

| ARTÍCULO

La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo)

Lon Fuller's Philosophical Affiliation: Prescriptive Legal Positivism (Neither Natural Law Theory nor Principialism)

Antonio Manuel Peña Freire
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universitat de Granada
<http://orcid.org/0000-0001-9432-6690>

Fecha de recepción 12/11/2021 | De aceptación: 19/04/2022 | De publicación: 06/06/2022

RESUMEN

En este trabajo expondré el que considero el sentido apropiado de las tesis de Fuller sobre la moral interna del derecho. Tras argumentar que la tesis de la moral interna no dice mucho sobre la conexión entre el derecho y la moral en el sentido en que normalmente se discute sobre esta cuestión en los debates entre los partidarios del positivismo jurídico y sus críticos, explicaré en qué sentido el derecho es, para Fuller, un fenómeno moral. Esto me permitirá pronunciarme sobre la cuestionada filiación iusfilosófica del autor: sostendré que la filosofía del derecho de Fuller está en las antípodas de una concepción iusnaturalista o de una concepción principialista no-positivista del derecho y que si hay una filosofía del derecho con la que Fuller puede ser asociado es con el iuspositivismo normativo o ético.

PALABRAS CLAVE

Fuller; principios de legalidad; principialismo; iuspositivismo normativo.

ABSTRACT

In this paper I will expose what I consider to be the appropriate meaning of Fuller's theses on the internal morality of law. After having argued that the thesis of internal morality of law does not say much about the connection between law and morality in the sense that this subject is normally discussed in the debates between supporters and critics of legal positivism, I will explain in what sense, for Fuller, law is a moral phenomenon. That will allow me to take a stand on the controversial question about the author's philosophical affiliation: I will argue that Fuller's legal philosophy is the opposite of a natural law theory or a non-positivist principialist conception of the law and that prescriptive or ethical legal positivism is the legal philosophy with which Fuller can be associated.

KEY WORDS

Fuller; principles of legality; principialism; prescriptive legal positivism.

Sumario: 1. La cuestión del derecho injusto en el debate entre Hart y Fuller; 2. La dimensión moral del derecho según Fuller; 3. La filiación filosófica de Fuller; 3.1. *Lo que no es Fuller: ni iusnaturalista ni iuspositivista descriptivo*; 3.2. *Fuller y el iuspositivismo normativo*; 3.3. *Fuller y el principialismo*; 4. Bibliografía.

1. La cuestión del derecho injusto en el debate entre Hart y Fuller

La cuestión del *derecho injusto* y, en particular, del *derecho nazi* ocupó un lugar destacado en el marco del debate entre Hart y Fuller a propósito de la moral interna del derecho y la separación entre derecho y moral.

Hart (1958, p. 618) se había referido a quienes, como Radbruch, repudiaron el *eslogan* iuspositivista “la ley es la ley” y abogaron por sustituirlo por una doctrina según la cual los principios fundamentales de la justicia eran parte del derecho mismo y de su concepto. Hart afirmó que era naif pensar que la indiferencia de los juristas alemanes hacia esos principios fue consecuencia de su compromiso con el postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral y conjeturó que haberlos aleccionado a pensar que cuando una ley es demasiado injusta deja de serlo no habría fomentado actitudes de resistencia frente a las exigencias inicuas de los gobernantes (Hart, 1961, p. 259).

Fuller sostuvo justo lo contrario: si los jueces y juristas alemanes hubiesen prestado más atención a los principios de legalidad –también llamados “moral que hace posible el derecho”, “moral interna del derecho”–, no habría sido necesario invocar ningún tipo de noción ideal –derecho natural, injusticia extrema, etcétera– para considerar nulas las disposiciones moralmente más aberrantes de los nazis, porque estas fueron también las que más se alejaron de los principios de legalidad (Fuller, 1958, pp. 660-661). Esta doble afirmación presupone toda una teoría sobre la naturaleza moral de los principios de legalidad y sobre su dimensión constitutiva del derecho: según Fuller (1964, pp. 33 y ss.), quien pretende gobernar jurídicamente ha de hacerlo respetando los principios de legalidad, es decir, ha de controlar el comportamiento de los gobernados a través de disposiciones generales, públicas, prospectivas, inteligibles, posibles de cumplir, coherentes, estables y ha de orientar su propia acción de gobierno en un sentido congruente con el de las disposiciones anunciadas. Estos principios tienen una dimensión moral específica, pero son también las condiciones que hacen el derecho posible. Su incumplimiento no resulta simplemente en un caso de mal derecho, sino en algo que no es derecho en modo alguno (p. 39). Es esa dimensión constitutiva la que justifica la afirmación de Fuller (pp. 39-40)

de que el “deterioro drástico y general de la legalidad”¹ que se dio en Alemania durante el nazismo significó que se dejó de gobernar en forma jurídica.

Efectivamente, para Fuller, el hecho de que no todas exigencias o disposiciones de las autoridades nazis fuesen derecho no se explica por la extrema inmoralidad de su contenido, sino por su forma²: el modo en que los gobernantes actuaron no satisfacía en grado suficiente las condiciones que el control social tiene que reunir para ser identificable como un caso de control jurídico. Es evidente que los nazis controlaron férreamente a quienes estaban bajo su dominio, pero eso no significa que los controlaran *jurídicamente*. El derecho no es equivalente a cualquier tipo de control de quien gobierna, pues el orden jurídico es algo que depende de la forma en que se ejerce ese control. Jurídico es el gobierno de un grupo humano cuando el control del comportamiento de sus miembros –en particular, el de aquellas acciones que darán lugar a reacciones organizadas o institucionales del grupo³– se lleva a cabo de una forma específica: gobernando mediante reglas prospectivas, públicas, inteligibles, etcétera, es decir, gobernando conforme a los principios de legalidad. Como he adelantado, en la medida en que una parte significativa del control ejercido por los nazis no cumplió con esos requerimientos formales, no fue ni control jurídico ni derecho. Insisto: para Fuller, lo que dispusieron los nazis o, al menos, una parte significativa de lo que dispusieron, no fue derecho por no presentar la forma característica del derecho y no por razones relativas a la moralidad de su contenido⁴.

En este contexto, se entiende bien la afirmación de Fuller de que si la filosofía jurídica (*jurisprudence*) alemana hubiese estado más preocupada por los principios de legalidad, no habría tenido que invocar nociones como las de un derecho de orden superior o natural para privar de validez jurídica a las disposiciones de los nazis. Bastaba con observar su forma: al no ser derecho lo hecho por los nazis por razones formales, no tiene sentido predicar de eso el tipo de fidelidad que se predica de lo que es

¹ Sobre la explotación de las formas jurídicas por los nazis, también Fuller (1954, p. 485).

² En este sentido también Porciello (2016, p. 302).

³ En este sentido, Lovett (2016, pp. 65 y ss.).

⁴ El argumento de que el contenido de las decisiones del gobernante no es determinante de su naturaleza como sí que lo es su forma se demuestra si consideramos que en el caso de que los nazis hubieran gobernado conforme a principios de gran mérito moral, pero mediante disposiciones ad hoc, secretas, retroactivas, incoherentes, etcétera, tampoco habría sido su gobierno un caso de derecho, por la simple razón de que, aunque moralmente loables, esas exigencias seguirían sin reproducir la forma del derecho.

derecho, ni “hay base racional para afirmar que un hombre tiene el deber moral de obedecer una norma jurídica que no existe”⁵ (Fuller, 1964, p. 39).

2. La dimensión moral del derecho según Fuller

Que sea la forma y no la moralidad de lo dispuesto la causa de esa frustración o cancelación del orden jurídico no es incompatible con el hecho de que se predique del derecho una dimensión moral. Es más, para Fuller, el hecho de que los principios de legalidad sean constitutivos de la forma del derecho confiere al derecho una dimensión de moralidad. El sentido de esta dimensión no guarda demasiada relación con el de la conexión o separación entre derecho y moral del debate entre partidarios y detractores del positivismo jurídico. Sin embargo, los iuspositivistas entendieron que lo que Fuller pretendía al afirmar que el respeto a los principios de legalidad equivalía a dotar de una dimensión moral al derecho era demostrar una relación conceptual necesaria entre el concepto de derecho y la justicia de su contenido, impugnando así la tesis de la separación. La respuesta de los iuspositivistas consistió y sigue consistiendo en insistir en que el respeto a los principios de legalidad es compatible con grandes iniquidades, es decir, en señalar que es posible un derecho plenamente constituido por los principios y completamente inmoral, lo que, definitivamente, demostraría la neutralidad moral del derecho⁶.

Sin embargo, esta lectura no presupone ni una comprensión correcta del concepto de derecho fulleriano ni tampoco del sentido en que, para Fuller, el derecho es un fenómeno moral. Para Fuller (1964, p. 155), la moralidad del derecho no es un contenido “añadido o impuesto” al derecho, que se introduce en el mismo, condicionando la validez de sus normas y garantizando su justicia. La moral a la que Fuller se refirió es “condición esencial” del derecho, en el sentido de que está formada por unos determinados valores cuya realización reclama que el comportamiento de los miembros de las sociedades humanas esté gobernado en forma jurídica. El razonamiento de Fuller rezaría como sigue: la satisfacción de ciertos valores morales exige que la organización de la convivencia, la interacción entre

⁵ Fuller parece así alinearse con las tesis de Radbruch (1946, pp. 37, 41), quien había señalado que el llamado *derecho nazi* no era derecho a la luz de la extrema injusticia de lo ordenado. Sin embargo, para Fuller, lo hecho por los nazis no era derecho por carencias o defectos formales y no por la iniquidad de lo dispuesto: no es necesario atender a la (in)justicia de las disposiciones aplicadas o las decisiones adoptadas, sino exclusivamente a su forma. Sobre este asunto, también Porciello (2016, pp. 179-180, 221-222 o 302).

⁶ Hart (1961, p. 256), Kramer (2004, pp. 66-67). Entre nosotros, Escudero (1999), García Manrique (2006) y, recientemente, Crego (2020) siguen esta senda.

los miembros de un grupo y el ejercicio del control social se lleven a cabo en forma jurídica. Esta es la razón por la que el orden jurídico es moral: el derecho es un tipo de orden moralmente fundado porque su forma viene moralmente exigida por unos determinados valores morales, a los que podríamos llamar el ideal de legalidad. Los principios de legalidad son la expresión normativa para el control social del ideal moral de la legalidad, cuya satisfacción reclama que ese control se ejerza mediante normas generales, posibles de cumplir, conocidas, prospectivas, etcétera. En la medida en que los principios de legalidad son constitutivos de la forma del derecho y, por tanto, de los órdenes jurídicos, los principios y el derecho mismo –debido a su forma, habría que añadir– son también morales⁷.

Fuller ilustró –con la célebre fábula de Rex– el modo en que los principios de legalidad constituían –hacían posible– el orden jurídico y describió el sentido de cada principio. Lo que no hizo fue identificar *con precisión* cuáles eran los valores morales constitutivos del ideal de la legalidad ni explicar el modo en que esos valores eran el fundamento de los principios, limitándose a ofrecer unas pocas indicaciones sobre su sentido⁸. Ha habido intentos notables de desarrollar esa idea⁹. Yo mismo lo he intentado refiriéndome a una serie de valores morales entrelazados que conjuntamente formarían el ideal de la legalidad: la limitación y constitucionalización de la violencia, la limitación del poder del gobernante, el reconocimiento de la capacidad de los individuos para actuar autónomamente y la libertad como independencia respecto de la voluntad de los otros (Peña Freire, 2017, pp. 151-200 y 2020a). De ese modo, quien considere moralmente valioso evitar expresiones informales de violencia social o condicionar el modo en que se ejerce la fuerza por quien gobierna, quien considere importante la limitación del poder del gobernante y que se gobierne respetando la capacidad de los individuos para actuar autónomamente y que se garantice que nadie depende de la voluntad de otro, tarde o temprano se dará cuenta de que está moralmente comprometido con el derecho como la *forma* que ha de adoptar el control social para organizar la convivencia y gobernar las sociedades humanas.

⁷ En otro lugar (Peña Freire, 2020a), me he referido a los valores del ideal de la legalidad y a los principios de legalidad como la *constitución del Estado de derecho* o *constitución del derecho*.

⁸ Las alusiones de Fuller (1964, pp.162-167) a la visión del hombre implícita en los principios de legalidad, a la dimensión interactiva o recíproca del derecho (Fuller, 1969, pp. 216- 223) o a las diferencias entre el control gerencial del comportamiento humano y control jurídico del comportamiento humano (pp. 207-216), son sus referencias más elaboradas.

⁹ Simmonds (2007), Rundle (2012) o Porciello (2016, pp. 228 y ss.).

Esta concepción de la moralidad del orden jurídico no tiene ninguna implicación significativa para el *contenido* del derecho¹⁰ y, desde luego, no implica su moralización¹¹. El ideal de la legalidad exige que el control social se ejerza en forma jurídica, pero el mérito moral que se atribuya a la legalidad¹² no se transfiere al contenido de las reglas que se dispongan¹³. Del compromiso con la legalidad como forma de gobierno no se sigue, por tanto, ningún tipo de *presunción de justicia* del contenido del derecho, pues lo moral es la forma del derecho y no su contenido.

Es así pese a lo equívoco y contradictorio de ciertas afirmaciones de Fuller referidas a la interacción entre moralidad interna y externa: Fuller (1964, pp. 153-155) afirmó que “una amplia gama de propósitos inicuos” pueden ser perseguidos conforme a los principios de legalidad, pero también que “la moralidad jurídica no puede sobrevivir cuando es separada de la búsqueda de la justicia y la decencia” (Fuller, 1958, pp. 660-661). Estas dos afirmaciones, aparentemente contradictorias, no lo son realmente si la primera se lee en términos conceptuales –lo que la convierte en una aceptación por parte de Fuller de la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral¹⁴– y la segunda en términos históricos o sociopolíticos. Lo que Fuller estaría diciendo con esta última afirmación es que no es realista pensar en un gobernante empeñado en un escrupuloso respeto por los principios de legalidad al

¹⁰ Es verdad que existen algunas relaciones entre la forma del derecho y lo que puede hacerse con él. Hay propósitos que no pueden ser perseguidos jurídicamente, como, por ejemplo, el exterminio (Rundle, 2009). Sin embargo, esta imposibilidad es de tipo técnico (Porciello, 2016, pp. 221-222) y no presupone ninguna conexión significativa entre la moralidad del derecho y algún ideal de justicia, como, por ejemplo, el implícito a los derechos humanos u otros análogos. Por decirlo de otro modo, esa limitación está más próxima a la conocida tesis de que el derecho no puede exigir lo imposible –al fin y al cabo, esta también es una limitación de contenido–, que a la limitación que supondría una conexión moralmente significativa entre derecho y justicia.

¹¹ Crego (2020, pp. 225-227), por el contrario, advierte que la resistencia a aceptar los planteamientos fullermanos relativos a la moralidad de la forma del derecho vendría animada por el temor a una moralización de su contenido, es decir, por la cautela ante el riesgo del moralizar el contenido inicuo del derecho.

¹² No hay que olvidar que el mérito moral del derecho propuesto seguiría dependiendo del compromiso que cada uno manifieste con los valores de la legalidad. Alguien podría, por ejemplo, considerar que el ejercicio de la acción de gobierno en condiciones de legalidad es poco funcional a la consecución de objetivos moralmente valiosos y no reconocer, por tanto, ningún mérito moral a los valores de la legalidad. En un sentido similar, Raz (2009, p. 229) señala que los principios de legalidad pueden presentar déficits significativos desde el punto de vista de otros principios de la moralidad, pues los principios morales intrínsecos a la idea de legalidad son parte del ideal de la justicia, pero no lo agotan. Sobre este punto, también Simmonds (2007, p. 5) o Schauer (1991, pp. 259-269) y Bayón (2017, p. 68).

¹³ En un sentido similar, La Torre (1998), que señala que “decir que una norma existe no significa predicar su moralidad (bondad). Pero para que un sistema normativo exista tiene que perseguir ciertos propósitos, que se siguen del carácter exterior del derecho y que están separados de los contenidos específicos de las normas”.

¹⁴ Si a esta aceptación de la tesis de la separación por Fuller, le sumamos que Hart (1961, pp. 255-256) acepta que existe cierta moralidad en los principios de legalidad y en el control mediante reglas del comportamiento humano, que es precisamente el tipo de dimensión moral del derecho que Fuller afirmaba, uno podría preguntarse si realmente estaban tan en desacuerdo en las claves de sus respectivas teorías. En este sentido, Shklar (1964, p. 109), Cliteur (1999, p. 109-110) o Schauer (1999, pp. 127-128).

tiempo que persigue propósitos extremadamente inicuos, denigra a sus súbditos y conculca sus derechos más elementales¹⁵: esos gobernantes no han existido¹⁶ y no es probable que existan¹⁷.

Este doble desdoblamiento en la dimensión moral del derecho entre forma y contenido y moral interna y externa da lugar a una peculiar *conexión con separación* del derecho y la moral: como la forma del derecho tiene una dimensión moral intrínseca, es posible valorar moralmente que se persiga un propósito dado por métodos jurídicos en lugar de por otros métodos distintos, pero sin que esto afecte a la calificación moral que el propósito merezca. Un gobernante podría, por ejemplo, querer una comunidad racialmente homogénea y para ello hostigar a un grupo racial minoritario: lo haría en forma jurídica si promulga leyes especiales, gravosas y discriminatorias que terminen provocando una diáspora de los miembros de la minoría, pero también podría hacerlo mediante el recurso a la violencia informal, haciéndoles sufrir reclusiones o castigos físicos de modo arbitrario y forzando así su exilio: se valora *moralmente* el hecho de que se proceda conforme a la legalidad y, por esa razón, se prefiere ese tipo de expresión del poder frente a la alternativa arbitraria, pero la iniquidad del propósito sustantivo permanece incólume y no queda, en ningún caso, *blanqueado* ni exento de crítica ética o política por el hecho de ser perseguido en forma jurídica. En definitiva, hay conexión conceptual de la moral con la forma del derecho y separación con su contenido, pero también hay separación entre el valor moral de la forma del derecho y el valor moral de su contenido.

3. La filiación filosófica de Fuller

3.1. Lo que no es Fuller: ni *iusnaturalista* ni *iuspositivista descriptivo*

El segundo aspecto al que quería referirme es a la filiación iusfilosófica de Fuller, un asunto este complicado, porque Fuller es un autor que no es fácilmente reconducible a ninguna escuela o tradición intelectual (Porciello, 2016, p. 19).

¹⁵ En un sentido contrario, Kramer (2004, pp. 69).

¹⁶ Los ejemplos habituales del nazismo, el apartheid o los regímenes esclavistas –por ejemplo, Berns (citado por Rundle, 2012, p. 112)– no serían válidos. En estos casos, la ofensa a la justicia va generalmente acompañada de un deterioro de la legalidad, cuando no de su negación directa, pues la relación entre la víctima de exterminio y su victimario o entre el esclavo y el amo no es una relación de legalidad. Al respecto, Rundle (2009 y 2012, pp. 111-115).

¹⁷ Esto explica también que Fuller (1964, p. 154) reproche a Hart la contradicción entre su pretensión de elaborar un concepto del derecho realista –*into closer relation with life*– y su interés por casos de orden jurídico tan irreales o improbables que pueden decirse imposibles.

Primero un descarte: Fuller no es un iusnaturalista. El reconocimiento, en algún caso, expreso de su simpatía por los planteamientos iusnaturalistas¹⁸ no abona su vinculación a esa teoría. No es demasiado relevante que el propio Fuller en algún momento se adscribiera a esta teoría, si bien muy de pasada, pues lo relevante es atender al sentido filosófico de sus tesis. Al respecto, hay que decir que el derecho *natural* que Fuller tenía en mente nada tiene que ver con el de las teorías iusnaturalistas estándares o tradicionales¹⁹: Fuller se interesó por las leyes naturales del orden social y, en particular, del orden jurídico, pero negó estar refiriéndose a un “Derecho Natural” superior o trascendente. Su *iusnaturalismo* –supuesto merezca este nombre²⁰– sería más bien una teoría sobre la organización institucional, interesada por los presupuestos y condicionamientos –en especial por los morales– que constituyen y afectan a la viabilidad y funcionamiento de los distintos métodos de ordenación del comportamiento y de organización de la vida en sociedad²¹. Es decir, Fuller presupuso que hay ciertos condicionamientos *naturales* –en el sentido de necesarios– que explican por qué ciertos métodos son particularmente apropiados para lograr ciertos propósitos o por qué hay métodos adecuados para el control de ciertos ámbitos del comportamiento humano e inadecuados para otros²²: sobre esa tesis se construye su *iusnaturalismo*.

Respecto del positivismo jurídico, es verdad que Fuller fue crítico con esta teoría, aunque esto no lo convierte en un iusnaturalista. También es verdad que no criticó al iuspositivismo en todas sus manifestaciones y que su incompatibilidad con el iuspositivismo es limitada. Fuller (1940, p. 132) describe al iuspositivismo como la teoría que presupone que el derecho está formado por un conjunto de decisiones legislativas y que tiene como propósito básico distinguirlo de la moral, preservando la separación entre el derecho que es y el que debería ser, es decir, entre lo que es derecho porque ha sido

¹⁸ Al respecto, Fuller (1958a, pp. 83-84, 1964, p. 96).

¹⁹ En este sentido, me parecen mucho más relevantes las manifestaciones de Fuller aclarando a qué se refiere cuando “alaba” al iusnaturalismo y a qué no (Fuller, 1940, p. 100).

²⁰ Para Burg (2014, p. 55), “gran parte del déficit de comprensión de las perspicaces tesis de Fuller y el relativo desinterés por su obra se deben al hecho de que la mayoría de sus oponentes positivistas malinterpretaron sus ocho principios como una doctrina sustancial del derecho natural”. En este sentido también, Winston (1981, p. 13).

²¹ Planteamientos similares en Summers (1984, p.73) o Schauer (1999, p. 125). Cliteur (1999, pp. 101-102) habla de un *derecho natural hipotético*, preocupado singularmente por la pervivencia de los órdenes jurídicos y por la identificación y estudio de las condiciones que garantizan su viabilidad. Por su parte, Porciello (2016, p. 111 y ss.) se refiere al iusnaturalismo de Fuller como un “iusnaturalismo institucionalista” o “iusnaturalismo tecnológico” –el propio Fuller (1981, p. 49) se refirió a sí mismo en esos términos– que de un lado apela al método de los filósofos del derecho natural, pero de otro se pone como fin principal el proporcionar claras indicaciones sobre el diseño institucional de la sociedad. Sobre esta noción –iusnaturalismo tecnológico–, véase también Passerin D’Entreves (1951, p. 251).

²² En un sentido similar, Porciello (2016, p. 111).

dispuesto y lo debería haber sido dispuesto pero que no es derecho si no lo ha sido. A partir de esa definición, su rechazo al iuspositivismo puede concretarse, fundamentalmente, en motivos de orden ontológico, epistemológico y en alguna consideración adicional de corte político.

La primera batería de razones por las que Fuller rechaza el iuspositivismo es de orden ontológico: para Fuller (1964, p. 123 o 145 y 1969, p. 207), el iuspositivismo presupone una naturaleza materializada del derecho, según la cual este sería una entidad singular, delimitada, un trozo de “materia inerte” unilateralmente proyectado por el gobernante y que impacta sobre los individuos. Sin embargo, desde su punto de vista, el derecho no existe de ese modo: el derecho no existe como existe una piedra o un metal²³, pues los órdenes jurídicos son la manifestación de un esfuerzo con un propósito, es decir, fenómenos asimilables a una actividad o empresa dirigida a asegurar el respeto a los principios de legalidad, cuyo éxito depende de las energías, la inteligencia, la perspicacia y la consciencia de quienes en ella participan²⁴. Esta concepción del derecho es compatible con diversos puntos de vista desde los que interesarse por él: (a) el derecho podría identificarse con la *actividad* misma a través de la que se intenta gobernar el comportamiento de los individuos mediante reglas y no tanto –o no solo– las reglas en las que esa actividad se manifiesta; (b) el derecho podría ser visto también como el conjunto de métodos y procedimientos que hay que realizar, organizar y gestionar para que ese gobierno se lleve a cabo en condiciones de legalidad; y, por último, (c) el derecho podría ser el orden social que se logra cuando esas condiciones se satisfacen porque esos métodos y procedimientos son operativos y funcionan del modo razonablemente esperado, autorizando así la afirmación de que el comportamiento de los individuos está determinadamente gobernado mediante reglas. Cualquiera de esos planteamientos habría sido, intuyo, visto con interés por Fuller, siempre que no presupusiera ningún tipo de normativismo factualista estricto que entendiéndose que el derecho es algo formado por un conjunto preciso de proposiciones con unos rasgos propios o un conjunto de actos con unas características singulares, cuyo sentido inmediato agotase el contenido de lo jurídico y cuya observación o descripción fuese, de algún modo, la única forma de indagar sobre su naturaleza o la forma privilegiada desde la que hacerlo.

²³ Otros, en su estela, han reproducido sus afirmaciones de manera también muy expresiva, como Summers (1984, pp. 17, 31), quien señala que los órdenes jurídicos no son guijarros ni piezas de algún material describable científicamente.

²⁴ Winston (1981, p. 26) expresa esta misma idea diciendo que los órdenes sociales son el resultado de un esfuerzo intencional de los seres humanos, concebidos como seres capaces de pensar sobre el modo de organizarse, convivir y relacionarse y de construir diversas instituciones, mecanismos o procedimientos que dan cuerpo a lo que se proponen para su orden social.

Fuller (1940, pp. 8 y ss.) rechazó también la vocación descriptiva del conocimiento del derecho o de la indagación sobre su naturaleza, fundada en la distinción entre ser y deber ser del derecho²⁵, que asociaba al positivismo jurídico. La razón es que, en cualquier asunto que sea resultado del esfuerzo y energía creativa de los seres humanos y, en general, en cualquier práctica social guiada por algún propósito, ser y deber ser están vinculados. Ser y valor (*being, value*) no son dos partes separadas de la realidad, sino dos aspectos de una realidad integral. Un chiste, por ejemplo, no es un simple conjunto de palabras que divierten a quien las oye, sino que es algo en el proceso de llegar a ser, porque se recrea cada vez que se cuenta en formas más hilarantes en función de un ideal asociado al nivel mayor de gracia imaginable. Igual vale para el derecho: el derecho no es algo dado, sino el resultado de una práctica social que tiene como propósito guiar el gobierno de las acciones de los individuos mediante reglas y, por tanto, lo que sea depende de cómo sea concebida su realización satisfactoria por quien lo emprende, de su acierto a la hora de organizar y gestionar los métodos de control del comportamiento que lo realizan, del éxito que se tenga esa tarea medido conforme al ideal que sus manifestaciones intentan realizar, etcétera²⁶ (Fuller, 1981, pp. 47-50).

Corolario de lo anterior es la preferencia de Fuller por una concepción pragmática de la filosofía del derecho, que ofrezca una guía útil a la aplicación de las energías humanas en el derecho (Fuller, 1940, p. 2). Para Fuller (1940, p. 115), lo que debería hacer el filósofo del derecho no es describir cómo es el control de cada área de la acción humana, sino más bien pronunciarse sobre si ese modo es apropiado o no, sobre si debe extenderse a áreas distintas, etcétera²⁷. Por esa razón, la filosofía del derecho solo es significativa o útil si es normativa y no si es descriptiva o analítica²⁸. La filosofía del derecho debería,

²⁵ Sobre esta dimensión del iuspositivismo, Jiménez Cano (2020, pp. 80-83).

²⁶ En un sentido similar, Selznick (1961, p. 86), Winston (1986, pp. 99, 103-109) o Simmonds (2007, pp. 34 y ss.). Singularmente importante me parece la referencia a Campbell (2004, p. 21), que también rechaza la separación nítida entre descripción y prescripción, al señalar que las diferentes descripciones del derecho que compiten entre sí deben tener “some bearing on alternative legal ideals”.

²⁷ Porciello (2016, p. 261) da cuenta de una nota no publicada en el *Reply to Critics*, en la que Fuller señala que el gran error del iuspositivismo es intentar describir desde fuera el derecho, en lugar de participar en las actividades jurídicas, intentando comprender desde dentro qué significa tomar parte de ellas. Porciello, advierte que esa posición implica reconstruir el derecho de la mejor manera posible desde un punto de vista moral. Hay que insistir, sin embargo, en que esto no se refiere necesariamente a la mejora moral del contenido del derecho, sino a la necesidad de entender cuál es la moralidad interna al derecho y a empujarlo hacia ella, algo que podría no tener efectos sustanciales significativos.

²⁸ Conste que Fuller no cree que en la tradición iuspositivista todos hayan incurrido en los errores de los iuspositivistas lógicos y analíticos: no ocurre así, por ejemplo, con los iuspositivismos de base ética, como es el caso de Hobbes, interesado en *promover* un orden jurídico positivo para garantizar la paz y el orden (Fuller, 1940, p. 90). En este sentido también Postema (1991), particularmente para el caso de Bentham, o Dyzenhaus (2000, pp. 706 y ss.).

por tanto, fundamentar el propósito definitorio del derecho, movilizar adecuadamente las energías humanas implicadas en su realización y promover su éxito.

El tercer motivo del rechazo de Fuller al iuspositivismo es de orden político. Fuller (1969, p. 198) considera que el iuspositivismo reduce el derecho al poder y que, en última instancia, termina identificando como derecho a cualquier manifestación de voluntad de quien manda, de modo que cualquier manifestación del poder, incluso un gruñido o grito, tendría que ser considerada una expresión del derecho. Según Fuller, esto es un error, porque el derecho no es la única forma en que el poder puede expresarse, sino una forma específica definida como tal en función de la satisfacción de los principios de legalidad²⁹.

Como se apreciará, la clave del rechazo de Fuller (1940, p. 99) al iuspositivismo es la esterilidad teórica de cualquier reflexión sobre el derecho que pretenda dissociarse de toda finalidad práctica o ética, por concebirlo como un hecho simple que puede ser descrito formalmente³⁰. Ninguna teoría descriptiva del derecho –sea porque pretende describirlo tal y como es, asumiendo la separación entre ser y deber ser del derecho, sea porque pretende formular una serie de enunciados descriptivos o asertivos relativos a las propiedades de su concepto o a los criterios de identificación o validez de las normas que lo forman, sea porque se propone exclusivamente la descripción y no la evaluación o justificación ni del derecho ni de las normas (Jiménez Cano, 2020, p. 73)– sería significativa para Fuller. El derecho no puede ser descrito como lo sería un objeto que existiera objetivamente porque no tiene ese tipo de existencia, ni tampoco puede ser definido ignorando la dimensión valorativa que le es intrínseca, es decir, que sus manifestaciones son, en algún sentido, los intentos de realización de un ideal o valor, ni, por tanto, pueden ser verdaderos o falsos los juicios que supuestamente lo describen. Y, por último, el derecho, entendido como el resultado de la configuración humana por configurar el orden social conforme a un determinado propósito, no solo es sensible al grado de compromiso de los agentes que lo reproducen con el propósito que lo define o a su acierto al realizarlo, sino que no se puede separar del valor que lo guía.

²⁹ Estas críticas están basadas en una concepción de la relación entre derecho y poder que dudosamente puede ser considerada una credencial teórica del iuspositivismo. Si acaso, lo serían del llamado positivismo jurídico abierto (open-legal positivism) al que se refiere Paulson (1994, pp. 334 y ss.), definido por la *power thesis*, según la cual la eficacia social del poder es condición suficiente de la validez del derecho.

³⁰ En este sentido también Porciello (2016, pp. 41 y ss., 260).

3.2. Fuller y el iuspositivismo normativo

Como se aprecia, Fuller rechazó el iuspositivismo descriptivo, analítico o conceptual. Sin embargo, a mi juicio, nada tendría que objetar a una filosofía del derecho que promoviese un modelo de organización institucional o de ordenamiento jurídico que garantizase una realización satisfactoria de los valores de la legalidad o, al menos, una realización mejor que la que se lograría con otros modelos de derecho o formas de organización distintas y, por ello, menos deseables.

Esa filosofía del derecho, éticamente fundada y de vocación pragmática, se parece mucho a la de los llamados iuspositivistas éticos o normativos³¹. El iuspositivismo normativo, ético o democrático es una teoría que promueve una forma determinada de derecho, a consecuencia de su compromiso con unos valores morales y políticos determinados³². El iuspositivismo normativo se pronuncia sobre cómo deben ser las leyes y los sistemas jurídicos y busca elaborar y justificar un modelo de derecho que realice, hasta donde sea practicable, el ideal de un sistema autónomo de reglas. Este iuspositivismo apuesta por construir los sistemas jurídicos como sistemas de reglas claras y precisas, que puedan ser interpretadas y aplicadas normalmente sin necesidad de recurrir a juicios morales o políticos controvertidos³³ o, dicho de otro modo, por un sistema separado de la moral y formado por un conjunto coherente de reglas claras, inteligibles, legitimadas por el consenso de aquellos a los que se dirigen y aplicadas por un conjunto de jueces y tribunales unificado y jerárquico cuya función es aplicar las

³¹ El más destacado, sin duda, es Campbell (1996 y 2004), pero también merecen mención MacCormick (1985, 1989), Postema (1991) o Waldron (2001). Al margen de esa tradición, no hay que olvidar que Scarpelli (1965, pp. 213-214) tempranamente abogó por un modelo de positivismo jurídico nitidamente compatible con el iuspositivismo normativo, cuando localizó el fundamento del positivismo jurídico en una serie de valores morales o ideológicos que excluyen o limitan la posibilidad de elecciones políticas en la ciencia y la práctica del derecho, de modo que “es la moral la que separa al derecho de la moral, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia, la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho”. Entre nosotros, hay que mencionar las aportaciones de Hierro (1996, 2002 o 2016) o Laporta (2007).

³² Una aproximación clarificadora de este modelo de iuspositivismo en Rivas Palá (2007) y Escudero (2004, pp. 173-178).

³³ Esta teoría no debe confundirse con el llamado positivismo ideológico, que es una teoría de la justicia que, aboga por la obediencia moral al derecho por el mero hecho de serlo, en la medida en que reduce la justicia a la validez jurídica, considerando que justo es aquello que viene dispuesto por el derecho y que existe el deber moral de obedecer al derecho siempre (Bobbio, 1961, pp. 233-235). En Ruiz Miguel (2006) puede encontrarse un análisis de las diferencias entre positivismo ideológico e iuspositivismo normativo y de cómo el hecho de que Bobbio, en ocasiones, identifique ambas teorías “como si fueran una sola” (p. 461), presentando a la segunda como una versión moderada de la primera, podría explicar la escasa atención que esta última ha recibido. Efectivamente, considerar al iuspositivismo normativo una forma mitigada de positivismo ideológico ha trasladado al primero los inconvenientes que el segundo suscita y ha oscurecido el hecho de que son dos teorías distintas en su clase –una es una teoría (normativa) sobre el derecho y la otra es una teoría de la justicia– y en sus conclusiones prácticas, pues la segunda postula el deber moral incondicional de obedecer lo que el derecho dispone y la primera, de postular algún deber moral, sería el de dar al derecho una cierta forma, sin que, por cierto, esto alcance a fundamentar ningún deber incondicional de obediencia a sus normas, sino si acaso un deber condicionado de obediencia, más o menos intenso en función del grado de conformidad del derecho con la forma que para él se promueve.

reglas a casos concretos y revisar la congruencia de las acciones de los gobernantes con las reglas democráticamente formuladas (Campbell, 2004, pp. 4, 23-24). En clave de escuelas iusfilosóficas, es una expresión normativa del positivismo excluyente, que presupone la tesis del iuspositivismo incluyente de que no es necesariamente verdadero que los ordenamientos jurídicos incorporen criterios morales entre las condiciones de validez de sus normas y que aboga por que no los incorporen (Campbell, 1998, pp. 68-70 y 2004, p. 27), es decir, considera concebible un sistema jurídico en el que la validez de sus normas no dependa de consideraciones morales³⁴ y busca realizarlo o, dicho de otro modo, prescribe hacer realidad el tipo de derecho que las variantes excluyentes de iuspositivismo consideran el único conceptualmente posible (Waldron, 2001, p. 414).

El positivismo normativo, por tanto, formula dos pretensiones básicas, una relativa a la producción del derecho y otra que afecta a los responsables de la solución de pretensiones y conflictos de los gobernados, es decir, a los jueces competentes para la aplicación del derecho.

El modelo de derecho que el iuspositivista normativo promueve es un modelo de derecho legislado, en el que las normas, identificables por referencia a una autoridad reconocible, estén plasmadas en textos de carácter oficial, cuyo contenido sea fácilmente accesible a sus destinatarios, para que puedan anticipar con seguridad cuáles serán los efectos jurídicos de sus acciones. Las normas consuetudinarias, por su proceso de gestación, no parecen ofrecer el grado de certeza al que aspira el iuspositivista normativo. Los precedentes judiciales son originariamente el fruto de una decisión *ex post facto* y aunque podrían acabar expresando con precisión su contenido normativo una vez perfilados en sucesivas aplicaciones judiciales, tampoco son adecuados para garantizar el grado de previsibilidad buscado por el iuspositivista normativo³⁵. Esta incompatibilidad es más acusada si se cree que los jueces deben construir sus decisiones no solo a partir de las reglas dispuestas, sino también recurriendo a una suerte de repositorio ideal de principios o valores vinculados necesariamente al derecho y constitutivos de su racionalidad inmanente, a los que los jueces acceden de manera privilegiada por su pericia profesional, por las singularidades y características del procedimiento judicial o porque es al momento de decidir un caso concreto cuando esos valores y principios son perceptibles con mayor

³⁴ Esto es lo que Coleman (1982, pp. 140-143), llama positivismo jurídico negativo.

³⁵ La crítica de Bentham al *Common Law* sería expresiva de este punto máximo de incompatibilidad. Al respecto, véase Postema (1986, pp. 147 y ss.), Atria (2004, pp. 100-111) o Rivas Palá (2007, pp. 27-35).

nitidez. En cuando a las normas constitucionales, el iuspositivismo normativo no ve con agrado la presencia en la constitución de referencias a valores y principios originariamente morales cuando condicionan la validez de la legislación y de las decisiones aplicativas, en especial, si las leyes han sido elaboradas por un órgano representativo, es decir, si el legislador es democrático. La constitución y la propia regla de reconocimiento, para un iuspositivista normativo, deberían estar aligeradas moralmente. Al legislador se le recomienda además expresarse de una forma determinada: sus exigencias deben reflejarse en reglas claras y precisas, que ofrezcan anticipadamente a los individuos guía sobre cuál es el comportamiento que de ellos se espera y cuáles son las consecuencias que se siguen del incumplimiento de lo prescrito.

El iuspositivismo normativo recomendaría a los jueces que *adjudiquen*, es decir, que resuelvan exclusivamente en función de lo establecido en las normas dispuestas, en lugar de conciliar, mediar, componer, arbitrar o mejorar el derecho. No deberían, por ejemplo, decidir buscando hacer justicia cuando eso implica resolver por determinación moral directa a partir de valores y principios morales, cuya aplicación implique derrotar o corregir lo dispuesto por las reglas. Por supuesto tampoco deberían decidir conforme a sus propias preferencias personales para el caso, lo que equivaldría lisa y llanamente a decidir de manera arbitraria.

Los iuspositivistas normativos creen que el derecho así configurado presenta ciertas virtudes como método para el gobierno de las sociedades humanas. Existen toda una serie de valores asociados a la legalidad y el imperio de la ley o Estado de derecho, que pueden alcanzarse cuando el modo en que se gobierna se ajusta al modelo de derecho promovido por el iuspositivismo normativo y, singularmente, cuando no es necesario el ejercicio de ningún juicio moral para identificar qué es lo que dispone el derecho (Waldron, 2001, p. 421). Con un ordenamiento como el favorecido por los iuspositivistas normativos, se garantiza la predictibilidad, la coordinación, la regularidad, el control de las conductas, la facilitación de los comportamientos, la resolución de disputas, la autonomía individual, la eficiencia económica, la localización del poder, las precondiciones de la justicia material o el diálogo democrático³⁶ (Campbell, 1996). Efectivamente, el individuo ve protegida su autonomía personal, al

³⁶ Sobre este punto, Campbell (2004, pp. 270-271) propone vincular el modelo de derecho promovido por el iuspositivismo normativo con el principio democrático, pues el gobierno de las reglas evita actitudes arbitrarias de la mayoría y, de otro lado, canaliza la expresión de la decisión mayoritaria, hasta el punto de sugerir que la legalidad es una precondición de la democracia, como la libertad de conciencia, expresión o la reproducción de la propia regla de decisión democrática. Al respecto, las tesis de Waldron (1999) son paradigmáticas de este *iuspositivismo democrático*.

poder apelar a reglas preestablecidas en su relación con los demás conciudadanos y con el poder de gobierno, disponiendo de un marco normativo dentro del cual sus decisiones están inmunizadas frente al poder de los otros y, en particular, frente a las potestades de los poderes públicos (Laporta, 1994, p. 142). Un sistema jurídico formado fundamentalmente por reglas y en el que el nivel de discreción moral de los jueces se mantiene en niveles reducidos, ofrece un gran beneficio político: la certeza de sus efectos y resultados. Como los ciudadanos pueden anticipar fácilmente los requerimientos jurídicos y el alcance de los poderes delegados por las reglas legisladas, existe una mayor predictibilidad en relación con lo que sucede cuando sus expectativas dependen de pronunciamientos puntuales de jueces a los que se les ha dado el poder de decidir conforme a sus propios planteamientos morales o preferencias políticas o personales (Allan, 1997, pp. 241-242). Hay beneficios más *profundos*: el imperio de la ley, que es lo que el iuspositivismo normativo promueve, encuentra su fundamento en el principio ético de autonomía de la persona, entendida como agente moral que decide sobre sus propias acciones, gobierna el curso de su conducta y diseña su propio proyecto de vida a partir de datos y exigencias que él mismo critica o acepta, es decir, como un ser con capacidad para gobernarse a sí mismo (Laporta, 1994, pp. 135-139 o 2007, pp. 17-37).

Las coincidencias entre un iuspositivismo normativo como el de Campbell y la concepción del derecho de Fuller son muchas y muy relevantes³⁷.

- (1) Ambos, Fuller y Campbell, son partidarios de modelos de derecho muy similares. Fuller es partidario de un orden jurídico construido en función de una serie de reglas generales, prospectivas, públicas, inteligibles, posibles de cumplir, estables, coherentes entre sí y cuya aplicación por parte de quienes gobiernan sea congruente con el que parecía su sentido propio. Campbell (2004, p. 4), por su parte, se refiere al positivismo jurídico como un modelo normativo o prescriptivo de derecho, formado por un conjunto coherente de reglas claras, inteligibles, específicas, legitimadas por el consenso de aquellos a los que se dirigen y aplicadas por jueces y tribunales unificados y jerarquizados, cuyo trabajo es resolver los casos concretos

³⁷ Campbell (2004, p. 31) no considera ese paralelismo tan evidente, aunque su argumento –que Fuller creía que moral interna y externa están conectadas– me resulta realmente débil. Como vimos, esa afirmación de Fuller es realmente anecdótica en el marco de su teoría e interpretada en el modo descrito antes, ni presupone rechazo a la tesis de la separación, ni implica apuesta alguna por la moralización del derecho. Más bien al contrario, como veremos más adelante.

conforme a las reglas y revisar la congruencia de las acciones de los gobernantes con las reglas democráticamente formuladas.

- (2) Tanto el positivismo normativo como Fuller se preocupan por la forma del derecho y no por su contenido, al menos directamente. A la dimensión constitutiva que los principios de legalidad tienen de la forma del derecho ya me he referido. Respecto de Campbell, también declara expresamente querer justificar cómo debe ser la forma del derecho y no su contenido: el positivismo normativo se interesa por cómo debe ser el derecho (*what law ought to be like*), no sobre qué deben disponer sus normas³⁸ (Campbell, 2002, p. 303 y 2004, p. 21) y no está en relación con “la justificación de reglas particulares por referencia a su contenido, sino con la justificación de tener reglas de cualquier contenido, justificación que debe ser, por tanto, en gran medida libre de contenido” (Campbell, 2004, p. 35). Como señala Jiménez Cano (2020, p. 87), el positivismo normativo “tiene como objetivo (...) la implantación de un determinado tipo de sistema jurídico o más bien su forma, en vez de su concreto contenido”. El iuspositivismo normativo puede relacionarse con filosofías políticas o teorías de la justicia social muy diversas, pero de lo que no puede desvincularse es de la necesidad de ofrecer razones en favor de un tipo de orden político en el que la expresión y manifestación del poder se lleve a cabo predominantemente por reglas (Campbell, 2004, p. 34).
- (3) Tanto el positivismo normativo como la filosofía del derecho de Fuller presuponen un modelo ideal de derecho, que habría de inspirar la realización de sus instancias concretas y que serviría de referente para su valoración moral. Fuller (1958, p. 650 y 1964, pp. 41-44) justifica la legalidad como método de control social deseable y la caracteriza como un logro gradual o un arquetipo ideal al que los ordenamientos jurídicos reales se aproximan gradualmente. Por su parte, Campbell (2004, p. 23) se refiere al positivismo ético como una teoría que provee y justifica un modelo de ordenamiento jurídico que se aproxime hasta donde sea posible a la realización de un sistema autónomo de reglas, como parte de cualquier sistema político aceptable. El modelo de derecho que el positivismo normativo promueve presupone ideales jurídicos legales (Campbell, 2004, p. 21) y el positivismo jurídico mismo es considerado más un

³⁸ Similares consideraciones las de Waldron (2001, pp. 415, 418) a propósito de la compatibilidad entre la dimensión moral del derecho que el iuspositivismo normativo promueve para el derecho al por mayor y la *abstinencia* moral al por menor, es decir, el aligeramiento moral de las constituciones o el fomento de la autonomía del razonamiento jurídico aplicativo respecto del moral por razones generales de corte moral.

ideal aspiracional que un conjunto de obviedades descriptivas y empíricas sobre los sistemas jurídicos (p. 38).

- (4) Tanto Fuller (1954, p. 467) como Campbell (2004, p. 11) destacan la importancia de la asimilación y difusión de un *ethos* específico por parte de gobernantes, gobernados, juristas, etcétera para el logro del proyecto de creación de un orden jurídico positivo en el caso de Campbell o jurídico a secas en el caso de Fuller³⁹. Ambos comparten cierta idea de reciprocidad o, al menos, de que la legalidad y el orden jurídico son el resultado de una empresa colaborativa en la que la disposición de los gobernantes y también el *ethos* que asumen son determinantes del éxito en la creación de un orden jurídico. Campbell (2004, pp. 11, 283 y 286-288) se refiere expresamente a esa dimensión ética del positivismo ético y señala que ningún orden jurídico puede proveer los beneficios que lo justifican sin el compromiso ético de autoridades, funcionarios y ciudadanos.
- (5) Las *teorías de la interpretación del derecho* de Fuller y Campbell también son sustancialmente coincidentes. La idea de Fuller de que las normas deben ser inteligibles para sus destinatarios y de que deben ser aplicadas congruentemente por las autoridades⁴⁰ excluye una interpretación conforme a la voluntad del gobernante o una interpretación conforme a las preferencias subjetivas del juez cuando estos criterios interpretativos son inaccesibles a los gobernados y cuando generalizarían la sensación de estar siendo juzgados no conforme a lo que las normas disponen, sino conforme a un referente distinto. Por su parte, Campbell (2004, p. 12) aboga por una interpretación literal según el contexto, es decir, por la aplicación de las normas según el sentido que *contextualmente* se seguía de sus palabras, donde “contextualmente” significa no en sentido literal a juicio del intérprete o del autor de la norma, sino en el sentido que razonablemente podrían admitir sus destinatarios según las circunstancias sociales de la legislación. Es así porque el derecho es concebido por Campbell (2004, p. 278) como un proceso de comunicación en masa entre legislador y sujetos, mediado, en caso de disputa y aplicación por la fuerza, por los jueces adjudicadores, cuya tarea es discernir las intenciones del legislador *en la medida en que estén expresadas en el texto dotado de autoridad*, es decir, discernir el significado que se intentó trasladar *con el texto a su audiencia*, una concepción esta

³⁹ Esta dimensión de la teoría de Fuller ha sido destacada, por ejemplo, por Luban (2001). Este mismo autor se ha interesado por los valores éticos y políticos de Fuller (Luban, 1999).

⁴⁰ Me he referido a este aspecto en Peña Freire (2020, pp. 26-31).

que Fuller (1969, p. 227) suscribiría y que además evoca la naturaleza bilateral que predicó insistentemente para la relación de legalidad.

- (6) Cuando analiza el principio de claridad o inteligibilidad, Fuller (1964, p. 64) sugiere que las referencias a la equidad o la buena fe no son incompatibles con el ideal de la legalidad y pueden ser incorporadas al derecho siempre que se hayan conformado en la vida ordinaria. A contrario, es evidente que el ideal fulleriano de legalidad las excluiría cuando no es posible precisar socialmente cuál es la determinación que ha de servir de guía al comportamiento de los individuos, porque entonces no se realizaría el propósito del derecho. A esta misma conclusión se llega cuando se analiza la referencia de Fuller (1969, pp. 227-228) a la posibilidad de que un juez resuelva según parámetros socialmente conformados, aunque no estén definidos legislativamente, de modo que su interpretación “encaje armoniosamente con el sistema de expectativas complementarias” de las partes. Algo similar ocurre con las propuestas del iuspositivismo normativo a propósito de si la moral o los preceptos de un texto divino pueden ser fuentes aceptables del derecho: un sistema jurídico moralizado o un juez con capacidad para decidir moralmente serán aceptables siempre que el contenido de esa moral pueda ser identificado de modo relativamente fiable, es decir, siempre que esos referentes se puedan formular en términos que faciliten suficiente guía para el comportamiento real. Esta condición no es fácil de satisfacer en sociedades pluralistas, en las que es difícil, por no decir imposible, conseguir que las expresiones morales susciten un nivel de homogeneidad semántica elevado, lo que abunda en la necesidad de separar legislación y moralidad (Campbell, 2004, pp. 27-28).

Existen algunas diferencias entre la teoría del derecho de Fuller y el iuspositivismo normativo de Campbell. Sin embargo, creo que no son lo suficientemente relevantes como para descartar la asociación de Fuller al iuspositivismo normativo.

Aparentemente, la más importante es la supuesta vinculación entre buena forma y buena sustancia implícita en las afirmaciones de Fuller relativas a las relaciones entre moral interna y externa, a la que ya me he referido. Pese a reconocer las similitudes entre sus tesis y las de Fuller, para Campbell (2004, pp. 31-32), esa vinculación marcaría con claridad la diferencia entre ambos planteamientos. Sin embargo, esta conclusión presupone una lectura conceptual de las afirmaciones de Fuller relativas a la conexión entre moral interna y externa. Como se vio, interpretadas en términos estadísticos o

probabilísticos, esas afirmaciones sugieren una relación frecuente y no una necesidad fruto de ninguna ley de la historia ni tampoco una vinculación conceptual y esto es algo que Campbell habría podido suscribir. No en vano, afirmó que la ausencia de reglas incrementa la vulnerabilidad de los individuos a creencias y actitudes discriminatorias y que el gobierno de las reglas es una manera efectiva de promover la neutralización de ideologías inadecuadas, de prejuicios e intereses particulares en el ejercicio del poder, de modo que los argumentos de quienes apuntan que las reglas son efectivas para producir resultados inicuos son vulnerables a la constatación de que por lo general no lo hacen (Campbell, 2004, pp. 272-273).

Otra diferencia importante es la que atañe al papel constitutivo de los principios de legalidad: como se ha visto, para Fuller los principios de legalidad –claridad, posibilidad, etcétera– son constitutivos de los órdenes jurídicos. Sin embargo, los iuspositivistas éticos no reconocen una dimensión constitutiva a esas características del modelo de derecho que promueven: es más, admiten la existencia de un modelo de derecho que carece de esos rasgos y que, a su juicio, debería ser superado y sustituido por otro que sí los tuviera. Esto es lo que parece sugerir Campbell (2004, p. 31) cuando señala que el iuspositivismo normativo no objeta la tesis fulleriana de que el ideal de legalidad exige el despliegue de ciertas técnicas relativas al modo en que se ha de expresar el control social, generalmente referidas como “rule of law”, pero va más allá de esa conclusión, pues “añade” que las técnicas, por sí solas, no implican la satisfacción de las condiciones de legalidad necesarias para dar por realizado el modelo de derecho que el iuspositivismo normativo promueve. Para los iuspositivistas normativos, los principios que garantizan el imperio de la ley no serían algo inmanente a la existencia del derecho, sino lo que el derecho debe ser⁴¹ (Jiménez Cano, 2020, p. 88), algo aparentemente contradictorio con la dimensión constitutiva del orden jurídico que tienen los principios de legalidad en Fuller.

La discrepancia es solo aparente. No hay que olvidar que, para Fuller, los principios de legalidad no solo tienen una dimensión constitutiva del orden jurídico, sino que también son expresión de una

⁴¹ En un sentido similar, Laporta (1994, p. 134), para el que el “imperio de la ley (...) no es una ‘propiedad’ del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético-política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo”. Igual para Ruiz Miguel (2006, p. 463), que señala que el positivismo jurídico normativo es la ideología que aprecia ciertos valores propios no de cualquier derecho, sino solo de algunos, en la medida en que plasmen las exigencias del Estado de derecho.

aspiración⁴² o ideal de gobierno. Por esta razón, Fuller (1958, pp. 650 y 1964, pp. 41-44) reconoce expresamente que un orden jurídico puede existir de modo defectuoso o imperfecto, es decir, sin dar plena satisfacción a todos y cada uno de los principios de legalidad. Este modelo defectuoso de derecho sería precisamente el tipo de derecho que los iuspositivistas normativos pretenden superar: en él las normas serían retroactivas o vagas, razón por la que no permiten a los individuos formarse expectativas sólidas a propósito de las consecuencias jurídicas de sus acciones. Fuller no niega el carácter jurídico de ese orden: un orden jurídico defectuoso que no da satisfacción plena a los principios de legalidad es aún un orden jurídico. La dimensión constitutiva de los principios de legalidad no se refiere, por tanto, al ideal o aspiración que se realiza cuando se logra su plena satisfacción –como el argumento de Campbell parece presuponer–, sino al despliegue de las técnicas o condiciones mínimas que autorizan la afirmación de que el comportamiento humano está gobernado por reglas y no de otro modo, aunque lo esté en un modo imperfecto o mejorable. Cuando los principios no se satisfacen plenamente, habría un orden jurídico, pero imperfecto, según Fuller, e indeseable, según Campbell. La coincidencia entre ambos planteamientos vuelve a ser manifiesta.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el grado de incumplimiento de los principios de legalidad es tan grande que no nos permite identificar en el modo en que se ejerce el control social ninguna traza asociada a la legalidad, es decir, cuando comprobamos que el modo en que se gobierna el comportamiento de los miembros de un grupo no se corresponde con lo que normalmente consideramos derecho? Como ya vimos, la respuesta de Fuller es clara: cuando el incumplimiento de un principio es total o cuando el incumplimiento de los principios es considerable, no existe orden jurídico. Parece obvio, en efecto, que nadie consideraría estar ante un caso de derecho cuando se topa con un conjunto de disposiciones todas ellas secretas o cuando las autoridades formulan una serie de exigencias, pero después sistemáticamente castigan a los individuos en función de consideraciones ajenas a las disposiciones dadas.

¿Suscribiría el iuspositivismo normativo esta expresión de la dimensión constitutiva de los principios de legalidad o aún consideraría como jurídico a un orden radicalmente incompatible con ellos? No parece que de la preferencia por un modelo de derecho formado por reglas legisladas y precisas frente a

⁴² Simmonds (2007, en especial, pp. 37 y ss.) es quizás quien mejor ha abogado por la dimensión ideal del derecho. En contra, Kramer (2007, pp. 105-109). Al respecto de esta dimensión aspiracional, también Escudero (2000, pp. 383-390).

manifestaciones del derecho que dan cabida a principios morales, se siga que cualquier decisión de una autoridad o cualquier mecanismo con el que se ordena la convivencia de los miembros de un grupo sean *ipso facto* de naturaleza jurídica. No hay, desde mi punto de vista, ninguna razón entre las credenciales filosóficas del iuspositivismo normativo que abone la tesis de que un partidario de esta teoría debería aceptar como jurídicos a los órdenes que rompen radicalmente con los principios de legalidad. Hacerlo equivaldría a considerar derecho a cualquier manifestación de la autoridad, incluso si es un *gruñido* o, dicho de modo algo más homologable, a identificar al derecho con cualquier manifestación de quien detenta el poder⁴³. Este planteamiento no es coherente con muchas de las conclusiones de relevantes iuspositivistas normativos.

Hablando de poder en general, Campbell (2004, pp. 72-76) distingue, sin asimilarlos, el poder jurídico del político y también del social, definido este último como la simple capacidad de obtener beneficios deseados de otros, con independencia de su consentimiento y sin pretender ningún tipo de autoridad sobre ellos. También se refiere a la pretensión de que el poder político se exprese mediante reglas “generales pero específicas” como un contrapeso importante frente a su abuso. Estas afirmaciones no parecen compatibles con considerar que cualquier expresión de poder social o político, independientemente de su forma, es una forma de poder jurídico.

Muy relevante también es la distinción de Campbell (2004, pp. 306-307) entre producción del derecho y legislación. Campbell considera incompatible hablar de producción del derecho (*law-making*) cuando alguien adopta, en unas circunstancias y para unos individuos particulares, una decisión vinculante: un modelo de justicia como este no debe “denominarse con propiedad un sistema jurídico por la ausencia de reglas de aplicación general que capaciten a las personas a conocer de antemano cuáles de sus conductas son exigibles y cuáles no”. Citando expresa y laudatoriamente a Fuller, Campbell añade que “la producción del derecho tiene ciertas normas internas que requieren conformidad a estándares como la claridad, publicidad, consistencia, practicabilidad, generalidad y prospectividad” y que “esos

⁴³ Recordemos que un planteamiento así sería una expresión de la llamada *power thesis*, definitoria, según Paulson (1994, pp. 334 y ss.), del *open legal positivism*, pero así formulada no parece que defina al positivismo jurídico. Su relación con él, como mucho, puede rastrearse entre aquellos críticos que lo deforman, sugiriendo que fomenta la obediencia incondicional a la autoridad o que reduce el derecho a la pura violencia, para criticarlo.

estándares son prescriptivos, pero también son, en efecto, constitutivos de lo que consideramos como derecho y, en particular, legislación”⁴⁴.

También Waldron (2011, pp. 6-9) considera que ausentes ciertos procedimientos y técnicas institucionales⁴⁵, no tiene sentido hablar ni de legalidad ni de Estado de derecho. Esto es muy relevante, porque, para él, la definición del derecho es derivada de la definición de Estado de derecho (rule of law), es decir, que el derecho es lo que existe cuando se dan las condiciones mínimas del llamado Estado de derecho, lo que es incompatible con aceptar que el derecho puede existir al margen de las condiciones mínimas que autorizan a hablar de Estado de derecho, entendido como orden de legalidad.

Por último y en un plano más general, no hay que olvidar que el iuspositivismo es una teoría *del derecho* que, de algún modo, presupone su singularidad como fenómeno social no solo de la moral, sino también respecto de actos de fuerza o manifestaciones informales de violencia, incluso cuando provienen de quienes gobiernan un grupo humano: qué sea el derecho no es algo que pueda resolverse sin presuponer que está compuesto por normas o directivas de comportamiento que pretenden guiar o gobernar el comportamiento de los individuos. Si las directivas están ausentes o si la informalidad con que la autoridad se expresa hace imposible esa guía, no hay derecho⁴⁶.

En conclusión y parafraseando a Guest (1996, p. x), podríamos decir que los iuspositivistas normativos y también Fuller intentan demostrar el valor de hacer que ciertas acciones estén sujetas a reglas; ambos creen que hay razones morales que hacen preferible ese tipo de ordenación en lugar de, por ejemplo, la determinación moral directa –esta sería la preocupación fundamental de los iuspositivistas normativos– o del control por métodos de ordenación teleocráticos que instrumentalizan a los individuos a los fines definidos por los gobernantes, como pone de manifiesto Fuller (1969, pp. 207-208) en su análisis del control gerencial (*managerial direction*). Como hemos visto, las diferencias entre los planteamientos de

⁴⁴ Aunque la referencia a la legislación pudiera inducir a confusión, creo que queda disipada cuando se comprueba que las referencias a los casos en que el modo en que se gobierna o resuelven los conflictos no se ajusta ni mínimamente a los principios de legalidad no puede ser considerado ni tan siquiera un caso de producción del derecho (law-making).

⁴⁵ Su interés va fundamentalmente dirigido a la dimensión constitutiva de los mecanismos de aplicación de las reglas que forman el derecho, pero se aplica *a fortiori* a las propias reglas aplicadas.

⁴⁶ Esto es algo implícito en los planteamientos de Hart (1961, p. 7 y 1994, p. 11) que vincula al derecho con el control de comportamientos que de otro modo serían optativos y lo define como una institución social y política gobernada por reglas. Está también explícito en el lapidario “there must be rules” de Fuller (1964, p. 46).

Fuller y Campbell no excluyen la asociación del primero con el iuspositivismo normativo⁴⁷. Es más, el iuspositivismo normativo, entendido como una teoría que aboga decididamente por un modelo de derecho haciendo expresas las razones éticas y políticas por las que ese modelo puede decirse justificado o preferible respecto de modelos alternativos, podría ser considerado como la justificación ética de los principios de legalidad y del orden jurídico, es decir, como la *parte que falta* en la teoría del derecho fulleriana o, al menos, aquella cuya formulación expresa y sistemática no se encuentra en los textos de Fuller⁴⁸.

3.3. Fuller y el principialismo

La relevancia de los principios de legalidad y la afirmación de que tienen una dimensión moral que *se transmite* al derecho podrían abonar la asociación de Fuller con alguna forma de principialismo. Así lo sostiene Porciello (2016, pp. 22 y 25 y ss.), en un más que solvente estudio, en el que se afirma que Fuller hoy sería considerado un autor crítico con el iuspositivismo y un exponente o precursor del movimiento neoconstitucionalista.

Que Fuller es crítico con el iuspositivismo *descriptivo* ya ha sido *concedido*: nada que objetar a esa disociación. Pero la *filiación principialista* de Fuller es incompatible con su asociación al iuspositivismo normativo, claramente contrario a cualquier concepción del derecho que no promoviese su autonomía respecto de la moralidad o que favoreciese su penetración por principios morales⁴⁹. La vinculación de Fuller con el principialismo, por tanto, tiene que ser *desmontada* para terminar de justificar su filiación con el iuspositivismo normativo.

Por principialismo entiendo el conjunto de teorías críticas con el iuspositivismo, que sostienen que el derecho está formado por reglas, pero también por principios con un fuerte sentido moral, que pueden modular el alcance de las reglas o derrotar su fuerza normativa, con lo que es infructuoso, cuando no

⁴⁷ Tampoco creo que el hecho de que el iuspositivismo normativo no tuviera *carta de naturaleza* filosófica cuando Fuller formuló sus tesis sea determinante. Lo relevante es el sentido filosófico de los respectivos planteamientos. Es muy habitual que doctrinas y teorías que adquieren carta de naturaleza en un momento dado tengan antecedentes o precursores. Si hay coincidencias suficientes entre Fuller y el iuspositivismo normativo, Fuller podría ser considerado, como sostengo, un antecedente de esta teoría o quizás un autor, sin conexión con ella, pero que ofrece unos planteamientos con semejanzas filosóficamente relevantes, mayores que las que manifiesta con cualquier otra. De otro lado, de considerarse ese argumento temporal como determinante, tampoco se justificaría, por ejemplo, la asociación al neoconstitucionalismo de Fuller que realiza Porciello (2016).

⁴⁸ Al respecto, Peña Freire (2017, pp. 41-44).

⁴⁹ Sobre el incorporacionismo, Moreso Mateos (2015, p. 175 y ss.).

inconveniente, separar derecho y moral. No existe un único principialismo: los hay que fundamentan sus conclusiones en los cambios a los que se habrían visto sometidos los ordenamientos jurídicos tras su constitucionalización⁵⁰ y otros que no hacen depender sus tesis del hecho contingente de que un ordenamiento jurídico se haya visto constitucionalizado⁵¹. También parece significativa la distinción entre los principialismos que promueven la infiltración de valores y principios morales en el derecho de aquellos que simplemente constatan y aceptan su presencia en el ordenamiento jurídico como un rasgo, en ocasiones, saludable. Entre las expresiones más difundidas de las teorías principialistas del derecho, encontramos al neoconstitucionalismo, una teoría elaborada a partir de la constatación de los cambios a que los ordenamientos jurídicos se habrían visto sometidos con su constitucionalización y, en particular, de los efectos de la incorporación de derechos fundamentales a las constituciones y de su consagración como principios de validez jurídica. Todo esto habría implicado una moralización o rematerialización del derecho: los ordenamientos jurídicos son mejor concebidos si se los entiende como instrumentos que pretenden realizar los derechos y construir un orden social justo y como sistemas siempre sujetos a su propia optimización moral (García Figueroa, 2009, pp. 80 y ss. y 218 y ss.). También el llamado postpositivismo es una teoría principialista, constitucionalista y no positivista del derecho, basada en la unidad de la razón práctica, que niega que derecho y moral puedan separarse tajantemente y que defiende un objetivismo moral mínimo y reconoce la importancia de los principios y de la ponderación⁵², así como el papel activo de la jurisdicción y el carácter argumentativo del derecho⁵³ (Atienza, 2017, pp. 76 y ss.).

Han sido muchos y muy relevantes los autores que se han declarado próximos a planteamientos principialistas o que han sido asociados con ellos. De entre todos ellos, Porciello justifica la vinculación de Fuller al principialismo a partir de los paralelismos y coincidencias de sus tesis con las de Dworkin y, en menor medida, con las de Alexy.

⁵⁰ Al respecto, Guastini (2003, pp. 49 y ss.).

⁵¹ La unidad de la razón práctica, la consideración del razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general y la imposibilidad de argumentar jurídicamente sin seguir ciertos principios de corte moral (Alexy, 1978) son quizás el fundamento alternativo al constitucional de los planteamientos principialistas.

⁵² En este punto estribaría, a juicio de Atienza (2017, p. 82-83), la diferencia fundamental entre dos de las más reputadas variantes del principialismo: el neoconstitucionalismo y el postpositivismo, pues el segundo, a diferencia del primero, tomaría nota de la presencia de principios en el derecho sin ser hostil a las reglas ni a los valores legalistas.

⁵³ Una exploración sistemática y clarificadora de las diferencias entre postpositivismo y el positivismo jurídico en Aguiló (2007, pp. 669 y ss.).

Entre Fuller y Dworkin, Porciello (2016, pp. 253 y ss.) encuentra continuidad y coincidencias en importantes objetivos teóricos y metodológicos. Para pronunciarse sobre la filiación del primero —el asunto que me interesa aquí—, parece relevante su convencimiento, compartido con Dworkin, de que los juristas deben aproximar el derecho a su ideal moral y de que la definición misma del derecho se ha de realizar en función del ideal al que está vinculado (Porciello, 2016, pp. 266-267). Ambos compartirían también la convicción de que el derecho está formando por elementos explícitos y además por una moralidad implícita (pp. 269-270). Dworkin (1986, pp. 96) la encuentra en los principios de la moral social que resultan de una interpretación de los materiales jurídicos a su mejor luz moral y Fuller la halla en la forma del derecho en tanto que expresión de los principios de legalidad, cuya satisfacción asegura el respeto al valor y dignidad de la persona concebida como agente responsable.

Sin embargo, creo que las coincidencias con Dworkin no justifican la asociación de Fuller al principialismo. La razón estriba en el diferente carácter de los principios en uno y otro. Para Dworkin (1986, p. 96), son principios morales sustanciales que forman parte del derecho y que fundamentan la verdad de las proposiciones jurídicas, ya que sirven para interpretar el sentido de las decisiones políticas del pasado que proporcionan una justificación para el ejercicio de la coacción estatal, puesto que esa justificación solo puede elaborarse considerando los principios que muestran a esas decisiones a su mejor luz. Fuller parte del compromiso con unos determinados valores morales, que se realizan allí donde *hay reglas que gobiernan* el comportamiento humano. En este caso, los principios no forman parte del *contenido* del derecho. Por mucho que sean necesarios para su definición o comprensión, no se suman a las reglas ni las acompañan, aunque sí reclaman su gobierno. Mientras que en un modelo dworkiniano de derecho, la función de los principios es la de complementar a las reglas expresas, en el caso de Fuller, los principios y los valores de la legalidad sustentan o refuerzan el gobierno de las reglas y se realizan cuando el comportamiento de los individuos queda gobernado en los términos más rigurosos posibles por las reglas anunciadas. En Dworkin, los principios vinculan el derecho a la moralidad general implícita al contenido material de sus reglas y del ordenamiento del que forman parte, lo que no excluye *conflictos* entre el sentido literal u original de las reglas y su sentido a la luz de los principios que las justifican. En Fuller, los principios de legalidad promueven la autonomía del derecho respecto de cualquier moralidad distinta de la que reclama el gobierno de las reglas mismas.

No me voy a pronunciar sobre si está o no autorizada la vinculación de Dworkin al principialismo, pero no creo que la de Fuller lo esté. Lo que Fuller promueve es un orden de legalidad en el que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas y en el que el trato que les dispensan las autoridades dependa de la correspondencia entre lo establecido en las reglas y su comportamiento. Ese orden exige que las reglas se apliquen congruentemente, es decir, en el sentido en que sus destinatarios debieron entenderlas en función de lo que las autoridades dijeron y de su contexto. En un marco de pluralismo ético, condicionar el sentido de las reglas a lo que dispone la moralidad contribuiría a tornar inciertas sus determinaciones, vulnerando, por tanto, el principio de inteligibilidad. La teoría de la legalidad de Fuller no parece compatible con esa complementación moral del derecho⁵⁴.

La proximidad entre Alexy y Fuller, según Porciello (2016, pp. 273-303), es constatable si tenemos en cuenta que ambos conciben al derecho como un fenómeno con una doble naturaleza – real o factual e ideal en el caso de Alexy y explícita e implícita en el caso de Fuller– y que ambos sostienen también que derecho y moral están conectados. Ahora bien, mientras que Alexy, como bien señala Porciello (p. 275), interpreta los elementos morales implícitos en el derecho como “condiciones materiales de justicia”, que imponen o excluyen determinados contenidos para el derecho, Fuller interpreta que los elementos morales implícitos en el derecho se refieren a condiciones formales que disciplinan su modo de producción o aplicación⁵⁵. Esta es una diferencia importante. Los principios de legalidad no imponen ningún contenido al derecho, porque lo que supone su incumplimiento es que el derecho pierda su forma, es decir, que la forma de gobierno deje de ser jurídica. Esto, desde mi punto de vista, es más relevante de lo que parece. Para comprobarlo, basta reflexionar brevemente sobre la versión fulleriana del célebre artículo 1 de la constitución que imaginaba Alexy, que disponía que “X es una república soberana, federal e injusta”. En lógica fulleriana sería necesario interesarse por el tipo de

⁵⁴ Salvo que la moralidad sea cierta, en cuyo caso, no habría objeción, aunque esto, como vimos, es algo en lo que también está de acuerdo Campbell.

⁵⁵ Efectivamente, el interés de Fuller por el “derecho implícito” podría abonar su asociación al principialismo. Sería así si se interpretara que con sus tesis al respecto afirma la existencia de un derecho implícito formado por principios junto a las reglas. Sin embargo, no creo que esa sea la lectura correcta de las referencias al derecho implícito. Este no apuntaría tanto a componentes del derecho diferenciados de las reglas explícitas –advierte Porciello (2016, p. 242) que también hay elementos implícitos en el derecho explícito–, como a la necesidad de entender qué es el derecho y cómo puede llegar a existir considerando la existencia de una serie de interacciones y elementos de reciprocidad en la tarea de crearlo y hacerlo operativo, dado que “un orden jurídico “requiere un esfuerzo cooperativo tanto de los gobernadores como de los gobernados, unidos por una respetable relación de reciprocidad” (p. 246). Son, efectivamente, esas dimensiones, especialmente perceptibles en la interpretación de las reglas o de garantizar su practicabilidad o éxito, las que están en relación con la idea de una dimensión implícita de la relación de legalidad.

injusticia implicada, admitiendo la posibilidad de disposiciones injustas pero conformes con los principios de legalidad. Lo que Fuller no admitiría es el carácter jurídico de un artículo que dispusiera que “X es un Estado de derecho en el que todas las leyes del Parlamento deben permanecer secretas para los ciudadanos” (Fuller, 1968, pp. 109-112) o en el que las autoridades se declararan competentes para hacer en cada ocasión con los individuos lo que les diera la gana, con independencia del hecho de que hubieran obedecido sus normas. Estas sí serían, en términos fullerianos, disposiciones incompatibles con lo jurídico. Como reconoce Porciello (2016, p. 302), las posiciones de Fuller y Alexy divergen, porque mientras que Fuller pone como presupuesto moral del concepto de derecho una serie de principios procesales o formales, Alexy lo funda sobre una “dimensión valorativa culturalmente connotada”. Dicho lo cual, no creo que esta divergencia pueda ser explicada en función del “diverso grado de objetividad ética” de ambos autores. Más que “grado”, de lo que se trata es de la distinta naturaleza de la moral implícita al derecho en ambos autores: mientras que para Fuller está formada por valores que se ven expresados cuando el comportamiento de los individuos se gobierna mediante reglas, para Alexy se trata de unos principios morales cuyo contenido en ocasiones reclama desplazar al de las reglas.

Para terminar de descartar la asociación de Fuller con el principialismo, me parece necesario insistir en que los principios de legalidad, en tanto que expresión normativa de los valores morales del ideal de la legalidad, son implícitos al derecho, pero no en el sentido de que formen parte de su contenido, sino porque definen su propósito y condicionan su forma. El propósito del derecho es el gobierno de las acciones de los individuos mediante reglas y las condiciones que han de satisfacerse para realizarlo son los principios de legalidad. Esto significa que no existe en Fuller tensión entre la dimensión moral del derecho y la dimensión reglada de su contenido normativo. Sería un error interpretar que el derecho está formado por principios morales en algún tipo de relación de tensión con sus reglas. Es justo lo contrario: los principios de legalidad ordenan maximizar el gobierno de las reglas y garantizar la autonomía del derecho respecto de órdenes normativos distintos. La moral del derecho no es, por tanto, contraria ni complementaria a sus reglas, sino que exige su gobierno y se ve satisfecha en la medida en que ese gobierno se practique.

También hay que tener claro lo siguiente: el gobierno de los comportamientos humanos por determinación moral directa, es decir, la situación que se da cuando las autoridades dispensan a los

individuos el trato moralmente debido, sin entrar a considerar la correspondencia entre lo establecido y lo hecho por cada uno de ellos, es difícilmente compatible con los principios de legalidad. Solo lo sería si existiese un conjunto de principios morales con un contenido determinado y conocido, que permitiera a los individuos orientar su comportamiento en función de su sentido normativo, es decir, anticipar con un cierto nivel de seguridad cuál será la reacción de las autoridades a sus acciones cuando decidan qué es lo que se sigue de aquellos principios. Dicho de otro modo, el gobierno por determinación moral directa solo es compatible con los principios de legalidad cuando lo moral está de algún modo *reglado*. Pero no ocurre así en sociedades éticamente pluralistas, en las que la moral no puede decirse reglada. En estos casos, resolver después de ponderar principios o después de derrotar las determinaciones normativas de una regla para optimizar un principio no es compatible con los valores que forman parte del ideal de la legalidad. Esas soluciones, por tanto, no pueden ser consideradas prácticas saludables por quien se dice comprometido con ese ideal.

Dado que la moralidad del derecho de Fuller ordena maximizar su dimensión reglada y dado su compromiso con el ideal de la legalidad, no está justificada su asociación con teorías que celebran la presencia en el derecho de principios llamados a modular, condicionar o derrotar las determinaciones expresadas en las reglas o que promueven su incorporación. Un jurista fulleriano debería advertir del riesgo de deslegalización que comporta gobernar según principios que carecen de un contenido dispositivo preciso y cuyo alcance solo se manifiesta bien a la luz de reflexiones controvertidas a propósito del sentido del valor al que están asociados o bien a la luz de experiencias particulares, lo que implica decidir *ex post facto* qué es lo mejor que debería haberse hecho en una situación dada y, por tanto, qué es lo que debió hacerse. Un jurista fulleriano debería adoptar hacia los principios y hacia el principialismo la misma actitud que adopta un iuspositivista normativo.

Para concluir: no sé si Fuller habría perdido los nervios si se lo asociase con una teoría de corte principialista⁵⁶, pero creo que habría pedido aclaraciones sobre qué es lo que se entiende exactamente por principialismo. En particular, se habría interesado por el papel de los principios en el derecho, para valorar si su gobierno es compatible con el ideal de legalidad y con las condiciones constitutivas de los órdenes jurídicos o si, por el contrario, es una forma más en la que un orden jurídico podría fracasar.

⁵⁶ Como decía perderlos cuando algunos de aquellos a los que creía sus más acreditados lectores lo asociaban con el iusnaturalismo ontológico (Rundle, 2012, p. 172).

Quizás después se habría visto en la necesidad de añadir un noveno capítulo a la historia de Rex, en el que este, tras haber convocado a sus súbditos para darles a conocer el derecho, habría anunciado un largo catálogo de reglas exigiendo llevar a cabo ciertas acciones, pero que solo debían ser cumplidas o aplicadas si eran compatibles con la justicia y los derechos de todos. Probablemente, los súbditos, primero, se habrían mirado unos a otros y, luego, habrían vuelto su mirada a los jueces para preguntarles si ellos podrían especificar qué es compatible con la justicia y con los derechos de todos, a lo que los jueces habrían señalado que no iban a responder en ese momento, pero que algunos reputados juristas académicos tienen una teoría al respecto en la que ellos mismos se inspirarían al momento de tomar sus decisiones. Eso dirían, sin estar claro si era lo que creían, si era lo que querían creer o si simplemente era lo que querían hacer creer.

4. Bibliografía

- Aguiló, J. (2007). “Positivism and postpositivism. Two legal paradigms in few words” in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), pp. 665-675.
- Alexy, R. (1978). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEPC, 1989.
- Allan, J. (1997). “Positively Fabulous: Why It Is Good to Be a Legal Positivist” in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 10, pp. 231 1997
- Atienza, M. (2017). “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista” in *Revista CAP Jurídica Central*, vol. 2, núm.3.
- Bayón Mohino, Juan Carlos (2017). El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: Dos visiones. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° extra. 39, 2017 (Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro), pp. 67-72.
- Bobbio, N. (1961). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
- Burg, W. v. d. (2014). *The Dynamics of Law and Morality*. Abingdon: Routledge.
- Campbell, T. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth.
- Campbell, T. (1998). “The Point of Legal Positivism” in *King’s College Law Journal*, vol. 9, pp. 61-87.
- Campbell, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*. Londres: UCL Press.
- Cliteur, P. (1999). “Fuller’s Faith” en Witteveen y Burg, 1999.
- Coleman, J. (1982). “Negative and Positive Positivism” in *The Journal of Legal Studies*, Enero, 1982, Vol. 11, n° 1, pp. 139-164.
- Dworkin, R. (1986). *Law’s Empire*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (2000). “Positivism’s Stagnant Research Programme” in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n° 4, pp. 703-722.
- Escudero Alday, R. (2000). *Positivism and moral internal of the law*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Escudero Alday, R. (2004). *Los Calificativos del Positivism Jurídico*. Madrid: Thomson Civitas.
- Fuller, L. (1940). *Law in Quest of Itself*. Chicago. Chicago: The Foundation Press.

Fuller, L. (1954). “American Legal Philosophy at Mid-century” en *Journal of Legal Education*, vol. 6, núm. 4, pp. 457-485.

Fuller, L. (1958). “Positivism and the Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart” en *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-672.

Fuller, L. (1958a). “A Rejoinder to Professor Nagel” en *Natural Law Forum*, vol. 3, núm. 1, paper 30, pp. 83-104.

Fuller, L. (1964). *The Morality of Law*, 1ª ed., New Haven: Yale University Press.

Fuller, L. (1968). *Anatomía del derecho*. Caracas, Monte Ávila Editores, 1969.

Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*, 2ª ed., New Haven: Yale University Press.

Fuller, L. (1981). *The Principles of Social Order*. Durham: Duke University Press.

García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de moralidad*. Madrid: Trotta.

García Manrique, R. (2003). “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica” en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, pp. 477-515.

Grego, J. (2020). *La forma del derecho y la libertad*. Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2003). “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico” en Carbonell, M. (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Guest, S. (2004). *Positivism Today*. Aldershot: Dartmouth, 1996.

Hart, H. L. A. (1958). “Positivism and the Separation of Law and Morals” en *Harvard Law Review*, 71, 4, pp. 593-629.

Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

Hart, H. L. A. (1994). *Post scriptum al concepto de derecho*. Ciudad de México: UNAM.

Hierro, L., (1996). “El imperio de la ley y la crisis de la ley” en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, pp. 287-308.

Hierro, L. (2002). “¿Por qué ser positivista?” en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, pp. 263-302.

Hierro, L. (2016). “Seguridad jurídica, crisis de la ley y crisis de la aplicación de la ley», en L. Peña y T. Ausín (coords.). *Conceptos y valores constitucionales*. Madrid: Plaza y Valdés, pp. 187-208.

Jiménez Cano, R. (2020). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

- Kramer, M. (2004). “On the Moral Status of the Rule of Law” en *Cambridge Law Journal*, 63-1.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Laporta, F. J. (1994). “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz” en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16 (1994).
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley*. Madrid: Trotta.
- La Torre, M. (1998). “Fuller, Lon Louvois (1902–78)”. *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. DOI: 10.4324/9780415249126-T032-1. 12/2/2021
- Lovett, F. (2016). *A Republic of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Luban, D. (1999). “Rediscovering Fuller’s Legal Ethics” en Witteveen W. y van der Burg, W. *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Desing*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Luban, D. (2001). “Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller” en *Social Philosophy and Policy*, vol. 18, pp. 176-205.
- MacCormick, N. (1985). “A Moralistic Case for A-moralistic Law” en *Valparaiso Law Review*, nº 20, pp. 1-41.
- MacCormick, N. (1989). “The Ethics of Legalism” en *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, pp. 184-193.
- Moreso Mateos, J. J. (2015). “Positivism jurídico contemporáneo” en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, Á. (coords.). Vol. 1, 2015.
- Paulson, S. L. (1994). “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the ‘Positivist’ Theses” en *Law and Philosophy*, 13, pp. 313-359.
- Passerin D’Entreves, A. (1951). *Derecho Natural*. Madrid: Aguilar, 1972.
- Peña Freire, A. (2017). *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona: Atelier.
- Peña Freire, A. (2020). “Estado de derecho, adjudicación y racionalidad jurídica” en Gascón, M. y Núñez Vaquero, Á. (eds.). *La construcción del precedente en el civil law*. Barcelona: Atelier.
- Peña Freire, A. (2020a). “La constitución del Estado de derecho” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVI, pp. 87-110.
- Porciello, A. (2016). *En los orígenes del neoconstitucionalismo El antipositivismo de Lon L. Fuller*. Lima: Palestra, 2019.
- Postema, G. J. (1991). *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

- Radbruch, G. (1946). *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- Raz., J. (2009). *The Authority of Law*, 2ª ed. Oxford, Oxford University Press.
- Rivas Palá, P. (2007). *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*. Cizur Menor: Civitas, 2007.
- Ruiz Miguel, A. (2006). “Positivismo ideológico e ideología positivista” en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla, M. A. *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Rundle, K. (2009). “The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust” en *University of Toronto Law Journal*, 59, pp. 65-125.
- Rundle, K. (2012). *Forms Liberate*. Oxford: Hart Publishing.
- Scarpelli, U. (1961). *¿Qué es el positivismo jurídico?* Lima: Zela, 2021.
- Schauer, F. (1991). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Schauer, F. (1999). “Fuller on the Ontological Status of Law” en Witteveen y Burg (1999).
- Selznick, P. (1961). “Sociology and Natural Law” en *Natural Law Forum*, vol. 6, paper 61, pp. 84- 108.
- Shklar, J. (1964). *Legalism*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Simmonds, N. (2007). *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University Press.
- Summers, R. S. (1984). *Lon L. Fuller*. Londres: Edward Arnold.
- Waldron, J. (1999). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Waldron, J. (2001). “Normative (or Ethical) Legal Positivism” en Coleman, J. (ed.). *Hart’s Post-script. Essays in the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2011). “The Rule of Law and the Importance of the Procedure” en Fleming, J. E. (ed.) (2011). *Getting the Rule of Law*. Nueva York: Nomos-New York University Press.
- Winston, K. (1981). *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*. Durham NC: Duke University Press.
- Winston, K. (1986). “The Ideal Element in a Definition of Law” en *Law and Philosophy*, vol. 5, núm. 1, pp. 89-111.
- Witteveen W. J. y Burg, W. v. d. [eds] (1999). *Rediscovering Fuller*. Amsterdam: Amsterdam University Press.