

## LON FULLER, TEÓRICO DEL ORDEN SOCIAL

ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE \*

PORCIELLO, Andrea. *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller.* (Trad. Celia Díez Fuentes). Lima: Palestra Editores, 2019, pp. 316.

La obra de Andrea Porciello, originariamente *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller* (Pisa: Edizioni E. T. S., 2016) y ahora publicada en español como *En los orígenes del neoconstitucionalismo. El antipositivismo de Lon. L. Fuller*, se alinea con muchos de los presupuestos y conclusiones de cierto *revival pro-fulleriano* al que asistimos desde hace unos pocos años, que puede encontrarse en aportaciones como las de Rundle (2012), Allan (2001), Nadler (2007) o Waldron (2012) o algunas de las compiladas por Witteveen y Burg (1999) o por Cane (2010). Planteamientos similares, entre nosotros, pueden encontrarse en los trabajos de Arcos (2015), Aguilera (2017) o en mi *Legalidad y orden jurídico* (Peña, 2018)<sup>1</sup>.

El libro de Porciello es importante porque prescinde de los presupuestos hasta hace poco dominantes a la hora de analizar la concepción fulleriana del derecho. La perspectiva dominante sobre Fuller, antes del *revival* citado, estuvo lastrada por el éxito de *su debate* con Hart, ya que no por *su éxito* en el debate, pero hoy está muy cuestionada. Esto es algo paradójico, porque es probable que Fuller nunca hubiese alcanzado el renombre que su debate con Hart le otorgó, pero también es verdad que 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.

Sin embargo, Porciello no considera que el Fuller del debate con Hart sea el adecuado para comprender el sentido de sus tesis fundamentales. Estas tesis serían algo más transparentes en obras distintas a las que vehicularon su debate con Hart y lo sitúan, en primer lugar, como un crítico del iuspositivismo descriptivo o conceptual, pero por razones muy distintas a las elucubraciones instrumentales con las que los iuspositivistas intentan demostrar la usabilidad del derecho a buenos o malos propósitos: pensar

---

\* Universidad de Granada. Departamento de Filosofía del Derecho, Plaza de la Universidad, 1, 18071 Granada (España). Email: [apena@ugr.es](mailto:apena@ugr.es) Número ORCID: 0000-0001-9432-6690.

1. Junto a estos estudios pro-fullerianos en español, habría que mencionar también otros trabajos más bien críticos, como el de Escudero (1999) o el reciente de Crego (2020).

que Fuller es un crítico del iuspositivismo que argumenta en contra de la neutralidad moral del derecho a partir de la constatación de que existe una moral interna y procedimental que predispone al derecho hacia el bien y lo aleja del mal, no es totalmente incorrecto, pero es terriblemente reductor. En segundo lugar, esas obras *ponen en valor* a Fuller en tanto que teórico del orden social, interesado por los procesos que hacen posible la interacción humana, por sus presupuestos necesarios y por sus dimensiones morales. Este punto de vista, inaugurado por Kenneth Winston (1981), que me parece el apropiado para comprender el sentido de la concepción fullericiana del derecho, es el que Porciello adopta en su trabajo.

Pero hay muchos más motivos que acreditan la relevancia del trabajo reseñado. El conocimiento de Porciello de los trabajos de Fuller es tan riguroso y el espectro de su interés tan amplio, que se atreve incluso a hacer algo particularmente difícil con autores heterodoxos y escurridizos como Fuller: Porciello ubica a Fuller en el contexto de los debates iusfilosóficos contemporáneos y lo hace señalando que hoy sería considerado un neoconstitucionalista (pp. 22, 26). Porciello afirma que en la obra de Fuller es posible rastrear un concepto del derecho que guarda cierta proximidad filosófica con el del neoconstitucionalismo teórico o principialista. Es más, Porciello (p. 32) considera que Fuller es el precursor —o, al menos, uno de ellos— de la corriente crítica con el iuspositivismo, que se inaugura en la década de los treinta del pasado siglo y que aún hoy persistiría en el neoconstitucionalismo.

Hay que aclarar que “crítico con el iuspositivismo” es una cosa e “iusnaturalista” es otra distinta. Quizás una de las tesis que más han contribuido a *deformar* a Fuller sea la que lo asociado el iusnaturalismo a partir algunas de afirmaciones suyas como, por ejemplo, que “existen leyes naturales del orden social” (Fuller, 1981, p. 473). Porciello (p. 111) afirma que sería un error asociar a Fuller con un iusnaturalismo ontológico, deontológico o de corte tradicional como, por ejemplo, el de Radbruch<sup>2</sup>. Es muy interesante, al respecto, la referencia de Rundle (2012, p. 172) —también reproducida por Porciello (2020, pp. 177-178, 222-223)— a una carta de Fuller a Robert Summers, en la que dice que entiende que alguien que no lo ha leído piense que él sostiene que la ley injusta no es derecho, pero que

---

2. Que un sociólogo como Selznick (1969 y 2000), interesado en las organizaciones e instituciones sociales y no un teólogo o un cognoscitivista moral, haya escrito, inspirado por Fuller, algo llamado *Sociology and Natural Law* y haya abogado por un naturalismo jurídico (*legal naturalism*), da una idea de la auténtica naturaleza del *iusnaturalismo* de Fuller.

cuando eso mismo lo dice alguien que lo ha leído —y se refiere al propio Summers!—, *se pone de los nervios*.

En este tema, Porciello se desenvuelve con clara solvencia: el *iusnaturalismo* de Fuller —supuesto merezca realmente ese nombre— es de tipo tecnológico o institucionalista y no tiene connotaciones religiosas ni metafísicas ni pone en relación a Fuller con ninguna forma de realismo o cognitivismo ético (p. 111-112). Mi acuerdo con Porciello en este punto no puede ser mayor: pienso, como creo que él hace, que no es Summers, sino Winston quien debe servir para dar la clave de lo que sean las “leyes naturales” a las que Fuller se refiere. A mi modo de ver, estas “leyes” están en relación, en primer lugar, con las condiciones que habría que satisfacer para constituir un orden social de corte jurídico, con las condiciones que nos permitirían lograr que ese orden resultara practicable (workable) y también con las que lo aproximarían a su forma ideal. En segundo lugar, aluden a los valores morales que habrían podido motivarnos en nuestra decisión de configurar un orden jurídico y en el desempeño de nuestra empresa, suponiendo que la elección y la configuración del orden social como un orden jurídico sea una actividad intencionalmente motivada en un sentido estricto. Si prescindimos de las razones que habrían podido motivar a los gobernantes a conformarse a los principios de legalidad<sup>3</sup>, las leyes naturales del orden social se refieren a los valores que se ven satisfechos cuando el orden social es configurado de un modo determinado y, especialmente, cuando se le da una forma jurídica, es decir, con los valores morales cuya satisfacción exige que el gobierno de los comportamientos y relaciones de los individuos se lleven a cabo por procedimientos o métodos que calificaríamos como típicamente jurídicos. A lo que Fuller se refería, por tanto, es a las condiciones que hay que satisfacer para conformar un orden jurídico y a los valores morales que se realizan cuando existe un orden social con esa forma.

A la luz de este presupuesto, la conclusión que uno obtiene cuando se aproxima al debate de Fuller con Hart es muy distinta a la habitual: que el derecho sea moral no significa que con él solo pueden hacerse cosas buenas. Fuller (1964, p. 153) admite que “el reconocimiento de que la moralidad interna del derecho puede sostener y dar eficacia a una gran variedad de objetivos sustanciales”, aunque advierte que eso “no debe engañarnos haciéndonos creer que *cualquier* objetivo puede ser perseguido sin comprometer la legalidad”. Los iuspositivistas pusieron el énfasis en la primera

---

3. A diferencia de lo que, por ejemplo, hace Kramer (1999, pp. 67-69), interesado singularmente en las razones que podrían tener los gobernantes para querer respetar los principios de legalidad.

afirmación, lo que les sirvió para fundamentar sus propios planteamientos a propósito de la separación entre derecho y moral. Además, leyeron la segunda sobredimensionando en clave conceptual unas referencias incidentales de Fuller (1964, p. 154) a la “interacción” entre los principios de la moral interna y los de la externa o a su “afinidad”, vista la disposición a hacer lo correcto de quien “está obligado a articular los principios conforme a los que actúa” (Fuller, 1964, p. 159), que, desde mi punto de vista, deberían leerse simplemente en términos de ilustración o frecuencia históricas, pero no en términos de compatibilidad conceptual entre moral interna y externa. Si tomamos en serio la lectura *institucionalista* de Fuller, vemos que la clave de su planteamiento está en esta segunda afirmación de Fuller, cuando advierte que hay fines que no pueden perseguirse sin comprometer la legalidad. Esto ha quedado, expresivamente, demostrado por Rundle (2009), que sostiene que las políticas exterminadoras respetuosas con la legalidad son conceptualmente imposibles y que *exterminio jurídico* es un oxímoron. El análisis que lleva a cabo Porciello (pp. 221-222) del modo en que Fuller se pronuncia sobre la justicia del derecho nazi va en esa línea: la lectura en clave *tecnológica* o *institucionalista* pone de manifiesto que cuando Fuller afirma que *mucho de lo que hicieron los nazis* no es derecho, no lo hace porque piense que la ley injusta no es derecho. No fue su contenido moralmente execrable la razón de que mucho de lo hecho por los nazis perdiera su juridicidad y sí lo fue su forma.

Y es que el derecho puede estar en relación con moralidades externas de mérito variable, pero está *necesariamente* conectado con *otra* moralidad, la interna, formada por los valores que se ven expresados cuando se respetan las condiciones —los principios de legalidad— que hacen que el control social se exprese en forma jurídica: el derecho, como bien dice Porciello (p. 165), “contiene e implica necesariamente su deber ser”, aunque ese deber ser no se refiere, obviamente, a todo el contenido posible del derecho, sino necesariamente solo a los elementos de su forma. Los valores de esta moral interna al derecho quedan expresados cuando el control social se ejerce en forma jurídica, razón por la que tiene sentido decir que el derecho es moral. En este punto, es necesario insistir, para evitar malentendidos, que al decir que el derecho es moral no nos referimos a lo que el dispone, sino a la *forma* del derecho en tanto método de control social. Repito: no es moral el contenido del derecho, sino su forma. Y añado: si esa afirmación tiene alguna consecuencia sustancial necesaria, es decir, si de esa afirmación se sigue que hay algún contenido u objetivo incompatible con la moral interna del derecho, no es por conexión, interacción o afinidad conceptual entre la moral interna y la externa, sino por la simple razón de que —como ocurre con las políticas exterminadoras— no es algo que pueda llevarse a

cabo cumpliendo con las condiciones que constituyen la forma del orden jurídico mismo en tanto que tipo de orden social, es decir, sin *comprometer* los principios de su moral interna.

Es también importante tener claro cuál es, por así decirlo, la *fuerza* última de la moralidad (interna) del derecho. La moral interna es algo implícito a lo que normalmente consideramos como derecho y se encuentra en los valores que definen un tipo específico de relación, asociación o gobierno de los individuos, que se da cuando existe un orden jurídico. Porciello (pp. 228 y ss.) describe con acierto esa relación y su dimensión moral: hay una concepción de la persona como agente capaz de actuar por sí mismo y de manera responsable, que está implícita en el tipo de interacción social que el control jurídico constituye y gobierna y es ese presupuesto, que concibe al individuo como alguien portador de cierto valor o dignidad, y no la autoridad o la coacción, lo que tendría que inspirar nuestros intentos de comprender o interpretar el derecho (p. 249).

Ahora bien, me parece necesario insistir en un punto: esos valores, los que forman el ideal de la legalidad<sup>4</sup>, son morales porque están implícitos en el derecho mismo, pero no en el sentido de que son algo que se le añade y que queda colocado en una posición oculta. Implícito no tiene ese sentido. No es, como inadvertidamente parece sugerir Porciello (p. 220), que los principios de legalidad tengan naturaleza moral “porque, en un cierto sentido, hacen posible perseguir [ciertos valores] de manera libre y plena”, sino más bien, como él mismo afirma algo después, por el hecho de que instauran “relaciones que son respetuosas de la dignidad y de la libertad de sus participantes” (p. 220). La diferencia entre ambas afirmaciones es sutil, pero importante, y la segunda es la correcta: la vinculación de los valores de la legalidad con el derecho es tan intensa que autoriza a decir que el orden jurídico los expresa necesariamente, pues al fin y al cabo, los principios de legalidad, que son constitutivos de la forma del derecho, son la expresión normativa para el ejercicio del control social de los valores morales de la legalidad y, por tanto, la moralidad de un ordenamiento jurídico es tanto mayor cuando más afinado esté su funcionamiento, es decir, cuanto mayor sea el éxito de los individuos implicados en la compleja tarea de dar forma jurídica al orden social.

Esto implica, por cierto, que no existe tensión entre la dimensión moral del derecho y su dimensión reglada. Sería un error interpretar que el derecho está formado por valores o principios morales en algún tipo de tensión con sus reglas. Es justo lo contrario: los principios de legalidad

---

4. Al respecto, Peña (2020, esp. p. 105 y ss.).

*ordenan maximizar* el gobierno de las reglas, es decir, aspiran a que el orden social sea jurídico y esto se logra cuando el comportamiento de los individuos está gobernado conforme a los principios de legalidad: no se olvide que el propósito del derecho es el gobierno mediante reglas del comportamiento de los individuos y que el primero y más básico de los principios de legalidad que hay que satisfacer para realizar ese propósito es que haya reglas (“there must be rules”) (Fuller, 1964, p. 47). La moral del derecho exige, por tanto, que gobiernen sus reglas y que se refuerce su autonomía respecto de otros métodos de control social.

Esta lectura de Fuller, de ser acertada, es relevante para determinar su filiación iusfilosófica. De entrada, si la moralidad del derecho por la que Fuller se interesó, ordena maximizar su dimensión *reglada*, se me hace difícil asociar a Fuller a una teoría que, como el principalismo o el neoconstitucionalismo, *privilegia* a los principios respecto de las reglas o que sostiene que existen principios junto a las reglas que, de algún modo, modulan su gobierno, convirtiéndolas, por ejemplo, en condicionales derrotables. Que el derecho sea moral en el sentido de que es moral gobernar conforme a los principios de legalidad es incompatible con la insistencia en la neutralidad moral del derecho del iuspositivismo descriptivo o conceptual de corte hartiano, pero también con las tesis de quienes promueven que se gobierne conforme a principios que derrotan a las reglas o de quienes favorecen la solución de conflictos por determinación moral directa.

No sé si Fuller llegaría a perder los nervios si se lo asociase con una teoría principalista precavida frente a las reglas, porque este es un tema muy complejo, pero sí pienso que pediría alguna aclaración sobre qué es lo que se entiende exactamente por principalismo, sobre cuál es el papel de los principios en el derecho, para valorar si ese papel es compatible con las condiciones constitutivas de la relación de legalidad y con el gobierno de las reglas, porque el orden jurídico consiste en el gobierno de las reglas y es con ese tipo de gobierno con el que debe estar comprometido quien suscribe los valores del ideal moral de la legalidad.

Las dificultades para asociar a Fuller con el neoconstitucionalismo o el principalismo se ponen de manifiesto si repasamos la reconstrucción que Porciello (pp. 273-303) hace de su supuesta afinidad con Alexy. Alexy, como bien señala Porciello (p. 275), interpreta los elementos morales implícitos en el derecho como “condiciones materiales de justicia”, que imponen o excluyen determinados contenidos para el derecho, mientras que, para Fuller, los principios de legalidad no imponen ningún contenido al derecho, porque lo que supone su incumplimiento es que el derecho pierda su forma, es decir, que la forma de gobierno deje de ser jurídica y pase a adoptar un cariz distinto. Esto, desde mi punto de vista, es más relevante

de lo que parece. Para comprobarlo, pensemos cuál habría sido la lectura de Fuller del célebre artículo 1 de esa constitución que imaginaba Alexy que hubiera dispuesto que “X es una república federal, soberana e injusta”. Sabemos que para Alexy esta es una norma absurda. Pero creo que Fuller habría preguntado por el tipo de injusticia implicada y habría admitido que esa disposición sería posible jurídicamente si no implicara una vulneración de los principios de justicia constitutivos de la forma del derecho. Lo que Fuller no habría admitido es el carácter jurídico de un artículo que dispusiera que “X es un Estado de derecho que en el que las autoridades son competentes para hacer lo que les dé la gana, incluso gobernar mediante disposiciones secretas o imposibles de cumplir”. Esto sí sería, en términos fullerianos, absurdo e incompatible con lo jurídico. Como reconoce Porciello (p. 302), las posiciones de Fuller y Alexy divergen porque mientras que Fuller pone como presupuesto moral del concepto de derecho una serie de principios procesales o formales, Alexy lo funda sobre una “dimensión valorativa culturalmente connotada”, pero esto no parece una cuestión que se explique por el “diverso grado de objetividad ética” de ambos autores. Más que “grado” de lo que se trata es de que la moral implícita al derecho es muy distinta en ambos autores: mientras que para Fuller está formada por valores que se ven expresados cuando el comportamiento de los individuos se gobierna mediante reglas, para Alexy se trata de unos principios morales cuyo contenido en ocasiones reclama desplazar al de las reglas.

¿Y con quién asociamos a Fuller entonces? ¿A qué teoría contemporánea estaría próximo alguien que prefiriese el derecho como forma de control social por razones morales, en el sentido de que valorase la moral de la que la forma del control jurídico es expresión? ¿Alguien sostiene hoy algo parecido? En mi opinión, eso se parece bastante a las tesis de autores como Campbell (2004, p. 24), que afirman tener buenas razones para construir los ordenamientos jurídicos como sistemas autónomos de reglas claras y precisas, que puedan ser interpretadas y aplicadas normalmente sin necesidad de recurrir a juicios morales o políticos controvertidos. Un ordenamiento jurídico así, nos dicen los iuspositivistas éticos o normativos, ofrece ciertas virtudes como método para el gobierno de las sociedades humanas y parece preferible a un ordenamiento que contuviera principios, cuyas características fueran las contrarias a las de las reglas recién descritas. Creo que existe cierta analogía entre Fuller y el iuspositivismo ético: parafraseando a Guest (1996: x), ambos parecen querer demostrar el valor de hacer que ciertas acciones estén sujetas a reglas y creen que hay razones morales para que se gobierne así, en lugar de lo que sucede cuando esas acciones quedan sujetas a determinación moral directa —que es lo que preocupa a los iuspositivistas éticos— o cuando los individuos son gobernados por métodos

gerenciales o teleocráticos<sup>5</sup> que los instrumentalizan a los fines definidos por los gobernantes, sobre lo que, más específicamente, se preocupó Fuller (1969, pp. 207-208) en sus reflexiones sobre el control gerencial<sup>6</sup> (managerial direction). Estas *preferencias* y las *razones* con que se justifican creo que abonan mi asociación entre Fuller y un cierto iuspositivismo ético o normativo corregido, que hubiera superado definitivamente la separación conceptual entre derecho y moral y se mostrara dispuesto a aceptar que las razones que justifican su preferencia por las reglas con las que los órdenes jurídicos deberían componerse son parte de los órdenes jurídicos mismos, porque son las razones que los constituyen.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera García, Edgar (2017). *Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica*. México: Tirant lo Blanch.
- Allan, Trevor R. S. (2001). *Constitutional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Arcos Ramírez, Federico (2015). “Positivismo jurídico, tesis de la separabilidad y valor ético del *rule of law*” en *Anuario de Filosofía del Derecho* (XXXI).
- Cane, Peter [ed.] (2010). *The Hart-Fuller Debate in the XXI Century*. Oxford: Oxford University Press.
- Campbell, Tom (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*. Londres: UCL Press.
- Crego, Jorge (2020). *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.
- Fuller, Lon (1964). *The Morality of Law*, 1.<sup>a</sup> ed. New Haven: Yale University Press.
- (1969). *The Morality of Law*, 2.<sup>a</sup> ed. New Haven: Yale University Press.
- (1981). *The Principles of Social Order*. Durham: Duke University Press.
- Guest, Steven [ed.] (1996). *Positivism Today*. Aldershot: Dartmouth.
- Kramer, Matthew (1999). *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press.
- Nadler, Jennifer (2007) “Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice” en *Law and Philosophy*, vol. 27, pp. 1-34
- Peña Freire, Antonio (2018). *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona: Atelier.

---

5. Me he referido a los órdenes teleocráticos y a sus diferencias con los órdenes jurídicos en Peña (2018, pp. 113-122).

6. Otros como Simmonds (2002, pp. 244-249), precisamente analizando a Fuller, han reconstruido de un modo más que solvente, su presumible preferencia por un orden jurídico frente a un orden social basado en la integración de los miembros del grupo y en la solución por conciliación de sus conflictos. Sobre este punto, también Peña (2018, pp. 108-113).

- (2020). “La constitución del Estado de derecho” en *Anuario de Filosofía del Derecho XXXVI*.
- Rundle, Krysten (2009). “The Impossibility of and Exterminatory Legality: Law and the Holocaust” en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, núm. 1.
- (2012). *Forms Liberate*. Oxford: Hart Publishing.
- Selznick, Philip (1969). “Sociology and Natural Law” en *Natural Law Forum*, paper 61, 1961.
- (2000). “A Case for Legal Naturalism: ‘Sociology and Natural Law’ Revisited” en *Polish Sociological Review*, núm 131.
- Simmonds, Nigel (2002). *Central Issues in Jurisprudence*, 2.ª edición. Londres: Sweet & Maxwell.
- Waldron, Jeremy (2012). “How Law Protects Dignity” en *Cambridge Law Journal*, 71 (1).
- Winston, Kenneth I. (1981). “Introduction” a Lon Fuller, *The Principles of Social Order*. Durham: Duke University Press.
- Witteveen, Willem J. y Burg, Wibren Van der, eds. (1999). *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*. Ámsterdam: Amsterdam University Press.

