



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO DE LON FULLER COMO MORAL PROCEDIMENTAL

Alejandra Requena-Frías

Piura, noviembre de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Requena, A. (2016). *La moralidad interna del derecho de Lon Fuller como moral procedimental* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

ALEJANDRA SOFÍA REQUENA FRÍAS

**LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO DE LON FULLER
COMO MORAL PROCEDIMENTAL**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2016

APROBACIÓN

La tesis titulada “*La moralidad interna del derecho de Lon Fuller como moral procedimental*”, presentada por la bachiller Alejandra Sofía Requena Frías en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogada, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Paolo Tejada.

Directora de Tesis

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. LA RELACION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN FULLER	5
1.1. ¿Quién fue Lon Fuller?	5
1.2. El concepto de derecho de Fuller	8
1.3. El debate entre Fuller y Hart	12
1.3.1. La naturaleza de las normas fundamentales aceptadas	14
1.3.2. ¿Relación o intersección entre derecho y moral?.....	17
1.3.3. ¿Era el régimen nazi un derecho inocuo o no era derecho en lo absoluto?.....	22
a. Contexto histórico: El caso de los informantes	22
b. La postura de Hart.....	25
c. La postura de Fuller	29
1.4. La moralidad interna del derecho.....	32
1.4.1. Las desideratas que conforman La moralidad interna del derecho	33
1.4.2. El carácter moral de las desideratas de Fuller.....	36

CAPITULO II. LAS CRÍTICAS A LA TEORIA DE FULLER	39
2.1. Los principios de la moralidad interna del derecho ¿tienen un carácter moral?	39
2.1.1. La confusión de los términos moralidad y eficacia.....	42
2.1.2. La confusión entre moralidad y actividad intencional	44
2.1.3. La respuesta de Fuller	47
2.2. ¿Es suficiente la moralidad interna del derecho para garantizar un sistema jurídico justo?	49
2.2.1. Las dos dimensiones de la moralidad de Fuller.....	49
2.2.2. El verdadero papel de la moralidad externa del derecho.....	50
2.3. ¿Es la moralidad interna del derecho una moral de deber o una moral de aspiración?	53
2.3.1. La moralidad como un deber y como una aspiración.....	53
2.3.2. La propuesta de Fuller	55
2.3.3. La respuesta de la crítica.....	57

CAPITULO III: EL VERDADERO PAPEL QUE CUMPLE LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO EN UN ORDENAMIENTO JURIDICO	61
3.1. Los principios de la moralidad interna del derecho como principios de legalidad	61
3.1.1. La naturaleza instrumental de la moralidad interna del derecho.....	61
3.1.2. Los ocho requisitos para garantizar la justicia formal de un sistema.....	63
a. Generalidad	63
b. Publicidad	64
c. Claridad.....	66
d. No contradicción.....	67
e. No retroactividad de las normas	68
f. El requisito de congruencia.....	69
g. Las normas deben ser posibles.....	70
h. Las normas deben ser estables	71

3.2.	El lugar que ocupa la moralidad interna del derecho en un ordenamiento jurídico.....	72
3.3.	La moralidad interna del derecho como justicia formal.....	77
3.3.1.	La justicia formal como complemento de la justicia material	77
3.3.2.	Racionalidad y seguridad jurídica.....	80
	Conclusiones.....	85
	Bibliografía.....	91

INTRODUCCIÓN

La filosofía jurídica se ha ganado un lugar importante en el Derecho. Sus contribuciones no sólo han explicado muchos fenómenos jurídicos, sino que han encontrado el fundamento de estos en la naturaleza del hombre como ser racional. El sistema jurídico nace como una consecuencia de esta consideración, para ordenar la sociedad y de esta manera conseguir una convivencia pacífica, en donde el comportamiento de los hombres esté previsto en normas. Una vez que la sociedad se estructura en base a normas, el Derecho se convierte en una ciencia descriptiva, que refleja la realidad como se muestra. Pero es necesario preguntarnos ¿qué hay detrás de las normas?, ¿qué principios las impulsan?, pero sobre todo ¿cuál es la verdadera finalidad para la que han sido creadas? A estas preguntas responde el iusnaturalismo. En contraposición al positivismo jurídico, en donde el Derecho se reduce únicamente a las leyes de un sistema, el iusnaturalismo se pregunta por los conceptos extralegales que se encuentran detrás de las normas, conceptos que no sólo entienden al hombre como ser racional, sino como un ser dotado de dignidad y acreedor de derechos fundamentales inherentes a su persona. Aceptando la relevancia de estos conceptos, las normas son vistas de manera distinta. Las normas no nacen para adaptarse a la realidad – sea esta cual sea – sino para garantizar una ordenación justa en la sociedad.

Lon Fuller nunca se proclamó como un iusnaturalista, sin embargo afirma que su teoría está vinculada con esta corriente. Para el autor, la organización de una sociedad a través de un sistema de normas es insuficiente para lograr la justicia entre los hombres. No basta con aplicarlas, sino que es necesario preguntarnos por la intención que tenía el legislador a la hora de crearlas, cuál es el propósito de su existencia, pero sobre todo resolver la cuestión de si infringen los principios morales inherentes a la naturaleza humana. La concepción de Fuller pronto evolucionó en el que se convertiría en el más importante de sus aportes. La moralidad interna del derecho vendría a ser el resultado de la unión entre el Derecho y estos principios morales. En el primer capítulo nos dedicaremos a explicar la ruta que tomó Fuller para llegar a la moralidad interna del derecho, partiendo del concepto de Derecho que el autor propone, continuando con el debate que protagonizó junto con Hart y que revela su oposición al positivismo jurídico, y terminando con el desarrollo de la teoría que propugna.

Por otro lado, el aporte de Fuller ha causado cierta polémica en el mundo de la filosofía jurídica, la cual gira en torno al enfoque que el autor ha elegido para explicar su teoría. En primer lugar arriesgarse a llamarla moralidad, calificando a los principios que la conforman como morales. Sobre esta cuestión la crítica se ha dividido. Hay autores que reconocen la importancia de estos principios en un proceso de creación de normas, pero que reprueban su carácter moral, ya que su naturaleza apunta más bien a la estructura formal y procedimental de un sistema. Como veremos en el segundo capítulo, la crítica propone que en la teoría de Fuller se confunden los términos moralidad y eficacia, ya que el cumplimiento de los principios de la moralidad interna del derecho traen como consecuencia la eficacia de un sistema, eficacia desde un punto de vista estructural.

Las demás críticas giran en torno a otras incoherencias encontradas en la teoría de Fuller. En primer lugar el papel que cumple la moralidad externa del derecho, la cual, representa los fines sustantivos o materiales de las normas y que según el autor, vendría a ser un efecto de la moralidad interna del derecho. La crítica se pregunta si las formas son tan importantes como para determinar el contenido material de las normas. ¿Pueden las formas por sí solas lograr la configuración de un sistema jurídico justo? Nos dedicaremos a responder estas preguntas en el acápite que está destinado para ese propósito.

En segundo lugar, resolveremos la que quizás es la cuestión más controversial en la teoría de Fuller: la exigibilidad de esta moralidad. Nuestro autor ha llegado a una conclusión que contradice sus argumentos iniciales, partiendo de la consideración de que la moralidad interna del derecho es esencial para garantizar un sistema jurídico justo; para luego terminar relegándola al ámbito de los ideales. Esta conclusión cambiaría el sentido en el que inicialmente se entiende la moralidad interna del derecho, considerándola ahora como el conjunto de pautas para alcanzar la perfección legal en una sociedad, pero cuyo incumplimiento no traería consigo ninguna injusticia.

En el capítulo tres expondremos nuestra postura respecto a las cuestiones controversiales discutidas en el capítulo dos, la cual, explicada a grandes rasgos, concibe a la moralidad interna del derecho como una especie de justicia formal, necesaria en la configuración de un sistema de normas. Pero sabiendo que entendida de esa forma cumple un papel secundario o complementario. Estos principios no carecen de importancia en la labor del legislador. Pero es necesario preguntarnos ¿qué tan importantes son para configurar la justicia de un sistema? ¿Tiene la justicia formal una fuerza moral suficiente para garantizar la eticidad de las normas? Esperamos que al final de esta tesis, estas cuestiones queden totalmente zanjadas.

CAPITULO I

LA RELACION ENTRE DERECHO Y MORAL SEGÚN FULLER.

1.1. ¿Quién fue Lon Fuller?

Antes de empezar a explicar la teoría de Fuller y sus puntos controversiales, consideramos necesario hacer una pequeña reseña biográfica, con la finalidad de mostrarle al lector el importante lugar que ocupa el autor en el mundo de la filosofía jurídica. Lon Luvois Fuller nació el 15 de junio de 1902 en Hereford Texas. En 1906, cuando todavía era niño, su familia se trasladó a California, específicamente al Valle imperial, al sur del estado. Estudió en la universidad de California en Berkeley, desde 1919 hasta 1920, año en el que se trasladó a la universidad de Stanford, en la cual estudió economía, graduándose en 1924. Ese mismo año decide quedarse en Stanford para lograr un doctorado en jurisprudencia, el cual le fue otorgado en el año 1926. Para ese entonces Fuller ya había optado por una carrera académica, decepcionando las esperanzas de su padre de que se convirtiera en un abogado en la práctica¹.

Fuller inicia su carrera académica en la facultad de derecho de la Universidad de Oregón en Eugene. Como miembro de la facultad publicó un comentario sobre la ley de la posesión precaria. En 1928 se trasladó a la Universidad de Illinois, en donde enseñó hasta 1931, año en el que se trasladó a la Universidad de Duke,

¹ Cfr. *Summers, Lon L. Fuller*, p.3.

hasta 1939². Entre 1930 y 1931, siendo aún miembro de la facultad de derecho de la Universidad de Illinois, publica tres artículos de ficciones legales, en la revista *Illinois law review*, que captaron la atención de la comunidad jurídica. Esos artículos sentarían las bases de la teoría de Fuller referida al instrumentalismo pragmático³.

El instrumentalismo pragmático de Fuller es considerado como antiformalista. Considera que la ley es un instrumento creado por el hombre para lograr fines prácticos en vez de ser una deducción de axiomas o el resultado de una fuerza omnipresente en los cielos. Los conceptos legales preexistentes no implican una necesidad de los jueces de recurrir a un razonamiento lógico. Fuller sin embargo nunca fue un adepto del extremo realista del instrumentalismo pragmático americano. No estaba de acuerdo en que la ley estaba presente en los patrones de comportamiento de los jueces y que la teoría de la ley debía ser reducida a la ciencia empírica. Así escribió, mientras se encontraba en la Universidad de Duke, un ensayo que criticaba a ciertos realistas jurídicos, lo cual lo hizo acreedor del premio Phillips por la sociedad filosófica de américa en 1935⁴. A este trabajo le siguió su importante contribución a la ley de contratos, con un ensayo en *the yale law journal*, titulado ‘*The reliance interest in contract damages*’⁵.

Entre 1939 y 1940, Fuller fue profesor visitante de derecho en la Universidad de Harvard, a la cual posteriormente decidió integrarse de forma permanente⁶. En ese periodo aceptó formar parte de la prestigiosa *Rosenthal Lectures at Northwestern University*. En estas lecturas tituladas ‘*The law in quest of itself*’. Fuller contradice la teoría positivista de Holmes, Gray, varios realistas, incluyendo Hans Kelsen, por sostener que la ley es simplemente algo establecido por los oficiales, un dato sin propósito, sin tomar en cuenta ninguna noción de lo que la ley debe

² Ob. cit.

³ Cfr. *Summers, Lon L. Fuller*, p.4.

⁴ Ob. cit.

⁵ Cfr. *Summers, Lon L. Fuller*, p.5.

⁶ Ob. cit.

ser⁷. En otras palabras para Fuller la ley no es solo lo que es, sino lo que debería ser.

Antes de la guerra de Pearl Harbor, fue un vigoroso defensor de la intervención de Estados Unidos en la guerra de Europa. Además fue miembro de ‘*La liga de la defensa americana*’, un grupo de la universidad de Harvard. Asimismo ayudó a muchos intelectuales, que intentaban huir lejos del partido nazi, como Edgard Bodenheimer y el famoso Hans Kelsen. Muchos de sus trabajos sobre el ideal del imperio de la ley estuvieron basados en su rechazo a la dictadura nazi.

Mientras Estados Unidos empezaba a prepararse para la guerra, la Universidad de Harvard detuvo gran parte de sus operaciones. Es así que Fuller ingresa a la firma Ropes and Gray, en la ciudad de Boston, en donde trabajó en el campo de las relaciones laborales hasta que regresó a su función académica en la Universidad de Harvard⁸.

Durante su carrera académica, Fuller fue un gran defensor de la necesidad de analizar el propósito de las leyes, de modo que el contenido de estas no estaría conformado únicamente por lo que está literalmente dispuesto en ellas, sino por el propósito para que el fueron pensadas. En otras palabras debemos preguntarnos, cómo deberían ser las leyes, en vez de conformarnos con lo que son realmente. Esta concepción de la ley, fue lo que llevó a criticar duramente el positivismo jurídico, el cual sabemos se caracteriza por trazar una línea entre el ‘ser’ y el ‘debe ser’. Para Fuller aceptar la postura del positivismo jurídico es aceptar que preceptos de carácter moral son innecesarios para la configuración de las leyes, lo cual intenta contradecir en su teoría. En el siguiente acápite desarrollaremos de forma más minuciosa la teoría de Fuller respecto al puente que une estos dos conceptos, separados para el positivismo jurídico; y el resultado que para Fuller resulta de esa unión: La moralidad interna del derecho.

⁷ Cfr. *Summers, Lon L. Fuller*, p. 6.

⁸ Cfr. *Summers, Lon L. Fuller*, p. 7.

1.2. El concepto de derecho de Fuller.

Intentar definir el derecho ha sido uno de los problemas más importantes con los que ha tenido que lidiar la filosofía jurídica, en especial estando está dividida en tantas corrientes, cada una defendiendo su propia teoría. No es exagerado afirmar que han sido el positivismo y el iusnaturalismo las corrientes que han protagonizado los debates más importantes, no sólo porque cada una propone su propio concepto de derecho, sino porque adherirse a una u otra implica entender de manera diferente lo que es la base que nos ayuda a construir un sistema legal válido.

Para comprender la teoría de Fuller, es necesario primero comprender aquello a lo que este filósofo se oponía, ya que es partiendo de esta reacción que construye la moralidad interna del derecho, el más importante de sus aportes, muy discutido por la jurisprudencia y el objeto del presente trabajo, pero que desarrollaré ulteriormente. La relación que tiene su teoría con el derecho natural hace presumir a Fuller como un iusnaturalista. Asimismo como todos los adeptos del iusnaturalismo, reconocía como su principal opositor al positivismo jurídico, contra el cual desplegó todo su talento argumentativo por considerar que la teoría que propugnaba era insuficiente para definir el derecho.

El positivismo, representado por filósofos de la importancia de Hart, Bentham, Austin- algunos de los muchos que han defendido esta corriente-, abogaba por una concepción del derecho meramente descriptiva. A diferencia de los iusnaturalistas, a los positivistas no les interesaba preguntarse por la intención del legislador o los conceptos extrajurídicos que pueden influenciar en la creación o aplicación de la ley. Y siguiendo esta misma línea, defendieron una radical separación entre el ‘ser’ y el ‘debe ser’ llamando a la identificación de estos conceptos, ‘La peor falacia naturalista’⁹.

Fuller, por otro lado estaba interesado en la carga intencional que precede a la creación del derecho, pues según su teoría es ahí

⁹ Cfr. Portela, *El problema de la relación entre moral y Derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p. 5.

donde verdaderamente se crea un puente con los principios morales, requisitos esenciales para construir un régimen jurídico justo. La teoría profética de Holmes definía al derecho como la profecía de lo que de hecho resolverán los tribunales. Siendo así, el derecho era reducido únicamente al ámbito judicial. Fuller refuta esta teoría aduciendo que no es posible profetizar nada sino sabemos al menos cuales son las influencias que determinan lo que los tribunales resolverán en cada caso. Si queremos predecir lo que de hecho harán los tribunales hemos de preguntar qué es lo que tratan de hacer, debemos imaginar el esfuerzo intencional que requiere la creación y el mantenimiento de un sistema legal. Nos daremos cuenta que los problemas que encontramos aquí son morales por naturaleza¹⁰.

Por otro lado, para Hart tres doctrinas constituían la doctrina utilitarista¹¹ de la jurisprudencia positivista: 1) La independencia entre derecho y moral; 2) La teoría del mandato y; 3) El estudio analítico de los conceptos jurídicos del derecho. Para los fines del presente trabajo analizaremos únicamente las dos primeras.

Bentham, definía el derecho como *el mandato emanado de un soberano*, siendo el mandato la manifestación por una persona- el soberano-, del deseo de que otra realice un acto o se abstenga de él, junto con la amenaza de un castigo que sería la consecuencia probable de la desobediencia¹². Las principales críticas contra esta teoría giran en torno al hecho de que es incompleta y es que limitar al derecho dentro de los márgenes del mandato excluye conceptos como las normas que otorgan facultades a los ciudadanos o los principios morales que el soberano debería tomar en cuenta a la hora de legislar, tales como la equidad, la justicia, los derechos fundamentales que preceden a toda estructura social, e incluso el respeto de la democracia o el bien común de la sociedad.

¹⁰ Cfr. Fuller, *La moral del derecho*, p. 120-121.

¹¹ El utilitarismo jurídico es una corriente positivista propugnada por Bentham, según la cual un sistema jurídico será bueno o malo dependiendo de cuan útil pueda ser para la sociedad. El utilitarismo desarrollo la idea de felicidad como último fin, de modo que lo bueno será lo que cause placer o felicidad al hombre y lo malo aquello que le cause dolor.

¹² Hart, *El positivismo e independencia entre derecho y moral*, p. 71.

Asimismo Austin, gran amigo de Bentham y su discípulo hasta donde su propio aporte se lo permitió, sería el sistematizador de la teoría del mandato, por lo que en relación al concepto de derecho se puede trazar sin dificultad una línea de pensamiento homogénea entre Hobbes, Bentham y Austin en el mismo sentido¹³. En su obra ‘El objeto de la jurisprudencia’, Austin establece una clasificación de las leyes, con la finalidad de separar las leyes positivas de aquellas que no lo son. Así las dividió en: Leyes que son mandadas por Dios y Leyes que son mandadas por los hombres. Las primeras están subdivididas en leyes reveladas y leyes no reveladas; y las segundas en leyes ordenadas por los superiores políticos y leyes no ordenadas por estos¹⁴. Esta división, estaría inspirada en la doctrina tradicional sobre la separación entre ley natural y ley positiva, sólo que Austin negó que existiera alguna relación entre estas leyes, mandando a la primera al campo de la ética o ciencia de la deontología y a la segunda al campo del derecho. Para Austin era fundamental establecer una diferencia entre lo que el derecho es y el derecho debe ser, siendo el primero, es decir la ley positiva, el verdadero objeto del derecho¹⁵.

Por lo tanto, Bentham y Austin, abogaban por una concepción del derecho basada en el mandato de un individuo superior al resto de los individuos, que debía ser cumplido bajo amenaza de una sanción. Sin embargo podemos encontrar en la clasificación de Austin un concepto de ley natural. Para el autor las leyes mandadas por Dios, debían ser buscadas por los hombres por medio de la luz natural de la razón. Pero nunca aceptó el carácter jurídico de estas, ni nunca las dejó participar en la creación del derecho¹⁶. Lo mismo con Bentham, quien negaba la existencia de derechos anteriores al Estado, configurándose así como uno de los precursores del positivismo jurídico¹⁷.

Por su parte Fuller reconoce como un problema que en muchas teorías del derecho, el concepto de este está vinculado con la noción de una jerarquía de mando o autoridad. Para Fuller esta

¹³ Ob. cit.

¹⁴ Ob. cit. p. 6.

¹⁵ Ob. cit. p. 6-7.

¹⁶ Cfr. Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, p.56.

¹⁷ Cfr. Maino, *La ley natural en la taxonomía de las leyes de Austin*, p. 3.

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 esta actividad¹⁸.

Después de esta visión panorámica de las doctrinas positivistas, es preciso preguntarse ¿qué es el derecho para Lon Fuller? Se ha dejado en claro que Fuller no comparte la idea de que el derecho descansa meramente en la ley o en los mandatos de un soberano o en la profecía de lo que harán los tribunales, sino en la carga intencional que precede a la creación de todo sistema legal. Es así que definió al derecho como: “La empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas”¹⁹. A diferencia de las más modernas teorías de derecho esta opinión trata al derecho como una actividad y considera a un sistema legal como el resultado de un esfuerzo continuo encaminado a un fin²⁰.

Asimismo Fuller afirma que como todas las empresas, el derecho es una cuestión de grados y que su éxito o fracaso depende del mucho o poco esfuerzo humano que encaminamos a ese propósito. Por lo tanto para Fuller el derecho no se encuentra en ningún extremo, no es ni negro ni blanco, sino en cierto modo una región gris que así como puede tener zonas claras también puede tener zonas oscuras. Esta consideración no ha tenido la aceptación que le da Fuller, así lo expresa él mismo con sus propias palabras: “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”²¹.

Considerar el derecho como un esfuerzo humano, abre las puertas a muchos conceptos-tanto jurídicos como extrajurídicos-, que cumplen un papel importante en la consecución de la finalidad que persigue esta empresa. Ciertamente para lograr este propósito son importantes las leyes, pero para Fuller antes que estas, es importante el procedimiento formal que se debe respetar al momento de legislar. A este procedimiento lo bautizó con el

¹⁸ Cfr. Fuller. *La moral del derecho*, p. 124.

¹⁹ Ob. cit. p. 110.

²⁰ Ob. cit. p. 120.

²¹ Ob. cit. p. 138.

nombre de ‘‘La moralidad interna del derecho’’. Para Fuller, esta moralidad se encuentra implícita en el derecho, de modo que su ausencia trae consigo indefectiblemente la ausencia del derecho.

Fuller acepta que uno de los riesgos del concepto de derecho que propugna, es que crea una tendencia a que desaparezca la línea que separa al derecho de la moral. Al igual que el derecho, la moral persigue sujetar la conducta de los hombres al gobierno de sus normas morales y en consecuencia puede ser considerada también como un sistema²². Si es así ¿qué diferenciaría un sistema legal de uno moral? Fuller nos dice que así como existe una moral interna del derecho también existe una moral externa del mismo, la cual consiste en las dimensiones substantivas que debe tener en cuenta el legislador, el juez o el gobernante a la hora de crear o aplicar las normas, pero que son externas al derecho entendido desde un punto de vista formal, que ya está construido en base a su moralidad interna. En la dicotomía de estas dos morales se traza la línea que separa al derecho de la moral.

En la teoría de Fuller, a diferencia de los positivistas, se reconoce una unificación del derecho con la moral, pero como se explicará más adelante la moral que es aceptada por Fuller como la base de un ordenamiento jurídico justo es una moral formal, implícita al derecho mismo, mientras que la moralidad externa es una moralidad material que aunque influye en la creación del derecho, su ausencia por sí sola no desmerece la validez del mismo. Entre ambos segmentos de la moral existe una relación que puede calificarse como de afinidad natural, lo que significa que el respeto a la moralidad interna del derecho inclinará al legislador hacia la elaboración de leyes materialmente justas²³.

1.3. El debate entre Fuller y Hart

Uno de los principales contendientes de Fuller, fue el profesor Herbert Hart, gran teórico, cuyos aportes han sido muy importantes en el campo de la filosofía jurídica. Las diferencias

²² Ob. cit. p. 145.

²³ Cfr. Escudero Alday, *La moral interna del derecho como objeto de debate (respuesta a Joaquín Rodríguez-Toubes y Ricardo García Manrique)*, p. 244.

entre estos filósofos fueron muy ostensibles, cada uno se inclinaba por corrientes filosóficas distintas. Hart era un ferviente representante del positivismo jurídico, mientras que la teoría de Fuller al ser definida por él mismo como una variación del derecho natural, lo hace propenso a ser considerado como un iusnaturalista. Las teorías de ambos filósofos se enfrentaron en tres debates, que se llevaron a cabo durante un largo periodo de tiempo, y en los cuales se discutió principalmente la cuestión sobre la relación entre derecho y moral, defendiendo Hart la tajante separación de estos dos conceptos y abogando Fuller por la unificación de los mismos.

Estos debates son importantes para comprender la teoría de Fuller, pues es aquí donde este no sólo defiende la relación entre derecho y moral que niegan los positivistas, sino que encuentra en el cumplimiento de las exigencias morales la única forma de garantizar el ideal de fidelidad del derecho y de lograr construir un sistema jurídico válido.

El primer debate apareció en 1958 en la *Harvard Law Review*. “Positivism and the separation of law and morals” de Hart, abrió la discusión y Fuller respondió con su artículo “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”. El segundo asalto del debate tomó forma en dos libros: “The concept of law” de Hart en 1961 y “The Morality of law” de Fuller en 1964. El tercero y último consistió en la recensión de Hart, “The Morality of law de Fuller”, junto a la réplica de Fuller a la crítica en la segunda edición en 1969²⁴. Para los fines del presente trabajo, no haremos una descripción exhaustiva de lo que se discutió en los tres debates, sino que nos limitaremos a tocar las cuestiones que consideramos más importantes para entender el camino que tomó Fuller para llegar a *la moralidad interna del derecho*.

Estas cuestiones son las siguientes: La naturaleza de las normas fundamentales aceptadas; ¿Intersección o relación entre derecho y moral?; y por último ¿Era el régimen nazi un mal derecho o no era derecho en lo absoluto?

²⁴ Raimo Siltala, *Derecho, moral y leyes inmorales*, p. 152-153.

1.3.1. La naturaleza de las normas fundamentales aceptadas

Si bien Hart es considerado un positivista, ha dedicado gran parte de su vida como filósofo del derecho a intentar encontrar los defectos de los que adolecían muchas doctrinas de esta corriente. Una de ellas, era la teoría del mandato, como mencionamos arriba, aporte del utilitarismo jurídico y que fue desarrollada por Bentham y Austin. Para Hart esta teoría era incompleta, pero no precisamente por la ausencia de un vínculo con la moral.

Los que propugnaron la teoría del mandato, intentaron complementar la idea de la existencia de un soberano con poderes ilimitados con la idea de la sanción que traería consigo la desobediencia de sus mandatos. Para Hart agregar a un poder ilimitado el elemento de coacción se asemeja al ejemplo de un bandolero diciéndole a su víctima: ¡La bolsa o la vida! Como él mismo lo dice: ‘La única diferencia es que en el caso del ordenamiento jurídico, el bandolero interpela a un grupo numeroso de personas que están acostumbradas al pillaje y ceden habitualmente a él’²⁵.

Considerando que un ordenamiento jurídico debe estar lo más lejos posible de parecerse al ejemplo del bandolero, la teoría del mandato es considerada insuficiente para determinar los alcances del derecho. Por su parte Hart nos dice que ninguna ley puede ser válida si es que no respeta las *normas fundamentales aceptadas*, que establecen los requisitos esenciales que deben cumplirse en el procedimiento de creación de una ley. Estas normas también son útiles para determinar quién será el individuo o individuos con las potestades suficientes para legislar. Claro que no estamos hablando de reglas específicas, sino que son un símbolo que encarna la búsqueda positivista de algún criterio claro e inequívoco, de alguna línea nítida y limpia que sirva para dividir las reglas que deben su validez a su

²⁵ Hart, *El positivismo y la independencia entre moral y derecho*, p. 71.

fuente y aquellas que deben su validez a la aceptación y el atractivo intrínseco²⁶.

Una de estas normas fundamentales aceptadas, es *la norma de reconocimiento*. Esta, sería un término utilizado por Hart para referirse a los criterios que deben tener en cuenta, tanto los funcionarios, como los ciudadanos para reconocer una norma primaria o de obligación, siendo la norma de reconocimiento, una norma secundaria. Estos criterios dependen de las fuentes del derecho que predominan en un sistema jurídico y determinan la validez de una norma. Como nos dice el mismo Hart: ‘‘Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y que por lo tanto es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento’’²⁷. Por otra parte, la regla de reconocimiento tiene una textura abierta. Puede ser formulada, por ejemplo, como «lo que la reina promulga en el Parlamento es Derecho (en Inglaterra)», pero usando una definición más amplia comprende todas las fuentes del derecho reconocidas como válidas en un sistema jurídico: constitución, legislación escrita, precedentes, trabajos preparatorios, etc.²⁸.

Si se trata de una o de varias normas fundamentales, no es tan importante para Fuller como lo es la cuestión sobre la verdadera naturaleza de las mismas. Hart, nunca dijo que los criterios que ayudaban a determinar la validez de una norma podían estar relacionados de alguna manera con exigencias morales, y esta omisión era para Fuller un cabo suelto. He aquí el camino que Fuller consideraba que debió tomar el profesor Hart para que su teoría fuera completa, pero que ciertamente no tomó:

²⁶ Cfr. Fuller. *Positivismo y fidelidad del derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 645.

²⁷ Hart, *El concepto del derecho*, p. 129.

²⁸ Cfr. Ob. cit. p. 98.

''...Ahora puede plantearse por tanto la cuestión sobre la naturaleza de las normas fundamentales que proporcionan la estructura dentro de la cual la creación del derecho tiene lugar. Por un lado parecen ser reglas no de derecho, sino de moralidad. Derivan su eficacia de una aceptación general, la cual a su vez descansa en último término sobre una percepción de que son correctas y necesarias. Difícilmente puede decirse que son derecho en el sentido de un pronunciamiento autoritativo, pues su función es establecer cuándo un pronunciamiento es autoritativo''²⁹.

Si hay alguien que considera que en el proceso de creación del derecho es necesario el cumplimiento de los principios morales, ese es Fuller. La propuesta innovadora del profesor Hart, estuvo sin duda muy cerca de cumplir las expectativas de Fuller, pero la omisión por parte del primero de pronunciarse respecto a la naturaleza de estas normas fundamentales aceptadas, logró que el segundo calificara su teoría de incompleta. Es más, si estas normas excluyeran todo concepto extrajurídico, no estarían más que cometiendo el mismo error del positivismo: el de discriminar a la moral del ámbito del derecho.

Por otro lado, Fuller reconoce que puede caerse en el error de considerar que estas normas fundamentales aceptadas, pueden ser abarcadas por una Constitución. Como sucede en el Estado peruano, la Constitución es la norma suprema de nuestro sistema jurídico y establece quienes tienen las potestades para legislar y que procedimiento debe seguirse para legislar correctamente. Para Fuller sin embargo una constitución no sería por sí sola suficiente para determinar cuándo una norma es válida, sino que para ser efectiva requiere no solamente la respetuosa deferencia que mostramos hacia las regulaciones jurídicas ordinarias, sino aquella voluntariosa convergencia de esfuerzos que damos a los principios morales en los que tenemos una creencia activa³⁰.

²⁹ Fuller, *Positivismo y fidelidad del derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 641.

³⁰ Ob. cit. p. 645-646.

En conclusión, para Fuller las normas que propone Hart como esenciales para la creación del derecho, tienen una naturaleza moral, descansan en la idea de que son aceptadas por la generalidad de la sociedad porque esta las considera correctas y por lo tanto con el poder necesario para dirigir el procedimiento legislativo. Esta aceptación por parte de los ciudadanos, deriva en una predisposición de los mismos a cumplir las leyes que son creadas respetando las directrices que las normas aceptadas fundamentales impongan.

Sin embargo, aunque se puede decir que Fuller defiende la naturaleza moral de estas normas, aún falta preguntarse por los conceptos contenidos en esa moralidad. Más importante aún es preguntarnos si lo que Fuller llama moralidad realmente lo es. Pero sobre este tema hablaremos más adelante.

1.3.2. ¿Relación o intersección entre derecho y moral?

Hemos mencionado arriba que el tema principal discutido en los debates de Fuller y Hart era la relación entre derecho y moral. También que la postura que tomaba Hart al respecto no hacía más que confirmarlo como positivista, ya que es el positivismo el que rechaza cualquier concepto extrajurídico-como lo es la moral-a la hora de definir el derecho. Sin embargo, Hart parece experimentar cierto cambio respecto a esta separación, encontrando un pequeño puente entre estos dos conceptos.

El rechazo de la teoría del mandato trajo consigo a su vez el cuestionamiento de la teoría utilitarista que proponía la tajante separación entre derecho y moral. Es más, muchos teóricos aceptaron el rechazo de la segunda teoría como efecto irremediable del rechazo de la primera. Hart, por su parte considera una exageración negar la separación de los utilitaristas, pero no niega que en algún momento es posible que derecho y moral dejen de ser conceptos independientes.

Para llegar a la intersección entre derecho y moral, es necesario comprender primero la teoría del profesor Hart sobre *el problema de la zona de penumbra de las normas*. Para Hart todas las normas gozan de un núcleo de significado preestablecido, que puede aplicarse sin ningún problema a los casos a los que están dirigidos. Sin embargo, al mismo tiempo, las normas padecen de una zona de penumbra, en donde se encuentran todas las variantes de los casos ordinarios y que no pueden ser resueltas bastando el tenor literal de la norma³¹.

Asimismo, Hart considera que la zona de penumbra no se hará evidente, si es que los jueces hacen un uso exagerado del raciocinio lógico al momento de resolver los casos. El uso de la lógica ha sido una práctica común en los tribunales y parte de la idea de que si se le da un determinado significado a una norma, se derivan del mismo determinadas conclusiones que pueden aplicarse de la misma manera a casos diferentes. Esto le impide al juez encontrar las variantes de los casos, que hacen a la norma insuficiente y que revelan la necesidad de acudir a otros criterios que se encuentran fuera de la misma. El mismo Hart nos lo dice cuando afirma: ‘‘La lógica calla en lo tocante al modo de clasificar los diversos pormenores del caso y ese es el meollo de toda decisión judicial’’³². Cuando los jueces se proponen a dar soluciones inteligentes, abandonando el razonamiento deductivo es cuando es posible preguntarse ¿Cómo se solucionan los problemas de penumbra?

Hart ilustró la cuestión con un ejemplo. Una norma establece lo siguiente: ‘‘Está prohibida la entrada de vehículos en los parques’’. A simple vista no habría ningún problema, un parque es un espacio limitado no apto para autos o motocicletas, cuya presencia definitivamente causaría una ostensible molestia a las personas que se encuentran ahí. Pero ¿qué pasaría con otros aparatos que si bien pueden subsumirse dentro de la palabra vehículo no causan la misma

³¹ Cfr. Hart, *Positivismo y la independencia entre derecho y moral*, p. 78-79.

³² Ob. cit. p. 84.

molestia que los primeros? ¿Qué pasaría con las bicicletas o los monopatines? ¿Están excluidos también? Ciertamente, en una sociedad con sentido común, es difícil que se le niegue a un niño la entrada a un parque, sólo porque llegó manejando bicicleta.

Estos tipos de problemas no pueden ser resueltos valiéndonos únicamente de lo que está dispuesto en la norma. Es deber de los jueces, el desplegar su talento argumentativo, tomando en cuenta los criterios sociales que son adecuados para resolver de la mejor manera los casos que se encuentran en la zona de penumbra. Por otro lado, Hart considera que es posible que al momento de resolver este tipo de problemas, considerando que el tenor de la norma es un asidero insuficiente y que tienen que recurrir a recursos diferentes, los jueces tomen en cuenta nociones respecto a cómo debe ser el derecho. Y una vez ahí, el criterio adecuado para resolver un caso, termine siendo uno que implique una ponderación moral o la aplicación de principios morales³³.

Lo más lejos que puede llegar esta consideración es a extinguir totalmente la distinción utilitarista entre derecho y moral. Hart se mostró en contra de esta conclusión aceptando como máximo una relación contingente entre ambos conceptos, pues en su teoría aunque es posible que los jueces, al momento de hacer una remisión al debe ser, encuentren la necesidad de hacer juicios morales, no siempre será así. Hart nos dice que debemos analizar los verdaderos alcances del “debe ser”. Este, si bien responde a juicios de valor, no implica que estos siempre tendrán un carácter moral. Aunque cabe la posibilidad de que lo tengan, esto depende de muchos factores, que es necesario tener en cuenta³⁴. Tomando un ejemplo, imaginemos un régimen corrupto que persigue fines injustos, dicta normas que perjudican a los ciudadanos, que perjudican al Estado pero que son aceptadas por el legislador porque cumplen la finalidad de salvaguardar su ideología. Si pensamos en el régimen nazi y sus monstruosidades legales,

³³ ob. cit. p. 80.

³⁴ Ob. cit. p. 88-89.

que ordenaban lo que en una sociedad con una mínima base de justicia llamaríamos crímenes, estaban muy lejos de cumplir las expectativas de un derecho ideal, sin embargo sus normas cumplían la finalidad que perseguía Hitler. Era como este pensaba que ‘‘debían ser’’ las normas en su gobierno, porque las consideraba justas y acorde a su ideología.

Por lo tanto, para Hart es posible que la moral y el derecho se encuentren en determinados casos pero esto depende de cómo ‘‘deberían’’ resolverse los mismos de acuerdo a la situación en la que nos encontremos. Teniendo Hart esta concepción del ‘‘debe ser’’, criticó duramente la decisión de los tribunales alemanes, en la etapa post segunda guerra mundial, de negarle el carácter legal a las leyes nazis que ordenaban injusticias. Pues para el régimen nazi, era como debían ser sus leyes, para alcanzar la finalidad que tanto perseguía su ideología. Sin embargo, reconocer el carácter legal del sistema jurídico vigente durante el gobierno de Hitler, no le impidió a Hart afirmar que era un derecho lo suficientemente injusto como para obedecerlo.

Aunque los postulados del profesor Hart han tenido relevancia en el mundo de la filosofía jurídica, han sido objeto de muchas observaciones por parte del profesor Fuller. Si bien este está de acuerdo en que los jueces no deben recurrir a resoluciones formalistas, no lo está en cuanto a que la interpretación de las normas debe dividirse en un núcleo preestablecido y en una zona de penumbra, ya que para Fuller la interpretación debe abarcar la totalidad de la norma, no sólo una parte de ella.

Asimismo, la idea de que pueden existir estándares del debe ser que no son morales, es para Fuller como afirmar que es posible la existencia de una ‘‘moralidad inmoral’’³⁵, lo que quiere decir que la moralidad de una moral depende de los criterios del debe ser que son aceptados por una determinada sociedad y que no son precisamente universales como los

³⁵ Cfr. Fuller. *Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 637.

conceptos de justicia o equidad. Para Fuller no es posible la existencia de una moralidad inmoral, pues el debe ser es el resultado de una unificación entre derecho y moral y por lo tanto cuando nos remitimos a aquel, al momento de interpretar una norma, encontrándonos o no en una zona de penumbra, tenemos que preguntarnos por los principios morales universales que subyacen en todo ordenamiento jurídico justo.

Asimismo para Fuller, las exigencias morales no son una cuestión importante sólo cuando nos preguntamos por el derecho ideal, sino que son determinantes para que el derecho real sea considerado como tal. Es cierto que un sistema jurídico nunca será perfecto. De ahí se deriva el concepto de un derecho ideal, aquel que corresponde a las exigencias de la justicia o la moralidad o las nociones de los hombres de lo que debe ser. Pero ¿qué sucede con el derecho cómo es? O como Fuller lo llamo el *orden simpliciter*, aquel que gobierna nuestra conducta y que aunque no es perfecto es el resultado de nuestros esfuerzos humanos. ¿Es necesario que cumpla también exigencias morales? De la mano de Fuller, la respuesta es afirmativa. Pues para él, hay una moralidad implícita en todo derecho, sin la cual este no podría ser considerado como tal³⁶. Partiendo de esta perspectiva, Fuller concluye, en contra de la teoría del profesor Hart, que la moral no se vincula con el derecho únicamente al momento de resolver las zonas de penumbra o de preguntarnos como debería ser el derecho, sino a la hora de crear el derecho mismo como un orden que dirige la conducta de los ciudadanos.

Estas exigencias morales que deben cumplirse en la creación del derecho, para que este sea considerado como tal, forman parte de lo que Fuller llamó “La moralidad interna del derecho”, principios formales que como mencionamos arriba determinan la validez de un régimen jurídico y sin los cuales no podríamos lograr la finalidad del derecho: sujetar la conducta de los ciudadanos al gobierno de las normas.

³⁶ Ob. cit. p. 648.

La teoría de Fuller apunta a la conclusión de que tanto en el derecho real como en el derecho ideal es necesaria la presencia de principios morales que son los únicos que pueden definir lo que es o lo que no es justo, ahí cuando las normas son insuficientes para ese propósito. Tanto si hablamos de la moralidad que se encuentra implícita en todo derecho, como de un derecho ideal por el que nos preguntamos cuando nuestras propias normas no pueden abarcar todos los casos. De uno u otro modo, para Fuller la distinción utilitarista es errónea, defendiendo la unificación del derecho y la moral como la única forma de construir un sistema jurídico válido.

1.3.3. ¿Era el régimen nazi un derecho inocuo o no era derecho en lo absoluto?

a. Contexto histórico: El caso de los informantes

Con las cuestiones discutidas previamente, hemos dejado en claro que Hart y Fuller se decantaron por posturas diferentes respecto a la relación entre derecho y moral. Ahora que no tenemos dudas de que Hart fue un ferviente positivista y que Fuller, aunque no pueda considerarse de manera irrefutable como un iusnaturalista, al menos sabemos que la teoría que propugna contradice la que defiende el positivismo, podemos pasar a tratar una cuestión en la que los postulados de estos filósofos pueden tener una aplicación práctica.

Pero primero es necesario explicar el contexto. Nos encontramos en la época post segunda guerra mundial, el régimen nazi ha caído y junto con él la tiranía. En el proceso de restauración del Estado alemán, no sólo se evidenciaron los aberrantes crímenes cometidos contra el pueblo alemán, sino la revelación de que incluso en un régimen tan villano, la ley ha existido y peor aún, ha sido utilizada para justificar actos de injusticia. Es cuando los tribunales alemanes se plantearon la cuestión de la legalidad de las leyes nazis, especialmente cuando estas habían sido invocadas por los

ciudadanos para intereses personales, sin importarles mucho las consecuencias dañinas que causarían.

Es conocido el hecho de que el régimen nazi, incluyendo su sistema legislativo y judicial, estaba supeditado al cumplimiento de la ideología de Hitler y que cualquier acto proveniente de cualquier poder del Estado era permitido en la medida en que se adaptara a aquella. Como resultado de esa exigencia, era común que los nazis no respetaran ni sus propias normas, cuando estas atentaban contra las convicciones del Führer, rompiendo así el puente que vincula a toda norma con su correcta aplicación; o que impidieran a los jueces interpretar las normas según sus criterios de derecho, si es que estos amenazaban con menguar la imposición del partido frente a los ciudadanos.

Un ejemplo de la incoherencia del sistema normativo vigente durante el régimen nazi, es el ‘‘Caso de los informantes’’. En su intento de proteger la fuerza de su ideología, los nazis crearon muchas leyes que condenaban conductas que alentaran a los ciudadanos a cuestionar las órdenes del partido o a sus figuras más representativas o incluso al partido mismo. Una de ellas fue utilizada en 1944 por una mujer, con la finalidad de librarse de su marido. Este, un soldado alemán, quien regreso a casa temporalmente gracias a una autorización de su superior, le expresó en privado su desaprobación respecto al gobierno de Hitler. Poco después de su partida, la esposa informó de sus comentarios al líder local del partido nazi, haciendo notar que un hombre que dijera tal cosa no merecía vivir. El resultado fue un juicio al marido por parte de un tribunal militar y una sentencia de muerte. Tras un breve periodo de encarcelamiento, en vez de ser ejecutado, fue enviado al frente nuevamente³⁷. La acción del marido no estaba prevista en ninguna de las normas invocadas por la esposa, ya que estas estaban referidas a los comentarios hechos públicamente y que de algún modo alentaran a los ciudadanos

³⁷ Ob. cit. p. 259.

a la desobediencia. Pero aparentemente esta adecuación no era muy importante para los nazis.

En 1949, con la caída del régimen nazi, un tribunal de Alemania occidental condenó a la esposa del soldado por el delito de privación ilegal de la libertad personal, como consecuencia de la acusación hecha a su marido, debido a que este era un crimen punible a tenor del código penal alemán de 1871, el cual había permanecido en vigor sin solución de continuidad desde su promulgación. La defensa de la esposa consistió en argumentar que el acto por el que denunció a su marido era considerado un delito para las leyes que estaban vigentes cuando lo cometió y por lo tanto sólo estaba cumpliendo con su deber de ciudadana, entregando a un criminal a la justicia. Sin embargo los tribunales declararon inválida la ley nazi invocada por considerarla ‘contraria a la recta consciencia y al sentido de justicia de cualquier ser humano honesto’³⁸.

El argumento utilizado por los tribunales alemanes, significó cierto triunfo contra el positivismo, en el sentido en que aceptaron la posibilidad de cuestionar la legalidad de una norma cuando el contenido de esta viola principios o exigencias morales, readmitiendo el puente que vincula al derecho con la moral. Ahora, la aplicación de una ley retroactiva contra la esposa, implicaba la violación de un principio que es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de un sistema normativo. El sacrificio del principio de irretroactividad de la ley y el cuestionamiento de la validez de las leyes nazis, fueron temas desarrollados por Hart y Fuller en su debate, y aunque sus posturas siguen irreconciliables en el primero, se puede encontrar cierta afinidad en el segundo.

³⁸ Cfr. Hart, *Positivismo y la independencia entre derecho y moral*, p. 97-98.

b. La postura de Hart.

Para Hart un abismo separa a la invalidez de la inmoralidad. Se mencionó arriba que para este teórico, la moralidad no es un concepto que derive de la naturaleza racional del hombre, sino un concepto que toma tantas formas como los hombres quieran darle. De este modo podemos hablar de una moralidad social, que puede ir acorde a los principios aceptados en una determinada sociedad sin que estos impliquen precisamente respeto alguno a los principios de justicia. Como dice Hart si nos remontamos a la época de la esclavitud, nos daremos cuenta de que las normas que beneficiaban a los ciudadanos libres, perjudicaban muchas veces a los esclavos; sin que por esto alguien se atreviera a cuestionar la moralidad de las mismas. Aun cuando no se reconozca oficialmente la esclavitud, las discriminaciones en base a raza, color o creencias religiosas, pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no reconozca que todos los hombres tienen derecho a un mínimo de protección frente a los demás³⁹.

Hart no niega que la moral haya influido en la creación del derecho, pero se cuestiona que la ausencia de aquella pueda determinar la validez de este. Los principios de justicia y los valores morales son constantemente invocados cuando hablamos de un sistema jurídico e incluso es común que en la labor argumentativa de los jueces, estos recurran a criterios morales para suplir las insuficiencias de las normas. Sin embargo esto no debe modificar el hecho de que sistemas jurídicos nacionales con su estructura característica de normas primarias y secundarias han perdurado por mucho tiempo aun cuando escarnecieron estos principios de justicia⁴⁰.

Hart considera que en el caso de los informantes la aplicación de una ley retroactiva no trae como consecuencia declarar inválidas las leyes invocadas por la esposa. Esta

³⁹ Cfr. Hart. *El concepto del derecho* p. 248.

⁴⁰ Ob. cit. p. 254.

postura deriva en otra aún más polémica, cuando Hart afirma que la inocuidad de un sistema jurídico, no lo convierte en inválido si es que se ha organizado en torno a normas primarias y secundarias. En consecuencia, aunque el régimen nazi era demasiado injusto para obedecerlo, nadie puede negarle su carácter legal o jurídico. En conclusión, el régimen nazi podía llamarse derecho. Es evidente que la postura de Hart en este caso es positivista, lo que quiere decir que nuevamente toma el derecho como una ciencia descriptiva, que explica el "como es" sin preguntarse por el "como debería ser".

Para entender mejor esta cuestión Hart nos dice que el concepto de derecho puede ser entendido de dos formas. Si adoptamos el concepto más amplio, ello nos llevará, en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntas como "derecho" todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiríamos del significado de "derecho" esas reglas moralmente ofensivas.⁴¹ Claramente, Hart se adhiere al primer concepto de derecho, ya que considera que las normas iníquas también son útiles para explicar los fenómenos jurídicos.

Entonces se puede afirmar que Hart distingue entre la validez de un sistema jurídico y la obligación moral de obedecerlo. Pero esta obligación moral viene como algo externo, extrajurídico, que no implica la participación de un criterio moral en la valoración del derecho. Según Hart: "Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial

⁴¹ Ob. cit. p. 258.

pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral⁴².

Entonces para Hart, aunque el régimen nazi era válido, debido a su injusticia los ciudadanos no tenían la obligación moral de obedecerlo. Lo que nos deja con el mismo problema de los tribunales alemanes ¿qué hacer con el caso de los informantes? Siguiendo a Hart, ¿podemos liberar a la esposa de la condena por haber actuado conforme a leyes que eran válidas? Es aquí donde Hart no tiene más remedio que aceptar la aplicación de una ley penal retroactiva, pero no como resultado de declarar la invalidez del sistema jurídico nazi, sino porque entre cometer la infracción de un principio importante en la estructura legal de un Estado y dejar impune los crímenes de los informantes, eligió el primero de estos, por considerarlo el mal menor. Según sus propias palabras: “Por los menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, de que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar”⁴³.

En síntesis Hart piensa que los criterios para decidir si determinadas normas jurídicas son válidas, nunca podrán ser externos al derecho mismo. Si no mantenemos claramente la diferencia entre derecho y moral, nos enajenaríamos cualquier posibilidad de crítica moral a las leyes. Para definir el derecho, para hallar un concepto de derecho, no hay necesidad de acudir a ingredientes de moralidad. En un determinado Estado puede haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de leyes, de derecho, no depende en absoluto de tal eventualidad⁴⁴.

Por otro lado, Hart criticó duramente la teoría de Radbruch, por abandonar el positivismo del que se mostró en

⁴² Ob. cit. p. 259-260.

⁴³ Ob. cit. p. 261.

⁴⁴ Portela. *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p.3.

un principio adepto, para adherirse a una concepción perteneciente al campo del derecho natural. Durante el periodo gobernado por el partido nacionalsocialista, Radbruch se mostró como un filósofo positivista, quien sostenía que la resistencia a la ley es materia de conciencia personal, algo que debe ser resuelto por el individuo como problema moral y que la validez de una ley no puede impugnarse alegando que sus requerimientos son inmorales, ni tampoco indicando que los efectos derivados del cumplimiento de dicha ley serían peores que los de su trasgresión⁴⁵. Su idea de justicia radicaba en el estricto ceñimiento a la ley. Como dice Radbruch: ‘...no solemos hablar de un juez legalista, sino de un juez justo, puesto que todo juez atendido a la ley, es por eso y sólo por eso también al mismo tiempo, un juez justo’⁴⁶.

Después de la guerra, durante la explosión de críticas contra el positivismo, acusado de ser la principal influencia para la asunción de Hitler, Radbruch cambió radicalmente su pensamiento, negándole al régimen nazi un carácter jurídico, por considerarlo contrario a los principios de justicia. Los tribunales alemanes, encargados de procesar a los criminales de guerra del partido nacionalsocialista, condenaron a los jueces que ordenaban ejecuciones desmedidas como autores mediatos de homicidio, pues aunque intentaron justificarse aduciendo que sólo cumplían su función, según los tribunales, desdeñaron el deber de todo juez de abogar siempre por la justicia. Radbruch, en contraposición a su teoría de preguerra, se mostró de acuerdo con la decisión de los tribunales. Así lo expresa él con sus propias palabras: ‘Ningún juez puede remitirse a una ley y pronunciar sentencia sobre una ley que no sólo es injusta sino también criminal. Nos prevalecemos de los derechos humanos que se hayan por encima de todas las prescripciones escritas, sobre el inalienable e inmemorable derecho que niega validez a las órdenes delictivas de tiranos inhumanos’⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. Hart. *Positivismo y la independencia entre derecho y moral* p. 93.

⁴⁶ Cfr. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* p. 56.

⁴⁷ Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, p. 132-133.

La teoría humanista de Radbruch, trajo consigo muchas críticas, no sólo por parte de positivistas como Hart, que se escandalizaron de que su doctrina fuera acusada como la fuente principal de crímenes monstruosos, sino de teóricos que consideraban su transformación como una especie de acomodación al nuevo contexto. Nadie puede dudar de que era difícil proclamarse como positivista en la etapa post guerra, cuando los tribunales alemanes condenaban a todos aquellos que hubieran aplicado maquinalmente la ley, sin ninguna valoración de su contenido por más injusto que fuera. Asimismo, una teoría iusnaturalista era la que tenía más sentido para condenar todos los crímenes de guerra y enfrentar las denuncias de los sobrevivientes del régimen nazi, que pedían la resurrección de la justicia, después de 12 años sin justicia alguna.

c. La postura de Fuller

Fuller, a diferencia de Hart, no cuestionó la decisión de los tribunales alemanes de declarar inválidas las leyes nazis invocadas por los informantes. Su ceñimiento a la teoría de la unificación de derecho y moral, lo llevaba a negarle el carácter jurídico a cualquier norma que no respetara los principios morales que subyacen en todo sistema justo.

Como se mencionó arriba, la relación entre derecho y moral de Fuller, derivaba en una moralidad interna del derecho, implícita en el derecho, que establecía los requisitos para la construcción de un sistema normativo justo. Fuller, no sólo critica el desinterés del profesor Hart por esta moralidad, sino que se atreve a afirmar que si en el régimen nazi se hubieran cumplido estos requisitos formales hubiera sido imposible que terminara siendo lo que fue. El tratamiento que después le dio Fuller a esta moralidad, lleva a muchos teóricos a cuestionar si efectivamente la tiranía hubiera sido evitada en base a estos principios de “moralidad” o en otras palabras si esta moralidad es la verdadera esencia del Estado de derecho.

No hay dudas de que en cuanto a la legalidad del régimen nazi, las posturas de Fuller y Hart continúan irreconciliables. Para Hart la ausencia de la obligación moral de obedecerlo no deriva en la invalidez del mismo, mientras que para Fuller es todo lo contrario. Según sus propias palabras:

“El postulado fundamental del positivismo-que el derecho debe ser estrictamente separado de la moralidad-parece negar la posibilidad de cualquier puente entre la obligación de obedecer al derecho y otras obligaciones morales. Ningún principio mediador puede estimar sus respectivas exigencias a la conciencia, pues existen en mundos completamente separados”⁴⁸.

En cuanto a la trasgresión del principio de irretroactividad de la ley como solución al caso de los informantes, Fuller adopta una posición ambigua. En primer lugar explica lo que puede significar para un sistema jurídico la aplicación constante de leyes retroactivas, especialmente contra la moralidad interna del derecho. Es más, nos recuerda que los nazis promulgaron muchas leyes reparadoras con la finalidad de otorgarle legalidad a los crímenes que habían cometido con anterioridad. En efecto, en este punto se muestra de acuerdo con el profesor Hart, aunque para llegar ahí, ambos filósofos tomaron caminos distintos. Para Hart, el respeto al principio de irretroactividad de la ley, deriva de una aspiración positivista de seguridad jurídica, mientras que para Fuller, este principio es parte de la esencia de la moralidad interna del derecho.

Sin embargo, su exposición desemboca en una aceptación de la aplicación retroactiva de la ley, aunque no en base a las mismas razones a las que acudió el profesor Hart. Como explica Fuller:

⁴⁸ Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho: Una respuesta al profesor Hart*, p. 264.

“Mi razón para esta preferencia no es que esta sea la forma más cercana a la legalidad de hacer ilegal lo que una vez fue derecho. Más bien, entendería una ley tal como una forma de simbolizar un quiebre brusco con el pasado, como un medio de aislar una especie de operación de limpieza del funcionamiento normal del proceso judicial. Por medio de este aislamiento se haría posible para el poder judicial volver más rápidamente a una condición en la cual las exigencias de la moralidad jurídica pudieran ser adecuadamente respetadas. En otras palabras, haría posible planear devolver de manera más efectiva al ideal de fidelidad al derecho su significado normal”⁴⁹.

Se puede concluir que gran parte de la teoría de Fuller revela su desaprobación al positivismo jurídico y su postulado sobre la separación entre derecho y moral. Esta desaprobación lo llevó a considerar al positivismo como una de las causas principales de la asunción del régimen nazi, ya que según su teoría, si aceptamos que el derecho se limita únicamente al cumplimiento de la ley entonces nadie podría negar que las normas injustas promulgadas durante los doce años en los que Hitler se mantuvo al mando, tenían un carácter jurídico; incluso es posible que esta afirmación desemboque en el reconocimiento del régimen nazi como un Estado de Derecho y que los juicios de Núremberg no hubieran tenido sentido alguno. Para Fuller, el positivismo ha tenido un efecto distorsionador en la filosofía jurídica. Como nos dice él mismo: “...no existe frustración mayor que enfrentarse a una teoría que pretende tan solo describir, cuando no sólo describe sencillamente, sino que debe sus especiales poderes prescriptivos precisamente al hecho de que renuncia a las intenciones prescriptivas”⁵⁰.

Pero Fuller no es el único que se atrevió a criticar el positivismo. Siendo el ceñimiento estricto a las leyes nazis, lo que hizo posible los crímenes, muchos juristas no han negado la participación de las ideas positivistas en la tiranía de Hitler.

⁴⁹ Ob. cit. p. 270.

⁵⁰ Ob. cit. p. 632.

Después de la guerra, Radbruch, no sólo le dio la espalda al positivismo sino que lo criticó duramente, calificándolo como incapaz de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes⁵¹. Después de que los criminales de guerra fueran condenados, con la desaprobación mundial del régimen nazi, los intentos de redención de muchos juristas y la declaración universal de los derechos humanos, el positivismo y su postulado “la ley es la ley”, ha perdido fuerza en la mayoría de ordenamientos jurídicos, lo cuales se rigen actualmente por principios morales que en su conjunto se reducen al respeto de la dignidad del hombre como ser humano, concepto que trasciende a cualquier estructura legal.

1.4. La moralidad interna del derecho.

Fuller explica la moralidad interna del derecho partiendo de un caso hipotético. Nos cuenta la historia de Rex, un monarca que un día toma la decisión de participar en el proceso legislativo de su país sin delegar en nadie más que en él mismo la función de crear leyes. Sin embargo, sus leyes nunca dejaban satisfechos a los ciudadanos, eran confusas, era difícil determinar lo que verdaderamente ordenaban, eran secretas o eran retroactivas. Rex termina su reinado como un fracasado, sin el triunfo esperado como legislador, dejándole a su sucesor todos los defectos jurídicos de su gobierno y la inconformidad de los ciudadanos. En cada intento fallido de Rex, Fuller nos muestra una forma distinta de fracasar en la creación de un sistema jurídico, concluyendo al final que son ocho las vías que un legislador debe evitar al momento de crear leyes o dicho de otra forma, ocho los requisitos que debe respetar para no caer en la misma desgracia de Rex.

Fuller define la moralidad interna del derecho como una versión procesal del derecho natural, ya que lo importante no son los objetivos substantivos de las leyes sino la forma en que debe ser creado y administrado un sistema de leyes⁵². De esta definición podemos concluir lo siguiente: La moralidad interna del derecho es una variación del derecho natural, de hecho Fuller diferencia entre

⁵¹ Cfr. Radbruch. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, p. 134.

⁵² Fuller, *La moral del derecho*, p. 110-111.

derecho natural con fines substantivos y un derecho natural interesado en procedimientos e instituciones; y las leyes deben cumplir ciertos requisitos para ser consideradas como tales y por lo tanto poder ser aceptadas por los ciudadanos para dirigir su conducta.

1.4.1. Las desideratas que conforman la moralidad interna del derecho.

Estos requisitos, que según Fuller constituyen la moralidad interna del derecho son ocho: a) Las leyes deben ser generales b) Las leyes deben ser promulgadas, pues para que los ciudadanos las conozcan es necesario publicidad. c) No son retroactivas, son aplicadas a los comportamientos que eran malos al momento en que son vigentes. d) Deben ser claras: Los ciudadanos deben saber qué es lo que la ley permite, prohíbe o pide e) Las leyes deben ser no-contradictorias: no puede prohibir lo que otra ley permite o viceversa. f) No deben ser imposibles g) deben ser Constantes h) Debe existir una congruencia entre lo que dicen los estatutos y como los oficiales hacen cumplir esos estatutos⁵³.

La idea de la moralidad interna del derecho proviene del concepto de reciprocidad que tan presente se encuentra en la teoría de Fuller. La reciprocidad es un deber que los ciudadanos estamos obligados a cumplir, no sólo cuando somos parte de relaciones que otorgan derechos e imponen obligaciones, sino en la sociedad en general, pues sólo de esta manera es posible garantizar una convivencia pacífica. Si decido celebrar un contrato de compraventa con una persona, si tengo la expectativa de que esta me transferirá el auto que quiero comprar, no puedo defraudar las expectativas del vendedor en cuanto al pago de dicho bien. Asimismo si tengo respecto a los ciudadanos de la sociedad las expectativa de que actuaran con respeto, yo también debo cumplir las suyas actuando de la misma manera.

⁵³ Cfr. Fuller, *La moral del derecho*, p. 21.

Fuller sigue esta línea para definir su concepto de reciprocidad, pero aplicado esta vez a la relación que existe entre el gobierno y los ciudadanos. Para Fuller los ciudadanos no tienen la obligación de cumplir las expectativas del gobierno de que obedezcan las leyes, si es que el mismo no cumple las expectativas de los ciudadanos de que se emitan leyes de forma adecuada. Y la forma adecuada, es siguiendo las ocho directrices que componen la moralidad interna del derecho. Según Fuller no existe una base racional para afirmar que un hombre tiene la obligación moral de obedecer una ley que no existe, o que es mantenida en secreto, o que existe sólo después del acto, o es ininteligible o es contradicha por otra norma del mismo sistema u ordena lo imposible o cambia a cada minuto... En ciertas ocasiones la obediencia se hace tan inútil como emitir un voto que nunca será contado⁵⁴.

Finnis, comparte este concepto de reciprocidad de Fuller cuando aduce que: ‘La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines. No es sólo una técnica de administración, o un programa de control social o de ingeniería social’⁵⁵.

Nadie puede negar, que estos principios son útiles para quien tiene la ardua labor de crear leyes. Es más el mismo Hart ha aceptado la eficacia de estos principios, ya que considera que su presencia en un sistema jurídico dota a este de una cierta valoración moral positiva⁵⁶. Valoración moral

⁵⁴ Ob. cit.

⁵⁵ ‘The idea of the Rule of Law is based on the notion that a certain quality of interaction between ruler and ruled, involving reciprocity and procedural fairness, is very valuable for its own sake; it is not merely a means to other social ends, and may not lightly be sacrificed for such other ends. It is not just a management technique in a programme of social control or social engineering’. Finnis. *Natural Law and natural rights*, p. 274.

⁵⁶ Cfr. Hart, *The concept of law*, p. 156-157.

que no ha de entenderse en términos absolutos, dado que el mero respeto a dichos principios no garantiza de antemano la moralidad del derecho, pero sí produce un mínimo de justicia⁵⁷. En la misma línea Escudero Alday afirma que la moralidad interna del derecho ayuda a la organización y racionalización de la sociedad, tanto respecto a sus instituciones como a los ciudadanos que están sometidos a estas. En cuanto a las primeras, estas son creadas por normas jurídicas y para que ese proceso de creación sea válido es necesario que aquellas cumplan los requisitos de la moralidad interna del derecho. Por otro lado, si los ciudadanos no conocen el derecho aplicable a una determinada situación, y para esto resulta decisivo el respeto de la moralidad interna del derecho en la creación de normas jurídicas, no podrán saber lo que se exige de ellos, ni tampoco cual es la conducta a seguir⁵⁸.

Asimismo la moralidad interna del derecho sería un aliciente para respetar el imperio de la ley. Según Antonio Peña Freire:

‘El imperio de la ley es aquello que ocurre cuando un orden legal existe y opera, y esto sucede en el caso de que las acciones de sus miembros estén sometidas a la dirección de reglas que respetan los siguientes requerimientos: son reglas con un cierto grado de generalidad, son en su mayoría públicas, prospectivas y no sistemáticamente retroactivas, entendibles, posibles de cumplir, relativamente estables y no contradictorias y sobre todo son consistentemente aplicadas, es decir que hay congruencia entre lo que proveen las leyes y lo que es realmente requerido por las autoridades para hacer cumplir las mismas’⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Escudero Alday. *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller*, p. 316.

⁵⁸ Cfr. Escudero Alday. *La moral interna del derecho como objeto de debate (Respuesta a Joaquín Rodríguez-Toubes y Ricardo García Manrique)*, p. 235-236.

⁵⁹ Antonio Peña Freire. *Reasons for Legality: The Moral Ideal of Legality and Legal Positivism. Do Wicked Rulers Dream of Abiding by the Rule of Law?*, p. 895.

En la misma línea nos dice Murphy:

‘Para lograr la obediencia y no mera conformidad, las leyes deben ser capaces de figurar el razonamiento práctico de los ciudadanos. Sus principios del imperio de la ley, descansan en dos categorías: Los primeros especifican el carácter que deben tener las leyes para ser consideradas como normas. Por ejemplo deben ser estables, claras, públicas y futuras. La segunda categoría de principios es importante para asegurar que el mecanismo de aplicación de la ley, no desprovea a la misma de su capacidad para guiar el comportamiento. Por ejemplo las decisiones judiciales deben ir acorde a la ley. Y eso incluye otros agentes de la ley como los policías, quienes no deben constreñir a los ciudadanos a hacer algo que no está en la ley’⁶⁰

1.4.2. El carácter moral de las desideratas de Fuller.

Lo más relevante de estos requisitos, y que sin duda alguna ha abierto las puertas a innumerables críticas, es la naturaleza que Fuller le otorga a los mismos. Una naturaleza moral. Son estos principios morales, la base de todo régimen jurídico justo, la ausencia de uno de estos, no sólo desemboca en un régimen jurídico defectuoso, sino en su ausencia total.

Así estos ocho principios morales crean un vínculo entre el Derecho y la moral. Fuller dice que la existencia del derecho es una cuestión de grados, relacionada con un mayor o menor cumplimiento de su propósito, que no es otro que el de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Los elementos de la moral interna resultan imprescindibles para alcanzar tal objetivo. Entonces, al ser éstos -por lo menos para Fuller- principios morales, la existencia de más o menos Derecho en una sociedad dependerá del mayor o menor grado de cumplimiento de tales principios morales⁶¹. Asimismo nos dice Portella: ‘...Fuller asegura haber encontrado un punto de unión entre la moral y el derecho, a partir de las

⁶⁰ Collen Murphy. *Lon Fuller and the moral value of the rule of law*, p. 246-247.

⁶¹ Cfr. Escudero Alday. *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon Fuller*, p. 330.

características que deben estar presentes en las leyes, que son algo así como la columna vertebral del sistema jurídico”⁶².

Reconocer la eficacia de estos principios no es un problema, sino la naturaleza moral que Fuller les atribuye. Es difícil no sólo para los iusnaturalistas, sino también para los mismos positivistas, aceptar que son estos principios la esencia que subyace a todo sistema jurídico válido y justo, peor aún si nos planteamos la cuestión de que es ciertamente posible perseguir la injusticia, en un Estado que cumple impecablemente estos requisitos a la hora de crear sus leyes. Sobre esta cuestión giran muchas críticas, las cuales en su mayoría califican a las desideratas de Fuller como principios de legalidad, llamando a la moralidad interna del derecho, una moral procedimental.

Por otro lado consideramos necesario mencionar la distinción entre una moralidad de aspiración y una moralidad de deber. En la primera, hablamos de máximos, de los logros más elevados a que puede llegar el hombre. Consiste en el conjunto de máximos objetivos que una sociedad considera deseables y en la consecución de los cuales se atribuye un especial reconocimiento a los individuos⁶³. La segunda, en cambio, pertenece al plano de los mínimos. Son las normas básicas en ausencia de las cuales resulta imposible que exista una sociedad ordenada. En el caso de que se carezca de estos mínimos, la sociedad no puede jamás realizarse como tal⁶⁴. Fuller habla de una escala imaginaria, que empieza desde el fondo con los más obvios y esenciales deberes morales y asciende hasta los más altos logros humanos. Traza una línea en donde la presión de cumplir los deberes termina e inicia el reto de la excelencia. Esto nos lleva a la cuestión de trazar el límite debajo del cual los hombres deben ser condenados por fracasar pero tampoco pueden esperar un premio por el éxito,

⁶² Jorge Guillermo Portella. *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p.6.

⁶³ Cfr. Laporta, *Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo*, p. 239.

⁶⁴ Cfr. Jorge Guillermo Portella. *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p. 5

y arriba del cual será admirado por el éxito y como máximo causará lástima ante la falta del mismo⁶⁵.

Para Fuller la moralidad interna del derecho está condenada a ser una moral de aspiración y no de deber. Su principal atracción deber ser un sentido de la confianza y el orgullo de su artífice. Para esta consideración hay una excepción: La desiderata que ordena que las leyes deben ser publicadas para ser obedecidas es parte de la moral del deber y por lo tanto exigible. Una constitución escrita debe prescribir que ningún estatuto será derecho hasta que se le haya dado una forma específica de publicación⁶⁶.

Sin embargo, salvo el requisito de publicidad, los demás que conforman la moralidad interna del derecho son considerados por Fuller como una moral de aspiración, lo que quiere decir que el incumplimiento de los mismos no implicaría la vulneración de deber alguno, ya que constituye un ideal al que los hombres deben aspiran como fin máximo más no como mínimo. Una afirmación como esta desacredita la exigibilidad de los ocho principios en el procedimiento de creación de las leyes y el verdadero valor de la moralidad interna del derecho como la esencia de todo sistema jurídico justo.

⁶⁵ Cfr. Fuller, *La moral del derecho*, p. 22-23.

⁶⁶ Ob. cit p. 23.

CAPITULO II

LAS CRÍTICAS A LA TEORIA DE FULLER

Ahora que hemos explicado las características de la moralidad interna del derecho y su importancia en el mundo de la filosofía jurídica, podemos pasar a desarrollar aquellas cuestiones que sobre esta teoría han quedado sin resolver y que, como sucedió con el debate entre Fuller y Hart, han abierto las puertas a innumerables propuestas, en aras de intentar definir la verdadera naturaleza de este conjunto de principios y el lugar que ocupan en la empresa del Derecho.

Son muchas las cuestiones pero en el presente capítulo sólo se desarrollaran tres, no sólo porque han sido las más trabajadas por la crítica, sino porque el desarrollo de estas será muy útil para llegar a la teoría que proponemos en el capítulo tres. La primera gira alrededor de la naturaleza de estos principios, naturaleza que no sólo define la importancia de los mismos, sino que resuelve la cuestión sobre si la moralidad interna del derecho de Fuller es efectivamente una verdadera moral. La segunda vendría a ser una consecuencia de la primera cuestión. La tercera y última intentará determinar el lugar que ocupa esta moralidad en la escalera de exigibilidad de las normas.

2.1. Los principios de la moralidad interna del derecho ¿tienen un carácter moral?

La cuestión que quizás es la más importante es la que gira en torno al carácter moral que Fuller le atribuye a estos principios. Como analizamos en páginas anteriores, la palabra moral no es un mero adjetivo, sino que para el autor de la teoría, describe la

verdadera naturaleza de estos principios, a través de los cuales supuestamente se ha logrado crear un puente entre el Derecho y la moral. Sin embargo para muchos autores, los que a continuación presentaremos junto con sus correspondientes argumentos, si bien la moralidad interna del derecho es importante en la empresa del Derecho, no puede considerársele una verdadera moral.

Según Fuller, el Derecho es la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Asimismo la moralidad interna del derecho es el conjunto de requisitos que el legislador debe respetar a la hora de llevar a cabo un proceso de creación de normas. Por último el sistema jurídico es parte de la empresa del Derecho. De estas tres premisas podemos llegar a una conclusión lógica: la moralidad interna del derecho es un instrumento del legislador para lograr el propósito del Derecho, el cual es el de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Parece incuestionable la utilidad de la moralidad interna del derecho, pero la verdadera cuestión es ¿son los principios estructurales de las normas suficientes para configurar un sistema jurídico justo?

Según Murphy *the rule of law*, conocido como la prevalencia de la ley sobre cualquier otro poder, tiene un contenido moral en determinadas circunstancias y eso depende de los propósitos que el sistema legal pretenda perseguir. Cuando los objetivos del sistema son moralmente buenos, entonces el imperio de la ley es valioso en virtud de su rol de promover estos objetivos. En cambio si el sistema es inmoral, entonces el imperio de la ley no tiene valor moral o no es moralmente valioso⁶⁷. En otras palabras siempre que el contenido material de un sistema jurídico sea moral, los principios de la moralidad interna del derecho, al cumplir su función de ayudar a la construcción de este sistema, serán asimismo principios morales. En caso contrario, es decir en caso de que el sistema sea inicuo y se configure en base a injusticias contra los ciudadanos, cualquier instrumento que ayude a la consecución de este fin será inmoral. A esta misma conclusión llega Raz cuando afirma:

⁶⁷ Cfr. Murphy, *Lon Fuller and the moral value of the rule of law*, p. 246-247.

‘Un sistema legal no democrático basado en la negación de los derechos humanos, en extensa pobreza, en segregación racial, desigualdades sexuales y persecuciones religiosas, puede en principio cumplir con los requerimientos del imperio de la ley, mejor que cualquier sistema legal de la más ilustrada de las democracias. Esto no quiere decir que será mejor que esas democracias. Será un sistema legal inconmensurablemente peor, pero sobresaldrá en un punto: es conforme con el imperio de la ley’⁶⁸.

Lo que nos está diciendo Raz es que el cumplimiento del imperio de la ley, incluyendo los instrumentos que lo hacen posible, no tiene mérito por sí mismo, sino que requiere la configuración de un contenido material justo. Incluso si aceptamos que el imperio de la ley tiene un valor moral no instrumental, su valor es escaso, porque respetar el imperio de la ley muchas veces está relacionado con todo tipo de comportamientos terribles. Así, incluso si aceptamos que hay un tipo específico de reciprocidad y respeto por la autonomía subyaciendo en la relación entre oficiales y ciudadanos, esto no siempre conlleva a nada moralmente dicho⁶⁹.

Partiendo de la afirmación anterior llegamos al punto sobre las dos dimensiones de un sistema jurídico. Por un lado tenemos la dimensión formal, conformada por el conjunto de principios estructurales de las normas, los que vendrían a ser el esqueleto del sistema jurídico. Dentro de esta dimensión encontramos a la moralidad interna del derecho. Y por otro lado tenemos a la dimensión material, la cual se refiere al contenido sustantivo de las normas, el relleno que complementa y sin el cual no sería posible la dimensión formal.

⁶⁸ *‘A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies. This does not mean that it will be better than those Western democracies. It will be an immeasurably worse legal system, but it will excel in one respect: in its conformity to the rule of law’.* Raz, *The Authority of law. Essays on law and morality*, p. 211.

⁶⁹ Cfr. Murphy. *Lon Fuller and the moral value of the rule of law*, p. 250.

Estamos de acuerdo con la conclusión de Escudero Alday, según la cual:

''La moralidad interna del derecho son requisitos dirigidos a que las normas jurídicas respeten determinados aspectos o dimensiones estructurales, pero no a que introduzcan tales o cuales contenidos. Lo que significa que los elementos de la moral interna del derecho regulan determinados aspectos de carácter formal a los que las normas jurídicas deben ajustarse, pero sin entrar a dirimir cuáles sean los contenidos materiales a recoger en casa una de estas''⁷⁰.

Si la moralidad interna del derecho ocupa únicamente la dimensión formal ¿qué pasaría con la otra dimensión? ¿Es posible construir un sistema jurídico justo únicamente en base al cumplimiento de principios formales?

2.1.1. La confusión de los términos moralidad y eficacia.

La dimensión formal de un sistema jurídico por sí sola solo traería consigo la eficacia del mismo, ya que principios como la claridad o la publicidad, hacen posible que los ciudadanos sepan a qué normas están sometidos, pero no necesariamente que estas normas sean justas. Es partiendo de aquí que los críticos creen vislumbrar el error del que adolece la moralidad interna del derecho: en esta se confunde la moralidad con la eficacia. Por lo tanto el término moral se presta a equívocos, toda vez que los principios que postula Fuller no se relacionan con la equidad, la justicia y otras pautas morales. Se refieren a la efectividad y no se pueden expresar en términos de moral. Como dice Lyons: ‘‘No consideraríamos que un asesino estuviera violando unos principios morales si demostrase ser inepto e incapaz de cumplir su misión asesina’’⁷¹. En ese mismo sentido se expresaba Summers al sostener que los ocho principios de la legalidad pueden ser vistos como «máximas de eficacia jurídica», y que las máximas de este tipo no están, como tales, conceptualmente conectadas con la moralidad. Si una

⁷⁰ Escudero Alday, *Positivismo y moralidad interna del derecho*, p. 323.

⁷¹ David Lyons, *Ética y derecho*, p. 84.

persona maneja una máquina ineficazmente, el resultado es la ineficiencia, no la inmoralidad⁷².

Cuando Fuller habla de moral, se refiere a los principios que derivan de la racionalidad del hombre y que por lo tanto prevalecen sobre cualquier estructura legal. Siendo así podemos afirmar que para Fuller los principios de la moralidad interna del derecho son racionales⁷³. Pero no olvidemos que la razón tiene que ver con algo sustantivo y no con meros requisitos formales, los cuales sólo traerían consigo la eficacia más no la justicia de un sistema jurídico.

Por lo tanto ni la observancia de la moralidad interna del derecho se traduce necesariamente en justicia, ni la adhesión de la misma por parte del legislador ha de ser necesariamente moral. Si sus principios limitan las acciones del poder, no lo hacen por razones de carácter moral sino como simples condiciones que, inevitablemente ha de reunir un control social que pretenda alcanzar eficacia⁷⁴. En otras palabras la moralidad interna del derecho persigue la eficacia de un sistema jurídico más no la justicia del mismo, lo que nos lleva a concluir que el cumplimiento de la moralidad interna del derecho no evita necesariamente la injusticia y que en algunos casos puede llegar incluso a auspiciarla. Así lo explica Finnis:

“En cualquier época en que el ideal del derecho, de la legalidad y del imperio del derecho goza de una popularidad ideológica, los conspiradores contra el bien común procurarán ordinariamente obtener y retener el poder por medio de una adhesión a formas constitucionales y legales que sean escrupulosas a pesar de ser insincera, temporal y motivada tácticamente. De este modo el imperio de la ley no garantiza todos los

⁷² Cfr. Summers, *Professor Fuller on Morality and Law* p. 129.

⁷³ Cfr. Fuller, *The Morality of Law*, p. 101.

⁷⁴ Cfr. Arcos Ramírez, *Una defensa de la moral interna del derecho*, p. 45.

*aspectos del bien común y a veces no asegura ni siquiera la sustancia del bien común.*⁷⁵»

Por otro lado en la teoría de Fuller no cabe la posibilidad de que el cumplimiento de la moralidad interna del derecho vaya de la mano con un sistema jurídico injusto, ya que según el autor el cumplimiento de estos principios hará a un sistema jurídico más coherente y la coherencia tiene más afinidad con la bondad que con la maldad. Cuando los hombres son compelidos a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será generalmente acercar esas decisiones hacia la bondad, por cualesquiera estándares de bondad fundamental haya⁷⁶. El mismo Fuller ha reconocido que su propia afirmación peca de ingenua, ya que la coherencia puede ser usada para fines malvados y por lo tanto la moralidad interna del derecho puede ser usada para la consecución de los mismos. Por lo tanto la afirmación de Fuller más que ingenua sería errónea.

2.1.2. La confusión entre moralidad y actividad intencional.

Hasta ahora hemos analizado el argumento más sólido contra el carácter moral de la moralidad interna del derecho: aquel según el cual en la teoría de Fuller se confunde la moralidad con la eficacia. Pero no es el único. Tal vez no hemos olvidado al profesor Hart, aquel que protagonizó junto con Fuller el debate que explicamos en el capítulo anterior. Si bien los argumentos de Hart fueron en un principio una reacción a las críticas de Fuller, en su último libro ha mostrado un verdadero interés en analizar la teoría de su contendiente y nos ha dado nuevos aportes para intentar

⁷⁵ *“In any age in which the ideal of law, legality, and the Rule of Law enjoys an ideological popularity, conspirators against the common good will regularly seek to gain and hold power through an adherence to constitutional and legal forms which is not the less ‘scrupulous’ for being tactically motivated, insincere, and temporary. Thus, the Rule of Law does not guarantee every aspect of the common good, and sometimes it does not secure even the substance of the common good”.* Finnis, *Natural law and natural rights* pp. 274.

⁷⁶ Cfr. Fuller, *Positivismo y Fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 638.

comprender la verdadera naturaleza de la moralidad interna del derecho y encontrar el verdadero defecto del que esta adolece.

Al igual que los críticos mencionados anteriormente, Hart está de acuerdo en negarles carácter moral a los principios de la moralidad interna del derecho, al mismo tiempo que aboga por su carácter instrumental, llamándolos principios de legalidad, más que principios morales. Según Hart, la fuerza de la palabra «interna» busca acentuar el hecho de que dichas formas de excelencia jurídica o desideratas de la legalidad no derivan de principios de justicia u otras exigencias de la moralidad externa relativas a los objetivos o contenidos sustantivos del sistema jurídico, sino que son alcanzadas a través de una consideración realista de lo que es necesario para una ejecución eficiente del fin de guiar la conducta humana por medio de reglas⁷⁷.

Fuller compara la moralidad interna del derecho con las leyes naturales de la carpintería. Sin embargo, según Fuller, a diferencia de la carpintería, la empresa llamada Derecho conlleva un esfuerzo para cuya comprensión debemos entender que muchos de sus problemas característicos son morales por naturaleza⁷⁸. Hart no niega que estos principios puedan compararse con los principios de carpintería, sólo se diferencian en que los primeros, en vez de ser necesarios para la realización de actividades tales como la construcción de muebles o de instrumentos de precisión, apuntan al eficaz cumplimiento del propósito de guiar la conducta humana por medio de normas; el que como vimos es el propósito del derecho⁷⁹. Sin embargo aunque estos principios ayudan a que se realice esta labor con efectividad, no garantizan necesariamente un contenido material justo.

Siguiendo el ejemplo de Hart, para la construcción de un mueble debemos cumplir ciertos principios: las medidas y

⁷⁷ Cfr. Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. p. 347

⁷⁸ Fuller. *La moral del derecho*, p. 110.

⁷⁹ Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy* p. 347.

proporciones, el destino de cada material, etc. Pero en cuanto a la finalidad del mueble, que puede ser estafar a los compradores o venderlo de forma ilegal será una cuestión que dichos principios no podrán resolver. Lo mismo sucede con la empresa Derecho, haciendo uso de la moralidad interna del derecho podemos crear un sistema jurídico válido, el cual sabemos es una condición mínima en toda sociedad, pero los fines que persigue este sistema, que trascienden su estructura formal y que cruzan con conceptos tales como ideología, democracia o justicia no podrán ser atendidos por la moralidad interna del derecho.

Por otro lado Hart considera que el carácter moral que Fuller le atribuye a estos ocho principios se deriva de la confusión entre actividad intencional y moralidad. Al analizar en el capítulo primero la teoría de Fuller, vimos que para este el derecho era una actividad intencional y que era en ese umbral donde podíamos encontrar la conexión entre Derecho y moral. Sin embargo Hart se pregunta si no es la obsesión de Fuller por el carácter intencional del Derecho, lo que lo llevó a considerar estos principios estructurales como principios morales.

Ahora bien la mayoría de actividades tienen un propósito o una intención, pero no por eso entendemos que cualquier actividad intencionada, es decir, cualquier actividad dirigida a la consecución de algún fin, es una actividad moral. Hacerlo así supondría llegar a la conclusión de que toda actividad, por el mero hecho de perseguir un determinado propósito, sin entrar a valorar el carácter de éste, es una actividad moral. Y, esto es lo que sucedería, en opinión de Hart, si se entendieran los principios de legalidad como elementos de moralidad⁸⁰. En otras palabras aceptar el carácter moral de estos principios implicaría aceptar que el Derecho, por el simple hecho de ser intencional es una actividad moral y por lo tanto los principios que ayudan a su consecución, como la moralidad interna del derecho, también son morales.

⁸⁰ Cfr. Ob. cit. p. 350.

2.1.3. La respuesta de Fuller.

Como una forma de responder a todas las críticas, Fuller aporta un nuevo argumento para defender el carácter moral de los principios de la moralidad interna del derecho. El Derecho para Fuller no es tanto una actividad intencional como una actividad moral en sí misma. Es esta empresa basada en sujetar la conducta humana al gobierno de las normas, una empresa que encuentra su moralidad en la simple existencia del objetivo que persigue. Por lo tanto, todos aquellos instrumentos que tengan la finalidad de lograr esta empresa son morales, entre ellos la moralidad interna del derecho. Así lo dice Fuller con sus propias palabras: ‘‘Sólo si la empresa de sujetar las conductas humanas al gobierno de las normas fuera, en sí misma, un valor moral último, con independencia de cuál sea el contenido concreto de las normas, podría otorgarse carácter moral a los elementos que la hacen posible es decir a los elementos de la moral interna del Derecho’’⁸¹.

Es claro que si aceptáramos esta conclusión, tendríamos que excluir a la dimensión material o sustantiva de un sistema a la hora de preguntarnos por la justicia del mismo. Es decir que nos bastaría con lograr someter a los ciudadanos al gobierno de las normas para llamarnos un Derecho justo, sin preguntarnos por el contenido de estas normas. Nos bastaría con que las normas fueran publicadas, claras, no contradictorias, sin tomar en cuenta si promueven la segregación racial, la violación de los derechos humanos o si es que los ciudadanos aceptan someterse a dichas normas no en base a su voluntad sino en base al terror que infunde el legislador. De ser así el derecho nazi no hubiera sido criminal en lo absoluto.

Como veremos en el capítulo tercero, la moralidad interna del derecho no carece de importancia. Existe una razón por la que los principios estructurales de las normas son considerados un tipo de justicia. Ciertamente la justicia

⁸¹ Cfr. Fuller, *La moral del derecho*, p. 145.

formal es menos determinante que la justicia material, a quien cumple la función de complementar, pero aun así es una justicia. Aunque su cumplimiento no produce necesariamente un sistema jurídico justo, su incumplimiento si produce injusticia. Con los principios de la moralidad interna del derecho el ciudadano sabe a qué atenerse, garantizando en cierto modo su libre autodeterminación. Según Corsale:

‘El valor moral del rule of law descansa en la capacidad de sus exigencias formales y funcionales para garantizar que los sujetos de Derecho puedan convertir las leyes en puntos de referencia cognoscibles y confiables de cara a planificar cursos de acción. Sería esta capacidad para posibilitar la planificación del futuro o para ser una fuente de información generadora de expectativas fiables, lo que conferiría al rule of law un valor moral intrínseco. Lo que esta certeza garantiza es precisamente la protección de la libertad’⁸².

Sin embargo muchos críticos niegan la capacidad de la moralidad interna del derecho para garantizar la autodeterminación personal. Según Raz para que dicha capacidad se convierta en algo moralmente valioso no basta que concurra la condición de que el ciudadano goce de independencia, esto es, que pueda tomar decisiones libremente, sin constricciones externas, ni que goce de más de una opción a la hora de actuar, sino que también es condición necesaria que éste disponga de una adecuada gama de opciones relevantes o significativas⁸³. Y como dice Kramer para saber si el Derecho pone a disposición de los sujetos esa gama valiosa de opciones, no puede tomarse como referencia únicamente su forma sino que, inevitablemente, ha de atenderse al contenido de las leyes, es decir la dimensión material de un sistema jurídico⁸⁴.

⁸² Corsale M. *Certeza del diritto e crisi de legittimitá*. p. 11.

⁸³ Raz, *The Morality of freedom*, 372-378.

⁸⁴ Cfr. Kramer. *Scrupulousness without Scruples. A Critique of Lon Fuller and His Defenders*. p. 246.

En el siguiente apartado nos dedicaremos a desarrollar la importancia de la dimensión material de un sistema jurídico, no sólo como complemento de la dimensión formal, sino como la dimensión en donde podemos juzgar la moralidad o inmoralidad de ese sistema, ya que si bien las estructuras formales de las normas garantizan un mínimo de justicia, no son suficientes para hablar de justicia en el sentido completo de la palabra.

2.2. ¿Es suficiente la moralidad interna del derecho para garantizar un sistema jurídico justo?

2.2.1. Las dos dimensiones de la moralidad de Fuller

Como mencionamos en el capítulo primero Fuller no circunscribió el concepto de moral a los principios de la moralidad interna del derecho. Esta como sabemos en cuanto moralidad procedimental está referida al propósito del Derecho y no ha de traspasar este umbral. Y así no se encontrarán en ella, advierte Fuller, referencias a contenidos materiales o superiores sino simplemente aspectos formales, vinculados directamente con esta labor de creación y aplicación de normas jurídicas tendente a alcanzar el propósito del Derecho⁸⁵. Por otro lado para estos aspectos materiales, Fuller reconoció la existencia de una moralidad externa, aquella que guarda relación con los fines u objetivos concretos que puedan llegar a perseguirse en cada sistema jurídico, pero no con el propósito intrínseco del mismo⁸⁶. En el caso de que se pretenda realizar un juicio de moralidad acerca de tales fines no podrá utilizarse como baremo la moral interna del Derecho, sino que, por el contrario, habrá que acudir a los criterios de la moral externa del Derecho⁸⁷.

Como podemos ver las dos dimensiones de la moralidad de Fuller son equivalentes a las dos dimensiones

⁸⁵ Cfr. Fuller, *La moral del derecho*, p. 21-22.

⁸⁶ Cfr. Fuller, *Positivismo y fidelidad al Derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 650.

⁸⁷ Cfr. Escudero Alday, *Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*, p. 302-303.

de un sistema jurídico. Siendo la moral interna del derecho la dimensión formal y la moral externa la dimensión material. Asimismo, según el autor, entre ambos segmentos de la moral existe una relación que puede calificarse como de afinidad natural, lo que significa que el respeto a la moral interna inclinará al legislador hacia la elaboración de leyes materialmente justas⁸⁸. A simple vista parece que Fuller acepta que los principios formales necesitan complementarse con principios materiales, pero si analizamos su teoría nos daremos cuenta de que no es así. Lo que el autor quiere decir es que el cumplimiento de la moralidad interna del derecho, logra por sí sola que las leyes sean materialmente justas. En otras palabras, para Fuller el contenido material de un sistema jurídico está asegurado por el contenido formal.

Entendemos que la afirmación anterior puede parecer un poco descabellada, pero lo cierto es que nos regresa al problema que planteamos en el acápite anterior: que la moralidad interna del derecho circunscribe la validez de un sistema jurídico a los principios procedimentales de las normas. Y cuando Fuller habla de un aspecto material lo hace como si fuera una consecuencia del cumplimiento de dicha moralidad y no como algo necesario para configurar un sistema jurídico justo.

2.2.2. El verdadero papel de la moralidad externa del derecho.

Los críticos de Fuller no sólo han intentado determinar la correcta naturaleza de los principios de la moralidad interna del derecho, cambiando su supuesta naturaleza moral por una procedimental o instrumental, sino que sus argumentos también han estado dirigidos a definir el importante papel que cumple la moralidad externa del derecho o dimensión material en la construcción de un sistema jurídico válido.

⁸⁸ Cfr. Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart*, p. 650.

Para la crítica, la moralidad externa no es una consecuencia de la moralidad interna, sino el conjunto de principios determinantes para configurar la justicia de nuestro sistema. De entenderlo así, la moralidad interna perdería la importancia que le atribuye Fuller, para convertirse en la justicia formal, la que garantiza un mínimo de justicia para los ciudadanos, pero aquella que por sí sola no puede lograr la validez de un sistema jurídico. Según Escudero Alday: “La preocupación por alcanzar el mayor grado posible de justicia formal en el funcionamiento del derecho, no puede sustituir sino más bien servir de complemento a la búsqueda de un criterio material que resulte en sí mismo, lo más justo posible”⁸⁹. En otras palabras, los principios formales son el complemento de los principios materiales y son aquellos los que están supeditados a estos y no viceversa. Las normas con un contenido material moralmente inaceptable son injustas y no son redimidas de su inmoralidad si han cumplido impecablemente los requisitos formales⁹⁰.

Por lo tanto siguiendo a Arcos Ramírez, concluimos que:

“La moralidad interna del derecho por sí sola sería insuficiente y en ciertas ocasiones, innecesaria para predicar la moralidad, ya que la atribución a una norma o decisión de dicha cualidad sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de la misma. Y lo cierto es que la moral interna, si bien ofrece razones para proporcionar dimensiones formales de justicia, permanece al margen de la búsqueda de un criterio material de justicia. Parecería que las funciones morales desempeñadas por los principios de la moralidad interna del derecho, terminarían perdiendo dicha condición al ser superadas y anuladas por la inmoralidad de los contenidos del sistema jurídico. La moralidad o no de la moral interna del derecho solo podría establecerse a posteriori, una vez constatado que las leyes no son inicuas”⁹¹.

⁸⁹ Escudero Alday, *La moralidad interna del derecho como objeto de debate*, p. 247

⁹⁰ Ob. cit.

⁹¹ Cfr. Arcos Ramírez, *Una defensa a la moral interna del derecho*, p. 44-45.

Asimismo, como el cumplimiento de la moralidad interna no garantiza necesariamente la justicia de un sistema jurídico, su incumplimiento no trae necesariamente como consecuencia la injusticia del mismo, ya que la violación per se de estos principios no se traduce siempre en actividades o conductas calificables de inmorales. Para entender mejor esta cuestión tomaremos prestada la ejemplificación del profesor Escudero Alday: Imaginemos un sujeto con la potestad de crear normas jurídicas. Al momento de ejercer esta potestad viola alguno de los principios de la moral interna del Derecho, pero aun así no provoca consecuencias desfavorables para los sujetos a quienes tales normas van destinadas, es decir el contenido de las normas jurídicas no es materialmente inmoral, porque no consagran injusticias tales como la discriminación por razón de raza o sexo o la violación de los derechos humanos, etc.⁹² ¿Podríamos entonces decir que la actuación de este legislador debe ser tachada de inmoral sólo porque no ha respetado el contenido formal de las normas?

Por otro lado imaginemos a un sujeto con potestad normativa que sí lleva a cabo su labor de creación o aplicación de normas respetando al conjunto de elementos de la moral interna del Derecho. Pero este sujeto pretende imponer mediante sus normas las discriminaciones más aberrantes que puedan concebirse. Y para que su empresa sea susceptible de alcanzar un cierto grado de éxito, se sirve de los elementos de la moral interna del Derecho, puesto que ha podido constatar que a lo largo de la historia los regímenes que han respetado tal catálogo de elementos tienen una duración temporal mucho mayor que los que no lo han hecho⁹³. ¿Cabe afirmar que el sujeto se ha comportado moralmente por mucho que haya respetado los elementos de la moral interna del Derecho?

⁹² Cfr. Escudero Alday, *Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*, p. 325-326.

⁹³ Ob. cit.

De la mano de la crítica podemos decir que la respuesta a estas dos cuestiones es negativa. Es posible incumplir uno de los elementos de la moralidad interna del derecho, sin que por eso el sistema sea considerado inmoral. Pensemos en el principio de irretroactividad de la ley, para Fuller las normas no pueden ser retroactivas porque eso implicaría una seria afectación a la seguridad jurídica. Pero no creo equivocarme al afirmar que muchos sistemas, incluyendo el peruano, hacen una excepción a este principio y aplican las leyes de forma retroactiva, especialmente en la legislación penal, cuando aplicamos una ley a un caso anterior a su publicación porque favorece al reo. No por hacerlo estos sistemas son inmorales.

Asimismo, aquellos sistemas que han respetado uno o todos los principios de la moralidad interna del derecho, no quedan exentos de ser enjuiciados por el contenido material de sus normas. Pensemos en el régimen nazi. Dentro de este era una necesidad que muchas de sus normas fueran publicadas, especialmente las que tenían que ver con la segregación racial y la extinción de los derechos civiles de los judíos. Al cumplir este requisito ¿el sistema jurídico nazi se ganaba el mérito de ser considerado justo, sin analizar el contenido de las normas o los fines que perseguía? Después de la larga cadena de argumentos que hemos analizado hasta ahora es claro que la respuesta es negativa.

2.3. ¿Es la moralidad interna del derecho una moral de deber o una moral de aspiración?

2.3.1. La moralidad como un deber y como una aspiración.

Como vimos en el capítulo anterior Fuller también divide la moral en base a su grado de exigibilidad, dando lugar a la dicotomía de la moral del deber y la moral de aspiración. Habíamos explicado que la primera representa el conjunto de condiciones mínimas que debe cumplir una sociedad para vivir de forma pacífica y justa; mientras que la segunda está conformada por el conjunto de ideales que una

sociedad aspira para lograr la excelencia jurídica. Siendo así el incumplimiento de la primera es recriminable como no lo es el incumplimiento de la segunda.

Según Tucker esta división de la moral es parecida a la empleada por otros autores en su intento de hacer la distinción entre moral y ética. La moral vendría a describir los estándares que actualmente siguen los seres humanos en un tiempo y lugar particular, mientras que la ética es utilizada para connotar una norma deseada de conducta humana, independiente de cualquier consideración o cualquier reciente actividad humana. La moral de aspiración sería parecida al concepto de ética, mientras que la moral del deber parecida al término moral⁹⁴.

Asimismo Fuller propone el concepto de *escala moral*, mediante la cual se establecen los criterios que nos ayudan a saber cuándo nos encontramos en uno u otro ámbito, es decir cuándo nos encontramos en el umbral de la moral del deber y cuando en el de la moral de aspiración. Así nos pide que imaginemos una escalera, en cuyo punto más bajo se encuentra las condiciones mínimas para la supervivencia de una sociedad. A medida que vamos subiendo los peldaños vamos abandonando estas exigencias mínimas para encontrarnos con las aspiraciones o ideales que conllevan la perfección de una sociedad. En algún punto de esta escalera se traza una línea divisoria que separa ambos ámbitos⁹⁵. Y es esa línea para Fuller la cuestión más difícil de resolver, pues colocarla en un punto demasiado elevado de la escala puede suponer un predominio del deber allí donde no es necesario para asegurar el éxito de la convivencia social, asfixiando así el campo de la libre acción humana. Asimismo, rebajar considerablemente la escala del deber supondría dejar al arbitrio de los ideales de los sujetos el cumplimiento o no de ciertas normas que por su importancia, podrían resultar vitales para aquella convivencia⁹⁶.

⁹⁴ Tucker. *The Morality of law by Lon Fuller* p. 271.

⁹⁵ Cfr. Fuller, *La moral del derecho* p. 9-10.

⁹⁶ Ob. cit. p 42-43.

Fuller también explica que existe una relación importante entre la moral del deber y el Derecho, dado que el cumplimiento de los deberes morales puede garantizarse a través de normas jurídicas. No existe esa relación con la moral de aspiración, ya que las normas no pueden utilizarse para constreñir a los ciudadanos a lograr su perfección⁹⁷. En otras palabras, para que los ciudadanos puedan conocer los deberes a los que deben someterse, es necesario el uso de un instrumento que pueda transmitir el mensaje, es decir las normas jurídicas. Los ideales por otro lado forman parte del criterio de la sociedad pero únicamente a la hora de juzgar la excelencia de un sistema, no cuando nos preguntamos por las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos vivamos de forma pacífica y ordenada.

2.3.2. La propuesta de Fuller

Ahora quizás la cuestión más importante sería preguntarnos en cuál de estos dos ámbitos se encuentra la moralidad interna del derecho. La conclusión a la que llega Fuller nos puede parecer un poco sorprendente después de la importancia que le ha otorgado a esta moralidad. Para Fuller la moralidad interna del derecho está condenada a permanecer en el ámbito de la moral de aspiración. Y para eso ofrece dos argumentos. Según el primero los elementos de la moral interna del Derecho, al igual que las aspiraciones morales, requieren conductas positivas y no meras abstenciones por parte de los sujetos afectados. Requisitos como la claridad o la congruencia apelan a comportamientos positivos por parte del legislador.

Según el segundo los elementos de la moralidad interna del derecho son difíciles de formalizar en normas jurídicas, porque para Fuller estos elementos se encuentran implícitos en un sistema jurídico y es función del legislador identificarlos cuando sean requeridos⁹⁸. Sin profundizar en la cuestión sobre el lugar que ocupan los elementos de la

⁹⁷ Ob. cit.

⁹⁸ Ob. cit.

moralidad interna del derecho en un sistema jurídico – tema que desarrollaremos en el capítulo tres – nos vemos en la necesidad de decir que no tiene sentido afirmar que estos principios forman parte de una moral de aspiración, después de abogar por una estrecha relación entre el Derecho y la moral del deber. Ya que sabemos que la moralidad interna del derecho es un instrumento para lograr el objetivo que persigue el derecho: el de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Y por lo tanto constituye el conjunto de requisitos mínimos para lograr una convivencia pacífica en la sociedad. Si la validez de un sistema está supeditada a esta moralidad ¿Por qué sus principios tienen que ser aspiraciones que no obliguen jurídicamente al legislador?

Asimismo nos dice Fuller que si se admite que los elementos de la moralidad interna del derecho son deberes que deben ser recogidos en normas jurídicas, aún debemos cumplir la ardua labor de definir el punto en el que se viola ese deber⁹⁹. Así lo explica el autor cuando se refiere al requisito de claridad de las normas:

*‘La sujeción de la claridad a una medida cuantitativa presenta obvias dificultades. Podemos contentarnos con decir que el legislador tiene al menos el deber moral de intentar ser claro. Pero esto sólo pospone la dificultad, porque en algunas situaciones nada puede ser más desconcertante que intentar medir cuán vigorosamente intentó un hombre hacer lo que no pudo hacer’*¹⁰⁰.

En otras palabras Fuller nos está diciendo que la dificultad para determinar la trasgresión de esos deberes exime a un sistema jurídico de la obligación de reconocerlos como tales. Es claro que todos los deberes recogidos por las normas presentan un grado de dificultad a la hora de preguntarnos cuándo son o no trasgredidos. Pero eso no los convierte en ideales. La labor de la correcta aplicación e interpretación de las leyes es parte importante de un sistema.

⁹⁹ Ob. cit.

¹⁰⁰ Ob. cit.

La teoría de Fuller concluye que los elementos de la moralidad interna del derecho carecen de la exigibilidad de los deberes morales y son considerados ideales de excelencia jurídica que la sociedad aspira a alcanzar pero cuyo incumplimiento no trae consigo ninguna injusticia. Sin embargo para esta conclusión existe una excepción, esgrimida por el propio Fuller. Se refiere al elemento de la publicidad de las normas. Este no sería un ideal como sucede con los otros siete elementos que conforman la moralidad interna del derecho, sino un deber moral que destaca porque obliga al legislador y porque su cumplimiento es necesario en el proceso de creación de normas y en la valoración de un sistema. Así lo explica Fuller:

“Si los tribunales o cualesquiera órganos dotados de la competencia necesaria para establecer los criterios de validez normativa, tienen potestad para efectuar la disposición de la obligatoriedad de la publicidad de las normas, puede hablarse de un requisito jurídico para la creación del derecho. Incluso, un deber moral con respecto a la publicación es fácilmente imaginable”.¹⁰¹.

Por lo tanto según Fuller, si el legislador comete un error en la publicación de las leyes viola propiamente la moral del deber, y es sólo entonces cuando el Derecho pierde su validez y deja de ser Derecho. Si el requisito de la publicación no es violado el resultado puede ser algo que no alcanza al orgullo de su artífice o un Derecho perfectamente bien estatuido pero en cualquier caso es un Derecho válido. Los siete requisitos restantes no son más que medios para la legalidad perfecta o perfección en la legalidad¹⁰².

2.3.3. La respuesta de la crítica.

Ahora que hemos explicado la teoría de Fuller podemos pasar a desarrollar la opinión de la crítica al respecto. Para los críticos la conclusión a la que llega Fuller respecto a la moralidad interna del derecho no es muy coherente con sus

¹⁰¹ Ob. cit.

¹⁰² Raimo Siltala. Derecho, moral y leyes inmorales. p. 159-160.

anteriores argumentos. Recordemos que además de otorgarle un carácter moral a los ocho principios, se defendió la importancia que tienen estos en la construcción de un sistema jurídico justo. Cuando analizábamos el caso de Rex y su fracaso como legislador, concluimos de la mano de Fuller que el incumplimiento de los requisitos de la moralidad interna del Derecho fue la causa de que el reino de Rex nunca pudiera gozar de normas aceptables para los ciudadanos. Si estos requisitos son capaces de definir el fracaso o el éxito de un sistema jurídico ¿Cómo pueden ser considerados meros ideales morales? No olvidemos que los ideales no son exigibles y su incumplimiento no trae consigo más que un remordimiento por no haber alcanzado la perfección.

Como podemos ver la conclusión a la que tenía que llegar Fuller y que es coherente con sus argumentos era que los ocho principios de la moralidad interna del derecho son deberes morales, importantes en el proceso de creación normativa, y por lo tanto susceptibles de ser recogidos en normas jurídicas capaces de constreñir al legislador a cumplirlos. Como nos dice Laporta:

‘De la teoría de Fuller podemos concluir que los principios de la moral interna del derecho, constituyen un conjunto de componentes que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora, entonces corre el peligro de perder su propia identidad, es decir, corre el riesgo de dejar de ser una empresa cuyo propósito es la de someter la conducta humana al gobierno de las normas’,¹⁰³.

En otras palabras estos principios no deben ser sólo una aspiración sino un deber del legislador de dictar las normas de esta manera, ya que de lo contrario no estaremos en presencia de un sistema jurídico construido racionalmente¹⁰⁴. Por lo tanto de que estos principios sean considerados deberes morales depende su exigibilidad y el lugar que Fuller pretende atribuirles en un ordenamiento jurídico. Los ideales

¹⁰³ Francisco Laporta. *Ética y Derecho*, p. 239.

¹⁰⁴ Cfr. Jorge Guillermo Portela. *El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica*, p. 5.

morales no son parte del sistema, lo son cuando las contingencias de la sociedad los obligan a convertirse en deberes y por lo tanto a ser exigibles para los ciudadanos.

Según Escudero Alday:

“De aceptar la conclusión de Fuller el incumplimiento de los elementos de la moral interna del Derecho por parte del legislador no acarrearía consecuencias negativas para la existencia de un sistema jurídico sino como mucho para su aspiración a ser un buen sistema jurídico. Entonces, como los elementos de la moral interna del Derecho, salvo la excepción del principio de publicidad, no son sino meras aspiraciones o ideales morales hacia los que un sistema jurídico puede tender para alcanzar elevadas cotas de perfección, su incumplimiento no supone el desconocimiento de deberes básicos para la ordenación y mantenimiento de la vida social”¹⁰⁵.

Fuller nos dice que existe una vinculación entre la moral del deber y el Derecho, en cuanto la primera constituye el conjunto de condiciones mínimas que deben cumplirse para que se configure un sistema jurídico válido y por lo tanto deben ser recogidas formalmente. Asimismo Fuller afirma que la moralidad interna del derecho tiene esta cualidad, ya que las ocho desideratas son el conjunto de principios cuyo cumplimiento es necesario para que un sistema jurídico funcione correctamente. Entonces la moralidad interna del derecho es una moral de deber.

Sin embargo Fuller no nos ayuda a llegar a esta conclusión al afirmar que la moralidad interna del derecho, salvo el principio de publicidad, es una moralidad de aspiración. Cuando hablamos de Rex y su fracaso como legislador, dijimos que este se dio por la infracción de las ocho desideratas, no solo la de publicidad. Lo que quiere decir que no son meros ideales morales, sino condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico, que se

¹⁰⁵ Cfr. Escudero Alday, *Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*, p. 356.

articulan a través de normas jurídicas expresas, y que por ello gozan de pleno carácter jurídico. Cabe entonces afirmar que se trata de normas que establecen deberes a los sujetos competentes para crear y aplicar normas jurídicas.

Asimismo estos deberes no solo consisten en conductas positivas como la obligación de publicar las normas del sistema o someter las acciones de los oficiales a lo dispuesto en esas normas; sino que también en conductas negativas como abstenerse de exigir cosas imposibles o de crear normas contradictorias con otras del sistema¹⁰⁶. Como podemos ver el contenido de estos ocho principios puede implicar un comportamiento tanto positivo como negativo. El legislador tiene la obligación positiva de exigir conductas posibles, así como la obligación negativa de no pedir conductas imposibles. Asimismo tiene la obligación positiva de publicar las normas, así como la obligación negativa de no crear normas secretas y que no estén a disposición de los ciudadanos. Si nos atenemos a este argumento podemos ver que no tiene mucho sentido la afirmación de Fuller de que los elementos de la moralidad interna del derecho son ideales porque implican comportamientos positivos. Porque en cierta forma también implican la omisión de ciertos comportamientos dañinos para la sociedad.

En conclusión, siguiendo los argumentos de la crítica, la moralidad interna del derecho estaría conformada no por principios morales, sino por principios instrumentales o procedimentales que forman parte de la dimensión formal de un sistema jurídico. Y como sucede con las estructuras formales, vendrían a garantizar la justicia formal, que es una parte mínima de todo el universo que representa la justicia propiamente dicha. Asimismo estos principios no serían meras aspiraciones o ideales, sino deberes jurídicos que obligan al legislador. Partiendo de esta conclusión podemos ceñirnos a la propuesta de Hart y llamar a estas desideratas principios de legalidad.

¹⁰⁶ Ob. cit. p. 357.

CAPITULO III

EL VERDADERO PAPEL QUE CUMPLE LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO EN UN ORDENAMIENTO JURÍDICO

Ahora que hemos analizado la opinión de la crítica, podemos pasar a desarrollar la postura que adoptamos respecto a la teoría de Fuller. En el presente capítulo dividiremos nuestra postura en tres aspectos, empezando por la naturaleza que le atribuimos a los principios de la moralidad interna del derecho, seguida del lugar que ocupan estos en un ordenamiento jurídico y terminando con el papel que cumplen en la configuración de la justicia formal, la que como vimos en el capítulo anterior, aunque sólo sea un complemento de la justicia material, no por eso carece de importancia.

3.1. Los principios de la moralidad interna del derecho como principios de legalidad

3.1.1. La naturaleza instrumental de la moralidad interna del derecho

Como vimos en el capítulo anterior, Fuller le atribuye a estos principios un carácter moral, basándose en el hecho de que el cumplimiento de los mismos en el proceso de creación de normas, garantiza la justicia de un sistema jurídico. Asimismo el cumplimiento de esta moralidad interna del derecho inclinaría por sí mismo al legislador al cumplimiento de la moralidad externa del derecho.

Por nuestra parte nos inclinamos por la postura de que estos principios no pueden ser considerados morales, por el simple hecho de que la moralidad de Fuller no es una verdadera moral. La moralidad interna del derecho constituye una parte mínima del universo de la moral, aquella que deriva del cumplimiento de las estructuras formales o justicia formal. En otras palabras la moralidad interna del derecho es un parte de la moral más no la moral en su totalidad. Para configurar esta es necesario la configuración de una justicia material, es decir que los contenidos de las normas y los fines que persiguen puedan ser considerados morales. Por lo tanto, de la mano de Hart podemos llamar a estas ocho desideratas principios de legalidad; y a la moral de Fuller, una moral instrumental o procedimental, conformada por los requisitos que es necesario tener en cuenta a la hora de construir el esqueleto de un sistema jurídico y que garantiza la justicia formal, pero manteniéndose exenta de cumplir algún papel en el contenido de estas normas, es decir en la justicia material. Estos principios garantizarían la eficacia de un sistema jurídico, ya que su cumplimiento permite que los ciudadanos puedan gozar de normas bien hechas desde un punto de vista formal. Pero la eficacia representa un mínimo de justicia, no la justicia total.

De la mano de nuestra postura podemos aceptar que es posible la existencia de sistemas que cumplen impecablemente estos requisitos sin ser considerados sistemas morales, o que incumplan los mismos sin ser considerados sistemas inmorales. Lo máximo que puede suceder en el primer caso es que se configure una justicia formal y en el segundo que se infrinja la misma, la cual aunque sabemos que es importante, no es determinante para calificar la injusticia o justicia de un sistema. Para eso es necesario analizar el contenido de las normas.

3.1.2. Los ocho requisitos para garantizar la justicia formal de un sistema.

Ahora que hemos definido la naturaleza instrumental de estos principios podemos analizar cada uno de ellos, en aras de demostrar su importancia en un sistema jurídico. Pero primero recordemos la lista de Fuller. Según el autor, para que las normas puedan cumplir la función de sujetar la conducta de los ciudadanos a su imperio, el cual sabemos es el objetivo de la empresa Derecho, deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Deben ser generales.
- b) Deben ser publicadas.
- c) Deben ser claras.
- d) No deben contradecirse entre ellas.
- e) Deben ser prospectivas o no retroactivas.
- f) Debe existir una congruencia entre las normas y su aplicación.
- g) Deben ser posibles.
- h) Deben ser estables¹⁰⁷.

a. Generalidad

El principio de generalidad como lo conocemos tiene un doble alcance: tanto respecto al supuesto de hecho que recogen las normas como a los ciudadanos a los que están dirigidas las mismas. En el primer caso la generalidad se refiere a que las normas recogen pautas generales, que aunque son incapaces de abarcar todas las situaciones habidas y por haber, al menos crean parámetros de conducta que sirven de guía para los ciudadanos. En el segundo caso, la generalidad se refiere a que las normas van dirigidas a todos los ciudadanos en general. Ahora, el principio de generalidad tiene sus excepciones, ya que nada impide que el legislador promulgue normas sectoriales, que tengan el mismo doble alcance de las normas generales, es decir que estén dirigidos tanto a supuestos de hecho específicos como a ciudadanos

¹⁰⁷ Fuller, *La moral del derecho*. p. 21.

específicos; sin que esto implique discriminación alguna. Así lo dice el artículo 103º: ‘‘Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas’’. Por ejemplo las leyes mineras que regulan las concesiones que el Estado realiza a favor de determinados sujetos para la extracción de minerales en territorio nacional. Por otro, según Hart, estas normas sectoriales cumplen la función de complementar las normas generales y por esa razón no afectan el principio de generalidad¹⁰⁸.

Asimismo el principio de generalidad va de la mano del principio de igualdad. Pero la igualdad no implica que los ciudadanos sean tratados de la misma manera, sino que para el Estado son iguales en lo que son iguales y diferentes en lo que son diferentes. Un ejemplo claro para esto es la legislación tributaria, es claro que los impuestos son generales, pero siempre y cuando se configure el supuesto de hecho de los mismos, el cual depende a su vez de la capacidad contributiva de cada ciudadano. En ese caso las normas que imponen impuestos son generales para todos los ciudadanos que configuren el supuesto de hecho de esas normas.

b. Publicidad

El segundo requisito para la validez de un sistema jurídico descansa en la obligación del legislador de hacer conocidas las normas para los ciudadanos. En otras palabras las normas deben ser publicadas a través de instrumentos que estén a disposición de los ciudadanos, como diarios oficiales del país, o adaptándonos a los tiempos modernos, en cualquier portal web del Estado.

Ahora, me parece prudente hacer una aclaración respecto a la diferencia entre los términos publicación y promulgación. A lo largo de nuestra investigación, especialmente en el desarrollo de las críticas a la teoría de

¹⁰⁸ Cfr. Hart, *El concepto de derecho* p 26-27.

Fuller, nos encontramos con el hecho de que muchos autores, usan la palabra promulgación a la hora de referirse al requisito de publicidad de las normas. Si analizamos la teoría de Fuller nos daremos cuenta de que el autor habla de publicidad no de promulgación. Así lo dice cuando habla de las ocho formas en las que un legislador puede fracasar en su labor legislativa, en el contexto del famoso Rex: “Un fracaso en la publicación o al menos en hacer disponibles para la parte afectada, las reglas que espera observar”¹⁰⁹.

Entiendo que para el idioma español la palabra promulgar equivale a la publicación de un documento. Pero en el lenguaje jurídico estos términos difieren el uno del otro. Por promulgación entendemos el acto por el cual el Jefe de Estado o Presidente de la República –o el funcionario que designe la constitución de un determinado país – declara oficialmente la existencia de una ley y la hace ejecutiva. Por otro lado, la publicación es el acto por el cual se hacen públicos una ley, un acto administrativo o una resolución judicial.

En otras palabras, con la publicación, la ley sale de la esfera del legislador para ponerse a disposición de los ciudadanos. Por lo tanto podemos decir que no basta con que se promulguen las normas, sino que es necesario publicarlas. Poniendo un ejemplo, situémonos nuevamente en el escenario del régimen nazi, donde muchas de sus normas eran secretas. Habíamos dicho que para los nazis era necesario el principio de publicidad, pues sólo de esa forma el pueblo alemán podría cooperar en el cumplimiento de la ideología de Hitler. Pero no siempre fue así. Cuando se trataban de normas que autorizaban la ejecución de militares que eran considerados traidores o un centenar de judíos, estas leyes no cruzaban las puertas de las oficinas administrativas. Estas normas eran sin duda promulgadas, pero eso no implicaba que fueran de conocimiento de los ciudadanos.

¹⁰⁹ “A failure to publicize or at least to make available to the affected party, the rules he is expected to observe”. Fuller, *La moral del derecho* p. 21.

El principio de publicidad es sumamente importante no sólo para que los ciudadanos sepan a qué atenerse sino también para conocer cómo trabaja el Estado. Es por eso que incluso las normas referidas a la organización interna de cualquier órgano deben estar a disposición de los ciudadanos, porque esos órganos trabajan para ellos y por lo tanto es necesario que sean de su conocimiento.

c. Claridad.

Para Fuller el incumplimiento del requisito de publicidad no es la única forma de que las normas sean inaccesibles a los ciudadanos. No basta con ponerlas a su disposición para que puedan ser cumplidas, sino que es necesario que lo dispuesto en ellas sea claro y entendible, de modo que los ciudadanos no tengan dudas al respecto. Las normas no pueden ser ambiguas, tener un significado oculto o carecer de sentido.

Es cierto que la interpretación forma parte de un sistema jurídico y que no sólo las autoridades gozan de esta potestad, aunque sabemos que sólo en el caso de los órganos jurisdiccionales es determinante para resolver los conflictos. Los ciudadanos, tanto como las autoridades, al momento de realizar la labor de interpretación, deben enfrentarse a normas que sean entendibles.

Cuando hablábamos del requisito de generalidad dijimos que las normas establecían pautas generales y que por lo tanto no podían abarcar todos los supuestos de hecho existentes. Es más cuando explicábamos en el capítulo primero la teoría de Hart, dijimos que según este autor, la labor de interpretación se contrapone al mero formalismo o razonamiento lógico de los jueces, y que era necesaria, ya que lo dispuesto en las normas muchas veces es insuficiente para enfrentarnos a un conflicto. Ahora, lejos de la labor interpretativa de los jueces, los ciudadanos deben interpretar las normas para comprobar si su situación se encuentra dentro del supuesto de hecho recogido en la norma. Pero no porque todas las normas tienen que interpretarse, el legislador puede

hacer un mal uso de las palabras, abusando de su potestad y confundiendo a los ciudadanos. Sólo con normas claras los ciudadanos entenderán a lo que están sometidos. De lo contrario puede causarse un perjuicio parecido e incluso peor al que causarían las normas secretas.

d. No contradicción.

El requisito de la no contradicción de las normas se basa en que una norma tiene vedada su entrada al sistema si es que contradice otras normas del mismo. En otras palabras, no pueden coexistir en un sistema dos normas que se contradicen entre sí. Para evitar eso, hacemos uso de la derogación, a través de la cual dejamos sin efecto una de las leyes contradictorias.

La ley se deroga por otra ley, como lo dice el artículo I del título preliminar del código civil peruano; por declaración en ese sentido, configurando una derogación expresa; por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o porque su materia es íntegramente regulada por la nueva, ambas formas de configurar una derogación tácita. Asimismo las leyes también son derogadas por la sentencia que las declara inconstitucionales como lo dice el artículo 103° de la constitución peruana¹¹⁰.

El requisito de la no contradicción camina de la mano del principio de unidad del sistema jurídico. Según este, las normas no deben entenderse de forma independiente a las demás que conforman el sistema, sino que deben interpretarse conjuntamente con ellas. Cabe decir que no existirá unidad si es que las normas se contradicen entre sí. Asimismo el legislador no puede obligar al ciudadano a elegir entre dos normas contradictorias que aunque regulan el mismo supuesto de hecho, establecen efectos diferentes. Poniendo un ejemplo, el legislador no puede imponer en una norma la obligación de pagar impuestos a las congregaciones

¹¹⁰ Cfr. Zegarra Mulanovich, *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho privado y del derecho público explicadas de forma sistemática* p. 45.

religiosas, mientras otra norma desgrava a estas instituciones de tal tributo. Para evitar estas complicaciones es necesario que se reconozca formalmente la derogación-sea tácita o expresa-en un sistema jurídico como la única forma de solucionar estas contradicciones.

e. No retroactividad de las normas:

Para Fuller la existencia de normas retroactivas en un sistema afecta seriamente la seguridad jurídica. Es por eso que plantea el requisito de que todas las normas deben ser prospectivas en el tiempo, es decir, que sus efectos estén dirigidos al futuro y no al pasado. Si una ley proscribiera que acceder a los datos personales de un ciudadano sin su autorización formal es una infracción, será aplicada únicamente en los casos suscitados después de la publicación de esa ley. Nunca antes.

Ahora, si bien el principio de no retroactividad de las normas es aceptado en muchos sistemas jurídicos, esto no impide que existan excepciones. No es exagerado afirmar que si todas las normas fueran retroactivas, los ciudadanos nunca estarían seguros del efecto que causan las normas sobre su comportamiento, ya que una nueva norma podría anular todo lo que sucedió con fecha anterior a su publicación. Si un ciudadano realiza ciertos actos que en el momento en el que están siendo realizados son lícitos para el sistema, no quedará exento de una sanción si es que una norma nueva con efectos retroactivos califica esos actos como ilícitos. Ciertamente intentar seguir las normas sería un calvario. Es por eso que la retroactividad debe ser una excepción nunca la regla general. La retroactividad usualmente opera para situaciones taxativamente establecidas en las normas, como por ejemplo la retroactividad penal benigna, aquella que es aplicada cuando la nueva norma, en comparación con la norma anterior, beneficia al reo que está cumpliendo su sentencia.

El abuso de la retroactividad de las normas no sólo afecta la seguridad jurídica, sino que puede ser un instrumento utilizado para lograr fines perversos o que van en contra de los principios morales de una sociedad. Según Fuller:

“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 de 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”¹¹¹.

Al afirmar esto, Fuller se refería a ciertas leyes del régimen nazi, que estaban destinadas a justificar o a otorgarles legalidad a supuestos de hecho suscitados con anterioridad a estas normas. Si una ejecución se decidía de forma espontánea, sin un documento que actuara como asidero legal, bastaba la emisión de una ley con efectos retroactivos para que estas ejecuciones se convirtieran automáticamente en lícitas. Toda esta explicación nos lleva a concluir que la retroactividad debe tener una participación limitada en un sistema jurídico, de modo que los supuestos en los que esté permitida su aplicación sean taxativos y tengan una justificación que no vaya en contra de los principios de justicia.

f. El requisito de congruencia.

La congruencia entre la acción oficial y las normas, representa la obligación de los funcionarios de someterse al sistema jurídico tanto como los ciudadanos, de modo que su campo de acción esté limitado por lo que disponen las normas. Para Fuller el requisito de congruencia es la máxima representación del principio de reciprocidad, ya que el Estado

¹¹¹ Fuller, *Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart* p. 657.

no puede pedir a los ciudadanos algo que sus funcionarios no están dispuestos a cumplir¹¹². En otras palabras los ciudadanos no pueden ser juzgados bajo parámetros distintos a lo que establecen las normas. Son ellas las que disponen sus derechos, así como el proceso para su juzgamiento y las sanciones que merecen dependiendo del grado de infracción.

El papel que cumplen los operadores jurídicos es muy importante para garantizar el requisito de congruencia, debido a que son estos operadores los que tienen la potestad de aplicar las normas y por lo tanto deben hacerlo correctamente y de acuerdo a los parámetros que se establecen en ellas. Sin embargo, según Fuller, no debemos confundir la labor de aplicación de las normas con la de interpretación de las mismas. La fidelidad, en este caso, no se trata de una mera subsunción o interpretación literal de la norma sino más bien, la búsqueda racional orientada a su verdadero sentido y objetivos. Asimismo, nos dice el autor, es necesaria una estrecha cooperación entre el poder legislativo y el judicial pues, para que la tarea de aplicación de las leyes cumpla su misión es ineludible que la legislatura proclame normas racionales y que tengan un cierto grado de perdurabilidad en el tiempo¹¹³.

g. Las normas deben ser posibles.

Cuando Fuller habla de normas posibles no se refiere a normas fáciles de cumplir. El grado de dificultad no perjudica la justicia de las normas siempre que el contenido de estas sea racional. Habíamos mencionado en el primer capítulo que para Fuller los ocho principios de la moralidad interna del derecho provenían de un concepto racional del Derecho. Y por lo tanto la función que cumplen estos principios es que las normas que ayudan a producir vayan acorde a la racionalidad del hombre. En otras palabras, el legislador debe ordenar conductas que los ciudadanos sean racionalmente capaces de realizar ya sea porque ayudan a garantizar la

¹¹² Fuller, *The Morality of law* p. 22.

¹¹³ Cfr. Fuller, *La moralidad del derecho* p. 124.

convivencia pacífica de la sociedad o porque ayudan al desarrollo personal del ciudadano, excluyendo la posibilidad de que sean usadas para imponer una ideología o lograr los fines perversos del legislador.

h. Las normas deben ser estables.

El requisito de estabilidad no apunta a la perpetuidad de las normas, sino a que la publicación de estas debe seguir un plazo prudencial de vigencia que permite que los ciudadanos tomen conocimiento de las disposiciones a las que están sometidos. Las normas jurídicas gozan, en cuanto a su imperatividad u obligatoriedad, de una cierta prolongación temporal, pues no se extinguen en el momento en que se concretiza la conducta o actividad estipulada por ellas. Si las normas cambiaran constantemente, el ciudadano fracasaría al momento de someter su conducta a lo exigido por el sistema, por lo que la estabilidad es un requisito para garantizar la seguridad jurídica.

Ahora, no es exagerado afirmar que el plazo de vigencia de una norma en los últimos tiempos, depende más que de la prudencia, de la necesidad del sistema de adaptarse a los nuevos fenómenos sociales. Siempre que sea necesario y beneficioso para la sociedad las leyes cambiarán, incluso con más frecuencia de la que los ciudadanos están acostumbrados, sin que por eso el sistema sea considerado inmoral. Así lo dice 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”¹¹⁴.

¹¹⁴ Stolz da Silveira, *La moral interna del derecho. La moral que complementa la estructura del derecho propuesta por Herbert Hart* p. 5.

3.2. El lugar que ocupa la moralidad interna del derecho en un ordenamiento jurídico.

Ahora que hemos determinado la importancia de los principios de la moralidad interna del derecho para la justicia formal podemos pasar a explicar la cuestión sobre el lugar que ocupan en un sistema jurídico. Como sabemos estos principios cumplen la función de ser los requisitos que el legislador debe tomar en cuenta a la hora de llevar a cabo un proceso de creación de normas. De ahí que sean considerados principios instrumentales. Pero la cuestión que se trata en el presente acápite es ¿dónde se encuentran estos principios?

Habíamos explicado en el capítulo anterior que una de las razones por las que Fuller considera que los principios de la moralidad interna del derecho están condenados al ámbito de la aspiración es que no son susceptibles de ser recogidos en normas jurídicas. Para Fuller si estos principios ocupan un lugar en el ordenamiento jurídico es en el ámbito del derecho implícito. En otras palabras niega la necesidad de que sean reconocidos formalmente en un sistema jurídico. Y podemos arriesgarnos a concluir que la naturaleza moral que le atribuye a estos principios deriva de la concepción de que son implícitos.

Asimismo, según Fuller, estos principios, pese a permanecer en el ámbito del derecho implícito, tienen la suficiente fuerza jurídica para vincular al legislador e incluso para revocarle sus potestades normativas en el caso de que incumpla uno de ellos. Respecto a esta cuestión la crítica considera que no tiene sentido otorgarle exigibilidad a principios que han sido relegados al ámbito de la aspiración y menos aún otorgarles una importancia tal que el incumplimiento de uno de ellos conlleva a la revocación de la potestad normativa. Hubiera sido más fácil reconocer la necesidad de que sean recogidos en normas jurídicas y como consecuencia de ello reconocer que pertenecen al ámbito de los deberes morales y no de los ideales. Así lo dice Escudero Alday:

*“Todo resultaría más sencillo si se atendiera a la realidad jurídica y se observara que allí los requisitos de producción normativa, sean cuales sean, están expresamente fijados en normas jurídicas que delimitan así la competencia del sujeto que realiza tal producción normativa. Lo mismo sucede con los supuestos de revocación de dicha competencia; todos ellos nacen de normas jurídicas que establecen taxativamente cuándo una autoridad se extralimita en su competencia y por tanto cuándo ésta ha de ser revocada”*¹¹⁵.

No negamos que es un argumento convincente, menos aun considerando que si reconocemos estos principios formalmente, difícilmente pueden ser considerados como aspiraciones. Las aspiraciones no son susceptibles de reconocimiento formal, porque como dijimos en el capítulo anterior, ningún legislador puede obligar a los ciudadanos a perseguir su propia perfección. En otras palabras, el reconocimiento formal traería consigo, en contra de lo propuesto por Fuller, la aceptación de estos principios como deberes morales dotados de la exigibilidad de la que carecen los ideales.

En muchos países estos principios son tomados en cuenta a la hora de llevar a cabo un proceso de creación de normas. Principios como el de publicidad o irretroactividad de las leyes son considerados expresamente como condiciones para garantizar la validez de las mismas. La constitución política del Perú consagra en su artículo 103° lo siguiente: “...la ley desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y *no tiene fuerza ni efectos retroactivos*”. Asimismo la excepción a este principio la encontramos en el mismo artículo: “...*salvo en ambos casos en materia penal cuando favorece al reo*”. Esta excepción se complementa con el artículo 6° del código penal peruano, el cual proscribire lo siguiente: “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. *No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*”. Como podemos ver, el sistema peruano permite la retroactividad de forma taxativa y excepcional. Como

¹¹⁵ Escudero Alday, *La moral interna del derecho como objeto de debate* p. 239.

explicamos en el acápite anterior principios como la retroactividad y la estabilidad son susceptibles de verse afectados por los cambios sociales, lo suficiente para que el sistema se adapte a estas nuevas necesidades, pero sin mermar la importancia de estos principios.

Por otro lado el principio de publicidad es consagrado en el artículo 109° de la constitución peruana, el cual nos dice lo siguiente: “La ley es obligatoria desde el día siguiente en *su publicación en el diario oficial* salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”. Como podemos ver en nuestro ordenamiento la obligatoriedad de nuestras normas está supeditada al hecho de que sean debidamente difundidas a través de un instrumento de alcance nacional, el que en nuestro caso es el diario oficial “El Peruano”.

Asimismo el requisito de generalidad podemos encontrarlo dentro del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2° de nuestra constitución el cual dice lo siguiente: Toda persona tiene derecho: “*A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*”. Ciertamente la generalidad requiere una especie de igualdad, ya que las normas están dirigidas a todos los ciudadanos, sin excepción por discriminación. La única excepción permitida son las normas sectoriales, que precedidas de una justificación, están dirigidas a determinados ciudadanos, no porque sean mejores que los demás ciudadanos, sino porque reúnen para el Estado determinadas condiciones que los someten a estas normas.

En muchos sistemas no podemos encontrar normas que consagren expresamente los requisitos de claridad, posibilidad, estabilidad, no contradicción y congruencia. ¿Pero esto quiere decir que no se encuentran en esos sistemas? Gran parte de la crítica intenta fundamentar el reconocimiento formal de estos principios en el positivismo jurídico, ya que uno de los más fervientes adeptos a esta doctrina, Herbert Hart, ha reconocido la importancia de la moralidad interna del derecho. Haciendo un análisis minucioso de su teoría podemos ver que los principios legales – como él los bautizó – se encuentran dentro de su clasificación de normas.

Para Hart las normas se dividen en normas que imponen obligaciones y normas que otorgan potestades a los funcionarios. En las primeras, dirigidas a todos los ciudadanos sin excepción podemos encontrar el principio de generalidad de las normas. Asimismo en las segundas se refleja la relación entre los oficiales del Estado – como los llamaba Fuller – y los ciudadanos, consagrándose de esta manera principios como la publicidad, la claridad, la estabilidad, la posibilidad, la retroactividad, la congruencia y la no contrariedad. Sin embargo Hart nunca se pronuncia respecto al lugar que ocupan estos principios en un ordenamiento jurídico¹¹⁶. En otras palabras nunca estableció la necesidad de que estos requisitos fueran recogidos en normas jurídicas para que los funcionarios con potestades normativas se vieran en la obligación de cumplirlos.

Nuestra postura parte del principio de unidad del sistema jurídico. Según este, las normas no se entienden de forma independiente sino conforme a las demás del ordenamiento. Este principio dotaría al sistema de cierta coherencia, la cual no requiere únicamente de las normas expresas sino de un conjunto de principios, que pese a no estar reconocidos formalmente son exigibles. En nuestra opinión aquí es donde podemos encontrar a la moralidad interna del derecho. Ciertamente no existiría coherencia en un sistema si sus normas no son claras, son de imposible cumplimiento o son retroactivas.

Ahora, esto no quiere decir que estos principios no son susceptibles de ser recogidos en normas jurídicas. No dudamos de la posibilidad de que muchos sistemas lo han hecho. Sin embargo la falta de reconocimiento no implica la inexistencia de estos principios. En otras palabras, estamos de acuerdo con la teoría de Fuller en cuanto a que estos principios forman parte de un derecho implícito. Pero no negamos la posibilidad de que puedan serlo de un derecho expreso.

Por otro lado, no estamos de acuerdo con Fuller en que el hecho de que estos principios son parte de un derecho implícito los convierte en aspiraciones al mismo tiempo que en principios

¹¹⁶ Ob. cit.

morales. Estos principios son auténticos deberes morales y para llegar a esta afirmación sólo debemos contradecir las dos razones esgrimidas por Fuller para considerarlos aspiraciones. En primer lugar no exigen únicamente comportamientos positivos, ya que cada principio tiene una doble connotación - tanto negativa como positiva -, dependiendo del sentido en que se quiera entenderlo. En el principio de publicidad, el legislador tiene tanto la obligación de publicar las normas para que sean accesibles a los ciudadanos como la obligación de no publicar leyes secretas; en el principio de no retroactividad, el legislador tiene la obligación tanto de crear leyes con efectos prospectivos como la obligación de no crear leyes con efectos retroactivos.

En segundo lugar estos principios, como explicamos arriba, son susceptibles de ser recogidos en normas jurídicas. La relación que según Fuller existe entre los deberes morales y el Derecho se aplica a la moralidad interna del derecho, porque los principios que la conforman son deberes morales, porque representan las condiciones mínimas necesarias para el funcionamiento de la sociedad. Ciertamente sería imposible la convivencia con normas secretas, con normas que no son claras, que disponen el cumplimiento de lo imposible, o donde los oficiales no actúan de acuerdo a su contenido. Asimismo estos principios no pierden su naturaleza de deberes por su falta de reconocimiento formal, pueden encontrarse en el sistema de forma implícita, garantizando la coherencia y unidad del sistema y tanto como las normas expresas, ser exigibles.

Por otro lado, no porque estos principios se encuentran implícitos en nuestro sistema son principios morales. Afirmar que todo derecho implícito es moral es un poco arriesgado. Asimismo los requisitos de la moralidad interna del derecho son principios de naturaleza instrumental, pero no por el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico, sino por la función que cumplen a favor del *rule of law*: el de ser un instrumento del legislador para crear normas válidas, capaces de someter a los ciudadanos a su imperio. Y por eso tienen una naturaleza instrumental, pudiéndose llamar, como los bautizó Hart, principios legales.

En conclusión nuestra postura gira en torno a reconocer la exigibilidad de los principios de la moralidad interna del derecho, no en base a su carácter formal o implícito – de cualquiera de estas dos formas son exigibles – sino en base a la importancia que tienen para el proceso de creación de normas, siendo determinantes para la producción de normas válidas, que garantizan la justicia formal, la cual, aunque en menor medida que la justicia material, forma parte del universo del concepto de justicia.

3.3. La moralidad interna del derecho como justicia formal.

Para terminar, trataremos en el presente acápite la cuestión sobre el papel que cumple la moralidad interna del derecho en la configuración de la justicia formal. Los defensores de la teoría de Fuller han encontrado en esta función positiva de los principios instrumentales, un buen asidero argumentativo para intentar rescatar a la moralidad interna del derecho de la proliferación de críticas. Y aunque no negamos su participación en el concepto de justicia, consideramos importante delimitar su campo de acción como requisitos que cumplen una labor complementaria o secundaria en la creación de un sistema jurídico.

3.3.1. La justicia formal como complemento de la justicia material.

Por nuestra parte, aunque no negamos que estos principios cumplen un papel positivo en un sistema jurídico, no estamos de acuerdo con los defensores de Fuller en cuanto a los efectos que trae consigo reconocerles ese papel. Hablando de forma más específica no consideramos que estos principios puedan ameritar una naturaleza moral por el papel que cumplen a favor de la justicia formal. Según Summers:

“El cumplimiento en un grado suficiente de los principios de la legalidad garantiza necesariamente, y en la medida de tal cumplimiento, la realización de un valor moral, incluso cuando el contenido de la ley en cuestión resulte ser malo. Ese valor moral es el siguiente: los principios de generalidad, claridad, irretroactividad, etc., aseguran que el ciudadano pueda tener una oportunidad justa de obedecer una ley injusta. Aunque

deba admitirse que la elección consista en obedecer o no una ley injusta, el ciudadano tendrá al menos una oportunidad justa de decidir al respecto y para actuar en consonancia. Esto posee, en sí mismo, valor moral aun cuando el contenido de lo que el Estado hace al ciudadano por medio del derecho sea inmoral’,¹¹⁷

En el mismo sentido afirma Ramos Pascua:

‘En mi opinión, es indudable que la moral interna del derecho, pese a su carácter procedimental, contiene verdaderas exigencias morales. La exigencia de generalidad de las normas, por ejemplo, aunque obviamente es una exigencia formal, implica la necesidad de que las normas se dirijan a todos por igual, y esa exigencia de igualdad de trato por parte del Derecho lleva implícita en sí misma la idea de justicia, el valor jurídico por excelencia, que es también un valor moral, y por tanto un punto de encuentro constante y casi inexorable entre Derecho y moral, pues pertenece a la propia naturaleza del Derecho la pretensión de ofrecer una ordenación justa de las relaciones sociales’,¹¹⁸

Según los autores la justicia formal, dentro de la cual se encuentra el cumplimiento de la moralidad interna del derecho, tiene un valor moral independiente de la justicia material, de modo que la iniquidad del contenido de las normas no le afecta en lo absoluto. Creemos que este es un perfecto ejemplo para la confusión – en la que han caído muchos autores – entre moralidad y funcionalidad. El hecho de que el sistema haya cumplido a la perfección la función de hacer públicas o claras sus normas no le otorga ningún valor moral, sino como máximo el mérito de la eficacia. Tomando un ejemplo sería absurdo hablar del valor moral de una norma que pública y expresamente dispone la ejecución de cien hombres.

¹¹⁷ Summers, *Lon L. Fuller*, p. 37.

¹¹⁸ Ramos Pascua, *Derecho y moral: una necesidad recíproca*, p. 146.

En nuestra opinión la ausencia de la justicia material en un sistema invalida el mérito que pueda conseguir por sí sola la justicia formal. Esta no existe de forma independiente, nace al servicio de la justicia material para ayudarla a cumplir su misión. Una vez que el sistema es materialmente justo, es decir, una vez que el fin que persigue y el contenido de sus normas son justos, podemos preguntarnos por la forma más racionalmente adecuada para materializar esos fines. De esta forma los principios de la moralidad interna del derecho serían parte del método del legislador para organizar de forma coherente el sistema. La justicia formal es el modo en el que el legislador ejecuta la justicia material. De no existir esta, los principios de Fuller serían eficaces, pero no lo serían para el concepto de justicia, sino para cualesquiera sean los fines perversos que persigue el legislador.

Por otro lado consideramos que no basta con que el ciudadano tenga la oportunidad de conocer lo que disponen las normas, teniendo la opción de elegir si debe o no debe cumplirlas, sino que es necesario que estas opciones sean conformes con la justicia material. En otras palabras tanto el cumplimiento como el incumplimiento de las normas deben implicar consecuencias justas para los ciudadanos. El ceñimiento a la ley debe traer consigo efectos positivos para todos, quizás no los mismos, pero al menos sí con el mismo grado de justicia. Por otro lado la sanción que acarrea la infracción de una ley debe ir acorde con los principios de justicia, sin que el ciudadano tenga que elegir cada vez que se enfrenta al contenido de una norma, entre su muerte y su supervivencia.

Ahora, si bien la justicia formal está supeditada a la existencia de la justicia material, el papel que cumple en la configuración de un sistema jurídico no es menos importante. En nuestra opinión, una vez que se comprueba la existencia de una justicia material, las formas adquieren una importancia que es determinante para el propósito de crear normas válidas. Pensemos en los órganos que se encuentran dentro del cuerpo humano y el esqueleto que define la forma

del mismo. No dudamos de que ambos sean de suma importancia para los seres humanos. Pero tampoco podemos negar que no serviría de nada tener un esqueleto perfecto sin órganos que cumplan las funciones vitales para la vida. Es por la existencia de estos órganos que son necesarias las capas que los protegen. Lo mismo sucede con un sistema jurídico, no basta con que tengamos fines justos y racionales, es necesario preguntarnos por la forma en la que vamos a materializar los mismos. Así, la justicia formal sería la pieza que complementa a la justicia material, ayudándola a cumplir su función. Nunca como un valor moral independiente, sino como la justicia que adquiere valor moral cuando se pone a disposición del contenido justo de las normas. Según Escudero Alday:

“Para lograr el desarrollo moral de un sujeto no sólo se necesitan opciones materiales o sustantivas a las que el sujeto pueda adherirse, de modo que las elija y adopte como formas de conducta, adecuando así su actuación a los contenidos de aquéllas, sino que se requiere, con carácter previo, la existencia de una serie de condiciones que permitan que el sujeto pueda, efectivamente, llevar a cabo tal opción. Y esto sólo puede conseguirse gracias a dimensiones procedimentales que, necesariamente, deben existir para que, en un posterior momento, el sujeto tenga la posibilidad de adoptar tales opciones sustantivas”¹¹⁹.

3.3.2. Racionalidad y seguridad jurídica.

Ahora, el cumplimiento de los principios de la moralidad interna del derecho garantiza la racionalidad de un sistema jurídico. Estos principios se fundan en la idea de que el ciudadano es un ser racional, el cual sólo podrá ser sometido al imperio de las normas mediante medios que sean acordes con esa naturaleza racional. Así lo dice Fuller: “Toda desviación de estos principios es una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas u ordenarle

¹¹⁹ Escudero Alday, *Sistema jurídico y justicia: sobre la relevancia moral de la estructura jurídica* pp. 304.

que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por las facultades de libre determinación”¹²⁰. Cuando Fuller habla de la libre determinación se refiere a la participación que tienen las normas para conducir la conducta de los ciudadanos, ya que son consideradas como parámetros en los que se basan los ciudadanos para tomar sus decisiones, es decir para autodeterminarse.

Muchos autores están de acuerdo con Fuller en cuanto a que una tiranía que persigue fines injustos, difícilmente puede cumplir los principios racionales de la moralidad interna del derecho. Según Finnis:

“Debemos pensar que una tiranía dedicada a fines perniciosos no tiene suficientes razones para someterse por sí misma a la disciplina de actuar de un modo consistente a través del exigente proceso jurídico, admitiendo que el aspecto racional de tal autodisciplina es el mismo valor de la reciprocidad, de la imparcialidad y del respeto a las personas que el tirano, ex hypothesi, desprecia... Ninguna clase de tiranía puede encontrar en sus objetivos racionalidad alguna para adherirse (como no sea táctica y superficialmente) a la disciplina de la legalidad, ya que tales regímenes se preocupan de obtener determinados resultados y no de ayudar a las personas a constituirse en comunidad”¹²¹.

No dudamos de que los principios de la moralidad interna del derecho respondan a la racionalidad de los ciudadanos. Sin embargo en nuestra opinión sólo se trata de una racionalidad formal. En el primer acápite dijimos que la moralidad interna del derecho es una parte de la moral. Lo mismo sucede con la racionalidad generada por el

¹²⁰ Fuller, *La moralidad del derecho* p. 179-180.

¹²¹ “A tyranny devoted to pernicious ends has no self-sufficient reason to submit itself to the discipline of operating consistently through the demanding processes of law, granted that the rational point of such selfdiscipline is the very value of reciprocity, fairness, and respect for persons which the tyrant, ex hypothesi, holds in contempt...None of these types of tyranny can find in its objectives any rationale for adherence (other than tactical and superficial) to the disciplines of legality. For such regimes are in business for determinate results, not to help persons constitute themselves in community”. Finnis, *Natural law and natural rights* pp. 273-274.

cumplimiento de estos principios. Esta vendría a ser sólo una parte de la racionalidad, que no entra en el umbral del contenido sustantivo de las normas. La justicia material goza de su propia racionalidad, una que no deriva de la organización de un sistema a través de estructuras formales, sino de los fines justos que persigue el mismo. En otras palabras consideramos que es posible que las tiranías cumplan impecablemente estos principios, consiguiendo de esta manera una racionalidad formal. Pero esta racionalidad no deriva de la naturaleza del hombre si no de los fines perversos que en ese caso mueven al sistema. Incluso para perseguir fines injustos es necesario una estrategia. Pero por muy eficaz que sea esta, no configura la justicia de un sistema.

Por otro lado la moralidad interna del derecho está vinculada al concepto de seguridad jurídica. Cuando analizábamos los requisitos que conforman esta moralidad dijimos que la función que cumplían a favor del *rule of law* ayudaba a determinar el comportamiento del ciudadano, ya que las leyes – producidas según estos principios – establecían parámetros de conducta, que hacen – aunque de forma general – predecibles las consecuencias derivadas del cumplimiento o incumplimiento de lo dispuesto en ellas. De esta forma el ciudadano tendría cierto grado de certeza a la hora de actuar y por lo tanto un mínimo de justicia.

Arcos Ramírez nos dice lo siguiente:

“La seguridad frente al derecho y el poder que proporcionan los principios del rule of law representaría siempre un valor moral, aun en el caso de que los contenidos del sistema jurídico sean manifiestamente inicuos. Lo que conduce a apostar por que la seguridad jurídica, pese a ser en su origen una condición de la justicia, puede ser también valor moral independiente de ésta. Se vendría a poner así de manifiesto que la moralidad intrínseca de los principios de la legalidad no ha de tomar como referencia la justicia material de las leyes sino la existencia de algún tipo de función que quepa calificar por sí misma como moral. El hecho de

*que este valor moral pueda ser superado por una mayor o menor iniquidad no significa que cuando es superado desaparezca*¹²².

En nuestra opinión la certeza que trae consigo el cumplimiento de estos principios no es suficiente para que se configure un valor moral independiente del contenido sustantivo de las normas de un sistema jurídico. En este caso la seguridad jurídica vendría a ser sólo una consecuencia positiva de la justicia formal, ya que la claridad, posibilidad, prospectividad, congruencia, generalidad, publicidad, no contrariedad y estabilidad de las normas, las hacen aptas para someter la conducta de los ciudadanos. Asimismo la seguridad jurídica también es un aspecto positivo de la justicia material. Cuando los fines de un sistema son justos, el ciudadano actúa con la certeza de que las consecuencias de sus actos no implican la violación de su dignidad como ser humano o de sus derechos fundamentales. Y como sabemos estas garantías exceden el campo de acción de la justicia formal.

En conclusión la racionalidad y la seguridad jurídica, siempre que sean efectos de la justicia formal, serán insuficientes para configurar la justicia de un sistema jurídico. Para ello es necesaria la justicia material, cuyo cumplimiento también garantizará el respecto de la naturaleza racional del hombre, otorgándole un grado de certeza sobre sus actos.

¹²² Arcos Ramírez, *Una defensa a la moral interna del derecho* pp. 50.

CONCLUSIONES

En su teoría, Fuller hace una crítica al positivismo jurídico, por considerar que muestra un enfoque erróneo sobre el papel que cumplen las exigencias morales en la construcción de un sistema jurídico. Para el positivismo, la ley se encarga de describir una realidad, sin la admisión de conceptos extrajurídicos. Así, Fuller protagoniza con Hart – ferviente positivista – uno de los debates más importantes de la filosofía jurídica del siglo XX. En él se trata principalmente la teoría utilitarista que propugna la separación entre Derecho y moral. Fuller aboga por la unificación de estos conceptos, mientras que Hart, por la separación de los mismos. Sin embargo, Hart reconoce que es posible que Derecho y moral se encuentren en determinadas circunstancias; de ahí que para el autor su relación es meramente contingente. El puente entre estos dos conceptos nace cuando los jueces interpretan las normas, ya que durante su labor interpretativa suelen preguntarse por cómo deberían ser las normas. Sin embargo Hart considera que dentro del “debe ser” no siempre encontramos exigencias morales, sino que aquel toma la forma que la sociedad quiere darle. En otras palabras Hart nos habla de una moral positiva, que es propia de una determinada sociedad, pero que no es universal. Por otro lado, Fuller considera que estos conceptos se encuentran indefectiblemente vinculados, de modo que no habrá Derecho que infrinja las exigencias morales que subyacen a todo ordenamiento jurídico justo.

Dentro de su debate, Hart y Fuller discuten el tema de la legalidad de las normas nazis. El primero considera que el régimen nazi, debido a su estructura, era jurídico y por lo tanto válido. Ahora, esto no quiere decir que los ciudadanos tenían la obligación de obedecerlo. En opinión de Hart, es posible la existencia de un sistema jurídico válido que es inmoral. Fuller, se muestra horrorizado con la conclusión a la que llega su contendiente, debido a que la inobediencia del sistema, según el autor, lo hace por sí solo inmoral y por lo tanto inválido. Para Fuller es descabellado afirmar la existencia de una moralidad inmoral. Y como el régimen nazi era injusto también era inválido.

Según Fuller, el Derecho es la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas. Y para lograr esta empresa, Fuller postula la moralidad interna del derecho, la cual representa el conjunto de requisitos que el legislador debe tomar en cuenta a la hora de llevar a cabo un proceso de creación de normas. Estos requisitos son ocho: 1) Generalidad; 2) Publicidad; 3) Estabilidad; 4) Claridad; 5) Irretroactividad; 6) No contradicción; 7) posibilidad; y 8) Congruencia.

La moralidad interna del derecho es una versión procesal del derecho natural y sólo se refiere a los requisitos formales o procedimentales de las normas, en contraposición de la moralidad externa del derecho, la cual se refiere a los fines materiales o sustantivos de un sistema. Fuller no incluye a esta moralidad externa dentro de su teoría, aunque considera que el cumplimiento de la moralidad interna traerá consigo el cumplimiento de la primera.

La moralidad interna del derecho garantiza la reciprocidad entre el Estado y los ciudadanos. Mientras el primero produzca normas válidas, que cumplan los requisitos establecidos por Fuller, los ciudadanos se verán jurídicamente compelidos a cumplirlas. Asimismo esta moralidad, salvo el principio de publicidad de las normas, es considerada por el autor como una moral de aspiración, cuyo cumplimiento representa la perfección legal a la que aspiran una sociedad y que se encuentra de forma implícita en un sistema jurídico. Por otro lado esta moralidad es el puente que une al Derecho con la moral, de modo que los principios que la conforman son morales.

La moralidad interna del derecho ha tenido aceptación en el ámbito de la filosofía jurídica. Pero los críticos admiten que para su total aceptación es necesario hacer ciertos matices. Las principales críticas que giran en torno a la teoría de Fuller, son tres. La primera se refiere al carácter moral de estos principios. Los críticos consideran que Fuller confunde el término moralidad con el término eficacia. El cumplimiento de estos principios formales sólo traería consigo la eficacia de un sistema, más no su justicia. Partiendo de ahí es fácil concebir la existencia de regímenes injustos que cumplan impecablemente estos principios, o regímenes justos que, por algún defecto procedimental, hayan infringido alguno de los mismos.

La segunda discute la cuestión sobre si el cumplimiento de la moralidad interna del derecho configura la justicia de un sistema. Para la crítica, los principios que conforman esta moralidad son procedimentales y por lo tanto insuficientes. Para que un sistema jurídico sea válido es importante preguntarnos por los fines que persigue. Si estos son justos, entonces el sistema también lo será. En otras palabras es necesario el cumplimiento de la moralidad externa del derecho o justicia material.

La tercera y última desarrolla el tema de la exigibilidad de esta moralidad en un proceso de creación de normas. Fuller la considera una moralidad de aspiración, pero al mismo tiempo nos dice que su cumplimiento es esencial para garantizar la justicia de un sistema. La crítica se pregunta ¿cómo puede el legislador obligar a los ciudadanos a lograr su perfección? Las normas no piden máximos, sino mínimos, que son necesarios para una convivencia pacífica en la sociedad. En todo caso la crítica opina que la moralidad interna del derecho no es una moral de aspiración, sino una moral de deber y por lo tanto exigible.

Fuller responde a las críticas arguyendo que el Derecho es una actividad moral en sí misma, porque el objetivo que persigue – el de sujetar la conducta de los ciudadanos al gobierno de las normas – es moral. Por lo tanto los instrumentos que son utilizados para esta empresa, como los principios de la moralidad interna del derecho son morales.

Según nuestra postura los principios de la moralidad interna del derecho no son morales sino procedimentales o instrumentales, en cuanto la función que cumplen a favor del *rule of law* está dirigida a lograr la eficacia de un sistema jurídico. Lo que nos lleva a concluir que el cumplimiento de estos principios garantiza un mínimo de moralidad, la que deriva de la configuración de una justicia formal. Pero la justicia formal no es suficiente para lograr la justicia total de un sistema, sino que es necesario preguntarnos por los fines que persigue el mismo, es decir es necesario el cumplimiento de una justicia material, que atienda al contenido sustantivo de las normas.

Por otro lado consideramos que los principios de la moralidad interna del derecho pueden encontrarse en un sistema jurídico de dos formas: formalmente reconocidos o como parte de un derecho implícito. De las dos formas son deberes morales y en consecuencia exigibles para el legislador, en contraposición de lo que propone Fuller al considerarlos aspiraciones. De formar parte de un derecho implícito, aún continuarían siendo deberes morales, en cuanto que su consideración como tales, no se debe al lugar que ocupan en un ordenamiento jurídico, sino en el hecho de que son el conjunto de condiciones mínimas que son necesarias en una sociedad y que le otorgan coherencia al sistema. Asimismo, de no ser reconocidos jurídicamente no se convierten en principios morales. Siempre serán principios instrumentales por la función que cumplen a favor del *rule of law*: la de ayudar a la creación de normas válidas, capaces de someter a los ciudadanos a su gobierno.

A pesar de la importancia que tienen estos principios para un sistema jurídico, mantienen su condición de principios formales. Y la justicia formal no tiene un valor moral independiente de la justicia material. En otras palabras el cumplimiento de estos principios no contrarrestará los fines inmorales de un sistema. Fuller no concibe la posibilidad de que las tiranías en donde no existe un respeto a los derechos fundamentales, cumplan impecablemente estos principios. Porque para Fuller la coherencia tiene más afinidad con la bondad que con la maldad. Respecto a esta cuestión nos mostramos en desacuerdo, ya que consideramos que las estructuras formales como la moralidad interna del derecho pueden ponerse al servicio de fines perversos.

La justicia formal nace al servicio de la justicia material. Una vez que se comprueba el contenido justo de las normas, el legislador requerirá de formas racionalmente adecuadas para ejecutar esos fines. Y ahí es donde la moralidad interna del derecho adquiere vital importancia, ya que implica una ordenación racional del sistema. Pero es una ordenación estructural, siempre como complemento de la justicia material, cuyos fines pretende materializar.

Los principios de la moralidad interna del derecho van a acorde a la racionalidad del hombre y le otorgan seguridad jurídica respecto a su comportamiento, ya que las normas crean parámetros a los cuales los ciudadanos se someten. Sin embargo siempre que esta racionalidad y seguridad jurídica deriven de la justicia formal, serán insuficientes para configurar la justicia de un sistema. Para esta es necesaria la justicia material, la cual a su vez, también garantiza el respeto de la naturaleza racional del hombre y la certeza jurídica sobre sus actos.

BIBLIOGRAFÍA

Alvaro Zegarra Mulanovich. Descubrir el derecho: Las nociones elementales del Derecho privado y del derecho público explicadas de forma sistemática. Universidad de Piura. Colección jurídica.

Antonio Peña Freire. Reasons for Legality: The Moral Ideal of Legality and Legal Positivism. Do Wicked Rulers Dream of Abiding by the Rule of Law?. Universidad de Granada. Páginas 891-946.

Carlos Alberto Gabriel Maino. La ley natural en la taxonomía de las leyes de Austin.

Collen Murphy. Lon Fuller and the moral value of the rule of law. Páginas 239-262. University of Illinois at Urbana-Champaign. January 15, 2004. Law and Philosophy, Vol. 24, 2005

David Lyons, Ética y derecho. Editorial Ariel S.A. Colección derecho. 1º edición. 1989. Páginas 224.

Edwin W. Tucker. The Morality of law by Lon L. Fuller. Indiana Law Journey. Artículo 5. Volumen 40. University of connectitud. 1965. Páginas. 270-279.

Federico Arcos Ramírez, Una defensa de la moral interna del derecho. Universidad de Almería. Páginas 35-63.

Francisco Laporta. Etica y derecho en el pensamiento contemporáneo. Página 221-295.

- Gustav Radbruch. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. Abeledo Perrot. Páginas 127-141.
- Gustav Radbruch. Introducción a la filosofía del derecho. Editorial: S.L Fondo de cultura económica de España. 2002.
- H.L.A. Hart. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Publicado en Oxford Scholarship Online: Marzo 2012.
- H.L.A. Hart: El positivismo y la independencia entre derecho y moral. Harvard law review. Número 71. 1958. Página 593-634.
- H. L. A. Hart. El concepto del derecho. Traducción de Genaro. R. Carrió. The concept of law. Oxford University press 1961.
- Jhon Austin. El objeto de la jurisprudencia o The Province of Jurisprudence Determined,
- Jhon Finnis. Natural Law and Natural rights. Oxford University Press. Segunda edición. Páginas 483.
- Jorge Guilleremo Portela. El problema de la relación entre moral y derecho en Hart y Fuller. Aportes para una polémica.
- José A. Ramos Pascua. Derecho y moral: una necesidad recíproca. Universidad de Salamanca. Revista filosófica N° 20. Universidad de los andes. Mérida-Venezuela.
- Joseph Raz, The Authority of law: Essays on law and Morality. Oxford University press. 340 páginas.
- Joseph Raz. The Morality of freedom. Publicado en Oxford Scholarship Online: Noviembre 2003.
- Lon Fuller. Positivismo y fidelidad al derecho. Una respuesta al profesor Hart. Harvard law review, volumen 71, número 4. Febrero de 1958. Páginas 630-672. Traducción de Ernesto Riffo Elgueta.

- Lon Fuller: La moralidad del derecho. Yale University Press, 1977 - 262 páginas
- Massimo Corsale. Certeza del diritto e crisi de legittimitá, Giuffrè, Milán, 1990.
- Matthew Kramer. Scrupulousness without Scruples. A Critique of Lon Fuller and His Defenders. Oxford University Press.
- Rafael Escudero Alday. Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller. Universidad Carlos III de Madrid. Página 309-331.
- Rafael Escudero Alday. La moral interna del derecho como objeto de debate (respuesta a Joaquín Rodríguez-Toubes y Ricardo García Manrique). Universidad Carlos III de Madrid. Página 233-253
- Rafael Escudero Alday. Positivismo y moralidad interna del derecho. Editorial: centro de estudios políticos y constitucionales. Páginas 568.
- Rafael Escudero Alday, Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto universitario de Derechos humanos "Bartolomé de las casas".
- Raimo Siltala. Derecho, moral y leyes inmorales. Traducción de María José Añón. Pág 149-170.
- Robert Summers: Lon L. Fuller. Stanford University Press. Stanford. California, 1984
- Stolz da Silveira, La moral interna del derecho. La moral que complementa la estructura del derecho propuesta por Herbert Hart.
- Summers, Professor Fuller on Morality and Law. Robert S. Summers. Journal of Legal Education. Vol. 18, No. 1 (1965). Published by: Association of American Law Schools