

ESTUDIO PRELIMINAR

*Fernando Contreras Santander**

El derecho cumple un rol central en la modernidad. El mundo moderno es un mundo juridificado, regido en muchas de sus áreas por el lenguaje y la lógica distintiva del derecho. Esto fue pronosticado tempranamente por observadores como Alexis de Tocqueville y sistematizado con posterioridad por Max Weber, quien sostuvo que la forma moderna de generar orden es a través de reglas articuladas y administradas por un aparato burocrático sometido a esas mismas reglas¹. Esta necesidad de generar orden por medio del derecho se ha intensificado con el paso del tiempo, haciendo de la búsqueda de sistemas jurídicos sólidos uno de los desafíos más relevantes de nuestros días. Ante este escenario, se vuelve imprescindible entender la función que ellos cumplen, así como las condiciones para su buen funcionamiento. Esta comprensión resulta necesaria tanto para quien desea operar dentro de ese sistema —jueces, funcionarios públicos, abogados— como para aquel que, desde fuera, pretenda acercarse al fenómeno que llamamos modernidad. Quien esté en esta búsqueda encontrará en el ensayo de Lon Fuller un texto crucial.

En el último siglo, la creciente complejidad de la vida social, la explosión de la actividad económica, el impacto del movimiento de los derechos humanos y la globalización, entre otros factores, han impulsado la necesidad de imponer estándares generales, tanto para promover o evitar ciertas conductas como para coordinar, mediante normas jurídicas, las múltiples y

* Investigador del Instituto de Estudios de la Sociedad (IES). Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor instructor adjunto de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios.

1 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, vol. 1 (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2015) parte 1, capítulo 6 y parte 2, capítulos 6-8.; Max Weber, *Ensayos sobre la sociología de la religión* (Madrid: Taurus, 1987), 12-13; *Economía y sociedad* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2002), parte 2, capítulo 7.

crecientes iniciativas, tensiones y potenciales conflictos. Se ha ido tejiendo, así, un complejo entramado de reglas e instituciones enormemente involucradas en el desenvolvimiento diario de las personas. Pero esta omnipresencia del derecho en la vida social presenta dificultades. Por un lado, se va creando un campo de conocimiento cada vez más técnico y especializado, y las normas jurídicas que articulan la interacción de las personas suelen ser difíciles de conocer y comprender. Por el otro, el lenguaje de los derechos ha penetrado profundamente en nuestra cultura y, como explicó Weber, el contrato se ha convertido en el principal medio moderno de socialización. La administración del Estado, en tanto, crece en directa proporción a la creación de regulaciones y, mirando al futuro, la fuerte irrupción de la inteligencia artificial también presenta inconvenientes serios. Diariamente, los algoritmos reemplazan actividades de decisión en un amplio abanico de áreas, incluyendo cirugías médicas, políticas públicas e incluso el ejercicio de la jurisdicción (mediante los llamados “jueces robots”). El problema no radica solamente en que los algoritmos pueden errar, sino en que, además, toman decisiones cuya responsabilidad es difícil de determinar². ¿Cómo generar orden en un contexto tan cambiante y confuso? Si los sistemas jurídicos quieren lograr su cometido enfrentan grandes desafíos.

A cincuenta años de la publicación de la edición revisada y definitiva de *La moral del derecho*, las innovadoras y agudas reflexiones de Lon Fuller, profesor de derecho de la Universidad de Harvard, siguen vigentes e interpelan a una audiencia amplia³. Esto se debe no solo a la variedad de temas

2 Sobre los desafíos de las relaciones internacionales y la inteligencia artificial para el estado de derecho, véase John Tasioulas, “The Rule of Law” (19 de julio, 2018), de próxima aparición en Tasioulas, John (ed.), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019); King’s College London Law School Research Paper No. 2018-21. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3216796>.

3 Solo a modo de ejemplo, véanse los trabajos explícitamente orientados a rehabilitar la obra de Fuller: Kristen Rundle, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller* (Oxford: Hart Publishing, 2018); Witteveen, Willem J. y van der Burg, Wibren (ed.) *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999).

que trata (que van más allá de lo estrictamente jurídico), ni a la diversidad de herramientas con que construye sus tesis (tomadas de múltiples disciplinas de las humanidades), sino también a un marcado estilo ensayístico, escrito en formato de conferencias y en un lenguaje accesible. Que Lon Fuller sea uno de los teóricos del derecho más relevantes del siglo XX se debe a que *La moral del derecho* es uno de los libros más influyentes de los últimos decenios.

La inquietud central de este libro se podría plantear de la siguiente manera: ¿qué condiciones debe cumplir un ordenamiento jurídico para realizar bien su función? O, dicho de otro modo, ¿en qué consiste un sistema jurídico en buen estado? Parte de la respuesta es que las reglas deben ser justas o razonables y promover el bien común. Sin embargo, pueden haber ordenamientos jurídicos con reglas justas que, aun así, sean incapaces de generar orden. Y esto es precisamente lo que interesa a Fuller. Aunque controversial y disputado en muchas de sus posiciones, su tesis principal ha sido adoptada por autores tan diversos como John Rawls, Joseph Raz y John Finnis⁴. Fuller sostiene que la creación y administración de un sistema jurídico es una empresa riesgosa en donde el fracaso es siempre una posibilidad. El caos, la anarquía e incluso la tiranía están más cerca de lo que solemos pensar. Como remedio a estos peligros, identifica ciertas exigencias —denominadas *desiderata* (cualidades deseables)— que los ordenamientos jurídicos deben cumplir con el fin de ser eficaces al someter la conducta humana a cierto orden (imponiendo estándares de conducta y coordinando instituciones e iniciativas). En su conjunto, ellas constituirían los elementos del estado de derecho. Como veremos, Fuller atribuye a estos elementos un

4 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999), 207, 206-213; Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue” en *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), nota 7; John Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 298-301. Jeremy Waldron, por su parte, ha expresado que “Los [aspectos formales del estado de derecho] más conocidos son los ocho principios de la ‘moral interna del derecho’ de Lon Fuller”; véase “The Rule of Law”, en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Otoño 2016), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>.

valor moral o intrínseco, y no de mera eficacia. Esta es la idea que da título al libro, y es la que mayor discusión ha provocado. Puede decirse, en suma, que su contribución más relevante fue sistematizar estas exigencias, desarrollarlas de manera clara y articulada e insertarlas en una concepción más general del derecho.

Entre el zorro y el erizo

Para conocer mejor a un autor suele ser útil ubicarlo en alguna tradición. Este ejercicio permite conocer sus premisas fundamentales, el tipo de problemas que tiene en mente y las referencias que guían su reflexión. Sin embargo, la tarea no es fácil. Ningún pensador complejo es tan simple de encasillar, por lo que nos vemos obligados a navegar por un mundo de grises. Sin embargo, el ejercicio no es estéril. En este caso, la taxonomía de zorros y erizos, rastreable hasta Arquíloco y popularizada por Isaiah Berlin, puede ser especialmente ilustrativa. Intentando discernir la filosofía de la historia de Lev Tolstói, y con plena conciencia de las dificultades que implica toda clasificación, Berlin distingue dos tipos de pensadores. El primero, el zorro, reflexiona sin afán sistematizador; sus ideas suelen estar “desperdigadas o difusas” en sus escritos y no intenta reconducirlas a “una visión única y central”, a “un solo sistema”⁵. Ejemplos de zorros serían Aristóteles, Montaigne, Goethe o Joyce. El erizo, en cambio, reflexiona de manera más “centrípeta” que “centrífuga”: en él encontramos unas pocas ideas fundamentales a las que reconducen todas sus reflexiones. Miembros de este grupo serían Platón, Pascal, Hegel, Dostoievski, Nietzsche o Proust.

¿Es Lon Fuller un zorro o un erizo? Responder a esta pregunta exige repasar brevemente el contexto intelectual en el que vivió. Fuller ejerció la docencia e investigación en Estados Unidos entre los años veinte y setenta,

5 *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2013), 2.

una época de intensa discusión en torno a la teoría del derecho⁶. Durante la década de los treinta y cuarenta emergió con fuerza el “realismo jurídico”, doctrina que planteó serias críticas al “formalismo” que dominaba el mapa norteamericano. Esta última se caracterizaba por promover una forma de decisión judicial y reflexión teórica basada estrictamente en las reglas y su lenguaje, sin atender a otro tipo de consideraciones de justicia o de la realidad en que opera el derecho. Lo que nos interesa del realismo aquí es su énfasis en la relevancia de las ciencias sociales para la teoría del derecho, que busca ampliar el rango de perspectivas para observar el fenómeno jurídico. Al pensador realista le interesa saber cómo opera el derecho en la práctica, en contacto con la realidad y con la imperfección de los seres humanos que lo aplican. Karl Llewellyn, uno de sus exponentes más destacados, lo expresó así: “lo que estos agentes [jueces, policías, gendarmes o abogados] hacen respecto de las disputas es, a mi parecer, el derecho mismo”⁷. Se advierte, entonces, que la experiencia y la observación del comportamiento humano, particularmente de quienes toman decisiones autoritativas, juega un rol central en la reflexión sobre las instituciones. Esto parece haber influido fuertemente en Fuller, cuyo marcado estilo interdisciplinario, así como su enfoque en la teorización de diversas instituciones jurídicas y políticas, constituyen una de las notas distintivas de su legado⁸. Sin embargo, también fue crítico del realismo, pues no compartía su escepticismo moral ni la idea según la cual el derecho fuera reductible a una ciencia puramente empírica⁹.

Asimismo, se le suele asociar a la *Legal Process School*, nacida en parte en reacción al realismo jurídico. Esta escuela enfatizaba la importancia del

6 Fuller trabajó en las Universidades de Oregon, Illinois, Duke y Harvard. Para una breve referencia biográfica, véase Robert Summers, *Lon L. Fuller* (Stanford: Stanford University Press, 1984), 3-15.

7 *The Bramble Bush* (New Orleans: Quid Pro Books, 2012), 33.

8 Summers, *Lon L. Fuller*, 4, 20-21, 111; Kenneth I. Winston, “Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller’s Conception of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 8, núm. 3 (1988): 335-349; Rundle, *Forms Liberate*, 46. Rundle sostiene que el análisis de medios y fines —central para Fuller, como veremos— está tomado en gran parte de John Dewey.

9 Véase Summers, *Lon L. Fuller*, 4.

rol que juegan las instituciones en el proceso de toma de decisiones de los jueces. La pregunta estaba enfocada en las capacidades institucionales de los tribunales y de los diversos organismos de la administración del Estado para adjudicar derechos, así como crear y administrar normas. No obstante, suele asociarse el nombre de Fuller a las teorías del derecho natural (que a primera vista poco o nada tendrían que ver con las escuelas recién descritas). Él mismo dijo explícitamente que su tesis es una variante —de tipo “procedimental”— del derecho natural¹⁰. Con todo, como veremos, aceptó la etiqueta iusnaturalista solo bajo ciertas condiciones y no le acomodaba el apelativo¹¹. Por otro lado, la dificultad de asociarlo a alguna teoría o escuela de pensamiento específica se agudiza cuando reparamos en la variedad de temas por los que se interesó. Escribió no solo sobre filosofía del derecho, sino también —de modo prolífico— sobre contratos, resolución de conflictos (adjudicación y mediación), diseño institucional, educación universitaria y ficciones jurídicas, entre otras materias.

Hasta el momento, este conjunto de consideraciones podría tentarnos a ubicar a Fuller en el club de los zorros. Pero esta tentación debe ser resistida. Mirando las cosas con mayor detención, Fuller podría estar más cerca del erizo que del zorro. En efecto, a sus escritos sobre contratos, adjudicación, mediación, metodología en las ciencias sociales, el estado de derecho y la relación entre derecho y moral, subyace una búsqueda más general sobre los principios que gobiernan el orden social.

Aunque no fue un pensador especialmente sistemático, hay un factor común en su aproximación a la diversidad de temas que trató, y que es especialmente notorio en su tratamiento de los *desiderata* en *La moral del derecho*. Podríamos decir que la preocupación vital de Fuller, el *leitmotiv* de la totalidad de su obra, fueron los procedimientos y las estructuras que

10 Lon Fuller, *La moral del derecho* (Santiago: IES, 2019), 100.

11 Lon Fuller, “American Legal Philosophy at Mid-Century” *Journal of Legal Education* 6, núm. 4 (1954): 477; véase también Rundle, *Forms Libertate*, 48. Tal vez valga la pena notar que Robert Summers lo ha descrito como “el más grande procesalista [*proceduralist*] de la historia de la teoría del derecho”, *Lon L. Fuller*, 2.

permiten ordenar la interacción de las personas. Dicho de manera simple, que la forma es tanto o más importante que la sustancia. Esta idea, en términos generales, la denominó “*eunomics*”, y la entendió más específicamente como “la ciencia, teoría o estudio del buen orden y de los arreglos sociales practicables [*workable*]”¹². En griego, *eu* significa bueno y *nomos* orden. En su valioso estudio sobre la obra de Fuller, Kristen Rundle sostiene que el término probablemente está tomado de la *Política* de Aristóteles, particularmente de la palabra *eunomia* (“buena ley”) ¹³. El énfasis en *eu* es importante, pues a Fuller le interesa no solo un orden eficaz, sino también un orden “justo, imparcial (...) y que respete la dignidad humana”¹⁴. Aquí, como se explicará, está el núcleo moral de su teoría. Su principal objeto, entonces, son las instituciones sociales, cuya función central es generar patrones de conducta e interacción humana que permitan a las personas satisfacer y alcanzar aquello que consideran valioso. Su interés se dirige a la “arquitectura social”, a las formas y estructuras que permiten hacer probable lo improbable. En sus palabras, “las instituciones sociales hacen de la vida humana misma algo que de otra manera no habría sido posible”. En este sentido, sostiene que las instituciones —la ley en particular— son condición y no negación de libertad. Esto permite entender por qué tomó cierta distancia de las teorías abstractas, preocupadas principalmente de los fines de la vida humana y no de los medios y procesos concretos que hacen posible buscar y alcanzar esos objetivos. La consecución de cualquier fin social, advierte, “debe ser concebida en términos estructurales” y, en cuanto tal, exige ser observada desde los diversos lentes ofrecidos por las disciplinas de las ciencias sociales¹⁵. Tal vez una de las formulaciones más sintéticas que Fuller proporciona al respecto se encuentra en un texto publicado a principios de su carrera: “uno de los principios de la ciencia jurídica moderna es que

12 Fuller, “American Legal Philosophy at Mid-Century”, 477.

13 Rundle, *Forms Liberate*, 32. Ofrece una explicación detallada del término en 32-44.

14 Lon Fuller, “Means and Ends”, en Winston, Kenneth (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Oxford: Hart Publishing, 2001), 61.

15 *Ibid.*, 64-66, 68, 73, 71.

el derecho es parte integral de toda la civilización de una sociedad, y que un trabajo fructífero en el derecho presupone estar familiarizado con otras ciencias sociales, como la psicología, la economía y la sociología¹⁶. Esto, sostuvo con insistencia, es algo a lo que la teoría del derecho ha prestado muy poca atención. Su obra puede ser considerada como un esfuerzo por llenar ese sensible vacío.

Sin pretensión de exhaustividad ni de afirmar que exista una distinción pura entre cada una de ellas, Fuller identificó nueve “formas de orden social”: el derecho proveniente de la costumbre, el contrato, la propiedad, la ley declarada en forma oficial, la adjudicación, la mediación, la dirección administrativa, el voto y el uso deliberado de la lotería¹⁷. Lamentablemente, no alcanzó a finalizar este proyecto. Nunca terminó el libro que se había propuesto escribir, titulado *The Principles of Social Order: An Essay in Economics*, y solo disponemos del primer capítulo¹⁸. Sin embargo, contamos con suficiente información como para hacernos una idea general de los lineamientos centrales de sus tesis, y *La moral del derecho* es un lugar privilegiado para esa búsqueda.

La moral del derecho: *dos ideas*

La mayoría de los diversos temas que se abordan en *La moral del derecho* se pueden reconducir a dos tesis básicas. La primera es que hay ciertas condiciones formales que cualquier sistema jurídico debe cumplir si pretende ordenar la conducta humana. La segunda, que esas exigencias no son simples medios de eficacia, sino que tienen un valor moral. Para expresarlo con

16 Lon Fuller, *The Law in Quest of Itself* (Boston: Beacon Press, 1940), 102.

17 Lon Fuller, “The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally”, 188-189; “Mediation—Its Forms and Functions”, 171. Ambos en Winston, Kenneth (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Oxford: Hart Publishing, 2001).

18 Fuller, “Means and Ends”. En *Anatomy of the Law* (Nueva York: Praeger, 1986), escrito hacia el final de su carrera. Se puede encontrar en él una reflexión más general sobre el derecho.

la terminología propia del autor —que, como se ha dicho, le da el título al libro—, ellas constituyen la moral (interna) del derecho.

i. Los desiderata

Para Fuller, el derecho aspira a ordenar la conducta humana por medio de reglas. Las reglas jurídicas deben orientar la acción hacia un estado de cosas considerado deseable; ofrecen al ciudadano pautas de conducta, permitiéndole organizar sus asuntos, hacer planificaciones de largo aliento y vivir pacíficamente entre sí. A su vez, toda reflexión sobre el comportamiento humano ordenado debe centrarse en las condiciones explícitas e implícitas de la interacción de las personas, así como en los procesos sociales que traen el derecho a la existencia y hacen que sea eficaz. Al analizar de este modo la manera en que se crea y administra un sistema jurídico eficaz —un sistema jurídico que logra generar orden—, Fuller identifica y articula ocho condiciones formales (los *desiderata* o principios de legalidad). Es el viejo ideal del imperio del derecho (*rule of law*) o, en una terminología que nos es más familiar, estado de derecho. No se trata de grandes ideales abstractos, sino de estándares concretos, tal vez humildes y casi pedestres. Los *desiderata* son, resumidamente, los siguientes: (i) debe haber reglas, ellas deben (ii) ser conocidas, (iii) operar hacia el futuro, (iv) ser claras, (v) coherentes, (vi) posibles de ser cumplidas, (vii) relativamente estables y (viii) debe haber congruencia entre la regla y su aplicación por parte de los organismos del Estado. Para ordenar la conducta humana por medio de reglas, entonces, se deben cumplir estas ocho condiciones.

Ahora bien, puesto que estas exigencias parecen de mero sentido común, Fuller sostiene que se ha considerado innecesaria cualquier teorización más acabada de sus supuestos filosóficos y de sus implicancias¹⁹. Pero a pesar de su aparente obviedad, ellas no son fáciles de cumplir ni son siempre

¹⁹ Fuller, *La moral del derecho*, 102-103.

respetadas. Hay ocasiones en que gobernantes no ven mayor problema en desviarse de los principios de legalidad, y pueden ser sacrificados fácilmente cuando pugnan con mayor justicia o eficiencia en alguna situación concreta. ¿Qué importancia tiene que existan reglas claras y precisas cuando ignorarlas produciría valores sustantivos como la justicia, la igualdad o la libertad? ¿Qué valor puede tener el frío y abstracto ideal del estado de derecho frente al respeto por la dignidad humana, los derechos humanos o la democracia? La estructura que da forma a la actividad de gobernar merece mayor atención, y las décadas de discusión académica que sucedieron a la articulación ofrecida por Fuller le han dado la razón a su planteamiento.

Hemos hablado de estructura, forma y procedimientos, de aquellos mecanismos que permiten crear y administrar un sistema jurídico. Los *desiderata*, sostiene Fuller, son una manifestación de un modo justo y razonable de generar orden (recordemos: *economics*). No se sostienen por pura eficacia, sino que, en un sentido que se explicará a continuación, son leyes “naturales” del orden social. Surge la pregunta, entonces, sobre el alcance de dichos principios. Si podemos denominarlos “leyes naturales”, ¿qué relación tienen con el derecho natural? ¿Puede un gobernante, conformándose con los principios de legalidad, atentar contra cuestiones que el derecho natural proscriba? Fuller responde que, en principio, sí (recordemos que aceptó la etiqueta de iusnaturalista solo bajo ciertas condiciones). Para justificar su posición, aunque de manera algo elusiva, recurre a la distinción entre justicia procedimental y justicia sustantiva, que se corresponde con su distinción entre lo que llama moral interna y moral externa del derecho. La moral interna se refiere a las leyes o principios naturales (justos, razonables) para la creación y administración de los sistemas jurídicos; aquellas exigencias que los sistemas jurídicos deben cumplir para ordenar la conducta humana. La moral externa, por su parte, se refiere a los fines de las reglas que el sistema jurídico crea y administra. Los principios de legalidad, sostiene, son fundamentalmente de justicia procedimental, no sustantiva.

Fuller dedica buena parte de su tercer capítulo (“El concepto de derecho”) a explicar que no hay en los *desiderata* un énfasis especial sobre cuáles deben ser los fines que adopten las leyes específicas. Se trataría de requerimientos agnósticos respecto de materias como “la poligamia, el estudio de Marx, la alabanza a Dios, el impuesto progresivo a la renta o la subyugación de la mujer”²⁰. Ahora bien, no se sigue que no existan otros criterios admisibles que sí se pronuncien respecto de la finalidad de las leyes (“la moral externa del derecho”), como conformarse con el respeto por los derechos humanos o la democracia; el punto es que ellos no son exigidos por el ideal político o moral del estado de derecho. Estos requerimientos formales o estructurales apuntan más bien a la manera en que un sistema jurídico debe ser “construido y administrado si quiere ser eficaz y al mismo tiempo permanecer lo que pretende ser”²¹. Es decir, si pretende efectivamente lograr orden, es crucial centrarse en los medios y no solo en los fines.

Con todo, Fuller era absolutamente consciente de que la distinción entre lo procedimental (medios) y lo sustantivo (fines) no es absoluta, y que los medios y fines se comunican entre sí. De hecho, el proyecto que denominó *eunomics* busca precisamente prestar atención a la relación y “ajuste recíproco” entre medios y fines²². No obstante, argumenta, *eunomics* no implica ningún “compromiso” con “fines últimos”. Pero Fuller es cuidadoso al elegir sus palabras y explica que la proposición según la cual los medios no tienen compromisos con fines últimos no quiere decir que sean “indiferentes” a

20 *Ibid.*, 100.

21 *Ibid.*, 101. Aquí es necesario hacer dos advertencias que por razones de espacio no se pueden tratar con mayor extensión. Primero, que para Fuller el Estado de derecho no es el único ideal de un sistema jurídico, y por lo tanto es compatible con otros (como el respeto por los derechos humanos, la democracia, etc.). Segundo, que la distinción entre lo “formal” y lo “sustantivo” puede ser desorientadora al inducirnos a pensar que lo formal no tiene que ver con el contenido o justicia de la ley. Pero eso no es precisamente así. Sobre esto véase John Gardner, “The Supposed Formality of the Rule of Law” en *Law as a Leap of Faith* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 197-204.

22 Y, así, “el gran error de la escuela del derecho natural fue (...) no mantener el problema de los fines en un contacto más íntimo con el problema de los medios”. Fuller, “American Legal Philosophy at Mid-Century”, 479.

ellos²³. Su argumento apunta más bien a que personas de diferentes cosmovisiones pueden llegar a acuerdo sobre determinados arreglos institucionales (medios) sin tener que discutir sobre fines²⁴. Con esto entramos de lleno en la relación entre derecho y moral, que se analizará a continuación.

ii. *La moral interna del derecho*

Recordemos que *La moral del derecho* contiene dos tesis fundamentales: (i) la necesidad de los sistemas jurídicos de cumplir con determinadas exigencias formales, y (ii) que ellas tienen un valor moral. Esta segunda tesis dio lugar a un largo intercambio con H. L. A. Hart, considerado uno de los debates más relevantes de la filosofía del derecho del siglo XX²⁵. Por ello, baste para estos efectos una breve introducción.

La conexión que Fuller ofrece entre derecho y moral es que los *desiderata* no tienen un valor instrumental o de mera eficacia. ¿Qué significa exactamente esto? Comencemos contextualizando la tesis. Para Fuller, el derecho es una empresa teleológica: tiene un propósito u orientación específica. Si bien las condiciones para su buen funcionamiento son exigencias formales, ellas tienen un objetivo, que consiste en crear un orden que oriente la

²³ *Ibid.*, 480.

²⁴ Nótese las similitudes con la idea de “acuerdos incompletamente teorizados” propuesta algunas décadas después por Cass Sunstein, véase *Legal Reasoning and Political Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 1996), capítulo 2.

²⁵ El debate comenzó con la publicación de la Oliver Wendell Holmes Lecture que dio Hart en la Universidad de Harvard en 1957 (“Positivism and the Separation of Law and Morals” 71 *Harvard Law Review* (1958)). Fuller publicó una respuesta en ese mismo volumen (“Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”). Seguido de ello, Hart publicó *El concepto de derecho* en 1961; luego, vino la primera edición de *La moral del derecho* en 1964. Un año después, esta fue reseñada por Hart en *Harvard Law Review* 78 (1965) [reimpreso en H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1984), ensayo 16]. Después de más de diez años, el debate finalizó con la publicación de la edición revisada de *La moral del derecho*, que incluye un último y final capítulo titulado “Una respuesta a los críticos”. Solo a modo de ejemplo, véanse los siguientes dos volúmenes colectivos dedicados a analizar este debate: George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1996); Cane, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Oxford: Hart Publishing, 2010).

conducta humana. La idea de que una regla debe comunicar un estado de cosas a su destinatario supone que ese destinatario es capaz de aprehender ese estado de cosas e incorporarlo a su razonamiento al momento de tomar decisiones y actuar. Supone, en otras palabras, tratar a la persona como un agente autónomo, “capaz de entender y seguir reglas, y de responder por sus faltas”. Esta es la “visión de hombre implícita en la moral del derecho”. La moral del derecho, en efecto, es “neutral respecto de una amplia gama de asuntos éticos [pero] no puede serlo respecto de la concepción misma del hombre”²⁶. La disciplina que los principios de legalidad imprimen a los sistemas jurídicos está orientada hacia ello. Por eso, el derecho no opera por medio de otras formas de “control social”, como la psicología inversa o mediante estímulos y castigos físicos²⁷. Lo distintivo del derecho es que comunica, a través de reglas, un orden considerado deseado, ofreciéndole al ciudadano una razón para la acción.

Ahora bien, de esto se sigue una implicancia fundamental. Al advertir que Fuller no niega la comunicación entre medios y fines, hemos explicado que, en su concepción, los principios de legalidad no contienen ningún *compromiso* con determinados fines, pero que no por eso son *indiferentes* a ellos. Esto equivale a decir que la moral interna y externa del derecho no son totalmente independientes entre sí. Es cierto, dice Fuller, que los principios de legalidad no tienen nada que decir respecto de una amplia variedad de fines sustantivos de la legislación. Sin embargo, este silencio tiene un límite: la consecución de *ciertos* fines sí puede deteriorar la realización de los *desiderata*. Dicho en sentido inverso, la disciplina de la moral interna del derecho tiene el efecto de moderar o atenuar la consecución de ciertos fines. En suma: los principios de legalidad no son instrumentales a cualquier tipo de fin. Contra Hart, Fuller argumenta que los principios de legalidad son, en la

26 Fuller, *La moral del derecho*, 172.

27 Para un desarrollo de esta idea, enmarcado en la concepción fulleriana del derecho, véase Francisco J. Urbina y Fernando Contreras, “Derecho y ordenamiento de la conducta” *Revista Jurídicas* 16, núm. 2 (2019), en imprenta.

práctica, incompatibles en muchos sentidos con una “enorme iniquidad”²⁸. Por otra parte, contra el ejemplo de Joseph Raz, sostiene que los *desiderata* no se asemejarían a un “cuchillo afilado”, con el cual se pueden hacer cosas moralmente buenas o malas²⁹. Para ilustrar su punto, Fuller remite a los casos de la Alemania nazi y de la Sudáfrica bajo el Apartheid. En ninguno de ambos regímenes, argumenta, hubo un respeto absoluto por los principios de legalidad. Hubo ciertas exigencias nazis —como la imposición a los comerciantes judíos de colgar un letrero que dijera “tienda judía”— que nunca fueron materia de legislación, sino que se ejecutaron a petición de miembros del Partido. El temor era que, si las reglas se publicaban, ello generaría críticas poco convenientes a sus fines. O incluso reglas publicadas, como las de debido proceso, fueron ignoradas en “juicios militares” por traición, y las sentencias validadas posteriormente por medio de una ley con efectos retroactivos. Las leyes que definían las razas en Sudáfrica, por otro lado, abundaban en contradicciones entre sí, y no había claridad sobre quién era blanco y quién era negro. Conformarse a ciertas exigencias del estado de derecho se presentaría, entonces, como un obstáculo para la consecución de ciertos fines perversos.

En definitiva, la concepción fulleriana de la moral del derecho implica tratar a la persona como un agente digno, capaz de razonar y tomar decisiones; al mismo tiempo, atenuar la consecución de ciertos fines perversos: el estado de derecho sería incompatible con la tiranía y la anarquía. Fuller argumentó con fuerza que este es uno de los rasgos fundamentales que lo distinguen del positivismo jurídico contemporáneo y lo ubica en una variante —procedimental— de las teorías del derecho natural. Pues bien, para cerrar el punto, refirámonos brevemente, aunque sea de modo provisorio,

28 Fuller, *La moral del derecho*, 162-172, 212-273. El pasaje completo de Hart se encuentra en *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), 207. Para una defensa algo más extensa de la tesis de Fuller, véase Nigel Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights* (Londres: Sweet & Maxwell, 2008), 240, 243-244.

29 Raz, “The Rule of Law and its Virtue”, 225.

a las posibles afinidades y tensiones de la tesis de Fuller con las teorías —en su terminología— “sustantivas” del derecho natural.

Es necesario tomar cierta distancia de estas etiquetas —positivista, iusnaturalista— que, en el contexto actual, suelen convertirse más en fuente de confusión que de claridad. Cristóbal Orrego ha sugerido el siguiente método para analizar el “iusnaturalismo” de autores contemporáneos. Lo importante es discutir sobre proposiciones y no sobre nombres: *de nominibus non est disputandum*³⁰. Puesto que no existe *un solo* iusnaturalismo, conviene, a nivel de proposiciones, identificar un núcleo —el caso central— de postulados iusnaturalistas. Y, según su mayor o menor cercanía con ese núcleo, se podría clasificar a un pensador como “iusnaturalista” central o periférico. Orrego ubica a Fuller en la periferia del iusnaturalismo³¹. Esto puede deberse a que Fuller fue un iusnaturalista atípico, que teorizó sobre asuntos que pensadores clásicos del derecho natural habían considerado secundarios, y les dio un lugar central en la filosofía del derecho. Adicionalmente, el carácter detallado, cuidado y directo con que elaboró la idea de la moral interna del derecho contrasta con la poca atención y cierta ambigüedad con que se refirió a otros postulados centrales de las teorías del derecho natural, como el lugar de la metafísica o la validez de los absolutos morales³². Tampoco encontramos en *La moral del derecho* alguna prevención clara y distinta según la cual podría haber otro tipo de consideraciones admisibles en la argumentación jurídica y política, distintas a los principios de legalidad, que sí se pronuncien respecto de la finalidad moral de las leyes. Finalmente, recordemos, no se sentía cómodo con la etiqueta de iusnaturalista y, de hecho, denominó a su proyecto “*eunomics*” precisamente para no ser catalogado así.

30 Cristóbal Orrego, “Natural Law Under Other Names: De Nominibus Non est Disputandum” *American Journal of Jurisprudence* 52 (2007): 77.

31 Cristóbal Orrego, “Iusnaturalismo contemporáneo” en Fabra, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* vol. 1 (México: Universidad Nacional Autónoma de México), 44. Para la exposición del núcleo del “iusnaturalismo”, véase 38-44.

32 Summers ha explorado el “iusnaturalismo” de Fuller con algo más de profundidad en *Lon L. Fuller*, capítulo 5.

Con todo, las afinidades de Fuller con el núcleo central del “iusnaturalismo” son sustantivas. En *La moral del derecho* se pueden identificar al menos cuatro proposiciones cruciales para cualquier “iusnaturalismo”. La primera, y la más importante, es la “visión de hombre implícita en la moral del derecho”: es más justo ser gobernado por leyes que por personas, y ese gobierno de las leyes —el imperio por medio de la ley— solo puede ser justo si trata a la persona como un agente autónomo, libre e igual a su gobernante³³. La segunda, que la ley es fundamentalmente un producto de la razón. En tercer lugar, la importancia de la positividad, es decir, la relevancia de la existencia de la ley humana, positiva, creada y artificial³⁴. Fuller sostiene que los sistemas jurídicos son una condición indispensable para la consecución del orden en las sociedades modernas. La necesidad de coordinar la interacción humana, así como la de imponer estándares para promover la realización o abstención de conductas que de otro modo no se lograrían, exige reglas, estructuras, procedimientos e instituciones. La cuarta proposición, por último, es que muchas de esas reglas, estructuras, procedimientos e instituciones no son derivables sin más de principios morales generales. Al articular y especificar los *desiderata*, las sutilezas de sus implicancias y su conexión —como veremos— con el diseño institucional (motivado por la idea de que todo diseño es fundamentalmente contingente y debe responder a las necesidades de las circunstancias), Fuller expresa una idea central de Tomás de Aquino. Muchas leyes e instituciones humanas (si es que no todas) no

33 Véase John Finnis, «Natural Law Theories», en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Invierno 2016), <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>>.

34 Probablemente es John Finnis quien, estableciendo un diálogo fructífero con el positivismo jurídico, ha explicado este punto con mayor claridad. La primera frase de su *Ley natural y derechos naturales* es elocuente en este sentido: “Hay bienes humanos que solo pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que solo esas instituciones pueden satisfacer”. Más aun, Finnis ha argumentado que el término “derecho positivo” fue articulado de manera clara y precisa por los autores medievales —fundamentalmente Tomás de Aquino— mucho antes del surgimiento del positivismo jurídico, tal como lo conocemos hoy; véase “The Truth in Legal Postivism”, ensayo 7 en *The Collected Essays of John Finnis*, vol. IV (Oxford: Oxford University Press, 2011).

se pueden derivar como *conclusiones* de los primeros principios de la ley natural, sino como *determinaciones* o *especificaciones* [*determinatio*]. Desde esta perspectiva, los principios de legalidad de Fuller no son otra cosa que la especificación del principio moral más general: que las personas deben ser gobernadas como agentes libres, autónomos e iguales a sus gobernantes³⁵.

¿Por qué leer a Fuller hoy? Algunos debates actuales

Las ideas centrales de *La moral del derecho* recién expuestas tienen mucho que decir sobre debates actuales que se desarrollan tanto en Chile como otros lugares. La articulación y posterior desarrollo de sus tesis ofrecen al lector de Fuller una innovadora perspectiva para analizar complejos problemas. En la selección que sigue se busca mostrar brevemente la vigencia de este análisis.

i. Estado administrativo

Diversos hechos recientes como la creación de nuevas tecnologías, la velocidad con que se desarrollan las relaciones jurídicas y, en general, la complejidad del mundo moderno, han estimulado el crecimiento del aparato administrativo. Múltiples áreas de la sociedad requieren nuevas regulaciones y mecanismos que resuelvan los conflictos que se susciten en ese contexto. Bajo el esquema clásico de la separación de poderes, el poder legislativo y judicial carecen del tiempo y los procedimientos para hacerse cargo de estos cambios, como también de la preparación suficiente para comprender ámbitos sumamente específicos y técnicos (por ejemplo: el derecho

35 El propio Fuller reconoce que al menos siete de sus principios de legalidad ya habían sido identificados y trabajados en alguna medida por Tomás de Aquino; véase *La moral del derecho*, 257 y nota 58. Con todo, no debemos olvidar que Fuller fue enfático en señalar que las teorías del derecho natural habían prestado poca o nula atención al tipo de problemas que analiza en su libro.

eléctrico, medioambiental y de las telecomunicaciones). En muchos países ha sido el poder ejecutivo el que ha creado instituciones para canalizar esta necesidad, naciendo así múltiples organismos administrativos que crean reglas y resuelven disputas.

Esta situación padece los riesgos que Fuller advirtió para la creación y administración del derecho. Sin una adecuada coordinación entre las instituciones de la administración del Estado y sin contar con la disciplina que exigen los principios de legalidad, el potencial de desorden e injusticia es sustantivo. Por ello, es particularmente ilustrativo su análisis sobre los organismos administrativos estadounidenses y el detalle con que explica cómo los *desiderata* pueden resolver y servir de remedio a este desorden³⁶. Someter la administración del Estado a dichos estándares hace posible la realización de valores que se espera que el derecho cumpla. Un bien crucial en este sentido es la predictibilidad en las relaciones humanas la que, al dar certeza, permite a las personas hacer planificaciones de largo aliento. Los principios de legalidad, que exigen definición, especificidad y claridad por parte del Estado, se vuelven así condición de posibilidad de un aparato administrativo en forma.

Las preocupaciones que en Chile van y vienen sobre la discrecionalidad de la autoridad encuentran una solución en la tesis de Fuller (en particular, en el octavo *desideratum*: congruencia entre la regla declarada y la aplicación que de ellas hagan los funcionarios públicos). Por supuesto, no es razonable incorporar acriticamente las soluciones concretas que ofrece, pues en toda solución institucional hay que prestar atención al contexto específico y contingente en que la institución está inserta. Con todo, la forma de enfrentar los problemas y la manera de estructurar y conectar las diversas consideraciones prudenciales pueden ser una buena guía. Esta advertencia

36 Cass Sunstein y Adrian Vermeule han argumentado recientemente que, de hecho, el aparato administrativo norteamericano guía su actuar conforme a los principios de legalidad articulados por Fuller (aunque sin referencia explícita a él), véase “The Morality of Administrative Law”, *Harvard Law Review* 1, núm. 7 (2018).

sobre la forma de pensar las instituciones nos permite transitar hacia nuestro próximo problema: el diseño institucional.

ii. Diseño institucional

¿Qué puede decir la moral interna del derecho acerca del modo de concebir instituciones estatales concretas? La respuesta la encontramos en lo que Fuller llama los “límites de la acción legal eficaz”. El punto de fondo es que, si bien los principios de la moral interna del derecho confieren estructura a la actividad de gobernar, no son una receta aplicable a *toda* la actuación estatal. Hay ciertas áreas, como el mando militar o la distribución de recursos económicos³⁷, que no se prestan bien a ese tipo de restricciones. Puesto que hacer un ejercicio militar no es igual a ejercer la función de juez, por ejemplo, su actividad no puede estar regida por los mismos principios. De esto Fuller extrae la siguiente conclusión, particularmente relevante para ciertos debates actuales: la resolución judicial de conflictos (adjudicación) —actividad que debe estar intensamente gobernada por la moral interna del derecho— es un medio inapto para resolver problemas de distribución de recursos. En efecto, esta tesis ha recibido atención en los últimos años a propósito de la discusión sobre derechos sociales. La satisfacción de muchos derechos sociales, como la salud o la educación, exige al Estado asignar dineros. La advertencia de Fuller es que esa asignación no la puede hacer un tribunal, pues no está diseñado para ejercer una función de esta naturaleza. El diseño de una institución responde al tipo de tarea que debe desempeñar, lo que a su vez determina el tipo de principios que informan esa actividad. La distribución de recursos, sostiene Fuller, responde fundamentalmente a principios económicos y políticos más que a principios jurídicos (como sería, por ejemplo, obtener la mayor cantidad de beneficios por medio de la

37 Fuller, *La moral del derecho*, 180-181.

menor cantidad de recursos)³⁸. El punto es especialmente pertinente para el contexto chileno, pues entre nosotros ha surgido una tendencia a judicializar la asignación de recursos económicos. Esto se observa, por ejemplo, en el área de la salud, donde los tribunales han ordenado al Ejecutivo costear medicamentos que el legislador y el propio aparato administrativo (conforme a sus propios estándares de decisión) había decidido no cubrir³⁹.

iii. *Jueces y política*

Esto último —el campo propio de la actividad jurisdiccional— conecta con un tercer tipo de problemas: la revisión judicial de la legislación y de los actos administrativos. Se trata de un tema difícil y arduamente debatido, que por de pronto suele llevar a la compleja discusión sobre qué distingue al derecho de la política; una pregunta cuyos orígenes remontan al menos hasta Aristóteles. Sin embargo, a pesar de la multiplicidad de aristas de este debate, Fuller ofrece una perspectiva novedosa. Si bien se limita simplemente a bosquejar la idea, la podemos sintetizar del siguiente modo: ¿cuánto debe entrometerse el juez en las discusiones del poder legislativo? ¿Cómo interpretar las palabras vagas y abstractas de una constitución? ¿Hasta qué

38 *Ibid.*, 177, 180-187. Fuller desarrolla este punto con mayor profundidad, al introducir la idea de “policentricidad” en su ensayo póstumo “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review* 92, núm. 2 (1978). Para uno de los análisis más comprensivos y recientes de la cuestión de las capacidades institucionales de los tribunales para adjudicar derechos sociales, argumentando en favor de ello, véase en general Jeff King, *Judging Social Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) y, en particular, el capítulo 7, en que discute directamente el argumento de Fuller.

39 Véanse, por ejemplo, Vásquez con Fondo Nacional de Salud, Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, Rol N° 7766-2009; Vásquez con Fondo Nacional de Salud, Corte Suprema, 2010, Rol N° 9317-2009; Prado Martí con Ministerio de Salud, Corte de Apelaciones de Santiago, 2014, Rol N° 30788-2014; y, más recientemente, Díaz Hernández con Fondo Nacional de Salud y otros, Corte Suprema, 2018, Rol N° 17043-2018. Para conflictos entre particulares con Isapres, en que los tribunales han ordenado costear remedios no contemplados por los planes de salud, véanse Monsalvez con Isapre Consalud S.A., Corte de Apelaciones de Concepción, 2007, Rol N° 53-2007; Brunet con Isapre Masvida, Corte de Apelaciones de Santiago, 2013, Rol N° 33832-2013; Rider con Isapre Consalud S.A. y otro, Corte Suprema, 2014, Rol N° 11991-2014.

punto debe pronunciarse acerca de cuestiones morales y políticas sustantivas y rivales? Estas preguntas pueden ser resueltas, al menos parcialmente, atendiendo a la moral interna del derecho. El juez contribuye a la realización de los fines del derecho —el gobierno de la conducta humana por medio de reglas— cuando procura corregir las desviaciones del legislador de los principios de legalidad. Si una ley penal, por ejemplo, es vaga o contradictoria (consigo misma o con otras normas) incumple dos de las exigencias formales básicas; luego, no es razonable que exista como ley y el juez hace bien al declararla inconstitucional. Ahora bien, es importante tener presente aquí que la mayoría de los principios de legalidad son “aspiracionales”, es decir, se realizan en mayor o menor medida, como una suerte de mandato de optimización. Al ser una cuestión de grado, es ingenuo pensar que se puede alcanzar algún estado de cosas en que todos se realicen a la perfección (Fuller lo llama una utopía). El juez constitucional debe tener presente, por lo tanto, que es natural que se den “antinomias” o tensiones entre algunos principios, y que bajo ciertas circunstancias puede ser razonable preferir uno(s) en desmedro de otro(s).

Afirmar que la revisión judicial se justifica para corregir desviaciones de los *desiderata* constituye un fuerte argumento en favor de ella, pero al mismo tiempo una importante limitación. Como se ha explicado, y Fuller lo recuerda con frecuencia, los principios de legalidad son fundamentalmente formales, y dicen poco respecto de los fines de las reglas. El juez que revisa la legislación —en nuestro sistema, el Tribunal Constitucional— debe buscar que se respeten estos principios formales, que Fuller denomina “de justicia procedimental”. Esto implica que las incursiones en materias de justicia sustantiva pueden no ser pertinentes (con la salvedad, por supuesto, de que se trata de un asunto de grado: depende de la claridad y especificidad de la regla constitucional). Esta conclusión es consistente con quienes en los últimos años han argumentado a favor de dejar un cierto campo de autonomía a la actividad política. Se trata de la idea de que es, precisamente, en el foro político —el cual, conforme a la estructura del constitucionalismo, se ubica

en el poder ejecutivo y legislativo— donde se deben discutir cuestiones políticas, especialmente las que guardan relación con preguntas fundamentales y que, en nuestras condiciones modernas, dividen profundamente a las sociedades. Ejemplos hay muchos: el inicio o fin de la vida humana, la política macroeconómica, las políticas de bienestar social, la justicia transicional, la definición del matrimonio, etc. Es este tipo de asuntos a lo que Fuller se refiere con “justicia sustantiva”. La distinción, desde luego, no es categórica ni pura, pero es lo suficientemente significativa como para tener consecuencias institucionales. En suma, Fuller se ubicaría entre quienes exigen de los tribunales mayor deferencia con el legislador y el aparato administrativo; se uniría, probablemente, a quienes han criticado la alta dosis de judicialización de la política y de activismo judicial⁴⁰.

iv. Metodología

Un último problema que merece atención se encuentra latente en toda la obra de Fuller, en su manera de enfrentar los problemas. Se ha explicado que su interés se dirige a la forma en que se crea y administra un sistema jurídico: en los medios que traen el derecho a la existencia y le permiten generar orden. Esta aproximación exige una mirada interdisciplinaria, humanista, que integre las diversas perspectivas que ofrecen las ciencias sociales. La convicción de Fuller lo lleva a emplear artillería pesada contra toda

40 He intentado ofrecer una explicación sintética vinculada al medio chileno en “Judicialización de la política. Algunas notas sobre su concepto y origen”, *Revista de Derecho Público*, número especial (2018). Uno de los pocos análisis críticos del activismo judicial en Chile se encuentra en José Francisco García y Sergio Verdugo, *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago: Ediciones LyD, 2013); Fernando Atria ha elaborado una crítica más sustantiva hacia la jurisdicción constitucional en general en *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), particularmente capítulo 12. Para un estudio descriptivo y simpatizante con la judicialización en América Latina, véanse en general Sieder, Rachel *et al.* (eds.) *The Judicialization of Politics in Latin America* (Nueva York: Palgrave Macmillan, 2005); Couso, Javier *et al.* (eds.) *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

aproximación puramente jurídica al complejo fenómeno social que constituyen los sistemas jurídicos. Aunque no usó la palabra, probablemente habría estado conforme con ser denominado un crítico del “legalismo”. Ya que se trata de un tema que ha recibido menos atención, merece ser explicado de manera algo más detallada.

El legalismo consiste en una forma específica de observar y expresar la realidad. Lo hace principalmente por medio de categorías, generalizaciones y reglas. Es el lente que usan típicamente los abogados para resolver problemas jurídicos. ¿De qué dificultades adolece el legalismo? Recurramos a las elocuentes palabras de Judith Shklar, una de sus críticas más severas. Shklar sostiene que una característica central del legalismo es la construcción de “sistemas de definiciones formales cada vez más refinadas y rígidas”, cuyo pernicioso efecto es “aislar completamente el derecho del contexto social en que existe”⁴¹. La mente legalista, sostiene Shklar, es problemática por su “exceso de conceptualismo” y “estrechez”, lo que resulta en una “ciencia de definiciones”. Su punto es que el arsenal de herramientas teóricas del legalista es insuficiente para abordar el problema que busca analizar, pues es incorrecto “estructura[r] todas las relaciones humanas concebibles en términos de exigencias y contraexigencias bajo reglas establecidas”⁴².

Quienes para Fuller encarnan esta mentalidad son los filósofos analíticos del derecho, y sus críticas se dirigen, por supuesto, a Hart. El lugar donde el antilegalismo fulleriano aparece de modo particularmente nítido es en su crítica a la conocida (y muy discutida) “regla de reconocimiento” de Hart. El problema específico que Fuller discute es su comprensión del abuso de poder del legislador. Una advertencia preliminar: lo que aquí nos interesa no es analizar si, en este caso concreto, Fuller tuvo razón en que la aproximación de Hart era legalista, sino mostrar que la metodología de Fuller era antilegalista. Ahora bien, hay dos cuestiones diferentes que debemos tener presentes para entender esta crítica. Primero, que el sentido de la “regla de

41 Judith Shklar, *Legalism* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1964), 2.

42 *Ibid.*, 8, 10, 31, 33-34, 43, 87.

reconocimiento” es que permite identificar qué reglas deben ser obedecidas. Al contener los criterios para determinar si una norma es o no autoritativa, este dispositivo despeja la duda sobre cuáles debemos seguir. Por ejemplo, decimos que una ley es autoritativa cuando la aprueba el Congreso de la República. (Por cierto, en sociedades complejas, como la nuestra, puede haber muchas reglas de reconocimiento y jerarquizadas entre sí: una sentencia judicial, una ley, una constitución). La segunda cuestión es que Hart distingue entre dos tipos de reglas: las que imponen deberes y las que confieren poderes. Según Fuller, Hart entiende que la regla de reconocimiento es una regla que confiere poderes⁴³. Así, esta confiere un poder al parlamento para crear normas (leyes) autoritativas. La crítica de Fuller, en síntesis, es que si Hart quiere aplicar su distinción (entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes) a la regla de reconocimiento, la potestad del legislador no puede contener limitaciones (*deberes* que lo limiten), sino solo poderes. Se seguiría, en otras palabras, que por una cuestión de “necesidad lógica”, el poder de crear leyes no podría ser revocado en caso de abuso. Esto, para Fuller, es una conclusión “absurda”⁴⁴. Y llegar a conclusiones absurdas como estas, argumenta, se debe a que Hart usa la terminología de las reglas con el objeto de explicar un fenómeno para el que no sirven. Se trata, entonces, de un problema de método. Hart ha caído, así, en la “conocida trampa” del “campo de la teoría del derecho”: “aplica[r] distinciones jurídicas a actitudes que traen a la existencia y soportan un sistema jurídico que, en este caso, no pueden tener sentido alguno”. Las semejanzas con las críticas de Shklar saltan rápidamente a la vista, pues lo que complica a Fuller es que Hart busca dar “respuestas jurídicas nítidas a preguntas que son fundamentalmente propias de hechos sociológicos”. Para evitar una conclusión como

43 Esta adscripción, en todo caso, no es del todo pacífica; para discusiones recientes véase Mathew Kramer, “Power-Confering Laws and the Rule of Recognition” (February 1, 2018) *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper* núm., 19/2018, <https://ssrn.com/abstract=3116865>.

44 Fuller, *La moral del derecho*, 144-145.

la de Hart, por lo tanto, el análisis no puede operar en términos puramente “formales o estructurales”⁴⁵.

Como ha subrayado Wibren van der Burg, quien ha llamado recientemente a rehabilitar las tesis de Fuller, lo crucial para él no son las definiciones, sino lo que hace posible la fidelidad al derecho. Esto es, no las “necesidades conceptuales” sino los “presupuestos intrínsecos” y “tendencias empíricas” que hacen al derecho posible⁴⁶. Sin usar la palabra legalismo, Eric Voegelin, un maestro de la metodología, y a quien Fuller conoció, afirmó lo mismo con aun mayor claridad. Voegelin sostuvo que el orden jurídico no es un objeto de investigación independiente, un compuesto de “partes nítidamente separadas”⁴⁷. Precisamente *porque* el derecho solamente existe en una sociedad concreta y no opera en el vacío es que la teoría del derecho no puede abstraerse de aquellos aspectos extrajurídicos. Pensar el derecho exige pensar tanto lo jurídico como lo no jurídico.

Especificar, articular y detallar las sutilezas del modo en que las instituciones jurídicas pueden satisfacer la exigencia moral más general de ser gobernados por las leyes y no por los hombres, y de ser considerados como agentes libres y responsables, es —como se ha dicho— el gran aporte de este libro. Y, por la multiplicidad de temas que aborda, así como las diversas herramientas empleadas para analizarlos, resulta de interés a un público amplio. Se han expuesto ciertos debates recientes en que la teoría de Fuller es particularmente iluminadora. Quisiera finalizar con una reflexión sobre la relevancia de esta aproximación para el contexto intelectual y político presente.

45 *Ibid.*, 145-147.

46 “The Work of Lon Fuller: A Promising Direction for Jurisprudence in the Twenty-First Century”, *University of Toronto Law Journal* 64 (2014), 738-739.

47 “Nature of the Law and Related Legal Writings” en *The Collected Works of Eric Voegelin* vol. 27 (1991), 37. El enfoque metodológico de Fuller tiene mucho de la propuesta del conocido ensayo de Voegelin al respecto; véase *La nueva ciencia de la política* (Buenos Aires: Katz, 2006), 13-40.

Uno de los aspectos que más atrae de *La moral del derecho* es que consiste en una reflexión *institucional*. Esto no solo quiere decir que el objeto de la investigación son las instituciones, sino que da cuenta de un modo de pensar. Consiste en reflexionar en base a la experiencia, sobre las virtudes y defectos de nuestras estructuras políticas y jurídicas. También de quienes las operan, para concebir, a partir de ello, un determinado régimen que sea plausible, que funcione, y que lo haga inserto en una sociedad concreta. El paradigmático y fundacional texto moderno en este sentido es *El federalista*. Y los paralelos entre ambos textos son decisivos. En efecto, no es trivial que en este último se despliegue un listado de preocupaciones por los principios de legalidad que bien podrían denominarse proto-fullerianas⁴⁸. Pero aun más notable es un pasaje en que Fuller evoca el ingenio de Hamilton, Madison y Jay. Presagiando —y tuvo razón— que los problemas de diseño institucional se volverían cada vez más acuciantes para el Estado administrativo moderno, hizo un llamado a una reflexión general y profunda en el “espíritu de *El federalista*”⁴⁹.

Al menos dos sucesos recientes dan buenas razones para adoptar una actitud institucionalista. El primero, local, es nuestro debate constitucional. La retórica en torno a la posible reforma o reemplazo de la actual Constitución ha estado cargada del lenguaje de los derechos humanos. Desde luego, el resguardo y promoción de los derechos fundamentales es un aspecto crucial para una sociedad sana, capaz de llegar a consensos básicos sobre los diversos aspectos del bienestar humano. Sin embargo, este énfasis tiene sus riesgos. El neoconstitucionalismo que inspira esta retórica, particularmente intensa en el contexto latinoamericano, tiene el defecto de caer

48 *El federalista* 62 (Santiago: IES, 2018): “Sirve de poco consuelo para el pueblo que las leyes sean hechas por hombres elegidos por él mismo si es que esas leyes son tan voluminosas que no se pueden leer, o tan incoherentes que no se pueden entender; si son derogadas o modificadas incluso antes de su promulgación, o son objeto de tan constantes cambios que nadie que sepa lo que la ley establece hoy, puede anticipar lo que establecerá mañana. La ley se define por ser una regla de conducta, pero ¿cómo podrá operar de esa forma si resulta tan desconocida como inestable?”.

49 Fuller, *La moral del derecho*, 191.

en abstracciones que pierden de vista el análisis de las maneras más eficaces de satisfacer dichas exigencias de justicia. Como se ha argumentado en los últimos años, derivar inmediatamente determinados arreglos institucionales de conceptos abstractos como “democracia”, “constitucionalismo” o “derechos humanos” genera ceguera institucional⁵⁰. Hay, por así decirlo, un segundo nivel de análisis, debajo de estos ideales políticos, que debe ser atendido: un análisis empírico, una reflexión institucional.

El segundo suceso es lo que se ha denominado crisis de la democracia liberal y del constitucionalismo liberal. Todo arreglo institucional es concreto y contingente, y las actuales tensiones y desafíos que sufre hoy el orden liberal demuestran que lo que parecía consolidado y, tal vez, definitivo, en realidad no lo es. Estos hechos recuerdan la importancia de cultivar una disposición, atenuada pero siempre presente, de incomodidad, de no entera satisfacción con lo logrado. Una apertura hacia posibles cambios institucionales razonables contrasta con la actitud de sospecha que han mostrado ciertos defensores de nuestros actuales esquemas. Si el fin de los sistemas jurídicos es establecer orden, también hay que prestar atención a las conductas y modos de vida de los destinatarios de las normas, y moldear instituciones que calcen —no que rompan— con ellas.

En fin, leemos *La moral del derecho* no solo para aprender de debates pasados, sino también para adquirir herramientas con el fin de enfrentar problemas presentes. La realidad desafía constantemente: mientras que la reflexión filosófica es generativa, pues nuevas respuestas abren nuevas preguntas, el comportamiento humano y los sucesos históricos cambian. Ante estos desafíos, siempre es un buen comienzo volver a los clásicos. El pensamiento de Lon Fuller, sin embargo, ha recibido poca atención fuera

50 Cass Sunstein y Adrian Vermeule, “Interpretation and Institutions” *Michigan Law Review* 101 (2003); Adrian Vermeule, *Judging Under Uncertainty* (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2006). Para una reciente monografía que ofrece un sugerente análisis en este sentido, véase Paul Yowell, *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (Oxford: Hart Publishing, 2018).

el mundo anglosajón. Solo algunos de sus textos están traducidos al castellano y en general son de difícil acceso⁵¹. Por ello, creemos que la edición definitiva de *La moral del derecho* merece estar disponible para el mundo hispanohablante y contribuir, así, a una mejor comprensión del fenómeno humano en sociedad.

Nota del traductor

La presente edición ha intentado conservar el formato de conferencias y el estilo ensayístico que caracterizan el texto original. Las palabras técnicas se tradujeron según su acepción más consolidada en nuestro contexto (por ejemplo, *administrative* o *regulatory agency* se tradujo como “organismo administrativo”). En algunos casos, sin embargo, se prefirió mantener el anglicismo que pareciera representar mejor la intención del autor (por ejemplo, *adjudication* se tradujo como “adjudicación” y no como “judicación” o “jurisdicción”; *realization* se tradujo en ocasiones como “realización”). Cuando no se logra capturar el significado exacto de la palabra inglesa, esta se indica a continuación y entre corchetes. Por último, las traducciones de las citas tomadas de otros textos son propias.

Este trabajo es fruto del esfuerzo colaborativo de la comunidad intelectual que alberga el Instituto de Estudios de la Sociedad. Hoy son pocos quienes tienen el lujo de dedicarse durante meses a leer y releer un solo texto con el fin de estudiarlo y expresarlo en otra lengua. Los primeros agradecimientos van a las muchas personas que lo hacen posible. En particular, agradezco a Claudio Alvarado, Alejandro Fernández, Daniel Mansuy y Francisco J. Urbina por haber sugerido y animado la traducción de un libro escrito con el genuino esfuerzo de tender puentes entre filósofos políticos,

51 Para un mayor detalle véase Rafael Escudero, “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller” *Anuario de filosofía del derecho* 19 (2002).

filósofos morales, sociólogos y teóricos del derecho. En este sentido, se trata de un texto que refleja la misión del IES de cultivar el humanismo y hacer más accesible al público chileno y latinoamericano reflexiones que, desde diversas perspectivas, pueden contribuir a una mejor comprensión de nuestro tiempo. Ningún proyecto como este se puede hacer de manera aislada, y por eso agradezco a los investigadores del IES esas interminables conversaciones y reuniones que dan expresión vital a la búsqueda por comprender. Finalmente, especiales agradecimientos merece el cuidado trabajo de edición de María Josefina Poblete y Joaquín Castillo, quienes corrigieron errores, sugirieron traducciones complejas y ayudaron a lograr una redacción fluida y fiel al texto original. Por supuesto, cualquier error final es de mi exclusiva responsabilidad.