



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La moral del derecho

Una lectura de Lon L. Fuller

Presentado por:

***Alicia Jiménez Gómez***

Tutelado por:

***Luis Carlos Amezúa Amezúa***

*Valladolid, 28 de junio 2021.*

## **RESUMEN**

Lon L. Fuller, escribió varias obras dedicadas al Derecho y la Moral. Su obra más conocida es *“La moral del Derecho”*, en la cual desarrolla sus famosos ocho principios de legalidad: la generalidad, la promulgación, la no retroactividad de las leyes, la claridad, no contradicción, leyes que no requieran lo imposible, la estabilidad del derecho y la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. Estos ocho principios se vinculan con el Estado de Derecho. Además, mantiene durante muchos años en la revista de leyes de Harvard, un intenso debate con H.L.A Hart.

## **ABSTRACT**

Lon L. Fuller, wrote some books about Law and Morality. The best book is *“The morality of law”*, in this, Fuller, explain about his eight principles of legality: generality, promulgation, no retroactive laws, clarity, no contradictions, no laws requiring the imposible, constancy of the law through time, congruence between the official action and declared rule. This principles are linked with the rule of law. Also, kept for many years in the Harvard Law Review, a discussion with H.L.A. Hart.

**PALABRAS CLAVE:** Lon L. Fuller, La moral del Derecho, Derecho, Moral, Principios de legalidad, Estado de Derecho, H.L.A Hart.

**KEYWORDS:** Lon L. Fuller, The Morality of law, Law, Morality, Principles of legality, Rule of law, H.L.A Hart.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1 LON LUVOIS FULLER.....	7
1.1 Biografía.....	7
1.2 Corriente doctrinal.....	10
1.3 Contexto histórico.....	11
1.4 Obras.....	12
1.5 El legado de Lon L. Fuller.....	12
2 LA MORAL DEL DERECHO .....	15
2.1 Las dos morales. La moral de deber y la de aspiración.....	16
2.2 Los ocho requisitos de la moral interna.....	21
2.3 La naturaleza de los ocho requisitos en el pensamiento de Fuller.....	38
3 EL CASO DE EXPLORADORES DE CAVERNAS.....	40
3.1 Hechos fundamentales del caso.....	41
3.2 La postura adoptada por los jueces.....	42
3.3 Resolución del caso.....	45
4 EL CONCEPTO DE DERECHO EN LAS OBRAS DE LON L. FULLER.....	46
4.1 La dificultad de establecer un concepto del Derecho.....	46
4.2 La persistente problemática del Derecho.....	50
4.2.1 El Derecho plasmado y el Derecho de la realidad social.....	52
4.2.2 La búsqueda de la armonización entre la Actividad Judicial y la Actividad Legislativa.....	55
4.2.3 Intentando superar los problemas.....	58
4.3 Las fuentes de Derecho.....	60
4.3.1 Derecho creado y Derecho implícito.....	60
4.3.2 El Common law.....	66
5 RULE OF LAW.....	72
5.1 Concepto y Características.....	72
5.2 Aportación de Lon Fuller al movimiento del rule of law.....	73
5.3 ¿Se encuentra el estado de derecho o rule of law al servicio de los derechos fundamentales?.....	74
6 EL DEBATE ENTRE FULLER Y HART.....	77
6.1 Herbert Hart.....	77
6.2 Harvard Law Review.....	78
6.3 El debate en la obra “La moral del Derecho”.....	83
6.4 El fin del debate.....	87

7	CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA DE FULLER DESDE UNA MIRA MÁS ACTUAL.	88
8	EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES .....	90
	CONCLUSIÓN .....	92
	BIBLIOGRAFÍA .....	95

## INTRODUCCIÓN

El papel de la filosofía jurídica es desde antiguo muy importante, ya que gracias a ella se han podido explicar muchas cuestiones que los operadores jurídicos no han sabido aclarar, o ni si quiera se han llegado a plantear. La filosofía jurídica se ha centrado en resolver preguntas, que pueden parecer sencillas, pero son del todo complejas, ¿realmente qué es el derecho?, ¿qué motiva la creación de una u otra norma?, ¿en qué se sustentan?, y un largo etcétera de cuestiones que pueden pasarnos por la cabeza. Por ello, es muy interesante conocer las diversas corrientes, las diferentes posturas y tesis que se han ido sucediendo a lo largo de los siglos. Es conocido por todos que existen dos grandes corrientes, el positivismo, y el iusnaturalismo, esta última, es la corriente que ha buscado resolver las preguntas que he planteado al principio. La corriente del iusnaturalismo es la que se formula y ha basado su objeto de estudio no tanto en las normas o leyes en sí mismas, sino en lo que hay detrás de ellas, en sus motivaciones, y poco a poco, han ido creando un sistema en el que entienden al ser humano como alguien racional, que tiene dignidad, con unos derechos, y por ello, las normas tienen que garantizar, en cualquier realidad en la que nos encontremos, que exista un orden justo.

En este trabajo, veremos, en muchos aspectos, este tipo de cuestiones, ya que, aunque nuestro autor, nunca se calificó como iusnaturalista, lo cierto, es que pertenece a esta corriente filosófica. Fuller no entiende que la realidad social está ordenada de forma justa simplemente porque existan normas. Va más allá, y cree necesario una serie de principios, sus famosos desideratum, 8 principios de la moral que deben regir el derecho, y que si no se cuidan, respetan y protegen, el resultado no será ni si quiera una norma jurídica.

Este trabajo conllevaba un gran reto, ya que, en el ámbito cultural filosófico este autor no parece del todo conocido, sus ideas y tesis, e incluso su propia persona parecen haber sido olvidadas en nuestro país. Pero, poco a poco, las tesis de Fuller han ido obteniendo un progresivo reconocimiento en todo el mundo. El reconocimiento es mayor en el ámbito anglosajón que en el hispano. Las razones de este injusto olvido en nuestro país, son varias, pero este trabajo no pretende centrar su foco principal en el averiguar el fondo de ese olvido, sino en recuperar y plasmar las tesis filosóficas de Fuller.

Conoceremos su historia, sus circunstancias y se analizarán en profundidad varias obras del mismo, para a través de ellas, plasmar sus tesis e ideas, y dar el valor que se merecen estas obras, ya que están repletas de brillantes argumentos que nos invitan a reflexionar sobre si verdaderamente estamos tomando el camino adecuado en la realidad jurídica, si de verdad, estamos respetando los principios y los derechos humanos básicos que tanto promulgamos.

También, habrá lugar para la crítica, se prestará atención al intenso debate que tuvo con uno de los grandes representantes del positivismo jurídico como fue Herbert Hart. Este debate, fue probablemente, el punto de partida del reconocimiento de Fuller. Además, veremos como en la actualidad hay obras que critican y alaban el pensamiento de nuestro autor. Algo importante, porque nos hace darnos cuenta de que la figura de este filósofo puede todavía aportarnos bastantes cosas.

Independientemente de si particularmente uno es más afín a las tesis positivistas, o a las tesis iusnaturalistas, el conocimiento de la existencia de este filósofo y de sus ideas, es necesario, para todos aquellos que estamos, vinculados al mundo de lo jurídico. Aunque en nuestro país este autor no sea tan conocido como otros, no significa que sus ideas no sean ricas en argumentos, interesantes, y, en ciertos puntos, controvertidas. Pero esto, pasa con cualquier idea de cualquier gran filósofo que se nos venga a la mente. Por ello, este trabajo, está realizado intentando no juzgar o criticar demasiado sus ideas, sino, buscando el conocimiento de las mismas, plasmando en muchas ocasiones sus ideas, e intentando explicarlas, entendiendo el porqué de aquellas.

Se intenta que todo aquel que quiera acercarse a conocer a este gran autor, pueda hacerlo, disfrutando, y entendiendo sus argumentos. No puede obviarse que a veces la filosofía no deja de ser algo pasional, una creencia o unas ideas, que el lector termina interiorizando, admirando o incluso, todo lo contrario, odiando. Por eso no todos estarán de acuerdo en las ideas de este autor norteamericano, pero es necesario que se conozcan mejor en nuestro país y que nuestra doctrina le sitúe en el lugar que se merece, junto con otros grandes, porque no es justo, que todo aquel estudiante de Derecho que se precie, conozca a Kelsen y a su famosa pirámide, pero no conozca a Fuller y a sus ocho desideratas.

Aunque a veces las lecturas filosóficas de ámbito jurídico pueden resultar un poco complicadas de entender, no es el caso de las de este autor. Buscaba aportar algo al mundo jurídico, quería enseñar, siempre estuvo vinculado al ámbito académico, y esto, se nota en sus obras, ya que no todo el mundo sabe transmitir y enseñar algo de forma que se entienda. A mi juicio, es relativamente fácil saber sobre algo, pero es muy difícil transmitir ese conocimiento a otros.

Este trabajo se ha realizado siguiendo una metodología basada en la lectura directa de las obras más importantes de Lon L. Fuller junto con la lectura de obras secundarias del mismo. Además, se ha realizado utilizando un sinnúmero de artículos relevantes de otros autores y de obras más contemporáneas en las que se busca aportar algo novedoso a las tesis de este autor.

En cuanto a la estructura del mismo, comienzo aportando información sobre el propio autor, unas breves referencias a su biografía y al contexto en el que desarrolló su vida y sus obras. Junto con una referencia a la corriente doctrinal y al legado actual del autor.

Posteriormente, se analizarán en profundidad las obras *La moral del derecho*, y el *Caso de los exploradores de Cavernas*. Estos dos apartados se han realizado intentando plasmar todas las ideas y opiniones que en ellos aparecen sin criticar las mismas. Después, el trabajo cuenta con un apartado dedicado al concepto de Derecho que encontramos en las obras de Fuller. Este define al Derecho como *la empresa de sujetar al resto*, junto con otro epígrafe en el que se pondrá de relieve la vinculación de Lon Fuller con el movimiento del *rule of law*.

Una vez analizadas las obras de nuestro autor el concepto del Derecho y otras ideas relevantes, nos centraremos en analizar el intenso debate que mantuvo con Herbert Hart y, el cual, le sirvió para obtener un gran reconocimiento por parte de la doctrina anglosajona. Para ello, aportaré algunas breves referencias de la vida y obra de Herbert Hart para situarle en una corriente filosófica. Posteriormente, nos centraremos en los tres estadios de su debate, primero, en los argumentos de ambos en los artículos publicados en la Harvard Law Review, segundo, en sus obras, y tercero, en los últimos artículos de la Harvard Law Review, de nuevo. Por último, nos encontraremos con un epígrafe dedicado a críticas y a ideas más actuales, junto con unas referencias a sus aportaciones al derecho civil, respecto a la materia de los daños contractuales.

# 1 LON LUVOIS FULLER

Este trabajo se centra en las tesis filosóficas de Lon L. Fuller, por ello, es necesario, mencionar una serie de datos biográficos, y el contexto histórico, en el cual desarrolló su vida este filósofo, con el fin de acercarnos a él, para poder entender mejor sus pensamientos. Por ello, en este primer apartado, vamos a abordar estas cuestiones, antes de profundizar en sus obras y en sus ideas.

## 1.1 Biografía

Lon Luvois Fuller (1902-1978), nació al comienzo del Siglo XX, concretamente el 15 de junio de 1902 en Hereford, una ciudad perteneciente al estado de Texas (EE.UU). Su vinculación con dicho estado no es muy profunda, ya que, en 1906, cuando a penas tenía 4 años, su familia se trasladó a vivir al Valle Imperial, al sur del estado de California, y es aquí donde pasa su infancia y juventud. Su familia era considerada como de clase media-alta, ya que su padre fue empleado de la banca. Además su padre, fue ascendiendo en su puesto de trabajo hasta llegar al cargo de Presidente del Banco Nacional *El Centro*, un cargo importante y que se remuneraba con una cuantía elevada, por lo que la familia de Fuller pudo vivir cómodamente.

En 1919 comenzó a estudiar en la Universidad de California (Berkeley), aunque solo estuvo hasta 1920, año en el que traslado sus estudios a la Universidad de Stanford, allí optó por la carrera de económicas, de la cual se graduó en el año 1924. Se sentía tan cómodo y tenía tantas ganas de aprender y formarse que continuó vinculado a la Universidad de Stanford, haciendo un doctorado en jurisprudencia, doctorado que consiguió en 1926. Se cree que su padre siempre le ánimo para que fuera abogado, ya que su gran sueño era ver a su hijo convirtiéndose en un abogado de reconocido prestigio, pero estos no fueron los pasos que siguió nuestro autor, ya que siempre tuvo bastante claro que quería seguir una carrera académica, quería transmitir sus conocimientos, y podemos afirmar, que cumplió sus sueños, ya que sus tesis continúan recordándose en la actualidad.

Su carrera académica comenzó en la facultad de derecho de la Universidad de Oregón en Eugene, donde también comenzó a escribir y publicar artículos. Su primera publicación fue un comentario a la Ley de la posesión precaria. No duró demasiado en esta Universidad, ya que en 1928 se vinculó a la Universidad de Illinois, en la cual estuvo enseñando hasta el año 1931. En esta etapa publicó tres artículos en la revista *Illinois law review* sobre ficciones legales<sup>1</sup>, a partir de dicho momento los operadores jurídicos, escritores y todos aquellos vinculados al mundo del derecho comenzaron a mostrar interés por este autor, ya que estos artículos eran de una calidad absoluta, lo que llamó la atención de todos, estuviesen o no de acuerdo con sus ideas. De hecho, puede afirmarse, que estos tres artículos han sentado las bases de las teorías de nuestro autor, sobre todo en lo que está vinculado al denominado como instrumentalismo pragmático.

En 1931 decidió trasladarse a la Universidad de Duke, en la cual estuvo hasta el año 1939. En esta etapa publicó un ensayo que le hizo conseguir un premio, el premio Phillips otorgado por la sociedad filosófica de América en 1935. En dicho ensayo criticaba al realismo jurídico y a diversos exponentes de este género. Además, hizo grandes aportaciones a la ley de contratos, publicando un ensayo en *The Yale Law Journal*, que llevó por título, “*The reliance interest in contract damages*”.

En el curso de 1939-1940 trabajó de profesor visitante de Derecho en la prestigiosa Universidad de Harvard. Quedó tan maravillado de esta Universidad y las posibilidades que le ofrecía, que decidió vincularse a la misma de forma permanente. Allí formó parte de *Rosenthal Lectures at Northwesterns University*, y fue miembro de la conocida como “liga de la defensa americana”. Este periodo coincidió con el estallido y desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, algo que le afectó profundamente, ya que la Universidad de Harvard tuvo que paralizar gran parte de sus operaciones habituales. Es en este momento en el que tuvo que ingresar en la famosa firma *Ropes and Gray*, un Bufete muy conocido de Boston donde se dedicó a las relaciones laborales, hasta que pudo volver a su actividad académica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> En 1924, estudiantes de las facultades de Derecho de la Universidad de Illinois, la Universidad de Northwestern y la Universidad de Chicago, comenzaron la publicación de esta revista, la cual se publicó con este mismo nombre y formato hasta 1932.

<sup>2</sup> Cfr. SUMMERS, S. ROBERT, *Lon L. Fuller*, Stanford University press (Jurist: Profiles in legal theory) Junio de 1984, pp.3-7.

El Ataque a Pearl Harbor<sup>3</sup>, el 7 de diciembre de 1941, marcó un antes y un después en las opiniones de nuestro autor. Con anterioridad a dicho acontecimiento se dedicó a defender la intervención de los Estados Unidos en la guerra, posteriormente no pudo sostener estas tesis. Escribió múltiples trabajos rechazando lo ocurrido durante el régimen instaurado por Hitler, de hecho, ayudó a varios intelectuales de la época a huir de lo que estaba sucediendo en Alemania, y del nazismo, entre ellos, estaba el gran Hans Kelsen.

Al finalizar la guerra, en 1945, pudo volver a enseñar a la Universidad de Harvard. Pero, cambió su ámbito de trabajo, ya que antes prestaba atención al Derecho contractual, y a partir de este momento se dedicó a la filosofía jurídica. Se observa por tanto que la 2ª Guerra Mundial le marcó profundamente, no sólo en sus opiniones respecto a las políticas intervencionistas, sino en su propio campo de estudio. Es en esta etapa en la que comenzó a escribir en la *Harvard Law Review* y cuando protagonizó su famoso debate con Hart. Además, en esta etapa también escribe sus obras más conocidas, entre ellas, *El caso de los exploradores de cavernas* y *La moral del derecho*.

Se puede afirmar que Lon L. Fuller fue clave en la Universidad de Harvard de la post-guerra. De hecho, fue nombrado director del Comité sobre Educación Legal, y propuso una gran modernización en el plan de estudios.

Llama la atención también el cambio político que sufrió nuestro autor, fue demócrata prácticamente toda su vida, pero en 1960 apoyó la campaña de Richard Nixon<sup>4</sup>, el cuál había sido su alumno en la Universidad de Duke. Esa campaña, Nixon, perdió, lo que supuso en nuestro autor que se alejase definitivamente de la política de EE.UU.

En los últimos años de su vida, años 60 y 70, se dedicó a impartir cursos, coloquios y seminarios que se especializaban en el Derecho y el cambio social en África y sobre la sociología del Derecho, digamos que cada vez le interesaba más las relaciones entre el Derecho y la Antropología.<sup>5</sup> Hasta su fallecimiento en 1978, siguió vinculado a la Universidad de Harvard, realizando un sinfín de trabajos de gran calidad.

---

<sup>3</sup> El Ataque a Pearl Harbor fue una ofensiva militar sorpresa que efectuó la Armada Imperial Japonesa contra la base naval que tenía EEUU en Pearl Harbor, este ataque cambió el rumbo de la Segunda Guerra Mundial, fue un ataque que conmocionó al pueblo estadounidense.

<sup>4</sup> Fue el trigésimo séptimo presidente de los EEUU entre 1969 y 1974, convirtiéndose en el primer Presidente norteamericano que renuncia a su cargo, debido al denominado como escándalo Watergate.

<sup>5</sup> Cfr. KENNEDY, David, “Lon L. Fuller y el canon del pensamiento jurídico estadounidense”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, N°4, 2009, PP.165-180.

## 1.2 Corriente doctrinal

Parece un poco complicado establecer o encuadrar a nuestro autor en una corriente doctrinal determinada ya que él nunca se proclamó como iusnaturalista o como positivista. Pero, si prestamos atención a sus obras, a pesar de que él nunca se autodefinió como iusnaturalista, debemos vincularle con esta corriente doctrinal, ya que pasó la mayor parte de su vida criticando firmemente las tesis positivistas. Podemos afirmar sin temor a equivocarnos que es un fiel antipositivista.

Esto es de admirar porque en el siglo XX (en el cual desarrollo su obra), el predominio filosófico era claramente positivista, por ello, lo más sencillo hubiese sido ser afín a dicha doctrina, pero nuestro autor decidió ser crítico con los postulados de esta corriente doctrinal. A pesar del predominio de teorías o adeptos a las corrientes positivistas, a lo largo del S. XX van apareciendo diversas corrientes fieles al iusnaturalismo, como, por ejemplo, el iusnaturalismo tradicional de Javier Hervada<sup>6</sup>, el iusnaturalismo deontológico de Pérez Luño<sup>7</sup>, o la teoría de los Derechos de Dworkin<sup>8</sup>, entre otros.

La postura que adopta Lon Fuller, dentro del iusnaturalismo, se conoce como Derecho natural procedimental, es una teoría novedosa, que sólo podemos vincular a este autor. Se basa en la premisa de la teoría tradicional del derecho natural, ya que busca analizar la moral que debe existir en las normas, o en el sistema para ser considerado como tal, pero lo novedoso y lo que le aleja o distingue respecto de la teoría tradicional es que no le importa tanto el contenido de las normas, sino los procedimientos, el cómo han sido las normas promulgadas y cómo se aplican día a día. De ahí el nombre de Derecho natural (teoría tradicional, moral) procedimental (basado en el procedimiento no en el contenido). Esta corriente, en su tiempo, fue bastante criticada, probablemente porque sus tesis no llegaron a comprenderse dentro de una comunidad jurídica con un claro predominio positivista. Respecto a las tesis u opiniones que fundamentan este Derecho Natural Procedimental, se irán analizando en los apartados oportunos, a lo largo de este trabajo.

---

<sup>6</sup> Véase, *Introducción crítica al Derecho Natural* 10ª edición, Eunsa, Pamplona 2007.

<sup>7</sup> Véase, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos. Madrid, 2020. *La filosofía del Derecho, tarea y circunstancia*. Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017. El iusnaturalismo deontológico prescribe los valores que deben informar al Derecho positivo para que sea justo.

<sup>8</sup> Véase, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012. Crítico implacable con las escuelas positivistas y utilitarista, construye una teoría general del derecho que integra tanto el razonamiento moral como el filosófico.

### 1.3 Contexto histórico

Como hemos visto, nuestro autor nació y vivió en el siglo XX, un siglo en el que sucedieron un sinnúmero de acontecimientos históricos, que no sólo marcaron a Lon L. Fuller, sino que también marcaron a la humanidad.

El siglo XX comenzó con grandes cambios y avances en el mundo tecnológico, sobre todo en Estados Unidos, de la mano de Henry Ford, con su sistema de producción “en cadena” que sigue siendo aplicado desde entonces en las grandes empresas automovilísticas. Pero los grandes avances tecnológicos también conllevaron desastres, como el famoso hundimiento del Titanic en 1912. Este siglo es también un siglo de crueldad y de violencia excesiva, ya que en él sucedieron las dos Guerras Mundiales. La I Guerra Mundial, sucedió entre 1914 y 1918, cuando estalló la misma, Fuller era un niño, casi adolescente.

También hubo grandes avances médicos, sobre todo con el descubrimiento de la penicilina en 1928. Fuller tuvo que vivir una gran crisis económica cuando trabajaba en la Universidad de Illinois, ya que en 1929 estalló la gran depresión con el conocido como crack del 29.

Continuando con la crueldad del siglo, Fuller vivió el alzamiento de regímenes totalitarios como, la noche de los cuchillos largos (1934). Durante el régimen de Hitler y el estado de terror que había instaurado nuestro autor se dedicó a ayudar a todos aquellos que pudo a escapar de esa situación, como a Kelsen, y además dedicó gran parte de sus trabajos a condenar de forma crítica todo que estaba sucediendo.

Durante su vida también le tocó vivir la Guerra Fría la cual comenzó en 1947, y no pudo ver finalizada, ya que, por desgracia, falleció antes. Vivió también la conocida como “carrera espacial”. El asesinato de John F. Kennedy, y el año de su fallecimiento, también falleció el papa Juan Pablo I, sucedido por Juan Pablo II.

Como se puede observar, existen, muchos acontecimientos importantes a lo largo del siglo XX, que marcaron la vida de este gran filósofo. Un siglo de extrema crueldad y violencia, grandes guerras, regímenes totalitarios y dictaduras, acompañado de todo tipo de luchas por ser la mayor potencia mundial. Pero también un siglo de grandes avances médicos, tecnológicos políticos y de defensa de los derechos humanos.

A pesar de que en ciertos momentos, con los regímenes totalitarios se vulneran todos los derechos fundamentales y humanos que puedan existir, al finalizar, se va consiguiendo un aumento progresivo de los derechos, sobre todo respecto a las minorías o colectivos fuertemente castigados y vulnerables, por ejemplo, la labor que desempeñó Martin Luther King en EE.UU para los derechos civiles de los afroestadounidenses.

#### **1.4 Obras**

Nuestro autor, tiene un importante número de ensayos y escritos publicados en diversas revistas vinculadas al ámbito universitario, como se ha podido observar en su biografía. Además de esto, tiene varios libros publicados, los cuales van a ser analizados en este trabajo, *Anatomía del Derecho*, *La moral del Derecho*, *El caso de los exploradores de cavernas*, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*. Junto con otras publicaciones como *Los principios del orden social* o *Ficciones legales*, entre otras.

Conviene señalar que la mayoría de escritos, ensayos, artículos y libros que ha publicado Lon L. Fuller a lo largo de su vida, no han sido traducidos a nuestro idioma, lo que dificulta la recepción de sus ideas en nuestro país. Al contrario que en Latinoamérica, donde existen varias ediciones de sus obras, publicadas por editoriales de renombre. Esto nos ha favorecido, ya que son las únicas ediciones a las que podemos acceder si queremos leer sus obras en nuestro idioma, pero no se consiguen de forma sencilla en nuestro país, ya que dichas editoriales no están asentadas en nuestras fronteras.

#### **1.5 El legado de Lon L. Fuller.**

Parece complicado hablar del legado de este autor, ya que, siendo justos, es una figura que no es conocida por todos. El nombre de Fuller, no nos suena tan conocido como el de otros teóricos del Derecho como Kelsen, Hart, Savigny o Santo Tomás, entre otros. No por ello, sus tesis o sus aportaciones, son vagas y poco ricas en argumentos, al contrario, pero es un autor que no ha sido tan recordado como otros. De hecho, esto no es una opinión sin fundamento, sus propios estudiosos están de acuerdo en ese olvido. En una entrevista que concedió Robert S. Summers a Manuel Atienza, en 1984, se pronunció sobre Lon L. Fuller de la siguiente forma: *“En 1984 publiqué una introducción general a la vida y obra de Lon L. Fuller. El libro apareció en la Stanford University Press con el título de Lon L. Fuller. Presté una amplia atención a la teoría iusnaturalista de Fuller, especialmente a su*

*Derecho natural procedimental. Pienso ahora, y he pensado durante mucho tiempo que Fuller fue una gran figura en la materia y ha sido indebidamente olvidado*".<sup>9</sup>

Realmente, esto no ha ocurrido en el ámbito anglosajón o latinoamericano, pero hay en otros países en los que este autor no se ha tenido demasiado en cuenta, entre ellos se encuentra España, pero parece que hay algo que está acercando a Fuller a nuestros estudios. En parte, porque en países que causan gran influencia en nuestra filosofía jurídica, como es Italia, se están publicando obras sobre este olvidado autor. En 1986 se publicó, por ejemplo, de la mano de Alessandro dal Brollo, un libro que lleva por título, *"La moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon L. Fuller"*. Las razones del olvido o de haber apartado a este autor en nuestro país son más complicadas de entender y abordar, pero es cierto que en nuestros libros filosóficos, hasta hace poco tiempo, no se encontraban estudios concretos ni algún análisis sobre su influencia, lo único que se encontraban eran referencias muy genéricas a sus aportaciones como pueden ser a los 8 requisitos de la moral que más adelante abordaremos.

Quizá nuestro país tuvo mayor predominio positivista, y las tesis iusnaturalistas de Lon L. Fuller tenían una difícil comprensión para nuestros estudiosos y por eso, la doctrina puede ser que la dejase un poco apartada, puesto que no estaban acostumbrados a este novedoso Derecho procedimental natural que proponía Fuller, y sus diferentes conceptos e ideas sobre la moralidad, eran difíciles de entender y comprender. Aunque, al apartar a este autor, no prestaron atención a las aportaciones que había realizado al *rule of law*, y que tendrían que haberse tenido en cuenta con anterioridad.

La forma en la que se involucró respecto al Derecho nazi, quizá también dificultó la recepción de este filósofo en nuestro país, ya que la doctrina en nuestro país buscaba huir de todo esto. En nuestras fronteras estaba muy reciente la Guerra Civil, y se estaba viviendo en un régimen dictatorial con la dictadura de Franco por lo que cualquier apunte a cualquier régimen totalitario, a pesar de que fuese criticado, no tenía gran aceptación entre nuestros estudiosos. Parece que durante un tiempo por las circunstancias que se vivieron en este país intentaban no reproducir dicho horror olvidando o intentando tapar la barbarie y crueldad de estos regímenes, quizá siguiendo el dicho de *"ojos que no ven corazón que no siente"*. A pesar de esto, en nuestra actualidad existen muchos escritos sobre esta cruel etapa.

---

<sup>9</sup> ATIENZA, M., "Entrevista a Robert S. Summers", DOXA, 23, 2000, pp. 770-771.

Ahora parece que las ideas de Fuller se están empezando a utilizar en mayor medida, incluso hasta el punto de que ha servido como base para la creación de otros supuestos prácticos similares.<sup>10</sup> Por ejemplo, en el conocido como “*Si usted fuera presidente*”, de Manuel Atienza, aquí intenta explicar si se puede o no condenar a todos aquellos que aunque cometieron unos actos deplorables, asesinato o desaparición de personas, pero que estaban amnistiados mediante una ley vigente en dicho momento.<sup>11</sup> Esto nos recuerda mucho a las reflexiones que contenía “*El caso de los exploradores de cavernas*”. Incluso el propio Manuel Atienza, reconoció estar influenciado por Lon L. Fuller, pronunciándose abiertamente sobre la influencia de la teoría de Fuller en su escrito y opiniones, “*la concepción iusnaturalista que, a la larga, resultó más influyente- y que era más original- se encuentra en la obra de un jurista norteamericano: Lon L. Fuller*”.<sup>12</sup> Por lo que se puede creer que las nuevas corrientes doctrinales de la actual filosofía del Derecho vayan progresivamente recuperando las ideas de este autor, ya que sus aportaciones no se limitan sólo al campo de la filosofía del Derecho. Su influencia se extiende al Derecho civil. Fuller era un experto, en cuestiones de arbitraje y materias relacionadas con la contratación.<sup>13</sup> En conclusión, como podremos ir descubriendo en este trabajo, el legado de Lon L. Fuller es bastante amplio, aunque haya sido injustamente apartado u olvidado, sus obras, llenas de unos argumentos, y de una propuesta teórica, muy interesante, son una gran aportación a la Filosofía del Derecho.

---

<sup>10</sup> ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller”, *Anuario de Filosofía del derecho* nº19, 2002, p. 325.

<sup>11</sup> Cfr. ATIENZA M, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 96-99.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>13</sup> ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller”, *Anuario de Filosofía del derecho* nº19, 2002, p. 324.

## 2 LA MORAL DEL DERECHO

Las obras más importantes de los autores de referencia de la segunda mitad de S.XX, donde se encuadra, como ya sabemos, Lon. L Fuller, están prácticamente todas ellas traducidas al castellano, y por editoriales de notable implantación en nuestras fronteras. Por desgracia, en el caso de Fuller, las traducciones de sus obras o artículos, en nuestro país, brillan por su ausencia.<sup>14</sup> De hecho, si queremos acercarnos a sus escritos, tenemos que hacerlo a través de ediciones que provienen de editoriales latinoamericanas, o bien, aproximándonos a sus publicaciones originales en lengua inglesa, por ello, apenas encontramos trabajos de juristas o filósofos españoles sobre este autor.

Esto, sin duda, ha afectado a la promulgación y recepción tanto de la obra que vamos a analizar en este epígrafe, como de muchas otras del autor en nuestro país. A pesar de aquello, “*La moral del Derecho*”, es, sin dudarlo, una de las mayores obras de Lon L. Fuller, en la cual, debate acerca de la relación entre el Derecho y la moral. Esta obra se encuadra dentro de los ensayos jurídicos, fue publicada por primera vez en 1964, época en la que, como ya sabemos, nuestro autor estaba vinculado a la prestigiosa universidad de Harvard.

Es una obra que está más presente en nuestra realidad jurídica de lo que podemos llegar a imaginar teniendo en cuenta el olvido del autor, pero la vigencia de sus postulados es en muchos aspectos innegable. A mi juicio, es una lectura importante y muy recomendable, primero para todos aquellos juristas que quieran acercarse a la política, al poder legislativo, desde un enfoque más jurídico, y segundo, para muchos operadores jurídicos.

Este apartado del trabajo es un análisis profundo de la primera mitad de la obra, que se centra más en la Moral; la segunda mitad de la misma, en cambio, se centra en el Derecho, y esto se abordará en otro apartado. Comenzaremos analizando las dos morales que menciona Fuller: la moral de deber y la moral de aspiración. Continuaremos abordando sus famosos ocho principios de la moral interna: generalidad, promulgación, la no retroactividad, claridad, la no contradicción, leyes que no requieran lo imposible, estabilidad y la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. Por último, se intentará aportar luz a la naturaleza de estos ocho principios en el pensamiento de nuestro autor.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 311.

## 2.1 Las dos morales. La moral de deber y la de aspiración.

Fuller establece una distinción entre dos conceptos referentes a la moral, por un lado, identifica la denominada como moral de deber, y por otro, la moral de aspiración. Cree firmemente que el no haber establecido antes esta distinción, a lo largo de toda la literatura filosófica, ha derivado en la existencia de cierta inseguridad cada vez que se habla de la relación entre Derecho y Moral, sea quien sea el autor que mencione estos conceptos. Dedicó a esta cuestión un capítulo de su obra, en concreto el capítulo primero, el cual lleva por título, *Las dos morales*. En este capítulo se centra en definir ambos conceptos y en establecer sus límites, para poco a poco explicar su teoría sobre la Moral y el Derecho.

La moral de aspiración es aquella que hace referencia a lo máximo que puede alcanzar el hombre. Si hacemos mención a un máximo, es fácil pensar que también exista un mínimo, algo que el hombre alcance que, aunque no sea la excelencia de la moral de aspiración también sirva como moral, y ese mínimo, es la moral de deber, aquellos logros que mínimamente tienen que darse en cualquier sociedad. Digamos, con un ejemplo aplicado a nuestro ámbito universitario, que la moral de aspiración sería obtener en una asignatura una mención honorífica, frente a la moral de deber, que sería aprobar dicha asignatura tal y como se espera de un estudiante. Dicho esto, aprobar estaría bien, sería algo moralmente correcto, de hecho, es lo que se espera de cualquier estudiante que se precie, frente a la excelencia que sólo unos pocos pueden conseguir que es ser el mejor alumno en una asignatura concreta, o frente al suspenso que sería algo que en ningún caso debe esperarse de un estudiante, y que quedaría fuera de cualquier ámbito moral.

En seguida, nuestro autor, se dio cuenta de que, si hablaba de unos máximos y unos mínimos, era necesario establecer una imaginaria escala de moralidad, donde los escalones más altos serían reservados para esa moral de aspiración, frente a los más bajos, que se reservarían a la moral de deber. El problema de esta escala era establecer el límite entre una y otra, dónde cesa el deber y comienza el reto que supone para cualquier ser humano de lograr la excelencia, algunos autores lo sitúan en un lugar más alto, y otros más bajo, de hecho, la tarea de situar el indicador lleva intentando resolverse desde Platón, es el verdadero problema que surge en estos conceptos, no es tanto definir “moral de deber” y “moral de aspiración”, sino saber establecer donde empieza uno y termina el otro.

Nuestro autor intenta resolver la cuestión de una forma simple, cree que es necesario saber cuál sería la perfección absoluta para poder marcar el límite. Volviendo al ejemplo de los estudios universitarios, la perfección absoluta sería obtener una calificación de diez en todos los ejercicios, frente a la moral de deber que comenzaría a partir del cinco que es lo que entendemos como aprobado. Esta escala de calificaciones es bastante fácil de entender, ya que se ha interiorizado en nosotros desde pequeños, sabiendo que un cero es la peor calificación que una persona puede obtener, y un diez, por el contrario, la mejor calificación, siendo conscientes, además que el cinco sería límite mínimo para poder aprobar la asignatura, y que por debajo de esa calificación no obtendrías un aprobado. Pero establecer este tipo de escalas, es mucho más complicado cuando intentamos hablar de conceptos más abstractos, como puede ser, la bondad, ¿Cómo calificamos en una hipotética escala de bondad quién es más bondadoso que otro, o qué actos son más esperables por una persona? ¿Cómo podemos establecer una excelencia en la bondad?

A mi juicio, es algo que tiene una difícil solución, es demasiado subjetivo como para entrar a valorar dónde está la excelencia en la bondad, y además, hay que tener en cuenta, bajo mi humilde opinión, que “lo bueno” y “lo malo”, está en muchas ocasiones influido por las convicciones políticas, religiosas, por la propia época e incluso por la pertenencia a una determinada clase social. Ya que los tiempos y las situaciones influyen en las personas y en sus formas de actuar. Por lo tanto, establecer esa escala puede ser bastante conflictivo, si no entendemos que no tiene que ser una escala fija, y que tiene que actualizarse según las circunstancias.

Volviendo a los conceptos, la moral de aspiración es la que aparece constantemente en la filosofía griega, en autores como Platón o Aristóteles, puesto que, la filosofía griega y sus autores se centraron en la búsqueda de la vida ejemplar, por lo tanto, intentaron a través de sus escritos, llegar a la cumbre, establecer los máximos de los logros humanos, aquello que en muchas ocasiones podría parecernos tan imposible como utópico. Se podría relacionar también con los diez mandamientos del Antiguo Testamento<sup>15</sup>. “...*Se ha sugerido que la moral de deber se relaciona con la vida del hombre en sociedad mientras que la moral de aspiración es asunto entre el hombre y su conciencia o entre el hombre y su Dios.*

---

<sup>15</sup> Los diez mandamientos (Decálogo) son un conjunto de principios de carácter ético. Son muy importantes para los cristianos y judíos. Se encuentran en la Biblia en el Éxodo 20: 1-17. 1. Amarás a Dios sobre todas las cosas. 2. No tomarás el nombre del Señor tu Dios en vano. 3. Santificarás las fiestas 4. Honrarás a tu padre y a tu madre 5. No matarás 6. No cometerás actos impuros 7. No robarás 8. No darás testimonio ni mentirás. 9. No consentirás pensamientos ni deseos impuros. 10. No codiciarás los bienes ajenos.

*Esto es verdad únicamente en el sentido en que conforme ascendemos del deber evidente a la aspiración más elevada, las diferencias individuales en capacidad y entendimiento se vuelven cada vez más importantes. Pero esto no significa que el vínculo social se rompa alguna vez en el ascenso. La manifestación clásica de la moral de aspiración fue expresada por los filósofos griegos. Ellos presuponían que el hombre como animal político tenía que encontrar la vida digna compartiéndola con los demás. Si nos apartáramos de nuestra herencia social e idioma, pensamiento y arte ninguno de nosotros podría aspirar a otra cosa que a una existencia apenas superior a la animal. Una de las mayores responsabilidades de la moral de aspiración es conservar y enriquecer esta herencia social.”.*<sup>16</sup>

Por tanto, lo que extraemos es, en parte, que la moral de aspiración se relaciona con las circunstancias, ya que tiene en cuenta que el individuo pertenece a un grupo social, que se relaciona con iguales, y que tienen un idioma determinado para hacerlo. En base a esto, hay que entender que la moral de aspiración puede matizarse dependiendo de las circunstancias de cada individuo concreto, ya que, como ha dicho Fuller, busca *conservar y enriquecer la herencia social*, y como sabemos, la sociedad avanza y cambia en muchas ocasiones sus modos de actuar y pensar dependiendo de las épocas. Entonces, aunque la moral de aspiración promulga una serie de actuaciones que deben prevalecer históricamente, también acepta la posibilidad de “enriquecerse” y por ello, ir cambiando y adaptándose a los diferentes tiempos, estableciendo matices en sus requisitos.

El problema en la actualidad es que el propio vocabulario, el lenguaje, nos confunde, ya que no busca distinguir entre moral de deber y de aspiración, y por ello nos parece tan complicado establecer el límite entre una y otra.

Es importante destacar la distinción entre ambas, aportada en la *Teoría de los sentimientos morales*, de Adam Smith ya que se asemeja bastante con lo que Fuller quiere transmitirnos, aunque realmente la distinción adoptada por Smith no es entre una moral de deber y una moral de aspiración sino entre justicia y “las otras virtudes”, pero existe una íntima afinidad entre la noción de justicia y la de moral de deber, aun cuando la obligación de tratar a otros justamente abarca un área más estrecha que la incluye entre los deberes morales. Por todo ello, la moral de deber “*puede compararse con las reglas de gramática*”, frente a la moral de aspiración “*a las reglas dictadas por los críticos para lograr lo que se considera sublime y elegante en la composición*”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> FULLER, Lon L., *La moral del Derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas S.A, México DF, 1967, p. 21.

<sup>17</sup>Ibídem, p. 14.

Lon L. Fuller, no solo distingue entre moral de deber y moral de aspiración, establece otra distinción más, entre lo que va a denominar la moral interna y la moral externa. Como veremos más adelante, la moral interna del derecho, es el eje central de sus argumentos y una de las mayores aportaciones del autor a la ciencia jurídica, junto con los ocho principios que la sostienen. Lo que nos interesa destacar ahora es que esta moral interna se corresponde claramente con su moral de aspiración y no de deber, por lo que habría que entender que, si no se cumple con la moral interna, lo único que se estaría vulnerando sería una utopía, salvo para el desiderátum de la publicidad, ya que este sí que podría formar parte de la moral del deber. A pesar de que el propio Fuller piense que la moral de deber encuentra su pariente más cercano en el derecho, mientras que la moral de aspiración tiene un íntimo parentesco con la estética.<sup>18</sup>

Es necesario establecer una relación entre la moral de aspiración y la utilidad marginal, ya que en palabras de nuestro autor:

*“La moral de aspiración tiene que ver con nuestro esfuerzo para utilizar esta corta vida de la mejor manera posible. La economía de utilidad marginal tiene que ver con nuestros limitados recursos económicos. Las dos no son solamente semejantes en lo que tratan de realizar sino también en sus limitaciones. Se dice que la moral de aspiración implica necesariamente cierto concepto de excelencia del hombre, aunque no nos dice en qué consiste esa excelencia. Exactamente la misma crítica, y con el mismo vigor puede hacerse contra el principio de utilidad marginal. El consumidor es considerado por la economía de utilidad marginal como tratando de igualar la utilidad por cada dólar que gasta”.*<sup>19</sup>

Digamos que, si la economía de la utilidad nos dice en qué gastar o de qué forma podemos ahorrar y aprovechar mejor nuestro dinero, la moral de aspiración, nos intenta transmitir la forma correcta en la que aprovechar nuestros recursos morales, y conseguir gastarlos en actuar correctamente y conseguir sus objetivos.

Siguiendo esta línea argumental relaciona la moral de deber con la reciprocidad, creyendo que la reciprocidad misma en su propia definición lleva implícita la noción de deber.<sup>20</sup> Ya que generalmente los deberes pueden remontarse al principio de reciprocidad y puede observarse de igual manera que la reciprocidad de que proviene un deber

---

<sup>18</sup> Ibídem, p. 24.

<sup>19</sup> Ibídem, p. 25.

<sup>20</sup> Ibídem, p.30.

determinado, como si fuera de varios grados. Surge una pregunta, *¿bajo qué circunstancias se hace más comprensible y aceptable una obligación moral o legal para aquellos a quienes afecta?*<sup>21</sup>

Para responder a esta pregunta Fuller establece tres condiciones para que se realice de la mejor forma posible la noción de obligación la condición que hace que un deber sea más comprensible y aceptable para el hombre que debe cumplirla, es decir, se busca, a través de estas tres condiciones lograr la óptima eficacia de la noción de obligación.<sup>22</sup> Estas tres condiciones son muy útiles y están redactadas de una manera en la que se entiende perfectamente lo que el autor quiere conseguir con ellas:

*“Primera. La relación de reciprocidad de la cual nace la obligación debe provenir de un acuerdo voluntario entre las partes directamente afectadas, estas crean por sí mismas la obligación.*

*Segunda, la actuación recíproca de las partes debe ser en cierto sentido del mismo valor. Aun cuando la misma noción de suposición voluntaria hace un fuerte llamado al sentido de justicia, ese llamado se hace más intenso cuando se le agrega el elemento de equivalencia. No podemos hablar aquí de una identidad exacta porque no tiene ningún sentido cambiar, digamos un libro o una idea por un libro una idea exactamente iguales... Cuando buscamos igualdad en una relación de reciprocidad, lo que se requiere es cierta medida de valor que pueda aplicarse a cosas que son diferentes en clase.*

*Tercera, las relaciones entre la sociedad deben ser suficientemente fluidas para que la misma obligación que hoy tienes conmigo pueda yo tenerla mañana contigo, en otras palabras, la relación de obligación debe ser reversible en la teoría y en la práctica”.*<sup>23</sup>

Como última apreciación a la distinción entre la moral de deber y la moral de aspiración cabe mencionar lo que se conoce como las recompensas y sanciones. En la moral de deber las sanciones deben tener prioridad sobre las recompensas, la cuestión de distribuir premios y castigos es algo muy extendido en la sociedad, lo natural es que se escoja un árbitro para tomar las decisiones, pero esto es notablemente diferente cuando se trata de imponer sanciones. En los castigos se buscan garantías legales que rijan el proceso, los castigos se mueven en el ámbito de la moral de deber, y son de carácter más objetivo, frente a los premios y honores que son propios de la moral de aspiración, por lo tanto, su decisión de otorgarlos es más subjetiva.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd*em, p. 31.

<sup>22</sup> *Ibíd*em, p. 32.

<sup>23</sup> *Ibíd*em, pp. 31-32.

<sup>24</sup> *Ibíd*em, p. 39.

## 2.2 Los ocho requisitos de la moral interna

Para nuestro autor, existen ocho requisitos vinculados con la moral interna del derecho que tienen que estar presentes en todo sistema jurídico, porque de lo contrario, ese sistema de normas, no podría ser considerado como tal. Fuller explica esta cuestión a través de una metáfora continuada, cuyo protagonista es Rex, un monarca que llegó al trono con la intención de modificar el sistema legal de su pueblo y fracasó en el intento; de hecho, tal es el fracaso, que ni siquiera logró establecer ningún tipo de derecho para sus súbditos.

La primera decisión que tomó Rex tras su llegada al trono fue derogar todas las leyes existentes y redactar un nuevo sistema normativo. Al intentarlo, se dio cuenta de que era excesivamente complicado que él mismo redactase un código, así que decidió renunciar a esta cuestión y de ahora en adelante actuar él como juez en las disputas entre sus súbditos, intentando crear una jurisprudencia que en un futuro no muy lejano, rigiera al reino. Pronto observó que de sus fallos no se podía extraer ningún tipo de normativa. Tras su fracaso se propuso comenzar de nuevo y retomar la elaboración del código.

En esta ocasión consiguió elaborar una normativa extensa, pero Rex no llegó a sentirse satisfecho con las leyes que había creado, así que decidió que el contenido del código sería un secreto de Estado, reservándose un amplísimo margen de arbitrariedad y discrecionalidad a la hora de juzgar cada caso. Como es obvio, sus súbditos no conocían las leyes por las que se les iba a juzgar, situación que produjo un malestar entre la población, ya que, como ellos mismos alegaban, difícilmente se puede cumplir una norma que se desconoce. Rex se dio cuenta de que había vuelto a fracasar en su intento de crear una normativa, culpó a su deficiente educación de aquello, y decidió tomar clases sobre generalización. Trabajó diligentemente para redactar nuevo código poniendo en práctica todo lo aprendido en sus lecciones, por ello, creyó, que esta vez, su suerte iba a cambiar y sería perfectamente capaz de elaborar un código en la forma correcta, pero desgraciadamente esto no sucedió. Cuando promulgó el nuevo código y sus súbditos pudieron leerlo se dieron cuenta de que era una *obra maestra de confusión*; de hecho, los jurisperitos que lo examinaron declararon que no había una sola oración que pudiera entenderse ya fuera por un ciudadano ordinario o por un abogado experto.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> *Ibíd*em, p. 46.

Rex, solicitó a los expertos del pueblo que revisaran este nuevo código, pero sin modificar el contenido del mismo. Sólo pretendía que lo redactaran de forma correcta, para evitar la confusión que había generado su redacción. Siguiendo las directrices de Rex y no modificando el contenido, el resultado fue un código plagado de contradicciones, pero redactado de manera clara. Esta normativa tuvo que ser, una vez más, retirada, y llegados a este punto la paciencia de Rex se había evaporado. Tal era el enfado de Rex con su pueblo que estableció nuevos delitos: constituía un delito penado con diez años de prisión el estornudar, toser, tener hipo o desmayarse en presencia del Rey<sup>26</sup>, y además, hizo inflexibles los requisitos del resto de normas, por ejemplo, en vez de dar un plazo de diez días al ciudadano que era citado ante el trono, el plazo actual serían diez segundos.<sup>27</sup>

Cuando se publicó este código, fruto de la desesperación de Rex por su incapacidad para promulgar cualquier tipo de normativa, sus súbditos estallaron contra él y expresaron sus discrepancias a través de un antiguo pasaje que decía lo siguiente: *ordenar lo que no puede hacerse no es legislar, es destruir la ley, pues una orden que no puede ser obedecida no logra otro fin que confusión, temor y desorden.*<sup>28</sup> El código, de nuevo, fue retirado. Rex recapacitó solicitando a los expertos que redactasen de nuevo todo aquello que fuese imposible de cumplir. Se podría decir que, por fin, tuvieron una normativa coherente, pero no sería del todo cierto, puesto que a pesar de que las normas esta vez eran claras y estaban perfectamente redactadas, tardaron tanto en llegar que se habían quedado anticuadas, no eran acordes con las necesidades de su pueblo actual, y desde la publicación de estas, no paraban de aparecer enmiendas diarias para adecuarlo a la sociedad. Esto, también fue un problema, por la confusión que genera el cambio constante, una ley que cambia todos los días es peor que no tener ley en absoluto<sup>29</sup>.

Rex acabó su reinado volviendo a asumir en su propia persona el poder judicial, pero esta vez, tampoco hubo una relación entre sus fallos y la normativa que deseaba aplicar. Los ciudadanos ya hartos, comenzaron a reunirse a escondidas para provocar una rebelión en contra de aquél. Al final, Rex murió sin haber conseguido aquello que tanto ansiaba para su pueblo y para lo que tanto se esforzó, un código de normas.

---

<sup>26</sup> *Ibíd*em, p. 46.

<sup>27</sup> *Ibíd*em, p. 46.

<sup>28</sup> *Ibíd*em, p. 47.

<sup>29</sup> *Ibíd*em, p. 47.

Le sucedió en el trono Rex II, cuya primera decisión fue quitar el poder de las manos de los abogados y ponerlo en las de los psiquiatras y expertos en relaciones públicas, porque para él, la gente podría ser feliz sin tener leyes.<sup>30</sup>

A través de esta alegoría se observa como Fuller pone sobre la mesa esas ocho características que tienen que aparecer en todos los sistemas de derecho, y, como se ve en las sucesivas normativas de Rex, lo único que existe en la ausencia de ellas, es el desastre y la confusión. No puede haber una base racional para aseverar que un hombre puede tener obligación moral de obedecer una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto para él, o que se creó después de que él hubo obrado, o que era ininteligible, o estaba en contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible o cambiaba cada minuto.<sup>31</sup>

Se puede decir que son ocho clases de excelencia legal, a las cuales debe tender todo sistema de derecho<sup>32</sup>, teniendo en cuenta que muchas de estas exigencias pueden ser utópicas. De hecho, Fuller, establece una escala imaginaria, en cuyo nivel más bajo se establecen una serie de condiciones a las que no se pueden renunciar porque son más sencillas y necesarias de establecer en todo el derecho, frente a lo más alto de esta escala, que sería una utopía legal, en la cual todas las leyes son perfectamente claras, coherentes unas con otras, conocidas por todos los ciudadanos y nunca retroactivas. En esta utopía las leyes permanecen inmutables a través del tiempo; requieren solamente lo que es posible y son escrupulosamente observadas por los tribunales.<sup>33</sup>

Estos ocho principios o requisitos, también conocidos como desiderata o desideratum, son mucho más importantes de lo que en su momento Fuller pudo imaginar cuando escribió sobre ellos. A mi juicio, cualquier democracia actual no puede olvidarse de ellos en ninguna ocasión, y según mi opinión no deberían ser utópicos, tendrían que respetarse siempre, con independencia de lo que esté o no sucediendo; eso sí, siempre acompañados de otros principios, porque, únicamente respetando estos no basta, a mi juicio, para que exista un verdadero régimen justo y bueno, ya que estos pueden utilizarse si no se acompañan de otros requisitos, para realizar el mal, aunque Fuller no pensará en ello.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 52.

Llegados a este punto, es necesario que analicemos en profundidad los ocho requisitos que forman parte de la moral interna, según nuestro autor:

### **I. La generalidad del derecho**

La característica de la generalidad ha formado parte, como tantas otras, del intenso debate que mantienen la doctrina iusnaturalista y positivista. En el siglo XX, en el que Fuller desarrolla su obra, la postura adoptada por el positivismo jurídico sobre la generalidad, se basaba en la negación de que fuese una característica esencial de cualquier norma jurídica. Como decía Kelsen, en el mundo jurídico existen tanto normas generales, como normas particulares (sentencias judiciales o resoluciones administrativas)<sup>34</sup>. Frente a esto, se situaba la opinión de la doctrina iusnaturalista, para la cual, la generalidad era un requisito esencial de cualquier norma jurídica. Como diría Rousseau, una ley si no es general no es ley<sup>35</sup>.

Nuestro autor, incluía la generalidad como uno de los ocho requisitos de la moral interna del derecho. El primer requisito o la primera característica de la generalidad parece algo obvio y es, el deber de que existan reglas, ya que, sin ellas, no podemos hablar de que exista un sistema para sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas<sup>36</sup>. En la alegoría citada anteriormente, se ve como Rex fracasa en su intento de crear leyes generales, pero esto no se queda en un mundo ficticio ya que esto también sucede en la vida real, de hecho, el propio Fuller pone de relieve las múltiples quejas contra ciertas oficinas encargadas de regular, como son, por ejemplo, la Junta de Aeronáutica Civil<sup>37</sup>, y la Comisión Federal de Comunicaciones<sup>38</sup>.

No le importa tanto al autor la razón por la cual estos organismos han fracasado, sino el propio fracaso de no haber podido establecer un sistema legal coherente, mandato para el cual habían sido creados. Esto es importante, porque las quejas de las que nos

---

<sup>34</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, 4ª edición, Buenos Aires, 2009.

<sup>35</sup> Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, traducción de María José Villaverde, Ediciones Akal, Madrid, 2017.

<sup>36</sup> FULLER. Lon L., *La moral del Derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas S.A, México D.F., 1967, p.56.

<sup>37</sup> Agencia federal independiente de los EEUU, se encarga de la regulación de la seguridad, investigación de accidentes y regulación económica de las compañías aéreas.

<sup>38</sup> Agencia estatal independiente de los EEUU, que se encuentra bajo responsabilidad directa del Congreso. Se encarga de la regulación de las telecomunicaciones por radio, televisión, redes inalámbricas, teléfono, satélite y cable.

habla, no son tanto sobre el contenido de las normas, ya fuese justo o injusto, sino por la propia ausencia de reglas significativas procedentes de dichos organismos.

Esto actualmente está siendo un punto de crítica a nuestro Gobierno, ya que existe una corriente generalizada entre la comunidad jurídica, periodistas, y otras fuerzas políticas, de que no existen leyes que nos protejan a los ciudadanos con respecto a la pandemia, de que el único mecanismo jurídico es un “estado de alarma”, el cual, además, está regulado por una ley muy antigua que tampoco se adapta a la situación actual. Por lo tanto, se cree que nos encontramos en una situación en la que existe una ausencia total de normas que puedan regular cuestiones importantes en nuestra actualidad. Esto, a los ojos de Fuller, incumpliría claramente con ese primer requisito de la generalidad, el deber de que existan leyes, con independencia de si nos parecen posteriormente, adecuadas o no.

Es importante tener en cuenta lo anterior, ya que el desiderátum de generalidad es algunas veces interpretado como indicando que el derecho debe obrar en forma impersonal, que sus reglas deben aplicarse a clases generales y no deben de tener nombres propios<sup>39</sup>. Realmente, nada impide a priori que un legislador promulgue normas sectoriales, pero esta consideración para Fuller, no forma parte de la moral interna, porque en esta argumentación ve presente un principio de equidad, que forma parte, en todo caso, de la moral externa del derecho.

La consideración del autor sobre la generalidad es más simple que lo anterior, y lo que busca resaltar es que lo único que forma parte de la moral interna como requisito mínimo de su racionalidad es que debe existir ley, indiferente de si aquella es justa o injusta y de su propio contenido. Digamos que, para Fuller, sin ley no hay generalidad.

Siguiendo su argumentación considera que es bastante complicado, idea que también comparto, que alguien fracase totalmente en este punto. Se puede fracasar respecto a la moral externa del derecho y al propio contenido de la ley, pero fracasar en que no exista norma parece más complicado, y esto, es así, porque cualquier sistema que busque ordenar jurídicamente la conducta de los hombres, emitirá en cualquier mandato cierta generalización. Incluso, toma como ejemplo, el simple mandato a un perro “*dame la pata*”, aquí existe generalización para Fuller, tanto en el amo que ordena como en el perro,

---

<sup>39</sup> FULLER, Lon L., *La moral del Derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas S.A, México DF, 1967, p.57.

ya que el propio perro comprende qué actos son los que tiene que realizar para dar la pata a su dueño.

El problema que ha existido con la generalidad, es que la literatura jurisprudencial no ha sabido darle el tratamiento necesario y adecuado. Cabe mencionar en este punto al jurista John Austin, quien en su libro *Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law*, percibe correctamente que un sistema jurídico es algo más que una serie de ejercicios de poder político sin plan alguno. Sin embargo, su intento de distinguir entre órdenes generales y particulares era tan arbitrario y tan sin relación con su época, que, desde entonces, la literatura angloamericana está desorientada en esta cuestión. Para Fuller, el defecto principal del razonamiento de Austin es la incapacidad de diferenciar entre dos cuestiones, primero, *¿qué es esencial para la eficacia del sistema de normas?*, segundo, *¿a qué debemos denominar como ley?*<sup>40</sup>

## II. La promulgación

La promulgación es otra de las exigencias de la moral interna del derecho, a pesar de que este requisito parezca sencillo de cumplir lleva siendo un problema desde el propio Derecho romano.

Como vemos, Fuller escribe la palabra *promulgación*, pero, lo cierto, es que está hablando del concepto de *publicidad*. Es conocido por todos, que en nuestra lengua, el castellano, la palabra promulgación puede utilizarse como sinónimo de publicidad, ya que la anterior, aparece en el diccionario como *publicación oficial de una ley u otra disposición de la autoridad*, ahora bien, en el ámbito jurídico el significado de ambas palabras es diferente.

El ámbito jurídico, y sobre todo, las personas relacionadas con el mundo jurídico, entienden el fenómeno de la promulgación, como el acto a través del cual se declara que una norma existe y forma parte de un determinado ordenamiento jurídico, y que por lo tanto puede ejecutarse desde ese momento. Además, dicho acto, normalmente, se realiza por aquella persona que esté designada para poder llevarlo a cabo, como podría ser un Jefe del Estado o un Presidente de la República, dependiendo el régimen en el que nos encontremos, ya sea una monarquía parlamentaria o una república. Frente a esto, entendemos el concepto de la publicación, como el acto por el cual una ley, una sentencia o un determinado acto administrativo se hace notorio, patente o conocido.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 59.

La publicación de una norma no implica que realmente se conozcan, no hay una forma real de poder garantizar que absolutamente todos los ciudadanos conocen todas las normas existentes en una comunidad, pero tampoco se pretende esto. Lo que se trata aquí, es de hacer accesible el conocimiento de las normas.

El gran volumen de leyes modernas concierne a formas específicas de actividad, tales como las de la dirección o práctica de profesiones o negocios particulares; tiene poca importancia el que éstas sean o no conocidas por el ciudadano ordinario. El requisito de que las leyes sean publicadas no se basa en algo tan absurdo como esperar que el ciudadano concienzudo se sienta a leerlas una por una.<sup>41</sup>

No se pretende que todos los ciudadanos sean juristas de reconocido prestigio, pero se busca que si en algún momento les surge un conflicto o una duda sobre acerca de una actividad concreta que estén realizando puedan consultar en algún sitio si su actividad se ajusta a las normas o no.

El hombre a quien Thurman Arnold llama algunas veces “el mero realista”, puede sentirse tentado a decir algo parecido a esto acerca del requisito de promulgación: *“Después de todo, tenemos miles de leyes, de las cuales sólo es conocida una pequeñísima parte directa o indirectamente, por el ciudadano ordinario. ¿por qué tanta alharaca para que se publiquen? Sin leer el código penal el ciudadano sabe que no tiene que asesinar ni robar. En cuanto a las leyes más esotéricas, podría distribuirse su texto completo en todas las esquinas y ni un hombre entre cien las leería nunca”*.<sup>42</sup>

Fuller, responde a esto argumentando que si un único hombre entre cien se toma el trabajo de enterarse sobre las leyes, esto ya justificaría el trabajo de hacer que las leyes sean accesibles a la generalidad. Ya que esa persona en concreto, tiene el derecho a saber las leyes, y no podemos identificarle anticipadamente entre el resto. Además, muchas veces, la gente sigue ciertas normas, no porque las conozcan sino porque alguien más informado que ellos (ese hombre entre cien) ha establecido la pauta correcta. Por lo tanto, el conocimiento que tienen algunos pocos de la ley influye frecuentemente en forma indirecta en las acciones de muchos, y simplemente por esto, se justifica y merece la pena establecer ese principio de generalidad.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> *Ibíd*em, p. 62.

<sup>42</sup> *Ibíd*em, p. 61.

<sup>43</sup> *Ibíd*em, p. 62.

En las sociedades actuales se cumple este requisito a rajatabla, nuestro país tiene un Boletín Oficial del Estado (BOE) donde va publicando todas las normativas y cambios que surgen, de hecho, una nueva norma o una modificación no puede entrar en vigor hasta que no sea publicada en él, y pase un período de tiempo determinado para que quien esté interesado en la cuestión haya podido consultar esta nueva modificación, periodo de tiempo conocido como *vacatio legis*. De hecho, este tipo de diarios oficiales existen en prácticamente todos los países del mundo que se aprecien, además ahora, con el auge de las nuevas tecnologías e internet, prácticamente todos, tienen la versión electrónica de los mismos, a través, de portales web de los Estados, lo que facilita, todavía más, el acceso a cualquier normativa, desde cualquier parte del mundo, simplemente entrando en la ubicación web a través de un dispositivo electrónico.

Siguiendo el argumento anterior, si preguntásemos a cualquier persona que nos encontrásemos, independientemente del lugar, si conoce el contenido exacto del artículo 27 de Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, de la normativa española, es obvio que lo desconocerá, pero sabrá que puede acceder a ello, entrando [www.boe.es](http://www.boe.es), desde cualquier dispositivo electrónico con conexión a internet, y responder sin problema cual es el contenido de ese artículo, *Las Entidades locales podrán exigir las tasas en régimen de autoliquidación*. Esto es lo que hace que se cumpla con ese principio de promulgación del que nos habla Lon L. Fuller.

### **III. Las leyes no retroactivas**

Fuller quiere dejar perfectamente claro que si centramos el análisis en evaluar las leyes retroactivas debemos situarlas en un contexto determinado, basado en un sistema de reglas, que son generalmente, las reglas en perspectiva, ya que aquí pueden surgir una serie de situaciones en las que permitir un efecto retroactivo se hace esencial.

Realmente, lo que viene a explicar es que no se puede prohibir absolutamente la retroactividad puesto que en ocasiones puede estar justificada, pero es una actividad perniciosa que debe evitarse ya que lo lógico es dictar normas para el futuro, no para el pasado.<sup>44</sup> Es decir, Fuller, cree que cualquier sistema jurídico que dicte constantemente normas retroactivas está abocado a la inestabilidad jurídica. Por ello cree firmemente en que las normas jurídicas tienen que dictarse con efectos al futuro y jamás al pasado, ahora

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 64- 65.

bien, no puede negar que, en algún caso concreto y determinado, que debería, a su modo de ver, estar perfectamente tasado, se dicten normas retroactivas con efecto al pasado, pero teniendo en cuenta que esto es claramente la excepción al principio que debemos tomar como general de no retroactividad.

En base a lo anterior, es afín al principio *nulla pena sine lege*<sup>45</sup>, cree que resulta más sencillo prohibir la retroactividad en el campo del Derecho penal que en otras ramas. Lo importante es que los administrados, en cualquier rama jurídica, sepan que normas existen en este preciso instante, como tienen que actuar ahora, ya que es impensable e ilógico, exigir a los administrados una conducta determinada en base a una norma imaginaria pero que en el futuro será dictada con retroactividad, esto, claramente es un sinsentido.

En cambio, como sabemos, en el derecho penal sí hay ocasiones en las que se utiliza la retroactividad cuando se entiende que beneficia al reo, si la nueva normativa es más favorable para él, se utiliza en su caso, en vez de aplicar la norma anterior que es más perniciosa para el reo.

Aunque nuestro autor avisa del peligro de recurrir constantemente a normas retroactivas, no sólo en la obra que estamos analizando sino en varios artículos, conviene resaltar sus palabras:

*“Un aumento general en el recurso a leyes reparadoras de irregularidades jurídicas pasadas representa un deterioro en esa forma de moralidad jurídica sin la cual el Derecho no puede existir. La amenaza de tales leyes pende sobre todo el sistema jurídico y despoja a todas las leyes de parte su importancia. Y ciertamente una amenaza general de este tipo implícita cuando un gobierno está dispuesto a utilizar una ley tal para transformar en ejecución legal lo que fue un simple homicidio cuando ocurrió”.*<sup>46</sup>

Cuando mencionó estas palabras estaba refiriéndose a lo ocurrido en el régimen nazi, en el cual se dictaban ejecuciones constantes de forma espontánea sin una ley que les amparase, pero sí dictaban una ley posterior al hecho con efectos retroactivos. Todas esas ejecuciones injustas e ilícitas, se transformaban, a golpe de ley retroactiva, en un acto lícito. De hecho, existen sucesivas normativas durante ese periodo de tiempo, que lo único que pretendían era exactamente eso, transformar actos pasados en situaciones permitidas

---

<sup>45</sup> Aforismo latino que se traduce como “no hay pena sin ley”, es decir, no puede condenarse o sancionarse una determinada conducta si la ley no la califica e ese momento como delito.

<sup>46</sup> FULLER, Lon L., “Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart”. Traducción de Ernesto Riffo Elgueta, *Harvard Law Review*, volumen 71, n°4... 1958, p. 657.

por las normas. Tal y como sucedió, por ejemplo, en la Purga de Roehm de 1934. Por eso, Fuller, advierte con gran fervor del enorme peligro que encierran este tipo de leyes, porque si se dictan sin ningún control, como en el caso citado anteriormente, claramente se vulneran todos los principios legales, y morales.

También intenta acotar el margen de interpretación de la norma cuando los jueces se ven obligados a aplicarla en los casos concretos, porque para Fuller, el dejar a los jueces un amplísimo margen de actuación a la hora de interpretar, podría crear una “*legislación retroactiva*”. Con esto se ve como critica la propuesta positivista de la discrecionalidad judicial.

*“Las leyes retroactivas son sumamente injuriosas, represivas e injustas. Ninguna de estas leyes, por consiguiente, debe crearse ni para decisiones de causas civiles, ni para el castigo de ofensas”.*<sup>47</sup>

#### **IV. La claridad de las leyes**

La claridad en las normas es una recomendación constante en el ámbito de la teoría de la legislación, dado que se entiende que aquella hace posible el entendimiento de las normas y la certeza.<sup>48</sup> Siguiendo el pensamiento fulleriano, la claridad implica una cierta moralidad ya que aquella forma parte de los ocho principios que conforman la moral interna.

Comienza abordando esta cuestión haciendo referencia a Jeremy Bentham<sup>49</sup> y a su obra *The limits of jurisprudence defined*. Este jurista en el momento de abordar los grados de claridad considera un mínimo, que coincide con una total ininteligibilidad, y un máximo, que tiene lugar cuando la aparición del término, la idea, se presenta al instante en la mente de la persona, Fuller comparte con este la idea de hacer normas con un lenguaje claro, pero en la propuesta de Fuller no se aprecia la idea de complitud que sí parece estar presente en Bentham.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> FULLER, Lon L., 1969, *Anatomía del Derecho*, Versión castellana de Luis Castro, Monte Avila Editores C.A, 1969, p. 113.

<sup>48</sup> CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando. “Buscando el valor de la claridad de las normas: algunas reflexiones desde el pensamiento de Lon L. Fuller” *Revista de Filosofía* II Época, N°10, 2015, p. 61-70.

<sup>49</sup> Jeremy Bentham (1748-1832) conocido como el padre del utilitarismo, fue un filósofo, pensador y escritor inglés.

<sup>50</sup> CENTENERA, Fernando, “La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis desde la teoría de la legislación”. *Anales de Derecho*, 2015.

Es evidente que una legislación oscura e incoherente puede hacer que la legalidad sea inaccesible para cualquiera o al menos irrealizable, sin una revisión autorizada que de por sí perjudica a la legalidad<sup>51</sup>. Ahora bien, llegados a este punto habría que preguntarse ¿qué entendemos por claridad? Es importante obtener una respuesta a esta cuestión, porque la calidad en la expresión de una norma no tiene por qué garantizar la calidad de su contenido<sup>52</sup>. Como se vio en la alegoría del Rey Rex hubo un código perfectamente claro en su redacción, de una buena calidad expresiva, ya que solicitó ayuda en este ámbito, pero el propio contenido del código no era claro y estaba plagado de contradicciones ¿entonces ese código era claro, cumplía con el principio de claridad? Parece obvio que no, ya que la claridad tiene que ser global, es decir, las normas tienen que ser claras, inteligibles y comprensibles en todos sus aspectos.

Bien es cierto que en *La moral del derecho*, el propio Fuller parece que solo identifica esta cuestión con el lenguaje y la expresión de la norma, en otras obras, se refiere a la claridad de forma más estricta, por ejemplo cuando señala que es una falacia entender que quienes juzgan extraen sencillamente el sentido de la norma del texto legislativo<sup>53</sup>, o que la claridad de la ley no depende tanto del significado lexicográfico de las palabras, cuanto del hecho de que su propósito sea conocido, hasta el punto de que cualquier persona razonablemente inteligente pueda bosquejar los objetivos que se pretenden<sup>54</sup>.

Ahora bien, esto no significa que a Fuller no le importe el lenguaje, lo que está intentando resaltar es la importancia de la claridad global en la norma, tanto en la forma de redacción de la misma, como en el contenido y en el objetivo que pretende cumplir. Es importante entender que esto se trata de un deseo, de una aspiración, y que la claridad al cien por cien en absolutamente todas las normas es algo utópico. Hay que tener en cuenta que una claridad aparente puede ser más perjudicial que una vaguedad honradamente manifiesta<sup>55</sup>, además, hay que tener en consideración quiénes son los

---

<sup>51</sup> FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas, S.A, México D.F, 1967, p. 75.

<sup>52</sup> SUMMERS, Robert S, *Form and function in a legal system. A General Study*, New York, Cambridge University Press, 2006, p. 178.

<sup>53</sup> Cfr. FULLER, Lon L., 1969, *Anatomía del Derecho*, Versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores C.A, pP. 118, 119.

<sup>54</sup> Cfr. Ibídem y CENTENERA, Fernando, “La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis de la teoría de la legislación”, *Anales de Derecho*, 2015, p.6.

<sup>55</sup> FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión castellana de Luis Castro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, Versión española de Francisco Navarro, 1967, p. 76.

receptores de esas normas, es necesario que aquellos que van a estar llamados a cumplir la norma entiendan su contenido y su lingüística.

Este principio, está íntimamente relacionado con la promulgación o publicidad de las normas: como ya sabemos, es necesario que los ciudadanos puedan conocer las normas por las que tienen que regir su conducta, pero de nada sirve, si cuando acceden a ellas, son totalmente ininteligibles e incomprensibles para ellos. De igual modo, una norma puede ser perfectamente clara, entendible y sencilla, pero si no es debidamente publicada y los ciudadanos no pueden acceder a su contenido, el sistema está fallando de nuevo. Es por esto, por lo que entendemos que son dos principios que están íntimamente unidos para conseguir sus objetivos.

## V. No contradicción en las leyes

Evitar contradicciones accidentales en el derecho puede requerir una gran cantidad de concienzudo trabajo por parte del legislador, puede ser difícil saber cuándo existe una contradicción o cómo podría uno definir una contradicción en términos abstractos.<sup>56</sup>

Otros autores, como Kelsen, entienden que las normas contradictorias también son Derecho, son normas que hay que cumplir, aunque al ser contradictorias parece complicado que el sujeto no sea sancionado, porque haga lo que haga, en principio, va a sufrir una sanción. Pero esto no evita que las normas no sean normas, ya que éstas pueden ser justas, injustas, pueden ordenar una cosa u otra, e incluso pueden ordenar cosas que son claramente contradictorias, sin que por ello pierdan su consideración de normas.<sup>57</sup>

Esto para Fuller no es cierto, para él la no contradicción forma parte de su moral interna, y lo que exige es que los gobernantes no dicten normas que sean contradictorias, para que los hombres no se vean enredados en el sinsentido de cumplir normas totalmente contradictorias y que sean condenados sea cual sea su comportamiento. Entiende que en el Derecho existen, por desgracia, muchas normas contradictorias, así que intenta salvarlas con principios como *lex posterior derogat priori*, pero para nuestro autor no es la forma correcta de resolver este tipo de cuestiones, deben utilizarse como último recurso, aunque,

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>57</sup> Cfr. UGARTE GODOY, José Joaquín, “El sistema jurídico de Kelsen: Síntesis y Crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, Val. 22 N°1, 1995, p. 109-118.

en la sociedad actual la derogación es la forma más común de dejar sin efecto una ley anterior que sea contradictoria con la actual.

De hecho, nuestro Código Civil en su artículo 2 párrafo segundo menciona “*Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado*”, y nuestro Código Civil no es el único, ya que en el resto de países encontramos normas con una redacción similar sobre el mecanismo de la derogación.

En su argumentación, Fuller, nos menciona el caso de los ***Estados Unidos v. Cardiff***. Los antecedentes de hecho del mismo, son los siguientes: el máximo responsable de una compañía que se dedica a la fabricación de alimentos no permite la entrada a su fábrica de un inspector federal para que compruebe si se cumple o no con la normativa sobre alimentos. Este, se ampara en que la ley sobre alimentos drogas y cosméticos, establece las condiciones por las que puede un inspector acceder a una fábrica, siendo una de ellas, el permiso de su dueño. En cambio, la misma ley, establece que es un delito impedir la entrada o inspección de un inspector federal. Nos damos cuenta en seguida de la contradicción de la propia norma: por un lado, le otorga discrecionalidad al responsable para permitir o no la entrada, y acto seguido, indica que de no permitir la entrada estaría cometiendo un delito. La Suprema Corte mantuvo el razonamiento de que ambas disposiciones daban lugar a un resultado muy ambiguo, por lo que no podía condenar al máximo responsable, por ningún delito, ya que la propia norma le facultaba para impedir el paso si él lo deseaba, por lo que a la Corte no le quedó más remedio que absolver al dueño.<sup>58</sup>

Por lo que vemos, que, en la práctica, en un caso concreto que tiene que ser juzgado por un tribunal determinado, la contradicción de las normas tiene difícil solución, ya que es muy complicado armonizar dos normas que son totalmente contradictorias, y el resultado de ese intento de armonización será ambiguo, y no podrá aplicarse en ningún caso concreto, y la única solución posible, que no tiene por qué ser la más justa, será la absolución del reo.

---

<sup>58</sup> Cfr. FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, 1997, p. 79-80.

Es necesario evitar la contradicción, porque los juzgadores no pueden solucionar por sí mismos el problema, y a lo único que nos lleva es a la máxima inseguridad jurídica, puesto que pueden darse casos en los que claramente el sujeto haya cometido un delito y deba cumplir la pena correspondiente, y sea absuelto, por una contradicción en la normativa jurídica, y esto, debe evitarse y deben dedicarse todos los esfuerzos posibles a no dictar normas que sean totalmente contradictorias.

## **VI. Leyes que no requieran lo imposible**

Una ley que ordena lo imposible parece tan absurda que uno se ve tentado a suponer que ningún legislador en su sano juicio, ni siquiera el dictador más malvado, podría tener alguna razón para promulgar tal clase de ley<sup>59</sup>.

Pero se han sucedido a lo largo de la historia este tipo de normas, que ordenaban algo imposible y por lo tanto, no era posible su cumplimiento, lo que sucede aquí es que los administrados no tienen opción de cumplir la normativa y son castigados. Un claro ejemplo de estas normas, es la que propuso Rex de que los súbditos no podían toser en su presencia. Toser o no toser es un acto humano que a priori no se puede programar para un momento determinado o que pueda evitarse en otros, por ello, los súbditos tenían una clara indefensión y en cualquier momento podrían ser condenados por ello.

Ciertamente, a Fuller no interesa profundizar en el propio contenido de las normas, ya que, no todas las normas tienen porque ser fáciles de llevar a cabo en la práctica. Puede haber normas cuyo contenido sea complejo o más dificultoso de llevar a cabo que otras. Lo importante es que en ningún caso el contenido de las normas sea imposible de cumplir y deben evitarse cualquier tipo de normas que intenten imponer una ideología de forma encubierta o aquellas que persigan algún fin que sea amoral para cualquier legislador.

Fuller cree necesario *la existencia de un cuerpo de derecho que se ocupe de rectificar inadvertencias*<sup>60</sup>, aunque tiene una difícil argumentación ya que a priori puede parecer que se aparta de lo pensado hasta ahora.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 86.

*“...se necesita un sistema de leyes complementario para remediar los efectos de la inadvertencia. Existe en esto mucha semejanza con el problema de las leyes retroactivas. Un sistema de derecho compuesto exclusivamente de leyes retroactivas podría únicamente existir como una fantasía digna de Lewis Carroll o de Franz Kafka. Sin embargo, una ley retroactiva de carácter “curativo” puede desempeñar una función útil para mediar en contratiempos que pueden ocurrir dentro de un sistema de reglas que son generalmente reglas probables. Así sucede con las normas que remedian los efectos de la inadvertencia. Si todo sucediera por inadvertencia, no habría manera ni siquiera de concebir el problema de remediar la inadvertencia. Las leyes destinadas a ese objeto derivan no sólo su justificación, sino el verdadero sentido de función como anexo a un sistema mayor de reglas destinadas a servir como guía de conducta...”<sup>61</sup>*

Hay que concluir esta cuestión señalando que lo que nos parece imposible o posible, puede ir variando a lo largo del tiempo, por lo que la imposibilidad de una norma se sujeta a suposiciones determinadas por nuestro contexto histórico. Un ejemplo sería el siguiente, una norma que se crea para regular el lugar por el que deben transitar los patinetes eléctricos, tal y como se ha establecido, hace relativamente poco, en nuestro país, existe una normativa, que señala que todo aquel que se traslade en patinete eléctrico deberá ir por la carretera, provisto de casco, y no podrá alcanzar una velocidad determinada. Si echamos la vista atrás y pensamos que hipotéticamente esta norma fue dictada en los años 60, obviamente, su contenido es claramente imposible de cumplir, ya que como es obvio, no existían patinetes eléctricos ni ningún medio de transporte similar, por lo que el cumplimiento de esa norma era imposible para esa sociedad. Ahora bien, en nuestros tiempos, y cada vez con más frecuencia, mucha gente se desplaza a través de este tipo de transporte, por lo que no es una norma de cumplimiento imposible.

Fuller propone otro ejemplo, que tiene que ver más con los derechos fundamentales e individuales que se han ido consiguiendo a lo largo de los tiempos:

*“En la actualidad, la oposición a las leyes que implican obligación de profesar creencias religiosas o políticas se apoya en la base de que tales leyes constituyen una injustificable injerencia en la libertad individual. Thomas Jefferson tenía una opinión distinta. En la redacción original del Preámbulo al Estatuto de Libertad Religiosa de Virginia, condenaba tales leyes como un intento de obligar a lo imposible:*

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*, p. 87.

*Sabiendo bien que las opiniones y creencias de los hombres no dependen de su propia voluntad, sino que involuntariamente siguen la evidencia que se propone a sus mentes...*

*Puede uno preguntarse si no existe en este concepto un respeto más profundo tanto para la verdad como para las facultades humanas del que tenemos nosotros por las mismas".*<sup>62</sup>

## **VII. La estabilidad del Derecho**

La permanencia, la estabilidad de las normas aparece como otra exigencia de la moral interna, aunque esto no puede entenderse de manera extremista, en algún momento es necesario que las normas cambien y eso es lógico ya que las normativas tienen que irse adecuando a los tiempos, no sería muy útil que en la actual rigiesen nuestra conductas normas del año 1500, igual que no sería lógico no crear una nueva normativa para los delitos informáticos que están surgiendo en la actualidad o la libertad de expresión en las redes sociales tan en auge en este siglo XXI.

Ahora bien, es importante que los administrados sepan cuáles son las normas por las que deben regir su conducta. Si una norma cambia constantemente y en un espacio corto de tiempo, es imposible saber que norma es la que se aplica, incluso para un docto en Derecho.

En la actualidad, la cuestión de la estabilidad del derecho y sus consecuencias al no cumplirse, se está produciendo con la “ normativa covid-19”, las normas que está dictando el poder legislativo varían con tanta rapidez que los ciudadanos ya no saben si tienen que volver a sus domicilios a las 20:00 h, a las 22:00h o a las 00:00 h, un día se puede ir a una terraza con seis personas no convivientes, y al día siguiente ese número se modifica a cuatro, pero pasados unos días pueden volver a ser seis, ¿así cómo se va a exigir a la población que cumpla absolutamente todas estas normas novedosas que no paran de cambiar de un día para otro?, para esto Fuller tiene una clara respuesta, una ley que cambia todos los días, es peor que no tener ley en absoluto<sup>63</sup>.

Tiene que quedar claro que estabilidad no significa perpetuidad, pero debe establecerse un plazo que sea prudente y lógico de permanencia de una ley determinada. En las sociedades actuales ese plazo es diferente al que podría mencionar Fuller, ya que en nuestras sociedades están apareciendo constantemente nuevos fenómenos que afectan a la sociedad, sobre todo, asociados a las tecnologías, que avanzan a un ritmo vertiginoso

---

<sup>62</sup> *Ibíd*em, p.92.

<sup>63</sup> *Ibíd*em, p. 47.

y nos ofrecen productos y situaciones jamás pensadas, por lo que, el plazo de estabilidad de la ley, va a depender actualmente del cambio social y las necesidades de adaptarse a esos cambios.

Por lo que tenemos que entender, que muchas veces las normativas cambiarán a un ritmo quizá frenético. Siempre y cuando estos cambios sean justificados por la necesidad de adaptar una normativa concreta a las circunstancias que rijan en cada momento. Y por esos cambios frenéticos no debemos considerar que se atenta contra el sistema o la moralidad. En palabras de Stolz da Silveira:

*“En nombre de una supuesta legitimidad de la voluntad originaria de los predecesores y/o de las leyes y precedentes que fueran establecidos en el pasado, no se puede defender un inmovilismo normativo e institucional que petrifique el sistema jurídico incompatibilizándolo con la estructura y los requerimientos de los Estados Constitucionales contemporáneos”<sup>64</sup>*

Esto también tiene cierta vinculación con la promulgación y la *vacatio legis* que anteriormente he mencionado. Si pretendemos que exista una estabilidad normativa, las leyes, además de no cambiar constantemente, tienen que establecer un periodo determinado de tiempo para que muten, no pueden cambiar de un día para otro sin un tiempo determinado de *vacatio legis* para que todos puedan conocer que las leyes estables que regían anteriormente han cambiado.

### **VIII. La congruencia entre la acción oficial y la ley declarada**

Esta cuestión es sin duda la más complicada de abordar respecto de los 8 principios que propugna Fuller, quizá por ello, es el último que analiza. Se refiere a la divergencia entre lo que la norma establece y lo que de hecho hace el que aplica la norma. Esta congruencia puede destruirse o perjudicarse de muchas maneras: interpretación equivocada, inaccesibilidad de la ley, soborno, prejuicio, tendencia hacia el poder personal, etcétera. En cambio, son múltiples los procedimientos legales destinados a mantenerla, como, por ejemplo, los elementos del “debido proceso”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> STOLZ DA SILVEIRA, “La moral interna del derecho. La moral que completa la estructura del derecho propuesta por H. Hart”, *Revista Ámbito Jurídico*, 2007, p. 5.

<sup>65</sup> FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, 1997 p. 94.

Fuller pone de relieve que la tarea de prevenir una discrepancia entre el derecho declarado y su aplicación práctica se encomienda principalmente a la judicatura, y cree que existen serias desventajas en cualquier sistema que confía exclusivamente en los tribunales como baluarte contra la administración ilegal del derecho.<sup>66</sup>

El elemento más sutil en la tarea de mantener la congruencia entre el derecho y la acción oficial radica, en el problema de la interpretación. La legalidad requiere que los jueces y demás funcionarios apliquen el derecho escrito, no conforme a su capricho o en una forma burdamente literal, sino conforme a principios de interpretación apropiados a su posición en el orden jurídico general, y para entender una ley hay que entender “el mal que adolece la comunidad” que la ley ha de remediar, lo cual nos permite aclarar el problema de interpretación de las confusiones que lo han oscurecido típicamente.<sup>67</sup>

Si un tribunal aplica la ley escrita a un arma en la que no pensó el legislador, entonces esto sería “legislar”, no “interpretar”, lo cual sería aún más obvio si dicha ley se aplicara a una arma que no se hubiera aún inventado cuando fue aprobada la ley.<sup>68</sup>

### **2.3 La naturaleza de los ocho requisitos en el pensamiento de Fuller.**

Tras haber analizado en profundidad cada uno de los requisitos que para nuestro autor forman parte de la moral interna, es relevante poner en cuestión la naturaleza de estos, ya que por ello Fuller ha sido objeto de múltiples críticas.

La naturaleza que otorga a los principios es una naturaleza claramente moral, por lo tanto, crea un vínculo indisoluble entre el Derecho y la moral, ya que, en ausencia de esos requisitos morales, no existe el Derecho, y viceversa, el Derecho no existe si no se basa en el cumplimiento de aquellos<sup>69</sup>. Fuller en su obra asegura haber encontrado el punto de unión entre la moral y el derecho, a partir de las características que deben estar presentes en las leyes que son algo así como la columna vertebral del sistema jurídico.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 95 y p. 96.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>69</sup> Escudero (2000) argumenta que la moralidad implícita a la legalidad no será nunca suficiente como para dotar al Derecho de un valor moral significativo. Existen planteamientos alternativos a esta cuestión como el de Kromer (1999, p.38) quien, rechaza, considerar cualquier dimensión moral de los principios de legalidad propuestos.

<sup>70</sup> PORTELA, Guillermo Jorge, *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p.6

Realmente, es sencillo reconocer la necesidad y la eficacia que aportan estos principios en cualquier sistema jurídico, lo que ha resultado más complicado, tanto para los positivistas, como incluso para los iusnaturalistas, es reconocer la naturaleza moral que el propio Fuller otorga a estos principios.

La crítica es bastante contundente, basta con imaginar un sistema legal en el que se cumplieran todos y cada uno de los principios, pero los resultados fuesen injustos. Entonces ¿Qué sucedería en esa cuestión?, ¿una norma que permitiese matar a otro a pesar de que cumpliera con los ocho principios, sería una norma válida? Como ya he aportado con anterioridad, estos ocho principios pueden, en la actualidad, establecer una norma injusta si no se acompañan de otros principios, ya que el simple cumplimiento de las desideratas puede dar como resultado una normativa cruel y despiadada.

Ahora bien, a mi juicio, Fuller sienta las bases de algo muy importante y no debería ser objeto de críticas, aunque no supiera o no abordase la cuestión de si el cumplimiento de sus principios pueden abocarnos en regímenes injustos, debería ser objeto de alabanzas ya que estos han sentado las bases del respeto a los Derechos humanos. Volveremos a esta cuestión más adelante, en el epígrafe relativo al Rule of Law, ya que como allí trataremos, estos 8 principios de Fuller, son la base de cualquier Estado de Derecho que se precie.

Ahora bien, no debemos olvidar, que estos principios pertenecen a la moral interna de derecho, la cual, a su vez, forma parte de la que Fuller denominó moral de aspiración. Esto es muy importante tenerlo claro para entender cual es el carácter moral que realmente otorga a sus principios, ya que, como se ha visto, no es lo mismo la moral de aspiración que la moral de deber, y sus logros o sus incumplimientos no conllevan al mismo resultado. Por ello, no debemos de olvidar que la moral de aspiración y los 8 principios no dejan de ser más que unos desideratas, un deseo, quizá utópico, ya que se basa en el cumplimiento de lo que sería algo moralmente excelente; en otras palabras, no dejan de ser un sistema de máximos al que todo estado que se precie o todo hombre debería aspirar.

### 3 EL CASO DE EXPLORADORES DE CAVERNAS

A pesar de que Lon L. Fuller escribió múltiples obras, el ensayo jurídico que apareció por primera vez en la *Harvard Law Review* en 1949 y cuyo título fue “*The case of the speluncean explorers*” (traducido al castellano como “el caso de los exploradores de cavernas”) es, probablemente, el que mayor repercusión ha tenido desde su publicación.

No se puede hacer un análisis de este breve ensayo sin resaltar, e incluso reivindicar la importancia práctica de analizarlo con detenimiento en un ámbito educativo. Si bien, es cierto, que el caso no procede de la vida real, es útil y práctico para el estudiante ya que se va formando académicamente en el análisis de los hechos jurídicamente relevantes, en la argumentación jurídica y en la búsqueda de soluciones<sup>71</sup>, junto con el conocimiento de las diferentes doctrinas teóricas, a partir de su aplicación concreta.

Dentro de la enseñanza del derecho constituye un aspecto fundamental el estudio del método del caso, el cual permite desarrollar competencias clave para cualquier estudiante universitario, en especial, el pensamiento crítico, puesto que el alumno investiga, discute, analiza, extrae conclusiones, las expone y debate con los compañeros<sup>72</sup>. Esto convierte al ensayo de Fuller en una obra interesante para todos aquellos estudiantes de Derecho que quieran reflexionar o profundizar, ya no solo en la rama de la filosofía del derecho, o de teoría del derecho, sino también, en el derecho penal, el derecho de los contratos o incluso en los derechos humanos.

Muchas veces la realidad supera la ficción, y hay varios acontecimientos reales que nos recuerdan a este caso, primero a un hecho sucedido en 2018 en Tailandia. Un equipo de fútbol de niños tailandeses se quedaron atrapados en la caverna Tham Luang, junto con su entrenador durante dos semanas y en cuyo rescate tuvieron que lamentar el fallecimiento de uno de los operarios del rescate. Existe otro hecho muy conocido, en el que un equipo de rugby de Montevideo sufrió un accidente de avión en 1972, el cual les dejó atrapados en los Andes; este hecho, a pesar del fallecimiento de la mayoría de personas que iban en el avión, bien por el propio impacto, o bien por las circunstancias posteriores, se conoce como “El milagro de los Andes”, ya que, a pesar de todo, hubo

---

<sup>71</sup> VALVERDE CAMAN, Fernando “La aplicación de metodologías activas para la enseñanza del derecho a través del método del caso: la experiencia práctica de los alumnos en el caso de los exploradores de cavernas.” *Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*.

<sup>72</sup> ZAMORA ROSELLÓ, M. Remedios, “La aplicación de metodologías activas para la enseñanza de las ciencias jurídicas a estudiantes de primer curso”, *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* N°1, 2010.

varios supervivientes que fueron rescatados a los 72 días del accidente y que sobrevivieron gracias a alimentarse de sus compañeros fallecidos. Es más, el que los compañeros tuvieran que sobrevivir gracias a alimentarse de sus compañeros fallecidos, es algo que en aquel momento escandalizó a la sociedad, y los supervivientes dieron múltiples entrevistas en las cuales este era el tema central que planteaban los periodistas, por lo que la reflexión moral de Fuller pudo verse en todo su esplendor, porque como ahora veremos, estos dos hechos reales, y bastante conocidos, se asemejan, a los hechos del caso totalmente imaginarios que plantea Fuller en 1949, y a las diversas opiniones que suscitan.

### 3.1 Hechos fundamentales del caso.

El ensayo comienza en la ficticia Suprema Corte de Newgarth, en el año 4300, en la cual se discute acerca de unos hechos, también ficticios, que sucedieron en el año 4299, y sobre los cuales, los jueces (en el texto aparecen como ministros) tienen la obligación de dictar una sentencia. Lo cierto es que los hechos de este caso no son totalmente imaginarios, ya que el propio Fuller afirma que le fueron sugeridos por *Queen vs. Dudley y Stephens* (L. R. 14. Q. B. Div. 273; 1884) y por *Unites States vs. Holmes* (Wall. 1; 1842)<sup>73</sup>.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: un grupo de lo que en la actualidad se conocería como espeleólogos (exploradores de cavernas en el caso) quedan atrapados por una avalancha en una caverna sin apenas alimentos para poder sobrevivir, aunque bien es cierto, que una partida de rescate se personó de inmediato en la gruta, la tarea fue de gran dificultad, tanto, que estuvieron treinta y dos días atrapados en ella. Uno de ellos, Whetmore, preguntó a través de un radiotransmisor, con el que contaban dentro de la gruta, al equipo encargado del rescate si comiéndose entre ellos podrían lograr sobrevivir, puesto que los alimentos desaparecieron prácticamente los primeros días, aunque nadie respondió dicha pregunta. Cuando ya llevaban veintitrés días encerrados tomaron la decisión entre todos los exploradores de que alguno de los compañeros sirviese de alimento al resto, llegando al acuerdo de qué a través de un simple juego de dados, de azar, fuese elegido el explorador que perdería su vida para salvar al resto. Es cierto, que instantes anteriores a la tirada de dados, Whetmore quiso deshacer el contrato y esperar unos días más (a pesar de haber sido él quien propuso la idea inicialmente), sus compañeros alegaron que la decisión ya había sido discutida y estaba tomada, por lo que comenzó el juego de dados. El caprichoso destino decidió que fuese Whetmore el elegido.

---

<sup>73</sup> FULLER, Lon L., “Nota preliminar” en *El caso de los exploradores de cavernas*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 25.

Ahora, el resto de espeleólogos están siendo juzgados por el homicidio de aquel hombre, apelando a la Suprema Corte para que no sean condenados por el homicidio de aquel hombre.

### **3.2 La postura adoptada por los jueces.**

Lo que pretendía el autor a través de este caso era mostrar las diferentes corrientes jurídicas, siendo representadas, cada una de ellas, en la postura de los diferentes jueces. Por ello, cada ministro (juez) aporta una opinión diferente respecto al caso que se les plantea, o aunque coincidan, el camino de reflexión hasta llegar al veredicto nunca será el mismo, puesto que dependerá de la corriente doctrinal a la que estén representando, ya sea el iusnaturalismo, el realismo jurídico o el positivismo.<sup>74</sup>

**Razonamiento y voto del Presidente Tritpenney:** El razonamiento del Presidente, es el más breve de todos, ya que su intervención se centra en relatar los hechos ocurridos al resto de miembros de la Suprema Corte. La postura que adopta es claramente positivista, insiste en que hay que cumplir con el tenor de su ley “*Quienquiera privare intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte*”<sup>75</sup>, a pesar de que la misma pueda parecerles excesiva en este caso concreto, puesto que su ley es clara y hay que hacerla efectiva.

Por lo tanto, indica que los acusados son culpables según las leyes que les rigen. Ahora bien, aboga por la necesidad de que el Poder Ejecutivo estableciera algún tipo de clemencia en la norma. Siendo así, concluye, se haría justicia para los acusados sin menoscabar la letra ni el espíritu de nuestra ley y sin ofrecer estímulo a su transgresión.<sup>76</sup>

**Razonamiento y voto del Ministro Foster:** Comienza criticando al Presidente de la Corte, por lo que, desde el inicio, nos deja clara que su postura es contraria a las tesis positivistas que se habían expuesto hasta el momento. Foster va a adoptar una postura iusnaturalista, además va más allá del propio caso, y pone sobre la mesa que lo que está en juicio es el derecho de su Commonwealth, de hecho argumenta que si el derecho que como jueces sostenemos y enunciamos nos arrastra a una conclusión que nos avergüenza y de la que sólo podemos librarnos apelando a excepciones diferidas al capricho personal

---

<sup>74</sup> Cfr. MISARI TORPOCO, David Efraín “Estudio Preliminar: el caso de los exploradores de cavernas” Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 13.

<sup>75</sup> FULLER, Lon L, *El caso de los exploradores de cavernas* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 29.

<sup>76</sup> *Ibíd*em, p. 30.

del Poder Ejecutivo, equivale a la admisión de que el orden jurídico de esta Commonwealth no pretende ya realizar la justicia<sup>77</sup>.

Basa su voto en dos fundamentos, con los que pretende demostrar y hacer ver a sus compañeros que los acusados son inocentes. Por un lado, indica que lo que sucedió en esa caverna no puede incluirse en el derecho positivo, sino que tiene que valorarse desde un punto de vista del derecho natural, ya que no se encontraban en un “estado de sociedad civil” sino en un “estado de naturaleza”<sup>78</sup>. Por otra parte, señala que, aunque se obvие lo anterior y se decida juzgar en base al derecho positivo, no sería correcto aplicar la norma de manera literal tal y como proponía el Presidente. Frente a esto, Foster sugiere prestar atención al propósito, ya que, un hombre puede violar la letra de la ley, sin violar la ley misma, un precedente judicial debe interpretarse en forma razonable a la luz de su propósito evidente<sup>79</sup>. Es cierto, que hay que respetar la ley, pero de forma correcta, debe exigirse cierta inteligencia a los jueces a la hora de aplicar la ley dictada y corregir obvios errores u omisiones legislativas no significa suplantar la voluntad del legislador, sino hacerla efectiva<sup>80</sup>. En base a lo expuesto, vota a favor de la inocencia de los acusados.

Como se ha señalado al inicio, este juez adopta una postura iusnaturalista. Analizando su intervención con detenimiento, podemos observar que sus ideas se basan en el pensamiento de Thomas Hobbes, sus tesis indican que el derecho natural consistiría en la propia libertad de cada ser humano para conservar su naturaleza, tesis que el ministro Foster tiene muy presentes en todo su razonamiento.

**Razonamiento y voto del Ministro Keen:** La postura de este juez encaja con las tesis de la doctrina iuspositivista o también denominada como positivismo jurídico. Comienza apartando dos ideas que bajo su punto de vista no son competencia de la Suprema Corte: primero, deja de lado la cuestión de la clemencia propuesta por el Presidente, cree que esto es un problema que únicamente afecta al Ejecutivo y que no tienen que valorar, y segundo, quiere apartarse de juzgar si los exploradores hicieron lo correcto, ya que considera que no es tarea de los jueces entrar en debates morales sobre si aquellos actos fueron “buenos” o “malos” o cualquier otro calificativo.

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.35.

Critica a sus colegas, porque considera que se dejan llevar por su moralidad en sus argumentaciones y no son capaces de separar esto de la ley, y aunque a él mismo no le gusta la ley actual con la que tienen que juzgar este caso, aboga por el respeto a las obligaciones de un cargo que exige descartar de la mente las preferencias personales cuando toca interpretar y aplicar la ley de esta Commonwealth<sup>81</sup>. En base a esto, confirma la sentencia condenatoria, porque a pesar de que él perdonaría a los espeleólogos, su posición le obliga a aplicar la ley tal y como está formulada.

**Razonamiento y voto del Ministro Handy:** esta postura se relaciona con el realismo jurídico. El juez añade al debate una cuestión a la que ninguno había prestado atención hasta este momento: los exploradores no realizaron los actos discrecionalmente, sino que adoptaron un acuerdo entre todos, un convenio cuya naturaleza jurídica es desconocida, pero que debería tomarse en consideración a la hora de condenar o absolver a estos hombres. Si se demuestra que en el estado de necesidad crearon sus propias normas para sobrevivir y las cumplieron no pueden ser condenados por ello, ya que nadie formuló una discrepancia a dicho convenio, e incluso, nadie de fuera de la caverna, se atrevió a responder a la pregunta que realizaron los atrapados, por lo que tampoco se opusieron, ni nadie evitó que el hecho sucediera.

No puede evitar la crítica hacia el ministro Tating por huir del problema. También insiste en la necesidad de tratar a las formas y a los conceptos abstractos como instrumentos<sup>82</sup>, lo que favorecería a los jueces para cumplir mejor su tarea. Además, considera que este caso se ha escapado de su jurisdicción, se ha convertido en un caso muy mediático, y la opinión pública ya ha sentenciado que estos hombres no deben ser condenados, dicho lo cual, quizá tendría que valorarse la opinión pública. Acaba concluyendo que en este fallo lo que está en juego es la vida de cuatro hombres, que ya han sufrido más tormentos y humillaciones que los que la mayor parte de nosotros soportaría en mil años<sup>83</sup>. Por todo ello, vota a favor de su inocencia y de la revocación de la sentencia.

---

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 47.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 52.

**Razonamiento y voto del Ministro Tatting:** la postura que adopta este juez es difícil de analizar, es el juez que más problemas encuentra para fundamentar su decisión, e incluso para encontrar la misma, tanto es así, que termina renunciando, por primera vez en su carrera, a emitir un voto. Podría decirse que en sus reflexiones se acerca al iusnaturalismo, pero tampoco sería correcto considerar que se encuentra en este grupo, lo mejor sería definir su postura como racional-moralista. Critica con rotundidad la postura adoptada por su colega Foster, y argumenta su crítica y su postura basándose en jurisprudencia de la propia Corte.

Pero, desde el inicio, se intuye que no va a ser capaz de emitir un fallo; él mismo indica que es capaz de disociar los aspectos emotivos e intelectuales de sus reacciones, pero en este caso no. Se encuentra dividido entre la simpatía hacia estos hombres y un sentimiento de repulsión y disgusto, y aunque tenía esperanzas de apartar estas emociones y decidir el caso sobre la base de una demostración lógica y convincente del resultado que la ley vigente exige, desgraciadamente tal camino no se le ha abierto<sup>84</sup>. Tampoco logra comprender como puede ser que este caso esté abierto, ya que los hechos ni siquiera se adecuan al tipo del asesinato. Para él sería más obvio acusar por comer carne humana, pero no existe dicha ley, entonces al no adecuarse no debería en su juicio haberse incoado este proceso.

### **3.3 Resolución del caso**

Podemos concluir, como se observa, que el voto se encuentra dividido, pero la Corte confirma la sentencia anterior, por lo que se condena al grupo de exploradores a muerte: serán ahorcados por un Verdugo Público, el dos de abril de 4300.

Hubiese sido muy interesante que Lon L. Fuller hubiese dejado escrito cuál sería su postura ideal, pero múltiples historiadores, e incluso yo misma, identificamos al autor en la postura adoptada por el juez Foster; de hecho, siendo fieles al texto, la intervención de este juez es la más amplia y la más rica en argumentos, quizá se deba a la facilidad de argumentar una postura con la que te sientes más cómodo. Este ensayo de naturaleza tan poco convencional, en nuestros tiempos, no ha perdido importancia, y ojalá ayudase a que muchos abogados se reconcilien con la Filosofía del Derecho, al hacerles ver que el ejercicio de tan alta disciplina no está necesariamente reñido con la claridad y que, a veces, es incluso compatible con el sentido del humor.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 36.

## 4 EL CONCEPTO DE DERECHO EN LAS OBRAS DE LON L. FULLER.

Para referirnos al Derecho tenemos que prestar atención a varias obras y artículos del autor, en concreto, esto se aborda en la segunda mitad de la obra *La moral del Derecho*, en la que dedica un par de capítulos a abordar cuestiones referentes tanto al propio concepto del derecho, como a los problemas substanciales del mismo. Por otro lado, en este apartado, también prestaremos atención a su obra *Anatomía del Derecho*, en la cual pone de relieve múltiples cuestiones con referencia al Derecho que son muy útiles y relevantes en todos los sentidos.

### 4.1 La dificultad de establecer un concepto del Derecho.

Desde antiguo, uno de los grandes problemas tanto de la filosofía jurídica como de los juristas, ha sido y es, aportar una definición del término Derecho. Etimológicamente, la palabra “derecho”, proviene del latín *directum*, participio pasivo del verbo *dirigere*, que, a su vez, es un verbo compuesto de *regere*, que significa dirigir o conducir hacia un fin<sup>85</sup>. Ahora bien, el concepto que en nuestra mente aparece al escuchar “derecho” proviene del término usado por los romanos, *ius*, del cual procede nuestra palabra justicia.

Tal es la dificultad de emitir una definición, que Flaubert en su *Diccionario de lugares comunes*, al aparecer el término “Derecho” escribe, “*no se sabe qué es*”. También es conocida la afirmación de Kant en su *Crítica de la Razón Pura*, “*los juristas todavía andan buscando el concepto de Derecho*”.<sup>86</sup> De hecho, el propio Hart, escribió un libro titulado *El concepto de Derecho*, y en el mismo renunció a dar una definición sobre aquel.

Son conocidos los debates entre el positivismo y el iusnaturalismo, y no va a ser en el concepto del derecho donde acerquen posturas y renuncien a debatir, al contrario, cada corriente ha elaborado su propio concepto. Para más inri, este debate va más allá de la propia cuestión, puesto que, aunque a priori podría parecer otro debate más, acercarse a una u otra doctrina significa no solo aceptar la definición que proponen sobre el término, sino, aceptar como válida una forma de construir un sistema legal, puesto que las connotaciones que se otorguen al concepto conllevan admitir la construcción de un sistema legal en base a unos principios u otros, con una serie de características, lo que implica, que un sistema legal formado en base al otro concepto de derecho no sería legalmente válido para aquel que no comulga con dicha definición. Por ejemplo, si para

---

<sup>85</sup> CASTÁN, José, “*Derecho civil español, común y foral, tomo I: Introducción y parte general, vol. 1, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*”, 11ª, revisada por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid 1975.

<sup>86</sup> ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985

definir el Derecho, utilizo el adjetivo de justo, el sistema jurídico que va a surgir como resultado de la definición que yo misma aporto sobre Derecho, se está basando en un sistema que propugna la justicia como uno de los valores fundamentales, por lo que cualquier opositor a que el sistema legal se fundamente en “lo más justo”, rechazaría mi definición de Derecho, y jamás podría hacer suya dicha definición, ya que tendría que aceptar que un sistema legal que se precie deba basarse en la justicia.

Por lo tanto, cabe preguntarse, ¿cuál es el concepto de Derecho que propone Fuller? ¿Qué significa el Derecho para él? Teniendo en cuenta que encuadramos a Lon L. Fuller dentro del Derecho natural procedimental, es decir, dentro de una corriente iusnaturalista, su concepto de Derecho, por tanto, se acercará a las bases iusnaturalistas.

Para los iusnaturalistas, existe un sistema jurídico ideal creado por Dios, por la naturaleza del hombre, o por la propia naturaleza. Este tipo jurídico ideal es igual para todas las sociedades y para todos los tiempos. Sus normas son discernibles por medio de la razón. Cualquier ley o norma jurídica estatuida que contradiga este sistema ideal es nula, y no puede moralmente pretender ser cumplida<sup>87</sup>. Para nuestro querido Fuller, esta definición se puede rebatir con facilidad, puesto que no todos los adeptos a la doctrina iusnaturalista son afines a que Dios sea la base del Derecho natural (Hobbes, Locke, Kant, Beccaria, es decir, los integrantes del Iusnaturalismo racionalista de la Escuela del Derecho Natural Moderno), ni tampoco todos estarían de acuerdo con que sea inmutable (hay que recordar aquí la teoría de R. Stammler, sobre el Derecho natural de contenido variable)<sup>88</sup>. Frente a esto, los positivistas sí parecían más unidos dentro de su propia corriente, ya que todos abogaban por un Derecho descriptivo, y no buscaban introducir en su concepto las intenciones del legislador de turno al establecer una u otra ley, la aplicación que tendrá...cosas que sí preocupaban a la doctrina iusnaturalista. La gran diferencia entre ambos es su percepción del Derecho y la moral, ya que para los positivistas no son conceptos que necesariamente tengan que ir unidos, frente al iusnaturalismo, que no creen la existencia del Derecho sin algún tipo de moralidad<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas 1969.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> “*la legalidad es expresiva de un bien moral*”. Véase PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio Nazi*. Atelier, Barcelona, 2018. P. 13.

En esta misma cuestión, también son diferentes sus teorías sobre el “ser” y el “deber ser”; de hecho, los positivistas denominaron a la identificación de ambos conceptos la peor falacia naturalista.<sup>90</sup>

Nuestro autor, siguiendo la doctrina iusnaturalista, sí que prestó atención al origen del que emana el Derecho, de hecho en la alegoría del Rey Rex se ve con exactitud, ya que presenta la figura de Rex como el soberano encargado de dictar las normas, siguiendo una serie de principios, los cuales, si faltan, ya no existe el Derecho ¿qué pretende demostrar con esto?, pues que si Rex, o cualquier legislador, no muestra a la hora de dictar leyes, un mínimo de moralidad, sus súbditos tampoco podrán tenerla. Podríamos llegar a pensar que para Lon L. Fuller, Rex era el enlace entre la moral y el Derecho, y que a través de unos correctos principios, utilizados por quien está capacitado para dictar normas, se consigue un régimen jurídico justo para todos los ciudadanos, y que si el encargado de enlazar lo justo y correcto con las normas, fracasa, todo el sistema ha fracasado. Esto no significa que el Derecho descansa únicamente en las manos del soberano, ya que Fuller no cree en la teoría de vincular al Derecho con una autoridad o mando, lo que intenta explicar es algo más abstracto y quizá difícil de entender. Se está refiriendo a un elemento intencional.

*“En la mayoría de las teorías de derecho, el elemento de fuerza esta íntimamente ligado a la noción de una jerarquía formal de mando o autoridad (...) desde la aparición del Estado nacional una larga sucesión de filósofos del derecho, partiendo de Hobbes a Austin, Kelsen y Somló han considerado la esencia del derecho en una estructura piramidal del poder estatal. Esta opinión hace abstracción de la actividad intencional necesaria para crear y mantener un sistema de normas legales, contentándose con una descripción del sistema institucional dentro del cual se supone que tiene lugar esa actividad. La filosofía del derecho ha pagado un alto precio por esta abstracción.”<sup>91</sup>*

---

<sup>90</sup> Cfr. PORTELA, Guillermo Jorge, *El problema de la relación entre moral y Derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p.5.

<sup>91</sup>FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, 1997, p. 124.

Fuller, definió al Derecho como “*la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las leyes*”<sup>92</sup>. Este concepto, trata el derecho como una actividad y considera a un sistema legal como el resultado de un esfuerzo continuo encaminado a un fin.<sup>93</sup> Ahora bien, hay que tener bien claro lo que es una empresa y como funciona para entender la aportación de Fuller con esa definición.

*“Hablar de un sistema legal como una “empresa” implica que está se llevaría a cabo en varios grados de éxito Esto significaría que la existencia de un sistema legal es un asunto de grados. (...) ambas normas tanto de derecho como de sistemas legales pueden existir a medias. Esta condición resulta cuando el esfuerzo intencional necesario para hacerlas existir completamente ha tenido como si dijéramos solo un éxito a medias. La verdad de que hay grados de éxito en este esfuerzo es oscurecida por los convencionalismos del lenguaje legal ordinario”*.<sup>94</sup>

Lo que está intentando explicar, es que como cualquier empresa, el Derecho puede fracasar en su tarea, igual que un panadero puede equivocarse y quemar el pan del día, porque al entender que existen grados de éxito o fracaso, es asumir que no todas las leyes, por muy leyes que sean, tienen porque ser exitosas, ya que el éxito o por el contrario, el fracaso, de cualquier empresa, depende del elemento intencional del que lo lleva a cabo. Si el panadero no pone ningún esfuerzo humano en realizar correctamente el pan, claramente fracasará. Pues con el Derecho pasa lo mismo, ya que tanto en la vida, como en el Derecho no todo es de un color, hay muchas tonalidades que tienen que tenerse en cuenta.

*“Es realmente asombroso ver hasta qué grado se manifiesta en el pensamiento moderno de la filosofía legal la suposición de que el derecho es como un pedazo de materia inerte -existe o no existe. Sólo una suposición tal pudo llevar a algunos eruditos en derecho a suponer, por ejemplo, que las “leyes” promulgadas por los nazis en sus últimos años, consideradas como leyes sin tomar en cuenta sus fines maléficos fueron tales leyes como las de Inglaterra o Suiza”*.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Ibídem, p. 110.

<sup>93</sup> Ibídem, p. 120.

<sup>94</sup> Ibídem, p.137.

<sup>95</sup> Ibídem, p.138.

Cabe destacar que existe una gran corriente de autores que relacionan el Derecho con el uso de la coerción o la fuerza, pero Fuller no entiende esta característica como distinción del Derecho. Cree que en la literatura moderna se ha asociado al Derecho con esta característica para diferenciarlo de otros fenómenos, lo cual, ha hecho un gran daño a la claridad de concepto acerca de las funciones que ejerce el derecho.<sup>96</sup> Para resaltar su postura aporta los siguientes argumentos:

*“...vista la realidad de la naturaleza humana, es perfectamente obvio que un sistema de normas legales puede perder su eficacia si se deja que lo desafíe la violencia sin ley. Algunas veces la violencia sólo puede restringirse mediante la violencia. De aquí que es bastante predecible que normalmente debe haber en la sociedad algún mecanismo para aplicar la fuerza en apoyo del derecho en caso de que esto sea necesario. Pero esto no justifica en ningún sentido considerar el uso o el uso potencial de la fuerza como la característica que identifica al derecho”.*<sup>97</sup>

En conclusión, Fuller concibe una teoría del Derecho en la cual este va unido indivisiblemente junto a la moral, ya que lo más importante no es la norma en sí, sino el procedimiento que se debe seguir, esa “moral interna del Derecho” que debe regir cualquier sistema.

#### **4.2 La persistente problemática del Derecho**

Nuestro autor se da cuenta de que el Derecho tiene múltiples problemas a su alrededor que contaminan los fines y las ideas sobre él mismo, y de los cuales la filosofía jurídica no ha parado de ocuparse quizá sin unos resultados demasiado óptimos para poder atajarlos. Es por esto, por lo que decide dedicar la primera parte de su obra *Anatomía del derecho*, a abordar con amplitud esta cuestión, llevando esa primera parte exactamente el mismo título que este apartado. Muchas de sus ideas sobre estas cuestiones, pueden extraerse también de su obra *La moral del Derecho*, pero con menor amplitud, ya que el tratamiento de esta obra y su finalidad era otra.

---

<sup>96</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 122.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, pp. 122-123.

Podemos considerar al Derecho como la ciencia social más antigua, de hecho, en la antigüedad los jueces actuaban en ocasiones como psicólogos a través del conocimiento de los problemas humanos e intentando aportar una solución. Desde antiguo los filósofos descubrieron en el Derecho una disciplina que se manifiesta al aceptar la responsabilidad que implica la asunción de decisiones, en atención a las cuales los hombres han de regir sus vidas.<sup>98</sup> A pesar de que a día de hoy siga existiendo un serio debate sobre “el lenguaje de los juristas”, y la dificultad que plantea en muchas ocasiones el vocabulario utilizado en el ámbito jurídico, ya que no es de fácil comprensión. Desde antiguo, el Derecho ha hecho grandes aportes lingüísticos. Ha plagado el lenguaje de palabras como “justo”, “justicia”, “juicio”.

Ahora bien, no todos los ciudadanos conciben el Derecho de igual forma, ya que no deja de ser una ciencia que conscientemente reparte castigos y males, en un mundo que ya está lleno de sufrimiento, por lo que no todos los ciudadanos ven el Derecho como algo bueno o justo, sino como un instrumento de castigo. Estos castigos se ven de mejor manera a medida que avanza la historia y la sociedad, ya que, en la antigüedad, con el predominio de la religión, sobre todo la católica en nuestro país, era más difícil de asimilar que alguien te impusiera un mal o un castigo, ya que regía el dicho o la creencia de que “*solo Dios puede juzgarme*”<sup>99</sup>. Entonces como podía un Juez a actuar como Dios en la tierra, era un debate bastante complejo, por ello, en muchas ocasiones los Jueces formaban parte de las Iglesias o congregaciones ya que, al menos, ellos, eran los representantes de Dios en la tierra. Como ya se sabe, la Iglesia siempre tuvo a lo largo de la historia mucho poder, y en el ámbito de aplicar justicia también tuvo intervención.

Debatir sobre el Derecho, en la actualidad, puede parecer un sinsentido, ya que todos sabemos lo que es y todos entendemos la necesidad de que exista.

---

<sup>98</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 10.

<sup>99</sup> Romanos 2:2-4 “*Tú dices: ya se sabe que Dios juzga a los que hacen maldades y que hace bien al juzgarlos! Tú que juzgas a los que hacen esas cosas y haces lo mismo, ¿cómo crees que escaparás del juicio de Dios? Tienes que entender que Dios ha sido muy paciente y bondadoso contigo, esperando que cambies. Pero tú piensas que su paciencia nunca termina y no te das cuenta de que él es bueno contigo para que cambies tu vida.*”

*“Para que los hombres puedan vivir en sociedad, en forma armónica, necesitan normas que aseguren la paz entre ellos, que hagan posible un comercio justo y que posibiliten una colaboración individual efectiva. (...) se hace necesario establecer algún tipo de procedimiento que se encargue de determinar legítimamente el establecimiento de las mismas (...) En vista de que ninguna norma puede ser tan nítidamente formulada como para avalar una aplicación absoluta y segura en todos sus casos, se hace necesaria la designación de jueces dotados de una competencia suficiente como para hacer vinculantes la interpretación de esas normas, y para determinar, legítimamente, cuál ha de ser la aplicación autorizada en los casos controversiales (...) conviene proveer de incentivos para motivar la observancia de las normas. O se hace recaer sobre el sujeto que incumple alguna sanción o recompensa al que cumple. (...) la imposición de algún tipo de sanción al transgresor de la Ley, quien puede ser multado, sentenciado o condenado a resarcir los daños y perjuicios que han sido imputados.”<sup>100</sup>*

Es lógico que las sociedades tengan leyes para que exista paz en todas las relaciones jurídicas que puedan existir, e igual de importante es que exista un sistema de jueces que haga que esas normas se cumplan, ya que en ausencia de leyes se viviría en una anarquía, forma de organización política en la que existe una ausencia total de leyes o estructuras gubernativas, que solo conlleva al caos.

#### *4.2.1 El Derecho plasmado y el Derecho de la realidad social.*

Lon Fuller decide abordar otro de los grandes problemas de la Filosofía del Derecho. La controversia, para exponerlo con toda sencillez, es la siguiente: ¿En dónde se halla la realidad del Derecho, en su expresión formal o doctrinaria, en los libros, o en el comportamiento humano? En términos ortodoxos, la alternativa se plantea entre el verbo y el hecho. El carácter pragmático de los tiempos presentes parece predisponer a favor de un criterio que concibe la realidad del Derecho como una actividad humana y no como una expresión puramente verbal.<sup>101</sup>

Pero no se queda en esta respuesta, sino que profundiza más a fondo en la pregunta inicial, utilizando para su explicación la rama del ordenamiento jurídico del Derecho Penal. Como sabemos, para regular este Derecho existen en todos los países civilizados leyes, que a su vez están recogidas en Códigos, como, por ejemplo, nuestro Código Penal español de 1995, en el cual encontramos los denominados comúnmente

---

<sup>100</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 16.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 19.

como delitos, es decir, encontramos claramente definidos los hechos punibles que van a ser considerados como delitos y cuáles son las sanciones o, mejor dicho, las penas que conllevan cada uno de los diferentes hechos punibles. Teniendo en cuenta esto, si existen leyes tipificadas, los Juzgadores no pueden inventarse tipos delictivos ni imponer penas que no aparezcan en la normativa; es decir, los Tribunales a la hora de juzgar se basan única y exclusivamente en el tenor de la ley, como ya se ha mencionado en este trabajo, el principio *nulla poena sine lege*, es respetado por todos. El problema surge en que esto es la teórica, pero la práctica muchas veces es más compleja. Para explicar esta cuestión plantea lo siguiente:

*“Supongamos que un ciudadano desee saber si el acto que se propone realizar es delictivo, por ejemplo, si su kiosco puede permanecer abierto durante la tarde de un día de fiesta nacional. Lleva el caso ante un abogado. Este busca en el Código Penal, se le presenta cierta ambigüedad en las normas pertinentes, el abogado, probablemente deseará consultar las decisiones judiciales para ver cómo han contribuido los tribunales a crear el propio Código (...) Supongamos ahora, que el acto que propone realizar el cliente sea de índole claramente delictiva, pero que las previsiones legales que lo regulan hayan caído en desuso sin que los encargados de hacer cumplir la Ley hagan nada por aplicarlas. Nos encontraríamos entonces frente a un conflicto entre la conducta efectiva y las palabras. Si nos atenemos a las fórmulas verbales del Código esa conducta es delictual, pero si juzgamos de acuerdo con la realidad de la conducta oficial la acción escapa a toda restricción legal efectiva. ¿Cómo se resuelve este conflicto?”<sup>102</sup>*

Como vemos, lo que nos está planteando es como resolver un conflicto en la práctica, ya que partiendo de la teoría hay que acudir al Código Penal, tal y como ha hecho el abogado para aconsejar a su cliente, pero ¿cómo se resuelve un conflicto si escapa de las manos de la ley? Realmente este caso que nos plantea nos parece que se aleja un poco de la seguridad jurídica que debe existir, por lo que nos puede crear un poco de tensión, ya que ¿cómo se le rinde justicia a un ciudadano que sea víctima de un juez desconsiderado que desee aplicar por primera vez, una Ley que ha sido letra muerta durante años? ¿Qué se puede hacer para evitar la parcialidad en la aplicación de la Ley?<sup>103</sup> Estas preguntas tienen una difícil solución.

---

<sup>102</sup> *Ibíd*em, p. 20.

<sup>103</sup> *Ibíd*em, p. 21.

Para lo que sí tiene Fuller una respuesta es a la pregunta inicial para resolver el conflicto planteado, aunque cree que no todos los filósofos del Derecho entenderían y compartirían dicha respuesta, pero cualquier abogado que se precie ante esta situación práctica respondería lo mismo, *“afirmar que indudablemente la conducta sigue siendo delictiva, pero que las normas encargadas de regularla no tienen eficacia. En este duelo entre formalización verbal y conducta real, parece prevalecer, en el caso concreto, la primera, siempre y cuando sea válidamente promulgada por el poder legislativo”*.<sup>104</sup>

Ahora bien, lo importante era resolver cuáles eran los factores determinantes de que existiera el Derecho, si de las conductas, del Derecho que surge en la realidad social, o si por el contrario, dependía de la palabra, del Derecho creado y plasmado en las normas. Lo cierto es que realmente la existencia del Derecho depende de ambas, no puede desecharse una en favor de otra, ambas se necesitan. Conviene resaltar una metáfora que nos presenta nuestro autor:

*“Cuando el árbol del Derecho está muerto desde sus raíces, el sistema jurídico deja de existir. Cuando sólo perece una de sus ramas, no solamente no se declara la muerte de todo el árbol (lo cual es comprensible), sino que se asume que la rama misma se encuentra todavía viva (lo que resulta enigmático). En un extremo del análisis (puede denominarse extremo del árbol) la existencia del Derecho está determinada por la posibilidad de realización efectiva de la conducta; si se excluye lo anterior, entonces la formalización verbal, pierde toda la vigencia práctica. Al otro extremo (extremo de las ramas), la existencia del Derecho viene determinada por la promulgación de la forma verbal y no por la concretización de las acciones que esas palabras suscitan”*<sup>105</sup>

En conclusión, cuando consideramos la existencia del sistema jurídico en su totalidad, encontramos la prueba determinante del lado de los hechos, es decir, en el poder que tiene el Derecho de inducir algún tipo de influencia efectiva actual en asuntos humanos. Cuando nuestro interés se centre en una norma jurídica particular, que forme parte de un sistema jurídico vigente, la prueba determinante se encuentra en la promulgación formal de la expresión verbal, se encuentra al lado de las palabras.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibíd*em, p. 21.

<sup>105</sup> *Ibíd*em, p. 22.

<sup>106</sup> *Ibíd*em, p. 24.

Aceptar esta forma de resolver el problema, nos deriva en otros, ya que surge la necesidad de establecer una especie de término medio que a priori es muy difícil de establecer.

La forma más correcta en la actualidad de poder agrupar el derecho verbal y el derecho dictado podría ser basar el derecho en las decisiones judiciales, ya que parece poco probable que ningún Juzgador falle en su intento de aplicar las leyes, aunque puede ocurrir, pero no queda otra que aceptar esa posibilidad de fallo de los Tribunales en alguna ocasión. Aunque no deberíamos tomar como correcto una definición de Derecho como la conducta de los Tribunales y demás autoridades públicas.<sup>107</sup> Ya que lo mencionado no puede tomarse de igual manera para un juez o tribunal, como para un fiscal o un policía, dichas personalidades deberían tener un tratamiento diferente.

#### 4.2.2 *La búsqueda de la armonización entre la Actividad Judicial y la Actividad Legislativa.*

Llegados a este punto cabe abandonar la búsqueda de establecer una conciliación entre el derecho que realiza la acción humana y el derecho escrito, que como se ha tratado en el anterior apartado, tiene una difícil solución, aunque Fuller aporta grandes argumentos a intentar resolver el problema. Ahora tenemos que centrar nuestros esfuerzos en descubrir las medidas con las que cuenta la sociedad o podría llegar a contar, para evitar que exista una diferencia entre lo que propugnan los libros de Derecho y las sucesivas normativas, y lo que realmente sucede en la práctica diaria. Nuestro autor cree que si centramos el estudio en esta cuestión, estaremos mejor capacitados para argumentar lo que verdaderamente es el Derecho.

Comienza abordando su estudio a través de una pregunta, bastante interesante, aunque a priori, como de costumbre, de difícil respuesta. ¿Qué puede hacerse en aquellos casos en que los Tribunales crean mal o hacen mala aplicación de las Leyes promulgadas por el Legislativo?<sup>108</sup> En realidad, esta pregunta encierra otro problema, la creación legislativa, ya que en muchas ocasiones se culpa a los Tribunales de una mala aplicación de las diversas normativas, pasando el problema a ellos, en vez de analizar si el legislador ha podido contribuir a esta situación, lo que quiere decir que los Tribunales a veces se encuentran ante situaciones en los cuales no es que realicen una mala aplicación de las leyes, sino que en muchas ocasiones las leyes con las que tienen que juzgar los casos concretos se hacen del todo inteligibles por una mala creación legislativa, y que el

---

<sup>107</sup> *Ibíd*em, p. 26.

<sup>108</sup> *Ibíd*em, p. 27.

problema no se va a solventar sí sólo ponemos en el punto de mira a los Tribunales. Tenemos que prestar atención al legislador, al abogado, y a todo aquel que forme parte directa o indirectamente, de la resolución de un caso, ya que, aunque es cierto que el Juzgador tiene la última palabra, las normas y la forma en que han sido dictadas juegan un papel muy importante en la solución, al igual que la forma en la que los abogados califiquen el caso concreto.

Además, el Poder legislativo y el Poder Judicial, en la mayoría de Gobiernos civilizados son dos poderes independientes, por lo que, al igual que el Juez sentencia o, debería sentenciar los casos sin ninguna presión externa que provenga del legislativo, estos tampoco deberían recibir presiones a la hora de dictar una determinada ley.

Por lo tanto, la única solución posible es que aquellos que desempeñen los cargos de jueces sean los hombres más capaces del lugar, y, por consiguiente, los más honestos, además, hay que dotarles de una protección, ese poder independiente, para que sus decisiones no estén nunca dictadas en base a una presión externa que les dice como tienen o no, que juzgar dicho caso. Pero, ¿cómo podemos garantizar esto del resto de personas vinculadas a la justicia, como la policía, fiscales y procuradores? Si alguno de estos es corrupto o no actúa con la diligencia debida, a pesar del buen hacer del juzgador, el Derecho resultará efectivamente modificado y distorsionado en el proceso de su aplicación.<sup>109</sup> Una posible solución sería que estos cargos estuviesen supervisados por los Tribunales, pero esto, puede llevar a problemas mayores, ya que pueden confundirse peligrosamente las funciones, ya que hay que garantizar que el Fiscal y el Juez no sean la misma persona y que estén separados para que el Fiscal pueda actuar, también, con libertad, de lo contrario, si el fiscal actúa bajo presiones, aunque sea de un superior, de un Tribunal que hace dicha labor de supervisión, la justicia tampoco estaría garantizada. Además, los fiscales, debe suponerse que ya son personas honradas y justas, porque su cargo implica un sano juicio.

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*, p. 38.

*“...en las Cortes Inquisidoras los papeles de procurador, defensor y juez, se encuentran combinados en una persona o grupos de personas. No es de ninguna manera accidental que una Corte como la anterior celebrara sus sesiones en secreto, los métodos empleados por esa clase de tribunales para la extracción de confesiones no resistirían una investigación pública. Los métodos en cuestión, empleados por los tribunales inquisitoriales y aún cuando estuvieran abiertos al público, difícilmente podrían ser objeto de comprensión para la simple observación de un extraño. El proceso decisorio sólo adquiere coherencia e inteligibilidad para una audiencia no entendida cuando las funciones de procurador, de juez y de defensor se encuentran separadas y, al mismo tiempo, es solamente mediante esa separación que la audiencia puede ser convencida de que todos los aspectos de la controversia han sido cubiertos. Una separación de las funciones implícitas en una decisión judicial es, una medida esencial para que un orden jurídico pueda considerarse como equilibrado y justo. Se ha observado que los tribunales inquisitoriales al recurrir a la tortura y a las técnicas de lavado cerebral, obedecen a la necesidad primaria de obtener confesiones formales, que puedan convencer al mundo de la justicia de sus decisiones. Esto no podría obtenerse en caso de seguirse simplemente con los métodos informales de investigación, aún en el caso de que éstos estuvieran abiertos a la supervisión del público”.*<sup>110</sup>

Como sabemos, todo este tipo de consideraciones no afectan hoy en día a las naciones civilizadas, ya que, en cualquier democracia constitucional, existe una separación de poderes, no sólo en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial, sino que dentro del propio proceso judicial, cada parte actora está representada por una figura diferente que goza de independencia, ya sea, el fiscal, el juez, la policía, el abogado...y por supuesto, en la actualidad, cualquier decisión judicial es pública. Nuestro sistema judicial actual no se basa en el oscurísimo ni el en el espiritismo anterior, y, no podemos volver a caer en esos errores.

---

<sup>110</sup> *Ibíd*em, p. 39.

Cabe hacer referencia a otra figura, que surge en el sistema romano, y que por ello, solo los países que siguen la tradición romanista, y es un gran desconocido para el sistema anglosajón aunque cierta parte de la doctrina lo identifica con su Gran Jurado, es el denominado como magistrado investigador, es un *quasi-juez*<sup>111</sup>, realmente, es una figura, que esta entre el cuerpo fiscal y los Tribunales. El problema de esta, es precisamente, ese carácter ambiguo del lugar que exactamente ocupa.

#### 4.2.3 Intentando superar los problemas.

*“los desórdenes y los males del sistema jurídico, pueden ser casi todos atribuidos al hecho de que quienes se relacionan con el Derecho no tienen una conciencia acerca de sus propios fines. Si el Derecho como totalidad persiguiera un propósito general, y si cada una de las ramas autónomas llevara un fin específico, claramente delineado, entonces, todas estas dificultades desaparecerían. Dados esos supuestos, los jueces sabrían cómo interpretar el Derecho, los agentes de ejecución comprenderían su misión, y el público en general estaría al tanto de lo que sucede y se hallaría capacitado para tener un juicio acertado sobre la materia. Por último, si el legislador se viera compelido a clarificar sus fines y obligado a exponerlos simplemente, dejaría de repartir sus oscuridades en las tareas de los demás. La misión de todos recibiría un nuevo significado y dirección. En otras palabras, puede decirse que lo que necesitamos es una buena dosis de sentido común”.*<sup>112</sup>

Está bastante claro, como cualquier cosa que te propongas en la vida, ya sea en un ámbito profesional o personal, tiene que tener un fin determinado, si no eres consciente de lo que quieres, difícilmente puede tener un sentido y una coherencia todo lo demás.<sup>113</sup> Cuando uno decide por ejemplo, estudiar una carrera universitaria concreta, lo estaría haciendo como medio para conseguir un fin, el cual puede ser por ejemplo, ser médico, y para conseguir ese fin, se necesita el título universitario de graduado en medicina.

---

<sup>111</sup> Los juristas romanos suelen usar la palabra “quasi” en sus escritos. Algunos romanistas han interpretado que ella introduce una ficción o una analogía. Pero Gayo introdujo expresiones como “cuasi contrato” “cuasi usufructo” o “cuasi delito” para designar figuras que no tenían un nombre propio en el lenguaje de los juristas. (GUZMÁN BRITO, Alejandro *“El significado de quasi en el vocabulario de los juristas romanos”* Revista de estudios históricos y jurídicos Chile, 2016, pp. 79-95.).

<sup>112</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 50.

<sup>113</sup> Peña reconoce que el Derecho es *“un método para la ordenación social que está necesariamente conectado con la moral porque contienen principios morales entre sus elementos constituyentes”* Véase PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio Nazi*. Atelier, Barcelona, 2018, P. 172. Es decir, se reconoce la importancia de los fines que persigue el Derecho, y por supuesto de la fiel conexión que existe entre los 8 principios de legalidad que propone Lon L. Fuller y el Derecho. Por lo que considera que el Derecho está necesariamente conectado a los principios morales.

Difícilmente puedes llegar a conseguir el fin de ser un médico, si dudas sobre si quieres ser médico, enfermero, practicante, auxiliar de clínica o dentista, ya que, para conseguir cada fin hay que tomar un camino diferente. Pues algo parecido sucede con el Derecho, si no tiene claro que pretende conseguir, difícilmente el camino que siga será correcto, ya que, si cambia de fines, según avanza en su trayecto, debería cambiar de camino, y esto claramente solo lleva al desastre. *“El primer deber del Derecho, independientemente de cuáles sean el segundo y el tercero, es saber lo que quiere”*<sup>114</sup> Ahora bien, tenemos que dar por válido el argumento de que el Derecho sirve a una multiplicidad de fines, pero es importante, que mantenga claros cuales son dichos fines, independientemente de que sea un fin único, o varios fines, es necesario que no se pierda el sentido de lo que se quiere lograr.

En definitiva, tenemos varios problemas, que van a ser permanentes, aunque después de nuestro análisis podemos establecer una respuesta para ellos. El primer problema es la dificultad latente de coordinar las diferentes instituciones tanto públicas como privadas (los abogados no son cargos públicos), que conformar el sistema jurídico. La respuesta es clara, es necesario establecer que todo el Derecho sea informado en una estricta cadena de mandamientos, de tal manera que cada nivel del sistema responda ante el nivel inmediatamente superior.<sup>115</sup> El segundo de los problemas, es paliar las ambigüedades, las imperfecciones y las imprecisiones que salen a la luz por la necesidad de que tanto las normas, como las instituciones jurídicas se encuentren al servicio de múltiples fines. La única respuesta que puede haber aquí es que las imprecisiones se eliminan al darle a las normas jurídicas y a cada institución jurídica un único y claro propósito.<sup>116</sup>

*“la marcha adecuada de un sistema jurídico depende de constantes actos de discernimiento en todas sus instancias. Aceptándose esta necesidad ineluctable se hace patente lo absurdo que es suponer que las fallas de un sistema jurídico pueden ser todas atribuidas al elemento humano. Este, puede lógicamente fallar, no solo debido a corrupción o desidia, sino a una falta de sentido de la función institucional y a un dejar de percibir la verdadera naturaleza de los problemas inherentes a la creación y administración del sistema jurídico. Pero si el elemento humano es una*

---

<sup>114</sup> WIENER, Norbert, *The human Use of Human beings*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1950, pp. 116-117.

<sup>115</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 72.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 73.

*posible fuente de fracasos, es también un elemento indispensable en todo sistema jurídico justo y humano*".<sup>117</sup>

### 4.3 Las fuentes de Derecho

Fuller dedica la segunda parte de su obra *Anatomía del Derecho*, específicamente a esta cuestión. De hecho, dicho capítulo lleva por título "*Fuentes de Derecho*", al igual que este epígrafe, tal y como sucedió, igualmente, en el anterior apartado.

Comienza abordando esta cuestión avisando al lector de que el concepto o expresión que vamos a leer sobre esto es más estricto y más amplio que el tratamiento que normalmente se observa en otras obras de filosofía-jurídica. Esto es así porque en las obras iusfilosóficas, se relaciona el problema de las fuentes del Derecho con la siguiente pregunta ¿De dónde obtiene el juez las normas con las cuales ha de decidir los casos concretos?, y en respuesta, se citan, la Ley, los precedentes judiciales, la costumbre, la doctrina de los juristas más versados, las exigencias morales y la equidad.<sup>118</sup> En cambio, el interés de Fuller se va a centrar en la siguiente pregunta, ¿De dónde deriva el Derecho no sólo su contenido propio, sino también su imperio sobre la vida humana?<sup>119</sup> Además, nos avisa de que este problema, también forma parte del objeto de debate de la doctrina iusnaturalista y positivista, el conflicto se centra en aquellos que defienden que el único y verdadero Derecho es el implícito, y, por el otro, aquellos que tienen una marcada preferencia por el Derecho creado.<sup>120</sup>

#### 4.3.1 *Derecho creado y Derecho implícito.*

Como vemos, Fuller, distingue dos tipos de Derecho. Esto puede recordarnos a los dos tipos de morales, pero esta cuestión nada tiene que ver con aquella, aunque como ya sabemos todo Derecho tiene o debe tener una serie de principios, pero aquí en el tema de las fuentes no influye la distinción de las dos morales con una distinción de dos Derechos, son cuestiones que podríamos considerar independientes.

Para abordar el estudio de esta materia, usaremos como paradigma del Derecho creado la disposición legislativa, es decir, la ley, frente al Derecho implícito para el cual haremos uso del conocido como Derecho consuetudinario. Ahora bien, tal y como se observará posteriormente, ninguno de estos corresponde verdaderamente a un tipo

---

<sup>117</sup> *Ibíd*em, p. 73.

<sup>118</sup> *Ibíd*em, p. 77.

<sup>119</sup> *Ibíd*em, p. 78.

<sup>120</sup> *Ibíd*em, p. 103.

absolutamente puro del Derecho, aunque es importante abstraernos de esta cuestión y presentar cada figura jurídica de manera pura.<sup>121</sup>

Comenzaremos en primer lugar con el Derecho creado,

*“...la Ley, el dispositivo legal, como ejemplo característico del Derecho creado. Una ley proviene de una determinada fuente humana. Es promulgada por una decisión de un legislador o de un cuerpo legislativo. Se hace realidad en un determinado momento histórico; es portadora de una fecha que nos dice clara y precisamente cuándo se hizo efectiva, lo que sirve para demarcarla de cierto período pasado durante el cual aún no existía. Sus términos se encuentran plasmados en las palabras de la propia Ley. Si deseamos saber lo que significan esas palabras, debemos detenernos primero sobre los vocablos mismos y no sobre cualquier expresión doctrinaria, que traduzca más o menos en forma equivalente su contenido y que se halle impresa en alguna obra jurídica”<sup>122</sup>*

John Austin, fue un gran defensor del Derecho creado, cabe mencionar aquí, su obra *The Province of Jurisprudence Determined* publicada en 1832. En esta obra, ha influido enormemente al pensamiento jurídico anglosajón. Pliega el Derecho consuetudinario al propio sistema del Derecho Creado, es decir, intenta que el Derecho Creado no se sustente solo en la ley, sino que otra de sus formas jurídicas sea el Derecho Consuetudinario, que esté, sea impuesto por una autoridad estatal tal y como sucede con la ley.

Volviendo a las definiciones puras de ambos tipos de Derecho, toca el turno del Derecho implícito, cuya base, como ya se ha mencionado, es el Derecho Consuetudinario.

*“...el Derecho Consuetudinario tipifica al Derecho implícito...Una norma consuetudinaria, una costumbre jurídica, no es declarada o promulgada, sino que crece y se desarrolla a través del tiempo. La fecha en que por primera vez se hace paladinamente presente con todo su vigor sólo puede ser apuntada dentro de un amplio margen temporal. Y aunque es posible describir en general las clases de personas entre quienes la costumbre en cuestión funge de patrón de conducta, no posee, en verdad, ningún autor o creador específico. No es posible encontrar algún ser humano o alguna entidad definida a quien pueda imputársele la responsabilidad de sus bondades o perjuicios. No existe tampoco ninguna formalización verbal expresa de los términos constitutivos*

---

<sup>121</sup> *Ibíd*em, p. 78.

<sup>122</sup> *Ibíd*em, p. 79.

*de la costumbre; está se revela en una uniformidad de conducta y no por medio de un discurso compuesto de un vocabulario preciso.*<sup>123</sup>

Conviene ampliar esta definición en propias palabras de L. Fuller:

*“Las reglas de Derecho consuetudinario o, más generalmente las concepciones que sostienen que determinadas conductas son, en ciertas situaciones, obligatorias, no surgen simplemente de una repetición constante o habitual. El hecho de que un hombre, o grupo de hombres realice invertidamente una conducta uniforme, no implica, por sí solo, que ese comportamiento deba concebirse como un patrón normativo...El Derecho consuetudinario sólo impone cargas y prerrogativas entre A y B, en aquellas situaciones en que la reciprocidad de intereses se halla entrelazada de tal forma, que cada contratante debe orientar su comportamiento en atención a una cierta expectativa generada por la conducta eventual de su contraparte... El Derecho consuetudinario, surge, pues, de expectativas”.*<sup>124</sup>

Una vez aportada una definición de los conceptos, es necesario examinar el papel que han jugado ambos en la Historia del Derecho. Para argumentar debidamente esta cuestión, es relevante mencionar, igual que menciona Fuller, el libro *Ancient Law: its connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, de Sir Henry Sumner Maine, que se publicó por primera vez en 1861, sin duda, una de las obras más famosas de antropología jurídica. En esta obra, Maine distingue seis etapas en el desarrollo histórico del Derecho. Estas fases constituyen señales del largo y tortuoso camino a través del cual la humanidad ha llegado finalmente a la conclusión de que el Derecho puede ser creado.<sup>125</sup> Vamos a profundizar en esta cuestión, ya que resulta útil para acercarnos al desarrollo histórico del Derecho.

En la primera etapa que nos propone Maine, nos encontramos con el estadio más primitivo de las manifestaciones jurídicas, se conciben como un despliegue de fuerzas semejantes al que exploya la naturaleza. De hecho, el propio Maine, en esta etapa, concibe el Derecho como algo que “se encuentra en la atmósfera”, y confirma que “en la aurora de la humanidad, no se concibe ni se contempla ningún tipo de legislación, ni siquiera un autor específico del Derecho”<sup>126</sup>. Poniendo esto en relación con lo que sabemos ya sobre el Derecho creado y el Derecho implícito, claramente, en esta primera etapa del proceso

---

<sup>123</sup> *Ibíd*em, p. 79.

<sup>124</sup> *Ibíd*em, pp. 130 y 131.

<sup>125</sup> *Ibíd*em, p. 89.

<sup>126</sup> *Ibíd*em, p. 90.

evolutivo del Derecho, únicamente nos encontramos con Derecho implícito, se seguía el propio orden de la naturaleza, y se hacían las cosas tal y como ellos consideraban por su práctica diaria y por su aprendizaje en el medio que les rodeaba.

La segunda etapa, se traduce en una pequeña evolución, ya que aparece el Derecho consuetudinario. Parece complicado, distinguir entre la primera etapa y esta, ya que nosotros entendemos que el Derecho consuetudinario forma parte del Derecho implícito, por lo tanto, nos preguntamos ¿Cuál es verdaderamente la evolución? Fuller, al examinar esta cuestión, fue más allá, y se formuló una serie de preguntas de gran interés: *¿Cuál es la diferencia entre la segunda etapa, la de Derecho consuetudinario, y la primera que concibe el Derecho como simple expresión de la “naturaleza de las cosas”? ¿No es acaso la costumbre una práctica inconsciente? ¿No es verdad que los actores de la costumbre la observan sencillamente porque así es la “naturaleza de las cosas”?*<sup>127</sup>. El texto de Maine, no es capaz de responder todas estas preguntas, pero sí que nos muestra una diferencia entre ambas etapas. En la segunda, el hecho de que algún tipo de conducta se convierta en consuetudinaria es considerado como una razón fundante para su observancia, mientras que en la primera, *el Derecho apenas ha alcanzado el estado de costumbre, es más bien un hábito*, en el momento consuetudinario los hombres se percatan del hecho de que puede existir una alternativa frente a los usos que ellos han venido observando.<sup>128</sup> En otras palabras, surge lo que se denomina un margen decisorio, y es en ese momento en el que la sociedad avanza hacia la creación jurídica, porque se da cuenta de que aquellos usos que ellos repetían pueden no ser satisfactorios en todos los asuntos, y esto es lo que marca la diferencia entre la primera etapa más primitiva, y esta segunda etapa.

La sociedad va avanzando, se vuelve más compleja, y el Derecho consuetudinario va en aumento, es entonces cuando surge la tercera etapa de este proceso, porque aparece la necesidad de que alguien se encargue de mantener bajo control las reglas existentes y que provea al sistema con interpretaciones autorizadas para regir los casos dudosos.<sup>129</sup> En muchos casos, los encargados van a ser hombres prudentes o incluso una clase sacerdotal. Hay que tener en cuenta que en esta etapa aparece la escritura, y gracias a ella, la evolución del Derecho tomó otro aspecto, ya que todos aquellos usos se podían recopilar, y al plasmarlas en documentos, se convierten en reglas escritas, que todos pueden conocer. En las propias palabras de Maine, *nos hallamos en presencia de la era de los Códigos, esos antiguos*

---

<sup>127</sup> *Ibíd*em, p. 91.

<sup>128</sup> *Ibíd*em, p. 91.

<sup>129</sup> *Ibíd*em, p. 91.

*decálogos entre los cuales se destaca como muestra más famosa, la Ley de las Doce Tablas...leyes grabadas en tablas y publicadas para el uso del público, para que así suplantasen los usos que se hallaban depositados en el poder de una oligarquía privilegiada...El valor de estos Códigos no consistió en ningún intento por construir una clasificación simétrica, ni en una claridad o concisión de expresión, sino en su carácter público, y en el conocimiento que proporcionaban a la colectividad en relación con lo que cada uno debía y no debía hacer”.*<sup>130</sup>

Una vez que los Códigos se hicieron usuales abiertamente, se había andado un trecho más en el largo camino que habría de conducir al reconocimiento explícito de que las leyes podían ser creadas.<sup>131</sup>

Al aparecer cambios, avanzamos en el desarrollo del Derecho, llegando a una cuarta etapa, que fue el primer paso hacia la legislación explícita, pero que no revistió el carácter de una expresa declaración de un nuevo Derecho, sino que introdujo la reforma jurídica al amparo de la ficción<sup>132</sup>. Por nuestra propia costumbre entendemos que la ficción-jurídica conlleva una legislación oscura, defectuosa y negativa para nuestros días, pero realmente esta forma de entender la ficción jurídica es injusta, y no muestra el sentido que debería aportarse a un concepto jurídico que tanto ha aportado en la historia del desarrollo del Derecho.

La quinta y penúltima etapa tiene que abandonar parcialmente el recurso de la ficción jurídica, ya que se queda escaso para abordar grandes reformas del Derecho. Esto se observa por primera vez en Roma, ya que era una ciudad en la que la población cada vez era mayor, debido al ámbito mercantil (mercaderes). A Roma acudían al día miles de mercaderes extranjeros, y los romanos se dieron cuenta de que su Derecho era insuficiente para regular y resolver los conflictos que surgían entre los propios mercaderes extranjeros, entre los romanos y los extranjeros, e incluso, entre los propios romanos. Era obvio que la sociedad estaba cambiando y que el tráfico jurídico de diversas mercancías estaba aumentando cada día, por ello se ve como la búsqueda del cambio, en sus inicios, se concibió de manera comercial.

---

<sup>130</sup> *Ancient Law* con notas de Sir Frederick Pollock, John Murray, Ltd, Londres, 1912, pp.12-13.

<sup>131</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 92.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 94.

Nos encontramos ahora, por primera vez, ante el criterio de que la reforma legislativa debe guiarse por algún modelo trascendental, algún sistema jurídico ideal, al cual todas las leyes han de someterse.<sup>133</sup>

La última y sexta fase, es la denominada como *la etapa de la legislación, o legislativa*, la humanidad llega a la conclusión de que el Derecho puede ser engendrado por medio de una declaración intencional explícita, formulada en los términos de las promulgaciones legislativas.<sup>134</sup> Como vemos, a esta etapa no se llegó tan fácilmente, fue un camino largo y complicado para todos aquellos que gobernaban o dictaban leyes, de hecho, muchas de las primeras normativas que aparecen en esta fase no son ni mucho completas, ni correctas, cometieron múltiples errores, normas fragmentarias...

Reflexionando sobre estas seis fases que nos marca Maine, aparece la obviedad de que no todas las sociedades han evolucionado en sus cuerpos normativos con tal simpleza, ni todas han seguido todos estos pasos. Por lo tanto, hay que sostener estas fases como algo teórico, un análisis general del Derecho, inteligente, pero que no se han producido así en todas y cada una de las sociedades existentes, ni tampoco se han agotado todas y cada una de las etapas antes de dar el paso a la siguiente.

A pesar de esto, las seis etapas de Maine son muy útiles e ilustrativas para explicar la aplicación que tanto el Derecho Constituido y el Derecho creado han tenido en la historia del Derecho. Ahora bien, ¿qué sucede en la sociedad actual? Debemos llegar a la conclusión de que el Derecho contractual, el Derecho creado, es superior al Derecho consuetudinario. Ya que un sistema de normas jurídicas debe poder estar en capacidad de delimitar claramente la situación de cada quien.<sup>135</sup> El Derecho consuetudinario, claramente, no puede lograr este objetivo, pero el Derecho creado sí puede conseguir el objetivo planteado. Por ello, parece obvia la superioridad de este Derecho frente a aquel.

Concluyendo, todos aquellos casos que hacen que las partes no puedan prever con seguridad, pueden hacer un contrato explícito, destinado a cubrir todas las eventualidades, aparezca plenamente incapaz de regular la conducta de los contratantes. Y este tipo de situación exige recurrir a lo que se ha denominado “negociación abierta”, lo cual caracteriza el surgimiento de normas consuetudinarias.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> *Ibíd*em, p. 95.

<sup>134</sup> *Ibíd*em, p. 97.

<sup>135</sup> *Ibíd*em, p. 136.

<sup>136</sup> *Ibíd*em, p. 137.

#### 4.3.2 *El Common law*

Fuller, en su libro *Anatomía del Derecho*, nos ofrece un sinfín de páginas sobre la cuestión del Common Law, ya que cree firmemente que este sistema contemporáneo tiene una base en el Derecho implícito, y en el Derecho consuetudinario. Por ello, considera que no puede concluir su obra sin mencionar esta figura jurídica. Es por esto, por lo que no podemos concluir este trabajo sin mencionar esta cuestión. Lo primero, igual que hizo Fuller es aportar una definición de esta figura jurídica. ¿Cómo se define el Common Law? En Alemania, un país con una clara tradición romanista, este término, servía para distinguir aquel cuerpo jurídico común formado por el legado romano y el conjunto de leyes y costumbres locales.<sup>137</sup> En el sistema inglés, en cambio, la expresión ha recibido una doble connotación. La primera de ellas sirve para señalar el Derecho creado judicialmente que se distingue del Derecho legislativamente creado. Pero dentro del propio sistema de creación judicial la expresión “Common Law” sirve para distinguir entre: 1. El derecho que se gesta a través de la actividad decisoria de los tribunales de la Common Law, es decir, la jurisdicción ordinaria, y 2. El derecho que surge de las decisiones de un tribunal especial llamado Tribunal de Cancillería o de “equidad”. Los tribunales o cortes del Common Law constituían la antigua rama del poder judicial, teniendo, en consecuencia, una concepción restringida del proceso judicial.<sup>138</sup> Esto sería el planteamiento más puro y originario, porque en la actualidad la distinción mencionada (incluso en la época de Fuller ya estaba desapareciendo), no existe como tal, y es el mismo sistema el que administra todo.

Vemos en la propia definición que hay dos tipos de sistemas presentes en la realidad del mundo jurídico, uno formado por aquellos países, como el nuestro o como Alemania, que se inclinan por aquello que se denomina el “Derecho civil” (tradicción romanista) , y otro sistema, compuesto por aquellos países fieles al sistema del Common Law (modelo inglés). Al ver que existen dos grandes sistemas se nos plantea la siguiente cuestión ¿Por qué el modelo del Common Law no ha triunfado en todo el mundo?, ¿por qué el resto de países prefieren seguir la tradición romana?

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 151.

El mayor problema que plantea el Common Law, es que muchos creen que es un sistema que es inaccesible y complejo, ya que a priori parece bastante complicado establecer todas las normas en un código único, como podría ser nuestro Código Civil. Esto se debe a que las reglas establecidas por el Common Law son amplísimas, y están recogidas en un sinnúmero de volúmenes compilatorios. Por lo tanto, podemos entender que su conocimiento es más complicado que el de otras normativas, ya que además, el Common Law recoge en muchas situaciones materias y dictámenes bastante poco ordinarios, y en muchos casos, disparatados. Ahora bien, esto nos lleva al argumento contrario, y es que este tipo de normativas se adaptan más a la verdadera sociedad<sup>139</sup> y a los casos de la vida cotidiana por más extraordinarios o simples que nos parezcan, frente al Código que es más alejado del mundo, y que en muchas ocasiones tiene lagunas ya que no todo se puede establecer en una norma previamente, como diría el dicho “la realidad muchas veces supera la ficción”. Bien es cierto, que el sistema del Common Law no puede encontrar gran acomodo en aquellas sociedades que cuentan con un rápido desarrollo de su sociedad y sus costumbres, porque en palabras simples “este sistema no daría abasto”, el proceso de creación del Common Law es relativamente lento, necesita su tiempo y por ello se hace inviable el dictar reglas constantes porque la sociedad avanza muy rápidamente.

Otro aspecto a tener en cuenta de los países que utilizan el sistema del Common Law es la importancia que se da a la profesión jurídica, ya que juega un papel más preponderante, activo y dirigente que en otras partes. Esta importancia se explica teniendo en cuenta la naturaleza misma del Common Law, ya que se encuentra siempre inmersa en el diario acontecer, obtiene sus reglas de casos que reflejan toda complejidad característica de la conducta humana.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Curran (2004, pp. 702-804) es muy crítico con quienes como Dyzenlaus (2010, p. 259) afirma que los jueces vinculados a la tradición del common law que están familiarizados con referentes normativos como la *equality* o la *fairness*, son menos propensos a aceptar y por tanto validar aquellas políticas discriminatorias o de persecución que cualquier juez legislativo, ya que estos, actúan en un marco normativo en el que todo el Derecho es obviamente ley, y por tanto, “la ley es la ley”.

<sup>140</sup> FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969, p. 190.

El propio Fuller deja claro que el Common Law no es un instrumento jurídico de regulación social eficaz en los siguientes casos:

*“1. Cuando se trata de determinar qué actos deben ser calificados de delictivos; 2. Cuando las opiniones que se disputan en el escenario social se hallan enfrascadas en profundo combate por el Derecho, por el gobierno y por la organización económica; 3. En las sociedades expuestas a cambios abruptos y acelerados; 4. En aquellas sociedades en que la función judicial resulta a todas luces dirigida”<sup>141</sup>*

Nos interesa profundizar un poco más en las verdaderas características de estos sistemas, ya que anteriormente se está tan enfrascado en decir que “es” el Derecho común, que se olvida realmente “cómo” es el Derecho. Los estudiosos se empeñan tanto en descifrar la naturaleza del Common Law, que olvidan por completo analizar el proceso efectivo que permite su desarrollo y olvidan demostrar, con mayor razón, cómo ese proceso difiere del procedimiento legislativo.<sup>142</sup> Por ello, para concluir este apartado, aportaremos diez caracteres que nos permiten diferenciar las formas en que el Derecho estatuido y el Derecho consuetudinario cobran existencia.

- I. **Primera diferencia:** las leyes surgen con anterioridad al suceso, existe una normativa general que posteriormente se aplica a los casos concretos, frente al derecho judicial, que se produce a través de la solución de un caso concreto, es decir, no está establecido con anterioridad, primero surge la controversia y después la solución aportada por el tribunal.
- II. **Segunda diferencia:** las leyes prohíben o permiten una cuestión, es decir, contienen un mandato explícito de hacer o no hacer algo, y una consecuencia en caso de incumplirla, un castigo, una pena. En cambio, en las decisiones judiciales entra en juego la razón. En las opiniones emitidas por el juez se tiene en cuenta la “regla”, pero también las “razones”, los “hechos concretos” de cada caso; por lo tanto, cuando dicta sentencia está entrelazando las normas con las razones, contiene una serie de argumentos que pueden en ciertas ocasiones justificar algunos actos, mientras que claramente las leyes no contienen este tipo de argumentos.

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 192.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 158.

- III. **Tercera diferencia:** las decisiones judiciales se entienden como “explicaciones” sobre las controversias. El juez interpreta en cada caso cual es la solución que mejor se adapta y explica sus razones ajustándose al Derecho y a las razones del caso; por lo tanto, la norma y las razones, como ya se ha comentado, se entrelazan. Es decir, la interpretación realizada en el derecho judicial es completamente diferente a la ley, y esta es la tercera diferencia a resaltar, ese “acto explicativo” que se realiza en cada decisión judicial y que no surge en una ley. Los puntos analizados han recibido la siguiente calificación: “*se ha llegado a pensar que la Common Law, a pesar de hallarse impresa en los recuentos jurisprudenciales, es, en verdad, una especie de “derecho no escrito”.*”<sup>143</sup>
- IV. **Cuarta diferencia:** Las decisiones judiciales son individuales. ¿Qué quiere decir esto? Es un juez concreto el que dicta tal decisión o tal otra; de hecho, es acertado pensar que los asuntos tendrán soluciones diferentes dependiendo que juez juzgue dicha cuestión. Por ello, firman sus decisiones, son suyas propias y se plasma en el documento. Esto es completamente diferente cuando se establece una ley o un Código, nadie lo firma como propio, es resultado de una colectividad, de un Parlamento determinado, de unos asesores jurídicos..., pero en su propio sentido, son completamente anónimas, aunque puedan con posterioridad establecerse a una legislatura determinada, a un gobierno de un “color” o de otro, pero su “sello” no aparecerá en la Ley.
- V. **Quinta diferencia:** El Common Law la forma de opinión no se reduce únicamente al juez que emite una opinión particular, sino que también se extiende a las llamadas opiniones “disidentes” y a las llamadas opiniones “concurrentes”, que consisten, estas últimas, en el acuerdo sobre el fondo decisorio alcanzado por la mayoría de los jueces, pero en el desacuerdo frente a un razonamiento particular de la motivación de la mayoría.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> *Ibíd*em, p. 163.

<sup>144</sup> *Ibíd*em, p. 166.

- VI. **Sexta diferencia:** la ley no ofrece una explicación tan amplia de qué ha llevado a ella o qué hechos ciertos se han tenido en cuenta, aunque es cierto que en los Códigos aparece una pequeña exposición de motivos, pero en muchas ocasiones no son del todo acertadas, ni nos revelan algún dato relevante, sino al contrario, muchas veces nos sitúan en una posición complicada. Esto es muy diferente en el Common Law, ya que normalmente cuenta con múltiples informes sobre los casos y las decisiones judiciales, que narran perfectamente la historia tanto antes de llegar al tribunal como en el proceso, por lo que son informes muy ricos en datos y nos sitúan perfectamente en los hechos concretos.
- VII. **Séptima diferencia:** los encargados de crear y administrar un cuerpo de normas jurídicas ineludiblemente deberán enfrentarse al problema del sistema. Las reglas aplicables a la decisión de distintas controversias no pueden ser consideradas como muestras aisladas e inconexas de la prudencia judicial. Al contrario, deben entrar todas en algún tipo de sistema interrelativo, permaneciendo dentro del mismo, desplegando su actividad dentro del marco de una estructura interna coherente (exigencia de la misma justicia).<sup>145</sup> En los países de tradición civilista el problema del sistema viene resuelto, definitivamente, por el legislador al darle a las normas que él promulga una forma acabada. Por el contrario, para un juez del Common Law la idea de sistema es un problema permanente; toda su actividad diaria se halla encaminada a resolverlo. El Common Law, que descansa en la responsabilidad de los jueces anglo-americanos, se halla siempre en un estadio de perpetuo hacerse: el problema de la sistematización es un perpetuo resolver, es un problema que nunca se resuelve definitivamente.<sup>146</sup>
- VIII. **Octava diferencia:** esta diferencia se basa en la lingüística, ya que como se observa siempre se escribe “el Common Law”, un término en singular, no tiene un plural como en el caso de la ley (leyes), y se utiliza con un artículo definido; además, no tiene un sinónimo, en cambio al hablar de ley podemos utilizar la palabra norma, regla, precepto, principio...

---

<sup>145</sup> *Ibíd.*, p. 168.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, p. 169.

- IX. **Novena diferencia:** los jueces del Common Law siempre han extraído sus normas del derecho de una variedad de fuentes, y de una manera relativamente independiente de las limitaciones implícitas a las fronteras políticas y jurisdiccionales; es decir, existe una unidad de doctrina jurídica entre los países que lo siguen.<sup>147</sup> Esto claramente no sucede en las leyes: cada país tiene sus diversos ordenamientos jurídicos, con normas diferentes, y el juez español no juzga una cuestión utilizando una norma del Código Civil italiano, por ejemplo, únicamente puede utilizar las normas establecidas en nuestro Código Civil.
- X. **Décima diferencia:** llegados a este punto, se nos plantea la situación más complicada de resolver, si las leyes *ex post facto* en la mayoría de los casos son calificadas como un flagrante abuso del poder legislativo, ¿no debería también considerarse de igual forma la “creación judicial” del Derecho, esto es, como una extralimitación del poder judicial?<sup>148</sup> La solución a esta pregunta no es tan sencilla, ya que en el sistema establecido del Common Law no es nada fácil establecer una distinción entre lo que sería el momento de creación y el momento de la interpretación; en cambio, en el Derecho estatuido, sí puede establecerse la distinción: la creación corresponde al poder legislativo, frente a la interpretación que corresponde al judicial.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 177.

## 5 RULE OF LAW

Después de haber analizado en profundidad las tres grandes obras de nuestro autor, cabe establecer una pequeña conclusión respecto a los pensamientos plasmados en este trabajo. Si nos damos cuenta, todas las opiniones de Fuller nos llevan a pensar que aboga por la *Rule of Law*, es más, establece las propias bases o requisitos de este concepto sin mencionarlo directamente.

Por ello es interesante comentar qué es la *rule of law* y porqué vemos en el pensamiento de Fuller esta figura jurídica.

### 5.1 Concepto y Características

Existe una dificultad especial para aportar una definición al concepto *Rule of Law*. Siendo fieles únicamente al vocabulario, la traducción sería “regla de la ley”, pero no es del todo cierto con el propio sentido del rule of law. Otros intentos de definir el término acabarían en “imperio de la ley” o “supremacía del Derecho”, estos tampoco serían fieles al propio espíritu de la figura jurídica. Al final, la traducción que más puede asemejarse en nuestro idioma a lo que verdaderamente es la rule of law, es nuestro concepto de Estado de Derecho.<sup>149</sup>

Podríamos definir entonces el *rule of law* o Estado de Derecho como el ideal jurídico que todos los sistemas jurídicos deberían perseguir. Se basa en el predominio del derecho y de las instituciones legales sobre el resto, en base a una serie de principios. Estos son de carácter procesal y formal, junto con una serie de ideales sustantivos, como podrían ser la presunción de libertad, o el derecho a la propiedad privada.

Realmente no es más que un ideal que propugna que aquellos que ejerzan el poder no lo hagan de forma *ad hoc*, basándose únicamente en su ideología, tendrán que ajustarse al marco legal establecido cumpliendo lo que él mismo propugne y siendo sancionados en caso de que intenten ejercer su poder de forma completamente discrecional y arbitraria. Pero, no sólo es un ideal que implica que el gobierno se sujete a unas normas, también es necesario que todos los ciudadanos cumplan y muestren respeto por las leyes, siendo estas, la misma para todos, sin que nadie, por el motivo que sea, esté por encima de ella. Además, el Estado de Derecho, propugna por el deber que tienen los gobiernos de proteger jurídicamente a los ciudadanos evitando que se vulneren sus derechos y que sufran indefensión, lo que conlleva a que el Poder Judicial, deba ser una institución independiente

---

<sup>149</sup> En contra de esta opinión, VIOLA Francesco, *Rule of law: El gobierno de la ley ayer y hoy*, Palestra, Lima 2017.

y transparente, para que nadie sea juzgado de manera arbitraria, ni que el juzgador juzgue a través de presiones.

Ahora bien, el Estado de Derecho es en parte algo controvertido, ya que, al igual que una dictadura, una monarquía o una democracia, el Estado de Derecho no deja de ser una forma de organizarse “políticamente”. Por lo tanto, al igual que tiene adeptos tiene personas que no entiendan esta forma de vivir en sociedad como válida, o bien la aceptan, pero desearían que fueran otros los principios que lo sustentan, o fuesen ampliados, o reducidos. Una de las críticas más duraderas ha sido la que vertió el filósofo Platón.

A pesar de esto, actualmente se cree que el Estado de Derecho es la mejor forma de organizarse y la que más protege los derechos fundamentales de todos los seres humanos.

De hecho, existen organizaciones, como el Proyecto de Justicia Mundial, organización independiente e internacional que lucha y trabaja para que todas las sociedades del mundo avancen al Estado de Derecho y también para que los países que lo han implantado, lo hagan en la forma correcta. Todos los años elabora un ranking sobre los mejores países en cuanto al Estado de Derecho se refiere, estando Noruega y Nueva Zelanda en las primeras posiciones, y Afganistán en la última.

## **5.2 Aportación de Lon Fuller al movimiento del rule of law**

Los ocho principios de la moral interna de derecho han hecho una gran aportación al Estado de Derecho, ya que estos ocho principios que propugna Fuller, actualmente, no pueden faltar en ningún sistema jurídico que se precie, aunque se hace necesario ampliarlos con requisitos procesales, para llegar al summum del rule of law.

Lon Fuller no es el único filósofo que directa o indirectamente ayudado al progreso o a la definición del rule of law, Aristóteles, Aquino, los escolásticos hispanos, los juristas de la tradición romanista, Locke, Montesquie, A. V. Dicey, y Hayek, entre otros.

No podemos afirmar o negar con exactitud si cuando Fuller dictó sus ocho principios de la moral interna estaba pensando en que estos podrían servir de base para el rule of law, ya que, como sabemos, en principio, estaba hablando de moral y no de una forma de gobierno determinada. Realmente, no nos importa profundizar en el cómo o en el por qué hemos llegado hasta aquí, sino en lo importante qué son en la actualidad estos 8 principios dictados por Lon Fuller, ya que, sea por pura casualidad, o siendo consciente de ello, estos ocho principios en la actualidad se utilizan para fundamentar cualquier

Estado de Derecho que se precie, no va a existir Estado de Derecho, si formalmente no se respeta la generalidad, la publicidad, la congruencia...

Por ello debemos mucho a Lon L. Fuller, y quisiera o no conseguir este fin, el caso es que ha hecho un gran aporte al Estado de Derecho, por lo cual debería ser conmemorado, porque sin ir más lejos, nuestras democracias constitucionales, actualmente, junto con otros principios de carácter procesal, se sustenta sobre la base de estos ocho requisitos promulgados por Lon L. Fuller.

### **5.3 ¿Se encuentra el estado de derecho o rule of law al servicio de los derechos fundamentales?**

Hay que afirmar que el estado de derecho reconoce la dignidad de cada una de las personas, la cual es el fundamento último de cualquier derecho, lo que se va a explicar en este apartado es si los ocho requisitos propuestos por Lon Fuller se adaptan con perfección a la protección de los derechos fundamentales.

Existen autores como, por ejemplo, John Finnis, que asocia los desiderátums planteados por Fuller con los requerimientos técnicos necesarios para que todo sistema jurídico opere en forma.<sup>150</sup> Es cierto, como ya sabemos, que el modelo que propugna Lon Fuller a través de sus ocho requisitos, es un estado de derecho que se basa en esos ocho principios, o fundamentos, y en el caso de que los gobernantes al dictar sus normas no los respeten, no podría considerarse ni siquiera derecho a las normas resultantes.

Pero, ¿este modelo de estado protege los derechos fundamentales de las personas? Hemos comenzado este epígrafe afirmando que el estado de derecho garantiza la dignidad de las personas, y cabe extender esta reflexión a la teoría de Fuller, ya que reconoce el valor de la dignidad de las personas, por lo que cabría pensar que garantiza lo anterior. Tenemos que valorar esto en base a dos tipos de regímenes diferentes, por un lado, los regímenes injustos, y por otro, los que calificamos como justos.

---

<sup>150</sup> FINNIS, J. *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, oxford, 201, p.270.

- **El contexto de regímenes injustos y el desiderátum de Lon L. Fuller.**

Para nuestro autor, si aquellos que crean el Derecho en los diferentes regímenes injustos se adhieren en parte a los principios que él promulga, cumplen con la obligación moral que ellos conllevan.

Existe un nuevo análisis conceptual, en cual se entiende que si un gobernante injusto no tiene en principio razones autosuficientes para someterse a estos principios y a la disciplina que impone el estado de derecho, tiene razones instrumentales. Esto quiere decir que la adhesión no deriva de la necesidad de cumplir con la obligación moral que propugna Fuller, sino en la necesidad de alcanzar algún tipo de propósito ulterior conveniente a los intereses del gobernante injusto, por ejemplo, alguna de estas razones instrumentales puede ser, el deseo de aquel de hacer más eficaz su maquinaria de dominación, o la necesidad de mejorar la percepción política de su régimen tanto dentro como fuera de su país.<sup>151</sup>

En síntesis, si aquel que podemos denominar como gobernante injusto decide sujetarse por los 8 requisitos de Fuller y, en consecuencia, establecer el estado de derecho, ya sea por su decisión moral, o por razones que dejan mucho que desear, estaría debilitando su poder y su capacidad de vulnerar los derechos de las personas. Por lo que se puede afirmar que aunque el régimen en el que nos encontremos sea injusto, si el gobernador se ha decidido sujetar a estos principios, los derechos están bastante protegidos. Entonces, no nos queda más que pensar que será muy complicado que un gobernante de tal tipo decida sujetarse a un régimen de gobierno como el Estado de Derecho, ya que estaría limitando su poder. Pero si hipotéticamente llegase a establecer en su régimen un Estado de Derecho, por supuesto, los derechos de las personas estarían garantizados en esta situación.

---

<sup>151</sup> CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?” *Revista de derecho*, Valdivia vol. XXX. n°2 Diciembre 2018, p. 187.

- **El contexto de regímenes justos y el desiderátum de Lon L. Fuller.**

Está bastante claro que este tipo de regímenes garantiza y protege los derechos fundamentales de las personas, no sólo por su adherencia al estado de derecho y por utilizar los principios de nuestro autor, sino que también, por su propio término de “justo”.

Pero en este tipo de regímenes también pueden surgir problemas, ya que la principal responsabilidad del legislador democrático en relación con los derechos fundamentales es dictar leyes que permitan hacer efectivo el ejercicio de los mismos.<sup>152</sup> Lo que quiere decir, que, sin dictarse este tipo de leyes, difícilmente serían regímenes que verdaderamente protegieran estos derechos. No basta con adherirse al estado de derecho y creerse un gobernador justo, si, en una expresión vulgar, se queda de brazos cruzados y no promulga leyes que promuevan garantizar la protección de los mismos de forma efectiva. Lo que no podemos negar es que en todo esto subyacen claramente los pensamientos de nuestro autor.

- **¿Qué opinan los Tribunales de derechos humanos sobre estas cuestiones?**

Los Tribunales de derechos humanos en la actualidad, tanto el europeo, como el interamericano, no paran de confirmar en múltiples sentencias, que las infracciones a los desiderátums de nuestro Lon L. Fuller (aquellos que sustentan un estado de derecho), por parte de los gobernadores o legisladores de los regímenes democráticos actuales, conllevan y permiten que se violen un sinnúmero de derechos fundamentales y humanos por parte de las autoridades nacionales. Por lo que debe evitarse a toda costa que suceda esto, y en todos los casos que se presentan en los Tribunales, condenan a los Estados.

Por ejemplo, en *Huvig vs. Francia* (1990), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos invocando la violación del derecho a la privacidad condenó al estado francés; en *Herczegfalvy vs. Austria* (1992), el Tribunal sentenció que en la Ley de Hospitales de Austria, no se ajustaban ni cumplían las exigencias de congruencia a un estado de derecho, en *Gillan y Quinton vs. Reino Unido* (2010), el Tribunal condenó de nuevo al estado, afirmando que la ley antiterrorista británica no respetaba con el estado de derecho y así podríamos seguir en un sinnúmero de jurisprudencia, en la cual, se utilizan los mismos argumentos, y se condena en base a la violación de los desiderátums

---

<sup>152</sup> WEBBER, G. *The negotiable constitution. On the limitations of rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 135-138.

## 6 EL DEBATE ENTRE FULLER Y HART.

Uno de los grandes detractores de Lon L. Fuller fue el filósofo y jurista Herbert Hart, ambos coincidieron en la misma época, pero mantenían opiniones filosóficas muy divergentes, algo obvio, puesto que cada uno de ellos se inclinaba por una corriente filosófica diferente. Por un lado, nuestro autor, como ya sabemos, es afín a la doctrina iusnaturalista, frente a Herbert Hart que es uno de los grandes representantes del positivismo jurídico.

Su debate es muy interesante, gracias a la contemporaneidad de sus vidas, lo que hizo que mantuvieran un intercambio de opiniones constante. El cual, para los estudiosos del Derecho y amantes de la filosofía jurídica nos ha beneficiado muchísimo porque nos ayuda a comprender las dos grandes posturas (positivismo vs. iusnaturalismo) y también, sirve para profundizar más a fondo en opiniones de nuestro querido Lon Fuller. Pero este tipo de debate no fue casual y espontáneo, todo lo relacionado con estas materias, con la teoría jurídica se ha ido desarrollando a través de debates. (Hart vs. Dworkin / Roscoe Pound vs. Karl Llewellyn / Kelsen vs. Schmitt).

### 6.1 Herbert Hart

Siendo justos, y teniendo en cuenta que ya conocemos con gran perfección a Lon Fuller, parece necesario establecer algunas menciones o notas biográficas sobre quién es Herbert Hart, ya que no sería correcto abordar un debate entre dos personas, sin conocer un poco a cada uno de ellos.

Herbert Hart (1907-1992), es uno de los máximos representantes de la corriente positivista, en concreto, de la jurisprudencia analítica. Estudió abogacía en la prestigiosa Universidad de Oxford, donde trabajó como académico. Un dato bastante curioso sobre la vida de este jurista es que durante la Segunda Guerra Mundial ingresó en el Servicio de Inteligencia británico (MI5) dedicándose al espionaje y a la seguridad interna del país. Su obra más conocida es *The Concept of Law* (1961), una de las obras más influyentes de la filosofía jurídica.

En cuanto a los aportes doctrinales podemos destacar su diferencia entre las reglas primarias y secundarias, siendo las primeras reglas de conducta, y las segundas reglas de reconocimiento. También estableció un Derecho natural de contenido mínimo<sup>153</sup>, basándose en cinco axiomas: 1) Vulnerabilidad humana, 2) La igualdad, 3) El altruismo limitado, 4) Los recursos limitados, 5) Comprensión y fuerza de voluntad limitada.

## 6.2 Harvard Law Review

*La Harvard Law Review*, es una revista jurídica que se publica ocho veces al año, desde noviembre a junio. Su primer número fue publicado en 1887, concretamente el 15 de abril, por ello, es la revista sobre temática legal más longeva en los Estados Unidos que continúa a día de hoy publicándose.

Los encargados de la publicación son un grupo independiente de estudiantes de la facultad de Derecho de Harvard (Harvard Law School). No solo nuestro Lon Fuller y Herbert Hart han publicado en esta revista, son grandes nombres los que han formado parte de la historia de la misma, ya sea publicando algún artículo o bien con otro tipo de labores de gestión, organización, publicación o cualquier otra tarea. Cabe destacar, por ejemplo, la participación de Barak Obama, el expresidente de los Estados Unidos de América.

Esta revista acogió el que podríamos denominar como primer asalto del debate entre ambos autores. Comenzó con la publicación en la misma, en 1958, de un artículo que firmó H. Hart, *“Positivism and the Separation of Law and Morals”*, y Fuller posteriormente publicó también en la Harvard Law Review, un artículo de contestación denominado como *“Positivism and Fidelity to Law”*.

Hart en su artículo propugna que las normas provienen únicamente de los seres humanos: *“las reglas confieren derechos, y aunque son distintas de los mandatos, ellas no necesitan ser reglas morales o coincidir con estas. Los derechos, existen bajo las reglas de las ceremonias, los juegos y en muchas otras esferas reguladas por pautas que son irrelevantes frente a la cuestión de la justicia o lo que el derecho debe ser. Tampoco es necesario que la reglas que confieren derechos sean reglas justas o moralmente buenas.”*<sup>154</sup>. A pesar de lo que Fuller quiera hacer creer al resto, y sobre todo

---

<sup>153</sup> Peña considera que en la idea del contenido mínimo del Derecho natural de H. Hart existe sin lugar a dudas una clara conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, Véase, PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la Legalidad del exterminio Nazi*. Atelier, Barcelona, 2018.

<sup>154</sup> HART, H. *El positivismo y la separación del derecho y la moral*. El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p. 43.

crítica la unión entre la Moral y el Derecho a lo largo de todo su artículo, pero cabe mencionar una crítica que realiza a través de nada más y nada menos que Ulises o Dante, y de los recuerdos de una experiencia terrible: *“el testimonio de quienes han descendido a los infiernos y, como Ulises o Dante, volvieron con un mensaje para los seres humanos. Solamente que en este caso el infierno no estaba debajo o más allá de la tierra sino en este mundo, fue un infierno creado por los hombres para someter a otros hombres. Esta apelación viene de aquellos pensadores alemanes que vivieron durante el régimen nazi y reflexionaron sobre sus manifestaciones perversas en el sistema jurídico”*.<sup>155</sup>

Tenemos que poner sobre la mesa el trasfondo del debate, que es nada más y nada menos que el régimen nazi. El contexto de ambos autores coincidió en parte con la postguerra, segunda guerra mundial, y con la caída del régimen nazi<sup>156</sup>, y con ello, los debates jurídicos que surgieron en Alemania sobre si las leyes del nazismo habían sido legales o no, por lo que tanto Fuller como Hart, buscaban argumentar si lo era o no, y demás debates que surgen alrededor de esta cuestión, aunque como es obvio, ambos castigan los horrores cometidos por estos.

Para explicar su postura Hart se apoya en pensadores como Austin, el cual, había dicho algo tan brutal, pero cierto, como esto: *“Las leyes más nocivas, y por tanto aquellas más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia (...) Una excepción, objeción o alegato fundado en la ley de Dios, nunca ha sido aceptado en una Corte de justicia, desde la creación del mundo hasta el momento presente”*.<sup>157</sup>

Se creó un eslogan de que el derecho era derecho, y esa distinción entre el Derecho y Moral se dio en su máxima expresión en Alemania.

---

<sup>155</sup> *Ibíd*em, p. 62.

<sup>156</sup> Si quiere ponerse un ejemplo de un régimen cruel y perverso, el régimen nazi es frecuentemente utilizado como tal, siempre se señala este régimen como el claro ejemplo de un régimen cruel que operó respetando los principios de legalidad. Así lo hace por ejemplo, Friedmann (1967, p.19) a su vez citado por Cliteur (1999, p.111). Este último también pone otro tipo de ejemplos de órdenes o reglas que eran teóricamente respetuosos con los que denominamos principios de legalidad, como, por ejemplo, la orden de Herodes de *“matar a todos los niños menores de dos años de edad que hubiesen nacido en Belén”*. Originariamente, fue un ejemplo de Díaz (1985, p. 493). U otros ejemplos como pueden ser los casos de los estados sureños de EEUU antes de la abolición de la esclavitud o de Sudáfrica durante la etapa del apartheid. Walter F.

<sup>157</sup> AUSTIN, John *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2002, p. 185.

Pone de relieve que existen muchos casos de personas acusadas de los crímenes que se cometieron en la Alemania nazi que sostuvieron como objeto de defensa que esas acciones no eran contrarias a la legalidad <sup>158</sup> del régimen, sino que al contrario, eran totalmente legales en el momento en el que se produjeron. Ahora bien, se respondió a estos entendiendo que esas leyes no eran leyes, que eran inválidas.

No está del todo de acuerdo y cree que *“muchos podemos aplaudir el propósito de castigar a una mujer por un acto moralmente indignante, pero se llegó a esa consecuencia mediante la declaración de que una ley establecida desde 1934 no tenía fuerza de ley, y como mínimo debe dudarse de la sensatez de ese proceder. (...) A pesar de lo detestable que puede ser la legislación y el castigo retroactivo, haber sido explícitos al respecto en este caso al menos hubiera tenido el mérito de la honestidad”*.<sup>159</sup>

La síntesis de las posturas de ambos sobre esta cuestión es, por un lado, Hart, cree que el régimen nazi era válido jurídicamente pero que era tan sumamente injusto que los súbditos no tenían ningún tipo de obligación moral de obedecerlo.<sup>160</sup> En cambio, Fuller cree que *“Después del colapso del régimen nazi, las cortes alemanas se enfrentaron con un problema verdaderamente aterrador. Era imposible para ellas declarar ilegal toda la dictadura o considerar nula cada decisión y promulgación normativa que había emanado del gobierno de Hitler. Algunas distorsiones intolerables hubiesen resultado de cualquier declaración de ilegalidad integral de todo lo ocurrido durante doce años. De otro lado, era igualmente imposible arrastrar al nuevo gobierno cada perversidad nazi que había sido cometida en nombre del derecho, cualquiera de los dos cursos de acción hubiera infectado al futuro incierto con el veneno del nazismo”*.<sup>161</sup>

Para Fuller ninguna norma que no respetará los principios morales, los ocho requisiticos que tanto propugna y que tienen que aparecer en todo régimen jurídico que se considere como tal, puede tener carácter jurídico. Es decir, las leyes del nazismo no

---

<sup>158</sup> *“legalidad y exterminio son incompatibles” “la legalidad y el derecho bien entendidos no son herramientas apropiadas para materializar las matanzas del genocidio nazi y Auschwitz no es el paradigma de un espacio pleno de derecho ni jurídicamente constituido, sino la antítesis de la legalidad y de lo que un orden jurídico representa”* Véase PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la Legalidad del exterminio Nazi*. Atelier, Barcelona, 2018. p. 27.

<sup>159</sup> HART, H. *El positivismo y la separación del derecho y la moral*. El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p. 69.

<sup>160</sup> *“Auschwitz no hubiera sido posible sin el derecho y los campos de exterminio y el Holocausto fueron fenómenos plenamente jurídicos”* Véase FRASER *“El Derecho después de Auschwitz”* 2005, p.10.

<sup>161</sup> FULLER, LON, L., *El positivismo y la lealtad frente al derecho una respuesta al profesor Hart*, El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p.122.

tienen carácter jurídico. *“Durante el régimen nazi hubo repetidos rumores sobre leyes secretas, seguramente no pueda haber aberración jurídica más grande que la ley secreta”*.<sup>162</sup>

Claramente esto es una vulneración del principio de la publicidad que tanto promulga, e igualmente encontramos argumentos que muestran la vulneración de otros principios, como la conocida como irretroactividad: *“Mas, tal como ocurre con la retroactividad, lo que en la mayoría de sociedades se mantiene bajo control mediante restricciones tácitas de decencia jurídica se rompió de forma monstruosa bajo Hitler”*.<sup>163</sup> Hay algo todavía más complejo, que argumenta esto, *“cuando las formas jurídicas se volvían inconvenientes, siempre era posible para los nazis evadirlas completamente y actuar a través del partido en las calles. No había nadie que se atreviera a pedirles cuentas por cualesquiera atrocidades que así se cometieran. Los tribunales controlados por los nazis siempre estaban dispuestos a ignorar cualquier ley, incluso aquellas proferidas por los propios nazis, si era conveniente para ellos o sí temían que una interpretación de los juristas podía resultar incómoda.”*<sup>164</sup> Otro de los principios, la estabilidad, claramente vulnerado.

Termina afirmando que si este régimen se hubiera sujetado a los desiderátums jamás hubiese sucedido lo que sucedió.

Hart también establece una postura bastante interesante respecto a los jueces<sup>165</sup>: *“Los malos de la historia, que son responsables por adoptar una concepción del juez como autómatas, no son los pensadores utilitaristas. La responsabilidad, si ha de atribuírsele a alguien, es de pensadores como Blackstone, y en una era anterior, Montesquieu. La raíz de este mal es la preocupación con la separación de poderes y con la “ficción infantil” de Blackstone de que los jueces solamente “descubren” pero nunca “crean” derecho.”*<sup>166</sup>.

Digamos que no culpa del conflicto que existe con los jueces a las mismas personas que Fuller, y establece que: *“El juez no ve, o finge que no ve, que los términos generales de esta regla son susceptibles de ser objeto de distintas interpretaciones y que tiene abierta la posibilidad de escoger una decisión que no está controlada por convenciones lingüísticas. El juez ignora o es ciego al hecho de que se halla en una zona de penumbra y que no está resolviendo un caso estándar. En lugar de elegir a la luz*

---

<sup>162</sup> *Ibíd*em, p. 127.

<sup>163</sup> *Ibíd*em, p. 128.

<sup>164</sup> *Ibíd*em, p. 129.

<sup>165</sup> Parece cuestionable su postura, ya que parece difícil pensar que los jueces y juristas nazis fueran paradigmáticamente iuspositivistas. Hirvonen o Stolleis, entre otros, han analizado esta cuestión.

<sup>166</sup> HART, H. *El positivismo y la separación del derecho y la moral*. El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p. 51.

*de los fines sociales, el juez fija el significado de un modo diferente*".<sup>167</sup> Esta parte es en la que más estuvieron de acuerdo, digamos que intentaron "tenderse una mano" ya que ambos creen que los jueces interpretan las normas, porque mientras realizan su labor no pueden evitar preguntarse el por qué de las mismas y la situación que están juzgando.

En cambio, Fuller responde de forma tajante a la separación que establece Hart del Derecho y la Moral. Claramente este es su punto más conflictivo en su debate. Fuller cree que debe existir esa unión entre el Derecho y la Moral, argumentando que tanto Hart como el positivismo jurídico excluyen la Moral de la esfera del Derecho, y esto no puede aceptarse de ningún modo, de hecho, las enseñanzas defendidas por el positivismo jurídico no pueden entenderse como una doctrina válida si no unifican la Moral y el Derecho. Por otra parte, Fuller cree que tiene que existir un deber de fidelidad respecto del Derecho, y defiende firmemente su "moral interna". Organiza su artículo en diferentes puntos, primero encontramos un apartado relativo a la definición del Derecho, en donde argumenta que *"la tesis del Profesor Hart tal y como está formulada en la actualidad es esencialmente incompleta y que antes de que pueda conseguir los propósitos que busca tiene que preocuparse más claramente con una definición del derecho que tornará significativa la obligación de obedecer el derecho"*.<sup>168</sup>

Luego, dedica otro apartado a la moral, en el cual encontramos reflexiones como *"el Profesor Hart parece asumir que los fines perversos podrían tener tanta coherencia y lógica interna como los fines buenos. De mi parte, me rebúso a aceptar tal presunción"*.<sup>169</sup> Continúa con un apartado reservado a los fundamentos morales de un orden jurídico, posteriormente dedica otro apartado al problema de restaurar el respeto por el derecho y la justicia luego del colapso de un régimen que no respeta ninguno de los dos, en el cual, comenta sus opiniones respecto al régimen nazi y sus leyes. Termina su artículo con tres puntos en los que critica más profundamente al positivismo jurídico: el primero de esos puntos es las consecuencias morales del positivismo jurídico, continúa con el problema de la interpretación: el núcleo y la penumbra, y finaliza con los fundamentos morales y emocionales del positivismo, estableciendo que *"si ignoramos las teorías del derecho específicas asociadas con la filosofía positivista, creo que podemos decir que el tono predominante del positivismo es dictado por el miedo a una interpretación finalista del derecho y sus instituciones jurídicas, o al menos, por un miedo a que tal interpretación vaya demasiado lejos (...)* La lealtad frente al derecho puede tornarse

---

<sup>167</sup> *Ibíd*em, p. 52.

<sup>168</sup> FULLER, Lon L., *El positivismo y la lealtad frente al derecho una respuesta al profesor Hart*, El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p. 97.

<sup>169</sup> *Ibíd*em, p. 100.

*imposible si no aceptamos responsabilidades más amplias que van de la mano con una interpretación finalista del derecho*".<sup>170</sup>

### 6.3 El debate en la obra “La moral del Derecho”

El debate entre ellos no acabó en la Harvard Law Review, fue más allá de sus límites, quizá la revista se les quedó pequeña, y el conflicto avanzó y pasó a llevarse a cabo en la publicación de obras literarias, lo que elevó al debate a un nivel superior, ya que publicar una obra es un reto intelectual mucho mayor que un artículo, es un proyecto, sin duda, mucho más ambicioso. Estas obras fueron, por un lado, *The Concept of Law* de Hart publicada en 1961, y *The Morality of Law*, de Lon Fuller en 1964.

Podríamos pensar que sus críticas se realizan de forma indirecta, pero nada más lejos de la realidad, ya que incluso en la obra de Fuller existe un epígrafe que lleva por título “*El concepto de derecho de Hart*”, por lo que las críticas son directas y se mencionan sin ningún pudor. Aquí vamos a tratar sobre ese epígrafe y otras partes de la obra de Lon Fuller en las cuales menciona directamente a Hart.

La obra *El concepto de derecho*, de Hart, como ya se ha mencionado es una de las mayores obras de la literatura filosófica, y Fuller no trató de negarlo en ningún momento, al contrario, comienza alabando la obra, porque cree que es una contribución a la literatura de la jurisprudencia como no habían tenido en mucho tiempo, ya que Hart intenta presentar una serie de soluciones a problemas jurisprudenciales de gran importancia.<sup>171</sup>

De hecho el propio Fuller reconoce abiertamente que ha aprendido muchas cosas del libro, pero a pesar de eso concluye que se encuentra en una profunda situación de desacuerdo con el análisis que propone Hart sobre el propio concepto de Derecho, junto con otro sinfín de argumentos.

Considera sin duda que el tema central de la obra de Hart se basa en el concepto de lo que denominó como “la norma de reconocimiento”. Hart principia con una distinción entre normas que imponen deberes y normas que confieren poderes legales. Hasta aquí Fuller muestra consenso con Hart, ya que esta distinción es conocida en los artículos filosóficos; ahora bien, bajo las miras de Fuller esta distinción es bastante fácil de ser utilizada no en la forma correcta, y siendo mal aplicada ofuscaría incluso los problemas

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>171</sup> Cfr. FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, 1997, p. 148.

más simples y sencillos.<sup>172</sup> Para explicar esta cuestión utiliza varios ejemplos, vamos a extraer uno de ellos:

*“Problema de clasificar una norma que dice: “Cuando el fideicomisario ha pagado de su propio bolsillo gastos que pueden ser debidamente cargados a los bienes en fideicomiso, tiene el derecho de reembolsarse los fondos fiduciarios en posesión de él”. El uso de la palabra “derecho” sugiere una obligación que corresponde al beneficiario, aunque el fideicomisario no tiene necesidad de hacer valer esta obligación; por medio de una especie de autoayuda legal efectúa simplemente un traslado legalmente válido de los fondos que administra su propia cuenta. Por lo tanto, podemos deducir que estamos tratando de una norma que confiere poder, más bien que de una norma que impone obligación. Pero supongamos que el instrumento que crea el fideicomiso da, a su vez, al beneficiario la facultad de que al llegar a la mayoría de edad se transfiera directamente a él los bienes en fideicomiso. Todavía más supongamos que el beneficiario ejerce esta facultad antes de que el fideicomisario haya tenido oportunidad de reembolsarse los fondos del fideicomiso. Evidentemente el beneficiario tiene ahora la obligación legal de reembolsar al depositario. Sin embargo, el principio fundamental es el mismo en ambos casos, a saber, que el fideicomisario tiene derecho al reembolso a expensas del beneficiario; ya sea, por así decirlo, que se le dé poder para hacerlo por sí mismo, o un derecho contra el beneficiario (con la obligación correspondiente), la cuestión es simplemente buscar la manera más apropiada de lograr el resultado.”<sup>173</sup>*

Su ejemplo, le lleva a negar la afirmación de Hart, respecto a la regla de reconocimiento la cual es *“un instrumento sumamente valioso para el análisis de las muchas cosas que han intrigado tanto al jurista como al político teórico”*.<sup>174</sup>

Otra de las críticas versa sobre la identificación que realiza Hart del Derecho con el poder coercitivo. Un sistema legal, afirma, no es lo mismo que la opción imperativa del bandido armado. Pero si la regla de reconocimiento significa que cualquier cosa llamada ley por el acreditado legislador se considera ley, entonces el apuro del ciudadano es en cierta forma peor que el de la víctima del asaltante. Si un pistolero dice: “la bolsa o la vida”, es de entender que si le das el bolso con tu dinero te perdonará la vida. Ahora bien, existe la posibilidad de que le entregue el bolso y aun así me dispare, por lo que una rendición se basa en la esperanza de que el otro cumpla su palabra. Así que, la distinción

---

<sup>172</sup> *Ibíd*em, p. 149.

<sup>173</sup> *Ibíd*em, pp. 149-150.

<sup>174</sup> HART, H. *El concepto de derecho*, Oxford University Press, 1961, p. 65.

misma que hace Hart entre la situación frente al pistolero y un sistema legal no contiene sugerencia alguna de ningún elemento de reciprocidad tácita.<sup>175</sup>

Fuller va más allá con esta cuestión, *“me atrevo a decir que un error básico de método impregna toda la forma de tratar de la regla de reconocimiento de Hart. Así trata de dar en todo, con la ayuda de esa regla, respuestas jurídicas claras a preguntas que son esencialmente de hechos sociológicos. Esta mala aplicación de la regla se hace más evidente en su discusión de lo que él llama el problema de la persistencia del derecho. Un monarca absoluto, el Rey Rex V, sucede en el trono a su padre, el Rey Rex IV. A pesar de este desplazamiento en la fuente humana del derecho, las leyes promulgadas por Rex IV, se consideran ordinariamente como permanentes e inmutables hasta que Rex V anuncia algunos cambios en las mismas. Este es el hecho sociológico que Hart trata de explicar. La explicación de Hart acerca de este hecho de la experiencia, es decir, que la norma de reconocimiento señala no al hombre, si no al cargo, e incluye en éste las normas de sucesión legal.”*<sup>176</sup> *“El problema de Hart de “la persistencia del derecho”, ¿cómo puede el derecho creado por Rex IV, ser el mismo cuando Rex V asciende al trono?, es otro ejemplo de un resquicio en la estructura formal postulada que no aparece como tal en la práctica. La necesidad de continuidad en el derecho a pesar de los cambios de gobierno es tan evidente que normalmente todos suponen esta continuidad como algo natural. Se convierte en un problema únicamente cuando uno intenta definir al derecho como una emanación de la autoridad formal y excluye de sus operaciones la posible influencia del juicio y percepción humanos”*.<sup>177</sup>

Hace una última crítica a esta cuestión, creyendo que Hart no va bien encaminado cuando intenta explicar la evolución de las sociedades primitivas carentes de leyes a una sociedad legal a través de su regla de reconocimiento.

Podría parecer que finalizado el epígrafe el *concepto de derecho de Hart*, del cual hemos extraído todas las ideas anteriores, Fuller dejaría de mencionar al anterior, en lo que queda de obra. Pero, nada más lejos de la realidad, porque en el capítulo cuarto de su magnífico libro, comienza, de nuevo, criticando y mencionando a Hart. Cabe extraer la conclusión de que el debate que mantenían ambos era tan intenso que no podía acotarse a un único epígrafe, aunque, siendo justos, que dedique un mayor número de páginas a debatir con otro filósofo ha hecho, bajo mi humilde punto de vista, más grandiosa, si cabe, su obra

---

<sup>175</sup> Cfr. FULLER, Lon L., *La moral del derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Ed. F. Trillas S.A, México D.F, 1997, pp. 154-155.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 165.

ya que está plagada de ricos argumentos en defensa de una teoría que si se analizan con detalle sirven para admirar la capacidad de argumentación de sus ideas.

De este apartado cabe destacar lo siguiente:

*“El sencillo requisito de que las normas de derecho deben expresarse en términos inteligibles parece, que es éticamente neutral con respecto a los fines substantivos que deben cumplir el derecho. Si cualquier principio de moral legal es, en palabras de Hart, compatible con una enorme iniquidad, éste podría serlo. Sin embargo si un legislador está tratando de eliminar algún mal y no puede identificar pura y llanamente la meta a que se dirige su ley, es evidente que tendrá dificultad en elaborar las leyes que sean claras”.*<sup>178</sup>

Y por último,

*“Frecuentemente se ha advertido una profunda afinidad entre la legalidad y la justicia y de hecho es explícitamente reconocida por el mismo Hart. Esta afinidad radica en una cualidad compartida por ambas, a saber, que actúan por medio de una ley conocida. La moral interna del derecho requiere que haya leyes que sean conocidas, y que sean observadas en la práctica por los encargados de su administración. Estos requisitos pueden parecer éticamente neutrales en cuanto se refiere a los fines externos del derecho. Sin embargo, así como el derecho es una condición previa del buen derecho, el obrar por medio de una ley conocida es una condición previa para cualquier avalúo significativo de la justicia del derecho. Un poder ilegal ilimitado que se manifiesta solamente en intervenciones imprevisibles y sin sujeción a pautas en los asuntos humanos podría decirse que es injusto sólo en el sentido de que no actúa por medio de una ley conocida. Sería difícil llamarlo injusto en un sentido más específico hasta que un descubriera qué principio oculto, si lo hay, guía sus intervenciones. En cualidad de un orden legal conscientemente construido y organizado el exponer al escrutinio público las leyes por las cuales actúa.”*<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> *Ibíd*em, p. 177.

<sup>179</sup> *Ibíd*em, p. 175.

#### 6.4 El fin del debate

El debate continuó con la recensión de Hart "*The morality of Law de Fuller*", que apareció en la Harvard Law Review en 1965. Aquí Hart compara los ocho requisitos de la moral interna del Derecho que propone Fuller en su obra con "*la moral del envenenamiento*", juzgando aquellos principios legales que propugna Fuller.

Por su parte Fuller replicó esta crítica en su segunda edición del libro que se publicó en 1969, continuando con su misma línea ideológica, pero con múltiples argumentos novedosos. Aquí finaliza la discusión mantenida entre ambos durante casi más de diez años, y ahora sólo nos queda seguir aprendiendo de sus argumentos y analizando su gran potencial, junto con otras críticas a estos de otros autores.

## 7 CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA DE FULLER DESDE UNA MIRA MÁS ACTUAL.

Aunque la crítica más intensa a las aportaciones de Lon L. Fuller vino, como acabamos de ver, de la mano de Hart, existen otros autores que han publicado obras criticando las teorías de nuestro autor. Lo que hay que destacar es que aquí nos centraremos en ideas y opiniones más novedosas, más recientes, publicadas por autores actuales, que comparten realidad social con nuestro tiempo. Sus obras y escritos no solo se basan realmente en críticas a Fuller, sino también en alguna alabanza.

Existe un libro muy reciente publicado por Jorge Crego, que es muy interesante no sólo por lo que contiene, sino porque Crego, es un Doctor en Derecho por la Universidad de la Coruña, y por qué el libro está publicado por una editorial de renombre en nuestro país. Esto es muy importante, ya que nos hace pensar, que ha llegado el momento en el que España esta prestando atención a este olvidado autor. Existe otro libro que nos hace pensar lo mismo, el publicado en 2017 por Antonio Manuel Peña Freire, *Legalidad y orden jurídico*, en cual se utiliza el debate entre Hart y Fuller para demostrar que lo sucedido en el Holocausto no fue, ni puede considerarse como algo legal, ya que el propio Derecho es contrario e incompatible a una política de exterminio como la que se vivió.

Volviendo a la obra publicada por Jorge Crego en 2020 titulada “*La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller*”, es un libro, que en palabras del propio Antonio Manuel Peña Freire, “*La importancia de las ideas que Jorge Crego presenta en su libro, con las que confronta las lecturas expansivas de Fuller con gran determinación y con un elaborado argumentario crítico, renovado respecto del original. Solo por estas razones, el libro es una lectura obligada tanto para quienes simpatizan con las tesis de Fuller como para sus críticos*”.<sup>180</sup>

Crego rechaza que el derecho pueda tener valor moral intrínseco por el simple hecho de presuponer que los sujetos sometidos a sus reglas son personas libres y no cree que exista una relación fuerte o moralmente significativa entre el rule of law y la libertad.<sup>181</sup> Aboga por una relación entre Fuller y Rawls, pero cree que la propuesta filosófica de Rawls será a la larga más ambiciosa que la que ha propuesto Fuller: en la *justice as fairness* subyacen los principios de justicia que inspiran la concepción fullerariana del rule of law, además de la visión del hombre como persona moral libre e igual.

---

<sup>180</sup> PEÑA FREIRE, Antonio, “Crego, Jorge. La forma del Derecho y la libertad”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 43 (2020).

<sup>181</sup> CREGO, Jorge *La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of law*. Marcial Pons, Madrid, 2020 p. 18.

Existe otro libro, la obra de Andrea Porciello, que también forma parte de ese revival de las teorías de Fuller que parece que estamos viviendo en estos últimos años. Esta obra es importante porque prescinde de los presupuestos hasta hace poco dominantes a la hora de analizar la concepción fulleriana del derecho. Es probable que Fuller nunca hubiese alcanzado el renombre que su debate con Hart le otorgó, pero los términos en que se desarrolló ese debate contribuyeron a desfigurar profundamente sus planteamientos teóricos, hasta el punto de que durante un tiempo lo condenaron poco más o menos que al olvido.<sup>182</sup> Pero la obra de Porciello juzga este debate, ya que cree que no es importante, sino que más bien confunde al lector a la hora de comprender sus tesis.

Ubica a nuestro autor considerando que hoy en día sería un neoconstitucionalista, ya que cree que su concepto de derecho guarda relación con el neoconstitucionalismo teórico o principalista. Además, también cree, que podría ser considerado como el precursor de la corriente crítica con el iuspositivismo, que comienza en la década de los treinta del siglo pasado y que a día de hoy persistiría en el neoconstitucionalismo.<sup>183</sup>

Pone de relieve una carta que envió Fuller a Robert Summers en la que el propio Fuller dice que es consciente y entiende que alguien que no haya leído sus obras piense que él sostiene que la ley injusta no es derecho, pero que cuando esto lo dice alguien que lo ha leído, no consigue comprenderlo y se pone de los nervios. Se cree, que se refería en esto al propio Summers.

---

<sup>182</sup> PEÑA FREIRE, Antonio, *Lon Fuller, Teórico del orden social*, ACFS, n°55, 2021 pp. 621-629.

<sup>183</sup> Cfr. PORCIELLO, Andrea. *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*. Palestra Editores, Lima, 2019, pp. 22-32.

## 8 EL VALOR DE LA CONFIANZA EN LOS DAÑOS CONTRACTUALES

Fuller, no sólo se dedicó a lo que podríamos denominar como teoría o filosofía jurídica, también escribió sobre la materia del Derecho Civil, acerca de lo que se conoce como “daños contractuales”. Aquí vamos a añadir una serie de opiniones de nuestro autor, que publicó en 1936 en *The Yale Law Journal*, en su época de profesor en la prestigiosa Facultad de Derecho de Duke, artículo que publicó junto con William R. Perdue, Jr., que en aquel momento, era un brillante estudiante del tercer año en la misma facultad.

No tenemos que olvidar que las leyes surgen como el medio para conseguir un fin determinado, fin que normalmente será o debería ser algo positivo y bueno. Pero en muchas ocasiones se olvidan esos fines; como diría Nietzsche: *la estupidez más común consiste en olvidarse de lo que se está intentando hacer*.<sup>184</sup> Nuestro autor cree que respecto a la materia de daños contractuales es probablemente en la que más se nos han podido olvidar los fines a los que debe ajustarse.

Establece tres conceptos muy interesantes, el valor de la restitución, el valor de la confianza y el valor de la expectativa. Cada uno de ellos puede solicitarse o no, cuando alguien incumple la obligación pactada, ya que son tres principios básicos que siguen cualquier relación contractual.

*“En primer lugar, el demandante tuvo confianza en la obligación asumida por el demandado, a la cual atribuyó cierto valor. El demandado incumplió su obligación. Los jueces pueden forzar al demandado a devolver el valor recibido del demandante. El objeto aquí se puede definir como la prevención en la obtención de ganancias por el deudor incumplido a expensas de otra parte; en concreto, la prevención del enriquecimiento injusto (valor de la restitución)”*.<sup>185</sup>

Esto es lógico, ya que, si alguien ha pagado por algo que luego no ha recibido es obvio que por lo menos se le devuelva el precio pagado por ello.

---

<sup>184</sup> FULLER Lon L., PERDUE, William, “El valor de la confianza en los daños contractuales: primera parte”, *Themis revista de derecho*, n° 49 pp. 209- 234.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 211.

*“En segundo lugar, la confianza del demandante en la obligación asumida por el demandado cambió su situación. Nuestro objeto es ponerlo en tan buen estado como en el que estaba antes de que la obligación fuera asumida. El valor protegido en este caso puede llamarse el valor de la confianza”.*<sup>186</sup>

Es decir, el pensar que vas a realizar un contrato, puede generar gastos basados en la confianza de que voy a adquirir o conseguir lo pactado, e incluso, creyendo que voy a celebrar este contrato, puedo perder la oportunidad de realizar otros.

*“En tercer lugar, sin insistir en la confianza del acreedor o el enriquecimiento del deudor podemos intentar dar al acreedor o el enriquecimiento del deudor, podemos intentar dar al acreedor el valor de la expectativa que la obligación creó. (valor de la expectativa).”*<sup>187</sup>

Lo que se intenta con esto es buscar que quien ha sufrido el daño no se de cuenta, ya que se pueda encontrar en una situación tan positiva y beneficiosa como si el contrato se hubiese cumplido.

Este escrito llama la atención porque, aunque en la etapa en la cual escribí sobre estas cuestiones, no se dedicaba a la filosofía, aporta opiniones que ya dejan ver al Fuller de etapas posteriores. Por ejemplo, cuando señala que la ley debe proteger el valor al que el llama expectativa, basando esa protección en las reacciones psicológicas, ya que si alguno de los que se ha comprometido a algo, incumple con su parte, genera en el otro una sensación psicológica de que ha sufrido una lesión.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> *Ibíd*em, p. 211.

<sup>187</sup> *Ibíd*em, p. 211.

## CONCLUSIÓN

Primero, Lon L. Fuller nació durante el siglo XX un siglo caracterizado por la crueldad de las guerras, pero también, por otros acontecimientos históricos, sociológicos y políticos, que influyeron notablemente en sus tesis. A pesar de que este autor nunca se definió como iusnaturalista, queda patente en este trabajo que es un claro ejemplo de autor antipositivista. Dedicando su vida y sus obras a criticar el positivismo jurídico.

Segundo, la corriente doctrinal de nuestro autor en concreto se conoce como el Derecho natural procedimental, por lo tanto, es un iusnaturalista. Considera que el Derecho y la Moral no pueden entenderse como dos entes separados y sin relación a su juicio, deben estar unidos. Ahora bien, a Lon L. Fuller no le preocupa demasiado el contenido de la norma, sino más bien el procedimiento de creación de las normas. De ahí, que se nombre a sus tesis como derecho natural (teoría tradicional) procedimental (basado en el procedimiento no en el contenido). Es decir, para Lon L. Fuller el Derecho y la moral deben permanecer unidos durante el proceso de creación de las normas, de lo contrario, el resultado no será una normativa.

Tercero, la moral de Lon Fuller se divide entre una moral de deber y una moral de aspiración, cree que si entendemos que existen diferentes estadios de la moralidad podemos entender mejor esa relación entre el Derecho y la Moral.

Cuarto, a través de la alegoría del Rey Rex Fuller pone de manifiesto ocho principios que rigen la moral interna del derecho. Los cuales tienen que ser respetados porque de lo contrario, tal y como se ve en la alegoría, solo queda el caos y el desorden. Estos son: I. Generalidad, II. Publicidad, III. Estabilidad IV. Claridad, V. Irretroactividad, VI. No contradicción, VII. Que no requieran lo imposible VIII. Congruencia. Según mi opinión realmente estos principios son básicos, actualmente, en cualquier sistema que se precie, son la base del *rule of law*, del Estado de Derecho. Pero tengo ciertas dudas sobre si verdaderamente estas 8 desideratas forman parte de esa moral interna que propugna Fuller, o si simplemente son una serie de principios instrumentales para lograr la consecución de un sistema independientemente de si es justo o no. Estoy de acuerdo, con qué si se respetan estos principios el régimen jurídico resultante tendrá cierta vinculación con la moral y la justicia, pero realmente pueden crearse leyes siguiendo estos 8 principios que sean moralmente reprochables. Por lo tanto, creo que se olvida que la justicia global de un sistema, la justicia general es más difícil de conseguir, no se consigue de forma tan sencilla respetando estos principios, porque se puede crear perfectamente una norma

bastante cruel e injusta siguiendo estos pasos. No se da cuenta de que al igual que pueden utilizarse de forma positiva, también podrían servir para objetivos bastante maléficos. Bien es cierto, que Lon L. Fuller no se plantea esto que yo estoy mencionando, porque a mi juicio, Fuller creía que estos principios, que su moral interna, no tendría bajo ningún concepto una conexión con algo perverso. Ya que por sus obras parece desprenderse cierta afabilidad. Creía en la bondad de la moral, y de los seres humanos, algo que, no deja de ser, una utopía, ya que, como se ha demostrado a lo largo de la historia, los seres humanos, sobretodo, los poderosos, terminan de alguna forma, corrompiéndose, y creando sistemas, que no son justos, y que persiguen fines bastante perversos en muchos sentidos.

Quinto, es bien conocido por todos que aportar una definición del Derecho es algo bastante complicado. Para Fuller el Derecho, tal y como define en su obra, no es más, que la empresa encargada de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas, y para conseguir esto, el Derecho tiene que sustentarse en esos ocho desideratas mencionados con anterioridad. Cree que existen múltiples problemas alrededor del Derecho, que contaminan sus fines y las ideas sobre el mismo, y en su obra *Anatomía del Derecho* intenta abordarlos. Menciona la existencia de dos Derechos, el creado y el implícito, y le dedica un sinfín de páginas a la *Common Law*.

Sexto, respecto a la obra *El Caso de los Exploradores de Cavernas*, creo que debería ser una lectura obligatoria para todos los juristas pues explica de forma perfecta todas las posturas, todas las ideas, todas las corrientes que forman parte de la filosofía jurídica, y a través de él, pueden aprender cosas muy importantes, de cara a su práctica jurídica. Además, a mi juicio, el propio Fuller adopta el papel de uno de los jueces, ya que se cree por muchos historiadores que el Juez Foster que aparece en esta historia encarna las ideas y opiniones de Lon L. Fuller.

Séptimo, las aportaciones de Lon L. Fuller al movimiento del *rule of law* son innegables.

Octavo, el intenso debate que mantuvo con H. Hart le ayudo a prosperar en sus tesis y a convertirse en un filósofo de renombre en el ámbito anglosajón (como ya sabemos en nuestro país las tesis de este autor han sido bastante desconocidas, aunque en la actualidad parece que se le está dando el lugar que le corresponde). Este debate se mantuvo en la *Harvard Law Review*, aunque posteriormente se desarrolló en sus obras. Tuvo de fondo el trasfondo del régimen nazi. Los argumentos tanto de Fuller como de Hart son brillantes,

y ponen de relieve los grandes conflictos que desde antiguo llevan enfrentando a los iusnaturalistas y a los positivistas.

Noveno, a pesar del injusto olvido de este autor en nuestro país es de sobra conocida la influencia e importancia de Fuller. Poco a poco van apareciendo más artículos y estudios actuales sobre Fuller y sus pensamientos, lo que está acercando a la doctrina española a las tesis de Lon Fuller. Aunque es cierto que a día de hoy sigue existiendo dificultad a la hora de encontrar sus obras en nuestro idioma o en nuestro país. Las únicas ediciones disponibles con las que podemos contar son procedentes de editoriales sudamericanas y es difícil encontrarlas en tiendas de nuestro entorno. Pero, autores como Peña Freire, Jorge Grego están aportando mucho a nuestro entorno con sus artículos y libros actuales. También es muy destacable el libro de Andrea Porciello que también forma parte de este revival de teorías y mejoras a las tesis de Fuller que estamos viendo en estos últimos años.

Décimo, las ideas de Fuller también alcanzan el ámbito del Derecho Civil, en concreto a la materia de los daños contractuales, con una obra colaborativa junto con William R. Perdue Jr.

## BIBLIOGRAFÍA

AUSTIN, J. *El objeto de la jurisprudencia*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 2002.

ATIENZA M, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

ATIENZA M. “Entrevista a Robert S. Summers”, *DOXA*, 23, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova 1985.

CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando. “Buscando el valor de la claridad de las normas: algunas reflexiones desde el pensamiento de Lon L. Fuller”. *Revista de Filosofía II Época*, N°10, 2015.

CENTENERA, Fernando, “La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: un análisis desde la teoría de la legislación”. *Anales de Derecho*, 2015.

CANDIA FALCÓN, Gonzalo, “El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?” *Revista de derecho*, Valdivia vol. XXX. n°2 Diciembre 2018.

CASTÁN, José, *Derecho civil español, común y foral, tomo I: Introducción y parte general, vol. 1, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, 11ª, revisada por José Luis de los Mozos, Madrid, Reus, 1975.

ESCUADERO ALDAY, Rafael, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller”, *Anuario de Filosofía del derecho* n°19, Universidad Carlos III de Madrid, 2002.

FULLER, Lon L., *La moral del Derecho*, Versión española de Francisco Navarro, Editorial F. Trillas S.A, México DF, 1967.

FULLER Lon L., PERDUE, William, “El valor de la confianza en los daños contractuales: primera parte”, *Themis revista de derecho*, n° 49 pp. 209- 234.

FULLER, LON, L., *El positivismo y la lealtad frente al derecho una respuesta al profesor Hart*, El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia, p.122.

FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*, versión castellana de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969.

FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas* Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

FULLER, Lon L., “Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart”. *Harvard Law Review*, volumen 71, n°4. Traducción de Ernesto Riffo Elgueta. 1958

- FINNIS, J. *Natural law and natural rights*, Oxford University press, oxford, 2001.
- CREGO, Jorge *La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of law*. Madrid, Marcial Pons, 2020
- HART, H. *El positivismo y la separación del derecho y la moral*. El debate Hart-Fuller, Traductor por Jorge González Jácome, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n° 81, Universidad Externado de Colombia.
- HART, H.L.A, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- KENNEDY David, “Lon L. Fuller y el canon del pensamiento jurídico estadounidense”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2008.
- MISARI TORPOCO, David Efraín *Estudio Preliminar: el caso de los exploradores de cavernas* Ediciones Olejnik, 2018.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la Legalidad del exterminio Nazi*. Atelier, Barcelona, 2018.
- PORCIELLO, Andrea. *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon L. Fuller*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- PORTELA, Guillermo Jorge, *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Ediciones Akal, Madrid, traducción de María José Villaverde, 2017.
- SUMMERS, S. ROBERT, *Lon L. Fuller*, Stanford University press (Jurist: Profiles in legal theory) Junio de 1984
- SUMMERS, Robert S, *Form and function in a legal system. A General Study*, New York, Cambridge University Press, 2006.
- STOLZ DA SILVEIRA, La moral interna del derecho. La moral que completa la estructura del derecho propuesta por H. Hart, *Revista Ámbito Jurídico*, 2007
- UGARTE GODOY, José Joaquín, El sistema jurídico de Kelsen: Síntesis y Crítica, *Revista Chilena de Derecho*, Val. 22 N°1, 1995

VALVERDE CAMAN, Fernando *La aplicación de metodologías activas para la enseñanza del derecho a través del método del caso: la experiencia práctica de los alumnos en el caso de los exploradores de cavernas*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

WEBBER, G. *The negotiable constitution. On the limitations of rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 135-138.

WIENER, Norbert, *The human Use of Human beings*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1950,

ZAMORA ROSELLÓ, M. Remedios, La aplicación de metodologías activas para la enseñanza de las ciencias jurídicas a estudiantes de primer curso *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* N°1, 2010.