

NOS AD JUSTITIAM ESSE NATOS

LIBRO DE HOMENAJE A LA ESCUELA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
EN EL CENTENARIO DE SU FUNDACIÓN
(1911-2011)

VOLUMEN II



Directores:

Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Ernesto Garzón Valdés
Claudio M. Grossman
Eugenio Raúl Zaffaroni

Coordinador:

José Luis Guzmán Dalbora



NOS AD JUSTITIAM ESSE NATOS

Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho
de la Universidad de Valparaíso
En el Centenario de su fundación (1911-2011)

Volumen 2

Directores:

LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
ERNESTO GARZÓN VALDÉS
CLAUDIO M. GROSSMAN
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Coordinador:

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Comité de Redacción y Traducción:

Eugenio Gaete González • José Luis Guzmán Dalbora
Daniela Marzi Muñoz • Claudio Meneses Pacheco • Carlos Navia Canales
Ricardo Saavedra Alvarado • Ricardo Salas Venegas
Luis Villavicencio Miranda • Alejandra Zúñiga Fajuri



Valparaíso
2011

Publicidad y *Rule of Law*

Bruno Celano*

1. Introducción

Por el término *Rule of Law*** -habitual entre los teóricos del derecho- me refiero al conjunto de rasgos formales e institucionales que la ley puede poseer en mayor o menor grado (sección 2). Estas características definen un ideal que se espera, tradicionalmente, alcancen las leyes. Una de estas características es la publicidad. Parte de lo que constituye el *Rule of Law* es el requisito de que las leyes sean públicas. Este es el objeto del presente trabajo. Cuando se afirma que el *Rule of Law* exige que las leyes sean públicas ¿Qué se quiere afirmar? ¿Qué noción relevante de publicidad puede definirse? La pregunta es en sí misma compleja ¿Qué clase de pregunta es? Intento ocuparme de este problema en la sección 2. Responder a la pregunta en sí misma (¿cómo debe ser entendido el término “publicidad” en el *Rule of Law*?) demandará, como veremos, la comprensión de los propósitos de la publicidad, y los propios y más generales del *Rule of Law*. Las secciones 3 y 4 se dedicarán a indagar una primera respuesta aproximada a nuestra pregunta principal. En las secciones 5 y 6 voy a proponer una corrección a esta respuesta, lo que permitirá (o eso espero) alcanzar una más completa comprensión de la idea de publicidad. Responder a nuestra pregunta también requerirá (secciones 7 y 8) centrar nuestra atención en una versión particular del *Rule of Law* -que llamaré *Rule of Law* clarificado- en que la legislación (es decir, la emisión de prescripciones) juega un papel

* Universidad de Palermo (Italia). Traducción del original inglés por la Prof^a. Dra. Alejandra Zúñiga Fajuri, de la Universidad de Valparaíso.

** Se ha preferido mantener la expresión en su idioma original, como es habitual, pues ninguna traducción al castellano logra expresar en toda su densidad el significado de este concepto (N. de la T.)

destacado. La sección 9 planteará una dificultad adicional, lo que permitirá una modificación final de nuestra definición de publicidad.

Mi tesis principal es que el requisito de publicidad del *Rule of Law* se entiende mejor en términos de común, o mutuo, conocimiento. Cuando se requiere que las leyes sean públicas, lo que se entiende con esto es no solo que cada uno de los destinatarios debe saber cuál es la ley, sino también que todo el mundo debe saber que todo el mundo sabe... (y así sucesivamente, a través de una cadena de creencias mutuas adecuadas) cuál es la ley. Esto puede parecer innecesariamente complicado. Voy a tratar de demostrar que esa es una impresión falsa, y que la comprensión de la exigencia de publicidad a lo largo de estas líneas ilumina los diversos aspectos que el ideal normativo de la exigencia de publicidad encarna. Piénsese en un régimen en el que las leyes se dan a conocer a sus destinatarios mediante el envío a cada uno de ellos de sobres cerrados. Todo el mundo sabe cuál es la ley. Pero ¿El requisito de publicidad del *Rule of Law* se ha cumplido? Creo que muchos estarían dispuestos a responder en sentido negativo ¿Por qué? ¿Qué está implícito en la tendencia a responder de esta manera?

2. Entender la pregunta

Hay muchas maneras diferentes de entender la frase 'the Rule of Law'¹. Aquí adopto la que se ha vuelto común en la jurisprudencia contemporánea en los últimos cuarenta años². En consecuencia, por 'Rule of Law' (en lo sucesivo, para simplificar, RoL) entiendo un cúmulo de (1) características formales de las leyes (prospección, publicidad, relativa generalidad, relativa estabilidad, inteligibilidad y relativa claridad, viabilidad³, coherencia), más (2) desiderata institucional y procedimental (como, por ejemplo, que la elaboración de normas singulares, aplicables a casos individuales, se guíe por normas generales y por los llamados principios de 'justicia natural': que la resolución de las controversias se confíe a alguien que no tenga intereses comprometidos en la decisión ni tampoco prejuicios; el principio *audi alteram partem*: y así sucesivamente)⁴.

1 Véase cf. Waldron, 2002, 155-7; Id. 2004, 319-20; Bennett, 2007, 92-4.

2 Las nociones que forman parte de esta familia tienen el aspecto de "una especie de 'lista de lavandería' de características propias de un sistema jurídico sano. Se trata principalmente de las variaciones de los ocho desideratas de 'la moral interna del derecho' de Lon Fuller" (Waldron, 2002, 154). Cf. *Ibíd.*, 154-5. Para un estudio de algunas de las principales nociones en este sentido (LL Fuller, Raz, J., J. Finnis, J. Rawls, M. Radin).

3 Por ejemplo, conformidad con el principio "*debe implica puede*".

4 Para una lista de estos requisitos institucionales y de procedimiento, véase, por ejemplo,

Los elementos de la lista varían, en parte, de acuerdo a las versiones dadas por diferentes autores. El núcleo, sin embargo, es estable⁵.

Nuestra pregunta principal es ¿qué debemos entender por 'publicidad' en este contexto? Antes de aventurarse a cualquier intento de responder esta pregunta, vamos a preguntarnos qué clase de pregunta es.

Se podría decir que esto es, de hecho, una cuestión a definir; o, alternativamente, que la cuestión exige una investigación histórica sobre lo que diferentes teóricos -así como abogados y público en general- quieren decir cuando afirman que, como requisito propio del RoL, las leyes deben ser públicas. Estas hipótesis no se equivocan. La pregunta *puede*, sin duda, ser entendida de esta manera. Voy a seguir, sin embargo, un camino diferente.

Las características del RoL definen un ideal ético-político que, usualmente, se espera que las leyes alcancen. Con el fin de determinar cómo cada una de estas características ha de entenderse y para desentrañar sus diversos aspectos, tenemos que avanzar en la comprensión de este ideal. Tenemos que entender cuáles son los propósitos del RoL, en sus diversos aspectos, a fin de determinar, sobre esa base, cuáles son sus distintos requerimientos. Y viceversa, por supuesto. No obtendremos entendimiento alguno respecto de los objetivos del RoL -su ideal- sin una comprensión preliminar sobre lo que abarcan sus requisitos. El método a seguir es circular: un paso adelante sobre uno de los problemas (¿cuál es la meta del RoL?) nos permitirán dar nuevos pasos sobre los siguientes (¿como el requisito del RoL X -por ejemplo, la publicidad- debe entenderse?), y viceversa. El círculo debiera ser virtuoso. Pero tenemos que aventurarnos en alguna parte.

Una investigación de este tipo es una investigación normativa de trasfondo ético-político. Este es el tipo de investigación que se perseguirá aquí⁶.

Raz, 1977, 215-8 ("la elaboración de leyes particulares (ordenamientos jurídicos particulares) debe ser guiada por normas abiertas, estables, claras y generales", "la independencia del poder judicial debe estar garantizada", "los tribunales deben tener poder de revisión sobre la aplicación de los principios", "los tribunales deben ser de fácil acceso", "la discreción de los organismos de prevención de la delincuencia no debe permitir la perversión de la ley"). Sobre los principios de justicia natural, véase Hart, 1961, 156, 202. Para una lista similar sobre los requisitos del RoL, véase Fuller, 1969, cap. 2, Finnis, 1980, 270-1; Marmor, 2004, 5 ss. Para ordenar los principios que constituyen el RoL en principios formales y de procedimiento ver Waldron, 2008 (También Raz, 1977, 218).

5 Como ha señalado Waldron (2002, 155), los criterios dados por estos autores (Fuller, Finnis, Raz, Rawls, Radin) -sus particulares "listas de lavandería"- "parecen congeniar entre si; complementan detalles de lo que es, más o menos, una misma concepción en forma ligeramente diferente".

6 Esta investigación no es ajena a las dos alternativas que he mencionado en los dos párrafos anteriores. Por el contrario, los resultados o investigaciones normativas sustantivas del tipo descrito sólo puede considerarse plausibles en la medida en que estén de acuerdo, en

3. El valor instrumental de la publicidad

En respuesta a nuestra pregunta principal, tenemos que considerar los aspectos relevantes de los objetivos del RoL ¿Qué es lo valioso en la publicidad, desde el punto de vista del ideal del RoL?

Una primera respuesta a esta pregunta es muy simple. Teniendo en cuenta los propósitos del RoL, el valor de la publicidad es, sin duda, instrumental. Las leyes que pretenden alcanzar el fin asignado por el RoL, deben ser públicas. Veamos por qué.

Como ya he dicho, las características del RoL definen un ideal ético-político. ¿Qué ideal? ¿Cuál es el objetivo del RoL? Una primera respuesta a esta pregunta no es difícil de encontrar. Lo que el RoL dice es, en primer lugar, que las leyes deben ser tales que puedan seguirse y obedecerse⁷.

La mayoría de las características del RoL especifican, más o menos directamente, lo que es instrumentalmente necesario para lograr un fin -a saber, el fin de guiar el comportamiento humano a través de reglas⁸. En otras palabras, son características que las leyes deben poseer para que puedan ser susceptibles de ser seguidas y obedecidas. Así entendido, las características que constituyen el RoL disponen de un instrumento (las leyes) para llevar a cabo correctamente su función (guiar el comportamiento humano) -son análogas a las propiedades de decisiones que conllevan el significado de

general, con la *endoxa* (por ejemplo, las opiniones sostenidas por todos, o por aquellos que son lo suficientemente competentes, o por los autores principales) en los campos relevantes, y que descansa en redefiniciones plausibles de los conceptos pertinentes, conforme a su uso actual (la mera estipulación es, por supuesto, un asunto diferente). Así, las dos alternativas mencionadas (la estipulación, entendida como la redefinición de los conceptos plausibles utilizados actualmente, y la comprensión crítica de lo que otros han dicho) funcionan -en parte derrotable- como limitaciones a nuestra investigación. (El círculo que se insinúa en el texto es lo que algunos filósofos llaman el círculo 'hermenéutico'. El método para la investigación ética de fondo que he descrito es, en esencia, Aristotélico. Se conoce, en nuestros días, como el método de 'equilibrio reflexivo' de Rawls, 1951, y 1971, £).

7 Según Raz (1977, 214) la "idea básica" que subyace a los requisitos del RoL ("la intuición básica de la que se deriva el *Rule of Law*") es "que la ley debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos" ("si la ley ha de ser obedecida, *debe ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos*. Tiene que ser tal que se pueda saber lo que es y actuar en consecuencia", *Ibid.*, el subrayado es mío). También, Marmor, 2004, 5. Como muchos (incluyendo Hart y Raz) han señalado, el ideal definido por los requisitos del RoL es modesto. Su logro es compatible con graves injusticias, y en general con graves violaciones de otros (respetables) ideales.

8 En palabras de L.L. Fuller, "la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas" (1969, 106).

cualquier término funcional. Los requisitos del RoL son análogos al filo de un cuchillo (Raz, 1977, 225; véase también, Marmor, 2004, 7).

Así, por ejemplo, si van a ser capaces de lograr su objetivo (es decir, orientar el comportamiento humano), las leyes tienen que ser establecidas de antemano (reconocimiento), y ser lo suficientemente claras para que su destinatario las comprenda (la inteligibilidad; Véase, Marmor, 2004, 19-20, 26-7). La misma línea de razonamiento se sigue, obviamente, en el caso de la publicidad: si van a ser capaces de guiar el comportamiento humano, las leyes tienen que ser públicas. Esto nos da una primera idea -trivial, aunque no sin importancia- sobre cómo ha de entenderse lo “público” en este sentido (es decir, una primera respuesta a nuestra pregunta principal): si van a ser capaces de guiar el comportamiento humano, las leyes tienen que *darse a conocer* a sus destinatarios⁹.

4. Publicidad y dignidad humana

Por lo tanto, el requisito de que las leyes deben ser públicas es, en primer lugar, el requisito de que deben darse a conocer a sus destinatarios. Esto es necesario si las leyes pretenden alcanzar su propósito de guiar el comportamiento humano¹⁰. Hay, sin embargo, más sobre la publicidad, así entendida, que su solo valor instrumental.

En esta línea, me parece, el requisito de publicidad encarna una visión básica sobre la justicia: es injusto que un agente sea considerado culpable y castigado por haber actuado en contra de una norma que le era desconocida¹¹.

Es bien sabido que el contexto de este principio es precario. Puede haber buenas razones (no voy a realizar ninguna conjetura sobre ello aquí) para hacer a las personas moralmente responsables por la violación de normas que desconocían. Asimismo puede haber buenas razones, por lo menos desde el

9 Esto es, por supuesto, solo para lo que podríamos llamar guías de orientación ‘normal’ -es decir, guías de orientación a través del entendimiento, por el agente, de lo que se requiere de él. Se pueden imaginar todo tipo de casos no estándar, que descansan en desviadas cadenas causales (por ejemplo, los padres pueden a veces, a fin de que sus hijos hagan A, decirles que no hagan A, confiando en su disposición permanente a hacer lo contrario de lo que se les dice. Se trata de un caso simple de guía de orientación no estándar).

10 Esta es la principal *rationale* para transformar, como cuestión de derecho positivo, a la publicación de las leyes en una condición necesaria para su validez y plena vigencia (véase Guastini, 2010, 77-8).

11 Cf. para una vívida ilustración de este punto, F. Kafka, *In der Strafkolonie*.

punto de vista de la ley penal, para aceptar el principio jurídico *ignorantia legis non excusat*. El principio moral, sin embargo, expresa una posición por defecto: salvo consideraciones especiales, *ceteris paribus*, etc., será injusto considerar culpable y castigar a quien ha violado una norma que le era desconocida. Al igual que en el caso del principio jurídico, puede parecer sensato modificar el principio con el fin de tener en cuenta la hipótesis de la ignorancia culpable: *ceteris paribus*, es injusto juzgar culpable y castigar, por haber violado una norma, a quien la desconocía sin culpa (ignorancia inevitable)¹².

Esto se aplica perfectamente a la publicidad (como la entendemos ahora), bajo una *proviso: ceteris paribus*, es injusto declarar a un agente culpable, y castigarlo, por haber violado una norma que no se le ha dado a conocer. La salvedad (*proviso*) es que el estándar, o norma (se usan estos términos indistintamente) sea de un cierto tipo: debe ser una norma que el agente no pueda conocer, a menos que directamente le sea dada a conocer.

Las normas que sólo existen si alguien, persona o entidad, las dan a conocer, las llamaré “positivas”. Las normas positivas -como las leyes positivas- cumplen con las condiciones relevantes: en su caso, la *proviso* se cumple. En lo que a las normas positivas se refiere, sería injusto, *ceteris paribus*, declarar a una persona culpable, y castigarla, por haber violado una norma que no le fue dada a conocer, por ejemplo, públicamente. Esto es lo que el requisito de publicidad del RoL expresa. En consecuencia, podemos plantear un derecho (moral), de las personas sujetas a una jurisdicción determinada, para que las normas (positivas) en esa jurisdicción se les den a conocer. No nos estamos refiriendo al requisito más fuerte que exige que las normas sean justificadas a los individuos, de modo que puedan comprender y hacer suyas las razones que las sustentan (para comprender, por ejemplo, *por qué* están obligados a actuar de cierta manera y estar de acuerdo con esto)¹³. Es un requisito mucho más modesto el que exige que la norma les sea comunicada para que actúen de tal o cual manera.

Si ahora nos preguntamos *por qué* sería injusto, *ceteris paribus*, juzgar a una persona como culpable, y castigarla por haber violado una norma positiva que no se le dio a conocer, la respuesta no será fácil. Parece que hemos llegado a un punto moral de fondo. Podríamos argumentar de esta manera: podemos, plausiblemente, decir, de modo más o menos circular, que la violación a ese principio implicaría la violación de la dignidad

12 Cf. doctrina constitucional italiana, Guastini, 2010, 82.

13 Este es, según J. Waldron (1987) el requisito básico ético-político, del liberalismo moderno. Uno de los ejemplos más destacados es el de Rawls (1999, 324), donde el requisito de la “publicidad plena” forma parte de los principios de justicia en una sociedad bien ordenada.

humana: evidencia una falta de respeto por los seres humanos en tanto agentes responsables y autónomos.

El respeto a los seres humanos como agentes responsables y autónomos supone tener en cuenta su capacidad de elección: dejando espacio a su capacidad para ser autores de sus propias vidas (Raz, 1986, 369). Al juzgar a una persona como culpable y castigarla por haber violado una norma positiva que no se le dio a conocer, se contradice esta actitud, pues no se le da opción. Esta es la razón por la que expresa falta de respeto a la dignidad humana.

La famosa frase de J. Raz arguye que “el respeto al *rule of law* es necesario si la ley pretende respetar la dignidad humana” (Raz, 1977, 221). Su argumento es el siguiente.

“Respetar la dignidad -argumenta Raz- implica tratar a los seres humanos como personas capaces de planificar y trazar su futuro. Por lo tanto, respetar la dignidad de las personas implica respetar su autonomía, su derecho a controlar su futuro” (ibíd.). Habría, sostiene Raz, dos formas por las cuales el desprecio por el RoL “viola la dignidad humana”: mediante la generación de incertidumbre y por la frustración de las expectativas que la propia ley ha alentado (esto último es una especie de “trampa”).

El argumento a favor de la publicidad (como se le ha presentado) esbozado un par de párrafos arriba, va por la misma línea. Castigar a un individuo por haber violado una norma positiva, que no se le ha dado a conocer, también parece una especie de “trampa” que muestra falta de respeto a su condición de supuesto agente responsable, autónomo. Estar expuesto a la posibilidad de tales castigos, genera un tipo importante de incertidumbre. Por lo tanto, el requisito de publicidad de RoL, tal como se le ha entendido aquí, encaja perfectamente en la imagen del RoL como un escudo contra la falta de respeto a la dignidad humana¹⁴.

Los objetivos de Raz respecto del RoL como instrumento para la prevención de las “trampas” y para garantizar seguridad, sin embargo, también apuntan a una mayor comprensión de los requisitos de la publicidad (véase, s.6).

14 Que el fundamento del RoL es justificar el (o ciertas formas de) respeto a los seres humanos como agentes responsables, con derecho a tomar decisiones autónomas, ha sido sostenido por Cf. Fuller, 1969, 162-3; Finnis, 1980, 272-3; MacCormick, 1985, 26; Marmor, 2004, 21, 32 (sobre la viabilidad); Waldron, 2008, 76 (gracias a la conformidad con el principio de legalidad -es decir, los requisitos del RoL- las leyes alcanzan tanto la “eficiencia desde el punto de vista de la regla” (Hart, y su “analogía de la intoxicación”; y la eficiencia en lograr que la gente haga lo que los gobernantes quieren que hagan) y la “eficiencia en las materias” (“el objetivo de alcanzar, no las metas de los gobernantes, sino de hacer espacio en sus cálculos -un respetuoso espacio- para los propósitos de los individuos que viven bajo su poder”, el subrayado es mío).

5. Publicidad como común conocimiento

Hasta ahora, que las leyes sean públicas se ha entendido de una manera que es compatible con la hipótesis (sin duda poco realista) de que ellas sean comunicadas a sus destinatarios a través del envío de sobres cerrados (s.1). Esta, evidentemente, es una comprensión demasiado estrecha del concepto de publicidad (en el contexto del RoL). Tenemos que ampliar el grupo de aquellos a quienes las normas pertinentes son conocidas -no tanto para hacer que impliquen a más de una persona (como considera el modelo simplificado hasta ahora) sino que para darle una estructura peculiar. Las normas pertinentes no deben entenderse como dadas a conocer *a una persona a la vez*, ni a una pluralidad de personas *de forma independiente una de la otra*, simultáneamente.

En primer lugar, vamos a introducir la noción de común o mutuo conocimiento¹⁵.

P es de conocimiento común entre A y B, si y sólo si

(1) A sabe que p;

(1') B sabe que p;

(2) A sabe que B sabe que p;

(2') B sabe que A sabe que p;

y así sucesivamente, *ad infinitum*.

O, dicho de otro modo

P es de común conocimiento entre los miembros del grupo G, si y sólo si cada uno de los miembros de G

sabe que p;

sabe que cada uno de los miembros de G sabe que p;

sabe que cada uno de los miembros de G sabe que cada uno de los miembros de G sabe que p

Y así sucesivamente, *ad infinitum*.

15 Para las nociones de común o mutuo conocimiento, véase, respectivamente, Lewis, 1969, 52 ss; Schiffer, 1972, 30 ss. (Las diferencias entre las dos nociones no tienen por qué detenernos aquí). La noción de conocimiento común ha sido criticada por muchos debido a que 'p' requiere, al parecer, que una cantidad infinita de información sea procesada por la mente de las personas pertinentes, y, se argumenta, las mentes humanas son finitas, por lo que esta condición no puede ser satisfecha. H.H. Clark, y T. B. Carlsson, (1982) han demostrado, sin embargo, que la apariencia es engañosa. Es de conocimiento común que 'p' entre A y B no requiere su implantación real, por A y B, en una serie infinita de condiciones. Es, más bien, el resultado de la aplicación, con los datos disponibles, de una regla de inferencia.

La mejor forma -a la luz de nuestra pregunta normativa y ética de fondo (s. 2)- de entender los requerimientos de publicidad del RoL es, argumentaré, en términos de común conocimiento. Hay tres razones para ello. El primero se refiere a la eficacia de la ley. El segundo y el tercero se tratarán, respectivamente, en los números 6 y 8.

Volvamos a nuestra comprensión de la publicidad como instrumentalmente valiosa -de hecho, necesaria- para que las leyes alcancen su previsto (normal) objetivo (s.3). Si las leyes (o, en general, las normas positivas) son guías para el comportamiento humano, tienen que darse a conocer a sus destinatarios. Sin embargo, esto no es suficiente. La eficacia requiere también el conocimiento mutuo, en dos sentidos.

En primer lugar, como señaló H.H. Clark y la T.B. Carlsson (1982) cuando lo que se requiere es un “acto conjunto”, las creencias compartidas *entre* los destinatarios son fundamentales. Por “acto conjunto” se entiende “un acto de dos o más personas que deben, en general, de forma deliberada, coordinar sus acciones separadamente para tener éxito” (Ibíd., 2)¹⁶. Cuando, por ejemplo, X dice a A y B que se den la mano, lo que es un acto conjunto, “Si [X] pretende que [A y B] lleven a cabo esa acción, debe intentar que cada uno de ellos reconozca, no sólo lo que se le pidió a *él*, sino también lo que le ha pedido al otro. Si se les dice separadamente y no tiene garantía de que se ha informado a la otra persona, debe comprender que no se podrá llevar a cabo ese acto conjunto sin ulterior negociación” (ibíd., 1-2).

A menudo sucede que la ley impone a una pluralidad de destinatarios la realización de una actuación conjunta. En tales casos, no será suficiente que la orden correspondiente se de a conocer a cada uno de los destinatarios por separado (la hipótesis del sobre cerrado). También será necesario, si la orden es para guiar el comportamiento del modo previsto (estándar), que se convierta en conocida entre ellos. En estos casos, entonces, lo que requiere el RoL, por medio de la publicidad (haciendo leyes positivas conocidas por sus destinatarios), es el conocimiento mutuo¹⁷.

En segundo lugar, lo anterior resulta verdadero, en general, respecto de todos los requisitos legales (incluidos los casos de acciones que cada uno

16 Por ejemplo, “dar la mano [...], remar un bote, hablar y escuchar, conducir por una carretera, hacer señales en código Morse, caminar entre una multitud, reunirse y bailar” (ivi).

17 Un caso especial se produce cuando la ley obliga al cumplimiento de un conjunto de acciones que constituyen la solución de un juego de coordinación (en el sentido referido por la teoría de juegos). La solución a los juegos de coordinación es, por definición, comúnmente conocida por las partes (Lewis, 1969). En tales casos, sin embargo, la ley funciona, por hipótesis, como un indicador simple. Una vez que uno de los muchos equilibrios disponibles es destacado a las partes por la ley, todas las personas involucradas, por hipótesis, deben participar (cf. Ullmann-Margalit, 1981; Green, 1988, 111-5; Celano, 2010, s. 4).

puede realizar por su cuenta, que no requieren coordinación, en el sentido mencionado), bajo una condición plausible.

Considere un grupo de individuos G, destinatarios de un requisito R, tal que, para cada miembro de G, una de las razones para el cumplimiento de R es la expectativa de que los demás miembros de G cumplan (tienen esa expectativa, porque esperan que los demás también tengan dicha expectativa, y así sucesivamente). Todo el mundo espera que cumplan, porque espera que los demás... (Y así sucesivamente) cumplan; todos cumplen, en parte, porque tienen esta expectativa de los demás.

La -plausible- condición por la que lo que se ha sostenido se aplica a las leyes positivas en general se produce, cuando un sistema jurídico existe (y esto incluye, en el balance jurisprudencial, que sea eficaz en su conjunto), siempre que la población destinataria sea del tipo descrito. Esto, a su vez, puede entenderse de dos maneras.

En primer lugar, en los hechos, relacionado con la motivación (las "razones" en un sentido subjetivo, considerando los elementos de la estructura psicológica del agente) de los destinatarios. Cuando todos, o casi todos, siempre, o casi siempre, cumplen porque, de hecho, esperan que los demás también cumpla (y así sucesivamente), con el fin de que las leyes guíen su conducta (en el modo estándar), tiene que haber conocimiento común.

También puede ser entendido, en segundo lugar, como un asunto relativo a las buenas razones ('razones', ahora, en un sentido objetivo, normativo) que cada destinatario posee para cumplir con las leyes. Muchos (quizá todos) los requisitos legales son tales que no tendría sentido cumplirlos a menos que uno espere que los demás también lo hagan (no discutiré esto aquí.) Por lo tanto, para que los destinatarios tengan motivos para cumplir con las leyes, es necesario que estén en conocimiento de los requisitos que ellas imponen. Interpretado de este modo, lo que el requisito de publicidad del RoL expresa es la idea de que, a fin de que las leyes proporcionen orientación normativa a sus destinatarios, sean de común conocimiento.

6. El común conocimiento como condición de certidumbre

Así, lo que se requiere para que las leyes logren su propósito de guiar la conducta humana es el conocimiento común de su publicidad. No es suficiente que las leyes se *den a conocer* a sus destinatarios (esto, como

se recordará, fue nuestra primera comprensión de la publicidad, s. 3). El conocimiento relevante debe tener una cierta estructura: las leyes deben hacerse *comúnmente conocidas* a sus destinatarios¹⁸.

Una vez más, esto no es meramente una cuestión de eficacia de la ley. En este sentido, la publicidad no es sólo instrumentalmente valiosa para que la ley sea una guía efectiva. También se trata de respetar la dignidad humana.

¿Por qué? Porque para que cada persona pueda disfrutar, o al menos tener la oportunidad de disfrutar, de su estatus como agente responsable, autónomo, no es suficiente que sea previsible el modo en que el ordenamiento jurídico reaccione a sus acciones (en base a su propio conocimiento de las leyes). También es necesario que esté en condiciones de predecir, con razonable certeza, cómo van a reaccionar *los demás ciudadanos*. Es necesario, en general, que pueda formarse expectativas razonables acerca de cómo los demás reaccionarán a las normas legales vigentes, y, una vez más, cómo los demás actuarán dependerá, en parte, de cómo ellos esperen que los demás actúen a su vez (frente a las normas legales vigentes). Y así sucesivamente. Por lo tanto, a fin de permitir a los ciudadanos disfrutar de su autonomía, las leyes tienen que ser de común conocimiento.

En otras palabras, como hemos visto (s. 4), siguiendo a Raz, cumplir con el RoL es necesario si la ley va a respetar la dignidad humana, puesto que la observancia, por las leyes, de las condiciones del RoL dará certeza y no funcionará como una “trampa”. Ello, como se ha señalado, se aplica a los ciudadanos en su relación con el gobierno. Pero también se aplica a los ciudadanos en sus relaciones entre sí, o mejor, a la relación que cada ciudadano tiene con el gobierno en relación, a su vez, con la relación de los *demás ciudadanos* con el gobierno. Claramente, para evitar la “trampa” es necesario que las leyes sean públicas, es decir, mecanismos conocidos de interacción-social, que se conviertan en objetivo común de expectativas mutuas relacionadas y relativamente estables. Sólo si las leyes cumplen la condición de publicidad, así entendida (publicidad como conocimiento común), se generará un sistema estable y fiable de expectativas mutuas de grado creciente, lo que garantizará medidas firmes y previsibles en la interacción entre gobernantes y gobernados, y entre los sujetos de derecho entre sí.

En resumen, la seguridad requiere que las personas puedan formarse expectativas fiables sobre el comportamiento del gobierno y de los demás ciudadanos (y del gobierno en relación con los demás ciudadanos y

18 Así entendida, la condición de publicidad del RoL corresponde al primer nivel de publicidad de los principios de justicia de Rawls, en una sociedad bien ordenada (cf. por ejemplo, Rawls, 1999, 292-3, 324, gracias a José Juan Moreso y Queralt Jahel, por recordármelo). Que en una sociedad bien ordenada los principios de justicia deben ser públicos en este sentido, ya se sostiene en *A Theory of Justice* (1971). Cfr., la discusión en Larmore, 2003.

viceversa), reponiendo los estándares legales; ello es válido para todos los individuos (y son conscientes de esto ...). Por lo tanto, sólo las leyes que son de conocimiento común entre sus destinatarios pueden salvaguardar la seguridad y fiabilidad. Puesto que son públicas (en este sentido) las leyes contribuyen a la creación, entre los ciudadanos, de un sistema relativamente estable y confiable de expectativas mutuas relacionadas. Esta es una condición necesaria para que los individuos puedan tomar decisiones autónomas significativas.

7. *The Rule of Law* como imperio de la ley

Por lo tanto, lo que exige la condición de publicidad del RoL es que el conocimiento de los destinatarios respecto de las normas que se supone deben cumplir, tenga una cierta estructura: las leyes deben hacerse *comúnmente conocidas* por sus destinatarios.

Si ahora nos preguntamos qué tipo de normas están en mejor posición, en virtud de sus características esenciales, para satisfacer esta condición, la respuesta es, me parece, obvia: las *prescripciones*. El requisito de publicidad del RoL es naturalmente entendido como un requisito relativo a la expedición, por el legislador (en el sentido más amplio), de prescripciones a sus destinatarios.

La prescripción, como actividad humana intencional (que trata de hacer que la gente haga algo que se le ha dicho que haga), y las relaciones prescriptivas (es decir, el tipo de relación que nace en virtud de la expedición de una prescripción, entre el legislador -en un sentido amplio- por un lado, y aquellos a quienes se dirige la prescripción, por el otro) tienen muchas características formales. Al igual que con cualquier otra actividad intencional, orientada hacia un objetivo (en términos generalmente funcionales) algunas de estas características expresan los requisitos que la actividad tiene que cumplir, a fin de lograr -correctamente- su finalidad constitutiva. Algunas de estas características se encuentran en los elementos del ideal del RoL. Esto no es sorprendente, por supuesto, ya que, como ya he señalado (s.3), la mayor parte de las condiciones del RoL se siguen de lo que es instrumentalmente necesario si queremos que el comportamiento de los seres humanos se sujete a las normas; y, por supuesto, la prescripción es, en sentido estricto, tratar de someter el comportamiento humano a las normas (tratar de que alguien haga algo que se le ha dicho que haga)¹⁹.

19 Prescribir no es necesariamente la adopción de directivas *generales*, o de "reglas". En este sentido, los requisitos del RoL no se aplican, como tal, a este tipo de prescripciones. Pero

Así, por ejemplo, las prescripciones típicamente tienen que ser posibles e inteligibles si quieren ser capaces de lograr su objetivo (por ejemplo, orientar el comportamiento humano). Además, la actividad de prescribir está sujeta a la presión racional en pos de su conformidad con el principio “*debe*” implica “*puede*”, y la evitación de los conflictos (las llamadas ‘antinomias’)²⁰. Esto último, como hemos visto (s. 2), es parte de los requisitos del RoL -viabilidad y consistencia.

Una estrecha relación conceptual entre la expedición de prescripciones y las restricciones dadas por su común conocimiento, no es difícil de encontrar.

Cuando las prescripciones se emiten, lo que suceda entre el legislador y sus destinatarios queda librado a su voluntad²¹. Las prescripciones se expiden, por lo general, con una cierta intención, y su funcionamiento descansa sobre un conjunto complejo de intenciones relacionadas, y su éxito refleja su reconocimiento (Grice, 1957, Strawson, 1964, 256-7; Schiffer, 1972, 19; Celano, 1990, 127 -51, 205-13; véase también Raz, 1996, 283).

Por lo general, el legislador tiene, en primer lugar, la intención de hacer que el destinatario realice una acción determinada, y, en segundo lugar, hacer que el destinatario realice la acción como consecuencia de la emisión de una norma. En tercer lugar, tiene la intención de hacer que el destinatario realice una acción determinada (como consecuencia de la expedición de una ley), en virtud del reconocimiento, por el destinatario, de sus intenciones. No es suficiente, para el nacimiento de una prescripción, que el objetivo del legislador sea que el destinatario actúe de la manera que desea, y que ello ocurra a consecuencia de la

podemos abstraernos de esto, y centrarnos en los aspectos en los que la prescripción, en efecto, refleja la clase de actividad a la que se aplican los requisitos del RoL.

20 Estas son todas características que las prescripciones exhiben *típicamente*, y las presiones a las que *normalmente* están sujetas. La posibilidad de prescripciones no estándar no se descarta. Estos serán los casos de abuso de la institución de prescribir. Así, por ejemplo, un supuesto que hace posible la expedición de prescripciones, y el nacimiento de relaciones prescriptivas, es que el legislador quiere que el destinatario haga lo que le ha dicho que debe hacer (von Wright, 1963, 7, 119; ID., 1983, I, 8; Celano, 1990, 127). Se trata de una presunción rebatible. Es, sin embargo, un estándar de verdad, y su negación explícita impediría el nacimiento de una prescripción (“Por este medio te ordeno que hagas A, pero no me importa si lo haces o no”; cf. Searle, 1969, 60, 64 ss.). A la luz de esta presunción, el principio “*debe* implica *puede*” se aplica a las prescripciones (así, por ejemplo, una prescripción que ordene explícitamente una acción físicamente imposible, parecería extraña). Del mismo modo, suponer relaciones lógicas entre prescripciones puede ser interpretado, *via* la suposición de que quien prescribe a alguien hacer algo quiere que el destinatario lo haga, como criterio de una voluntad legisladora racional (von Wright, 1983; Bobbio, 1971; Celano, 1990, 268-82).

21 Cf. para un análisis detallado de este punto, Celano, 2010, s. 6.

emisión de la norma. Es necesario, además, “que el orador intente que la persona a quien se dirige reconozca que ese es su propósito al hablar”²², su intención.

Al emitir una prescripción, luego, el legislador asume que su destinatario es capaz de detectar -y reconocer- el complejo conjunto de intenciones que anida. Se presume que el destinatario es capaz de entender (1) que el emisor quiere que se comporte de cierta manera, (2) que es la manera deseada por el hablante, (3) que quiere producir ese resultado como consecuencia de su emisión, (4) que quiere producir dicho resultado en virtud del reconocimiento del conjunto de sus intenciones, (1) a (4).

Así, el efecto de una prescripción -la conducta de Y afectada por la emisión de una norma por X- se basa en la previsión de X del razonamiento práctico de Y, incluida la representación de Y, por su razonamiento práctico, del razonamiento práctico de X, y su propia previsión.

Por lo tanto, para que el legislador alcance su objetivo, es necesario que haga conocida su intención -la intención de hacer que el destinatario realice una acción determinada a través de la emisión de una norma dada- al destinatario (esta es nuestra primera noción de publicidad, s. 3). Ello no es, sin embargo, suficiente. Si las formas extrañas o anormales de influir en el comportamiento de los demás habrán de ser descartadas (Strawson, 1964, 256-7, 263; Schiffer, 1972, 30), la condición de conocimiento público tiene que ser satisfecha. En la prescripción, el legislador tiene la intención de que el destinatario realice una acción determinada en virtud del reconocimiento de su intención. Por lo tanto, un enunciado puede contar como una prescripción solo cuando el receptor considera que el legislador le ha dado la estructura intencional pertinente y, además, cree que el legislador sabe que él lo cree, y así sucesivamente. Asimismo, es necesario que el legislador considere que el destinatario reconoce esta estructura, que sabe que él cree que el legislador lo cree, y así sucesivamente. En resumen, una prescripción solo será emitida -y una relación prescriptiva entre X e Y solo habrá de nacer- si un sistema adecuado de creencias mutuas conectadas tiene lugar: únicamente si existe conocimiento mutuo entre el legislador y el destinatario de aquello que ha sido emitido.

Volvamos ahora a la esfera jurídica ¿Qué tipo de normas jurídicas se ajustan de manera natural a este modelo? La respuesta es, a primera vista al menos, obvia: las leyes, es decir, el resultado de la actividad legislativa. A primera vista la legislación es claramente la expedición de prescripciones. Así, el tipo de derecho positivo exigido por el requisito de publicidad del RoL (como se entiende actualmente: publicidad como común conocimiento) se

22 Hart, 1961, 235; y Id. 1982, 250-2. Este es el conjunto de intenciones constitutivas llamadas, por H.P. Grice (1957), “de sentido no natural”.

aplica naturalmente a las leyes, en tanto producto de la legislación. Ciertamente que las prescripciones, como tales, debe ser de común conocimiento *entre legislador y destinatario*. Por otro lado, el requisito de publicidad del RoL, como se lo entiende hoy, exige que las leyes sean comúnmente conocidas (también) *entre sus destinatarios*. Este es un paso hacia adelante. No cabe duda que las prescripciones (las leyes), debido al papel que, como hemos visto, juega para su existencia y funcionamiento (normal) su común conocimiento, son las más aptas para cumplir con esta condición adicional.

Esto da un giro legislativo al RoL. El Rule of Law ha de entenderse -al menos, de acuerdo a la comprensión de los requisitos de publicidad que estamos considerando- como el imperio de la ley. Esta es una versión específica del ideal del RoL, cuyos elementos básicos se han desarrollado, a grandes rasgos, en la cultura jurídica europea en los siglos 18 y 19; se asocian, entre otras cosas, con la comprensión de J. Bentham de los rasgos formales que deben poseer las leyes.

En esta línea, lo que es fundamental para el RoL es la actividad de legislar -es decir, la emisión de prescripciones. Es a los legisladores a quienes se aplican los requisitos del RoL en primera instancia. Voy a llamar a esta versión del RoL "RoL ilustrado" (RoLI), debido a que contiene algunas de sus más utópicas, eminentemente racionalistas y, quizás, simplistas desideratas. El RoLI coloca en un lugar de honor, en el desarrollo y funcionamiento de la ley, a la legislación²³.

Esta versión del RoL plantea varios problemas. (1) El RoL es a menudo dibujado (la obra posterior de Hayek es el principal ejemplo) como un orden espontáneo, no fabricado, no deseado, que envuelve gradualmente el orden de la interacción humana, cuya administración y escaso desarrollo es responsabilidad colectiva, "artificial" debido al poder judicial. Obviamente, el RoLI no encaja en este cuadro.

(2) La noción de una legislación orientada al RoL -RoLI- se opone al bien establecido contraste entre "the Rule of Law" y "the Rule of men"²⁴.

(3) El problema más grave, sin embargo, plantea que la legislación es evidentemente la expedición de prescripciones -y que, por ejemplo, las leyes son prescripciones. La legislación propiamente tal, como ocurre en los países con sistemas jurídicos desarrollados, posee variados y complejos aspectos institucionales y de procedimiento, que no pueden ser obviamente equiparados con el simple acto de prescribir. Más importante aún, no hay una

23 El compromiso con el RoLI está conceptualmente vinculado al respaldo del positivismo jurídico -la opinión de que es algo bueno y deseable que las leyes sean fácilmente identificables, accesibles a las fuentes sociales no controvertidas (cf. Celano, 2010).

24 Esto se aprecia en Raz, 1977, 212, y se explica en Waldron, 1999b, 24; ID. 2007, 101-4. Para una discusión, Celano, 2010, s. 5.

forma evidente en la que una legislatura de múltiples miembros, compuesta por individuos y grupos que claramente no están de acuerdo en las cuestiones importantes, y que toman sus decisiones en base a la regla de la mayoría, pueda ser asimilada a un individuo que, por medio de la emisión de prescripciones, manifieste su voluntad (Waldron, 1999a, parte I; Id, 1999b, 26-8). Entender las leyes como prescripciones, y a los legisladores como los emisores de las mismas, requiere de alguna manera defender un modelo 'intencionalista' de legislación. Lo que no es, en absoluto, una tarea fácil.

8. El proyecto ilustrado

Lo que he señalado respecto de la estrecha relación (*via* la importancia de la legislación) entre el RoLI y la comprensión de la publicidad como común conocimiento, apunta a los aspectos futuros de lo que vagamente llamaré (sin pretensión de exactitud histórica) "el proyecto ilustrado".

Es parte integrante del proyecto de la ilustración que las leyes sean plenamente accesibles a todos. Esto requiere que se den a conocer a cada uno de sus destinatarios (publicidad en el sentido propuesto primeramente, s.3), y que sean inteligibles para el común entendimiento humano. Las leyes no deben ser solo las preciadas posesiones (en palabras de Bentham) de "jueces & Co.", ni deben requerir, para su conocimiento y comprensión, de una razón especial y "artificial", que no esté en manos de todos los seres humanos adultos normales (Los abogados y los sacerdotes tienen un acceso único a los libros sagrados).

El proyecto de la ilustración también requiere que la ley sea pública en un sentido más amplio y fuerte. Las leyes deben ser tales que puedan ser objeto de debate público y de la crítica abierta. Tienen el propósito de limitar las acciones e interacciones de ciudadanos libres e iguales, y, se supone, solo las leyes que pueden ser abiertamente discutidas y criticadas son compatibles con esa condición de ciudadanos libres e iguales.

Esto, una vez más, exige que las leyes sean -no solo conocidas por cada ciudadano- sino que comúnmente conocidas entre los ciudadanos. En cierto sentido, esto es trivial. El debate público y la crítica abierta únicamente tienen sentido en un contexto de conocimiento común. Pero ¿Por qué, podemos preguntarnos, solo las leyes que son públicas, de este modo, son aptas para personas libres e iguales?

Parte de la respuesta deriva de lo que ya he dicho (s. 6) sobre la publicidad como condición para el respeto, por la ley, de la dignidad de agentes responsables y autónomas. Por otra parte, parece bastante obvio que las leyes a las que están obligados los individuos autónomos deben ser

susceptibles de ser libremente criticadas por ellos -los individuos autónomos tienen un derecho de crítica abierta sobre la base de sus propias ideas, respecto de todo tipo de demandas, ante los ojos del público en general (en la esfera pública²⁵). Y sólo las leyes que son públicas (es decir, conocidas) puede ser criticadas (las leyes secretas perderían su estatus en el proceso).

El punto, sin embargo, se puede elaborar más. El proyecto ilustrado incluye un compromiso en contra del secreto de las leyes, y de la acción gubernamental. Incluye, por ejemplo, un compromiso contra cualquier noble mentira platónica²⁶, o contra el utilitarismo de gabinete²⁷. Los individuos libres están sujetos a leyes públicas: las restricciones legales a las que están sometidos solo son compatibles con su autonomía si las conocen de manera abierta y franca, a los ojos de todos²⁸. Saben que algo es necesario, requerido, y las consecuencias de una conducta que no se adecua a ese requerimiento (Las personas libres no se esconden). Su derecho a criticar libremente supone este conocimiento.

Los ciudadanos son libres e iguales solo si se reconocen mutuamente como libres e iguales (tomo esto como un axioma). Y, dado que la sujeción a una ley solo es compatible con la autonomía si ella es conocida abiertamente y con franqueza, ante los ojos de todos, los individuos podrán reconocerse entre sí como libres e iguales, al ser sometidos a un conjunto de leyes, solo si ellas son de conocimiento común²⁹.

En una comunidad, en virtud de la ley, de libres e iguales, se sabe qué leyes obligan (Esto puede deberse, como hemos visto en s.7, por una estructura Griceana de intenciones relacionadas, apoyadas en un sentido no natural y ampliada para abarcar el conocimiento común de la legislación por los destinatarios.) Las personas libres e iguales solo pueden estar sujetas a formas de poder que satisfagan esta condición. Este es el tipo de poder distintivo del proyecto ilustrado -la forma del poder debe estar de acuerdo con los defensores del proyecto ilustrado. Lleva en sí un concepto distintivo del RoL -léase RoLI- y de la razón pública (entendida como el razonamiento

25 Kant 1791, A XI; Id. 1784.

26 Platón, *República*.

27 Esto es lo que J. Waldron (2009, 693) llama “el principio liberal de publicidad”: “la idea de que la legitimidad de nuestras instituciones no debe depender de ningún malentendido generalizado acerca de la forma en que operan”.

28 Según Waldron (2009, 693) “transparencia” (es decir, la conformidad con el principio de publicidad; n. 27) “transmite la idea de que la ley de alguna manera *pertenece* al público. Es *su* derecho, no es algo que se les debe imponer por una camarilla de gobernantes en mejores condiciones que ellos para determinar cómo cambiar la ley”.

29 Así entendido, el requisito de publicidad del RoL prepara el escenario, el terreno, para lo que Rawls (1999, 324) llama “publicidad plena”, una condición mucho más exigente.

público sobre asuntos de interés público).

Así, el RoL es un modo específico de poder, que contrasta con las formas de poder que operan “a espaldas” de los individuos (manipulando, secretamente, su entorno, preferencias; distorsionando la realidad de varias maneras), la intervención física pura, o el silencio del castigo -a modo de poder que tropieza con la dignidad de agentes adultos, responsables, autónomos (Celano, 2010). Es parte integrante del RoL que las leyes sean comúnmente conocidas entre los ciudadanos³⁰.

9. ¿Publicidad para funcionarios?

Pero, se objetará, todo esto es demasiado ingenuo. En los estados modernos, los ciudadanos no saben mucho de la ley, por no hablar de sus complejidades y particularidades. Y es muy poco realista pensar que podría ser de otra manera. La división del trabajo también se aplica a la esfera jurídica. El conocimiento detallado de la ley es -como no podía ser de otra manera- parte de la especialización de una profesión.

Esto se refleja en la jurisprudencia contemporánea. Como ha señalado J. Waldron (2009, 692), las normas de reconocimiento suelen ser pensadas, siguiendo a Hart, como indicadores de los criterios que los *funcionarios* se supone avalan al identificar las normas legales vigentes. La identificación de la ley es una tarea que, se asume, pertenece a los funcionarios y abogados profesionales en general. En los límites, un sistema jurídico puede existir si solo los funcionarios tienen conocimiento de la ley.

Por otra parte, si seguimos la línea de Hart (1961, cap. 5) sobre “la génesis conceptual” de los sistemas legales desarrollados (la unión de las normas primarias y secundarias), las opiniones acerca de la publicidad establecidas en los apartados anteriores parecen menos plausibles todavía. Precisamente se daría en una (hipotética) sociedad “primitiva” y pre-legal -de una comunidad estrechamente unida, cuyos miembros comparten una y la misma visión del mundo particular, *Weltanschauung*, gobernados solo por un régimen obligatorio de reglas sociales- donde todos saben, con confianza y en detalle, cuáles son las reglas existentes, y qué es lo que exigen. Y, podríamos plausiblemente añadir, en esta sociedad los individuos también sabemos que los demás saben ... cuáles

30. Esta es la razón por la que el RoL es pertinente como crítica al poder: una anatomía y exposición de los mecanismos distintivos de las formas de poder no compatibles con la autonomía de los sujetos (La importación de la condición de publicidad, en este sentido, se muestra en el hecho de que algunos de estos mecanismos son refutados -como ineficaces y de mala reputación- al ser establecidos abiertamente y hacerse explícitos).

son las reglas. Precisamente cuando, como consecuencia del desarrollo social y la evolución de las circunstancias, se genera incertidumbre sobre cuáles son las reglas del grupo y ello se hace endémico, es que las normas secundarias son necesarias, y nace un sistema jurídico adecuado. Paradójicamente, la publicidad, como aquí se entiende (leyes que se conoce comúnmente entre todos los miembros de la sociedad), es, al parecer, distintiva de una comunidad pre-legal. Por definición, cuando la legislación existe, es de conocimiento de un limitado grupo de la sociedad (funcionarios, abogados profesionales), quienes utilizan herramientas especiales, técnicas (normas de reconocimiento) con el fin de averiguar lo que es³¹.

Sería absurdo negar el principal argumento planteado en esta objeción. Ciertamente, se podría replicar que el ideal de publicidad, como aquí se entiende, es precisamente eso: un ideal. La realización de un ideal no es una tarea fácil. Pero un ideal debe ser tal que su realización tenga por lo menos un mínimo de verosimilitud. Y, al parecer, la objeción cuestiona incluso este mínimo.

La respuesta a esta objeción exige una revisión de nuestra comprensión del ideal de la publicidad. La revisión no necesita ser dramática. La ley, en contraste con un régimen de normas obligatorias consuetudinarias, se caracteriza por comprender reglas que hacen posible cambios deliberados de la legislación vigente, es decir, la modificación o destrucción deliberada de las normas ya existentes, y la introducción deliberada de otras nuevas (Hart llama a estas normas secundarias "reglas de cambio", su contenido es necesariamente una parte del contenido de la regla de reconocimiento del sistema). Por definición, el seguimiento de estas reglas permite la entrada en vigencia de leyes positivas. La enmienda a nuestra comprensión de publicidad exigida por la objeción es, me parece, la siguiente: lo que el requisito de publicidad del RoL requiere es que *estas reglas* -es decir, los procedimientos para la elaboración de la ley positiva- sean de conocimiento común entre los ciudadanos, y que esté a su alcance un registro confiable y oficial de los resultados de las actividades que definen -es decir, la legislación (en sentido amplio). En definitiva, el conocimiento común entre los ciudadanos de la existencia de un mecanismo de publicación de la leyes.

31 Cf. Waldron, 1999b, 13-4 (siguiendo a Hart, he hablado de la publicidad como una cuestión de las leyes que (normalmente), son conocidas *entre sus destinatarios*. Pero ¿quiénes son los destinatarios de las leyes? ¿Los funcionarios o la ciudadanía en general? Las consideraciones dadas a lo largo de estas líneas pueden abrir la opción de la primera hipótesis. En términos más generales, muchos teóricos del derecho (en particular, Kelsen) han sostenido, por diversas razones, que lo que pretenden las normas jurídicas es, directamente, solo guiar el comportamiento de los funcionarios. Ello va en la dirección opuesta a la comprensión del ideal de publicidad que he estado defendiendo.

El acto de prescribir supone un procedimiento abierto y público dirigido a la adopción de directrices públicas (s. 7). En lo que concierne a las prescripciones, no sólo la propia norma, sino también su modo de creación, queda expuesto. Esto -además de un registro público oficial de las leyes emitidas- es en lo que consiste la publicidad de la legislación³².

Esto, podría decirse, no es suficiente. Todavía sigue siendo cierto que pocos ciudadanos conocen solo algunos estatutos; los ciudadanos no son lectores asiduos de la *Gazzetta Ufficiale* (Guastini, 2010, 83). Con todo, el material jurídico relevante está ahí, al alcance de todos. La educación legal está, en principio, abierta a todos, en igualdad de condiciones; usted no tiene que demostrar lealtad a una iglesia o partido, ni especiales cualidades personales o descendencia familiar, para tener acceso a ella. En principio, todo el mundo puede adquirirla.

Esto puede parecer bromista: 'en principio' suena como 'a largo plazo'. Sin embargo, con el fin de entender la razón de estas observaciones más bien triviales, basta con imaginar diferentes situaciones (como, por ejemplo, la representada por Kafka en *Das Verfahren*, o *In der Strafkolonie*); entender cómo funciona el terror del totalitarismo; o, por último, leer acerca de la ley premoderna -pre-RoLI.

Referencias bibliográficas

- Bennett, M. 2007. "The Rule of Law" Means Literally What it Says: *The Rule of the Law*: Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law, "Australian Journal of Legal Philosophy", 32.
- Bobbio, N. 1971. *Le bon législateur*, « Logique et Analyse », 14.
- Celano, B. 1990. *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Giappichelli, Torino.

32 Cf. Waldron 1999b, 12; ID. 2007, 99: el legislador "es una institución creada expresamente para hacer y cambiar la ley. (...) La Ley generada por los tribunales no es un proceso transparente; la elaboración de leyes en la legislatura, por el contrario, es la creación de leyes mediante un procedimiento público y transparente, dedicado a esa tarea" (la "transparencia" de la legislación). Cf. También Waldron, 2009, 692-3, sobre la búsqueda de Bentham de "modos de transparencia para sistemas jurídicos modernos que puedan, de una manera no-mítica" servir "para presentar la ley como algo que podría ser reconocido e identificado por el pueblo (y no sólo los funcionarios)" Bentham "cree que la legislación, o mejor aún, el establecimiento de códigos, podía razonablemente aspirar a este tipo de transparencia. La legislación es una práctica según la cual la creación y modificación de las leyes se hace por medio de un proceso formal y deliberado, dedicado explícitamente a esa tarea. [...] No hay duda sobre lo que está pasando. La legislatura se presenta públicamente como un lugar para legislar. Legislar es oficialmente *raison d'être*".

- Celano, B. 2010. *Normative legal positivism, neutrality, and the Rule of Law*, paper presentado en la conferencia "Neutrality and Legal Theory" (Girona, España, 21-22 de mayo, 2010).
- Clark, H. H., Carlsson, T. B. 1982. *Speech Acts and Hearers' Beliefs*, in N. V. Smith (ed.), *Mutual Knowledge*, Academic Press, Londres.
- Finnis, J. M. 1980. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford.
- Fuller, L. L. 1969. *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press, New Haven.
- Green, L., 1988. *The Authority of the State*, Oxford University Press, Oxford.
- Grice, H. P. 1957. *Meaning*, in Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1989.
- Guastini, R. 2010. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano.
- Hart, H. L. A. 1961 *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Hart, H. L. A. 1982. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- Kant, I. 1781. *Kritik der reinen Vernunft*, hrsg. von R. Schmidt, Meiner, Hamburg 1926, 1976.
- Kant, I. 1784. *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, "Berlinische Monatsschrift", 4.
- Larmore, C. 2003. *Public Reason*, en S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Lewis, D. 1969. *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford.
- MacCormick, N. 1985. *A Moralistic Case for Amoralistic Law?*, "Valparaíso L. Rev.", 20.
- Marmor, A. 2004. *The Rule of Law and Its Limits*, "Law and Philosophy", 23.
- Platón, *Republica*, £.
- Rawls, J. 1951. *Outline of a Decision Procedure for Ethics*, in "Philosophical Review", 60.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford.
- Rawls, J. 1999. *Collected Papers*, ed. Por S. Freeman, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Raz, J. 1977. *The Rule of Law and Its Virtue*, in Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford. 1979.
- Raz, J. 1986. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford.
- Raz, J. 1996. *Intention in Interpretation*, en Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Schiffer, S. 1972. *Meaning*, Clarendon Press, Oxford, second ed. 1988.
- Searle, J. R. 1969. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, Cambridge.

- Strawson, P. F. 1964. *Intention and Convention in Speech Acts*, in Strawson, *Logico-linguistic Papers*, Methuen, Londres 1971.
- Ullmann-Margalit, E. 1981. *Is Law a Co-ordinative Authority?*, "Israel Law Review", 16.
- Waldron, J. 1987. *Theoretical Foundations of Liberalism*, in Waldron, *Liberal Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- Waldron, J. 1999a. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- Waldron, J. 1999b. *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Waldron, J. 2002. *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, "Law and Philosophy", 21.
- Waldron, J. 2004. *The Rule of Law as a Theatre of Debate*, in J. Burley (ed.), *Dworkin and His Critics*, Blackwell, Oxford.
- Waldron, J. 2007. *Legislation and the Rule of Law*, "Legisprudence", 1.
- Waldron, J. 2008. *Hart and the Principles of Legality*, in M. Kramer et al. (eds.), *The Legacy of H. L. A. Hart. Legal, Political, and Moral Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- Waldron, J. 2009. *Can There Be a Democratic Jurisprudence?*, "Emory Law Journal", 58.
- Wright, G. H. von 1963 *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- Wright, G. H. von 1983. *Norms, truth and Logic*, in von Wright, *Practical Reason*, Blackwell, Oxford.