

# OAKESHOTT SOBRE LAS REGLAS LEGALES Y EL ESTADO DE DERECHO<sup>1</sup>

JUAN ANTONIO GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ  
Universidad Austral de Chile

RESUMEN: Ya sea entendida como imperio de la ley o Estado de derecho, la noción de *rule of law* ha suscitado debates decisivos sobre los modos de garantizar los derechos fundamentales y proteger las libertades individuales frente a los poderes gubernamentales. En el marco de cierta jurisprudencia filosófica, Michael Oakeshott ha contribuido de modo relevante a la interpretación de las condiciones de asociación civil normativa involucradas en el concepto de *rule of law*. En este artículo, pretendemos llevar a cabo una sistematización de los principales aspectos de la teorización del imperio de la ley y el Estado de derecho en Oakeshott: el marco de una jurisprudencia filosófica, la crítica del racionalismo jurídico y la idea de *rule of law* como asociación normativa no instrumental, que implica fidelidad a la ley y consideraciones morales sobre la aceptabilidad del derecho.

PALABRAS CLAVE: normas legales; Estado de derecho; jurisprudencia filosófica; racionalismo; civilidad.

## *Oakeshott on legal rules and the rule of law*

ABSTRACT: The notion of rule of law has generated decisive debates about ways to guarantee fundamental rights and protect individual freedoms from government powers. Within the framework of certain philosophical jurisprudence, Michael Oakeshott has contributed in a relevant way to the interpretation of the conditions of normative civil association involved in the concept of rule of law. In this article, we intend to carry out a systematization of the main aspects of Oakeshott's theorizing of the rule of law: the framework of a philosophical jurisprudence, the critique of legal rationalism and the idea of rule of law as a non-instrumental normative association, that implies fidelity to the law and moral considerations on the acceptability of the law.

KEY WORDS: Legal rules; Rule of law; Philosophical jurisprudence; Rationalism; Civility.

## INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA NOCIÓN DE RULE OF LAW

La noción de Estado de derecho e imperio o gobierno de la ley (*rule of law*) ha adquirido un notorio protagonismo en la discusión política y jurídica contemporánea. Aporta un marco normativo y un ideal ético y político respecto a las condiciones formales y contenidos materiales del ordenamiento jurídico (que las normas provengan de una autoridad reconocida, y sean generales, prospectivas, estables y claras), para garantizar así la autonomía personal mediante la limitación de la arbitrariedad del poder público, a través de la legalidad y la articulación de una jerarquía normativa en el sistema legal (Laporta, 1994). Además, el concepto de *rule of law*, en tanto que marco normativo e institucional del Estado europeo moderno, permite concebir un orden político mínimo, esto es, un ordenamiento suficientemente estable en que se asuma, como principal propósito de las instituciones políticas y los ordenamientos legales, la

---

<sup>1</sup> Artículo vinculado al proyecto Fondecyt Regular n° 1190030, investigación financiada por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile.

protección aceptable de los derechos civiles y políticos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos (Zolo, 2007: 51-52). Pese a los riesgos de abuso ideológico y de confusión con expresiones cercanas (como *Estado legal*, *Estado liberal*, *Estado democrático* o *Estado constitucional*), la noción de *rule of law* se ha convertido incluso en un parámetro para evaluar los niveles de justicia de los países, a partir de indicadores como la transparencia responsable de las instituciones, la justicia procedimental y sustantiva de las leyes (su carácter público, estable y claro, al servicio de la protección de los derechos fundamentales), la apertura y legitimidad gubernamental en la promulgación y aplicación de la ley, o bien el acceso oportuno a instituciones judiciales imparciales y competentes para la resolución de disputas (Stein, 2019).

Evidentemente, la noción de *rule of law* exige cierta labor de desambiguación, pues estamos ante un concepto que arrastra una larga historia y, por ende, desplazamientos decisivos en sus horizontes de sentido; además, se trata de una expresión actualmente disputada a través de conflictos interpretativos en que están en juego distintos marcos teóricos y compromisos políticos. Para delimitar los significados definitorios del concepto de *rule of law*, resulta precisa una reconstrucción histórica que ponga de manifiesto cierto problema de traducción: aunque se traduce con las expresiones *imperio de la ley* o *Estado de derecho*, cada uno de estos términos encierra distintas acepciones contextuales y recoge experiencias históricas diferentes. El léxico de la *rule of law* remite a la cultura política anglosajona, a la historia del parlamentarismo británico y al constitucionalismo norteamericano; por otro lado, el vocabulario del *Rechtsstaat* se desplegó inicialmente en la cultura liberal de la Alemania del siglo XIX y fue recogida en el derecho público y el pensamiento políticos continentales a través de expresiones como *État de droit*, *Stato di diritto* o *Estado de derecho* (Zolo, 2007: 15-16).

Cabría pensar con Ferrajoli (2007) que la expresión *rule of law* comprende dos acepciones distintas correspondientes a experiencias históricas diferentes: por un lado, en correspondencia con el modelo del *Rechtsstaat*, puede concebirse en un sentido débil o formal como la existencia de un Estado legal o de cierto sistema legal que regula las competencias y procedimientos de los poderes públicos; por otro lado, en la acepción predominante en la Europa de posguerra, hay una concepción fuerte o sustantiva de la *rule of law*, asociada no solo a la sujeción formal de los poderes públicos a la legalidad, sino también a principios sustantivos encarnados en la constitución (como la separación de poderes o los derechos fundamentales). En la concepción del *Rechtsstaat*, se reconoce el antiguo modelo positivista que acompañó al Estado legal moderno y consagró el principio de legalidad como fuente de validez de la ley y de las decisiones judiciales, bajo el monopolio estatal de la producción legal a cargo de autoridades competentes. En la acepción neopositivista del Estado constitucional de posguerra, se destaca un modelo de *rule of law* que privilegia a la constitución como fuente de validación y legitimación de la forma y contenido de las leyes, incorpora principios constitucionales y derechos fundamentales

en la jurisprudencia, y asume la revisión de la legislación ordinaria por un tribunal constitucional (Ferrajoli, 2007: 323-336).

En las discusiones teóricas contemporáneas sobre la noción de *rule of law*, está presente la diferencia entre conceptualizaciones estrechas y amplias (o densas) del imperio de la ley y el Estado de derecho. Por un lado, las visiones estrechas y formales del imperio de la ley privilegian la legalidad inherente a los ordenamientos jurídicos (la claridad, no retroactividad, publicidad, accesibilidad universal y cumplimiento del derecho), o bien resaltan los presupuestos procedimentales con que el ordenamiento jurídico regula las expectativas interpersonales. Por otra parte, las conceptualizaciones densas y amplias de la *rule of law* añaden a los aspectos formales y procedimentales una serie de consideraciones sustantivas relacionadas con los marcos institucionales y compromisos normativos de la democracia liberal (el constitucionalismo, la separación de poderes, los derechos fundamentales y la revisión judicial de las actuaciones del poder ejecutivo y legislativo), o bien atienden a los ideales reguladores y arreglos institucionales que posibilitan funcionalmente el control del poder y la profundización de la legitimidad democrática (Lacey, 2019: 81-84). El contraste resulta patente: según evidencia la formulación del imperio de la ley en autores como Joseph Raz (1985), las concepciones débiles entienden la noción de *rule of law* de modo puramente formal (sin estipular cómo ha de crearse el derecho), instrumental (al centrarse solo en la virtud inherente al derecho y no en sus finalidades) y negativa (al limitarse a minimizar los riesgos autogenerados por el derecho); las concepciones más sustantivas incorporan las premisas filosóficas y ético-políticas subyacentes a la *rule of law* (individualismo, pesimismo respecto a los peligros asociados al poder político y optimismo normativo respecto a las garantías constitucionales de los derechos fundamentales), así como asumen la importancia de las luchas sociales, los conflictos políticos y la actividad de la sociedad civil en la profundización democrática del reconocimiento de los derechos individuales y la libertad ciudadana frente a los poderes públicos (Zolo, 2007: 19-22 y 55-57). En todo caso, el arco de posiciones teóricas respecto al significado de *rule of law* es más matizado que la distinción binaria entre acepciones estrechas y amplias: comprende concepciones restringidas del Estado de derecho como separación de poderes y generalidad de las normas para limitar el poder estatal, o bien la exigencia de que la legalidad sea conocida y conforme un sistema jurídico coherente; incluye concepciones del Estado de derecho que, a las exigencias de legalidad, suman la protección de la autonomía individual e, incluso, la participación ciudadana en la generación de las normas; finalmente, abarca posiciones que, además de la legalidad y protección de derechos civiles y políticos, introducen la exigencia de justicia sustantiva y la consideración garantista de derechos sociales, eventualmente como resultado de la participación democrática (De Asís, 1999: 229-231).

En la concepción angloamericana de la *rule of law*, podría considerarse decisiva la contribución del pensador británico Michael Oakeshott. Gracias a su oposición al racionalismo político y a la concepción instrumental de la ley como simple medio en la realización de metas comunes sustantivas, Oakeshott

ha podido articular una comprensión moral de la *rule of law*, basada en un entendimiento de la actividad humana, de las prácticas compartidas y de las formas modernas de autocomprensión de la asociación civil. Para Oakeshott, en la asociación moral de la civilidad, las personas se vinculan no porque compartan algún propósito compartido, sino solo porque reconocen suscriben ciertas reglas, condiciones procedimentales y lenguajes normativos de trato ciudadano, tal como se concretan en la autoridad de las leyes auténticas, en la administración y aplicación de justicia, así como en la deliberación política de las condiciones deseables de la vida pública. En ese sentido, se podría considerar que Oakeshott ha sido uno de los autores que más ha contribuido a clarificar la noción de *rule of law* como protección legal de la libertad individual (y no como una promoción de fines compartidos a través de la ley). A través de una profunda comprensión histórica de la tradición jurídico-política europea (y particularmente angloamericana), Oakeshott habría situado a la libertad individual como presupuesto decisivo de la *rule of law*, y habría privilegiado una comprensión moral de la civilidad, ante los riesgos de asumir guiones ideológicos, de una concepción gerencial de la política como empresa común sustantiva y de los crecientes poderes de las burocracias gubernamentales (Nedzel y Capaldi, 2019: 1-8 y 248-263).

En este estudio, pretendemos sistematizar la comprensión de la *rule of law* en el pensamiento de Michael Oakeshott, para así contribuir a la discusión normativa sobre los presupuestos del Estado de derecho en momentos de crisis de legitimidad. Hay una serie de interrogantes que guían este trabajo: ¿Qué papel desempeña la comprensión filosófica del mundo del derecho en la concepción de la *rule of law* propuesta por Oakeshott? ¿En qué medida el marco normativo de la *rule of law* se vincula a una crítica de la política ideológica y del racionalismo político? ¿Cómo se sustenta la idea de *rule of law* en cierta comprensión normativa de la asociación civil y del derecho como sistema de leyes auténticas? ¿Qué perspectivas ideológicas e implicaciones políticas se perfilan en la comprensión moral de la *rule of law* en la obra de Oakeshott?

## TEORÍA DEL DERECHO E IMPERIO DE LA LEY EN OAKESHOTT

### 1. LA IDEA DE UNA JURISPRUDENCIA FILOSÓFICA

En el pensamiento de Oakeshott, la conceptualización del Estado de derecho no puede separarse de la vocación filosófica que enmarca su teorización del derecho y la interpretación racional de las características de la ley. Como el autor británico plantea en su ensayo «The Concept of a Philosophical Jurisprudence» (originalmente publicado en 1938), una indagación filosófica del derecho concierne a la explicación completa, exhaustiva y satisfactoria de la ley, así como a la exposición coherente del orden de la sociedad legalmente organizada. Esa es la tarea intelectual de una *jurisprudencia filosófica*. No obstante, puesto que hay

otras interpretaciones racionales de la naturaleza del derecho, la jurisprudencia filosófica debe examinar sus presuposiciones y cuestionar sus limitaciones. En el caso de cierta *jurisprudencia analítica*, se propone una ciencia del derecho basada en el análisis de los principios fundamentales de la ley y en su síntesis sistemática —independientemente de su origen histórico o validez moral—, bajo el supuesto de que hay elementos básicos e inherentes del derecho, reconocibles como un cuerpo de principios esenciales interrelacionados. La *jurisprudencia histórica*, en lugar de analizar principios abstractos inherentes al derecho, trata de reconstruir la historia de las sociedades gobernadas por la ley, para interpretar racionalmente las características individuales y contextos institucionales e intelectuales de las distintas realizaciones históricas del derecho. También hay otros intentos de teorizar el derecho que acuden a explicaciones psicológicas, económicas o sociológicas de los sistemas legales, e intentan dar cuenta de las características del derecho por medio de factores personales, las condiciones de producción o las estructuras sociales (Oakeshott, 2007: 144-153).

Ante este caótico panorama de interpretaciones del derecho, Oakeshott defiende la relevancia de una jurisprudencia filosófica que acometa la indagación intelectual de la naturaleza conceptual del derecho, sin reservas ni presupuestos; se trataría de una interpretación racional de la ley, que no se limite a introducir otra explicación más en el caos de teorías del derecho, sino que asuma cierta autoridad crítica para aportar una interpretación más completa y coherente, al juzgar la incompletitud relativa de las distintas explicaciones y superarlas en un contexto más universal de comprensión y en la totalidad concreta de la experiencia. Según el pensador británico, semejante indagación filosófica no podría consistir en la simple aplicación a las materias legales de doctrinas filosóficas preconcebidas, en la reflexión metafísica a priori de principios últimos del derecho (mediante el examen de las ideas abstractas de *derecho*, *obligación* u otras categorías éticas), en la valoración moral de las normas jurídicas y doctrinas del derecho, en la consideración pragmática de la eficacia o utilidad sociales de los sistemas legales, o bien en relacionar las supuestas conclusiones de la ciencia del derecho con principios generales (Oakeshott, 2007: 154-164). Una filosofía del derecho aceptable supone rescatar y repensar el sentido de las tradiciones de indagación de la jurisprudencia filosófica europea occidental, tal como se expresa en las grandes teorías filosóficas del derecho; por ejemplo, las de Santo Tomás de Aquino, Hobbes o Hegel (Oakeshott, 2007: 178-182).

El carácter decididamente filosófico de la teoría del derecho propuesta por Oakeshott sitúa al autor británico en una posición matizada con respecto a cierta tradición analítica de reflexión filosófica acerca del derecho positivo, desde Bentham a Kelsen y los herederos del modelo analítico kelseniano. Ya sea designada como *jurisprudence*, *legal philosophy*, *Rechtstheorie*, *allgemeine Rechtslehre* o *general theory of law*, la filosofía analítica del derecho positivo o la teoría general del derecho ha indagado científicamente el fenómeno de los ordenamientos jurídicos, para definir precisamente sus conceptos, categorizar los tipos de normas y formular explicaciones de la experiencia jurídica. En todo caso, la tradición analítica en filosofía del derecho comprende dos modelos distintos: en el

ámbito de la cultura jurídica inglesa, la *jurisprudencia analítica* o *jurisprudencia general*, al estilo de John Austin; en la cultura jurídica alemana, la *teoría general del derecho* o *doctrina general del derecho*, tal como fue caracterizada en la reflexión de Hans Kelsen (Chiassoni, 2017: 20-24). En el legado de ambos modelos de la cultura jurídica, parecen esbozarse ciertos modos de conceptualizar la naturaleza del derecho, la interpretación jurídica y la ciencia jurídica, que cabría designar como un *positivismo estatista legislativo* o una *teoría estatal-legalista del derecho positivo*. Se sustentan en ciertos supuestos: el carácter imperativo del derecho, que hace de las leyes órdenes o prohibiciones; la idea de sistematicidad del derecho, es decir, del carácter orgánico y ordenado de los sistemas legales; la visión formalista de la interpretación jurídica como un acto técnico no valorativo; la concepción logicista de la aplicación del derecho como simple deducción silogística; el ideal de cientificidad de la jurisprudencia, o sea, la visión de la teoría del derecho como disciplina dogmática y técnica, que caracteriza al positivismo jurídico; la tesis de que el derecho constituye un artefacto social; la defensa del carácter coercitivo del derecho como conjunto de normas cuya eficacia presupone la fuerza; el estatismo, esto es, la concepción del derecho como algo dependiente del monopolio de la fuerza estatal; el legalismo y la visión de la ley como fuente exclusiva del derecho; la neutralidad moral o la separación y relación contingente del derecho con la moralidad (Chiassoni, 2017: 152-153).

En los márgenes de la filosofía analítica del derecho y del positivismo jurídico, la jurisprudencia filosófica de Oakeshott parece cuestionar reflexiva y críticamente —o sea, filosóficamente— la mayoría de los supuestos de la teoría positivista del derecho (particularmente, el carácter imperativo de la ley, el racionalismo y artificialismo jurídico, la concepción logicista del acto jurídico, o bien la neutralidad moral del derecho). No en vano, la perspectiva filosófica persigue una interpretación racional del derecho más comprehensiva que la ciencia positiva de los fenómenos jurídicos y la explicación formal de los principios inherentes de los sistemas legales. Como indagación de los supuestos unilaterales y limitaciones del mero análisis abstracto de los elementos del derecho, la jurisprudencia filosófica de Oakeshott también afronta la exploración de las condiciones históricas, contextos de comprensión y tradiciones intelectuales que han marcado la teorización del derecho, y exhibe sus limitaciones e insuficiencias en busca de una comprensión más lograda, coherente y completa de la experiencia jurídica, que supere lo unilateral de las perspectivas analítica, histórica, psicológica, sociológica o económica del derecho. En ese sentido, como exploración de las condiciones conceptuales y de los contextos de comprensión de la experiencia del derecho, la jurisprudencia filosófica incorpora cierta inspiración histórica del modelo alemán de filosofía del derecho positivo, a saber: el reconocimiento de la historicidad del derecho, esto es, la asunción de que los sistemas legales son realizaciones históricas que se han de indagar históricamente para lograr una comprensión cabal de sus contextos y tradiciones, más allá de las tentación del racionalismo ilustrado de formalizar un derecho universal y abstracto (Chiassoni, 2017: 225-226). Sin embargo, la teorización filosófica del derecho no constituye una apuesta por el historicismo

ni se traduce en una interpretación exclusivamente histórica de los contextos de los sistemas legales y de las tradiciones jurídicas europeas occidentales. Tampoco constituye un simple añadido de interpretaciones analíticas e históricas de la experiencia jurídica, pues se trata de explicaciones excluyentes. Al fin y al cabo, como Oakeshott afirmó en *Experience and its Modes* (originalmente publicado en 1933), la filosofía consiste en una experiencia plena y coherente, sin limitaciones o confinamientos abstractos (como los de la ciencia, la historia o la práctica), de manera que no puede reducirse a una suma de consideraciones unilaterales y abstractas (como la síntesis de los resultados de las ciencias especiales), a una simple abolición de todos puntos de vista, a un arbitraje neutral entre los modos excluyentes de considerar la experiencia o a un tipo de autoconciencia ejercida en el vacío (Oakeshott, 1966: 346-353). Como plantea Oakeshott, una jurisprudencia filosófica desestabiliza los presupuestos y conclusiones de las explicaciones abstractas y excluyentes del derecho, para lograr una comprensión más completa y coherente (Oakeshott, 2007: 172-173). En suma, la jurisprudencia filosófica propuesta por Oakeshott no constituye otro capítulo adicional en la filosofía analítica del derecho positivo ni se deja reducir a los presupuestos del positivismo jurídico.

## 2. LA CRÍTICA DEL RACIONALISMO JURÍDICO-POLÍTICO

En los ensayos de los años cincuenta, publicados en 1962 bajo el título *Rationalism in Politics and Other Essays*, Oakeshott llevó a cabo su célebre crítica del racionalismo político, a partir de una comprensión de la actividad humana como seguimiento y exploración de las sugerencias de alguna tradición de comportamiento, la cual nos aportaría cierto idioma de actividad heredado para iniciarnos en sus hábitos morales y logros intelectuales. En el ensayo de 1947 «Rationalism in Politics», el pensador británico nos entrega una reconstrucción de la historia oculta de las disposiciones intelectuales del racionalismo moderno, a saber: el deseo apasionado de certeza, vinculado a la búsqueda fascinada de un método infalible de investigación, capaz de suministrar reglas de aplicación universal y mecánica; una visión instrumental del intelecto como árbitro neutral e independiente, que hace abstracción de todo supuesto sustantivo, y reduce toda experiencia al rango de mero formulismo, y, en definitiva, la reducción de todo conocimiento a un horizonte técnico de resolución de problemas, con la consiguiente ilusión de una soberanía incondicional de la técnica (Oakeshott, 2000: 21-39). Ese racionalismo resulta fatal en política, pues introduce el mito racionalista que asimila la política a la administración ingenieril, y así acomete la destrucción de la tradición jurídico-política, para pretender empezar siempre nuevamente de cero; además, el racionalismo político suele consagrar algún libreto ideológico abstracto que pretende sustituir las tradiciones, y recurre a la aplicación mecánica de reglas y procedimientos técnicos supuestamente infalibles, con el fin perfeccionista de realizar una

situación uniforme de la condición humana de satisfacción definitiva. Desde la perspectiva de Oakeshott, la política racionalista se hace presente en numerosos hitos y proyectos de la historia moderna europea, entre los que cabe mencionar la pretensión de fundar la sociedad estatal sobre una Declaración de Derechos del Hombre, la pretensión de realizar un Estado mundial y una ciudadanía cosmopolita, pero también la consideración de la autodeterminación nacional como principio universal, o bien la Declaración de Independencia y el constitucionalismo de los Estados Unidos en cuanto consagración de los principios abstractos codificados en un texto (Oakeshott, 2000: 26 y 46).

Si bien en *Rationalism in Politics and Other Essays* se muestra crítico con muchos proyectos del racionalismo político moderno, en algunos ensayos recogidos en el libro, Oakeshott considera los modos en que cierta tradición jurídico-política del Estado europeo moderno ha contribuido a la preservación de la libertad individual frente a las tendencias a la acumulación de poder e ilimitación del gobierno propias del racionalismo político perfeccionista. El ensayo «The Political Economy of Freedom», originalmente publicado en 1949, considera precisamente que hay toda una serie de arreglos políticos modernos que han contribuido a la limitación de la concentración de poder en la sociedad, como la separación de Iglesia y Estado, la propiedad privada, el gobierno parlamentario, el *habeas corpus*, la independencia del poder judicial e, interesantemente, el imperio de la ley (Oakeshott, 2000: 358). En ese ensayo, el imperio de la ley (*rule of law*) se caracteriza como un método de gobierno limitado que garantiza las libertades individuales, sobre todo las de asociación y de derecho a la propiedad privada, al impedir la intromisión arbitraria del gobierno, la arbitrariedad y la concentración desmedida del poder (Oakeshott, 2000: 360-361).

En el ensayo *Las masas en la democracia representativa* (publicado en 1961 e incluido en la edición en español de *El racionalismo en la política y otros ensayos*), Oakeshott sostiene que el imperio de la ley cumplió un papel decisivo en la creación de un modo de gobierno limitado que pudiese dar respuesta a la moderna valoración del individuo singular y autónomo. En la forma moderna de gobierno y representación parlamentaria, la actividad legislativa aseguraba para todos los ciudadanos por igual el derecho de los individuos a escoger sus cursos de actividad sin impedimentos de los otros ni del gobierno; en ese sentido, el imperio de la ley era crucial como «derecho a ser regido por una ley conocida, aplicable por igual a todos los súbditos» (Oakeshott, 2000: 342). Curiosamente, aunque podría interpretarse que la valoración del imperio de la ley corresponde a la vocación liberal de garantizar derechos individuales, el ensayo «On Being Conservative» (dictado como conferencia en 1956), consideraba como propio de una actitud política conservadora no la apelación a algún tipo de ley natural u orden providencial, sino solo la visión de que el gobierno ha de ser una actividad limitada de provisión y custodia de reglas generales de conducta, bajo el supuesto de que esas reglas no estipulan planes sustantivos, sino solo un vínculo jurídico que regula las actividades a través de las cuales



los individuos eligen realizarse, y concilia y modera sus deseos de realización (Oakeshott, 2000: 390-399).

En un texto sobre el concepto de derecho en Oakeshott, Steven Gerencser (2012) explora, a través de un ejercicio de imaginación teórica, las críticas que el pensador británico hubiera dirigido al racionalismo jurídico, en caso de haber escrito una crítica de la jurisprudencia racional. Según Gerencser, en los ensayos de *Rationalism in politics and other essays*, Oakeshott privilegia la fidelidad a las sugerencias de la tradición y al conocimiento situado y práctico, pero no se referiría demasiado al derecho y al papel de las reglas legales en los arreglos políticos. Si hubiese escrito un ensayo eventualmente titulado «Rational jurisprudence», Gerencser considera plausible que Oakeshott criticase las concepciones de la ley como derecho estatal codificado y racionalmente construido, y hubiese cuestionado las implicaciones de las ideas ilustradas acerca de la racionalidad del Estado y de la legislación racional, en desmedro de las tradiciones del derecho común y las costumbres jurídicas locales (como las cortes de justicia y tribunales de paz), con el propósito explícito de organizar un sistema coherente de estatutos legales. Asimismo, habría cuestionado la concepción técnica de la labor jurídica como simple administración racional de la ley, mediante la aplicación mecánica y sistemática de las reglas del derecho, sin demasiado espacio para la interpretación situada ni para la consideración de precedentes (Gerencser, 2012: 314-316). Ciertamente, cabría reconocer cierta concepción racionalista del derecho público actual, y se podría pensar que Oakeshott criticaría estos desarrollos como una forma de racionalismo (esto es, una primacía de lo universal sobre lo local, de lo uniforme sobre lo particular y de los principios abstractos sobre las prácticas situadas). No en vano, los libros de texto de derecho público suelen reconstruir técnicamente la ley como un cuerpo abstracto, coherente y unificado de reglas lógicamente basadas en principios, a expensas de las consideraciones históricas y políticas; además, ha habido un giro teórico en el estudio del derecho público hacia la especulación abstracta sobre cuestiones de principios, a expensas de la consideración de la práctica concreta de los juristas; también se detecta cierto racionalismo jurídico en ciertos proyectos de reforma constitucional que suelen anteponer la coherencia racional y el orden lógico, así como la formalización y codificación de estatutos y la institucionalización de procedimientos estandarizados (Gee y Webber, 2013: 723-730).

Frente a esta concepción abstracta del derecho como determinación racional de la legalidad y aplicación técnica de estatutos, Oakeshott reivindicaría una comprensión concreta de la ley y de la práctica judicial, basada en la consideración de los casos en las cortes bajo la perspectiva de las tradiciones legales y expectativas morales comunitarias; se trataría —sostiene Gerencser (2012: 317)— de una comprensión conservadora del derecho, en la medida en que no pretende rehacer totalmente la construcción de la ley, sino solo responder situacionalmente a las demandas del caso a partir de las tradiciones legales de una forma de vida. Gerencser concluye que una visión tradicionalista del derecho contrastaría con cierta visión formalista del imperio de la ley que encontramos

en la obra posterior de Oakeshott, concretamente en *On Human Conduct* (originalmente publicado en 1975) y en el ensayo «The Rule of Law» (originalmente publicado en 1983). Sin embargo, una lectura atenta de los ensayos contenidos en *Rationalism in Politics and Other Essays* pone en aprietos esa hipótesis de una transición desde una comprensión tradicionalista y anti-racionalista del derecho a una teoría formalista de la ley. Al fin y al cabo, como hemos podido apreciar en ensayos como «The Political Economy of Freedom» e, incluso, en «On Being Conservative», ya estaba presente una comprensión de la política en la cual las reglas del derecho y el imperio de la ley resultan decisivos para garantizar con igualdad las libertades individuales y para limitar la concentración de poder en el gobierno del Estado europeo moderno. En ese sentido, la crítica de una jurisprudencia racionalista y, por otra parte, el reconocimiento de las reglas del Estado derecho y del imperio de la ley como condiciones inherentes de la asociación civil no resultan incompatibles en el pensamiento de Oakeshott; ni siquiera cuando el pensador británico insistía con más fuerza en la fidelidad a las tradiciones y en cierta actitud conservadora.

### 3. LEGALIDAD Y ASOCIACIÓN MORAL EN *ON HUMAN CONDUCT*

En el ensayo titulado «On the Civil Condition», que figura como segundo capítulo del libro *On Human Conduct*, Oakeshott desarrolla detalladamente el papel que las normas legales y la legalidad desempeñan como condiciones a ser suscritas en la asociación civil. El pensador británico considera que, además de las transacciones recíprocas interesadas y de aquellas asociaciones gerenciales o de empresa en que se persigue un propósito común sustantivo, existen asociaciones morales, sin más sustento que el reconocimiento de las reglas no instrumentales en tanto que reglas autorizadas. Las asociaciones morales como la civildad se basan solo en una relación interhumana entre agentes libres que se vinculan en términos del reconocimiento de la autoridad normativa y de la suscripción de ciertas consideraciones y condiciones adverbiales (o sea, modales, formales y procedimentales) de alguna práctica, en la cual las personas exploran y escenifican sus propias opciones. Según Oakeshott, la civildad aporta un idioma moral vernáculo para el trato entre agentes libres, y ese lenguaje compartido es un lenguaje de reglas; por eso la civildad es un modo de asociación moral articulado en reglas (más que en imperativos o protocolos administrativos). Como idioma moral vernáculo, las reglas que conforman las prácticas humanas tienen algunas características distintivas: se limitan a especificar condiciones formales comprendidas que los agentes han de suscribir y observar al escoger; tienen un aspecto normativo y presuponen el reconocimiento de la autoridad; no consisten en dar consejos u órdenes circunstanciales ni se identifican con directrices administrativas; tampoco coinciden con los argumentos que justifican teóricamente o predicen empíricamente ciertas acciones o comportamientos regulares. Además, según Oakeshott las

reglas presentan un carácter general y solo apelan a la suscripción y reconocimiento de ciertas condiciones normativas: determinan una jurisdicción, pero no interpelan a alguien en particular; introducen prescripciones permanentes que no se agotan en una actuación determinada; no imponen acciones o enunciaciones específicas, sino que estipulan condiciones que han de ser reconocidas. Por lo demás, las reglas cobran sentido en el contexto de alguna práctica, o sea, de un conjunto de condiciones comprendidas y un lenguaje propio, y no requieren la aprobación o desaprobación de sus condiciones ni el cálculo de sus consecuencias (Oakeshott, 2003: 124-127).

En su ensayo «On the Civil Condition», Oakeshott insiste en que las reglas legales y la legalidad de la *lex* constituyen una condición ideal de ese tipo de asociación moral entre agentes libres en que consiste la civilidad. El pensador británico les atribuye a las reglas legales una jurisdicción reconocible, asociada a ciertas *personae* legales, y argumenta que las reglas legales presuponen el reconocimiento de su autoridad, el conocimiento de lo requerido y la obligación respecto a las condiciones que han de suscribirse (pues no son simples hábitos de obediencia). En ese sentido, tanto el ejercicio de la autoridad legal como la obligación de suscribir las condiciones de la ley no dependen de consideraciones instrumentales y solo introducen una consideración moral. Por más que el conocimiento de las reglas legales pueda servir a cálculos prudenciales, la ley solo tiene un propósito inherentemente moral vinculado al reconocimiento de las reglas como reglas, al consentimiento de su autoridad normativa y a la obligación bajo relaciones de civilidad (Oakeshott, 2003: 128-130). Para el pensador británico, una asociación constituida en términos de reglas legales suministra adicionalmente medios regulados para detectar fallos en la suscripción de las reglas, y esa es la función de los procedimientos judiciales. En caso de disputas entre litigantes, las reglas de la ley experimentan amplificaciones y aclaraciones de su significado mediante la adjudicación y las resoluciones de un dictaminador, quien interpreta justificadamente las reglas en el marco del sistema legal (no mediante decisiones meramente administrativas o con la arbitrariedad de la voluntad subjetiva) (Oakeshott, 2003: 131-138).

Adicionalmente, además del sistema legal y de los procedimientos de resolución judicial, la civilidad requiere un procedimiento autorizado de legislación que permita promulgar, enmendar o revocar las leyes, así como describir en un texto autorizado las condiciones que han de suscribir los ciudadanos. La legislación y promulgación deliberada de normas legales introduce así un compromiso deliberativo en términos de la deseabilidad de una propuesta legislativa (Oakeshott, 2003: 138-141). Además, la condición civil también supone alguna relación en términos de la seguridad de que las condiciones suscritas en el sistema legal sean general y adecuadamente suscritas; es decir, la civilidad involucra un compromiso de gobernar, y un ejercicio de la autoridad basado en la ley, por parte de cargos competentes y en el marco de los procedimientos especificados en la ley. El gobierno autorizado legalmente no solo se asocia al requisito de que se ejecuten determinadas acciones por parte de oficiales titulares y personas competentes, sino también a la administración acotada de

las prescripciones legales por parte de un aparato de gobierno capaz de hacer cumplir la legalidad (Oakeshott, 2003: 141-147). En ese sentido, desde el punto de vista de Oakeshott, la actividad política se acota exclusivamente a la deliberación circunstancial y argumentación pública persuasiva respecto a la deseabilidad del sistema de reglas y a las consideraciones morales no instrumentales de la asociación civil; no tiene que ver, pues, con la promoción de intereses particulares o propósitos comunes (Oakeshott, 2003: 168-180).

Según Oakeshott, este tipo de asociación civil en términos de reglas de la ley se limita a cualificar las relaciones de la actividad práctica y el ejercicio del poder mediante procedimientos comunes. Podríamos concluir que la *respublica* no es sino el sistema de reglas que han de suscribirse en la asociación civil, y el Estado de derecho constituye una asociación sustentada en la común obligación de reconocer la jurisdicción de la ley (Oakeshott, 2003: 141). Desde la perspectiva de Oakeshott, la autoridad presupuesta en el modo de asociación civil que sustenta la *respublica* no concierne a la encarnación de la voluntad general ni a la presencia de un propósito social o una concepción sustantiva de la justicia, sino solo al tipo de justificación inherente a la legalidad y a ciertas condiciones morales intrínsecas de un sistema legal. Para el pensador británico, este modo de entender la autoridad y la justicia inherentes a la civilidad involucra una serie de atributos que habitualmente se vinculan al imperio de la ley<sup>2</sup>.

La interpretación de las reglas de ley y de las características de los sistemas legales propuesta por Oakeshott en *On Human Conduct* responde a una concepción formal, procedimental y carente de contenido sustantivo, que podría evocar el punto de vista del positivismo jurídico. Al fin y al cabo, el positivismo jurídico en la línea de Hart considera que el derecho consiste en un conjunto de reglas válidas que establecen qué comportamiento será sancionado y agotan el campo del derecho, pues solo habría obligación cuando un caso cae bajo una regla válida (Dworkin, 1989: 65-66). En la perspectiva de Hart, las reglas jurídicas son prescripciones humanas, distintas de los imperativos morales, y pueden investigarse de modo autónomo en la medida en que el derecho sería un sistema cerrado de reglas (Hart, 1998: 321). En ese sentido, Hart describió las reglas sociales como pautas que permiten criticar las desviaciones de la conducta, aportan razones para justificar y tienen un aspecto normativo interno, no reducible a la regularidad externamente observable del hábito social (1998: 69-71). Desde esa perspectiva, cabe considerar a

---

<sup>2</sup> «[...] la cualidad de sujetos legales; reglas no arbitrarias, secretas, retroactivas o que recompensen los intereses; la independencia de los procedimientos judiciales (i. e. todos los solicitantes o demandantes, como los defensores, son litigantes); ninguna empresa o corporación “pública” o “cuasipública” que se exima de la responsabilidad por lo incorrecto; ninguna ofensa sin una prescripción específica; ninguna sanción sin una ofensa especificada; ningún impedimento o rechazo al reconocimiento sin que se establezca la inadecuación de la suscripción; ningún bandolerismo, etc., etc.: en suma, todo lo que podría calificarse la “moralidad interior” de un sistema legal». (OAKESHOTT, 2003: 153)

las reglas del derecho como pautas o criterios de conducta generales y permanentes que imponen deberes, están respaldadas por sanciones y son dictadas por una instancia legisladora soberana y autorizada (Hart, 1998: 23-32). Hart reconoció que, además de las típicas normas sustantivas del derecho penal, existen distintos tipos de reglas jurídicas que pueden conferir potestades a los particulares, potestades públicas u oficiales, o bien potestades legislativas y judiciales (1998: 33-62). De ese modo, junto a las reglas primarias que establecen derechos y obligaciones, habría reglas secundarias que regulan la formación, reconocimiento y modificación válidos de las reglas primarias (Hart, 1998: 99-123). No es de extrañar, pues, que especialistas como Paul Franco (2004) hayan establecido algún paralelismo entre la concepción de las reglas legales de Hart y la de Oakeshott, pues ambos pensadores atacan la idea de la ley como un mandato. Sin embargo, como argumenta Franco, Oakeshott diverge de Hart en dos aspectos: en primer lugar, no asume la separación entre derecho y moral, sino que concibe las relaciones legales propias de la civilidad en términos de relaciones morales, esto es, como una asociación moral no instrumental, y le atribuye una moralidad inherente a la legalidad; en segundo lugar, Oakeshott sostiene que la autoridad del derecho se reconoce en la medida en que se suscriben las condiciones legales de trato interhumano en la práctica jurídica y en la asociación civil, y, aunque la promulgación, enmienda o revocación de las leyes estén sujetas a procedimientos legales, no existiría algún fundamento racional del derecho, norma fundamental o regla última de reconocimiento, como Hart planteó (Franco, 2004: 155-157). En fin, así como Oakeshott no cultiva los métodos de la jurisprudencia analítica que son propios del positivismo, tampoco acepta la absoluta separación positivista del derecho y la moral ni parece dispuesto a reducir la moralidad inherente al derecho a un asunto meramente formal, a saber: si acaso la ley fue promulgada propiamente en virtud de cierta regla última de reconocimiento, o si resulta válida por resultar deducible en la jerarquía normativa de un sistema legal racionalmente construido.

#### 4. IMPERIO DE LA LEY Y ESTADO DE DERECHO EN «THE RULE OF LAW»

En un texto de 1980 titulado «Law» —que fue incluido en el libro *What is History? and Other Essays* (Oakeshott, 2004)—, el pensador británico sintetiza aquellos supuestos morales inherentes a las normas legales, que ya había presentado en *On Human Conduct*: la jurisdicción comprobable y las personas legales; la obligación legal basada en el reconocimiento de la autoridad o autenticidad de las normas legales; el carácter formal y procedimental de las consideraciones suscritas en las normas de la ley; la consideración moral supuesta en la formulación las normas legales, al margen de los intereses; el propósito inherentemente moral y no instrumental de la ley; asimismo, la exigencia de procedimientos de resolución judicial y de aplicación de la ley. Este

tipo de asociación en términos de condiciones procedimentales formuladas en las normas de la ley introduce cierta cualificación moral no instrumental de la actividad práctica, así como cualifica el ejercicio del poder al incorporar procedimientos comunes; sin embargo, no impone propósitos morales compartidos, concepciones comprensivas de la justicia o virtudes sustantivas. En ese sentido, Oakeshott considera que el imperio de la ley constituye una condición ideal de ese tipo de asociación moral basado en el reconocimiento no instrumental de las normas de la ley y en la autolimitación del ejercicio del poder<sup>3</sup>. De modo consecuente, Oakeshott vincula el imperio de la ley con la noción de Estado de derecho, esto es, con la idea de un Estado sujeto al imperio de la ley, más allá de una comprensión del Estado como asociación de empresa dedicada a la gestión administrativa<sup>4</sup>.

Posteriormente, en el ensayo «The Rule of Law» (originalmente publicado en 1983), Oakeshott reitera la caracterización de ese modo ideal de asociación moral implicado en las prácticas y relaciones humanas que tienen por única condición las reglas reconocidas como leyes auténticas y autorizadas. Como argumenta el pensador británico, las reglas auténticas resultan diferentes de las máximas, las instrucciones o los consejos, ya que no emplean un lenguaje prudencial relativo a las consecuencias sustantivas de las acciones y a su conveniencia; y, en la medida en que su jurisdicción no está restringida a ciertos actores y ocasiones (pues prescriben condiciones formales para cualquier actuación), no se asimilan a órdenes dirigidas a personas específicas para que respondan con obediencia. Las normas auténticas no son simples criterios o estándares para establecer lo correcto y lo incorrecto, lo aprobable y lo desaprobado, ya que solo prescriben condiciones formales y obligaciones reconocidas para nuestra actuación autónoma. Según Oakeshott, la validez de las reglas radica en el reconocimiento de su autenticidad o autoridad, y la autenticidad de las normas no depende de la aprobación de lo prescrito ni del temor a las sanciones asociadas al incumplimiento de la regla; se requiere un medio para determinar su autenticidad que sea distinto de la aprobación de su rectitud moral. Ahora bien, el modelo ideal de una asociación moral aún resulta ambivalente, ya que no se puede diferenciar la autenticidad de la regla (su legalidad) y, por otro lado, las consideraciones relativas a su rectitud o justicia. Esa

---

<sup>3</sup> «El imperio de la ley [*rule of law*], en sentido propio, consiste en un ejercicio de autoridad en que el poder de los sujetos de esa autoridad para buscar y obtener la satisfacción de sus deseos resulta cualificado mediante la obligación de suscribir ciertas condiciones morales-procedimentales mientras se les deja escoger prudencialmente por sí mismos las acciones y enunciados sustantivos con los cuales procurar tales satisfacciones». (OAKESHOTT, 2004: 426)

<sup>4</sup> «La idea de *Rechtstaat* es la de un Estado en que la autoridad de su gobierno se identifica con la de la creación, la custodia y la administración de las reglas de la ley en sentido propio con las cuales los miembros de la asociación tienen una obligación de suscribirla adecuadamente en todas sus conductas: un Estado reconocido como una jurisdicción. La virtud propiamente atribuida a un Estado de este carácter consiste en su combinación de orden y libertad». (OAKESHOTT, 2004: 426)

ambigüedad se resolvería bajo el imperio de la ley y en el Estado de derecho, cuando se atiende tanto a la legalidad como a la justicia inherente de las leyes (Oakeshott, 2013a: 127-134).

Para Oakeshott, el modo en que se articula la relación entre legalidad y consideraciones de rectitud o justicia no pasa por el establecimiento de algún propósito común sustantivamente promovido por las leyes ni por el reconocimiento de la calidad de correctas, justas o rectas de las reglas legales. El reconocimiento de lo justo de las leyes tampoco consiste en la conformidad con valores fundamentales o derechos básicos ni en la provisión de satisfacciones sustantivas bajo algún criterio de justicia distributiva. El reconocimiento de la justicia bajo el imperio de la ley no necesita fundarse en la certeza racional abstracta de criterios demostrables universales, sino solo en consideraciones morales no instrumentales relacionadas con la autenticidad y autoridad de las leyes. En ese sentido, la noción de *rule of law* permite concebir la articulación entre legalidad y justicia, no solo al distinguir lo justo y las consideraciones procedimentales para decidir la autenticidad de las leyes, sino también al postular ciertas condiciones formales de un sistema legal como términos de un ordenamiento justo, reconocibles en la experiencia de la asociación moral y en la deliberación moral sobre las obligaciones condicionales vinculadas a la ley (Oakeshott, 2013a: 134-144). Según el pensador británico, el imperio de la ley sustenta los términos de esa asociación moral en que consiste la civilidad, y posibilita el reconocimiento de la autenticidad de las leyes, sin tener que apelar a la racionalidad o justicia fundamental de las leyes. Al fin y al cabo, la *rule of law* presupone un legislador soberano capaz de promulgar leyes autorizadas; requiere de la interpretación de las leyes mediante dictámenes judiciales en los tribunales, para hacer justicia al verificar (bajo ciertas condiciones procesales formales) el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones legales auténticas; y dispone un poder de hacer cumplir las acciones ordenadas por los tribunales judiciales, bajo procedimientos legales y autorizados (Oakeshott, 2013a: 134-144). No obstante, Oakeshott sostiene que la justicia de la ley no se reduce al carácter formal de la legalidad y la fidelidad a ciertos principios formales inherentes a la ley (no instrumentalidad, indiferencia ante personas e intereses concretos, exclusión de privilegios, prescripción, etc.), pues la deliberación introduce consideraciones morales, como que la ley no debería contradecir nuestro lenguaje moral y la sensatez moral común, de manera que podamos distinguir las condiciones de la virtud, las condiciones de la asociación moral y la justicia inherente de la legalidad (Oakeshott, 2013a: 154).

En suma, frente a las tendencias históricas a hacer del Estado europeo una empresa salvífica compartida, una organización gerencial común para proveer bienestar o un Estado de policía, el ideal de *rule of law* ha posibilitado una comprensión del Estado como Estado de derecho (*Rechtsstaat*) regido por la ley y cuya autoridad residiría en la justicia inherente al imperio de la ley (Oakeshott, 2013a: 147-151). El interés de la jurisprudencia filosófica de Oakeshott radica

precisamente en haber establecido los postulados ideales y condiciones morales asociados a esa *rule of law*.<sup>5</sup>

El modo en que Oakeshott concibe la noción de *rule of law* ha sido comparado con la conceptualización en el pensamiento de Friedrich Hayek. Charles Covell (1992) argumentó que tanto Hayek como Oakeshott habrían sostenido cierto vínculo entre la justicia procedimental del derecho y la moralidad política liberal-conservadora. En ese sentido, ambos pensadores identificarían los principios de legitimidad política con los principios de justicia legal inherentes a las condiciones formales de la *rule of law*; es decir, a los requisitos de que la legislación sea prospectiva y no retroactiva, que solo haya pena en caso de infracción probada de reglas legales establecidas, así como que las reglas de la ley sean vinculantes para los cargos oficiales y los sujetos de un sistema legal. Oakeshott y Hayek habrían coincidido en que la certeza legal arraiga en los principios procedimentales de la administración del derecho, y ambos habrían suscrito que esa certeza jurídica es una condición para realizar los derechos individuales. Por lo demás, tanto Hayek como Oakeshott habrían aportado una justificación filosófica de la relevancia de la tradición y de las prácticas históricas, para dar cuenta de la evolución del derecho y de las instituciones legales; ambos habrían cuestionado el constructivismo racionalista de inspiración cartesiana y baconiana, pero también la visión positivista del derecho como un sistema formal de reglas legales codificadas distinto de la moralidad, así como neutral e instrumental respecto a los fines. Asimismo, tanto Hayek como Oakeshott habrían acusado al colectivismo de socavar el carácter moral individualista y las libertades individuales que la noción de *rule of law* había tratado de garantizar institucionalmente; y ambos defendieron la legitimidad de una *rule of law* que no derivaban de principios abstractos de justicia, sino de las expectativas de los agentes libres en el marco común de las tradiciones compartidas e idiomas morales de deliberación (Covell, 1992). Nedzel y Capaldi (2019) van más lejos al argumentar que la visión de la *rule of law* en Hayek y Oakeshott no solo coincide en la crítica del cientificismo positivista y del racionalismo constructivista,

---

<sup>5</sup> «Para ser coherente, entonces, la visión de un Estado en términos del concepto de *rule of law* podría equivaler a la de una asociación de *personae* exclusiva e indistintamente relacionadas respecto de la obligación de sujetarse de manera apropiada a las condiciones no instrumentales que impone la ley auténtica sobre sus acciones elegidas, donde dichas condiciones (si en alguna ocasión se alegara que no fueron respetadas) se relacionan con las acciones circunstanciales en las deliberaciones casuísticas de un tribunal judicial cuyas órdenes de realizar ciertas acciones sustantivas o de someterse a ciertas penalizaciones sustantivas son implementadas por un aparato de poder expresamente autorizado; y donde el *jus* de las condiciones es reconocido como una combinación de su fidelidad absoluta al carácter formal de la ley y su grado de aceptabilidad moral-legal, que a su vez refleja la concepción moral-legal de los asociados, concepción esta que, incluso cuando se la distingue de las idioteces morales que pueden estar en danza, probablemente será ambigua o presentará tensiones internas: una imaginación moral más estable en su estilo de deliberación que en sus conclusiones». (OAKESHOTT, 2013a: 154-155)



así como en la defensa de las libertades individuales frente a los crecientes poderes regulatorios de las burocracias gubernamentales; además, supone una común jurisprudencia filosófica de carácter terapéutico, dirigida a la crítica de los malentendidos y sesgos del racionalismo en nuestros marcos intelectuales. En definitiva, tanto Hayek como Oakeshott habrían concebido una reconstrucción no racionalista de la noción de *rule of law*, al proponer cierta de idea de orden espontáneo, basada en una comprensión práctica de las reglas compartidas en las interacción inteligente entre agentes libres, tal como se manifiesta en el fluido aprendizaje de nuestras tradiciones morales, en la organización del derecho a partir de la costumbre inarticulada, en la distribución autorregulada del conocimiento en las interacciones del mercado, o bien en las consideraciones morales adverbiales que sostienen la asociación civil (Nedzel y Capaldi, 2019: 5-10).

Ciertamente, en *The Constitution of Liberty* (originalmente publicado en 1960), Hayek aboga por el imperio de la ley como garantía de la libertad, ya que no estaríamos sujetos a la voluntad de otros cuando las leyes gobiernan; las normas generales abstractas, cuando son promulgadas por un legislador sin atender a los casos particulares y son aplicadas por los jueces como conclusión lógica del ordenamiento legal, evitan la arbitrariedad, los privilegios y la discriminación (Hayek, 2011: 215-231). Así pues, cuando Hayek reconstruye la evolución histórica de la noción de *rule of law* (las contribuciones de la tradición de la *common law* británica, del constitucionalismo norteamericano y del ideal liberal del *Rechtsstaat* en Alemania), no hace otra cosa que exponer las condiciones esenciales de la libertad bajo el imperio de la ley, entendido como un ideal político o una doctrina metalegal que estipula la limitación de los poderes gubernamentales (incluido el de las asambleas legislativas), particularmente en relación con las actividades coactivas (Hayek, 2011: 232-307). El imperio de la ley no se reduce, pues, a la legalidad o al constitucionalismo, en la medida en que supone un repertorio de condiciones ideales metalegales: el carácter general, abstracto y no retroactivo de las leyes; el que las leyes sean conocidas y ciertas; la igualdad ante la ley y la aplicación igual de las leyes a todos, incluso a los gobernantes; la separación de poderes, de manera que la legislación general y la justicia independiente sean efectivos en el Estado de derecho; la limitación legal de la discrecionalidad administrativa; la protección de derechos individuales fundamentales y libertades civiles; finalmente, garantías formales como el *habeas corpus*, el proceso justo y aquellas formas judiciales y normas procesales que protegen al individuo y aseguran la imparcialidad de los tribunales (Hayek, 2011: 308-328). En el argumento de Hayek a favor del imperio de la ley y del Estado de derecho, desempeña un papel importante la protección de la libre empresa y las libertades en el ámbito económico del mercado, ante los riesgos de la interferencia o intervención estatales; y es que el Estado de derecho y la presencia de un ordenamiento legal permanente serían condiciones indispensables para el funcionamiento óptimo de una economía libre (Hayek, 2011: 323-341).

En ese sentido, los volúmenes de *Law, Legislation and Liberty* (originalmente publicados entre 1973 y 1979), proponen una fundamentación no racionalista del Estado de derecho y del imperio de la ley. Hayek sostiene esa defensa de la libertad bajo la ley en una serie de principios básicos. La noción de orden espontáneo o autoorganizado (*cosmos*), como algo distinto del orden construido y propositivamente planificado (*taxis*), permite concebir evolutivamente que hay normas reguladoras de la convivencia que no son deliberadamente promulgadas como leyes, y limita las atribuciones del poder gubernamental (Hayek, 2014: 57-78). La idea de la limitación y distribución del conocimiento acota las pretensiones de obtener una perspectiva sinóptica del orden social deseable y cuestiona la ambición del diseño institucional deliberado (2014: 30-39). El argumento general contra la interferencia en los órdenes espontáneos (o sea, que la actividad y la intelección humanas suponen normas no siempre codificadas o articuladas explícitamente, que son observadas por los rendimientos sociales conjuntos y no con la intención de producir algún objetivo específico) permite pensar una situación de libertad bajo reglas generales de aplicación universal (2014: 79-87). También resulta decisiva la distinción entre el derecho y las normas encarnadas en los procedimientos de los tribunales (*nomos*) y, por otro lado, el derecho promulgado deliberadamente a través de la actividad legislativa (*thesis*). En definitiva, Hayek consagra la idea de la soberanía del derecho y del gobierno de la ley, a partir de una concepción del derecho como conjunto de reglas independientes de objetivos, que gobiernan de modo general y abstracto las interacciones los individuos, y posibilitan la conformación de un orden en que los individuos pueden concebir libremente sus propios planes de acción, al delimitarse un ámbito de protección personal (2014: 123-177). En ese sentido, Hayek se distanciaría de Oakeshott por considerar que la idea de un legislador soberano y los derechos soberanos asociados a la autoridad del Estado europeo moderno (como los teorizó Hobbes, por ejemplo) ponen en entredicho los valores institucionales de la justicia legal y la moralidad legal de la justicia en la tradición de la *common law*, ya que contravienen supuestos como la independencia de los tribunales, la revisión judicial de los actos del poder ejecutivo y legislativo, o bien la separación de poderes, que son principios reconocidos del gobierno constitucional (Covell, 1992). Por su parte, Oakeshott cuestionó el aspecto ideológico y doctrinal de la crítica de Hayek al racionalismo constructivista y al colectivismo (Oakeshott, 2000, p. 40). En última instancia, Oakeshott difícilmente suscribiría el establecimiento ideológico de una relación interna entre imperio de la ley y economía de mercado —como sí sostiene Hayek— ni parece especialmente preocupado por concebir las condiciones de la asociación civil y la *rule of law* a partir de las supuestas bases morales del libre mercado o de cierta concepción evolutiva de los órdenes espontáneos del ámbito económico (Covell, 1992).

CONCLUSIÓN: PERSPECTIVAS POLÍTICAS DE LA *RULE OF LAW* EN OAKESHOTT

La teorización de la *rule of law* en la obra de Oakeshott ocupa una posición muy matizada dentro del panorama de concepciones contemporáneas del imperio de la ley y del Estado de derecho. Como uno de los intentos más sofisticados de caracterización de las condiciones ideales de la noción de *rule of law*, la concepción de Oakeshott desafía la aproximación convencional en el pensamiento político angloamericano, al entender el imperio de la ley como un modo de asociación moral no instrumental que preserva la libertad de las personas y como una relación en términos del reconocimiento de normas y obligaciones legales que presupone tanto la fidelidad a la ley como la deliberación moral de la rectitud y justicia inherentes al derecho (Boucher, 2005a). Por una parte, cabría pensar que la noción de *rule of law* en Oakeshott responde a una teorización densa o amplia del imperio de la ley, pues se enmarca en el proyecto de una jurisprudencia filosófica que trasciende la agenda de la jurisprudencia analítica contemporánea y no se identifica con los supuestos del positivismo jurídico: cuestiona reflexiva y críticamente los postulados del ordenamiento legal, así como introduce consideraciones morales sobre la aceptabilidad y justicia inherente del derecho, en vez de limitarse a sistematizar los principios abstractos de la *rule of law* desde un punto de vista formalista y ajeno al contenido moral del derecho (Friedman, 2005). Por otro lado, podríamos considerar que la teorización de la *rule of law* en Oakeshott responde a una visión restringida del Estado de derecho: estima innecesario fundamentar sustantivamente el ordenamiento legal en algún catálogo abstracto de derechos básicos o en algún principio último de justicia, y limita el imperio de la ley a consideraciones no instrumentales que dejan de lado aquellos propósitos sustantivos del derecho relacionados con el acceso a bienes sociales y con la justicia distributiva. Asimismo, acota la actividad política de lucha por la ampliación de los derechos fundamentales y de extensión democrática del imperio de la ley, al circunscribir la política al ámbito de la deliberación y argumentación persuasiva sobre la deseabilidad de las leyes. En suma, la noción de *rule of law* en Oakeshott resulta simultáneamente densa (comprehensiva en términos filosóficos, a la vez que enmarcada en consideraciones morales) y restringida (acotada a consideraciones adverbiales, formales y procedimentales sobre la justicia y la moralidad inherentes del derecho).

¿Qué implicaciones políticas se siguen de esta interpretación del moderno Estado de derecho europeo? Intérpretes como Paul Franco (1990) han argumentado que existe una propensión liberal en la teorización de la asociación civil en Oakeshott, como evidencia su preocupación por la libertad y su defensa del Estado de derecho basado en las reglas legales; sin embargo, cabría pensar que estamos ante un liberalismo reformulado, que responde a las críticas comunitaristas y se distancia del liberalismo procedimental y del neoliberalismo, al rechazar tanto el racionalismo político cuanto los supuestos materialistas y economicistas de cierta tradición liberal (Franco, 1990: 230-235).

Otros especialistas han argumentado que el principal legado de la reflexión de Oakeshott trasciende las disputas ideológicas y concierne básicamente a la filosofía política; en concreto, la contribución habitualmente ignorada de Oakeshott al pensamiento político contemporáneo radicaría en el escepticismo respecto a las pretensiones de una política prescriptiva, así como en una teorización de una esfera de actividad política dentro del Estado de derecho —al margen de pretensiones trascendentes sobre la naturaleza humana o sobre el bien común— que, en última instancia, promueve el rescate de cierta tradición de filosofía política, al retomar la visión aristotélica de la política como un tipo de práctica y la concepción hegeliana de la filosofía como explicación racional y no como recomendación (McIntyre, 2004: 187-192). Por otra parte, se ha argumentado que —más allá de la autoproclamación como conservador y de las declaraciones contra el Estado del bienestar, la política ideológica y los enfoques técnicos de la actividad política— la filosofía política de Oakeshott apunta hacia un escepticismo radical con repercusiones en la práctica democrática, en la medida en que se cuestiona una concepción general consensual o sustantiva de algún bien común (Gerencser, 2000: 1-9). Asimismo, se ha considerado que, si bien su visión no fundacional de la política parece conducir a una asunción conservadora de que el único fundamento posible radica en la tradición, Oakeshott no sostendría una posición conservadora ni tampoco liberal, sino solo cierto realismo político escéptico que recela de las recetas doctrinales o programas ideológicos, y prefiere los arreglos circunstanciales y el saber práctico contextual (Nardin, 2015: 23-38).

Por nuestra parte, consideramos que la importancia del Estado de derecho y del imperio de la ley en la *respublica* de Oakeshott se traduce políticamente en cierto republicanismo normativo o *nomocrático* —si empleamos terminología del propio Oakeshott—, cuyo *ethos* presupone una importante presencia de cierta *política del escepticismo*; esto es, un estilo de política autolimitada, distanciada de la búsqueda de perfección humana y alejada de la pretensión de disponer de un propósito general (por ejemplo, un bien común), de manera que resultaría importante preservar un orden superficial y una formalidad legal apropiados, así como economizar el poder gubernamental (Oakeshott, 1998). Al fin y al cabo, tanto en sus *Lecciones de historia del pensamiento político* de finales de los sesenta como en *On Human Conduct*, Oakeshott caracteriza una interpretación *nomocrática* de la actividad de gobernar, en que el gobierno se entiende como imperio de la ley, provisión de reglas formales e institución de un sistema de normas legales vigentes que estipulen derechos y deberes, sin imponer alguna meta sustantiva que los ciudadanos deban perseguir, como ocurre en el gobierno *telocrático* (Oakeshott, 2013b: 145-164; 2003: 201-206). Por otra parte, más que situarse en las coordenadas ideológicas del conservadurismo o el liberalismo —o bien la derecha o la izquierda—, el pensamiento político de Oakeshott sería profundamente deudor de la tradición republicana antigua, debido a su énfasis en la autoridad, el imperio de la ley y la concepción de la libertad como independencia y ausencia de dominación; no obstante, se distanciaría del republicanismo clásico, ya que el pensador británico no

consagra sustantivamente la promoción deliberada de la participación entusiasta en los asuntos públicos ni la educación de los ciudadanos en las virtudes cívicas (Boucher, 2005b). En ese sentido, el republicanismo nomocrático de Oakeshott guarda una ambivalente relación con aquellas interpretaciones de la tradición republicana de corte más comunitario, que —como ocurre en Hannah Arendt (2005)— apelan a la iniciativa concertada en un espacio público de aparición en común, o bien a las de corte democrático contestatario, que privilegian una civilidad deliberativa y vigilante ante las formas de dominación política (Pettit, 1999). Sin duda, el republicanismo nomocrático de Oakeshott resulta inconcebible al margen de su concepción y valoración del imperio de la ley y del Estado de derecho. He ahí el sentido político de la noción de *rule of law* en Oakeshott.

#### BIBLIOGRAFÍA:

- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Barcelona: Paidós.
- Boucher, D. (2005a). The Rule of Law in the Modern European State. Oakeshott and the Enlargement of Europe. *European Journal of Political Theory*, 4(1), pp. 89-107. <https://doi.org/10.1177/1474885105048051>
- Boucher, D. (2005b). Oakeshott, Freedom and Republicanism. *The British Journal of Politics & International Relations*, 7(1), pp. 81-96. <https://doi.org/10.1111/j.1467-856X.2005.00168.x>
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho de Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores.
- Covell, C. (1992). Michael Oakeshott and F. A. Hayek: Natural Law and the Philosophy of Liberal Conservatism. En *The Defence of Natural Law* (pp. 71-144). London: Palgrave Macmillan.
- De Asís, R. (1999). Modelos teóricos del Estado de derecho. *Doxa*, 22, 221-232. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-modelos-teoricos-del-estado-de-derecho>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (2007). The Past and the Future of the Rule of Law. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism* (pp. 323-352). Dordrecht: Springer.
- Franco, P. (1990). *The political philosophy of Michael Oakeshott*. London: Yale University Press.
- Franco, P. (2004). *Michael Oakeshott: an Introduction*. New Haven: Yale University Press.
- Friedman, R. (2005). Michael Oakeshott and the Elusive Identity of the Rule of Law. En C. Abel y T. Fuller (Eds.), *The Intellectual Legacy of Michael Oakeshott* (pp. 160-180). Exeter: Imprint Academic.
- Gee, G., y Webber, G. (2013). Rationalism in Public Law. *The Modern Law Review*, 76 (4), 708-734. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12031>
- Gerencser, S. (2012). Oakeshott on Law. En P. Franco y L. Marsh (Eds.), *A Companion to Michael Oakeshott* (pp. 312-336). University Park, Pennsylvania: Pennsylvania University Press.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Hayek, F. A. (2011). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (2014). *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Lacey, N. (2019). Populism and the Rule of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, 15, pp. 79-96. Recuperado de <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-lawsocsci-101518-042919>
- Laporta, F. J. (1994). Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz. *Doxa*, 15-16, pp. 133-145. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1994-n15-16-imperio-de-la-ley-reflexiones-sobre-un-punto-de-partida-de-elias-diaz>
- McIntyre, K. (2004). *The limits of political theory. Oakeshott's philosophy of civil association*. Exeter: Imprint Academic.
- Nardin, T. (2015). Michael Oakeshott: Neither Liberal nor Conservative. En T. Nardin (Ed.), *Michael Oakeshott's Cold War Liberalism* (pp. 23-38). New York: Palgrave-Macmillan.
- Nezdel, N. E., y Capaldi, N. (2019). *The Anglo-American Conception of the Rule of Law*. Cham: Palgrave Macmillan.
- Oakeshott, M. (1966). *Experience and its Modes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Oakeshott, M. (1998). *La política de la fe y la política del escepticismo*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Oakeshott, M. (2000). *El racionalismo en la política y otros ensayos*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Oakeshott, M. (2003). *On Human Conduct*. Oxford: Clarendon Press.
- Oakeshott, M. (2004). *What is History? and other Essays*. Exeter, UK: Imprint Academic.
- Oakeshott, M. (2007). *The Concept of a Philosophical Jurisprudence: Essays and Reviews 1926-51*. Exeter: Imprint Academic.
- Oakeshott, M. (2013a). *Sobre la historia y otros ensayos*. Buenos Aires: Katz.
- Oakeshott, M. (2013b). *Lecciones de historia del pensamiento político* (Vol. 2). Madrid: Unión Editorial.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona: Paidós.
- Raz, J. (1985). El Estado de derecho y su virtud. En *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (pp. 263-285). México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Stein, R. (2019). What exactly is the Rule of Law? *Houston Law Review*, 57(1), pp. 185-201. Recuperado de <https://houstonlawreview.org/article/10858-what-exactly-is-the-rule-of-law>
- Zolo, D. (2007). The Rule of Law: A Critical Reappraisal. En P. Costa y D. Zolo (Eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism* (pp. 3-72). Dordrecht: Springer.

Universidad Austral de Chile  
jgonzalez@spm.uach.cl

JUAN ANTONIO GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ

[Artículo aprobado para publicación en marzo de 2021]