

Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. LAS RAZONES DEL OLVIDO. 1.1 La huida del iusnaturalismo. 1.2 La necesidad de nuevos conceptos. 1.3 La dificultad de mediar en la polémica sobre el Derecho nazi. 1.4. Otros silencios teóricos.-2. LA RECUPERACIÓN DE LAS TESIS DE FULLER. 2.1 La enseñanza de la Filosofía del Derecho. 2.2 La constante redefinición de los conceptos. 2.3 La relación con la teoría de Ronald Dworkin.-3. CONCLUSIÓN.

En una reciente entrevista concedida a Manuel Atienza, Robert S. Summers se pronunciaba en los siguientes términos:

«En 1984 publiqué una introducción general a la vida y obra de Lon L. Fuller. El libro apareció en la Stanford University Press con el título de *Lon L. Fuller*. Presté una amplia atención a la teoría iusnaturalista de Fuller, especialmente a su Derecho natural procedimental. Pienso ahora, y he pensado durante mucho tiempo, que Fuller fue una gran figura en la materia y ha sido indebidamente olvidado»¹.

¹ ATIENZA, M., «Entrevista a Robert S. Summers», *DOXA*, 23, 2000, pp. 770-771. El libro al que se refiere Summers en la entrevista es *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, Londres, 1984. En él se contiene, además de un detallado análisis de la teoría de Fuller, un listado completo de sus libros, artículos, traducciones y reseñas.

Hay mucho de lamento en esta confesión de Summers, de queja ante lo que este autor considera un importante olvido de la cultura jurídica contemporánea. No en vano el propio Summers «debe» mucho a la figura de Fuller. En sus inicios, su formación estuvo estrechamente vinculada a él, posteriormente invirtió gran parte de sus primeros esfuerzos teóricos en rehabilitar científicamente su teoría y obra, y finalmente su propia concepción formal del Derecho es deudora de ese iusnaturalismo procedimental al que se refiere en los términos anteriormente citados. El estudio de esa obra inicial de Summers, *Lon L. Fuller*, revela con cierta nitidez la corrección de las dos primeras afirmaciones que acaban de presentarse; mientras que la tercera y última –la relativa a su «deuda» con Fuller– se constata tras el análisis de sus posteriores trabajos, cuyo hilo conductor es una continua y constante llamada de atención sobre el carácter formal del Derecho².

Sentimentalismos aparte, es cierto que la figura de Fuller no ha recibido en el pasado toda la atención que quizá hubiera merecido. Aunque en este sentido conviene tener en cuenta dos circunstancias no advertidas por Summers y que, de ser ciertas, matizarían enormemente sus palabras. En primer término, el olvido no ha sido tan grande en el ámbito de la cultura anglosajona cuanto lo fue en su recepción en países como, por ejemplo, España³. En este país sí es donde se manifiesta, en toda su magnitud, la denuncia de Summers. Sin embargo, y en segundo término, en los últimos tiempos parece irse subsanando ese olvido, reconociéndosele cada vez más un lugar propio en el panorama iusfilosófico actual. Hecho que se manifiesta, sobre todo, en lugares precisamente como España, donde hasta entonces la teoría de Fuller, sin ser desconocida, había sido un tanto dejada de lado. Ahora, más de quince años después de la publicación de la citada monografía de Summers, algo parece moverse en la iusfilosofía española con respecto a Fuller. Exponer algunas de las

² La concepción formal del Derecho que desarrolla SUMMERS puede seguirse en los trabajos recopilados en su libro *Essays in Legal Theory*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2000. Una buena presentación de lo expuesto en los mismos se encuentra en su artículo «Forma, imperio de la ley, imperio del buen Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2, 1998, pp. 183-198.

³ Los homenajes, estudios y monográficos sobre la obra de FULLER han venido repitiéndose en la doctrina inglesa y norteamericana desde la década de los cincuenta hasta la actualidad. Así, además del ya citado libro de SUMMERS, cabe destacar la publicación de su polémica con Ernest NAGEL sobre la dicotomía hecho-valor en la *Natural Law Forum* (3-1, 1958, pp. 68-134; 4-1, 1959, pp. 26-43); un número de la *Villanova Law Review* (10-4, 1965, pp. 623-678) dedicado al debate sobre la moral interna del Derecho; otro de la *Harvard Law Review* (92-2, 1978, pp. 349-449) publicado en homenaje a su figura tras su muerte, acaecida en abril de 1978; otro de *Law and Philosophy* (13-3, 1994, pp. 253-418), con la intención de revisar distintos aspectos de su teoría; y, recientemente, el libro colectivo *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, editado por Willem J. Witteveen y Wibren van der Burg, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999.

razones que están, por un lado, detrás de ese inicial olvido y, por otro, de esta posterior recuperación es el propósito de las líneas que componen estas páginas.

1. LAS RAZONES DEL OLVIDO

En el entorno de la filosofía del Derecho española, un buen indicador del nivel de aceptación e influencia de las obras de un autor ha sido y es el de la traducción de las mismas. Las obras más importantes de los autores de referencia de la segunda mitad del siglo XX están prácticamente todas ellas traducidas al castellano, y por editoriales bien españolas bien de notable implantación en este país. Sin embargo, esto no es así en el caso de Fuller. En unos años en los que aumentó considerablemente el número de traducciones relativas sobre todo a autoras y autores ingleses y norteamericanos, las de Fuller brillan por su ausencia. En lo que a sus monografías de filosofía jurídica se refiere, hasta la fecha sólo se han llevado a cabo dos traducciones latinoamericanas, y no con la calidad que hubieran merecido, lo que resulta a todas luces sorprendente, dada la brillante tradición que sobre esta materia existe en América Latina⁴.

Siempre puede alegrarse el carácter meramente episódico de esta cuestión de las traducciones, pues lo importante es el conocimiento directo de las tesis de un autor. Incluso no faltan voces que rechazan la utilización de las traducciones y reclaman el manejo de las ediciones originales⁵. En este sentido –se diría–, lo relevante no es si se han traducido o no las obras de Fuller, sino si sus propuestas teóricas han tenido acogida y desarrollo en la doctrina. Sólo así, y no de otra forma, podrá saberse cuál es el verdadero alcance de las tesis tanto de

⁴ Se encuentran traducidos al castellano la primera edición de *The Morality of Law* (*La moral del derecho*, trad. F. Navarro, Trillas, México, 1964) y *Anatomy of the Law* (*Anatomía del Derecho*, trad. L. Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969). Además de éstas, FULLER publicó otras monografías de filosofía del Derecho: *The Law in Quest of Itself* (Beacon Press, Boston, 1940); *The Problems of Jurisprudence* (Foundation Press, Nueva York, 1949); *Legal Fictions* (Stanford University Press, Standford, 1967); una segunda edición de *The Morality of Law* (Yale University Press, New Haven, 1969), donde se contiene un importante capítulo final titulado «A Reply to Critics», en el que se intenta por su parte dar respuesta a críticas de autores como Herbert HART y Ronald DWORKIN; y, finalmente, *The Principles of Social Order* (Duke University Press, Durham, 1981), una póstuma recopilación de trabajos suyos, algunos no publicados hasta ese momento, dirigida por Kenneth WINSTON.

⁵ Voces que, sin duda, encuentran su referente más importante en Umberto ECO, quien se muestra tajante en esta preferencia por el original. Véase su famoso libro *Cómo se hace una tesis*, 10.^a ed., trad. L. Baranda y A. Clavería, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 76-77.

éste como de cualquier otro autor. Pues bien, desde esta perspectiva lo máximo que puede decirse es que, en filosofía del Derecho y hasta tiempos relativamente recientes, únicamente se encuentran referencias genéricas a sus ideas y aportaciones, sin que en el pasado se hayan llevado a cabo ni estudios concretos sobre alguno de los muchos aspectos de su teoría ni tampoco análisis de la influencia que ésta ha tenido en posteriores autores. Habrá que esperar a tiempos más recientes para encontrar este tipo de trabajos en nuestra doctrina⁶.

1.1 La huida del iusnaturalismo

Sin ser la única, la propuesta iusfilosófica de Fuller más conocida y analizada es la de la llamada moral interna del Derecho⁷. Es cita obligada cuando se aborda la clásica cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral, pero en muchas ocasiones no es más que una cita genérica, simplemente enunciada y no desarrollada en sus diferentes aspectos. Desarrollo que, por el contrario, sí se llevó a cabo en la doctrina inglesa y americana, donde se produjo un importante debate sobre dicha propuesta. Los términos del debate se centraron, rápidamente, en el seno de la también clásica polémica entre iusnatu-

⁶ No así en otros países de nuestro entorno, como por ejemplo Italia, que ha ejercido y ejerce gran influencia sobre nuestra filosofía del Derecho. Véase el libro de Alessandro dal BROLLO, *La moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Bulzoni Editore, Roma, 1986. También en Alemania se produjo una temprana recepción de su obra. Puede verse, por ejemplo, LEWAN, K., «Die Retschphilosophie Lon Fullers», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 52-3, 1966, pp. 377-411. O incluso, por ir un poco más lejos, en Polonia. Véase TOKARCZYK, R., *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980.

⁷ Aunque ya había lanzado alguna idea al respecto en su artículo «Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart» (*Harvard Law Review*, 71-4, 1958, pp. 630-672), el exhaustivo análisis que FULLER realiza de los ocho elementos que componen la moral interna del Derecho se encuentra en *The Morality of Law*, 1.ª ed., Yale University Press, New Haven, 1964. La bibliografía que ya desde un primer momento generó su propuesta en la doctrina norteamericana es inabarcable. Merecen destacarse, pero tan sólo a título de ejemplo, los siguientes títulos: DWORKIN, R., «Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim», *University of Pennsylvania Law Review*, 113-5, 1965, pp. 668-690; SUMMERS, R., «Professor Fuller on Morality and Law», *Journal of Legal Education*, 18-1, 1965, pp. 1-27; ANASTAPLO, G., «Natural Law and the American Lawyer: An Appreciation of Professor Fuller», *Wisconsin Law Review*, 2, 1965, pp. 322-343; COHEN, M., «Law, Morality and Purpose», *Villanova Law Review*, 10-4, 1965, pp. 640-654; STURM, D., «Lon Fuller's Multidimensional Natural Law Theory», *Stanford Law Review*, 18, 1966, pp. 612-639; LYONS, D., «The Internal Morality of Law», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 71, 1970-71, pp. 105-119; GRAHAM, K., «Does Law Have an Internal Morality?», *Political Science*, 24, 1972, pp. 24-37; MULLOCK, P., «The Inner Morality of Law», *Ethics*, 84-4, 1974, pp. 327-331; MOFFAT, R., «Lon Fuller: Natural Lawyer After All!», *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, pp. 190-201.

ralistas y positivistas jurídicos. A ello contribuyó que fuera el propio Hart quien se situara frente a Fuller y empezara a plantear ciertas dudas sobre la propuesta de este autor. Pero, no todo lo que supone la moral interna del Derecho era rechazable desde una perspectiva típicamente positivista. En efecto, si bien Hart se mostraba reacio a aceptar el carácter moral de estos elementos, no lo era tanto a la hora de asumir su necesidad para alcanzar una cierta eficacia en el Derecho, así como su viabilidad para producir un mínimo de justicia en todo Derecho que se adecuara a ellos⁸.

Esta propuesta de Fuller encontraba, además, serias dificultades de comprensión, lo cual quizá también pudo contribuir a su escasa recepción por nuestra doctrina. Dificultades que, en términos generales, pueden reducirse a dos cuestiones. La primera de ellas tiene que ver con la relación entre esta moral interna del Derecho y la llamada, también por el propio Fuller, moral externa al mismo. En efecto, este autor no circunscribía el ámbito de la moral a los consabidos ocho elementos inherentes al Derecho, sino que entendía que, al margen de aquélla, existe todo un universo de cuestiones morales, pero que son cuestiones materiales. Para sus contenidos Fuller prefirió reservar el nombre de moral externa del Derecho. Es externa porque son los fines que debería perseguir el Derecho, pero no son elementos intrínsecos a su propia estructura, de manera que si un determinado Derecho los ignora, no por ello deja de ser tal⁹. El problema es que, a la luz de sus escritos, no parece quedar claro el tenor de la relación entre estos dos ámbitos de la moral. Si bien en algún momento parece tratarse de una simple relación de afinidad –pero meramente contingente, en todo caso–, en algún otro se configura como si de una conexión causal

⁸ No sólo en *The Concept of Law* (Clarendon Press, Oxford, 1961), sino ya en su trabajo previo –y, en algunas cuestiones, preparatorio de aquél– «Positivism and the Separation of Law and Morals» (*Harvard Law Review*, 71-4, 1958, pp. 593-629), había expresado HART la necesidad de un cierto respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico. La entrada de HART en este tema provocó no sólo la respuesta de FULLER –citada en la nota anterior–, sino también el inicio de un debate entre ambos autores que continuó prolongándose en el tiempo. Así, el siguiente paso de FULLER fue la publicación de su *The Morality of Law*, que mereció una reseña de HART titulada «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*» (*Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-1296), a la que había precedido la publicación de la famosísima obra *The Concept of Law*. Pero, la cuestión no terminó aquí, puesto que en la segunda edición de *The Morality of Law*, de 1969, FULLER incluyó un capítulo final, «A Reply to Critics», donde todavía dedicaba algunas páginas a las críticas de su principal opositor. Es más, uno de los propósitos de HART en su póstumo «Postscript» (recogido en la segunda edición de *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994) era –según declara expresamente– el de responder también a FULLER. Sin embargo, y como aclaran los editores, esa parte todavía no se encontraba apta para su publicación.

⁹ Uno de los primeros trabajos de nuestra doctrina en el que se plantea y recoge esta diferencia entre las morales interna y externa del Derecho es el de Francisco LAPORTA, «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», en CAMPS, V. (ed.), *Historia de la Ética*, III, Crítica, Barcelona, 1989, pp. 238-241.

—necesaria, por tanto— se tratara. No es difícil apreciar cómo las consecuencias derivadas de la adopción de una u otra posibilidad son, ciertamente, muy diferentes.

La segunda dificultad que rodea la cuestión de la moral interna del Derecho tiene que ver con la distinción, también planteada por Fuller, entre moral de aspiración y moral de deber. Y, en concreto, con la adscripción de los elementos de la moral interna del Derecho, con la excepción del requisito de publicidad de las normas, al terreno de las aspiraciones morales. Si son aspiraciones, entonces no pueden exigirse ni moral ni jurídicamente, con lo que se invalidaría la pretensión del propio Fuller de que su cumplimiento fuera imprescindible para poder hablar de Derecho. El legislador que los vulnerara estaría infringiendo, simplemente, una aspiración moral, pero no un deber. No es muy coherente esta conclusión con la propuesta fuerte de Fuller sobre la ineludible presencia, en todo Derecho, de los elementos de la moral interna. Parecería, por tanto, que su correcta ubicación estaría en el ámbito de los deberes, y no en el de las aspiraciones. Pero, esta ubicación no es admitida expresamente por este autor, salvo en el ya referido caso del principio de publicidad. Por otro lado, es de agradecerle su intento de aclarar, desde un punto de vista teórico, todo lo que rodea a la moral. Sin embargo, en vez de distinguir tajantemente entre moral de aspiración y moral de deber, debido a los problemas conceptuales que ello genera, quizá hubiera sido más sencillo presentar la distinción en términos de deberes e ideales morales o, como se plantea por un importante sector de nuestra doctrina, entre una ética de mínimos y una ética de máximos¹⁰.

La entrada de Hart en la polémica tuvo el efecto positivo de multiplicar el debate —y la bibliografía generada por el mismo— hasta extremos insospechados¹¹. Pero, produjo —o, por lo menos, así se pretendía hacer ver en nuestro ámbito— también una absoluta polarización de las propuestas a defender. Así, el fragor del debate entre positivistas y

¹⁰ En cuanto a la distinción entre deberes e ideales morales, puede verse SUMMERS, R., «Professor Fuller on Morality and Law», *Journal of Legal Education*, 18-1, 1965, p. 4. Para la diferencia entre la ética de mínimos y de máximos, véase FERNÁNDEZ, E., *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 18.

¹¹ Si ya la bibliografía sobre la moral interna del Derecho empezaba a ser extensa, la aparición de HART en el centro del escenario la multiplicó sobremedida. Véanse, por ejemplo, los siguientes trabajos dedicados expresamente a la polémica entre ambos autores: BRECKENRIDGE, G., «Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller», *Vanderbilt Law Review*, 18-3, 1965, pp. 945-964; NICHOLSON, P., «The Internal Morality of Law: Fuller and his Critics», *Ethics*, 84-4, 1974, pp. 307-326; LOVIN, K., «H.L.A. Hart and the Morality of Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 21, 1976, pp. 131-143; BOUKEMA, H., «The Hart-Fuller Debate», *Rechtstheorie*, 14-1, 1983, pp. 29-59; DAIS, E., «Jus Naturalism, Legal Positivism and Perspectival Confusion: the Fuller-Hart Debate Revisited», *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, X, UNAM, México, 1984, pp. 69-80.

iusnaturalistas parecía exigir una posición única y de conjunto sobre la moral interna del Derecho. Es algo así como decir que quienes optaran por una concepción iusnaturalista del Derecho habrían de defender la moral interna del Derecho en toda su extensión y hasta sus últimas consecuencias, mientras que quienes, por el contrario, se decantaran por una posición positivista tendrían que rechazarla en su totalidad¹². Esta forma de abordar la cuestión hizo que, salvo notables excepciones, se pasaran por alto dos cuestiones que resultan de suma importancia para ubicar, en sus justos términos, la figura de la moral interna del Derecho. Cuestiones que –no conviene olvidar– ya fueron advertidas por el propio Hart y que, de resultar ciertas, matizarían enormemente la forma como se percibió la polémica entre ambos autores por nuestra doctrina.

Es la primera de ellas la relativa al reconocimiento, que Hart hace explícito en distintos momentos y lugares de su teoría, de la necesidad de la presencia de la moral interna del Derecho para garantizar la eficacia de éste¹³. La propuesta de Hart consiste en entender que sin un mínimo respeto a sus elementos no se alcanzará la eficacia que requiere todo Derecho para existir. Lo que sucede –y quizá ésta fuera una de las razones que «despistara» a nuestra doctrina– es que Hart nunca aceptó la denominación de Fuller, dado que rechazaba la supuesta naturaleza moral de esos elementos, de manera que optó siempre por referirse a ellos como principios de legalidad. Principios como la publicidad, la generalidad o la irretroactividad de las normas jurídicas eran, para dicho autor y sus seguidores, de imprescindible presencia en todo sistema jurídico que pretendiera tener un mínimo de eficacia en la regulación de las conductas humanas. Pues bien, no es muy frecuente encontrar esta afirmación de Hart en aquellos autores que en nuestra doctrina se han ocupado del tema. Aunque, como

¹² Ello se manifiesta en algunos trabajos que, si bien fueron pioneros a la hora de trasladar este debate a nuestra doctrina, abordan el tema de esta forma un tanto reduccionista. Se trata de los artículos de VARGA, C., «Reflexiones acerca del Derecho y su moralidad interna», en AAVV, *H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, 28, 1986, pp. 473-488; y SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA*, 8, 1990, pp. 149-170. Similar es la interpretación que se sigue haciendo, unos años después, por Ramón ARETIO. Véase, de este autor, *Derecho Natural. Lecciones elementales*, Universidad de Deusto, Bilbo, 1996, pp. 191-196.

¹³ Véanse *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 59-60; y también, en general, la ya citada recensión titulada «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*». Este reconocimiento de HART fue rápidamente advertido y asumido por sus acompañantes en la polémica. Así, por ejemplo, COHEN, M., «Law, Morality and Purpose», *op. cit.*, p. 649; SUMMERS, R., *Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 28. Curiosamente, en este punto HART también coincide con Ronald DWORKIN. Véase, de este último, «Philosophy, Morality, and Law...», *op. cit.*, p. 669. Tampoco deja de resultar sorprendente que el propio FULLER calificara a estos cuatro autores como positivistas jurídicos analíticos, y que a ellos dedicara su «A Reply to Critics» con el que termina la segunda edición de *The Morality of Law*.

casi siempre, también hay excepciones que, por ello, merecen ser destacadas¹⁴.

El segundo de los matices que Hart advirtió con respecto a la moral interna del Derecho afecta a la espinosa cuestión –sobre todo para cualquier positivista– de las relaciones entre Derecho y moral. Ciertamente es que este autor rechazó el pretendido carácter moral de estos principios de legalidad, pero no lo es menos que también llamó la atención sobre la circunstancia de que su presencia en todo sistema jurídico dota a éste de una cierta valoración moral positiva¹⁵. Valoración moral que no ha de entenderse en términos absolutos, dado que el mero respeto a dichos principios no garantiza de antemano la moralidad del Derecho, pero sí produce un mínimo de justicia. Salvo contadas excepciones, también esta propuesta ha pasado inadvertida por aquellos autores que han abordado el tema de la separación Derecho y moral en Hart¹⁶. Quizá la razón del silencio haya que buscarla en la fascinación que en ellos produjo otra propuesta de Hart, similar en el espíritu, aunque diferente en los términos, cual fue la del llamado contenido mínimo del Derecho natural. Esta última sí ha sido objeto de un detallado tratamiento por nuestra doctrina, lo que contrasta con la poca atención que ha merecido la cuestión de la justicia de un Derecho ajustado a los citados principios de legalidad.

En términos generales, quizá merezca destacarse una importante razón que sirva para explicar el olvido de la teoría de Fuller en todo lo referente a las cuestiones que afectan a las relaciones entre Derecho y moral. En nuestra doctrina, este tema ha sido siempre el centro de la polémica entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos. Y, en los tiempos posteriores a la caída de la dictadura franquista, nuestra filosofía

¹⁴ Uno de los autores que, en nuestro ámbito doctrinal, se anticiparon a la hora de advertir la importancia de estos principios de legalidad en la teoría de HART es Juan Ramón de PÁRAMO. Véase, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 284 y 348. Posteriormente, el reconocimiento de la necesidad de tales principios para la existencia del Derecho es asumido por otros autores, como Albert CALSAMIGLIA, en su trabajo de 1989 «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación» (recogido en su libro *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993, pp. 29-74); o Gregorio PECES-BARBA, en su *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pp. 252.

¹⁵ Véase, una vez más, *The Concept of Law*, op. cit., pp. 156-157 y 202. Aunque por diferentes razones, también siguen a HART en su negativa a considerar los elementos de la moral interna como principios morales esos cuatro autores a los que FULLER se refería en su «A Reply to Critics» bajo el rótulo de positivistas jurídicos analíticos.

¹⁶ En nuestra doctrina, uno de los primeros autores que trazaron la conexión entre los principios de legalidad y ciertas exigencias de justicia fue Eusebio FERNÁNDEZ. Véase su *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 74. Más tarde, José Antonio RAMOS PASCUA advirtió sobre los problemas que esta conexión podía provocar en la teoría de HART, en concreto en su pretensión de separación conceptual entre Derecho y moral. Véase, de este último autor, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 163.

del Derecho se ha caracterizado por un importante rechazo al iusnaturalismo, debido fundamentalmente a su vinculación con la filosofía política que sustentó este régimen dictatorial¹⁷. En este contexto, no es de extrañar que todo lo que sonara a iusnaturalista fuera inmediatamente puesto en cuarentena. Así, la teoría de Fuller –que el propio Summers, siguiendo las tesis de Hart, no dudó en calificar de «Derecho natural procedimental»– no llegaba, pues, en el mejor momento. De ahí que su análisis y estudio fuera obviado o, en el mejor de los casos, simplemente apuntado de una forma genérica.

Tampoco los propios iusnaturalistas utilizaron el recurso que la teoría de Fuller les ofrecía para escapar de tales críticas. Éstas se centraron en la vertiente más clásica del iusnaturalismo, que era, por un lado, la que parecía más endeble desde el punto de vista teórico y, por otro, la que en mayor medida estaba suministrando un soporte ideológico al régimen franquista. Pues bien, muchos autores iusnaturalistas no dudaron en abandonar este iusnaturalismo, al que suele aplicársele el calificativo de ontológico, para pasar a abanderar una concepción deontológica del mismo. Una concepción del Derecho natural como ética jurídica, como conjunto de principios o valores que un sistema jurídico debe respetar si pretende ser justo, y merecedor de obediencia, pero cuya falta o infracción no supone la pérdida de su carácter jurídico. Este iusnaturalismo deontológico goza, actualmente, de gran predicamento entre los autores que, por una u otra razón, rechazan adherirse al positivismo jurídico¹⁸. Han apostado fuerte por esta posibilidad, y lo han hecho hasta el punto de no considerar necesario rescatar aquella otra que, según reconocía el propio Passerin D'Entrèves, les ofrecía el llamado iusnaturalismo tecnológico (o procedimental, si se opta por la denominación de Summers) de Fuller¹⁹.

1.2 La necesidad de nuevos conceptos

La figura de la moral interna del Derecho es también cita obligada en el tratamiento de las cuestiones relacionadas con el concepto de

¹⁷ Es especialmente ilustrativo sobre esta cuestión el trabajo común de Ricardo GARCÍA MANRIQUE y Benjamín RIVAYA, «Cronología comparada de la filosofía del derecho española durante el franquismo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XV, 1998, pp. 305-334.

¹⁸ Véase una defensa de este iusnaturalismo en FERNÁNDEZ, E., *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 38 y ss. O, también, PÉREZ LUÑO, A., *Leciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia Jurídica*, Minerva, Sevilla, 1998, pp. 202-204.

¹⁹ Sobre el iusnaturalismo tecnológico, véase PASSERIN, A., *Derecho Natural*, trad. M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 251. El propio FULLER también se refirió en alguna ocasión a su propia teoría como una especie de Derecho natural «tecnológico». Véase «Means and Ends», en FULLER, L., *The Principles of Social Order*, op. cit., p. 48.

seguridad jurídica. En efecto, parecería normal relacionar sus elementos con los que tradicionalmente se vienen considerando como necesarios para que el Derecho produzca ese saber a qué atenerse en que aquélla consiste. Sin embargo, esta relación no es un asunto que haya resultado pacífico en la doctrina española de los últimos tiempos, debido fundamentalmente a que ésta prefiere manejar un concepto de seguridad jurídica que desborda los márgenes de la moral interna del Derecho. Un concepto que exige, además de la satisfacción de sus conocidos ocho elementos, la garantía de una cierta legitimidad; y esto sólo lo ofrece la inclusión en el Derecho de dimensiones de libertad e igualdad material. Únicamente en estos casos –se dice por estos autores– puede hablarse de seguridad jurídica²⁰. La moral interna del Derecho, por el contrario, no llega a tales extremos. Sus elementos permiten la posibilidad de prever las consecuencias jurídicas de las acciones, pero no garantizan el respeto de esas dimensiones de libertad e igualdad material que parecen exigirse a la hora de hablar de seguridad jurídica.

Similar es lo que acontece con respecto a la relación entre la moral interna del Derecho y el llamado *rule of law*. En la doctrina anglosajona es clara la conexión entre ambas realidades, tal y como puso de manifiesto hace ya tiempo el propio John Rawls, al citar expresamente a Fuller a la hora de ofrecer un concepto de *rule of law*²¹. Pero, la traslación de este concepto al ámbito continental, y sobre todo al español, no está exenta de problemas. Máxime cuando el concepto que podría asemejarse en mayor medida al de *rule of law*, el concepto de Estado de Derecho, se viene configurando por nuestra doctrina con un contenido mayor que el de su referente anglosajón²². Y, en lo que ahora interesa, con unos contenidos que desbordan, claramente, los de

²⁰ La inclusión de contenidos materiales de justicia en el concepto de seguridad jurídica ha sido, hasta tiempos relativamente recientes, una constante de la doctrina iusfilosófica española. Véase, por ejemplo, LATORRE, A., *Introducción al Derecho* [1968], 9.ª ed., Ariel, Barcelona, 1992, p. 41; ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 118; PECES-BARBA, G., «La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho» [1990], en el libro del mismo autor, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 278; PÉREZ-LUÑO, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 58. Todos ellos son deudores de la propuesta de Elías DÍAZ que se analizará a continuación.

²¹ Esta explícita referencia puede encontrarse en RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, p. 235. La influencia que FULLER ejerció sobre el concepto de Derecho que maneja RAWLS ha sido puesta sobre la mesa, entre otros, por K. WINSTON, en «Towards a Liberal Conception of Legislation», *Nomos*, 25, New York University Press, Nueva York, 1983, p. 314.

²² Sobre la diferencia entre las tradiciones del *rule of law* y del Estado de Derecho, pueden verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 145-151; y CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997; especialmente, p. 219. Una presentación de las diferentes construcciones que se han realizado sobre este último concepto se encuentra en ASÍS, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

los elementos de la moral interna, ya que el Estado de Derecho se relaciona, básicamente, con ciertas exigencias de democracia y derechos humanos, que son ámbitos a los que aquélla no alcanza.

Desde estas coordenadas, todo lo que la moral interna del Derecho podría proporcionar permanece en un segundo plano. Esta vez, su papel en los conceptos de seguridad jurídica y Estado de Derecho queda relegado por la búsqueda –mucho más importante, sin duda– de aquellas dimensiones de libertad e igualdad que posibilitan que las personas se sientan «seguras» en sus relaciones jurídicas y que permitan que pueda hablarse, con toda propiedad, de Estado de Derecho. Como puede verse, una vez más, la razón de su olvido ha de buscarse en la necesidad que sintió la filosofía del Derecho española de liberarse, una vez que pudo, de los conceptos construidos por la doctrina y la dogmática al servicio del régimen dictatorial franquista. El de seguridad jurídica era uno de ellos, pero no el único, pues en muchas ocasiones se encontraba unido al de Estado de Derecho. Romper con tales conceptos resultaba imprescindible para esa incipiente filosofía del Derecho, aunque ello supusiera, como sucedió en el caso ahora analizado, dejar en el camino algunas aportaciones que, en circunstancias normales, hubieran sido más que interesantes.

Durante los últimos años de la dictadura pareció fraguarse un intento, de marcado carácter publicitario, de presentar el Derecho del país como un Derecho equivalente, en sus rasgos generales, al de sus vecinos europeos. Un Estado en el que sus operadores jurídicos actuaban conforme a normas jurídicas previamente establecidas, y en el que existían mecanismos de control de esas actuaciones. España era –según rezaba la propaganda franquista–, un Estado en el que no sólo se cumplía con la llamada seguridad jurídica, sino que además se ajustaba a los cánones del Estado de Derecho, pues a la hora de actuar, sus órganos lo hacían sobre la base de normas jurídicas preestablecidas. En esos mismos años, la labor de autores como Elías Díaz resultó decisiva a la hora de desenmascarar tales estrategias. Alegaba este autor que ni la seguridad jurídica se caracterizaba sólo por la actuación sobre la base de normas generales previamente establecidas, ni todo Estado era un Estado de Derecho. Sólo puede predicarse seguridad jurídica de un Derecho en el que exista democracia y se respeten los derechos humanos; lo contrario no es más que la seguridad de la inseguridad. Del mismo modo, sólo es un Estado de Derecho aquel que cumple el imperio de la ley –una ley emanada de la voluntad popular–, la separación de poderes, la legalidad y control de la Administración y el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos²³. En tales circunstancias, presididas por una fuer-

²³ En este contexto, las aportaciones más importantes de Elías Díaz son su monografía del año 1966 *Estado de derecho y sociedad democrática* (8.ª ed., Taurus, Madrid, 1981), y su trabajo de 1969 «La seguridad jurídica en el Estado de Derecho»

te y justa reivindicación de carácter político, es claro que poco tenía que ofrecer la moral interna del Derecho, y de ahí que escasa fuera su influencia teórica y práctica.

1.3 La dificultad de mediar en la polémica sobre el Derecho nazi

Donde la propuesta de Fuller sí podía aportar alguna luz era en el debate sobre el carácter jurídico del Derecho vigente durante la Alemania nazi. De sobra conocidos son tanto los términos de la polémica como sus principales protagonistas: Hart, en el campo positivista; y Gustav Radbruch, desde la perspectiva iusnaturalista. Así, mientras que el primero sostenía que la iniquidad del Derecho nazi no permitía retirar el calificativo de jurídicas a sus normas, el segundo, por el contrario, argüía que su injusticia había sobrepasado el límite de lo que podía considerarse como jurídico. La rotundidad de los argumentos esgrimidos por ambos autores hizo difícil que se abriera camino cualquier otra propuesta diferente de resolución del problema. Máxime cuando, como parecía darse a entender, de la respuesta que se ofreciera a la pregunta sobre la juridicidad del Derecho nazi dependía otra cuestión, relacionada íntimamente con ella pero de índole mucho más práctica, cual era la de la legalidad de las sanciones impuestas posteriormente a los que, bajo el amparo de esas supuestas normas, realizaron actos moralmente aberrantes.

No obstante lo anterior, Fuller intentó ocupar un lugar propio y diferenciado en la polémica. Un lugar, sin embargo, en el que a veces coincidía con Radbruch y otras veces con Hart, aunque la coincidencia fuera sólo en cuanto a los resultados, y no en lo que a las razones de los mismos se refiere²⁴. Así, abogaba por negar el carácter jurídico de muchas de las normas emanadas en esa época en Alemania, con lo que su respuesta se asemejaba en esto a la de Radbruch. Pero, su negativa estaba motivada no por razón del contenido inicuo de tales normas, sino porque en su creación y aplicación no se habían respetado los requisitos de la moral interna del Derecho²⁵. En esto ya sí se diferenciaba de Radbruch, quien no parecía prestar demasiada atención a este aspecto. O quizá sí, ya que en opinión de este último autor

(*Cuadernos para el Diálogo*, núm. extraordinario XVII, pp. 7-10). Estos trabajos han marcado la forma de entender los citados conceptos en la doctrina española.

²⁴ Una comparación de las posiciones de estos autores aparece en PAULSON, S., «Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses», *Law and Philosophy*, 13-3, 1994, pp. 313-359. Sobre esta polémica, es ya referencia obligada el trabajo de PAPPE, H. O., «On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era», *The Modern Law Review*, 23-3, 1960, pp. 260-274.

²⁵ Véase «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, p. 652. Esta propuesta de FULLER es asumida por Juan Antonio GARCÍA AMADO en uno de los pocos trabajos que la doctrina española ha dedicado al tema: «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, p. 359.

era precisamente el más absoluto desconocimiento de la seguridad jurídica –y no tanto de dimensiones materiales de justicia– lo que motivaba la negación del carácter jurídico de las normas en las que eso se producía. Y ello porque, entonces, el nivel de injusticia que se alcanzaba era verdaderamente insoportable²⁶.

Ciertamente diferente es, hasta el momento, la propuesta de Fuller con respecto a la defendida por Hart, quien en ningún momento optó por minusvalorar el carácter jurídico del Derecho nazi. Su extrema iniquidad no autoriza a rechazar la validez, desde un punto de vista estrictamente jurídico, de las acciones realizadas al amparo de las mismas. Pero, es precisamente esa iniquidad la que sí justifica, desde un punto de vista moral, la sanción jurídica de tales conductas, aun cuando con ello se vulnera el principio –tan querido en las democracias occidentales– de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras. Pues bien, esta solución de Hart coincide con la propuesta de Fuller, aunque una vez más sean diferentes los caminos por los que se llega a la misma meta. En el caso de Hart, es el de la sinceridad y la opción por un mal menor –la vulneración del principio de irretroactividad decae ante la necesidad de castigar a tales sujetos–. En el de Fuller, la razón es que el daño que se causa a la moral interna del Derecho mediante una ley retroactiva es menor que el que se causaría con otras posibles soluciones²⁷. Tampoco deja de llamar la atención que el propio Radbruch se adhiriera finalmente a esta misma solución²⁸.

Con todo, y a pesar de excepciones como las señaladas, la participación de Fuller en todo lo que rodeó a esta polémica no es recogida en la doctrina con toda la atención que, quizá, hubiera merecido. Además, en 1997, apareció publicado un libro de N. E. H. Hull, titulado *Roscoe Pound and Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, en el que se insinúa que el nazismo pudo ejercer una notable atracción sobre Fuller²⁹. La autora describe los manejos de Fuller por conseguir de Roscoe Pound, quien, a su vez, había sido condeco-

²⁶ La propuesta de RADBRUCH se encuentra claramente definida en *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* [1946], trad. M. I. Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-41. Años después, Robert ALEXY ha trasladado el análisis de esta propuesta, conocida como «fórmula de insoportabilidad», a un problema mucho más actual. Véase, de este autor, «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», *DOXA*, 23, 2000, pp. 197-230.

²⁷ La cuestión del Derecho nazi forma parte, ya desde el principio, de la polémica que enfrenta a estos dos autores. Así, sus posiciones están claras desde los primeros «asaltos» de la misma. Véanse, respectivamente, HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *op. cit.*, pp. 619-620; y FULLER, L., «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, pp. 648-657.

²⁸ Véase RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, *op. cit.*, p. 43.

²⁹ Este libro está publicado en Chicago, The University of Chicago Press, 1997. Esta cuestión se plantea en las páginas 244 y 245. En ellas, su autora maneja fuentes de primera mano, como lo son por ejemplo los papeles del propio Fuller, depositados en la biblioteca de la *Harvard Law School*.

rado por los nazis en 1934, una carta de presentación para algunos juristas alemanes de la época a quienes deseaba visitar y conocer personalmente. Entre ellos, Fuller parecía mostrar –siempre según Hull– cierta predilección por las figuras de Hans Frank, Ministro de Justicia del Tercer Reich, y Carl Schmitt, personaje de sobra conocido para los filósofos del Derecho. Incluso, esta misma autora parece advertir un cierto antisemitismo en algunas de las expresiones del Fuller de aquella época, sobre todo cuando recomendaba para el acceso a universidades americanas –según ella, sin ningún entusiasmo– a personas que huían de la persecución nazi.

Años después es muy difícil demostrar la veracidad o no de semejantes afirmaciones, máxime cuando en sus palabras parece haber más de apreciaciones subjetivas que de datos objetivos. Frente a ellas, quizá pueda alegarse el silencio que, sobre esta cuestión, preside todos los escritos biográficos sobre Fuller ³⁰. Efectivamente, en 1938, pasó seis meses en Europa, principalmente en Francia. Pero, en cuanto a su supuesta fascinación por los juristas alemanes, parece –según Summers– que su mayor interés estaba en conocer a Hans Kelsen. Por otro lado, su posición teórica sobre el Derecho nazi parece quedar clara a la vista de sus escritos. Y la práctica también, a la luz de su comportamiento. En este sentido, es bien conocida la influencia que ejerció para que el propio Kelsen y Edgar Bodenheimer, quienes huían de la persecución nazi, fueran contratados por universidades norteamericanas. Además, sus alegatos en favor de la intervención de su país en la Segunda Guerra Mundial se remontan a los inicios de la misma.

En las biografías de Fuller, sí se encuentran referencias a sus tendencias políticamente conservadoras, que le llevaron a criticar la política intervencionista del *New Deal*, relacionada con el presidente Roosevelt. Aun así, y a pesar de su paulatino desencantamiento de la política llevada a cabo por el Partido Demócrata en el gobierno, mantuvo su vieja militancia en el mismo. A pesar de ello, en 1960 se involucró seriamente en la campaña presidencial del candidato republicano, Richard Nixon, quien había sido alumno suyo en Duke, universidad en la que Fuller impartió docencia antes de llegar a Harvard. La victoria de Nixon no llegaría en esa campaña, sino ocho años más tarde, en 1968, fecha en la que éste le propuso a Fuller ocupar algún puesto en su gobierno. Su rechazo pareció deberse al análisis de la experiencia –negativa, en su opinión– de sus colegas de Harvard que años antes se unieron a la administración Kennedy. Como puede apreciarse, hay sobradas referencias a la vida y al pensamiento político de Fuller, pero ninguna relacionada con esa supuesta fascinación por el nazismo.

³⁰ Sobre la vida de FULLER, es una referencia obligada la citada monografía de SUMMERS, *Lon L. Fuller*; especialmente, sus pp. 1-15. Pueden consultarse, asimismo, los trabajos incluidos en el número también citado de la *Harvard Law Review*, que se publicó como homenaje tras su muerte.

1.4 Otros silencios teóricos

Además de los reseñados hasta ahora, otros son los aspectos de la filosofía del Derecho de Fuller que han permanecido largo tiempo olvidados por la generalidad de nuestra doctrina. Quizá las nuevas tendencias en la actual filosofía del Derecho hagan posible su recuperación. Así, la crítica al realismo jurídico norteamericano –esa «pesadilla» a la que se refería Hart– puede encontrar un buen referente en los trabajos de Fuller al respecto³¹. Por otro lado, sus propuestas de carácter jurídico sobre el liberalismo político, donde destaca sobremanera la ya advertida definición de *rule of law*, cobran vigencia a la vista de lo que la realidad parece imponernos³². Además, merece mejor suerte su distinción entre el Derecho creado y el Derecho implícito, del mismo modo que su análisis sobre los elementos implícitos que existen en el Derecho³³. Y, por citar algún otro aspecto, también merecería una mayor atención su propuesta de «eunomía», o estudio de las formas que estructuran los diferentes mecanismos de regulación de conductas que existen en toda sociedad³⁴.

³¹ Esta crítica fue una constante en su obra. Merecen destacarse, específicamente, los siguientes trabajos: «American Legal Realism», *University of Pennsylvania Law Review*, 82-5, 1934, pp. 429-462; su monografía de 1940, *The Law in Quest of Itself*, ya citada en estas páginas; «American Legal Philosophy at Mid-Century», *Journal of Legal Education*, 6-4, 1954, pp. 457-485; «La Philosophie du droit aux États-Unis», *Les Études Philosophiques*, 19-4, 1964, pp. 559-568; y «Oliver Wendell Holmes, Jr.: *The Path of the Law*», en *An American Primer*, edición de D. Boorstin, University of Chicago Press, Chicago, 1966, pp. 591-607. Llama la atención que, en ese contexto, se tradujera al castellano un viejo trabajo de Alessandro GIULIANI donde se advertía esta crítica. Se trata de «Los presupuestos de la Filosofía del Derecho norteamericana», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1956, p. 257.

³² Destacan, sobre esta materia, «Freedom – A Suggested Analysis», *Harvard Law Review*, 68-8, 1955, pp. 1305-1325; «Adjudication and the Rule of Law», *Proceedings of the American Society for International Law*, 54, 1960, pp. 1-8; y «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92-2, 1978, pp. 353-409. Sobre el liberalismo de FULLER, véase el trabajo de Federico ARCOS, «Una defensa de la moral interna del derecho», *Derechos y Libertades*, 9, 2000, pp. 52-63. En este artículo –prueba del interés que FULLER empieza a suscitar en nuestra doctrina–, su autor pretende construir una forma de entender los elementos de la moral interna del Derecho como principios morales en sí mismos, lo cual permitiría, a su vez, defender una conexión entre el Derecho y la moral que –en palabras de ARCOS– no sería tan fuerte como la soñada por FULLER, pero tampoco tan débil como la pretendida por HART (*idem*, p. 37).

³³ Esta distinción aparece en su *Anatomy of the Law*, *op. cit.*, pp. 43-69. La importancia del llamado Derecho implícito en la realidad jurídica se pone de manifiesto en la monografía de Carlos ERNST, *Los derechos implícitos*, Marcos Lerner Editora, Córdoba (Argentina), 1994.

³⁴ A ello dedicó FULLER gran parte de los trabajos que se recogieron, bajo la edición de WINSTON, en *The Principles of Social Order*, obra póstuma de aquel autor ya comentada en estas líneas. Es justo reconocer que PASSERIN D'ENTRÈVES ya había advertido sobre las virtualidades de esta propuesta en su *Derecho natural*, *op. cit.*, p. 211.

Adviértase, finalmente, que sus aportaciones no se limitan sólo al campo de la filosofía del Derecho. Su influencia se extiende, asimismo, al Derecho civil, pues no en vano esta materia ocupó los primeros años de su carrera académica. En este sentido, cabe recordar, por último, que Fuller era un experto –no sólo teórico, sino también práctico– en cuestiones de arbitraje y en materias relacionadas con la contratación³⁵.

2. LA RECUPERACIÓN DE LAS TESIS DE FULLER

Varias son las razones que pueden haber contribuido a que, sobre todo en nuestro ámbito teórico, la situación con respecto a las tesis de Fuller no sea ahora la misma que hace quince años. En principio, pueden destacarse tres de ellas. Una responde a motivos estrictamente pedagógicos; otra, a la necesidad de ir perfilando constantemente ciertos conceptos jurídicos; y la tercera tiene que ver con el enésimo resurgir del iusnaturalismo en nuestro ámbito iusfilosófico.

2.1 La enseñanza de la Filosofía del Derecho

Es difícil, hoy en día, entender la docencia de la filosofía del Derecho despojada de un importante componente práctico. Y ello no sólo porque así se exija en la inmensa mayoría de las facultades de Derecho, sino también porque la dificultad de la materia en cuestión requiere de la utilización de soportes que la hagan más accesible o atractiva a los ojos de sus destinatarios. Prueba de ello es la proliferación que viene produciéndose, sobre todo en los últimos años, de libros en los que se recopilan casos, textos y materiales que sirven de apoyo a la docencia teórica de la asignatura. Además, en los propios libros destinados preferentemente a la docencia –los famosos «manuales»– se contienen espacios destinados a cubrir este objetivo. Sea a través de preguntas al final de cada capítulo, sea a través de pequeños casos prácticos que se intercalan en la explicación, o bien mediante mecanismos similares, la explicación de la materia se acompaña de este tipo de cuestiones de carácter práctico.

Quizá, el más utilizado de este tipo de ejemplos ha sido –y todavía es hoy, cabe añadir– el famoso caso de los tres jueces, propuesto por

³⁵ Escrito en 1947, su *Basic Contract Law* (5.ª ed., St. Paul, West Publishing Company, 1990) es todavía hoy un libro de referencia entre los profesores y estudiantes de Harvard. En este ámbito, llama poderosamente la atención la vieja traducción al castellano de un trabajo escrito junto con W. R. PERDUE Jr., «The Reliance Interest in Contract Damages» (*Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. J. Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957).

Carlos Nino³⁶. En él, y bajo la apariencia de una sesión judicial en la que hay que juzgar a personas que cometieron actos moralmente aberrantes pero amparados por las normas jurídicas vigentes en el momento de su comisión, se plantean las respuestas iusnaturalista y positivista a la vieja cuestión del Derecho nazi. Pues bien, Fuller también propuso –en las últimas páginas de la primera edición de *The Morality of Law*– un caso muy similar al formulado por Nino. Esta vez se trataba de juzgar a unos supuestos delatores que, movidos por el rencor, denunciaban todas aquellas actividades que resultaban contrarias a las normas impuestas por el régimen de aquella época. El Derecho vigente establecía, para esas actividades, una condena de pena de muerte, que se imponía, sin la menor dilación, a los denunciados. Nótese la similitud que se esconde entre los casos de Nino y de Fuller; aunque se trate de hechos diferentes, la problemática que subyace a los mismos es similar.

Durante mucho tiempo, este caso del delator rencoroso ha pasado inadvertido entre quienes suelen utilizar este tipo de materiales en su docencia. No obstante, y al igual que ha sucedido con otros aspectos de la teoría de Fuller, últimamente parece empezar a utilizarse en mayor medida, incluso hasta el punto de que ha servido como base para la creación de otros supuestos prácticos similares³⁷. La utilización de los ejemplos de Fuller, algo en lo que este autor solía prodigarse en sus escritos, se extiende también a otros casos. Así, también en los últimos tiempos empiezan a encontrarse referencias al famoso Rex, aquel desdichado legislador con el que Fuller ilustraba la importancia de la moral interna del Derecho³⁸; o incluso comienza a guiarse a algunos estudiantes –aunque sean imaginarios– por la senda de Fuller³⁹.

Pero, si hay que destacar un caso práctico de Fuller, éste es el de los exploradores de cavernas⁴⁰. Su complejidad en la construcción de

³⁶ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho* [1973], 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 18-27.

³⁷ Se trata del caso que, bajo la denominación de «Si usted fuera presidente», propone Manuel ATIENZA sobre la posible condena a quienes cometieron actos de asesinato o desaparición de personas, pero que fueron amnistiados mediante una ley válida en aquel momento. Véase *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 96-99. El propio ATIENZA reconoce en estas páginas la inspiración de FULLER; páginas que, salvo leves modificaciones, reproducen un artículo publicado en la revista *Campus*, Universidad de Alicante, 3-4, 1984.

³⁸ Sobre las desventuras de Rex, puede verse ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 21-27.

³⁹ Es el caso de Alep, estudiante de Derecho, cuyo recorrido hasta la facultad es seguido por PÉREZ LUÑO. Véase su *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 19-26.

⁴⁰ Este trabajo de FULLER, publicado en 1949 por la *Harvard Law Review*, está traducido al castellano. Y, en contraste con lo que acontece con sus dos monografías traducidas, esta vez sí se trata de una buena traducción. La referencia es *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. G. Carrió y L. Nillus, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

los hechos y de las opiniones enfrentadas, la amplitud de los problemas que presenta y las diferentes interpretaciones que acepta, hacen de él un clásico en la materia. Son muchas las cuestiones que se manejan al tiempo en esta desdichada historia de los espeleólogos que no hace al caso desvelar ahora, reservando así el misterio para quienes quieran leerlo. Son, en consecuencia, muchos los elementos que pueden entrar en juego a la hora de analizarlo y ofrecer propuestas de solución, las cuales tampoco se pretende exponer en estas páginas. No obstante, y a pesar de su brillantez, contrasta la atención que la doctrina norteamericana le ha prestado al mismo, con las escasas –por no decir nulas– referencias al mismo en nuestro ámbito⁴¹.

2.2 La constante redefinición de los conceptos

Una de las funciones de la filosofía del Derecho es la elaboración de conceptos que contribuyan a explicar el funcionamiento de esa realidad llamada Derecho. Su cumplimiento requiere una continua puesta en cuestión de los conceptos previamente elaborados, no sólo por la dogmática sino también por la propia filosofía jurídica. Entonces, no es de extrañar que tales conceptos varíen frecuentemente, ni tampoco que sus definiciones se vean sustituidas por otras en períodos de tiempo relativamente cortos. Así ha sucedido, en nuestro ámbito doctrinal, con algunos conceptos que se creía firmemente consolidados. Cabe referirse, ahora, a los de Estado de Derecho y seguridad jurídica; conceptos ya citados en estas páginas y en cuyo debate, cuestionamiento y posible modificación quizá hayan tenido algo que ver las propuestas de Fuller.

Debido básicamente a las circunstancias ideológicas y políticas expresadas anteriormente, el concepto de Estado de Derecho aparecía vinculado a dimensiones de justicia material; básicamente, a las exigencias de democracia y respeto a los derechos humanos. Cambiadas las circunstancias, era previsible que se iniciara un debate sobre la definición que hasta ese momento había recibido aquel concepto, abordándose específicamente la cuestión de su conexión con aquellos elementos de carácter más bien material. Pareció iniciarse, así pues, una tendencia a ir circunscribiendo el Estado de Derecho con uno solo de los elementos propuestos por Elías Díaz, el del imperio de la

⁴¹ Es de destacar la bibliografía que existe sobre el caso, y la constante llamada a nuevos debates sobre el mismo que se produce por ciertos autores. Véase, por ejemplo, D'AMATO, A., «The Speluncean Explorers – Further Proceedings», *Stanford Law Review*, 32-3, 1980, pp. 467-485; los trabajos contenidos en el número de la *George Washington Law Review* (61-6, 1993) dedicado al caso; SUBER, P., *The Case of Speluncean Explorers. Nine New Opinions*, Routledge, Londres, 1998; ALLAN, A., «Lon Fuller's "The Case of the Speluncean Explorers"», en *Rediscovering Fuller...*, *op. cit.*, pp. 411-424; y el número de la *Harvard Law Review* (112-8, 1999) en el que, con motivo del quincuagésimo aniversario de la publicación del caso por FULLER, se recogen nuevas aportaciones al respecto.

ley⁴². Y para ello nada mejor que apoyarse en la tradición del *rule of law*; una tradición en la que –cabría añadir– se incardinan perfectamente los elementos de la moral interna del Derecho de Fuller.

En efecto, el principio del imperio de la ley no se realiza en la mera y simple existencia de leyes, sino que exige de éstas cumplir una serie de condiciones. Los requisitos de generalidad en sus destinatarios, prospectividad y estabilidad temporal, publicidad y claridad en su contenido, y aplicación congruente de las mismas marcan, indefectiblemente, el contenido de ese principio⁴³. Por su parte, estos requisitos son los que componen la moral interna del Derecho, junto con los de no contradicción normativa y no exigencia de conductas imposibles de realizar, que perfectamente pueden ser añadidos al listado anterior. Pues bien, nótese la influencia que puede ejercer Fuller sobre aquellas opciones teóricas –no exentas de crítica, sobre todo por los seguidores de Elías Díaz– que pretenden, sobre la base del concepto de *rule of law*, identificar el Estado de Derecho con el imperio de la ley, de manera que la característica definitoria de aquél fuera el cumplimiento de este último principio⁴⁴.

Algo similar acontece con el concepto de seguridad jurídica. Empiezan a oírse voces, en nuestra doctrina, que abogan por un concepto alejado de las dimensiones de justicia material con las que se venía relacionando de un tiempo a esta parte. Voces que prefieren utilizar un concepto de seguridad jurídica más volcado hacia requisitos de carácter formal, relacionados directamente con ese saber a qué atenerse, es decir, con la capacidad de prever las consecuencias jurídicas de las conductas. Y ello –añaden–, con independencia del origen, democrático o no, de las normas, así como de su contenido, justo o injusto⁴⁵. Otros autores, también en este mismo sentido, reservan el concepto de seguridad jurídica en sentido estricto para referirse a un sistema jurídi-

⁴² Esta tendencia se manifiesta, claramente, en el artículo de LAPORTA, «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 133-145. Este artículo ha originado, además, una importante polémica doctrinal sobre esta cuestión.

⁴³ Estos elementos son los que, en opinión de LAPORTA en el artículo que acaba de citarse, realizan el imperio de la ley. Por su parte, esta lista parece ser receptora de aquella otra, muy similar, que propuso Joseph RAZ para el cumplimiento del *rule of law*. Véase, de este último, «The Rule of Law and Its Virtue» [1977], en RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, pp. 214-219. A pesar de esta coincidencia en la lista de elementos, estos dos autores sostienen posiciones bien diferentes en lo que se refiere al valor moral del imperio de la ley o del *rule of law*.

⁴⁴ En este sentido, Rafael de ASÍS identifica esta propuesta de FULLER con el modelo restringido de Estado de Derecho que, en su opinión, representa la teoría de Hans Kelsen. Véase, de aquel autor, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁵ Véanse, como ejemplos de esta concepción de la seguridad jurídica, FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *El sentimiento de seguridad en el Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1999, pp. 104-105; y ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica: Una Teoría Formal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 34.

co que haga realidad esas pretensiones materiales indicadas anteriormente, mientras que prefieren acuñar la expresión de certeza del Derecho para referirse a esta última propuesta⁴⁶. Sea una u otra la opción, parece innecesario insistir en que los elementos de la moral interna del Derecho están muy presentes en ambas. Así, tampoco es de extrañar que la teoría de Fuller pueda llegar a ejercer sobre ellas un notable atractivo.

2.3 La relación con la teoría de Ronald Dworkin

Actualmente, se asiste en nuestro ámbito doctrinal al enésimo resurgir de posiciones teóricas, próximas al iusnaturalismo, sumamente críticas con el positivismo jurídico y su forma de entender y explicar el Derecho. Muchas de estas críticas encuentran su referente teórico en la obra de Ronald Dworkin, cuya concepción del Derecho choca claramente con la defendida por los positivistas. De sobra conocida es su polémica con el propio Hart, así como sus tesis principales al respecto. Lo que quizá no resulte tan conocido sea la impronta que la teoría de Fuller dejara en la propia concepción del Derecho manejada por Dworkin⁴⁷. Algunos de sus puntos derivan, directa o indirectamente, de aquélla⁴⁸. Entonces, dada la buena acogida que ha tenido la teoría del Derecho de Dworkin por parte de un importante sector de nuestra doctrina, su conexión con la de Fuller puede hacer que, ahora, este autor también reciba una mayor atención.

La crítica a la regla de reconocimiento es el primero de los aspectos donde se constata la citada relación. Ambos autores manifiestan su rechazo a la utilización de esta figura, típica del positivismo hereadero de Hart. En los dos casos, la causa ha de buscarse en la imposibilidad de considerarla como un instrumento apto para la explicación de la realidad jurídica. En opinión de Fuller, resulta incapaz de dar cuenta de la imprescindible presencia de los elementos de la moral

⁴⁶ La distinción entre seguridad jurídica y certeza del Derecho se encuentra en ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., pp. 181-183. Este concepto de certeza del Derecho se encuentra muy consolidado en la doctrina italiana. Véase, por ejemplo, COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», *Analisi e diritto*, 1994, p. 112.

⁴⁷ DWORKIN fue uno de los autores que, también desde un principio, entró en polémica con FULLER sobre la moral interna del Derecho. Véanse, en ese sentido, el ya citado «Philosophy, Morality and Law...» y «The Elusive Morality of Law», *Villanova Law Review*, 10-4, 1965, pp. 631-639.

⁴⁸ La conexión entre ambas concepciones del Derecho fue advertida, hace ya tiempo, por la doctrina anglosajona. Véase, como muestra de lo dicho, DONNELLY, S., *The Language and Uses of Rights. A Biopsy of American Jurisprudence in the Twentieth Century*, University Press of America, Maryland, 1994, p. 65. Entre nosotros, últimamente la han puesto de manifiesto Joaquín RODRÍGUEZ-TOUBES («La demarcación entre teoría y práctica jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, p. 403) y Manuel ATIENZA (*El sentido del Derecho*, op. cit., p. 306).

interna del Derecho. La regla de reconocimiento es una regla que confiere poderes normativos a ciertos sujetos u órganos, de manera que no cabe incluir en ella una limitación a tales poderes, el respeto a los elementos de la moral interna, ni tampoco una revocación de dichos poderes, ocasionada por la vulneración de tales principios. De acuerdo con esta interpretación, para salvar esta contradicción Hart debería difuminar su tajante distinción entre normas que imponen obligaciones y normas que confieren poderes. Al no hacerlo, hace incurrir a la regla de reconocimiento en una suerte de contradicción lógica⁴⁹.

Por su parte, Dworkin considera incapaz a la regla de reconocimiento para explicar todos los elementos presentes en el Derecho. La regla de reconocimiento, según este autor, se ve desbordada por la realidad jurídica, puesto que ésta es más rica que lo que los márgenes que aquélla pueden recoger. Y ello porque dicha regla, al suministrar única y exclusivamente criterios de validez relativos al origen o *pedigree* de las normas, no puede dar cuenta de los llamados principios, cuya validez se deriva directamente de su propio contenido. De aquí se desprenden, una por una, las razones para rechazar las principales tesis positivistas. En primer término, el carácter moral de estos principios, que inevitablemente forman parte de la realidad jurídica, convierte en falso el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral. También es incorrecta, en segundo lugar, la tesis de las fuentes sociales del Derecho, puesto que el origen de los principios está más allá de los hechos y prácticas sociales. Y, finalmente, también son los principios los que hacen fracasar la afirmación positivista de la discrecionalidad judicial, ya que aquéllos, al cubrir la totalidad del ámbito jurídico, cierran en consecuencia la posibilidad de entender éste como parcialmente indeterminado o incompleto⁵⁰.

El fracaso de la regla de reconocimiento y la importancia de los principios condiciona, así, la forma de entender el Derecho. Impide, en todo caso, configurar como nítidamente separadas las realidades jurídica y moral, del mismo modo que demuestra la incorrección de la pretensión positivista de trazar una línea de demarcación entre ambos planos. Esto recuerda mucho la tesis de Fuller acerca del carácter gra-

⁴⁹ Véase FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 138. Conviene advertir que HART rechazó siempre esta particular interpretación que se hacía de su teoría, al abogar por la inexistencia de restricciones lógicas al contenido de la regla de reconocimiento. Véase, para ello, «Lon L. Fuller: *The Morality of Law*», *op. cit.*, p. 361. No ha de pasarse por alto que esta afirmación de HART —refrendada posteriormente en su famoso «Postscript»— ha dado pie a todo un importante debate en el interior del propio positivismo jurídico sobre la inclusión o incorporación de la moral como criterio material de validez normativa.

⁵⁰ Véase esta argumentación de DWORKIN en *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 83-94. Por su parte, las respuestas de HART a tales críticas aparecen, de forma póstuma, en el ya citado «Postscript».

dual del Derecho. En efecto, en opinión de este autor la existencia del Derecho es una cuestión de grados, relacionada con un mayor o menor cumplimiento de su propósito, que no es otro que el de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Los elementos de la moral interna resultan imprescindibles para alcanzar tal objetivo. Entonces, al ser éstos –por lo menos para Fuller– principios morales, la existencia de más o menos Derecho en una sociedad dependerá del mayor o menor grado de cumplimiento de tales principios morales. De ahí que, en definitiva, Derecho y moral no puedan ser entendidos como dos ámbitos de actuación separados, puesto que su conexión es inherente a la propia realidad jurídica.

Asimismo, otro de los puntos en los que se aprecia la influencia de Fuller en Dworkin es en la concepción que maneja este último del Derecho como integridad⁵¹. Esta concepción, en la cual ocupa un papel predominante la labor interpretativa del aplicador de las normas, encuentra un importante apoyo en la crítica que Fuller realizó sobre aquella distinción que Hart había planteado entre el núcleo de certeza y la zona de penumbra de las normas jurídicas. La base de la crítica radicaba en la imposibilidad de sostener esta diferencia, ya que –argüía Fuller– la aplicación de toda norma jurídica requiere siempre de una cierta actividad interpretativa. No hay, en su opinión, núcleos de certeza, pues hasta en la norma aparentemente más clara puede esconderse una duda a la hora de aplicarla al caso concreto.

Para mostrar la falsedad de la distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra, Fuller propone imaginarse una norma que prohíbe la entrada de vehículos en los parques⁵². Quizá resulte claro, a los ojos del guardia de la entrada, que un coche o una motocicleta sí son vehículos. Quizá una bicicleta o unos patines susciten, por su parte, ciertas dudas. Pero, su perplejidad podría ser enorme en el caso de que unos patriotas locales, bajo el pretexto de homenajear a los veteranos de una antigua guerra, pretendieran acceder al parque con un viejo tanque para colocarlo en el centro del mismo. En este caso, por muy claro que pudiera parecer el enunciado de la norma, la interpretación literal resulta insuficiente, puesto que también su núcleo de certeza ha de determinarse a la luz del contexto y los propósitos. Para decidir sobre la entrada o no de semejante artefacto en el parque, resulta imprescindible acudir a ese elemento implícito en el Derecho que resulta ser el fin o propósito para el que la norma en cuestión ha sido creada. Habrá que ver, en definitiva, cuáles son las prácticas y actitudes de la comunidad en cuestión con respecto a los parques. Sólo así podrá resolverse la duda planteada.

⁵¹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, pp. 226-228.

⁵² Véase el ejemplo, y algún otro similar, en «Positivism and Fidelity to Law...», *op. cit.*, pp. 663-664.

En definitiva, el cumplimiento del Derecho puede llegar a ser imposible –en opinión, claro está, de Fuller– si no se asume todo lo que supone la interpretación teleológica de las normas. Aun cuando en algunos casos resulte más sencillo y en otros más complicado, es ésta una labor imprescindible para el operador jurídico. Quizá el juez Hércules tenga que acudir al propósito o fin de la norma a la hora de encontrar la solución ante cualquier caso difícil que se le presente. Así decidirá siempre, cumpliendo con lo que se requiere de él, conforme a Derecho y de forma correcta.

3. CONCLUSIÓN

La aparición de un nuevo panorama en la filosofía del Derecho española abre la puerta a la entrada de las tesis de Fuller. Por un lado, el positivismo jurídico parece estar ya definitivamente comprometido con la idea del sistema jurídico como forma de explicar y estructurar el fenómeno jurídico. Ahí puede recurrir a Fuller, en cuanto que su teoría de la moral interna del Derecho –despojada, obviamente, de sus orígenes iusnaturalistas– le proporciona una estructura en la que puede desenvolver todo su repertorio de conceptos. Dos de ellos, los de Estado de Derecho y seguridad jurídica, se han analizado brevemente en estas páginas. Pero puede, quizá, que no sean los únicos en verse afectados.

Por otro lado, y con independencia de que se esté de acuerdo o no con las tesis de Fuller, de que se asuma o rechace su posición teórica, lo cierto es que gran parte del combate que hoy se libra contra el positivismo jurídico es deudor de muchas de sus propuestas. Y la honestidad intelectual requiere de los iusnaturalistas o no positivistas poner este dato sobre la mesa. Una vez se haya hecho esto, cobrarán pleno sentido las palabras de Atienza sobre la influencia de la teoría de Fuller en el recientemente concluido siglo XX:

«la concepción iusnaturalista que, a la larga, resultó más influyente –y que era más original– se encuentra en la obra de un jurista norteamericano: Lon L. Fuller⁵³.»

⁵³ ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 296.