

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2023

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2024

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3339-941-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Tecnología, potere e diritto: uno sguardo storico-filosofico Tecnología, poder y derecho: una visión historico-filosófica

<i>Prefacio</i> Fernando H. Llano Alonso	9
<i>Modelos historiográficos en la Filosofía del Derecho</i> Antonio Enrique Pérez Luño	11
<i>El origen de la Filosofía del Derecho: consideraciones acerca de su contenido</i> Ana M ^a Marcos del Cano	37
<i>Razón técnica y razón práctica en la moral interna del derecho</i> Ricardo García Manrique	61
<i>Potenza della tecnica, potere del diritto.</i> <i>Lezioni dal Novecento sulla lotta della scienza giuridica con la perfezione della tecnica</i> Stefano Pietropaoli	95
<i>Bertrand Russell y el poder sobre la opinión: un desafío en la sociedad de la postverdad</i> Nuria Belloso Martín	115
<i>Del hombre auroral a la parábola del Centauro ontológico: la Meditación de la Técnica desde la perspectiva raciovitalista de José Ortega y Gasset</i> Fernando H. Llano Alonso	161
<i>L'uomo è antiquato? Responsabilità, tecnica e norma nella riflessione di Günther Anders</i> Serena Vantin	189
I Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale di Hans Kelsen	
<i>I Problemi fondamentali presi sul serio. Ancora su diritto, morale e scienza giuridica in Hans Kelsen</i> Lorenzo Milazzo	221
<i>Sul dualismo di essere e dovere nel primo Kelsen</i> Giorgio Ridolfi	245

RAZÓN TÉCNICA Y RAZÓN PRÁCTICA EN LA MORAL INTERNA DEL DERECHO

Ricardo García Manrique

Abstract

Lon Fuller's theory concerning the inner morality of law can be understood not only as an expression of technical reason in law, but also as an expression of practical reason. To develop the latter conception, we must recast the formal definition of law in *The Morality of Law* in teleological terms by drawing on Fuller's other works. In this reading, law can be viewed as a social practice that protects and promotes individual freedom through rules that limit and channel political power.

Keywords

Technical reason; Practical reason; Fuller; Rule of law; Freedom; Political power.

1. La moral interna del derecho: razón técnica

La idea de la «moral interna del derecho» sigue atrayendo el interés de la filosofía jurídica más de medio siglo después de que Fuller la enunciara en *The Morality of Law*, el más conocido de sus libros¹. Fuller la

¹ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven 1969. La primera edición se publicó en 1964. La de 1969 incluye una «Réplica a los críticos», dedicada principalmente a las críticas de Hart, Dworkin y Summers. La idea de una

define como la «moral que hace posible el derecho», título del segundo capítulo de la obra, en el que se nos cuentan las tribulaciones de Rex, el monarca que subió al trono poseído por un fuerte ánimo reformista, que aplicó en primer lugar a la mejora del sistema jurídico de su país. Sin embargo, a pesar de sus muchos y bienintencionados esfuerzos, Rex no consiguió pasar a la historia como el gran legislador que hubiera deseado ser. Todos sus esfuerzos concluyeron con un rotundo fracaso, puesto que, nos cuenta Fuller, «ni siquiera consiguió crear derecho de ningún tipo, fuera bueno o malo»². La causa de este fracaso fue que, a la hora de legislar, Rex no respetó los elementos de la moral que hace posible el derecho y, por tanto, el derecho no fue posible. Estos elementos o exigencias resultarán muy familiares a cualquier jurista, pero recordemoslos una vez más. Las normas (Fuller suele usar el término *laws* y también, en ocasiones, *rules*) han de ser (1) generales; (2) públicas; (3) irretroactivas; (4) claras; (5) coherentes; (6) posibles de cumplir; (7) estables; y (8) deben aplicarse de manera consistente (lo que Fuller llama «congruencia entre la acción oficial y la norma declarada»). Estos requisitos pueden satisfacerse en mayor o menor medida, pero:

Un fracaso total en cualquiera de estas ocho direcciones no da lugar solo a un mal sistema jurídico; sino que resulta en algo que no se puede llamar sistema jurídico en absoluto, salvo acaso en el sentido pickwickiano en el que un contrato nulo (*void*) puede todavía considerarse un tipo de contrato³.

La idea de Fuller, así expuesta, parece muy sensata, puesto que cualquiera puede darse cuenta de que una norma que carezca por completo de alguno de los siete primeros elementos de la lista no acaba de ser

moral interna del derecho aparece ya en su respuesta a Hart, en el debate que ambos mantuvieron en la *Harvard Law Review* en 1958 (L.L. Fuller, *Positivism and fidelity to law*, en «Harvard Law Review», LXXI (1958), pp. 644 y ss.).

² Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 34.

³ *Ibid.*, p. 38.

realmente una norma, dado que se mostrará incapaz de guiar prospectivamente la conducta de sus destinatarios; y también de que una norma que no se aplique según su propio tenor (octavo elemento) no llega a ser realmente una norma, por la misma razón: tampoco guiará la conducta, porque esa conducta no será evaluada según la norma establecida previamente, sino por un criterio distinto, con lo que sus destinatarios no la considerarán una norma genuina. Desde luego, pueden surgir dudas acerca de cuál es el concepto de norma que maneja Fuller y acerca de si ese concepto es el único posible. A partir del octavo elemento, uno puede preguntarse si ese concepto de norma es uno de tipo sociológico (puesto que una norma, en tanto que enunciado lingüístico o en tanto que expresión de la voluntad de un legislador, sigue existiendo aunque no sea aplicada de forma congruente); o uno puede preguntarse si todas las normas han de ser generales o si, por el contrario, cabe la posibilidad de que existan normas particulares. En todo caso, aunque pueda ser discutible por estas u otras razones, la idea de Fuller sigue siendo comprensible y pareciendo sensata, sobre todo si tenemos en cuenta que Fuller se limita a exigir no un respeto absoluto, sino solo un cierto grado de respeto de la moral interna del derecho como requisito de la existencia del propio derecho. De hecho, ese respeto «absoluto» ni siquiera es posible, puesto que la moral interna del derecho participa de la naturaleza de lo que él llama «moral de la aspiración», es decir, una moral que pretende definir un criterio ideal de excelencia para la orientación de nuestras acciones (en este caso, nuestras acciones como creadores y aplicadores de normas), pero que, por ser ideal, no tiene sentido esperar que pueda nunca satisfacerse de manera plena.

2. La moral interna del derecho: razón práctica

Más problemática es la segunda tesis principal de Fuller en relación con su moral interna del derecho, la que afirma su carácter moral. Nos hallamos, en principio, ante dos tesis diferentes. Una cosa es que el derecho deba reunir determinados requisitos para serlo y otra cosa es que esos requisitos tengan carácter moral. La primera tesis es fáctica, puesto que

establece una relación entre medios y fines, en tanto que la segunda es normativa, puesto que sugiere que tenemos el deber moral de recurrir a esos medios o que quien se aparta de ellos actúa inmoralmente. De manera que la idea de la moral interna del derecho constituye tanto una exigencia de la razón técnica como una exigencia de la razón práctica.

A mi juicio, es esta segunda tesis de Fuller, la de la moralidad de la moral interna del derecho, la que resulta más interesante y la que explica la atención y la controversia que su idea suscitó y sigue suscitando. No es que la primera tesis esté desprovista de interés, pero este radica más bien en el hecho mismo de plantearla como asunto relevante para la Filosofía del Derecho, más que en el hecho de su novedad o de su corrección. La idea de que la legislación y la jurisdicción son técnicas específicas que requieren de quienes las aplican una cierta manera de comportarse, seguir ciertas pautas o tener en cuenta ciertos propósitos que se pretenden alcanzar a través de ellas, no puede considerarse en modo alguno nueva, y ya he dejado dicho que me parece correcta. En cambio, sí es cierto que la insistencia de Fuller en este punto le alejaba del positivismo ya dominante, contra el que Fuller escribe su primer libro, *The Law in Quest of Itself*⁴, dedicado expresamente a cuestionar sus fundamentos filosóficos y sus contenidos. Ya en sus primeras páginas, Fuller opta por una concepción de la Filosofía del Derecho muy distinta de la que asociamos con el positivismo jurídico:

La manera más útil de definir la función de la Filosofía del Derecho es la que la concibe como el intento de dar una dirección provechosa y satisfactoria a la aplicación de las energías humanas al derecho [...] La tarea del filósofo del derecho es decidir la mejor manera en que él y los demás juristas pueden vivir sus vidas profesionales⁵.

⁴ L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (1940), Beacon Press, Boston 1966.

⁵ *Ibid.*, p. 2.

La asunción de esta perspectiva, que Fuller denomina «pragmática», explica que su programa diste mucho del positivista y que las cuestiones analíticas, lingüísticas o incluso conceptuales no ocupen un lugar principal en él⁶. Desde luego, explica su interés por la cuestión de cómo construir adecuadamente un sistema jurídico, y la formulación de una moral interna del derecho es la expresión paradigmática de ese interés, al menos en tanto que esa moral interna es una instancia de la razón técnica. Pero la distancia con el positivismo no se encuentra tanto en una diferencia acerca de si la eficacia del derecho, o hasta su propia existencia, dependen o no del respeto de la moral interna, sino en la relevancia mayor o menor que este asunto tiene como asunto de la filosofía jurídica. Prueba de ello es que no resulta difícil conciliar en este punto las ideas de Fuller con las de un positivista como Hart⁷. De hecho, la atención de Fuller, como la de Hart, está puesta en el derecho positivo, en el derecho humanamente creado y aplicado más que en el derecho natural, en el derecho que es más que en el que debería ser o, si se quiere, en el derecho más que en la justicia⁸. En este sentido, no resulta extraño que a Fuller se le haya calificado como positivista, pero

⁶ De ahí también que, en un contexto claramente positivista como el de la época, y dado el gusto positivista por ese tipo de cuestiones, las ideas de Fuller fueran poco apreciadas. Así lo acreditan D. Luban, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, en «Georgetown Journal of Legal Ethics», XI (1998), pp. 801-803; y C. Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, en «Doxa», XXV (2002), p. 711.

⁷ Así se demuestra fehacientemente en R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

⁸ Esto es todavía más claro si se considera la obra de Fuller en su conjunto. No está de más recordar que Fuller no se dedicó solo a la Filosofía del Derecho, sino que fue también un especialista en derecho de contratos, una materia sobre la que escribió extensamente.

como positivista «normativo» o «ético», esto es, como alguien que cree en la importancia moral de que exista un derecho positivo⁹.

Sin embargo, a Fuller se le ha calificado con frecuencia como iusnaturalista. De serlo, lo es de la misma peculiar manera en que lo es Hobbes, porque el derecho natural que uno y otro postulan tiene por contenido principal el mandato o deber de crear un derecho positivo y de respetarlo¹⁰. De ahí que Hobbes, como luego Fuller, se ocupe con detalle del modo en que el derecho positivo ha de ser formulado y aplicado (*Leviatán* XXVI y XXVII) y que defienda la necesidad de que las leyes sean escritas, claras, publicadas o irretroactivas. Tanto el derecho natural de Hobbes como el de Fuller serían, pues, «tecnológicos», puesto que el contenido de sus mandatos se referiría más al medio para lograr un fin que al fin que haya que lograr, y siendo ese medio el derecho positivo¹¹. Ahora bien, un iusnaturalismo tecnológico parece tener sentido si se especifica previamente cuál es ese fin al que el derecho positivo sirve. Así es en el caso de Hobbes, para quien la conservación

⁹ A. Peña Freire, *Lon Fuller, teórico del orden social*, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», LV (2021), pp. 621-629 y A. Peña Freire, *La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo)*, en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», XLVI (2022), pp. 153-184. Esta comprensión del sentido de la obra de Fuller lleva a Peña Freire a cuestionar la posibilidad de considerarlo como un precedente del neoconstitucionalismo o del principialismo contemporáneos, tal como ha propuesto Andrea Porciello (*En los orígenes del constitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*, Palestra, Lima 2019). En general, los partidarios del positivismo normativo o ético se inclinan por un derecho de reglas más que por uno de principios, en la medida en que pueda considerarse más claro y preciso y, en consecuencia, más previsible: más «positivo», podríamos decir (véase T. Campbell, *El sentido del positivismo jurídico*, en «Doxa», XXV (2003), pp. 303-331; o L. Hierro, ¿Por qué ser positivista?, en «Doxa», XXV (2003), pp. 263-302).

¹⁰ El propio Fuller es muy consciente de esta conexión entre el derecho natural y el positivismo fundado por Hobbes (Fuller, *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 20).

¹¹ D. Dyzenhaus, *Hobbes and the Legitimacy of Law*, en «Law and Philosophy», XX (2001), pp. 461-498. R.S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, Stanford 1984, p. 73.

de la vida es el fin común de todos los seres humanos. Se trata de un fin enunciado con claridad, sin perjuicio de que podamos discutir acerca de qué alcance debe atribuirse a «la vida». Una lectura atenta de Hobbes permite concluir que ese alcance va mucho más allá de la mera subsistencia biológica. Es decir: si en el estado de la naturaleza la vida humana es «solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta» (*Leviatán* XIII), en el estado civil, o con el derecho positivo de por medio, el resultado a conseguir no es solo que la vida deje de ser corta, sino que también deje de ser solitaria, pobre, desagradable y brutal. Luego cabe discutir si el derecho positivo es en verdad el medio adecuado para el fin (cosa que Hobbes hace extensamente) y, si lo es, cabe enunciar el deber de crear el derecho positivo y el deber de respetarlo, porque es la manera más adecuada para acercarse al fin.

Comprendido así, el positivismo jurídico que Hobbes inaugura no sería una negación del iusnaturalismo, sino el resultado de su evolución, tanto desde un punto de vista lógico como histórico. Sería, si cabe, un iusnaturalismo positivista, puesto que, insisto, el principal mandato del derecho natural ordenaría el establecimiento de un sistema de derecho positivo y la obediencia de sus normas. Desde un punto de vista lógico, una vez que el derecho positivo se ha establecido en cumplimiento del mandato de derecho natural, es ese derecho positivo el que pasa a ocupar el lugar central de la realidad jurídica. Desde un punto de vista histórico, las cosas habrían sucedido del mismo modo: con la Revolución Francesa, el triunfo del derecho natural, que se manifiesta en la aprobación de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y a renglón seguido de una Constitución, habría dado paso a su «muerte», esto es, a su conversión o disolución en derecho positivo, una conversión o disolución de la que el Código Civil es la expresión definitiva y la que tendrá mayor influencia en la cultura jurídica¹². El

¹² F. Gauthier, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Presses Universitaires de France, Paris 1992; E. Guibert-Sledziewsky, *Raison politique et dynamique*

culto al Código que se supone propio de una de las primeras escuelas positivistas, la de la Exégesis, solo se explica por la convicción de que el Código había positivizado el derecho natural¹³. Todo esto no impedirá que más adelante aparezca y se consolide un positivismo diferente, uno que se opone a la tradición iusnaturalista en vez de heredarla; pero este positivismo parece tener unos orígenes muy distintos, puesto que se basa en una negación de la razón práctica (es decir, en la negación de que la moral sea asunto de la razón) que poco tiene que ver con aquel primer positivismo¹⁴.

des lois dans la Déclaration, en «Droits», VIII (1988), pp. 33-39. Esto por cierto no ha de entenderse como que el derecho natural triunfante en la Revolución Francesa tenga una raíz hobbesiana, sino como que el esquema de articulación entre derecho natural y derecho positivo es semejante. Si hubo un filósofo inglés influyente en la Francia de aquellos años, ese fue Locke y no Hobbes.

¹³ A. Ross, *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo desde la base de investigaciones histórico-dogmáticas* (1929), trad. de J. L. Muñoz de Baena, A. de Prada García y P. López Pietsch, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p. 70; N. Álvarez y J.L. Muñoz de Baena, *Introducción filosófica al derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1989, pp. 173-174. La interpretación del positivismo jurídico propuesta por Fernando Atria es muy semejante, dado que, a su juicio, el sentido del derecho positivo y de su autonomía es facilitar el autogobierno democrático (F. Atria, *La ironía del positivismo jurídico*, en «Doxa», XXVII (2004), pp. 81-139). Se trataría de una versión específica del esquema general que estamos examinando porque su tesis principal seguiría siendo la de que debe haber un derecho positivo para garantizar la consecución de un fin previamente establecido; y lo que tendría de específico sería la identificación de ese fin con un ideal particular, el del autogobierno democrático, desde luego un ideal que se encuentra en la tradición iusnaturalista.

¹⁴ Es claramente a este positivismo al que se opone Fuller. Tal como lo expresa Kenneth Winston, «la continuidad de Fuller con la tradición del derecho natural radica en esto: en que las formas del orden jurídico y sus correspondientes morales internas son objeto del descubrimiento razonado, no un ejercicio de la voluntad humana» (K. Winston, *Introduction to the Revised Edition*, en L.L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Hart, Portland 2001, p. 12).

A Fuller podría considerársele un eslabón de la cadena que une al positivismo hobbesiano con el moderno positivismo normativo o ético, iusnaturalista para empezar y positivista para terminar, o positivista en tanto que iusnaturalista¹⁵, si no fuera porque en su obra se omite un paso esencial: el primero. Este paso, recordemos, consiste en afirmar el fin que después justificará la necesidad del derecho positivo en tanto que instrumento apropiado para la consecución de ese fin. Si ese fin no se afirma, la necesidad del derecho positivo no puede justificarse, ni tampoco el deber de obedecerlo. En términos habermasianos, se incurre en una contradicción pragmática cuando se pretende justificar este deber y al tiempo se pretende que el derecho funcione «de forma ajena a toda moral»¹⁶.

¿Por qué o en qué sentido Fuller omite el primer paso del camino que lleva del iusnaturalismo al positivismo? En su definición del derecho podemos encontrar la respuesta: «[El derecho es] la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas»¹⁷.

¹⁵ Pues «¿no será que el legalismo es una forma de iusnaturalismo?» (M. La Torre, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze 2020, p. 239).

¹⁶ J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (1994⁴), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998, p. 579. Que Habermas identifique una contradicción de este tipo precisamente en la teoría de Hobbes es cuestionable, porque parece que Hobbes sí justifica el derecho positivo con argumentos morales o, al menos, con argumentos de derecho natural. Habermas acaso tendría razón si pudiera afirmarse que el carácter «tecnológico» del derecho natural de Hobbes le priva de toda naturaleza moral.

¹⁷ Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 96 y 106. Lo sucinto y lo vago de esta definición no son, en este caso, signos del desinterés de Fuller por lo conceptual, sino de su interés por manejar un concepto de derecho amplio y flexible (Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, cit., pp. 710-711). De hecho, Fuller dedica un capítulo entero de su libro (capítulo que no por casualidad se titula *The concept of law*) a explicar su definición y a defenderla de críticas diversas, la mayoría dirigidas desde el positivismo.

Esta escueta definición es suficiente para constatar los dos rasgos que, a juicio de Fuller, son esenciales al derecho y que están conectados entre sí. El primero es que el derecho tiene carácter factual: es una «empresa», un conjunto de actividades, algo que se hace. El segundo es que, como todo aquello que se hace, como toda actividad, el derecho tiene carácter propositivo: pretende realizar un propósito, un objetivo o un fin. La definición de Fuller es, pues, una definición teleológica, aunque él no use nunca este término. Sin embargo, hay dos diferencias relevantes con el modelo de Hobbes y con el resto de la tradición iusnaturalista. Una es que el fin del derecho no tiene carácter sustantivo. El fin que Fuller atribuye al derecho es el de someter la conducta humana al gobierno de las reglas pero este fin, nos dice, es compatible con una amplia gama de fines sustantivos (aunque ya veremos que no lo es con todos ellos), de manera que no es fin sustantivo alguno el que define al derecho. El derecho positivo no se define, ni se justifica, como el tipo de actividad que garantiza la justicia, la vida o la libertad de los ciudadanos sino, algo enigmáticamente, como el tipo de actividad que garantiza que la vida de los ciudadanos estará regida por normas, cualesquiera que sean estas. En este sentido, en tanto que Fuller no enuncia un fin sustantivo previo al derecho positivo que luego justifique su existencia, ese primer paso que caracteriza el tránsito del iusnaturalismo al positivismo no se da.

En tanto que ese paso no se da, uno puede preguntarse si acaso tiene alguna razón de ser vincular a Fuller con la tradición iusnaturalista y con el modo en que esta tradición deriva en un tipo de positivismo que hemos considerado el primero en aparecer y que cabe asimilar con el que hoy se denomina «ético» o «normativo». La razón de ser es que, en la definición del derecho de Fuller, aparecen unas «leyes naturales», naturales en el sentido de que son las que rigen necesariamente la actividad y las que deben seguirse si se aspira a que la actividad tenga éxito. Son, por supuesto, las exigencias que constituyen la moral interna del derecho. Ahora bien, el lugar de estas leyes es parcialmente distinto del que ocupan en el modelo de Hobbes o, en general, en cualquier modelo iusnaturalista, y esta es la segunda diferencia relevante. En el caso de Fuller, las leyes naturales no definen el propósito o fin de la actividad,

sino que establecen el modo en que ha de ser desarrollada. Son, afirma Fuller expresamente, «medios orientados a un fin único»¹⁸. Por tanto, estas leyes naturales desempeñan el rol de instrumentos al servicio de ese fin: si se siguen, el fin podrá conseguirse; si no se siguen, no.

El carácter instrumental o técnico de estas leyes naturales no excluye su carácter moral, un carácter que, sostiene Fuller, tienen al mismo tiempo y por sí mismas. Por eso, el derecho no funciona, por decirlo con Habermas, «de forma ajena a toda moral», sino que la moral de acuerdo con la que funciona es interna: el derecho es una empresa moral porque se desarrolla de acuerdo con técnicas o procedimientos que tienen carácter moral. Importa retener este carácter técnico o procedimental (*procedural*) de estas leyes naturales, en el que Fuller insiste una y otra vez, contraponiéndolas con frecuencia al derecho natural «sustantivo», con el que nada, nos dice, tienen que ver. Lo que es particular en el ius-naturalismo de Fuller no es que sus leyes naturales tengan ese carácter técnico, ni tampoco que tengan al mismo tiempo carácter moral, puesto que ambos rasgos se aprecian en las leyes naturales de Hobbes. Lo particular es que ese carácter moral lo tengan por sí mismas y no porque sean medios necesarios para alcanzar un fin que está más allá de tales leyes. Ciertamente, el resultado al que se quiere llegar es el mismo, el de la atribución de valor moral al derecho. La cuestión es si el camino que sigue Fuller nos llevará hasta él.

En el esquema básico de la teoría de Fuller, hay una parte fácilmente comprensible y otra que no tanto. La parte comprensible es que los elementos de la moral interna del derecho tengan carácter instrumental respecto de la formulación y aplicación de un sistema jurídico. La parte menos comprensible, o más problemática, es que el fin del derecho consista simplemente en someter la conducta humana a normas, sin que se especifique qué fin ulterior se pretende con ese sometimiento. De hecho, Fuller insiste en que el respeto de la moral interna del derecho

¹⁸ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 104.

es plenamente compatible con una amplia pluralidad de fines sustantivos¹⁹, de manera que parece claro que no hay una conexión necesaria entre los fines sustantivos y el derecho, es decir, que el derecho, más allá de pretender regular la conducta a través de normas, no tiene fines sustantivos que le sean propios: pueden ser unos u otros. Es cierto que no pueden ser fines «cualesquiera», puesto que la moral interna del derecho no es compatible con todos ellos, pero esta limitación fluye de la propia dinámica de la moral interna del derecho y no de una identificación previa de los fines de la práctica jurídica. En otros términos, esta limitación viene de abajo y no de arriba. No se trata de que el derecho deba realizar ciertos fines superiores y, más allá de ellos, pueda realizar otros que son, por tanto, contingentes. Se trata, más bien, de que, si uno pretende guiar la conducta humana mediante la técnica jurídica, se encontrará con que hay ciertos fines que le están vedados porque la técnica misma, desde abajo, lo impide. En efecto, hay un pasaje de su libro en el que Fuller califica a la moral interna del derecho de «lower laws», por contraste con las «higher laws» típicas del derecho natural tradicional²⁰.

No hay, por tanto, una conexión inmediata entre el derecho y ciertos fines sustantivos, sino solo mediata: algunos de ellos no pueden ser conseguidos mediante el derecho y, como veremos, otros se consiguen aunque no se pretendan expresamente. Uno y otro efecto (los fines que no se pueden conseguir y los fines que no se pueden dejar de conseguir) habrán de ponerse de relieve a la hora de contestar a nuestra siguiente pregunta, acaso la más interesante y persistente en torno a las ideas jurídicas de nuestro autor: ¿por qué es moral la moral interna del derecho? ¿Lo es realmente?

¹⁹ *Ibid.*, p. 153.

²⁰ *Ibid.*, p. 96.

3. Las razones de la moralidad de la moral interna del derecho

En distintos lugares de su libro, y también en la «Réplica a los críticos» contenida en la segunda edición, Fuller se refiere expresamente a las razones de la moralidad de la moral interna del derecho. Es posible identificar hasta cinco argumentos distintos a favor de la moralidad de la moral interna del derecho: el argumento de la condición necesaria, el argumento de la condición suficiente, el argumento histórico o empírico, el argumento de la publicidad y el argumento de la incompatibilidad entre precisión y justicia. Los dos primeros han sido aducidos con frecuencia, y hasta hoy, para justificar el valor moral de nociones afines a la moral interna del derecho, tales como la seguridad jurídica, la certeza del derecho, el imperio de la ley, el estado de derecho, el *rule of law* o, sin más, la legalidad. Esta coincidencia no es casual, sino resultado de que cualquiera de ellas (en sus versiones formales) expresa de una u otra manera el hecho y el efecto de la vigencia de un sistema jurídico²¹. Por eso, de lo que aquí se trata es de determinar si es posible atribuir relevancia moral a la existencia del derecho con completa independencia de cuáles sean sus contenidos, una pregunta que posiblemente solo tenga

²¹ Algunas de esas nociones poseen una versión «formal» y otra «sustantiva» o «material». Si, por ejemplo, en el concepto de estado de derecho incluimos los derechos humanos y la democracia, la pregunta por el valor moral que pueda poseer el estado de derecho es una pregunta muy distinta de la que, al menos en apariencia, se plantea Fuller. Si el imperio de la ley es el imperio de la ley justa, o si la certeza o seguridad del derecho lo son del derecho justo, la pregunta por su moralidad puede darse por contestada afirmativamente. Otro asunto es el de cuál sea la concepción (formal o material) que capte mejor el sentido de cada una de estas ideas, o cuál sea preferible por uno u otro motivo. Mi impresión es que, por lo menos para algunas de ellas, una concepción material es preferible. Una justificación muy convincente de las ventajas de una concepción sustantiva del estado de derecho se encuentra en F. J. Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid 2013, pp. 99 y ss.

justificación si se asume la premisa positivista de que el derecho puede tener en efecto cualquier contenido. No examinaré aquí a fondo estos argumentos porque ya lo he hecho en otras ocasiones, en relación con la propia moral interna del derecho o con esos otros conceptos afines, con lo que me limitaré a exponer sintéticamente los argumentos y las conclusiones a las que he llegado sobre su validez. Adelanto ya que, a mi juicio, ninguno de ellos es un argumento convincente en sus propios términos, pero también que algunos de ellos adquieren plausibilidad si modificamos el punto de partida de Fuller, que no es otro que su concepción del derecho, al menos tal como se expresa en su más sintética definición («la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas»). Me ocuparé de los argumentos en sus propios términos en lo que resta de sección y, en la siguiente, de cómo reinterpretarlos a la luz de una concepción del derecho algo diferente.

El argumento de la condición necesaria. Escribe Fuller: «estas exigencias [las de la moral interna del derecho] pueden parecer éticamente neutrales en relación con los fines externos del derecho. Sin embargo, del mismo modo que el derecho es una precondition del buen derecho, actuar de acuerdo con una norma conocida es una precondition para cualquier apreciación significativa de la justicia del derecho». Más claramente: «la aceptación de esta moral [interna del derecho] es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de la justicia»²².

²² Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 157 y 168. Versiones de este mismo argumento se encuentran en J. Rawls (*A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford 1973), J. Waldron (*The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, en «Ratio Juris», II (1989), pp. 79-96), R.S. Summers (*The Principles of the Rule of Law*, en «Notre Dame Law Review», L (1999), pp. 1691-1712) o F. Laporta (*Imperio de la ley*, en «Doxa», XV-XVI (1994), 1, pp. 136-139, e *Imperio de la ley y seguridad jurídica*, en E. Díaz y J.L. Colomer, ed., *Estado, Justicia, Derechos*, Alianza, Madrid 2002, pp. 127-128).

Por el bien del argumento, podemos aceptar que la moral interna del derecho es una condición necesaria de la realización de la justicia (y no solo del buen derecho, lo cual es necesariamente verdadero), es decir, un instrumento indispensable para cualquier comunidad que pretenda ser justa²³. Sin embargo, de la premisa no se sigue la conclusión, y no se sigue porque, de que X sea condición necesaria de Y no se sigue que X posea las mismas cualidades que Y. Creer lo contrario sería incurrir en una variante de la falacia de la división, puesto que se atribuye a las partes de un todo las cualidades de ese todo. G. E. Moore lo expresó así:

La parte de un todo valioso mantiene exactamente el mismo valor cuando es, tanto como cuando no es, parte de ese todo. Si tuviera valor en otras circunstancias, su valor no es mayor cuando es parte de un todo aún más valioso; y si no tuviera valor por sí mismo, sigue sin tenerlo por muy grande que sea el valor de aquello de lo que ahora forma parte²⁴.

De manera que, aunque la única manera de visitar a mi anciana tía sea tomar el tren y aunque visitar a mi anciana tía sea una acción moralmente correcta, la acción de tomar el tren no obtiene de aquí ningún valor moral intrínseco, porque esa acción no lo tiene en otras circunstancias. Las condiciones necesarias de un fin moral no son ellas mismas, en sí, acciones morales. Serán acciones moralmente debidas solo en tanto en cuanto se orienten a la realización de un fin moral²⁵.

²³ La condición o cautela inicial («por el bien del argumento») puede parecer ociosa, y seguramente lo sea; pero no debe olvidarse que al menos cabe imaginar (y hay quien la ha imaginado) una comunidad justa sin derecho. Si esto fuera posible, la afirmación de Fuller en que se basa su argumento sería falsa: el derecho no sería condición necesaria de la justicia.

²⁴ G.E. Moore, *Principia Ethica* (1903), Cambridge University Press, Cambridge 1971, p. 30.

²⁵ Esta refutación del argumento de Fuller no convence a todos. Es el caso de F. Arcos, *Positivismo ético, tesis de la separabilidad y valor ético del rule of law*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXI (2015), p. 161. Véase también F. Arcos,

El argumento de la condición suficiente. En uno de sus pasajes más conocidos, escribe Fuller:

He observado repetidamente que la moral interna del derecho [*legal morality*] puede considerarse neutral respecto de un amplio espectro de cuestiones ética. No puede ser neutral en su visión del hombre mismo. Embarcarse en la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas implica necesariamente un compromiso con la visión de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente autónomo [*responsible*], capaz de entender y de seguir normas, y al que se le puede considerar responsable [*answerable*] de sus incumplimientos²⁶.

Es decir: respetar la moral interna del derecho implica tratar a las personas de una determinada manera (como agentes responsables o autónomos) y ese tratamiento es ya de por sí justo en alguna medida. Por tanto, cuando las autoridades se relacionan con los ciudadanos a través del derecho (y no a través de otras técnicas de orientación de la conducta) están siendo en alguna medida justas. El argumento, muy popular entre los filósofos del derecho²⁷, viene a decir que el derecho garantiza

Una defensa de la moral interna del derecho, en «Derechos y libertades», IX (2000), pp. 35-64.

²⁶ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 162.

²⁷ La lista es larga. Versiones de este mismo argumento, sea en relación con la moral interna del derecho, sea con el *rule of law* o con la «legalidad», se encuentran en N. MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en *Natural Law Theories*, R.P. George (ed.), Oxford University Press, Oxford 1992, pp. 122-123; M.S. Moore, *Law as a Functional Kind*, en George, *Natural Law Theories*, cit., p. 222; T. Campbell, *Justice*, Macmillan, London 2001, p. 34; A. Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, en «Law and Philosophy», XXIII (2004), p. 39; C. Murphy, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, en «Law and Philosophy», XXIV (2005), pp. 250; N. Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford 2007, p. 142; J. Nadler, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, en «Law and Philosophy», XXVII (2008), pp. 23-30; o J. Waldron, *How Law Protects Dignity*, en «Cambridge Law Journal», LXXI (2012), pp. 205-298. Mi impresión es que a cualquiera de ellas puede aplicarse el intento de refutación que sigue en el texto aunque,

siempre un cierto margen de autonomía a las personas cuya conducta pretende regular. Al fin y al cabo, la existencia de una norma permite a sus destinatarios conocer de antemano las consecuencias de sus acciones (saber a qué atenerse, tal como en su día dejó dicho Elías Díaz) y, en función de eso, optar por seguir la norma o no seguirla²⁸. En síntesis: el respeto de la moral interna del derecho es condición suficiente de un cierto grado de autonomía y, por tanto, de justicia.

Este argumento es cuestionable por una de las dos razones que siguen. El argumento o bien se apoya en una confusión entre dos sentidos distintos del término «autonomía» o bien está suponiendo que el derecho tiene ciertos contenidos. Tanto si es lo primero como si es lo segundo, el argumento no prueba que el derecho (o el respeto de la moral interna del derecho) garantice siempre un cierto grado de autonomía moralmente valiosa. Lo que prueba este argumento es, en el primer caso, que la técnica normativa solo puede aplicarse a sujetos capaces de discernir entre alternativas (es decir, que poseen autonomía «cognitiva», como es el caso de los humanos), pero esto es un hecho y nada dice del valor moral intrínseco de esa técnica; en el segundo caso, lo que prueba

por supuesto, la longitud de esta lista sugiere que al argumento ha de prestársele mayor atención de la que aquí le puedo dedicar.

²⁸ Desde luego, un gobernante que dicte y aplique normas, y que lo haga de acuerdo con las exigencias de la moral interna del derecho, generará «confianza» en los ciudadanos (T. Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del derecho* (2021), traducción y prólogo de F.J. Ansuátegui Roig, epílogo de F.H. Llano Alonso, Dykinson, Madrid 2022, pp. 99 y 104). Ahora bien: el objeto de esta confianza no puede ser otro que el de la actuación del gobernante de acuerdo con sus propias normas, con completa independencia de su contenido. El objeto de la confianza derivada del respeto de la moral interna del derecho no puede ser el buen trato (el trato justo) que el gobernante nos dispensará, porque la bondad o justicia de este trato depende del contenido de sus normas. Podemos admitir, por tanto, que esta confianza generada por la moral interna del derecho (o, sin más, por el derecho) es una condición necesaria, pero no suficiente, del buen desenvolvimiento de las relaciones políticas.

es que es mínimamente justo aplicar un derecho mínimamente justo, lo cual es una tautología.

En efecto, el término «autonomía» tiene al menos dos significados distintos: puede designar un hecho o puede designar un valor. El hecho es el de cierta capacidad cognitiva que poseen las personas (su capacidad para entender el sentido de las normas y prever las consecuencias que se siguen de respetarlas o no respetarlas); el valor es el que cabe predicar de la acción humana que ha sido decidida y ejecutada al margen de interferencias o coacciones externas²⁹. El establecimiento de normas bien puede comprenderse como una condición suficiente del hecho de la autonomía cognitiva, en el sentido de que la autonomía cognitiva es condición necesaria del establecimiento de normas, puesto que, si esa capacidad no se posee, no se es capaz de comprender o cumplir una norma, luego no tiene objeto establecerlas. Sin embargo, el establecimiento de normas no garantiza la situación en la que una persona pueda tomar decisiones sin ser interferida o coaccionada (la posibilidad de seguir o no una norma no supone esa ausencia de interferencia o coacción; de hecho, si esa norma es jurídica, supone más bien lo contrario). En consecuencia, la moral interna del derecho, en tanto que expresión de la existencia de normas bien formuladas, no garantiza de por sí margen alguno de autonomía en el sentido moralmente relevante.

Por otra parte, es posible que Fuller asuma implícitamente que el derecho posee cierto contenido material justo, pongamos por caso el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, traducido en en su consideración como sujetos de ciertos derechos, por muy mínimos que sean. Si es este el caso, no es el respeto de la moral interna del

²⁹ M. Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford 1999, pp. 59-60. La distinción de Kramer equivale a la de Raz entre «habilidades mentales apropiadas» (autonomía cognitiva) y la suma de estas habilidades más la independencia y un rango adecuado de opciones (autonomía moral o política) (J. Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford 1986, pp. 372-373).

derecho el que lo produce, sino una decisión del legislador que podría haber sido distinta y que, en todo caso, afecta al contenido del derecho y no a su forma. Por tanto, tampoco así se prueba la moralidad de la moral interna del derecho. Tengo la impresión de que muchos de los que recurren a este argumento para justificar el valor moral intrínseco del derecho asumen también este contenido jurídico mínimo, digamos un mínimo respeto por la dignidad de las personas (o algo semejante a ese «contenido mínimo de derecho natural» del que hablaba Hart). Es muy posible que cualquier concepto útil de derecho haya de suponerle al derecho ese contenido mínimo, pero eso no autorizaría a derivar la necesaria moralidad del derecho de su forma, sino de ese contenido.

El argumento histórico o empírico. A juicio de Fuller, no es posible encontrar en la historia graves violaciones de la justicia cometidas a través de un escrupuloso respeto de las exigencias de la moral interna del derecho. Y contestando a una conocida afirmación de Hart³⁰, escribe:

¿Afirma realmente Hart que la historia ofrece ejemplos de regímenes que hayan combinado una fiel adhesión a la moral interna del derecho con una brutal indiferencia hacia la justicia y el bienestar humano? Si es así, uno hubiera agradecido algunos ejemplos sobre los cuales pudiera girar una discusión con sentido³¹.

Sobre este argumento, caben dos observaciones: si definimos el derecho solo por sus elementos formales (al margen de su contenido), el hecho de que la historia del derecho no contenga esos ejemplos no implica que el derecho no pueda llegar a contenerlos; pero, en segundo lugar y sobre todo, mi impresión es que la historia sí los contiene, esto

³⁰ La de que el respeto de la moral interna del derecho es compatible con una «*very great iniquity*» (H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Press, Oxford 1994², p. 207)

³¹ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 154.

es, que graves injusticias han sido cometidas mediante la aplicación de normas jurídicas correctamente formuladas y aplicadas. Sorprende, por ejemplo, que Fuller no tome en consideración la institución jurídica de la esclavitud, vigente en su propio país hasta pocas décadas antes de la fecha de su nacimiento, y que bien puede ser considerada como expresión de una «brutal indiferencia hacia la justicia y el bienestar humano».

El argumento de la publicidad. El cuarto argumento de Fuller es el de que la consecución de ciertos fines injustos se torna imposible o muy difícil si se pretende llevar a cabo mediante normas públicas, tal como exige la moral interna del derecho³². Tras este argumento parecen latir dos creencias simultáneas: una es la de que las normas jurídicas serán ineficaces si no gozan de la aquiescencia o conformidad de sus destinatarios y la otra es que sus destinatarios (los ciudadanos en general) poseen una concepción correcta de lo que es justo, al menos en relación con ciertos asuntos básicos. Por eso, el legislador, si pretende actuar contra esa concepción de lo justo, tenderá a ocultar sus propósitos a través de una legislación secreta. En cambio, la obligación de dar publicidad a sus normas le inclinará a evitar fines injustos.

Esto bien puede ser cierto en algunas ocasiones, pero no hay razón para pensar que lo sea en todas. Desde luego, la aquiescencia de los destinatarios de las normas con el contenido de estas ayuda mucho a su eficacia, pero estos destinatarios bien pueden tener una concepción incorrecta de lo justo, como de hecho la tienen o han tenido en ocasiones. Si de lo que se trata es de que una norma será más eficaz cuanto más coincidan sus propósitos con las creencias de sus destinatarios, esto puede aceptarse. Lo que no cabe aceptar es que estas creencias sean necesariamente más justas que las del legislador ni que, por tanto, el legislador vaya a ser más justo cuando se vea obligado a publicar sus normas.

³² *Ibid.*, pp. 158-159.

El argumento de la imprecisión. El último de los argumentos de Fuller, de estructura semejante al anterior, es el de que la consecución de ciertos fines injustos por medio de normas formuladas con precisión (tal como la moral interna del derecho requiere) es tarea poco menos que imposible. Por eso, cuando el legislador respeta la moral interna del derecho, la probabilidad de que el derecho sea injusto disminuye. Fuller recurre al ejemplo de la legislación racista sudafricana de los años del *apartheid* y muestra lo complicado que resultó aplicar de manera consistente esta legislación debido a que el concepto de raza es poco preciso³³.

Este me parece el más débil de los argumentos de Fuller en defensa de la moralidad de la moral interna del derecho. El derecho recurre a muchas categorías tanto o más imprecisas que la de la raza, sea con fines justos o injustos. La misma categoría de la raza es empleada por normas jurídicas que lo que pretenden es remediar desigualdades injustificadas mediante técnicas de acción afirmativa o discriminación inversa. La categoría de «judío» no parece mucho más precisa, pero ha permitido gravísimos atentados contra la justicia. A su vez, el constitucionalismo contemporáneo recurre a normas altamente imprecisas (los principios) en aras de la consecución de fines considerados generalmente justos. Por tanto, no creo que este vínculo entre precisión y justicia haya de admitirse.

Tras el análisis de los cinco argumentos de Fuller, la conclusión a la que llegamos es que ninguno de ellos prueba que el respeto de la moral interna del derecho garantice un comportamiento del legislador en ningún sentido moral: la moral interna del derecho no parece realmente «una moral». Una observación adicional es esta: aunque Fuller pretende que hay una moralidad «interna» al derecho, en el sentido de que no depende de los fines sustantivos o «externos» que el derecho puede promover, y que son muchos y variados, sin embargo todos sus

³³ *Ibid.*

argumentos a favor de la existencia de esa moralidad interna conducen ineluctablemente al mundo exterior de los fines sustantivos. Es la justicia sustantiva, o material, la que está detrás de todos esos argumentos: la moral interna es condición necesaria de toda justicia sustantiva, o es condición suficiente de cierta justicia sustantiva, o ha sido históricamente incompatible con graves injusticias sustantivas, o es lógica o funcionalmente incompatible con ellas. Y esta observación nos lleva a la sección siguiente.

4. El derecho como práctica social de la libertad

La idea de que el derecho pueda poseer algo así como una moralidad intrínseca, por completo independiente de sus contenidos, ha de resultar poderosamente atractiva para los juristas que se han formado en la época del positivismo jurídico, sean ellos mismos conscientemente positivistas o no. Porque la idea positivista de que el derecho puede tener «cualquier contenido» obliga a elegir entre una de estas dos alternativas: o bien el derecho, como tal, carece de todo valor moral o bien este valor moral ha de extraerse de su forma. La primera alternativa es difícil de aceptar, al menos para un jurista (y la mayoría de quienes se dedican a la Filosofía del Derecho lo son), puesto que supone despojar de toda legitimidad al derecho y a la profesión jurídica, no solo porque esa legitimidad se hará depender de un factor ajeno a la idea del derecho (su contenido concreto y variable) y será por tanto, a su vez, contingente; sino porque, además, la moralidad de este contenido está siempre sujeta a la duda que deriva de la pluralidad de las concepciones de lo justo, o de la corrupción o al menos imperfección de los procedimientos democráticos conocidos, que no están en condiciones de garantizar normas dotadas de genuina legitimidad de origen. Si esta primera alternativa no es asumible, queda la segunda, la de la moralidad de la forma jurídica, y de ahí los múltiples intentos de encontrar «moralidad» en la lógica propia de lo normativo, que es la que expresan las nociones antes invocadas: la seguridad, la certeza, la justicia formal, el imperio de la ley, el estado de derecho, etc. El interés que suscitó y sigue suscitando el

libro de Fuller tiene que ver con este empeño por salvar al derecho de la quema positivista.

Hay que decir que, en ese empeño de la cultura jurídica de las últimas décadas, han participado también los propios positivistas, más o menos a regañadientes, y acaso esta participación explique la continua reformulación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral. El propio Hart, gran antagonista de Fuller, fue uno de esos positivistas que, en términos unas veces más claros y otras menos, aceptó que había una moralidad «mínima» en la aplicación regular de normas previamente establecidas, por mucho que fuera compatible con una gran injusticia³⁴.

A mi juicio, todos estos intentos están condenados al fracaso. La idea misma de una moralidad mínima es poco útil, si no incomprensible, cuando la referimos a una técnica normativa que se apoya en un recurso tan moralmente problemático como es la coacción física, que se puede poner, y se pone, al servicio de la satisfacción de cualquiera fines, y que es ella misma garantía del éxito de esos fines cualesquiera³⁵. También Fuller fracasa en este intento, como he tratado de mostrar brevemente en la sección anterior. Sin embargo, hay un elemento de la concepción del derecho de Fuller que lo distingue de muchos otros defensores de la moralidad de la forma jurídica y en el que quiero detenerme. Ese elemento es el carácter «propositivo» [*purposive*] del derecho.

³⁴ Escudero (*Positivismo y moral interna del derecho*, cit.) trató de demostrar, creo que con éxito, que en este punto había más coincidencia que discrepancia entre Hart y Fuller. Esta misma idea se encuentra también en los análisis de D. Lyons, *Aspectos morales de la teoría del derecho* (1982), trad. de S. Álvarez, Gedisa, Barcelona 1988, p. 86; y M. Martin, *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia 1987, pp. 231-237.

³⁵ Con mucha frecuencia se trata de justificar el valor moral intrínseco del derecho alabando su carácter normativo, pero olvidando que el derecho no es solo un sistema normativo, sino uno que recurre sistemáticamente al forzamiento de la conducta por la vía de la coacción física, o de la amenaza de esa coacción. El propio Fuller da entender que este rasgo coactivo es secundario en el derecho (Fuller, *The Morality of Law*, cit., pp. 120-121).

Ya hemos visto que Fuller define el derecho como una empresa destinada a someter la conducta humana a normas. Esto significa que el derecho se define por su fin, y la definición nos indica cuál es ese fin. Fuller insiste mucho en este punto en su controversia con los positivistas, acusándoles de olvidar que una actividad humana (como lo es el derecho) no puede identificarse si no se tiene en cuenta el fin que pretende. Sin embargo, lo peculiar de la propuesta de Fuller es que el fin que atribuye al derecho es, a su vez, el instrumento de otros fines, estos ya no vinculados necesariamente con el concepto de derecho, al menos no de manera directa³⁶. Por tanto, la definición del derecho de Fuller sigue siendo instrumental, puesto que el fin que le atribuye es instrumental. Fuller seguramente acierta en su defensa de la necesidad de una definición propositiva del derecho, pero al atribuirle un propósito instrumental (el de someter a normas la conducta humana) no puede encontrar aquí el resultado buscado, a saber, el de la conexión entre el derecho y la moral, y el de la consiguiente inclusión del derecho en ámbito de la razón práctica. De hecho, incluso si los positivistas no prestan la atención suficiente a esta dimensión finalista del derecho, no parece que vayan a tener mayor problema en admitirla si es identificada simplemente con la «sujeción a normas», puesto que eso es precisamente lo que el derecho (y no sólo el derecho, sino cualquier técnica normativa por definición) hace en todo caso.

Así Fuller se acerca al positivismo mucho más de lo que quizá él mismo pretendía cuando asume que el derecho es un instrumento o una técnica. Se puede insistir todo lo que se quiera en que un determinado instrumento o técnica no sirve para cualesquiera fines, pero seguirá siendo cierto que una definición instrumental de un objeto o de una actividad no nos permite valorarla moralmente. La definición de Fuller

³⁶ O, como lo dice Maris Köpcke, Fuller atribuye a un medio el valor de un fin, en vez de especificar cuál es el fin al que sirve ese medio (M. Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller*, en «American Journal of Jurisprudence», LVIII (2013), pp. 85-86).

del derecho es semejante a la definición característica de un cuchillo (es el ejemplo de Raz), la de algo que sirve para cortar, lo cual nos permitirá a su vez estimar que un buen cuchillo ha de poseer ciertas características (entre ellas, la de estar afilado), que no dejarán de ser características técnicas y que no nos dirán para qué fines últimos (como lo son los morales) ha ser usado el cuchillo.

Fuller podría insistir en que la comparación no es adecuada, porque él no afirma que el derecho sea un instrumento, sino una «actividad» o «empresa» humana, algo que la gente «hace» más que algo que la gente simplemente «usa», y podría insistir también en la interacción o relación dialéctica entre medios y fines, uno de sus temas predilectos³⁷. Sin embargo, no por ello esa actividad deja de tener carácter instrumental (como es instrumental la actividad de cortar), y la aplicación de esa dialéctica al caso que nos ocupa nos ha llevado a constatar que el medio (la moral interna del derecho) no es capaz por sí mismo de determinar en ninguna medida los fines. En particular, no parece que pueda aceptarse, como Fuller pretende, que las actividades de creación y aplicación de normas requieran necesariamente tratar a las personas como seres autónomos y responsables en un sentido moralmente relevante.

Todo esto podría ser de otro modo más comprensible y más coherente si Fuller hubiera permanecido fiel a la tradición teleológica que se remonta hasta Aristóteles y a la que Summers le adscribe³⁸. De acuerdo con ella, Fuller podría haber atribuido a la actividad en que consiste el derecho un valor explícitamente moral, el de la justicia, y definirlo como «la empresa que consiste en someter la conducta humana al go-

³⁷ Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., p. 61 y ss. Sobre este punto, véase Summers, *Lon L. Fuller*, cit., pp. 74 y ss.; P. Westerman, *Means and Ends*, en *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, W.J. Witteveen, W. van der Burg (eds), Amsterdam University Press, Amsterdam 1999, pp. 145-168; Arjona, *Medios, fines y pluralidad de procesos en el pensamiento de Lon Fuller*, cit.; o Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory*, cit.

³⁸ Summers, *Lon L. Fuller*, cit., p. 16.

bierno de las normas *con el fin de realizar la justicia*»³⁹. Sin embargo, Fuller renuncia a incluir esta referencia a la justicia en la definición del derecho, hay que pensar que conscientemente. Hasta donde yo sé, las razones de esta renuncia no se encuentran explícitas en parte alguna de su obra. Una posible explicación es la que ofrece Kenneth Winston en su Introducción a la segunda edición del volumen de ensayos de Fuller, aparecida en 2001. Según Winston, Fuller «abandonó progresivamente la idea de que la justicia es el fin general inherente de las instituciones jurídicas. A cambio, las concibió como vehículos diversos de la libertad». Y añade:

No es que la justicia sea negada o considerada como poco importante; se trata, más bien, de que no es fundamental. Puesto que la justicia depende crucialmente de las elecciones hechas por los individuos, ningún patrón de distribución puede considerarse justo hasta que los individuos sean libres para tomar decisiones por sí mismos⁴⁰.

Si Winston está en lo cierto, Fuller se inclinó progresivamente hacia una idea procedimental de la justicia, en el sentido de determinada por

³⁹ Un explicación paradigmática y sintética del derecho en estos términos (como práctica social orientada a la realización de un valor) es la que ofrece Radbruch en las primeras páginas de su *Rechtsphilosophie* (G. Radbruch, *Filosofía del Derecho* (1932³), trad. de J. Medina Echevarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, pp. 8-9 y 11). No me puedo detener en las que considero muchas ventajas de este tipo de explicación, pero véase M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid 2017, pp. 15-46.

⁴⁰ Winston, *Introduction to the Revised Edition of Fuller's The Principles of Social Order*, cit., p. 16. Cuenta Winston que Fuller tuvo en mente durante mucho tiempo escribir un libro sobre la libertad, un plan que finalmente no llevó a cabo. Algunas de sus ideas sobre la libertad, que incluyen un análisis crítico de la contraposición entre libertad negativa y libertad positiva, se encuentran en el manuscrito que preparó para una conferencia en la Louisiana State University, en 1958, publicado en el volumen preparado por Winston con el título «The Case Against Freedom» (en Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., pp. 315-327).

acuerdos entre individuos tomados en condiciones de libertad⁴¹. Estos acuerdos, cabe suponer, habrían de ser no solo privados o entre particulares sino también públicos o entre todos los ciudadanos, asumiendo que algunos de esos «patrones de distribución» (*patters of allocation*) habrían de afectar a todos ellos. Con lo que, además de procedimental, la concepción de la justicia de Fuller podría calificarse también como democrática. Un pasaje de su réplica de 1958 a Hart refuerza esta impresión. En él, Fuller muestra su preferencia por una Constitución que establezca un «marco procedimental» para el desenvolvimiento de la acción política y jurídica. Las limitaciones sustantivas del poder de gobierno deberían limitarse a un mínimo puesto que, en la medida de lo posible, «los fines sustantivos han de alcanzarse procedimentalmente, a partir del principio de que ‘if men are compelled to act in the right way, they will generally do the right things’ (‘si los hombres son obligados a obrar de la manera correcta [*in the right way*], generalmente harán las cosas correctas [*the right things*’))»⁴².

No hay lugar aquí para indagar mucho más en esta concepción fulleriana de la justicia, pero con lo que ya sabemos de ella quizá sea suficiente para reconsiderar la imagen que nos habíamos hecho de sus ideas jurídicas a partir de la lectura de *The Morality of Law*. Ahora una definición del derecho que el propio Fuller acaso asumiría como suya podría ser esta: «el derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas con el fin de asegurar la libertad de las personas». Esta es una definición teleológica que entronca mejor con la tradición iusnaturalista y que perfila con más claridad el antipositivismo de Fuller. El derecho sería efectivamente una práctica social orientada

⁴¹ En L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York 1968, p. 38, se encuentra otro uso del término «justicia», aquí relativo al modo de aplicación de las normas preexistentes y no al modo de crearlas, pero este uso no es frecuente en su obra y podemos dejarlo ahora de lado.

⁴² Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 643. A continuación lamenta que no haya sido esta la pauta seguida por las constituciones de posguerra.

a la realización de un fin, y este fin sería la libertad: establecerla, encauzarla y garantizarla.

Comprendido el derecho de esta manera, la razón expresada por su moral interna, o por el derecho mismo, deja de ser solo razón técnica para ser razón práctica, puesto que el derecho incluye el fin al que se dirige. La opción de Fuller por reservar el nombre de «justicia» a los acuerdos adoptados por sujetos libres puede valorarse como una simple restricción del significado del término, que no incluiría a la propia libertad, sino solo a los resultados de su ejercicio; pero esto no de ha suponer mayor problema porque se trata de una mera cuestión terminológica. Afirmar que el fin del derecho es la justicia no difiere mucho de afirmar que su fin es la libertad, cuando resulta que para la mayoría de nosotros el contenido principal de la justicia es la libertad, o la promoción de una comunidad de sujetos libres.

Si esto es así, no acaba de entenderse por qué Fuller renuncia a enunciar la libertad como el fin o propósito moral que define a la práctica jurídica y, a cambio, insiste en que ese fin es el de someter la conducta humana al gobierno de las reglas, sobre todo cuando resulta obvio que Fuller «tiene en mente que el propósito moral del derecho es servir a los ciudadanos»⁴³. Quizá la razón se encuentre en esa dialéctica entre los medios y los fines que le es tan cara, y que, en este caso, se traduciría en una especie de coimplicación entre la técnica normativa y la libertad de los ciudadanos, de manera que recurrir a la primera implicaría reconocer y garantizar la segunda, y viceversa. Así podría entenderse su afirmación de que el respeto de la moral interna del derecho supone el reconocimiento del hombre como ser autónomo y responsable. En definitiva, la tesis de Fuller sería la de que «las formas (jurídicas) liberan»⁴⁴,

⁴³ Köpcke, *Concept and Purpose in Legal Theory*, cit., p. 86.

⁴⁴ *Forms Liberate* es el título del libro en el que Kristen Rundle defiende la validez de la teoría del derecho de Fuller (K. Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart, Oxford 2012). Ese título replica una anotación aislada del propio Fuller encontrada en sus papeles privados.

de manera que, en la propia forma del derecho, en tanto que técnica asociada a la libertad humana, se encontraría la fuente de su moralidad, y ya no sería necesario enunciar un fin independiente de la propia técnica para justificarla moralmente.

Lo que sucede es que, si uno no está de acuerdo con que la técnica normativa sirva exclusivamente a ese fin liberador, sino que piensa que puede servir también a otros fines incluso cuando es usada de la mejor manera (esto es, de acuerdo con las exigencias de la moral interna del derecho), entonces uno no puede aceptar ni la moralidad de esta moral interna ni tampoco la del propio derecho. Por eso, habría sido más esclarecedor que Fuller hubiera especificado que el derecho tiene el propósito de hacer posible la libertad de los ciudadanos, o que, como apunta La Torre, la ley no libera como «forma» sino como «práctica»⁴⁵, pero quizá esto es precisamente lo que Fuller no quería especificar, para resaltar su tesis de que la forma jurídica es intrínsecamente liberadora.

5. Razón técnica, razón práctica y limitación del poder

El positivismo jurídico del siglo XX, al que Fuller se opuso siempre con decisión, condenaba el derecho al estricto ámbito de la razón técnica, puesto que lo dotaba de una naturaleza meramente instrumental. Si el derecho puede tener cualquier contenido, o servir cualesquiera fines, si no tiene un fin moral propio, el derecho abandona el reino de la razón práctica porque no constituye un criterio acerca de lo que debemos hacer. El afán de Fuller fue el de reconducir el fenómeno jurídico a este reino de la razón práctica y lo que le singulariza es que lo intentara de la mano de su idea estrella, la de la moral interna del derecho. Lo que esta idea supone es que no es posible deslindar una y otra razones, la técnica y la práctica, porque, en general pero sobre todo en el ámbito

⁴⁵ La Torre, *Il diritto contro se stesso*, cit., p. 241. Porque, como práctica, implica la libertad de los participantes y el ejercicio de su capacidad deliberativa.

del derecho, aplicar consistentemente la técnica implica de por sí la satisfacción de un fin moralmente valioso, el de promover una comunidad de ciudadanos libres.

Sin embargo, la propuesta de Fuller no es del todo satisfactoria porque no acaba de acreditar que la técnica normativa no pueda ponerse al servicio de fines disvaliosos. En particular, un escrupuloso respeto de la moral interna del derecho parece que podría ser plenamente compatible con una falta de respeto por la libertad o autonomía de las personas. Por eso, Fuller no logró convencer a los positivistas de su época de que la forma jurídica tenga esos efectos intrínsecamente liberadores que él le atribuía. Desde luego, no hace falta ser positivista para dudar del acierto de Fuller. Su disputa con el positivismo, tal como él la planteó, gira en torno a la relevancia moral de la forma jurídica, pero esta relevancia moral puede ser cuestionada por muy poco positivista que uno sea. De hecho, buena parte del positivismo de la época (incluyendo al propio Hart) se mostró partidario de reconocer esa relevancia moral de la forma, aunque le concediera menos importancia de la que le concedía Fuller. Al menos en este sentido, Hart le ganó el debate a Fuller, pero no por KO sino a los puntos, puesto que ambos se equivocaban en atribuir relevancia moral a la forma del derecho, aunque Fuller se equivocó más porque esa relevancia la consideró mayor.

En cambio, en otro sentido más importante, el vencedor fue Fuller porque, cuando más se necesitaba, llamó la atención sobre un rasgo fundamental del derecho que el positivismo negaba o que dejaba de lado: su carácter de práctica social o empresa colectiva que se identifica por el propósito o valor moral que pretende realizar y no solo por el tipo de actividad (en este caso, normativa) en que consiste. Si un mérito tuvo el positivismo analítico (los del positivismo normativo o ético son otros), fue su empeño por mostrar que el derecho podía ser injusto y en que, por tanto, al poder que actúa a través del derecho no se le debe obediencia ni respeto solo por que recurra a esa técnica, puesto que puede ponerla al servicio de fines injustos. Sin embargo, el positivismo cosechó el éxito en este punto al precio de deformar lo que el derecho es y no puede dejar de ser: esa actividad humana que solo es comprensible porque creemos que existe tal cosa como la justicia (o la libertad) y por-

que creemos que podemos acercarnos a ella. Por eso, en el derecho, el ser y el deber ser van siempre de la mano (también en esto Fuller llevaba razón, aunque no nos convenza del todo el modo en que lo justificó), y por eso no hay mayor reproche para cualquier actividad jurídica que la de generar injusticia. Creer que el derecho puede comprenderse al margen de la justicia es tan poco sensato como creer que el arte puede comprenderse al margen de la belleza o la ciencia al margen de la verdad. Aún así, eso es lo que el positivismo del siglo XX nos hizo creer, y la gran virtud de la obra de Fuller, tomada en su conjunto y al margen de sus propias inconsistencias, es la de habernos ayudado a desconfiar de esa creencia y a combatirla.

También por contraste con el positivismo, suele asociarse a Fuller con la idea de que el derecho reduce el margen de acción del poder político o que constituye un límite a esa acción⁴⁶. En particular, Fuller trató de demostrar, mediante la idea de la moral interna del derecho, que un legislador que se mantenga fiel a sus exigencias se limita a sí mismo, porque esas exigencias, sostiene Fuller, le impiden la persecución de ciertos fines injustos y le comprometen con ciertos fines justos. Ya hemos visto que esta confianza en las bondades morales de la técnica normativa puede ser puesta en cuestión. Es cierto que la elección de una determinada técnica nos limita, pero en el sentido trivial de que esa elección nos obliga a actuar de acuerdo con esa técnica y no con otra, no en el sentido de que nos lleve derechos a unos fines y nos aparte de otros. Es cierto también que ciertas técnicas son las más apropiadas para la consecución de ciertos fines, e incluso pueden ser las únicas apropiadas. Pero de aquí no se sigue que recurrir a ellas garantice éxito alguno, sino que no recurrir a ellas es garantía de fracaso.

Lo que sí cabe afirmar es que quienes ejercen el poder a través del derecho se verán limitados en ese ejercicio siempre que sean conscientes de que están participando en una práctica social que consiste en la

⁴⁶ En este punto insisten especialmente Nadler, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, cit., y Rundle, *Forms Liberate*, cit.

construcción de una comunidad humana más justa, o constituida por ciudadanos libres. Es esta conciencia del fin propio de la práctica la que limita al que participa en ella. Desde esta perspectiva, el derecho constituye una limitación del poder, pero la constituye porque el poder que decide actuar jurídicamente se compromete con el ideal de la justicia, no porque sea la técnica elegida (la normativa) la que le constriñe.

Más interesante parece la dimensión de la moral interna del derecho como ética profesional de los juristas. Cuando los estándares normativos supremos del derecho vigente pueden considerarse lo bastante justos como para desear por razones morales su eficacia, la moral interna del derecho deviene el núcleo de la ética profesional de todos aquellos que se dedican a labores jurídicas, de los que depende lo que Pérez Luño llamó la corrección estructural y funcional del derecho⁴⁷, a su vez garante de la seguridad jurídica, una idea que es precisamente la expresión de la eficacia del derecho en tanto que sistema normativo. La moral interna del derecho sería, entonces, la «moral interna de los juristas»⁴⁸ y esto con independencia del rol profesional concreto que desempeñen, aunque con todas las especificaciones derivadas de cada uno de esos roles.

Esta es precisamente la situación que se produce en el Estado constitucional contemporáneo, en tanto que afirma al más alto nivel normativo el ideal de una comunidad de ciudadanos libres. En el Estado constitucional, la función de los juristas sería la de ejecutar ese plan de comunidad libre contenido en la Constitución, y de llevarlo a buen término a través de la técnica jurídica. Por decirlo a la manera de Ferrajoli, es sobre todo a los juristas a quienes corresponde remediar el cúmulo

⁴⁷ A.E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona 1991, pp. 23 y 26.

⁴⁸ Luban, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, cit. También apuntan a esta caracterización deontológica de la moral interna del derecho W. Van der Burg, *The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality*, en *Rediscovering Fuller. Essays in Implicit Law and Institutional Design*, cit., p. 170; J. Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 213; o Rundle, *Forms Liberate*, cit., p. 115.

de lagunas y de antinomias que cabe detectar en todo sistema jurídico dotado de una Constitución normativa, y la moral interna del derecho sería la «parte general» de su manual de instrucciones. Es en el marco de los sistemas constitucionales que conocemos donde la moral interna del derecho adquiere su pleno significado y donde podemos admitir sin muchas reservas que respetarla supone un deber moral para los encargados de operar esos sistemas.

A esta labor de operación de los sistemas constitucionales está llamada también la Filosofía del Derecho, comprendida como parte integrante de la práctica jurídica y no como una contemplación distanciada de esa práctica. Este es precisamente el sentido de buena parte de la Filosofía del Derecho que se hace hoy, una que se acerca mucho a la que Fuller proponía ya en 1940 (decidir la mejor manera en que los juristas han de vivir sus vidas profesionales) y que, con otros tonos, reiteraba en las líneas finales de su «Réplica a los críticos» de la segunda edición de *The Morality of Law*:

Quizá llegará el momento en que los filósofos del derecho dejarán de preocuparse por la construcción de ‘modelos conceptuales’ para la representación de los fenómenos jurídicos, acabarán con sus debates sobre definiciones, y en vez de eso se enderezarán al análisis de los procesos sociales que constituyen la realidad del derecho⁴⁹.

Sin dejar del todo de preocuparse por conceptos y definiciones, sí es cierto que la Filosofía del Derecho se ocupa cada vez más de esos procesos sociales que integran la práctica jurídica. La gran batalla que Fuller entabló contra el positivismo durante las décadas centrales del siglo XX fue la de promover este giro y se diría que, aunque sea póstumamente, la está ganando.

⁴⁹ Fuller, *The Morality of Law*, cit., p. 242.