MEDIOS, FINES Y PLURALIDAD DE PROCESOS EN EL PENSAMIENTO DE LON FULLER

(A propósito de *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L.Fuller*, Revised edition, Kenneth I. Winston (Ed.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001)

César Arjona
ESADE

I

Para Lon Fuller era esencial que cada regla, proceso o sistema jurídico fuese entendido en relación con su contexto histórico y social. Es ésta una actitud propia de la jurisprudencia norteamericana del siglo XX, heredada del pragmatismo que a comienzos de ese siglo se consolidó como el paradigma dominante del pensamiento filosófico y social en aquel país. Esta necesaria contextualización, que más o menos todos aceptamos y practicamos en el estudio del Derecho, es no pocas veces olvidada cuando el objeto de nuestra reflexión son los autores que pensaron y que escribieron sobre el Derecho.

El contexto en el que hay que situar la obra iusfilosófica de Fuller, escrita durante las décadas centrales del siglo XX en Harvard, viene dominado por dos tendencias de pensamiento jurídico. La primera, el positivismo analítico, extendido por todo el mundo occidental y que el contemporáneo de Fuller, H.L.A. Hart, representa en su cenit. La segunda, la filosofía jurídica dominante en Norteamérica, el instrumentalismo pragmático.[1] La teoría de Fuller implica una crítica de ambas corrientes.

La comunidad jurídica ha prestado casi toda su atención a relacionar la obra de Fuller con el positivismo analítico. La teoría fulleriana se ha

[1] La categoría de "instrumentalismo pragmático" se corresponde parcialmente con la de realismo norteamericano (a la que el lector español está más acostumbrado) pero no coincide plenamente con ella. Aquélla es más amplia que ésta en cuanto a su ámbito cronológico y subjetivo (incluyendo a autores como Holmes, Dewey o Pound) y al tiempo más estrecha al no incluir algunas de las facetas más radicales del realismo. Estoy adoptando aquí a Summers, el cual define y delimita este grupo en su *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.

interpretado principalmente en clave de crítica al positivismo analítico. La relación entre Fuller y el instrumentalismo pragmático norteamericano ha corrido peor suerte como tema objeto de estudio.

Se me ocurren varias razones que pueden explicar la preponderancia de la primer perspectiva sobre la segunda. Una de ellas es que el positivismo analítico ha constituido el modelo de pensamiento jurídico dominante del siglo XX en todo el mundo occidental, mientras que la influencia del instrumentalismo ha quedado en gran medida reducida a las fronteras de los Estados Unidos.[2] Otra es la inmensa atracción que en su día generara, y que aún genera, el debate entre el propio Fuller y Hart, debate que dio comienzo con la publicación sucesiva de dos artículos por cada uno de esos autores en la *Harvard Law Review* en el año 1958 y al que posiblemente pueda calificarse como el debate más famoso de la filosofía jurídica del siglo XX. Una tercera razón, no menos importante y relacionada con la anterior, es que el propio Fuller a menudo escribía como si sus posiciones debieran contrastarse tan sólo con las del positivismo analítico.[3] Finalmente, debe tenerse en cuenta la relevancia sustantiva de los temas que se suscitan al poner en relación a Fuller con el positivismo analítico: el debate es de gran relevancia teórica y están en juego en él algunas de las cuestiones intemporales de la filosofía jurídica.

Sin ánimo de negar la importancia de esas razones (y de otras que a buen seguro podrían traerse a colación) me gustaría en el presente texto reivindicar el estudio de Fuller desde la perspectiva del instrumentalismo pragmático. El instrumentalismo pragmático es el entorno natural de Fuller: se trata de la única teoría jurídica autóctona de Estados Unidos (el positivismo analítico fue en todo caso importado en aquel país) y aquélla en la que Fuller se crió jurídicamente hablando. El que Fuller escribiese abiertamente contra el positivismo analítico y no contra el instrumentalismo, bien pudiera explicarse por el hecho de que Fuller estuviese mucho más cercano a este segundo que al primero. Según Robert Summers, su biógrafo, Fuller aceptó muchos de los postulados instrumentalistas y su obra puede leerse en parte como una sofisticación de los mismos a los que trata de corregir en sus excesos.[4]

---

[2] Es síntoma de ello el que aquellos trabajos que sí contemplan a Fuller frente al telón de fondo del pragmatismo sean de autores americanos. Cito a modo de ejemplo: Summers, R.S, "Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law", *Harvard Law Review*, vol.92, 1978, pp.433-449 y Winston, K.I, "Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.8, nº3, 1998, pp.329-349.

[3] Summers, "Professor Fuller's…", ob.cit., p.436.

[4] Summers, "Professor Fuller's…", ob.cit., p.448.

A pesar del interés suscitado por el debate de Fuller con Hart y por la posible consideración del americano como autor iusnaturalista, me atrevería a decir que el conocimiento sobre Fuller en nuestro país no es ni muy extenso ni muy profundo. En ese sentido, al consultar la bibliografía de una tesis recientemente publicada por un profesor español, la cual es, dicho sea de paso, un admirable y exhaustivo estudio de lo que viene implicado en el debate Fuller-Hart, sorprende la escasez de fuentes existentes sobre Fuller en nuestro idioma.[5] Esta escasez, de la que dicha obra es una excepción, resulta especialmente grave al referirse a un autor tan importante como Fuller, un autor de miras amplias, de talante teórico al tiempo que práctico[6], un pensador interdisciplinar, un hombre, en definitiva, que se cuenta en la lista de los más grandes juristas de un país cuya influencia en nuestros sistemas, lo queramos o no, ya es inmensa.

II

Si el libro de Escudero constituye una base para reavivar el interés sobre Fuller (un intercambio de artículos sobre el tema en el décimo volumen de *Derechos y Libertades* así lo atestigua), al lector español se le presenta otra inmejorable oportunidad de acercarse a Fuller (si bien en una dimensión distinta) con la reedición de *The Principles of Social Order*. Es éste un libro que Fuller planeó pero que jamás llegó a escribir. De ese proyecto, Fuller tan sólo legó sus líneas básicas y una introducción. Winston parte de esos materiales para presentarnos una obra que Fuller nunca escribió... pero "escrita" por Fuller. Para ello se sirve de una serie de textos, algunos publicados y otros sin publicar, con los cuales convierte en realidad aquella obra imaginada. El grado de sistematicidad del resultado es notable, teniendo en cuenta no sólo lo intrincado del ejercicio sino también el carácter poco sistemático de la obra intelectual de Fuller, el cual jamás presentó una síntesis completa de su pensamiento.

Esta segunda edición conserva la estructura de la primera (introducción del editor, recopilación de los textos de Fuller en tres partes y, como apéndice, una carta escrita por Fuller a Thomas Reed Powell, su colega en Harvard) y presenta tan sólo dos novedades. La primera es una nueva introducción de

---

[5] Escudero Alday, R, *Positivismo y moral interna del derecho*, Madrid, 2000. En atención al lector interesado habrá que decir que si bien este trabajo parte del mencionado debate va en realidad más allá del mismo. Escudero ofrece una lectura de la obra de Fuller desde el positivismo, o dicho en otros términos, busca la integración de la moral interna del derecho dentro del positivismo (necesariamente corregido).

[6] Siguiendo con el contexto, hay que destacar que Fuller fue profesor de derecho de contratos (es poco corriente en Estados Unidos la dedicación exclusiva a la teoría jurídica), y, por cierto, uno de los más reputados en la historia de aquel país.

Winston que se añade a la original, completándola. La segunda es una conferencia de Fuller, no publicada anteriormente, titulada *The Case Against Freedom*. El valor que aportan estos añadidos, que contribuyen sobre todo a trazar las implicaciones de la filosofía política de Fuller en su teoría del Derecho, constituye una muy buena razón para la lectura de la obra. Pero todavía más importante me parece la oportunidad que ofrece de completar y mejorar la visión que la comunidad jurídica española tiene del pensamiento de Fuller, lo cual es a su vez prueba de que la primera edición, aparecida hace ya veinte años, nunca recibió una gran acogida. Sería una lástima que esta segunda corriera la misma suerte.

The Principles of Social Order es un tratado general sobre *eunomics*, término acuñado por Fuller y que se define como *the science, theory or study of good order and workable social arrangements* (p.62). La primera de las tres partes en las que se organizan los textos de Fuller consta de un solo trabajo, *Means and Ends*. Se trata de la introducción que escribió Fuller a ese libro inexistente al que Winston pretende dar cuerpo. *Means and Ends* es la pieza fundacional de *eunomics* y en ella se dibuja la línea teórica que se irá desarrollando a lo largo de la recopilación. *Means and Ends* va mucho más allá de un texto jurídico, incluso de un texto de filosofía jurídica. Cabría hablar más bien de un ensayo de filosofía social en el cual Fuller demuestra su aguda sensibilidad hacia lo metodológico.

La aplicación de los principios de *eunomics* al Derecho es el objeto de la segunda parte de la recopilación, titulada *The Principles and Forms of Social Order*. Esta segunda parte constituye el verdadero núcleo de la obra y en ella cobran protagonismo principal los *procesos*, o, lo que es lo mismo, las formas o los principios del orden social a los que hace referencia el título de la obra. A lo largo de su vida Fuller ofreció varias listas de procesos, siendo la más extensa la que aparece en las páginas 188-189 y que distingue hasta nueve procesos o formas distintas del orden social. En esta segunda parte Winston recopila escritos de Fuller que tratan monográficamente sobre varios de esos procesos, en concreto sobre *adjudication* (aplicación judicial del Derecho), mediación, legislación, contrato, *costumary law* (derecho consuetudinario) y, de forma menos clara, *managerial direction* (dirección gerencial o dirección administrativa). Si bien los distintos ensayos que se ocupan de estos procesos no siguen una misma estructura (pues Fuller no los concibió como capítulos de un mismo libro) sí hay entre ellos suficientes similitudes como para ofrecer un cuerpo teórico de relativa consistencia.

El título de la tercera parte de la recopilación, *Legal Philosophy, Legal Education and The Practice of Law*, indica bien a las claras un criterio más débil en la selección y agrupación de los textos que el que orientó la segunda parte. Este tercer bloque recoge distintos ensayos de Fuller que no se ocupan

directamente de ninguno de los procesos anteriormente tratados. No es sistemático ni pretende serlo. Pero tiene el valor de establecer la conexión entre la teoría jurídica de Fuller, presentada en la parte previa, con su concepción de la práctica jurídica (con especial atención a la educación jurídica) y con su filosofía política, de base liberal[7] y conservadora.

III

El que afronte *The Principles of Social Order* buscando una síntesis del pensamiento iusfilosófico de Fuller sufrirá una decepción. Esta obra ofrece ante todo *una cierta perspectiva* sobre Fuller. Y esa perspectiva no toma como punto de anclaje aquellos aspectos de la teoría fulleriana que tradicionalmente han recibido mayor atención, tales como su consideración como autor iusnaturalista, los ocho cánones de la *moral interna del derecho* expuestos en *The Morality of Law*, su debate con Herbert Hart, etcétera... Estas cuestiones aparecen en el libro de forma tangencial y sólo en la doble introducción de Winston se trata sobre ellas expresamente. La ofrecida en esta recopilación es, por el contrario, una perspectiva original, la cual se centra en los aspectos menos conocidos (sobre todo en Europa) del pensamiento de Fuller. *The Principles of Social Order* es, como ya he señalado parafraseando al propio editor, un tratado general sobre *eunomics*. Con ello Winston logra no sólo presentar un enfoque novedoso de la obra de Fuller sino también contemplar desde una base más sólida y más fiel a sus fundamentos teóricos aquellas otras cuestiones habitualmente discutidas.

Me gustaría destacar dos tesis que pueden resultar especialmente interesantes para el jurista español. La primera se refiere al núcleo de la teoría de *eunomics* y según ella la relación entre los medios y los fines debe concebirse como una relación dialéctica. La segunda sostiene la existencia de una pluralidad de procesos para la consecución de fines sociales y eleva al jurista a la categoría de arquitecto del orden social. Aunque yo las separe a efectos expositivos, ambas ideas están íntimamente conectadas.

1) La relación entre los medios y los fines. La tesis que sostiene que la relación entre los medios y los fines, en aquello en que afecta a la filosofía social, es dialéctica, es el hilo teórico fundamental que recorre toda la obra.[8]

---

[7] Hablo aquí de "liberal" en el sentido clásico de ser favorable al mayor grado posible de libertad individual, cuya salvaguardia debe ser la primera misión del Estado.

[8] Hablo aquí de "dialéctica" como de relación entre dos términos opuestos que se condicionan recíprocamente. Se trataría, según la distinción de Norberto Bobbio, del sentido débil de dialéctica, en contraste con el sentido fuerte del término que correspondería a la dialéctica hegeliana, en la cual los dos términos de la dialéctica son sucesivamente eliminados para la posterior aparición de un tercer término (Noberto Bobbio, *Da Hobbes a Marx. Saggi di historia della filosofia*, Napoli, 1965, pp.256, 264).

Pero es en el primer texto, *Means and Ends*, donde se trata sobre ella de manera expresa. Fuller formula su postura en oposición a lo que denomina "modos de pensamiento comúnmente aceptados" respecto de la relación entre medios y fines, modos que se concretan, dentro del ámbito de las instituciones sociales, en los siguientes cinco puntos (pp.67 y ss):

- los fines son separables de las instituciones sociales que los sirven, son entidades distintas que pueden ser objeto de una apreciación aislada.

- es preciso determinar el fin antes de seleccionar el medio apropiado para alcanzarlo, de lo que se deriva que la principal tarea de la filosofía social es establecer una organización jerárquica de los fines.

- las instituciones sociales son absolutamente flexibles y la forma que se les dé para la consecución de un fin cualquiera es una cuestión "meramente técnica".

- sólo en los medios, y no en los fines, encontramos elementos de estructura formal; los medios deben ser diseñados, los fines tan sólo elegidos.

- los medios son males necesarios y sería mejor si sus costes pudieran ser evitados, esto es, si los fines fuesen alcanzados de forma directa sin intervención de las rígidas estructuras sociales.

La táctica de Fuller es examinar de manera crítica cada una de estas asunciones, definiendo así su tesis en contraposición a las mismas. Esa tesis, en resumen, tiende a suprimir una separación tajante entre medios y fines, afirmando que esa separación es causa de muchas de nuestras limitaciones en la visión de los fenómenos sociales (incluido el Derecho). La relación entre ambos planos es dialéctica. Las formas y las estructuras no son algo *menos valioso* ni *menos necesario* que los fines que mediante ellas pretenden conseguirse. Es desarrollando los medios como definimos, concretamos y modificamos los fines. Además, esos medios no son susceptibles de una manipulación absoluta al poder ser ellos mismos constitutivos de los fines perseguidos. Fuller cita significativamente la siguiente frase de Michael Oakeshott: "la libertad de un inglés no es algo ejemplificado en el procedimiento de Habeas Corpus, sino que *es*, en ese punto, la disponibilidad de ese procedimiento" (p.74).

El formular una tesis o incluso una teoría mediante la oposición a otras tesis tradicionalmente asumidas es un modo argumentativo común. Generalmente esas asunciones o teorías clásicas contra las que se escribe vienen presentadas por el propio crítico, el cual no siempre identifica explícitamente a los autores o escuelas que las defienden. Fuller sigue aquí este *modus operandi* y por ello cabe formular una cuestión de partida: ¿exagera Fuller a su enemigo?, ¿quién está dispuesto a defender incondicionalmente las tesis objeto de su crítica?, ¿contra quién escribe Fuller en realidad?

Hay que reconocer que Fuller sí nos da algunas pistas para identificar las posiciones que critica y empieza su exposición con dos citas de sendos autores representativas del modo de pensamiento que se dispone a refutar (esos autores son Aldous Huxley e Isaiah Berlin). En un momento posterior Fuller también ilustra ese modo de pensamiento con la concepción que Mill sostiene de la libertad como mera ausencia de restricción, es decir, como un fin que no requiere de estructuras sociales como medios para ser realizado. Sin duda estas referencias restan oscuridad a su teoría. Aún así podría objetarse que esas posiciones, particulares, concretas y descontextualizadas, no prueban que haya realmente quien esté dispuesto a defender la posición tradicional de la forma en que Fuller la describe. Cabría alegar seguidamente que una vez matizada esa posición tradicional la tesis de Fuller perdería gran parte de su interés y se convertiría en poco más que en la exposición de algo obvio o cuando menos de algo que pocos negarán. Creo sin embargo que existen al menos dos argumentos para defender el valor de la posición fulleriana.

El primero de esos argumentos es que Fuller no parece mostrar reparo en insistir sobre lo obvio ni en teorizar sobre aquello que parece no requerir de teoría por ser evidente.[9] Parece aplicarse aquí el pensamiento de O.W.Holmes según el cual a menudo necesitamos "educación en lo obvio" en vez de "investigación sobre lo oscuro". Es el mismo punto de partida que ilumina la teoría formal del Derecho de Robert Summers, en gran parte inspirada por Fuller, tal como vendrá reflejado en su nuevo libro de próxima aparición.[10]

El segundo argumento permite llegar más claramente al fondo del asunto y nos muestra como, a pesar del talante conceptual y abstracto de *Means and Ends*, su tesis es un elemento imprescindible para apoyar las posiciones más conocidas y más directamente aplicadas al Derecho de Fuller. Así, detrás de la concepción tradicional de la separación entre los medios y los fines se halla, sin duda, la versión más extrema del movimiento pragmático americano que se materializó principalmente en la escuela realista, primero, y en el movimiento *Critical Legal Studies*, después. A Fuller, iluminado por su ideología liberal, le inquietó mucho la posible deformación del orden jurídico en pos de la consecución de programas de carácter económico y social, reflejo de la subordinación del

[9] Por ejemplo, en *The Morality of Law*, p.156, donde se disculpa retóricamente por ello.

[10] Aunque Summers ya ha incidido previamente en este punto: por ejemplo, en "How Law is Formal and Why It Matters", vol.82, *Cornell Law Review*, 1997, p.1165 y ss., de donde extraigo la cita previa de Holmes, la cual proviene a su vez de Oliver Wendell Holmes Jr., *Collected Legal Papers*, 1921, p.292.

Derecho a la política a la que sin duda conducía una forma de pensamiento centrada en la determinación apriorística de fines y la posterior manipulación del orden jurídico para su consecución. Aquí vio Fuller el peligro de los excesos que subyacían en la corriente instrumentalista. Una generación antes, su antecesor como *Carter Professor of General Jurisprudence* en Harvard, Roscoe Pound, habíase encontrado en la misma situación. Pound, preocupado por las consecuencias a las que podían llevar sus fundamentos pragmáticos en manos de autores menos comprometidos que él con el sistema político y económico norteamericano, se había echado atrás en sus propios planteamientos insistiendo en los límites de la acción jurídica, especialmente legislativa. Y esta es la misma línea en la que debe situarse la tesis de Fuller. Pero no se trata aquí simplemente de afirmar que no todo fin puede ser logrado a través de cualquier medio (lo que lleva a la indiscutible afirmación de que no todo puede lograrse a través del Derecho) sino también que hay fines que necesariamente requieren de determinado medio para ser alcanzados (utilizando el ejemplo del propio Fuller en oposición a Mill, no puede haber libertad sin restricciones que la limiten). Es sobre todo en este segundo punto en el que Fuller basa su íntimo respeto hacia el orden jurídico, en contraposición a la irreverencia con que lo han tratado los realistas y los *Crits*.

La tesis de la relación dialéctica entre los medios y los fines es, en definitiva, la base filosófica de la *teoría procedimental del Derecho* que se expone en la segunda parte de la obra. Sirve también de anclaje a la tesis de Fuller según la cual el respeto de las formas jurídicas tiende a promover la consecución de fines sustantivos valiosos y tiene por sí mismo un valor moral. Y es que los medios (en este caso el Derecho que respeta esos principios de legalidad) en sí mismos limitan, definen e incluso parcialmente constituyen los fines perseguidos. Así, la sombra de los modos tradicionales de pensamiento en torno a la relación medios-fines (esa concepción simplista que separa radicalmente ambos términos) se extiende más allá de las ramas más radicales del realismo y pasa a alcanzar en buena medida al positivismo analítico, cuya separación entre Derecho y moral, entre la ciencia jurídica y la ética, parece constituirse como un reflejo (quizás inconsciente) de la separación entre medios y fines. Podría alegarse de nuevo que Hart jamás defendió explícitamente esta última separación ni negó que las buenas formas jurídicas pudieran tener cierta influencia sobre los valores morales del sistema y pudieran incluso contener en sí mismas cierto valor moral. Hart reconocía que "aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una norma general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia", lo que no quita que según su opinión la *moral interna del derecho* sea "compatible con una

gran iniquidad"[11]. Alguien podría alegar que lo que al final separa a Hart de Fuller es una cuestión de grado: ambos están de acuerdo en que la forma determina en cierta medida los fines, pero mientras que para Hart lo hace de manera poco significativa, para Fuller la relación es tan esencial como para basar sobre ella una auténtica *teoría del derecho natural procedimental*. No sé hasta qué punto esta conclusión sería acertada. De lo que sí tengo seguridad es de que pocos autores se preocuparían menos que Lon Fuller por la acusación de que sus oposiciones conceptuales no son netas sino más bien una cuestión de grado.

2) La pluralidad de procesos. La segunda parte de la recopilación vendría a constituir una "parte especial" de *eunomics* en la que se trata sobre distintos procesos o formas de orden social (es decir, distintos medios para la consecución de fines) a través de cuyo análisis muestra Fuller la trabazón entre el diseño técnico de los procesos y la definición de los fines a conseguir. En este contexto quisiera destacar una segunda idea que considero especialmente importante dada la novedosa perspectiva que ofrece sobre la obra general de Fuller. Esta idea es el hecho de la pluralidad de procesos en sí misma.

Frente a las teorías tradicionales del Derecho, que prestan atención casi exclusiva a los procesos de legislación y aplicación judicial, Fuller abre un abanico de posibilidades técnicas, todas ellas de gran importancia para el mantenimiento del buen orden social. Como consecuencia de esto, el papel del jurista cobra una nueva dimensión, siendo ahora su principal responsabilidad la elección de aquellos procesos adecuados a los fines perseguidos. Esa elección no tiene porqué partir de un número cerrado de posibilidades. Puede implicar la modificación o el rediseño del proceso elegido o también el diseño de un nuevo proceso a partir de la combinación de otros. De lo que en ningún caso se trata es de una creación *ex novo*: la elección está siempre condicionada por el contexto histórico y social desde el que se realiza. Como expone e ilustra Fuller brillantemente en *Irrigation and Tyranny*, la gama de procesos disponibles para la resolución en un sentido determinado de cierto problema está limitada por las condiciones culturales del momento y lugar en que debe realizarse (p.219).

Esto es novedoso en tanto en cuanto la visión común que se tiene de la teoría de Fuller está muy centrada en lo que sería el proceso legislativo y por lo tanto no supondría, en este ámbito, ninguna ruptura con las teorías tradicionales del Derecho. A ello contribuye el que la obra de Fuller más conocida, al menos entre la comunidad jurídica española, sea *The Morality of*

[11] *El concepto de Derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió) Buenos Aires, 1998, pp.255-6.

Law. En ella la *moral interna del Derecho* se concreta en ocho cánones que se refieren principalmente al proceso legislativo.[12] Fuller utiliza en esa obra el término Derecho (*law*) como sinónimo de legislación, hasta el punto de contraponerlo al de *managerial direction* como ejemplo de aquello que no es Derecho (pp.207 y ss.). Nada hace indicar que Fuller, preocupado por establecer el valor moral del procedimiento a partir de la actividad legislativa, tenga en mente una concepción del Derecho como conjunto de procesos.

En *The Principles of Social Order* este esquema cambia. La legislación es uno de entre varios procesos de orden social entre los que se incluye la *managerial direction*, junto con la aplicación judicial del derecho, la mediación, el derecho consuetudinario y el contrato. Winston destaca hábilmente esta idea a través de su criterio de recopilación: el texto que incluye como representativo del proceso de legislación no es un texto fundamental e incluso su localización física (entre los demás textos que tratan sobre otros procesos) le resta centralidad.[13]

De lo que acabo de exponer pueden deducirse dos implicaciones. La primera es la escasa preocupación de Fuller por determinar un límite estricto a la noción de Derecho, lo cual debe asociarse con el concepto gradual de Derecho que defiende el autor en *The Morality of Law*. ¿Son "jurídicos" todos los procesos? ¿Cuáles son "jurídicos" y cuáles no? ¿Se puede decir de algunos que son "más jurídicos" que otros? No hay una respuesta a estas cuestiones en el libro. La propia terminología de Fuller no es de mucha ayuda. Aunque el título de esta obra hable de los principios del *orden social*, Fuller usó indistintamente los términos *procesos sociales* y *procesos jurídicos* (p.41). Winston adopta en su introducción la segunda de esas denominaciones. En la tabla comparativa de las formas de orden social que elabora a partir de los escritos de Fuller incluye, bajo el título de "Características de los principales procesos *jurídicos*", los procesos de *adjudication* o aplicación judicial, mediación, contrato, legislación y *managerial direction* o dirección administrativa (p.48). La única explicación que parece plausible para comprender esta aparente confusión (e incluso contradicción con *The*

[12] Aunque alguno se refiere también al de aplicación. En la descripción de la mayor parte de esos requisitos Fuller se refiere al proceso legislativo, con excepción del último de ellos, a saber, que exista congruencia entre la norma declarada y la acción oficial, el cual es más bien considerado en relación al proceso de aplicación judicial, si bien aquí la acción judicial es en muchas ocasiones un elemento corrector de la incongruencia que es en realidad introducida a través de la aplicación administrativa del Derecho (*The Morality of Law*, ed.rev., New Haven, 1969, p.81 y ss.).

[13] Se trata de un fragmento de *The Anatomy of Law* que trata sobre las razones por las cuales los principios de legalidad no deben constar en disposiciones constitucionales, sin que ni siquiera se trate directamente en dicho fragmento sobre esos principios (pp.176 y ss.).

Morality of Law) es que Fuller trabaja en todo momento con un concepto de Derecho flexible, muchas veces un concepto *ad hoc* para las necesidades de su discurso. Lo esencial para Fuller, siempre muy preocupado por las cuestiones prácticas, era que el trabajo del jurista se expandiera por toda esa pluralidad de procesos. Es significativo que Fuller hable del jurista como de un "arquitecto de estructuras sociales" o "del orden social" y no de un "arquitecto del Derecho" o de las "estructuras jurídicas": con ello pretendía sin duda dignificar la tarea del jurista remarcando la inmensa responsabilidad que él le atribuía. No parece que Fuller, quien, como ya he apuntado, sostuvo un concepto gradual de Derecho, se preocupara mucho por establecer la frontera a partir de la cual el Derecho dejaría de ser tal para convertirse en parte del concepto más amplio de orden social. Esta falta de determinación respecto del concepto de Derecho es ilustrativa del desprecio que Fuller mostró por muchas de las cuestiones claves de la teoría jurídica tradicional, especialmente aquellas relativas a las distinciones conceptuales. Esta actitud fue uno de los principales focos de atención de sus detractores, los cuales le achacaron poca capacidad analítica. No es mi tarea valorar este punto, pero no puedo dejar de constatarlo pues debe tenerse en cuenta para apreciar en su justa medida las tesis de este libro.

La segunda implicación de este modelo pluri-procedimental es que si el legislativo es un proceso situado en pie de igualdad con otros procesos jurídicos, habrá que concluir que los principios de legalidad en que se concreta la *moral interna del Derecho* (los cuales, con las salvedades antes apuntadas, son predicables principalmente del proceso legislativo) son tan sólo una cierta manifestación de esa moral interna en pie de igualdad con otras. Y en efecto esta es la interpretación de Winston. Para Fuller el carácter moral del Derecho se extiende a todas sus formas o procesos. "Cada uno de los procesos contiene dos elementos centrales: el diseño de un mecanismo y los principios morales apropiados para tal diseño (...). [Estos segundos] estipulan un conjunto de requisitos morales distintivos del proceso" (p.42). En el caso de la legislación esos requisitos se concretan en los bien conocidos principios de legalidad: ellos representan la *moral interna de la legislación* (esta es la denominación que utiliza Winston en el índice analítico, p.350). Pero serán distintos en cada uno de los procesos o formas del orden social. Por poner un ejemplo, en el contrato estarán referidos a los principios de reciprocidad e intercambio equitativo que dotan de valor moral a las promesas.

El mostrar los principios de legalidad como una manifestación concreta del valor moral del Derecho aplicada a un proceso concreto (el legislativo) que compite con otros varios procesos del orden social, también dotados de valor moral, me parece una aportación muy importante y muy original de esta obra. Pero además, gracias a la introducción de Winston y, sobre

todo, al texto añadido en esta segunda edición (*The Case Against Freedom*), obtenemos una buena idea del trasfondo ideológico personal que sostenía esta visión. Y es que Fuller se oponía al dominio de la concepción descendente del Derecho (*top down approach*: Derecho entendido simplemente como imposición de normas por una autoridad superior) que ha dominado tradicionalmene la teoría jurídica y propugnaba frente a ella una concepción ascendente (*bottom up approach*). Lo que más le preocupaba a Fuller de la legislación eran sus límites: el fin natural del proceso legislativo es para Fuller permitir la capacidad de auto-dirección de los ciudadanos como agentes morales autónomos. Fuller expresó mucha más simpatía hacia el *common law* que hacia el Derecho legislado[14]. Pero si había para Fuller una forma de orden social más importante que las demás esta debía ser sin duda el contrato. El proceso contractual, en el que los individuos interactúan libremente dentro del marco establecido por la legislación y por la costumbre, responde mejor que ningún otro a las inclinaciones liberales de Fuller, el cual, como ya he señalado, ha sido uno de los mayores expertos en derecho de contratos de Estados Unidos. Las razones por las que en *The Morality of Law* Fuller se centró en el proceso legislativo podrían haber sido relativamente contingentes: según insinúa Winston en su nota introductoria a *The Case Against Freedom* el interés de la comunidad académica en que Fuller siguiera la línea que marcaba su confrontación con Hart (una confrontación que giraba en torno a la legislación como forma paradigmática del Derecho) le impidió desarrollar otras ideas propias de mayor originalidad (p.315).

IV

Esta compilación resultará valiosa tanto para el que esté familiarizado con el pensamiento de Fuller como para el que se aproxima a este autor. Al primero le aportará una perspectiva novedosa que le permitirá interpretar con nueva luz su obra. Al que se aproxima a él por primera vez le resultará también muy útil, teniendo en cuenta que el ámbito temático del libro es amplio y que ofrece una visión muy general sobre la concepción del Derecho de Fuller. El relativo olvido de los temas del pensamiento fulleriano más tratados hasta ahora se compensa en buena medida con la introducción de Winston, la cual se constituye como un verdadero ensayo (dos en realidad) independiente, más centrado que el resto del libro en las cuestiones tradicionalmente discutidas sobre este autor.

Precisamente el valor añadido por Winston a la recopilación es digno de ser destacado. Junto con las dos introducciones y los criterios utilizados

[14] Un sumarísimo e interesante análisis del *common law* lo encontramos en pp.256-257.

para la selección y organización de los materiales, la aportación de Winston se completa con las notas introductorias a cada uno de los textos, muy útiles para su comprensión ya que los contextualizan, no sólo dentro de la obra de Fuller, sino también dentro de sus circunstancias históricas, académicas e incluso personales. Esto, por cierto, es otra faceta que también interesará al que ya esté familiarizado con el pensamiento de Fuller, puesto que le ofrecerá datos posiblemente desconocidos pero nada despreciables para una lectura distinta (o al menos matizada) de sus posiciones teóricas.

En un orden más general de cosas, me gustaría destacar tres aspectos que, a mi entender, constituyen una herencia esencial que Fuller lega a la comunidad jurídica del futuro (ya del presente), todos los cuales, cada uno a su modo, impregnan la obra aquí comentada (razón por la cual parte de lo que diré ahora ha sido mencionado previamente). La selección de estas cuestiones es muy subjetiva, no pretende ser exhaustiva ni sistemática: en definitiva, no pretende más que recoger las impresiones personales de un lector.

El primero de esos aspectos es el metodológico. Aquél que se interese por las cuestiones epistemológicas encontrará en este libro una buena muestra de la influencia de la filosofía pragmática en Fuller. Son varias las cuestiones que al respecto deben destacarse. Quizás la más original sea el análisis de los procesos a partir de modelos abstractos que pueden considerarse como tipos ideales, entendida esta expresión tanto en un sentido weberiano como en un sentido moral. Destaca también la sorprendente habilidad para moverse entre distintos planos de abstracción (característica habitual en los juristas americanos) y entre distintos planos disciplinares. La dimensión instrumentalista de Fuller es muy marcada en lo epistémico. El método de Fuller es esencialmente empírico: esto se comprueba con más claridad en su trabajo sobre los procesos que en la formulación de la moral interna del derecho. Fuller insiste en la relativización de toda afirmación sobre el derecho, la cual debe circunscribirse a las circunstancias específicas en las que el fenómeno se produce. Para la determinación de esas circunstancias, no duda en recurrir a las ciencias sociales, esto es, a la psicología, economía, sociología y, destacadamente, antropología. Fuller era de hecho un pensador cultivado en estas ramas, si bien era también consciente de los límites del uso de las ciencias sociales en teoría jurídica y siempre abogó por un uso crítico y limitado de las mismas, en lo que constituye un claro ejercicio de sofisticación de los postulados instrumentalistas.

El segundo aspecto es el referido a la ruptura de los límites de la juridicidad. Esto está claramente unido a lo comentado en el párrafo anterior. Este punto es especialmente polémico, si bien a Fuller habría que situarlo, más que en un lado de la polémica, fuera de la misma, quizás despreocupado por la polémica en sí. La trascendencia de su concepto gradual de derecho es enorme

para los desarrollos contemporáneos en antropología y sociología jurídicas.[15] Fuller se encuentra entre los pocos teóricos serios del derecho a cuya autoridad pueden acudir los modernos partidarios del pluralismo jurídico.[16]

El tercero y último de los aspectos que querría aquí destacar es el que tiene que ver con los fines del Derecho. Para Fuller, ese fin forma parte del mismo Derecho: las normas, los procesos o los sistemas tienen un fin, un propósito sin el cual no pueden ser entendidos. Esta idea, mediante la cual Fuller cargaba contra el positivismo analítico, también muestra la continuidad que este autor representa en relación con el instrumentalismo americano (la preocupación por los fines del derecho era ya patente en Holmes y había alcanzado con Pound una importancia notable). Estudiar el Derecho en términos de sus finalidades implica contemplarlo como actividad, como empresa, y no como resultado (que es como lo contemplaba el positivismo analítico al que Fuller se oponía). Esta dimensión del pensamiento de Fuller es la que habría reflejado en su gran proyecto de *eunomics*, en caso de que hubiera podido llevarlo a término.

La concepción del Derecho como actividad dirigida a la consecución de fines conduce la reflexión de Fuller hacia dos dimensiones. Por una parte, una dimensión tecnológica, la cual se refiere a la elección y al diseño de los procesos adecuados para la obtención de unos determinados resultados. Esos procesos, ya lo sabemos, constituyen una pluralidad abierta. Por otra parte, una dimensión moral o valorativa, esto es, como también se ha dicho ya, todos los procesos jurídicos o de orden social tienen un componente moral, una moral interna, que en cada uno de ellos se concreta en unos requisitos o cánones particulares.[17] Esta esfera moral de la reflexión, por cierto,

---

[15] El propio Fuller se hizo eco, en el prefacio a la segunda edición de su *The Morality of Law*, del interés que el libro había suscitado entre los sociólogos y antropólogos del derecho (p.vi).

[16] En el inicio de *Human Interaction and the Law* (p.232 en la compilación) Fuller ofrece un concepto de derecho que podrían muy bien parafrasear éstos: "Entiendo la palabra *derecho* en un sentido muy amplio. Pretendo que incluya no sólo los sistemas jurídicos de estados y naciones, sino también los sistemas más pequeños –al menos de "apariencia jurídica" en su estructura y función- que se encuentran en sindicatos, asociaciones profesionales, clubes, iglesias y universidades. (...) Cuando se le otorga ese ámbito extendido al concepto de derecho, resulta aparente que muchas de las cuestiones centrales de hoy en día son de naturaleza jurídica, en ese sentido amplio".

[17] Esta distinción entre las dimensiones tecnológica y moral la llevo a cabo tan sólo a efectos de análisis, ya que en el pensamiento de Fuller aparecen confundidas. De hecho, es esta fusión entre las dos dimensiones la que lleva a algunos autores a calificar a Fuller como iusnaturalista tecnológico (Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, ob.cit, especialmente p.339) y a otros a negarle el carácter iusnaturalista (Miller, W.S, "Review to Summer's "Lon L. Fuller" and Winston's "The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller"", *The American Journal of Jurisprudence*, vol.30, 1985, p.229, según el cual los principios de legalidad no son "moralidad" precisamente porque son "tecnología").

interesó mucho a Fuller en relación con una de sus grandes preocupaciones, tradicionalmente ignorada: la profesión y la educación jurídicas. En *The Principles of Social Order* no encontraremos a un Fuller obsesionado por defender el carácter intrínsecamente moral del Derecho, pero sí a un Fuller muy preocupado por la moralización de la profesión jurídica, así como por la sublimación de su actividad. Esta, por cierto, es cuestión de interés común en la teoría jurídica americana, y no es la menos importante para su adopción en Europa.

Me gustaría concluir insistiendo en la misma idea que he planteado al comienzo de este texto, a saber, que junto a la tradicional lectura de Fuller centrada en su confrontación con el positivismo analítico, cabe una lectura realizada desde el prisma de su relaciones con el instrumentalismo. *The Principles of Social Order* es un libro que invita a ser leído de esa manera y que permite, al hacerlo, obtener una visión distinta del autor americano. Esta perspectiva es equilibrada en la búsqueda tanto de puntos de oposición como de enlace o continuidad con el que fue el entorno de Fuller. Esta perspectiva, además, permite ver la centralidad en su pensamiento de alguno de los aspectos a los que menos atención se ha prestado (los dos destacados en las páginas anteriores son un ejemplo), sin restar importancia a los más conocidos (principalmente el valor moral intrínseco del derecho), en los cuales Fuller no sólo se opone al positivismo analítico sino también al instrumentalismo.

Como ya he dicho antes, si Fuller es o no iusnaturalista es sin duda la pregunta estrella sobre este autor. Dada la ingente bibliografía que trata de dar solución a ese dilema, cualquier aportación que desde esta nota pretendiera hacerse estaría fuera de lugar. Creo que la única verdadera aportación pasa por guardar silencio al respecto; pero, eso sí, un silencio consciente que pretende ante todo permitir que se escuche el rumor de fondo oculto tras esa melodía que se repite (en distintas versiones) una y otra vez. Me gustaría sugerir que en ese rumor de fondo hay elementos para crear una composición nueva, inspiradora y fértil. Si eso es cierto o si sólo hay ruido es algo que el lector podrá juzgar por sí mismo.