, pp. 98-ss.

49. Véase: Kriele, 1975, pp. 146-149.

50. Tamanaha, 2009, pp. 102 ss.

51. Sobre el “consecuencialismo” moral, véase: Massini-Correas, 2019, pp. 177-214.

## EL GOBIERNO DEL DERECHO

Finalmente, conviene destacar que cuando se habla de “teoría sustantiva” del *rule of law*, se da por supuesto que se trata de una doctrina que encuentra su fundamento, en última instancia, en las dimensiones perfectivas de la índole o modo de ser propiamente humano. Ahora bien, tal como lo resume acertadamente Grégor Puppinck refiriéndose específicamente a los derechos humanos, “la cultura occidental ha acabado por salir vencedora sobre el colectivismo de las antiguas repúblicas soviéticas, pero, una vez roto el equilibrio de la Guerra Fría, los derechos humanos [de la Onu] no han sido capaces de preservarnos de los excesos inversos del individualismo. Contracepción, aborto, pornografía, eutanasia, homosexualidad, eugenismo: todas estas prácticas, ampliamente prohibidas en la posguerra, son ahora derechos, y su crítica, algo prohibido”<sup>52</sup>. En síntesis, existe una actual corriente de ideas que fundamenta los derechos – y consecuentemente el *rule of law* – solo en las simples opciones individuales, en lugar de reconocerlos en la realidad práctico-moral del hombre, y los convierte en un mero instrumento para la realización de los caprichos de minorías activas y turbulentas, despreciando la trascendencia ontológica y la naturaleza humana con sus bienes propios, y que ha conducido a un vaciamiento de la idea de derechos naturales (o humanos) propuesta por la ética clásico-realista y a su sustitución por unas exigencias que resultan inhumanas por su contraposición radical al modo propio de ser del hombre y a las líneas perfectivas que de él se siguen objetivamente.

### 5. CONCLUSIÓN: EL GOBIERNO DEL DERECHO, LAS VIRTUDES MORALES Y LOS DERECHOS HUMANOS

De lo expuesto sucintamente hasta ahora, es posible extraer sintéticamente las siguientes conclusiones:

- a) la idea del gobierno del derecho no se reduce a una de sus varias concreciones históricas, la liberal-ilustrada<sup>53</sup>, sino que tiene un origen muy anterior y muy diverso en el pensamiento griego y romano clásico, así como en las mejores versiones del pensamiento medieval; estas versiones forman una tradición de pensamiento e investigación más rica, realista y matizada que la propuesta por los ilustrados en los años que precedieron e incluyeron a la Revolución Francesa;
- b) entre los pensadores medievales, en Tomás de Aquino existe un desarrollo completo y sistemático de esa idea, tanto desde el punto de vista formal y de los procedimientos, como desde la perspectiva de los contenidos jurídicos; en

52. Puppinck, 2020, p. 88.

53. Esta versión es la que discute, entre otros, Laclau, 2011, pp. 207 ss. Sobre este autor, véase: Cassagne, Brewer Carías, 2020, pp. 28-119.

este desarrollo, la idea del gobierno del derecho se encuentra fundada principalmente en la doctrina de la ley – o derecho – natural, por lo cual reviste un carácter eminentemente iusnaturalista<sup>54</sup>;

c) pero además, esta versión de la idea del gobierno del derecho se complementa, tanto en la sistemática de Aristóteles como en la de Tomás de Aquino, así como en toda la “tradición central del pensamiento occidental”, con la idea de una ética de virtudes; estas últimas son las que – en cuanto principios internos – hacen posible tanto la especificación como la puesta efectiva en la existencia del gobierno eminente de las leyes – normas y principios – jurídicas o derecho normativo; por el contrario, la versión propuesta por los autores liberales deja de lado las virtudes morales y se centra en artificios meramente institucionales, como la división tripartita de los poderes del Estado, que si bien resultan convenientes, exhiben una insuficiencia constitutiva y radical;

d) por otra parte, si se adopta la versión aquí propuesta del gobierno del derecho, de carácter innegablemente iusnaturalista, esa versión se integra con la idea de derechos humanos, ya que éstos forman parte constitutiva del derecho que el gobierno político debe respetar y se justifican en la misma idea de dignidad humana; de este modo, la vinculación entre *rule of law* y derechos humanos, que varias veces ha sido cuestionada, aparece como conceptual e intrínsecamente integrativa;

e) finalmente, y en especial frente a los diversos y reiterados ataques de que ha sido objeto recientemente esta idea del gobierno del derecho, tanto por parte de las escuelas críticas post-marxistas, como del Análisis Económico del Derecho, del post-humanismo o anti-humanismo, así como de otras alternativas ideológicas, conviene poner en evidencia la necesidad de renovar, reformular y actualizar la tradición clásica del gobierno del derecho, como una alternativa valiosa frente a quienes pretenden sustituirla por un decisionismo populista, una mera crítica nihilista, un autonomismo tendencialmente anárquico o un mero instrumentalismo vacío de contenidos éticos. En este punto, resulta conveniente recordar finalmente que Tomás de Aquino designaba como “gobierno político” en sentido propio y principal, no sólo aquél donde el contenido de las disposiciones de la autoridad se ordenaba efectivamente al bien comunitario participado por los gobernantes, sino al que también se regía por las leyes, por la virtud de justicia en todas sus formas, promovía la participación ciudadana y respetaba el derecho y los derechos naturales de sus habitantes<sup>55</sup>.

54. Véase: Massini-Correas, 2021a.

55. Véase: Daguet, 2015, *passim*.

## EL GOBIERNO DEL DERECHO

### BIBLIOGRAFÍA

- Abbà, G. (1983). *Lex et virtus. Studi sull'evoluzione della dottrina morale di san Tommaso d'Aquino*. Las.
- Id. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* Las.
- Aristóteles (1970). *Política*. Instituto de Estudios Políticos.
- Bracton, H. (1968). *On the Laws and Customs of England*. Harvard University Press.
- Buchanan, A. (2013). *The Heart of Human Rights*. Oxford University Press.
- Cassagne, J.C., Brewer Carías, A.R. (2020). *Estado populista y populismo constitucional*. Ediciones Olejnik.
- Castaño, S.R. (1997). Brève analyse de l'empire de la loi chez Aristote. *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie*, 83(4), 548-554.
- Cicerón (1970). *La República*. Instituto de Estudios Políticos.
- Id. (1971). *Las Leyes*. Instituto de Estudios Políticos.
- Daguet, F. (2015). *Du politique chez Thomas D'Aquin*. Librairie Vrin.
- Id. (2000). *Quaestio Disputatio De virtutibus in communi*. Eunsa.
- de Sevilla, I. (1982). *Etimologías*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica.
- Fassò, G. (1979). *Historia de la filosofía del derecho-2-La Edad Moderna*. Pirámide.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Id. (2011a). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press.
- Id. (2011b). *Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- Freiburn, N. et al. (2011). *¿Qué es el Kirchnerismo?* Continente.
- García Pelayo, M. (2002). *Derecho constitucional Comparado*. Fundación Manuel García Pelayo.
- Griffin, J. (2008). *On Human Rights*. Oxford University Press.
- Johnson, C.N. (1990). *Aristotle's Theory of the State*. Macmillan.
- Kelly, J.M. (1994). *A History of Western Legal Theory*. Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa.
- Kraut, R. (2002). *Aristotle. Political Philosophy*. Oxford University Press.
- Kriele, M. (1975). *Einführung in die Staatslehre*. Rowohlt Taschenbuch Verlag.
- Id. (1980). *Befreiung und politische Aufklärung*. Verlag Herder. En el texto se cita como en Kriele M., Gancho C. (1982). *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*. Herder.
- Laclau, E. (2011). *La razón populista*. Fondo de Cultura Económica.
- Llano, C. (2007). *Sobre la idea práctica*. Eunsa.
- Massini-Correas, C. (1994a). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Abeledo-Perrot.
- Id. (1994b) Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista. *Anuario Filosófico*, 27(2), 817-828.
- Id. (2005). *Filosofía del Derecho-I*. LexisNexis.
- Id. (2010). Sobre ciencia práctica y prudentia. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis. *Sapientia*, 227/228, 41-53.
- Id. (2019). *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético*. Rialp.

- Id. (2020). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*. Unam-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Id. (2021a). *Gobierno del derecho y razón práctica. El rule of law en el debate político y jurídico contemporáneo*. Thomson-Reuters.
- Id. (2021b). Tomás de Aquino y el modo “político” de gobernar. *Sapientia*, en prensa.
- Mouffe, Ch. (2018). *Por un populismo de izquierda*. Siglo XXI Editores.
- Platón (1960). *Las leyes*. Instituto de Estudios Políticos.
- Polo, L. (2013). *Lecciones de ética*. Eunsa.
- Porter, J. (1990). *The Recovery of Virtue*. John Knox Press.
- Puppinck, G. (2020). *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Ediciones Encuentro.
- Robin Letwin, S. (2008). *On the History of the Idea of Law*. Cambridge University Press.
- Russell, D.C. (2011). *Practical Intelligence and the Virtues*. Clarendon Press.
- Solum, L., Farrelly, C. (2011). *Virtue Jurisprudence*. Palgrave Macmillan.
- Strauss, L. (2005). *Sobre la tiranía*. Encuentro.
- Tamanaha, B. (2009). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge University Press.
- Tommaso d'Aquino (1956). *Summa Theologiae*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Toulmin, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Península.
- Vanossi, J. (2008). *Estado de Derecho*. Astrea.
- Viola, F. (2009). Legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso d'Aquino (pp. 1-63). En *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?* Giappichelli.
- Id. (2011). *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli.
- Id. (2021). La natura dei diritti umani e il loro fundamento. En *Storie dei diritti umani* (pp. 131-143). Giappichelli.