

4.- LA MORALIDAD DE LA MORAL INTERNA DEL DERECHO

El primer argumento de Fuller que se va a manejar, y sobre el cual se articulará este capítulo inicial de la segunda parte, hace referencia al carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho. Carácter moral sobre el que se ha venido advirtiendo en páginas anteriores, y que, a partir de este momento, ocupará un papel central en el desarrollo de este trabajo. Ello se debe, en gran medida, al tratamiento que, de dichos elementos, lleva a cabo el propio Fuller. Así, si bien ya hubo ocasión de analizar la consideración de los requisitos de la moral interna del Derecho como normas implícitas de la creación jurídica, es éste el momento de centrarse en otro atributo con el que Fuller califica esta figura. La moral interna del Derecho es, en opinión de este autor, la moral que hace posible el Derecho¹. Nada hay que añadir, tras todo lo expuesto en los capítulos que componen la primera parte del presente trabajo, a la afirmación de Fuller de que los elementos de la moral interna del Derecho son necesarios para la existencia de un sistema jurídico; la tarea a desarrollar se basa, ahora, en la calificación de éstos como elementos o principios morales, es decir, en el hecho de que sean considerados como dimensiones de moralidad que se introducen en la estructura de un sistema jurídico, y que lo hacen hasta el punto de resultar imprescindibles para la configuración de la misma². Es ésta la primera vía de argumentación utilizada por Fuller para alcanzar

¹ .- A la hora de encontrar una referencia del propio FULLER acerca de la naturaleza de los elementos de la moral interna del Derecho, basta con acudir al lugar, dentro del conjunto general de su obra, donde desarrolla un estudio de tales elementos de una manera más detallada y sistemática. Se trata de su libro *The Morality of Law*, y en concreto de su segundo capítulo, que precisamente lleva por título: “La moral que hace posible el Derecho” (*op. cit.*, p. 33). Posteriormente, en el escrito de réplica a las numerosas críticas que suscitó este concreto aspecto de su teoría, señalará que “el título de mi segundo capítulo, *The Morality that Makes Law Possible*, representa una tesis que mis cuatro críticos [FULLER se refiere concretamente a HART, M.COHEN, R.M.DWORKIN y R.S.SUMMERS, que son los autores a los que pretende responder, mediante el capítulo final titulado *A Reply to Critics*, en la segunda edición de la obra citada anteriormente] encuentran completamente inaceptable [...] «Falto de argumentación», «absurdo», «extraño», «grotesco» - he aquí algunos de los términos que mis críticos estiman necesarios para caracterizar mi tesis de que existe algo así como una moral interna del Derecho” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 200). Ocasión habrá, a lo largo de las páginas que proceden, de referirse a cada una de estas críticas.

² .- Nótese que la moralidad que FULLER postula de los elementos de la moral interna del Derecho lo es, desde su perspectiva teórica, con independencia de los contenidos, fines o propósitos concretos que se persigan en cada sistema jurídico. Adquieren estos elementos, pues, carácter moral por sí mismos, al margen de que se encuentren, o no, inmersos en un sistema jurídico que, por los valores contemplados en él, merezca el calificativo de moral. Resultan extremadamente útiles, para entender este argumento de FULLER, las siguientes palabras de R.M.DWORKIN: “A lo largo del libro [*The Morality of Law*] el lenguaje de Fuller sugiere que sus ocho cánones tienen una cualidad moral en sí mismos, y no simplemente una moralidad derivada o refleja [...] Sus ocho cánones de derecho tienen una conexión con

la conexión entre el Derecho y la moral, tan ansiada por este autor como evitada por el positivismo jurídico³.

En consecuencia, no es de extrañar que en este capítulo se estudien las diferentes características con las que Fuller subraya y cualifica el carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho, para afrontar, en el siguiente, un cambio de perspectiva y centrarse en el pretendido carácter moral del propio sistema jurídico. A la hora de llevar a cabo ambas tareas, no conviene pasar por alto que el objetivo que se busca con estas páginas es el de llamar la atención sobre las posibles conexiones entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Y, si es que éstas existen, analizarlas desde la perspectiva positivista que se ha adoptado y que, por tanto, preside el desarrollo de este trabajo. Respecto a la primera de ambas cuestiones, la constituida por el análisis de la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho, se expondrán a continuación las tres características que, a decir de Fuller, reúnen estos elementos. Se trata, en primer lugar, de una moralidad que podría ser tildada de procedimental, debido a su propia configuración interna, es decir, al signo de los elementos que la componen. Fuller destaca, en segundo término, su específica vinculación con la labor de creación y aplicación de normas jurídicas, lo que llevaría a distinguirla, por lo menos desde su punto de vista, de lo que podrían ser los criterios generales de moralidad que se pretende gobiernen las conductas humanas. Finalmente,

la moral independientemente de su importancia estratégica y de su impacto sobre la moralidad sustantiva del derecho" ("Philosophy, Morality and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *op. cit.*, pp. 670-671, nota 14). Sin perjuicio de la relación que la moral interna del Derecho pueda tener con la consecución de valores morales sustantivos, que la tiene, como habrá ocasión de exponer mas adelante, lo cierto es que la argumentación de FULLER persigue, como objetivo de primer orden, predicar la moralidad de los elementos de su lista; lo que significa, dicho en otros términos, entenderlos como auténticos e independientes principios morales, es decir, como "ciertos imperativos a alcanzar [...] por el estado" (HARRISON, J., "When a Principle is a Moral Principle?", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 28, 1954, p. 111), si éste pretende reconocimiento en el plano moral.

³.- Véase, a través del siguiente razonamiento de R.M.DWORKIN, cómo puede llegarse a la conclusión de la conexión entre el Derecho y la moral, partiendo de la base de atribuir carácter moral a los principios de la moral interna del derecho. Pues, "(1) la violación de los cánones [de la moral interna del Derecho] es una falta moral, como romper las promesas también lo es; entonces, los cánones, como las normas sobre el mantenimiento de las promesas, constituyen principios morales; (2) el derecho no puede ser formulado y mantenido [...] sin un mínimo cumplimiento de estos cánones; (3) en consecuencia, el derecho no puede ser formulado y mantenido sin un mínimo cumplimiento de estos principios morales" ("Philosophy, Morality and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *op. cit.*, p. 674). Y, entonces, según concluye R.S.SUMMERS, "si el derecho tiene una moralidad interna, esta moralidad y el mismo derecho no pueden ser separados" ("Professor Fuller on Morality of Law", *op. cit.*, p. 24). Ocasión habrá, más adelante, de exponer cuáles son los supuestos errores que, según el propio R.M.DWORKIN, vician esta argumentación. Argumentación que es, por su parte, perfectamente coherente

el tercer aspecto está relacionado con la ya avanzada distinción entre una moral de aspiración y una moral de deber, entendidas ambas como dos de los ámbitos bajo los que pueden ser clasificadas las normas morales. La aplicación de esta distinción a la moral interna del Derecho, así como los problemas que ello puede llegar a plantear, será el objeto del último epígrafe de este capítulo.

4.1.- Su carácter procedimental

Para comenzar con la exposición del primero de los rasgos que, en la teoría de Fuller, se predicen de la moral interna del Derecho, nada mejor que partir de la calificación que de la misma hace el propio autor. Y así, la moral interna del Derecho es, siguiendo a Fuller, una moralidad procedimental, en el sentido de que los elementos que la componen se refieren a cuestiones principalmente formales. Si se detiene la atención, siquiera brevemente, en la formulación de tales elementos, podrá comprobarse cómo se trata de 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, dicho en otras palabras, que la mayor parte de 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 cada una de éstas. Requisitos como la generalidad, la publicidad, la perdurabilidad, la claridad, la irretroactividad y la no contradicción de las normas tienen una dimensión predominantemente formal, que se traduce, en líneas generales, en la imposición de una serie de dimensiones que las normas jurídicas deben asumir; dimensiones que no merecen recibir una consideración que pudiera calificarse de sustantiva, al evitar cualquier referencia a los aspectos materiales o de contenido sustantivo de las normas⁴.

con las tesis de FULLER, a pesar de que éstas puedan adolecer, en alguna ocasión, de una cierta falta de claridad expositiva, lo que motiva que, como en este caso, sea necesario acudir a una referencia adicional.

⁴ .- Sin perjuicio de que se sea consciente de la dificultad de trazar una clara y tajante distinción entre rasgos formales y materiales del Derecho, se sigue, en estas páginas, la posición de R.S.SUMMERS según la cual “un rasgo «formal» del derecho es aquél que resulta en alguna medida independiente del contenido sustantivo del derecho” (“The Formal Character of Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 51, n° 2, junio, 1992, p. 242). De acuerdo con esta definición, los elementos de la moral interna del Derecho son rasgos formales, ajenos, en principio, al contenido que pueda asumir cada concreto Derecho. Así, “la configuración formal [del Derecho] es una cosa, y su contenido sustantivo otra” (*ibidem*). Desde estas premisas, y si se tiene en cuenta lo expuesto en la primera parte de este trabajo, no es de extrañar que se

Incluso el requisito de congruencia entre la creación y la aplicación de normas puede entenderse en un sentido formal o estructural, al hacer referencia al hecho de que el contenido de las normas, sea éste el que sea, debe ser respetado por parte de los órganos o sujetos encargados de la aplicación de las mismas. Y ello, téngase en cuenta, con independencia de la consideración que, desde el punto de vista sustantivo, pudieran llegar a merecer dichas normas. Ciertamente es que uno de ellos, la exigencia de que las normas jurídicas no impongan acciones o conductas que puedan resultar de imposible cumplimiento para los destinatarios, puede entenderse más bien como directamente relacionado con una serie de contenidos materiales que las normas no deben recoger, así como también lo es que los restantes elementos presentan una vertiente material, en el sentido de que se hace extremadamente difícil separar de un modo tajante y definitivo las dimensiones material y formal de toda norma jurídica; pero, estas dificultades no pueden, en mi opinión, desvirtuar el carácter básicamente procedimental de los elementos de la moral interna del Derecho, apreciable, quizá con mayor nitidez, si se compara con los contenidos materiales de la moralidad.

Sobre este punto se centra, de forma genérica, el contenido de este epígrafe, el cual, para una mayor claridad en el análisis, se ha articulado sobre la base de tres apartados. En el primero de ellos, y siguiendo con la idea presentada en el párrafo anterior sobre el carácter formal de la moral interna del Derecho, se abordará la cuestión de la diferencia entre esta particular forma de considerar la moralidad y aquella otra, más tradicional, caracterizada por abordar la cuestión desde la perspectiva de los contenidos sustantivos de las normas. Tras esto, se analizarán las consecuencias que, para la concepción del Derecho presentada y defendida por Fuller, puede suponer la existencia de esta moralidad de carácter formal. Se trata, en este caso concreto, de la acusación de iusnaturalismo procedimental y tecnológico, aspecto, este último, sobre el que ya se advirtió en otro lugar de este trabajo. Será éste el momento adecuado para centrarse en ella, al estar fuertemente vinculada a la dimensión formal o procedimental de la moral interna del Derecho. Finalmente, habrá que referirse a las críticas que la

continúen asumiendo las tesis de R.S.SUMMERS. En concreto, sus afirmaciones de que, por un lado, “son deseables ciertos rasgos formales del derecho” (“The Formal Character of Law III”, *Rechtstheorie*, vol. 25, n° 2, 1994, p. 127), y que, por otro, “algunas de las características sistemáticas de un sistema jurídico, visto como un todo, tienen un significativo grado formal” (*ibidem*). Los elementos de la moral interna del Derecho tienen mucho que aportar, desde mi punto de vista, para la veracidad de las citadas afirmaciones de R.S.SUMMERS.

consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de moralidad pueda llegar a recibir; referencia que, desde mi punto de vista, se antoja necesaria en el desarrollo de este trabajo. Y ello porque si esta atribución del título de moralidad a los elementos de la moral interna del Derecho resultara correcta, no parecería erróneo deducir, de ella, una conclusión general como la que sigue. Si los elementos de la moral interna del Derecho son, por un lado, necesarios para la existencia del Derecho, y, por otro, son dimensiones de moralidad, resulta que el Derecho es, en sí mismo considerado, una actividad moral, al estructurarse sobre una base moral, como es la compuesta por los requisitos de la moral interna del Derecho⁵.

4.1.1.- La dualidad moral interna y moral externa del Derecho

Que la moral interna del Derecho responde a un carácter procedimental es algo respecto de lo que Fuller no deja lugar a la duda. Su percepción de la misma descansa sobre la base de una distinción entre aquellas dimensiones, o aspectos, de la moralidad vinculadas al contenido de las normas, y aquellas otras relacionadas, en cambio, con la forma o estructura de tales normas. Lo que, en el caso del Derecho, se traduce en una diferenciación entre, por un lado, la parte de la moralidad relativa a la materia a la que se refieren las normas jurídicas y, por otro, la que proporciona el entramado o la estructura necesaria para que el Derecho, un Derecho que pretenda además contar con una importante dosis de moralidad, pueda funcionar como tal⁶. Es, precisamente, en este

⁵ .- La relación que se plantea, utilizando los argumentos de FULLER, entre la naturaleza moral de los elementos de la moral interna del Derecho y el carácter moral del propio Derecho, es recogida en líneas generales, aunque con suma claridad, por R.S.SUMMERS. Como señala este autor, si los elementos de la moral interna del Derecho “constituyen de hecho una moralidad, entonces es claro que el derecho y la moral están inseparablemente unidos. En la mayor parte de los sistemas jurídicos, obviamente no se puede conseguir algo que se asemeje a un control social a través del derecho a menos que se cuente con normas que sean generales, prospectivas, claras, y demás. Así, en el análisis del autor [FULLER], la moralidad se extiende completamente por la empresa jurídica” (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality of Law”, *op. cit.*, p. 24). Conviene advertir, con el objeto de evitar alguna posible confusión entre autores, que la utilización de estas palabras de R.S.SUMMERS a la hora de aportar algún dato adicional sobre esta vía de conexión entre el Derecho y la moral propuesta por FULLER se debe a la claridad de las mismas, y no a una posible adhesión, que no existe en ningún caso, de R.S.SUMMERS a esta concreta tesis de FULLER. Ocasión habrá, en páginas posteriores, de referirse a ello con mayor detalle.

⁶ .- Con carácter general, FULLER advierte que, siempre que se pretenda analizar el tema de las relaciones entre el Derecho y la moral, hay que tener en cuenta qué tipo de moral es la que puede entrar en juego. Así, en su opinión, este tema ha de ser enfocado desde la perspectiva de la moral interna del Derecho, sin abordar, por lo menos de manera principal, cuestiones como cuáles son los contenidos que, desde una determinada moral, se predicán de obligado respeto por parte no sólo de los participantes en la misma,

último ámbito en el que la moral interna del Derecho merece ser encuadrada, al tratarse de dimensiones formales, que no materiales, de moralidad; dimensiones que permiten, siempre desde la perspectiva teórica del propio Fuller, que el Derecho pueda alcanzar su inherente propósito, el cual no es otro, recuérdese, que sujetar las conductas humanas al gobierno de las normas⁷. Cuando, en páginas precedentes, se abordó la cuestión del propósito del Derecho, tal y como éste es entendido por Fuller, se tuvo ocasión de señalar y recoger las cautelas que el propio autor expuso respecto al sentido y alcance de dicho propósito. Se advirtió, allí, sobre la modestia del mismo, al tratarse de una mera sujeción de las conductas a las normas jurídicas, con independencia, en principio, de los contenidos sustantivos a los que éstas respondan. Del mismo modo, la moral interna del Derecho, en cuanto moralidad procedimental referida al propósito del Derecho, 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 Derecho⁸.

sino también del Derecho en el que tal comunidad de sujetos se ubica. Porque, como el propio FULLER señala, “cuando este tipo de cuestiones son tomadas como la clave del problema del derecho y la moral, la discusión queda tan desdibujada y distorsionada que cualquier intercambio provechoso de impresiones llega a ser imposible” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 638). Resulta de utilidad, siempre desde mi punto de vista, traer a colación esta importante advertencia de FULLER porque ofrece una pista sobre el carácter que adquiere su supuesto iusnaturalismo, tema que se abordará en las siguientes páginas de este trabajo.

⁷.- El carácter procedimental de la moral interna del Derecho se encuentra vinculado con la consecución de lo que FULLER considera el propósito inherente del Derecho, el cual puede resumirse en la adecuación de conductas a normas. Así, la aplicación del término de procedimental al carácter de los elementos de la moral interna del Derecho resulta, en palabras de FULLER, “apropiado para indicar que se está tratando, no con los propósitos sustantivos de las normas jurídicas, sino con la manera en la que un sistema normativo de regulación de las conductas humanas debe ser configurado y administrado si pretende ser eficaz y, al tiempo, alcanzar lo que pretende [es decir, su propósito «inherente»]” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 96).

⁸.- Una forma de poner de relieve el carácter formal de la moral interna del Derecho consiste en compararla con aspectos o contenidos de moralidad que reciben, habitualmente, el calificativo de materiales. Es ésta la técnica que se utiliza por parte de FULLER, tal y como se puede apreciar en las siguientes palabras de este autor: “Lo que he intentado hacer es distinguir y articular las leyes naturales de una clase particular de empresa humana, la cual he descrito como «la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas». Estas leyes naturales no tienen nada que ver con una «problemática omnipresencia en los cielos». Tampoco tienen la mínima afinidad con proposiciones tales como que las prácticas anticonceptivas suponen una violación de la ley divina. Permanecen completamente terrenales en cuanto a su origen y aplicación. No son leyes «superiores»; si sirve una metáfora sobre la altura, deberían ser consideradas leyes «más bajas». Son como las leyes naturales de la carpintería, o, al menos, como aquellas leyes a respetar por un carpintero que quiere que la casa que construye se mantenga en pie y sirva al propósito de los que viven en ella” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 96). Esta caracterización de la moral interna del Derecho, entendida como las “leyes naturales” del Derecho, advierte ya sobre el tipo de moralidad a la que FULLER en todo momento se refiere; advertencia que, posteriormente, encontrará su debido reflejo en cuanto se analicen aspectos tales como el cariz que

Entonces, la moral interna del Derecho no agota todo el universo de la moralidad, puesto que las cuestiones relativas a dimensiones materiales o de contenido permanecen al margen de aquélla. Así, y es sólo un ejemplo, la valoración de asuntos tales como la interrupción voluntaria del embarazo o la libre decisión de acabar con la propia vida no son tareas que puedan realizarse desde la moral interna del Derecho, sino que será necesario traspasar los márgenes de la misma, y acudir a otra instancia también moral. Instancia que, en opinión de Fuller, ha de recibir el calificativo de moral externa al Derecho, por oposición a la figura objeto de las páginas de este trabajo. Ésta es interna al Derecho, al tratarse de una serie de elementos que han de respetarse de modo necesario si es que se pretende alcanzar su propósito. Aquélla será, en cambio, externa del Derecho, puesto 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 mismo⁹. 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 Derecho. Cuáles sean éstos es algo que puede permanecer al margen de estas líneas, sin que ello suponga un menoscabo de la cuestión. Lo que sí conviene apuntar, al objeto de adelantar un aspecto sobre el que se volverá más adelante, es la existencia, para Fuller, de una cierta relación entre ambas vertientes, la externa y la interna, de la moralidad¹⁰. Se presenta, de este

alcanza el supuesto iusnaturalismo de FULLER, o, también, el de la posible compatibilidad de esta teoría de la moral interna del Derecho con los postulados positivistas que, en estas páginas, se asumen.

⁹ .- Sirvan las siguientes palabras de FULLER para mostrar, mediante algunos casos concretos, la diferencia entre las dos vertientes, interna y externa, de la moralidad. Desde su punto de vista, “aunque estas leyes naturales [es decir, la moral interna del Derecho] tocan una de las más importantes actividades humanas, no agotan, evidentemente, la totalidad de la vida moral del hombre. No tienen nada que decir en materias tales como la poligamia, el estudio de Marx, el culto a Dios, la progresividad en el impuesto sobre la renta, o la subyugación de las mujeres. Si se planteara la cuestión de si alguna de estas materias, u otras similares, debieran ser objeto de legislación, tal cuestión se relacionaría con lo que he llamado la moral externa del Derecho” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 96). Las cuestiones materiales de moralidad quedan, pues, al margen de la moral interna del Derecho, y, en consecuencia, bajo el ámbito de lo que FULLER denomina la moral externa del Derecho. Son, en términos de F.J.LAPORTA, “los fines u objetivos que *debería* perseguir el derecho, [pero que] si en un determinado caso un conjunto de leyes no reconocen o no persiguen, no por ello dejan de ser derecho” (*Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993, p. 29).

¹⁰ .- El tema de la existencia, o no, de relaciones entre las morales externa e interna del Derecho será objeto de análisis detallado en un lugar posterior de este trabajo. Y ello, entre otras cosas, por las consecuencias que supondría la adopción de una respuesta positiva a tal cuestión a la hora de plantearse el tema de la justicia de los sistemas jurídicos. No obstante, baste por el momento con señalar que, a decir de FULLER, “las morales externa e interna [frecuentemente] se superponen” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review*, vol. 10, nº 4, verano, 1965, p. 663).



modo, una dificultad adicional a la, ya de por sí, complicada separación entre las dimensiones formales y materiales de la moralidad.

La virtualidad de esta distinción de Fuller puede, por otra parte, verse afectada en el caso de que se limitara el calificativo de moral a las dimensiones sustantivas o de contenidos. Se trataría, en este caso, no de borrar cualquier posibilidad de diferenciación entre las esferas material y formal, sino de negar la atribución del carácter de moralidad a esta última. Pues, se ha señalado, en alguna ocasión, que la moralidad responde a criterios sustantivos o materiales, pero que no cabe otorgar este atributo a todas aquellas dimensiones de índole formal o procedimental¹¹. De resultar correcta una apreciación de este tenor, elementos como la publicidad o la claridad de las normas, por citar sólo algunos de los integrantes de la lista de Fuller, no podrían ser calificados de morales, al referirse a aspectos relativos a la forma, pero no a la materia, de las normas. Sin embargo, no parece que haya sólidos argumentos en favor de esta interpretación, tal y como se aprecia, de una forma relativamente nítida, con solo detener la atención en los requisitos necesarios para que cualquier sujeto pueda llevar a cabo su desarrollo moral. Para alcanzar tal objetivo, 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. Negar, de modo genérico, el carácter

¹¹ .- La negativa a atribuir el título de moralidad a los elementos de la moral interna del Derecho, esgrimiendo para ello el argumento de que sólo principios o dimensiones materiales merecen tal carácter, se encuentra en R.S.SUMMERS, quien afirma que “normalmente se piensa en la moralidad o en un código moral compuesto por ideales o principios sustantivos más que procedimentales. Incluso, el análisis del autor [FULLER] debe acomodar extraños compañeros de viaje como la castidad y la inexistencia de contradicciones [en las normas jurídicas]” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 26). A pesar de que, como se expuso en páginas precedentes, R.S. SUMMERS se muestre de acuerdo con la tesis de FULLER acerca de necesidad de un mínimo respeto a un catálogo de elementos, al estilo de la moral interna del Derecho, para la existencia de los sistemas jurídicos, no va a ser posible exponer una semejante conclusión en lo que a la moralidad de los mismos se refiere. Y ello porque, en este concreto aspecto del tema, R.S. SUMMERS se va a convertir en uno de los principales críticos de FULLER. En coherencia con la metodología que, de modo genérico, se ha adoptado en este trabajo, las críticas de R.S. SUMMERS respecto de la moralidad de la moral interna del Derecho irán desgranándose, a lo largo de estas páginas, según vayan desarrollándose los problemas que se presentan; pero, no se expondrán, una tras otra, de forma seguida.

moral de tales dimensiones afectaría a todos aquellos principios destinados a garantizar que los sujetos puedan optar entre diferentes opciones morales o, lo que es lo mismo, entre distintos contenidos de moralidad. Principios como el de la igualdad formal de las diferentes propuestas morales o el del respeto a la opción del “otro”, sea ésta cual sea, saldrían, de adoptar esta concreta interpretación, del ámbito de la moralidad, para convertirse en dimensiones ajenas a ésta, pero, y ello no deja de ser paradójico, necesarias para su desarrollo. Frente a esto, y con el objeto de evitar tales conclusiones, puede abogarse por una separación entre las dimensiones de moralidad, distinguiendo, así, entre una moralidad sustantiva, integrada por los concretos contenidos o materias que cada opción propone, y una moralidad procedimental, conformada por aquellos principios necesarios para que el sujeto pueda adherirse a una u otra moral sustantiva¹². Y, dentro de este último ámbito, podrían tener perfecta cabida los elementos de la moral interna del Derecho, en cuanto dimensiones morales de carácter formal o procedimental. Que lo sean o no, esto ya es otra cuestión. Pero, de una respuesta negativa a esta nueva cuestión, es decir, de la afirmación de que los elementos de la moral interna del Derecho no son elementos morales, no puede afirmarse, so pena de cometer un salto lógico, que no existen dimensiones de moralidad de carácter formal¹³. Son dos aspectos distintos,

¹² .- Puede utilizarse, a la hora de encontrar argumentos que sustenten la viabilidad de la separación entre los aspectos formal y material de la moralidad, la distinción de G.PECES-BARBA, citada ya en estas páginas, entre ética pública y ética privada. Así, para este autor, “lo que diferencia a la ética pública [...] de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos” (*Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo, op. cit.*, p. 75). La moral interna del Derecho pasaría, en mi opinión, a formar parte de la ética pública, ya que contribuye a “configurar una organización política y jurídica, donde cada uno pueda establecer libremente sus planes de vida o elegir entre aquellos proyectos de planes de vida institucionalizados, por un grupo social, por una Iglesia o por una escuela filosófica” (*ibidem*), que es como G.PECES-BARBA contempla la función de la ética pública. Pero, resultaría erróneo identificar la totalidad de ésta con los elementos de la moral interna del Derecho, puesto que la ética pública se compone de otras dimensiones, dentro de las que se aprecian algunas de carácter material. Y es que, en palabras del citado autor, “hablar de ética procedimental no quiere decir que no existan unos valores materiales, y unos fundamentos, con contenidos y orientaciones. Ética procedimental no es sinónimo de una cáscara vacía” (*idem*, p. 76). Se trata, para G.PECES-BARBA, de la necesidad, para completar la ética pública, del reconocimiento de “la idea de dignidad humana, y los cuatro valores [superiores], especialmente el central de la libertad matizada y potenciada por la seguridad, la igualdad y la solidaridad” (*ibidem*). Un análisis concreto del contenido de estos valores es algo que, al estar fuera de la moral interna del Derecho, sobrepasaría igualmente los márgenes de este trabajo, de modo que basta con recoger la propuesta de este autor para, gracias a ella, establecer un paralelismo con la figura objeto de estudio en estas páginas.

¹³ .- Mantener la negativa a reconocer la existencia de dimensiones de moralidad de carácter formal supone dejar sin trabajo a las denominadas éticas procedimentales. Y ello porque la principal función que éstas asumen es, en términos de A.CORTINA, “descubrir los procedimientos legitimadores de normas” (*Ética sin Moral*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992). Procedimientos que, por tanto, justifican o legitiman la normas o decisión adoptada, con independencia, en principio, del contenido concreto y variable que ésta pueda llegar a alcanzar. Así, “mientras que las formas de vida buena, los ideales de hombre, la

que merecen respuestas diferentes o, por lo menos, diferenciadas. A este último se han dedicado las líneas precedentes; al primero, y debido a su importancia en el marco general de este trabajo, habrá que referirse en otra ocasión.

4.1.2.- El iusnaturalismo de Fuller: procedimental y tecnológico

Se han expuesto, en las páginas anteriores, dos afirmaciones que pueden resultar de extrema utilidad en este momento del desarrollo de la investigación, y que, como tales, han de ser retomadas de nuevo. Sobre la primera de ellas, la necesidad del respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico, ya se ha argumentado lo suficiente, de modo que nada nuevo puede añadirse al respecto. Cosa que no sucede, en cambio, respecto a la segunda de ellas, la cual, si bien se avanzó en párrafos anteriores, será objeto de un nuevo análisis en páginas posteriores. Se trata del carácter moral de este conjunto de elementos formales al que Fuller ha concedido el tratamiento de moral interna del Derecho. Y es que, a los efectos que ahora importan, una conjugación de ambos enunciados trae como resultado que la teoría de este autor pueda entenderse como una teoría iusnaturalista, ya que, si esta interpretación de las tesis de Fuller es correcta, la existencia de un sistema jurídico dependerá del cumplimiento de una serie de dimensiones morales. Interpretación que, además,

especificación de las virtudes o el contenido de las normas [dimensiones todas ellas materiales] dependen de los distintos contextos, de modo que la «sustancia» moral varía diacrónica y sincrónicamente, las estructuras cognitivas y los procedimientos legitimadores de normas [dimensiones de carácter formal] pueden describirse sin depender para ello de los diversos contextos, y pretender, por tanto, legítimamente universalidad” (*ibidem*). No se trata, por razones obvias, de llevar a cabo en estas páginas un alegato de defensa de las éticas procedimentales, pero sí de advertir sobre la validez de las mismas y, por tanto, sobre la inconveniencia de dejarlas sin trabajo, a través de la negativa a aceptar la moralidad de las dimensiones formales de justificación de las normas. No en vano, advierte E.FERNÁNDEZ, “la gran aportación de las éticas de J. Rawls y de J. Habermas [importantes exponentes de la ética procedimental] es la de elaborar unos procedimientos de fundamentación racional y universalizable de unos criterios y principios de la justicia” (“Sobre la ética y su justificación”, *op. cit.*, p. 105). Y, si se admitiera la exclusiva existencia de dimensiones materiales de moralidad, la insoslayable consecuencia sería negar relevancia moral a aquellas dimensiones formales que, desde el punto de vista de J.RAWLS, contribuyen a “sacar a la luz y [...] ayudar a articular una base compartida de consenso acerca de una concepción política de la justicia” (“La idea de un consenso por superposición”, trad. J.C.Bayón, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, dir. y coord. de J.Betegón y J.R.de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, p. 85); o que, desde la óptica de J.HABERMAS, “garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo moral” (“¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?”, en HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, trad. M.Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 587).

encuentra un apoyo explícito en la opinión del propio Fuller, ya que acepta definir su teoría como una clase de iusnaturalismo¹⁴.

Pero, a pesar de esta afirmación, o quizá como causa de ella, desde un primer momento surgen dudas sobre el tipo de iusnaturalismo al que se está haciendo referencia, puesto que, como es sabido, este término ni tiene, ni ha tenido a lo largo de la historia, un significado unívoco¹⁵. Si a esto se añade, por otro lado, que Fuller parece contravenir, en ocasiones, algunos de los postulados básicos o típicos del iusnaturalismo, la perplejidad puede ser aún mayor. Cuando, en la parte anterior de este trabajo, se analizó la concepción que Fuller presenta de la interpretación teleológica de las normas jurídicas, haciendo hincapié sobre el valor que este autor concede a esta técnica de interpretación y aplicación de normas en el seno de su concepto de Derecho, se advirtió sobre un aspecto que guarda estrecha relación con lo ahora abordado. Y es que allí se señaló, recuérdese, que abogar por una necesaria interpretación teleológica de los preceptos jurídicos, y hacerlo hasta el punto de vincular el propósito de una norma con el deber ser de ésta, no significa que Fuller niegue la distinción entre el Derecho y la

¹⁴.- El reconocimiento del carácter iusnaturalista de la teoría de la moral interna del Derecho se realiza, de forma expresa, por el propio FULLER, al presentar éste como una de las primeras cuestiones objeto de análisis la relación de “lo que he llamado la moral interna del derecho con la antiquísima tradición del derecho natural. ¿Representan los principios [de la citada moral interna del Derecho] alguna variedad del derecho natural? La respuesta es un categórico, aunque limitado, sí” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 96). Se ofrecerán, a lo largo de este epígrafe, las razones por las que esta respuesta positiva es matizada por el propio autor. Baste ahora con adelantar que el supuesto iusnaturalismo de FULLER sí que supone alguna “variedad” respecto de la tradición del Derecho natural.

¹⁵.- Uno de los problemas a los que, tradicionalmente, ha tenido que hacer frente la teoría iusnaturalista es el de su falta de acuerdo en relación con los contenidos “naturales” del Derecho, que variarán dependiendo del autor al que se atienda. Como señala N.BOBIO, este desacuerdo “repercute en las respuestas que los iusnaturalistas dan a la siguiente cuestión: «¿cuáles son los derechos y las instituciones que deben ser consideradas como naturales y cuáles las que no deben serlo?». Una lista completa de las opiniones existentes sobre esta materia podría constituir [...] tema fascinante de un nuevo elogio de la locura. No existe afirmación alguna sobre la correspondencia con la naturaleza de un determinado derecho a la cual no pueda oponerse la admisión de idéntica correspondencia para un derecho totalmente contrario” (“Algunos argumentos contra el Derecho natural”, en AA.VV., *Crítica del Derecho natural*, trad. E.Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 227-228). En el mismo sentido, H.WELZEL afirma que cuando “se dirige la mirada a la historia tan llena de vicisitudes del Derecho natural, se echa en seguida de ver que lo permanente no se halla en la segunda, sino en la primera parte de la denominación. La segunda parte, la «naturaleza», lo «natural», se ha mostrado como título común de contenidos los más diversos. Bajo la unidad engañosa de la misma denominación, se oculta lo diverso, opuesto y cambiante. Lo común y permanente siempre es tan solo la idea del *Derecho*” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. F.González Vicén, Aguilar, 1979, p. 249). No es, obviamente, este trabajo el lugar en el que referirse a estas diferentes concepciones sobre los contenidos “naturales”. Pero, sirvan las anteriores palabras como prueba de la dificultad que supone dotar a la teoría iusnaturalista de una serie de contenidos unívocos, al margen de su pretensión, injustificada desde una perspectiva positivista, de juridicidad de tales contenidos.

moral; no supone, por un lado, ni que toda norma sea una “buena” norma, ni, por otro, que todo Derecho sea un “buen” Derecho.

Existe, finalmente, otro dato que contribuye a agravar el problema de la calificación del supuesto iusnaturalismo de Fuller. Póngase el acento en el carácter de los elementos de la moral interna del Derecho, y compárese con los contenidos morales de los que, desde posiciones iusnaturalistas, se hace depender la existencia de un sistema jurídico. Sean éstas las que sean, una característica común puede predicarse de todas ellas, cual es la preponderancia, en sus premisas teóricas, de los contenidos materiales sobre los formales¹⁶. En efecto, desde esta corriente de pensamiento jurídico se insiste, en la mayoría de las ocasiones, en dotar al Derecho de una serie de contenidos como la libertad, la justicia o la igualdad material, mientras que Fuller destacará, en cambio, la necesidad de ciertos aspectos formales, los elementos de la moral interna del Derecho. Esta diferencia no debe, en mi opinión, entenderse en términos excluyentes; ni Fuller omite analizar cuestiones relativas a dimensiones materiales de moralidad, como habrá ocasión de comprobar más adelante, ni existe una genérica negación iusnaturalista

¹⁶.- FULLER parece querer profundizar en lo que, a su juicio, supone una característica de la tradicional teoría iusnaturalista, y que no es otra cosa que su destacado interés por las cuestiones materiales, más que por las formales. No en vano tal interés radica en el “derecho natural sustantivo, en los fines a ser alcanzados a través de las normas jurídicas” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 98). Es más, añade FULLER, “cuando ellos [los iusnaturalistas] se refieren a las demandas de la moralidad jurídica lo hacen normalmente, en mi opinión, de una manera incidental, aunque algún aspecto del tema reciba ocasionalmente una considerable elaboración” (*ibidem*). FULLER se refiere, en esta matización, a T. DE AQUINO, principal exponente del iusnaturalismo teológico, quien postuló la necesidad de leyes, en cuanto normas generales, “porque los legisladores juzgan en universal y refiriéndose al futuro, en cambio quienes presiden un tribunal juzgan sobre hechos presentes, respecto de los cuales fácilmente se dejan influir por sentimientos de amor, de odio o de cualquier otra pasión, con lo cual su juicio queda pervertido” (*Suma de Teología*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989, parte I-II, c. 95, art. 1, p. 741). Sin embargo, cuando este mismo autor se refiere a otro de los aspectos formales de las normas, como es el de su claridad, se limita a señalar que “por clara, [ha de entenderse] que prevenga los daños que de la ley misma pudieran originarse” (*idem*, p. 744). Ello provoca la duda del propio FULLER respecto a la relación existente entre la tradición del Derecho natural y sus principios de la moral interna del Derecho. Duda que se aprecia, de forma palmaria, en las siguientes palabras de este autor: “En la historia del pensamiento político y jurídico, ¿qué relación se encuentra entre los principios [de la moral interna del Derecho] y la doctrina del derecho natural? ¿Forman parte estos principios de la tradición del derecho natural? [...] No cabe una respuesta sencilla a estas cuestiones” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 97); y que se intenta resolver, en estas páginas, con la introducción de una vertiente diferente a la del iusnaturalismo clásico, como es el llamado iusnaturalismo tecnológico. Ello a pesar de que se afirme por algún autor, como es el caso de K.NIELSEN, que “si bien Fuller deja lo suficientemente claro que no es un seguidor de la fe católica, algunas de sus observaciones en la disputa con Hart podrían ser interpretadas en apoyo de la pretensión de que toda teoría del derecho natural que pretenda ser viable necesita de un soporte teológico” (“The Myth of Natural Law”, en AA.VV., *Law and Philosophy. A Symposium*, ed. de S.Hook, New York University Press, Nueva York, 1964, p. 140-141). Es ésta una interpretación de la teoría de FULLER que, como podrá comprobarse, excede de los límites de la que se ofrece en estas páginas.

hacia todo lo que tenga que ver con ciertos aspectos formales o procedimentales de aquélla¹⁷. Tan sólo debe utilizarse, o por lo menos así se hace en este trabajo, a los efectos de llamar la atención sobre una diferencia que se estima importante.

Dos son, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, los aspectos característicos del pretendido iusnaturalismo de este autor. Aspectos que, debido a su especificidad, provocan una, cuando menos, diferente consideración de éste con respecto a las que, tradicionalmente, se vienen considerando las premisas básicas de esta corriente de pensamiento jurídico. En primer lugar, frente a la tan deseada por los iusnaturalistas conexión entre el Derecho y los contenidos sustantivos de moralidad, Fuller aboga por plantear algo así como una versión procedimental de la misma. De existir una conexión entre la existencia y la justicia del Derecho, asunto que se abordará en el siguiente capítulo de este trabajo, dicha conexión se producirá gracias a los requisitos formales de la moral interna del Derecho. Es en este sentido en el que el iusnaturalismo de este autor merece, en primer lugar, el apelativo de iusnaturalismo procedimental¹⁸. Son, repítase una vez más, dimensiones formales de moralidad las que

¹⁷ .- FULLER presenta el famoso *Bonham's Case*, y, en concreto, la declaración del juez COKE, como un alegato de defensa de los aspectos formales o procedimentales, aun cuando se considere “la quintaesencia del punto de vista del derecho natural” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 100). Y es que, en efecto, cuando este juez declara que los actos del Parlamento que resulten repugnantes o imposibles de ser realizados son nulos, está llamando la atención sobre determinados aspectos formales que las normas han de cumplir para ser válidas; es decir, que está llamando la atención sobre la necesidad de algo que recuerda, siquiera vagamente, a los elementos de la moral interna del Derecho. Ahora bien, a pesar de esta afirmación de FULLER, no hay que perder de vista que, como señala J.DORADO, las tesis de COKE van dirigidas, principalmente, a sostener “la existencia de un *higher law* - un derecho superior a la ley que permite supeditar la validez de ésta a su adecuación con el primero” (*El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 2).

¹⁸ .- El carácter formal de la llamada, por FULLER, moral interna del Derecho es lo que provoca que, frente a las tradicionales teorías iusnaturalistas, pueda hablarse de un Derecho natural “procesal, para distinguirlo de un derecho natural sustantivo” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 96). De acuerdo con esta distinción, señalará FULLER, “lo que he llamado la moral interna del Derecho es, en este sentido, una versión procedimental del derecho natural” (*ibidem*). De ahí que, como señala R.S.SUMMERS, haya que “observar que ésta no es una tradicional teoría del derecho natural, puesto que las teorías tradicionales se interesan por los ideales sustantivos” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 23), sin perjuicio de que éstas, ocasionalmente, puedan referirse a aspectos de carácter formal, relacionados con los elementos de la moral interna del Derecho. Es, en términos de M.P.GOLDING, una teoría de “derecho natural «procedimental» y se supone que sirve por igual para una pluralidad de propósitos sustantivos opuestos” (*Philosophy of Law*, *op. cit.*, p. 47). Y es que, en efecto, son ciertas las palabras de C.SAMPFORD cuando afirma que “Fuller [...] entiende el derecho natural desde la provisión de requerimientos formales del derecho, más que como la formulación de un contenido sistemático del mismo” (*The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, Oxford, 1989, p. 76). Entonces, si tal y como interpreta D.STURM la teoría de FULLER la “ausencia *total* de cualquiera de estos ocho principios [formales] produce algo que no es propiamente un sistema jurídico” (“Lon Fuller’s Multidimensional Natural Law Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, p. 630), nada obsta a que pueda calificarse dicha teoría como un “derecho natural procedimental” (*idem*, p. 628).

adquieren el rango de requisitos necesarios para la existencia de un sistema jurídico, pero no contenidos materiales, al estilo del iusnaturalismo tradicional, sin perjuicio de que pueda llegar a existir algún tipo de vinculación entre ambos. Averiguar hasta qué punto la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho, en la estructura de un sistema jurídico, conduce a la existencia de determinados contenidos de moralidad, dentro de éste, será materia propia de las últimas páginas de este trabajo, de forma que no puede, ni debe, ser abordada en éstas que ahora se desarrollan.

En segundo lugar, la vía por la que Fuller parece abrazar los postulados iusnaturalistas es, también, un tanto diferente a cómo se hace por parte de muchos de los autores que, efectivamente, asumen tales postulados teóricos. Y es que Fuller no niega, como se ha advertido en más de una ocasión, la existencia de normas injustas, es decir, de normas que adquieran carácter jurídico a pesar de merecer el atributo de inmorales o de inicuas¹⁹. De ahí que cualquier intento de clasificación del pensamiento de Fuller en el marco de la teoría iusnaturalista cause, desde mi punto de vista, cierta extrañeza, y merezca, en consecuencia, un tratamiento más pormenorizado. Recuérdese, a estos efectos, que el Derecho es concebido, por parte de Fuller, en términos de una empresa intencionada y presidida por un concreto propósito, como es la sujeción de las conductas a las normas. Se trata, como ya se ha señalado, de un tipo de ordenación y

Pero, si se tiene en cuenta que “la moral interna del derecho operará como una camisa de fuerza sobre la moralidad de los propios derechos” (GRAHAM, K.G.M., “Does Law Have an Inner Morality?”, *Political Science*, vol. 24, 1972, p. 28), entonces también cabe la aplicación a su teoría del apelativo más tradicional de “derecho natural sustantivo” (STURM, D., “Lon Fuller’s Multidimensional Natural Law Theory”, *op. cit.*, p. 613). Sea cual sea la denominación que se adopte, lo cierto es que se trata, siguiendo a G.W.PATON, de un “derecho natural que busca encontrar en el propio concepto de derecho los aspectos que configuran los límites a colocar frente al ejercicio del poder por gobiernos de todas las clases” (*A Textbook of Jurisprudence*, 4ª ed., ed. de G.W.Paton y D.P.Derham, Clarendon Press, Oxford, 1972, p. 346).

¹⁹.- FULLER pone expresamente de manifiesto su rechazo de “cualquier «doctrina del derecho natural» que mantenga una o más de las siguientes proposiciones: 1) la idea de que las demandas de derecho natural pueden estar sujetas a un pronunciamiento dotado de autoridad; 2) la idea de que hay algo llamado «el derecho natural» susceptible de ser aplicado como un código escrito; 3) la idea de que hay un «derecho superior» que trasciende los asuntos de esta vida con relación al cual los pronunciamientos humanos deben ser medidos y, en caso de conflicto, declarados inválidos” (“A Rejoinder to Professor Nagel”, *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, p. 84). Tras esta declaración, no resulta de extrañar que los intentos de clasificar a FULLER en el ámbito iusnaturalista deban buscar una perspectiva diferente a la que podría considerarse como vertiente clásica, u ontológica de éste. En este sentido, destacan aquellos intentos, como el de R.C.L.MOFFAT, dirigidos a demostrar el carácter iusnaturalista de la teoría de FULLER basándose en su alegato en favor de “la relación entre el procedimiento y la materia” (“Lon Fuller: Natural Lawyer After All!”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 26, 1981, p. 201). Sólo así, continúa el propio R.C.L.MOFFAT, podría entenderse que “Fuller pretendiera que su pensamiento se incluya en el derecho natural” (*ibidem*). Más adelante se expondrá, con detalle, cuál es el sentido de la relación entre procedimiento y contenido, forma y sustancia, al que se refiere FULLER.

regulación de las actividades humanas caracterizado por contar con los cauces adecuados para que los sujetos puedan adaptar sus conductas a las normas que forman parte del mismo. No es el único, de forma que podrán existir otros mecanismos de regulación de conductas en el seno de todo orden social. Pero, si se decide optar por este concreto mecanismo, resulta imprescindible cumplir con ciertas premisas. Y es en este punto, de acuerdo con todo el desarrollo teórico de Fuller, en el que van a entrar en juego los elementos de la moral interna del Derecho. La razón estriba en que los elementos de la lista de Fuller se convierten, en el seno de esta empresa a la que se denomina Derecho, en una serie de piezas o dimensiones necesarias para que ésta pueda articularse y llevarse a cabo. Si a esto se añade, además, que dichos elementos son la moral que hace posible el Derecho, nada obsta a que se haga una interpretación de la teoría de Fuller, en lo que a este respecto se refiere, en clave iusnaturalista.

Entonces, la peculiaridad del supuesto iusnaturalismo de Fuller radicarán, no sólo en el carácter formal, que no material, de los componentes de la llamada moral interna del Derecho, sino además en la relación, tan particular como necesaria, que se entabla entre la actividad denominada Derecho y la propia moral interna del Derecho. De este modo, los elementos integrantes de la misma se convierten, a decir de Fuller, en las leyes naturales de esta forma de control y ordenación de las conductas que recibe el nombre de Derecho²⁰. Significa, dicho en otras palabras, que si se pretende que el Derecho cumpla con su propósito de sujetar las conductas a las normas, éste debe crearse, administrarse y aplicarse dentro del marco estructural diseñado por el mínimo respeto a los elementos de la moral interna del Derecho²¹. Nótese, en este sentido, la

²⁰ .- Téngase en cuenta que esta relación entre el Derecho y la moral interna del Derecho puede enmarcarse en una concepción más general sobre lo que supone el orden social. Así, señala FULLER que “los sujetos pueden adoptar una u otra forma de orden social” (“American Legal Philosophy at Mid-Century”, *op. cit.*, p. 475), es decir, pueden elegir entre distintas formas de regulación de sus conductas, pero que la opción por cualquiera de ellas supone respetar sus “leyes”. Entonces, “estas «leyes» son «naturales» en el sentido de que representan apremios que necesariamente han de respetarse en las formas de organizar las relaciones entre los sujetos” (*idem*, p. 476). El descubrimiento de cuáles sean estas leyes en cada una de las manifestaciones del orden social pertenece al ámbito de la llamada por FULLER “eunomía”, la cual “puede ser definida como la ciencia, teoría o estudio del buen orden y de las ordenaciones realizables” (*idem*, p. 477). En efecto, FULLER pensaba, a decir de R.S.SUMMERS, que el orden social “estaba gobernado por «leyes objetivamente determinables», y que estas leyes eran «naturales»” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 73).

²¹ .- A la hora de trasladar la genérica argumentación sobre las leyes naturales del orden social a uno de éstos, como es el caso del Derecho, se aprecia la presencia, en ella, de los elementos de la moral interna del Derecho. Así, señala R.S.SUMMERS, “la producción de leyes [en cuanto normas jurídicas generales y abstractas] requiere que sean claras y prospectivas, y que sean aplicadas de acuerdo con el significado de sus textos” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 73). A esta enumeración de R.S.SUMMERS puede añadirse el resto

relación que se establece entre la existencia de un sistema jurídico, el propósito del mismo, y la figura denominada moral interna del Derecho. Relación que, retomando los argumentos del propio Fuller, puede resumirse en los siguientes términos. A la hora de adoptar una técnica de regulación de conductas, los sujetos pueden optar por elegir una de ellas, la que se conoce con el nombre de Derecho, caracterizada por perseguir un propósito intrínseco, como es el ya señalado de sujetar dichas conductas a las normas. Si se realiza efectivamente tal opción, no queda más remedio que respetar las leyes de esta forma de ordenación social; leyes que reciben el calificativo de naturales, respecto del Derecho, por tratarse de los medios necesarios para alcanzar tal objetivo o fin. Ciertamente es que, en el caso de que toda la argumentación anterior fuera correcta, si se pretende alcanzar el objetivo de sujetar las conductas a las normas, es decir, el fin o propósito del Derecho, un mínimo respeto a la moral interna del Derecho aparece como requisito ineludible para ello.

Destaca, pues, el interés de Fuller en poner el acento en el tema de los medios necesarios para que pueda alcanzarse, con mayor o menor grado de amplitud, el propósito del Derecho²². Medios que, además, resultan imprescindibles para proporcionar la estructura formal necesaria que, en un posterior momento, permita llevar a cabo un análisis en términos de contenidos morales, es decir, un análisis que se centre, ahora sí, en la moral externa del Derecho²³. Pero, previamente hay que centrar la

de los elementos de la moral interna del Derecho, para, así, poder afirmar que éstos son “las leyes de la creación jurídica” (*ibidem*). Recuérdese que, en la primera parte de este trabajo, se advirtió sobre el hecho de que FULLER se refería a su lista de elementos como la lógica interna de funcionamiento del Derecho. Quizá ahora se ofrezca un nuevo argumento para comprender, en mejor medida, esa calificación.

²².- Hay que tener en cuenta que, para FULLER, “el gran error de la teoría del derecho natural fue [...] el de no mantener el problema de los fines lo suficientemente en contacto con el de los medios” (“American Legal Philosophy at Mid-Century”, *op. cit.*, p. 479). Ello se debe, siempre según FULLER, a que “en vez de mantener abiertos los fines y los medios para un recíproco ajuste con respecto a cada problema, el escritor iusnaturalista se dedicaba a alcanzar resoluciones abstractas sobre los fines y, desplegar las consecuencias de esas resoluciones hacia las diferentes ramas del derecho” (*ibidem*). Y, concluye el razonamiento de este autor, “es un error conceder una absoluta primacía a los fines sobre los medios al referirse a cualquier esfuerzo humano creativo” (“Means and Ends”, en FULLER, L.L., *The Principles of Social Order*, *op. cit.*, p. 51). Si a ello se añade, como pone de manifiesto J.E. HERGET, que el propio FULLER “sugiere que la teoría tradicional del derecho natural [...] ha de ser abandonada en los tiempos modernos a causa de la metafísica medieval o de la última teoría del «estado de naturaleza»” (*American Jurisprudence, 1870-1970. A History*, Rice University Press, Houston, 1990, p. 256), no ha de extrañar, entonces, que “uno de los principales objetivos de Fuller sea el de desarrollar una teoría jurídica que dé cuenta del elemento moral, pero abandonando los viejos y anacrónicos adornos” (*ibidem*).

²³.- El empuje que FULLER pretende dar, a través de su teoría, al estudio de los medios no ha de entenderse, ni mucho menos, como un desconocimiento de toda la vertiente de los fines del orden social. No en vano, arguye este autor, “un estudio que considere la interacción entre los medios y los fines

atención en una tarea diferente, como es la dirigida a ofrecer los elementos que permitan elaborar la estructura apropiada para ello. A esto es a lo que responde, de manera principal, la teoría de la moral interna del Derecho de Fuller, a la cual no sólo es posible atribuir el calificativo de iusnaturalismo procedimental, sino también el de tecnológico. Y ello porque Fuller insiste en la posibilidad de articular una serie de criterios, los elementos de la moral interna del Derecho, que sirvan no sólo para configurar la estructura del Derecho, sino también para analizarlo y valorarlo desde una perspectiva moral²⁴. Así, los elementos que sostienen la estructura de lo que Fuller entiende por Derecho adquieren, por mor de su carácter moral, un importante papel a la hora de entender éste en términos igualmente morales. La naturaleza moral de estos elementos, cuyo mínimo cumplimiento se requiere a la hora de poder predicar la existencia de un sistema jurídico, es el argumento que permite entender el Derecho como un “buen” sistema de regulación de las conductas²⁵. Es, utilizando otras palabras, la vía seguida por

constituye la única base posible” (“American Legal Philosophy at Mid-Century”, *op. cit.*, p. 480) para el estudio, en general, del orden social y, en el tema que ahora importa, del orden jurídico. Y ello se debe, a decir de J.P. WITHERSPOON, a que “el estudio de los fines humanos se alinea con el rechazo del profesor Fuller a la distinción entre el *ser* y el *deber ser* en la administración del derecho y el la definición de la propia noción de derecho” (“The Relationship of Philosophy to Jurisprudence”, *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, p. 110). Nótese cómo, a través de matizaciones como la que acaba de exponerse, FULLER va ofreciendo pistas acerca de cuál será su posición acerca de la relación entre las morales interna y externa del Derecho. Será ésta una de las cuestiones objeto de debate en el siguiente capítulo de este trabajo.

²⁴ .- Ocasión hubo, en la primera parte de este trabajo, tanto de recoger la definición que A.PASSERIN ofrece del iusnaturalismo tecnológico, como de señalar que, en su opinión, FULLER ocupa un lugar relevante entre los autores que postulan esta versión iusnaturalista. Otros ejemplos de la misma se hallarían, siempre según la caracterización de A.PASSERIN, en la concepción romana del Derecho natural y en la teoría de la naturaleza de las cosas. En lo que a la primera de éstas se refiere, A.PASSERIN se apoya en el propio *Digesto*, y, en concreto, en la definición que, en él, se encuentra del Derecho como *ars boni et aequi*. Entonces, “sin duda, un «arte» tiene sus reglas. Por tanto, tiene que haber ciertos medios, algún instrumento para descubrir el *bonum et aequum*. El *ius naturale* fue ese instrumento” (“Revisión de la causa del Derecho natural”, en PASSERIN, A., *Derecho Natural*, *op. cit.*, p. 209). *Ius naturale* que, para los juristas romanos, era “no un sistema de reglas completo y preconstituido, sino esencialmente un medio de interpretación, casi, como si dijéramos, el «truco de oficio» que adoptaron y usaron de manera magistral” (*idem*, pp. 209-210). En cuanto a la segunda, la doctrina de la naturaleza de las cosas, para los juristas que la profesan “el Derecho natural es precisamente esto: el conocimiento de la norma justa, de la correcta solución a un problema jurídico dado, la respuesta que se halla «en la naturaleza de las cosas», que es preciso descubrir y aplicar cuando se trata de tener buenas leyes” (*idem*, p. 209). Basten estas palabras de A.PASSERIN para explicar, siquiera someramente, el funcionamiento de la argumentación tecnológica en otros ámbitos teóricos, diferentes al de FULLER.

²⁵ .- Téngase en cuenta que los elementos de la moral interna del Derecho adquieren, en el esquema teórico de FULLER, el rango de “principios del buen orden social” (“Means and Ends”, *op. cit.*, p. 48). Es el carácter moral de estos elementos en que permite, en consecuencia, que el Derecho sea un “buen” mecanismo de regulación de conductas. Es, precisamente, el deseo de destacar la importancia de estos elementos que contribuyen a la formación de un “buen” Derecho lo que provoca que el propio FULLER califique su intento como una “especie de derecho natural «tecnológico»” (*idem*, p. 49), donde “los juicios éticos quedan pospuestos hasta que se elabore una estructura para ellos” (*ibidem*). Y es, asimismo,

Fuller para considerar el Derecho como una actividad moral. No parece necesario insistir en demasía sobre el tenor iusnaturalista de este razonamiento²⁶. Los elementos de la moral interna del Derecho, esa moral que hace posible el Derecho, vertebran la estructura de un “buen” sistema jurídico; son, pues, dimensiones de moralidad necesarias, siempre según Fuller, para la existencia del Derecho.

Recuérdese, a los efectos de una coherente ordenación de estas páginas, que en la introducción de esta segunda parte del trabajo se avanzó que iban a ser dos las vías mediante las que perfilar una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Así, mientras que la primera de ellas consiste en aducir el carácter moral de la lista de elementos objeto de examen, la segunda descansará, fundamentalmente, en la propia naturaleza moral del Derecho. De acuerdo con esta premisa metodológica, y tras haber expuesto, o por lo menos ésa era la intención, el primero de los caminos mediante los que encontrar la citada conexión, es éste el

el desconocimiento de esta realidad, o, cuando menos, la supeditación de la misma a la cuestión de los fines u objetivos materiales, lo que ha caracterizado al iusnaturalismo a lo largo de su historia. De ahí que FULLER señale que “a causa de las confusiones que puede provocar el término «derecho natural», se necesita un nuevo nombre para [este] campo de estudio” (“American Legal Philosophy at Mid-Century”, *op. cit.*, p. 477), y sugiera “el término «eunomía»” (*ibidem*), pues ésta, a diferencia del iusnaturalismo tradicional, “no supone ningún compromiso con los «fines últimos»” (*ibidem*). Entonces, tal y como aprecia K.I.WINSTON, la propuesta teórica sobre la “eunomía” es “mucho más modesta que las de otras concepciones morales sobre el derecho” (“Introduction”, a FULLER, L.L., *The Principles of Social Order*, *op. cit.*, p. 44), ya que “no está atada a una particular teoría sobre la justicia de una sociedad” (*ibidem*). A raíz de esto, seguidamente podrá comprobarse porqué afirma D.LYONS que “esta teoría del Derecho Natural es más modesta que sus supuestos antecesores” (“The internal morality of law”, *op. cit.*, p. 2).

²⁶.- A.PASSERIN formula, explícitamente, la relación entre el iusnaturalismo tecnológico y la “eunomía” postulada por FULLER, al señalar que “el profesor Fuller me procura cierta prueba adicional [a las ya citadas del *ius naturale* de los juristas romanos y de la doctrina de la naturaleza de las cosas] para lo que he llamado el acceso «tecnológico»” (“Revisión de la causa del Derecho natural”, en PASSERIN, A., *Derecho Natural*, *op. cit.*, p. 211). Y ello porque, a pesar de que FULLER no pudo acabar con éxito su propuesta teórica, A.PASSERIN sospecha que “una de las tareas de la «eunómica» [o «eunomía», término preferido en estas páginas] consistiría en descubrir las «leyes naturales del orden social» como las leyes más eficaces desde el punto de vista de los fines particulares de una sociedad dada” (*ibidem*); y éste es el razonamiento típico y característico del iusnaturalismo tecnológico, solo que bajo una denominación diferente. Para D.LYONS, este razonamiento merece ser considerado iusnaturalista “porque sostiene que hay elementos morales implícitos o intrínsecos al derecho” (“The internal morality of law”, *op. cit.*, p. 1), lo que permite que “no sea necesario ir más allá del propio derecho para encontrar las bases para su valoración” (*idem*, p. 2). Y ello, nótese aquí ya la diferencia con el clásico razonamiento iusnaturalista, “sin necesidad de afirmar que una norma injusta deja de existir” (*ibidem*). La conjunción de estas premisas trae como consecuencia que desde la teoría de FULLER pueda afirmarse, según dice J.RAZ, que “hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Pero [sin negar] que pueda haber normas injustas y válidas” (“The Purity of the Pure Theory”, en AAVV., *Essays on Kelsen*, ed. de R.Tur y W.Twining, Clarendon Press, Oxford, p. 84). Es decir, que no se rechaza por parte de FULLER, aducen J.G.MURPHY y J.L.COLEMAN, que “los sistemas jurídicos puedan, en efecto, contener concretas normas que sean injustas o inmorales en alguna u otra forma, pero que el sistema como un todo debe satisfacer

momento en el que referirse a las críticas y puntos débiles que, en el caso de que los haya, puedan afectar a la viabilidad de este argumento. Sin perjuicio de que las críticas dirigidas a cuestionar el carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho sean objeto de un pormenorizado análisis en el siguiente epígrafe de este trabajo, si conviene detenerse, ahora, en un destacado aspecto de lo anteriormente expuesto. Se trata, en concreto, de la conclusión a la que se llega mediante el razonamiento tecnológico de Fuller. Y es que, mediante este particular iusnaturalismo, se puede argumentar en favor de la moralidad del Derecho utilizando el carácter moral de los elementos que lo diseñan y estructuran, es decir, de la moral interna del Derecho. El Derecho es moral, se diría, porque está compuesto de forma necesaria por unos elementos que así lo son. Pero, además de la cuestión de la moralidad de dichos requisitos, discutible cuando menos, existen otros puntos de tal razonamiento que merecen una cierta atención y detenimiento. Detenimiento que permitirá clarificar, aún más, los argumentos en juego.

Aun cuando pudiera resultar paradójico, ha de comenzarse este punto abordando la conclusión final a la que se llega mediante esta vía de argumentación. Conclusión que, recuérdese una vez más, se resume en la defensa del carácter moral de la actividad a la que se concede el nombre de Derecho. Sabido es que muchas son las críticas a las que puede verse sometida esta conclusión, pero, a los efectos que ahora interesan, es de destacar una de ellas, la cual podría resumirse en los siguientes términos. El respeto a la moral interna del Derecho posibilita que pueda alcanzarse el propósito del Derecho, la sujeción de las conductas de los sujetos a las normas; ofrece, asimismo, un argumento para hablar en términos de Derecho efectivo, en el sentido de tratarse de un Derecho capaz de alcanzar sus fines concretos²⁷; incluso ofrece razones, como habrá ocasión de

ciertas demandas morales para ser jurídico” (*The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Nueva Jersey, 1984, p. 22).

²⁷ - Un autor como R.M.DWORKIN, que se mostrará especialmente crítico en todo lo referente a la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho, resume perfectamente esta idea del necesario respeto a la moral interna del Derecho para alcanzar objetivos o propósitos concretos por medio del Derecho. Y ello porque, en su opinión, “estos cánones [de la moral interna del Derecho] no sólo son definicionales, en el sentido de que una cierta conformidad es necesaria para crear derecho, sino también estratégicos, en el sentido de que un cierto nivel de conformidad es necesario para lograr cualquier propósito de gobierno que un legislador pueda tener en mente” (“The Elusive Morality of Law”, *Villanova Law Review*, vol. 10, n° 4, verano, 1965, p. 632). Es decir, que los elementos de la moral interna del Derecho no sólo garantizan que las normas jurídicas sean eficaces, sino también efectivas, en el sentido de que puedan “conseguir los objetivos que pretenden” (CALSAMIGLIA, A., “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Fontamara,

comprobar más adelante, para creer que pueda tratarse de un buen Derecho en términos de justicia; pero, lo que en ningún caso ofrece, a mi modo de ver, es un argumento que permita entender el Derecho, configurado de esta manera, como una actividad moral en sí misma²⁸. Y ello porque, en el caso de que pudiera ofrecerse una respuesta definitiva a esta cuestión, habría que estar a los contenidos materiales del Derecho.

Se requiere, en consecuencia, avanzar un paso más, y no quedarse en la comprobación de que el Derecho cumple con los requisitos de moral interna del Derecho. Ciertamente es que este hecho, es decir, la configuración del sistema jurídico conforme al marco formal propuesto por Fuller, producirá una serie de consecuencias a tener en cuenta a la hora de valorar, en términos de moralidad, al Derecho. Ocasión habrá, más adelante, de profundizar al respecto. Pero, para poder afirmar que la actividad denominada Derecho es una actividad moral, en el caso de que fuera posible llevar a cabo una valoración de este tipo, hay que acudir a los contenidos materiales de moralidad que éste posea. Sólo podrá predicarse carácter moral del Derecho en el caso de que éste contenga las dimensiones materiales de moralidad necesarias para ello. Definir éstas, para cada lugar y tiempo concreto, es tarea que supera, de largo, los márgenes de este trabajo. Lo que, en cambio, sí puede afirmarse es que, para ello, se

México, 1993, p. 64). El problema no está, para R.M.DWORKIN, en este tipo de cuestiones, sino en la relación que éstas puedan llegar a tener con la moralidad. Se preguntará, así, “¿qué tiene todo esto que ver con la moralidad?” (“Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *op. cit.*, p. 669). No quedará margen de duda, tras el análisis de las observaciones que R.M.DWORKIN formula a las tesis de FULLER, sobre el tenor de la respuesta.

²⁸ .- El hecho de que un sistema jurídico sea susceptible de recibir el atributo de efectivo, como sucede cuando se trata de un sistema jurídico estructurado de forma tal que permita alcanzar sus fines concretos, no significa que también lo sea para recibir el de justo. Ésta es la idea a la que hace referencia A.PASSERIN cuando señala que “el Derecho «más efectivo» no es necesariamente el «mejor» Derecho” (“Revisión de la causa del Derecho Natural”, *op. cit.*, p. 211). Con el objeto de reforzar la crítica, A.PASSERIN se sirve de argumentos del propio I.KANT, y en concreto de su conocida distinción entre imperativos categóricos e hipotéticos. Y es que, para este autor, mientras que los imperativos hipotéticos “representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere” (KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, p. 61), el imperativo categórico “sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria” (*ibidem*). En este contexto, los elementos de la moral interna del Derecho funcionarían como imperativos hipotéticos, puesto que son medios técnicos adecuados para la realización del Derecho, como también lo son, señala I.KANT, “los preceptos que sigue el médico para curar perfectamente al hombre y los que sigue el envenenador para matarlo” (*idem*, p. 63). Tanto en el caso de los elementos de la moral interna del Derecho como en el de los preceptos a los que, en un ejemplo y otro, hace referencia I.KANT, se trata de casos en los que “la acción es buena sólo como medio *para alguna otra cosa*” (*idem*, p. 62), ya sea ésta crear un sistema jurídico, curar a una persona, o acabar con su vida. Ahora bien, el carácter técnico o tecnológicamente bueno de los elementos de la moral interna del Derecho no sirve para atribuir un carácter moralmente bueno, de por sí, al Derecho. En definitiva, como afirma A.PASSERIN, “no hay justificación alguna para convertir un imperativo [hipotético] en un imperativo categórico” (“Revisión de la causa del Derecho Natural”, *op. cit.*, p. 212).

requiere algo más que el respeto a la moral interna del Derecho; habrá, utilizando la terminología de Fuller, que dirigir la atención hacia la moral externa del Derecho²⁹.

Esta crítica afecta a la consideración, anteriormente expuesta, de los propios elementos de la moral interna del Derecho, y, en concreto, al tema de su pretendido valor moral. Y es que, en efecto, difícilmente podrá predicarse la moralidad de los mismos alegando, como argumento para ello, que contribuyen de forma decisiva a la configuración de una actividad, el Derecho, que, en sí misma considerada, tiene carácter moral. Sólo si el Derecho se entendiera como un valor, o un fin último, en sí mismo podría, en último término, predicarse carácter moral de los elementos que lo componen. Al encontrarse, entre éstos, la lista de Fuller, sí resultaría coherente, entonces, concederles el *status* de moralidad. Pero, argumentos se han ofrecido en el párrafo anterior en contra de esta posibilidad. Parece difícil, pues, entender el Derecho como un valor moral último, máxime cuando, para llevar a cabo tal valoración, se utiliza, si no exclusiva sí básicamente, la llamada moral interna del Derecho. Por otro lado, aun cuando se afirmara que el Derecho es una actividad de la que se puede predicar valor moral, no cabría deducir, de tal postulado, que los elementos de la moral interna del Derecho tengan naturaleza moral. Existiría, de actuar así, un importante riesgo de incurrir en una argumentación circular, consistente en afirmar, por un lado, que los elementos de la moral interna del derecho gozan de carácter moral por contribuir, de forma decisiva, a la realización de una actividad que, en sí, es moral; mientras que, por otro, se argumenta en favor del carácter moral del Derecho alegando, para ello, una supuesta moralidad de los elementos que lo configuran y articulan. Un tema es el de la moralidad del catálogo de elementos propuesto por Fuller y otro el de la moralidad del Derecho. Al primero de ellos se dedicará el siguiente epígrafe de este mismo capítulo, mientras que el segundo se abordará, con detalle, en el próximo capítulo de esta segunda parte del trabajo.

²⁹ .- La argumentación típica y característica del iusnaturalismo tecnológico se encuentra, desde mi punto de vista, inmersa en un dilema de imposible salida. Y ello porque, debido a la insuficiencias expuestas en páginas anteriores de este trabajo, para mantener su concepción del Derecho como una actividad moral en sí misma debe entrar en el campo de los contenidos sustantivos de moralidad, abandonando o superando el planteamiento meramente tecnológico, y “mostrando un fin como el único fin recto que ha de ser perseguido; introduciendo subrepticamente un «valor» tras el «hecho», y reemplazando el imperativo «hipotético» por un imperativo «categórico»” (PASSERIN, A., “Revisión de la causa del Derecho Natural”, *op. cit.*, p. 214). Pero, el resultado de esta serie de operaciones sitúa al sujeto que las lleve a cabo en un plano muy distinto al tecnológico.

Quizá no esté de más, para finalizar con este punto, llamar la atención sobre un aspecto que, de no advertirse lo suficiente, bien pudiera introducir un factor de confusión. Tanto el continuo énfasis como el destacado papel que Fuller reserva para la moral interna del Derecho no deben entenderse como un desconocimiento, por su parte, de las dimensiones materiales de moralidad de los sistemas jurídicos, sino que este autor parece pretender, más bien, lo que podría ser entendido como una ordenación de las cuestiones a debate. Y es que, en efecto, sólo una vez resuelta la cuestión de la configuración de la estructura necesaria para la existencia del Derecho, podrá comenzarse la labor de encontrar y elegir las dimensiones materiales que procederán, en un posterior momento, a dar contenido a dicha estructura³⁰. Todo ello sin olvidar, además, la posible relación que se perfila, por parte de Fuller, entre el respeto a la moral interna del Derecho y determinados fines o contenidos materiales de moralidad; cuáles sean estos últimos, así como el alcance de la antedicha relación, serán aspectos a desarrollar en el siguiente capítulo de este trabajo. Pero, antes de ello, hay que detenerse en las críticas que se dirigen, desde diferentes posiciones teóricas, a la pretendida moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho.

4.1.3.- Las críticas a su moralidad

Es éste, tal y como acaba de advertirse, el lugar en el que referirse a las dificultades con las que se puede encontrar uno de los principales argumentos de Fuller, como es la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de moralidad, a la hora de ofrecer una conexión entre la existencia y la justicia de los sistemas jurídicos. El que se haya elegido este lugar, y no otro, responde a una necesidad metodológica de ordenación de los argumentos que se presentan en este trabajo. Y es que si, tras la exposición de estas dificultades, se aprecia que este argumento de Fuller no es lo suficientemente sólido como para seguir avanzando por el camino que diseña, será necesario acudir a la segunda vía por la que intentar alcanzar la

³⁰.- Más adelante, cuando se aborde la cuestión de la relación entre las dimensiones interna y externa de la moral, se estará ante uno de los puntos en los que se manifiesta la interrelación entre las leyes naturales de la creación jurídica y los propósitos o fines últimos del Derecho. No en vano ha de tenerse en cuenta que, como el propio FULLER advierte, él “también presenta un análisis de las condiciones bajo las que las distintas formas de orden social [entre las que se encuentra el Derecho, que es la que interesa a los efectos de este trabajo] pueden alcanzar la perfección” (“Means and Ends”, *op. cit.*, p. 48).

conexión entre la justicia de los sistemas jurídicos y la moral interna del Derecho. El objetivo perseguido con la consideración y exposición de los problemas que, en lo que ahora importa, afectan a esta pretensión de Fuller no es otro, pues, que tener todos los datos atinentes al tema; sólo así podrá optarse, en el caso de que así se quiera, por una u otra de las vías de conexión enunciadas. Hay que tener en cuenta que se entra, en este concreto aspecto del tema, en uno de los puntos donde las críticas dirigidas al planteamiento de Fuller adquieren una mayor intensidad. Si bien en la primera parte de este trabajo pudo apreciarse un más que considerable acuerdo entre los autores que analizan estos temas con la tesis de Fuller de que un mínimo respeto a los elementos de la moral interna del Derecho resulta necesario para la existencia de los sistemas jurídicos, no puede decirse lo mismo con respecto a la cuestión de la naturaleza moral de este conjunto de elementos. Suficientes pruebas se ofrecerán, a continuación, para poder comprobarlo³¹.

A la hora de exponer la primera dificultad con la que se va a encontrar la atribución de moralidad a los elementos de la moral interna del Derecho, resulta necesario acudir a lo señalado por el propio Hart, quien se convertirá en uno de los principales críticos, si no el que más, de las propuestas de Fuller en lo que se refiere a la moralidad de su lista de elementos³². Y es que, en opinión de aquel autor, la

³¹ .- Sobre la posición que los críticos de FULLER asumen con respecto a las teorías de éste, P.P.NICHOLSON afirma que “se muestran de acuerdo en que Fuller sostiene dos pretensiones: primero, que la creación [y aplicación, podría añadirse] de derecho requiere obediencia a la moral interna del derecho, y segundo, que existe por consiguiente una conexión necesaria entre el derecho y la moral. También están de acuerdo en que la primera pretensión es básicamente incontrovertida, de modo que la creación de derecho requiere obediencia a la moral interna del Derecho, o a algo similar a ella. Y [en lo que ahora importa] todos ellos creen que la segunda pretensión es inaceptable. Los principios de la moral interna del Derecho no son principios morales, y seguirlos no es una acción moral; no hay entonces una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *Ethics*, n° 307, 1974, p. 312). Las siguientes páginas irán destinadas al análisis, en detalle, de cada una de las críticas dirigidas a la segunda pretensión de FULLER. Con carácter general, adviértase que el núcleo central de la crítica radica, según R.A.DUFF, en la falta de respuesta cuestión sobre “¿cómo pueden estos principios internos adquirir alguna clase de estatuto *moral*, más allá de que sus exigencias puedan coincidir con ciertas exigencias morales y de que su respeto es un previo requisito para alcanzar ciertos fines morales?” (“Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *Juridical Review*, vol. 25, 1980, p. 75).

³² .- Las críticas de HART con respecto a la pretensión de FULLER de otorgar carácter moral a los elementos de la moral interna del Derecho pueden ser resumidas, en líneas generales, en tres grandes grupos. El primero de ellos se refiere a que la consideración de la moral interna del Derecho como una figura moral supone confundir las actividades intencionadas con las actividades morales. El segundo se basa, en cambio, en la distinción entre moral de aspiración y moral de deber, y, en concreto, en la aplicación de la misma a la moral interna del Derecho. Finalmente, el tercero se dirige a la relación que se plantea entre las morales interna y externa del Derecho. Una vez enunciadas tales críticas, no resulta difícil entender, si se atiende a la metodología que en todo momento preside el desarrollo de estas

consideración de dichos elementos como principios o dimensiones de moralidad puede introducir una importante confusión a la hora de llevar a cabo cualquier valoración sobre el carácter de las actividades de los sujetos. Confusión que, en líneas generales, puede resumirse en los siguientes términos, y que recuerda, en gran medida, a la que se planteó en el tema de la interpretación teleológica. Ciertamente es, para Hart, que en la mayor parte de las actividades humanas puede destacarse un propósito, es decir, una intención por parte de los sujetos que realizan esta actividad; intención que es, o puede ser, lo que motiva que efectivamente los sujetos lleven a cabo tal actividad. También lo es, igualmente, que muchos y muy variados pueden ser los propósitos que se persigan en cada una de las actividades a las que se haga referencia. Pero, lo que no puede hacerse es entender 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 moralidad, es decir, si se eligiera, en vez de su propuesta, la de Fuller.

Para ilustrar lo que se acaba de afirmar, nada mejor que acudir a un caso concreto que permita apreciar la diferencia. Piénsese, como hace Hart, en la actividad consistente en envenenar a una persona. No hay que insistir demasiado en cuál sea el objetivo de una actividad de este tipo. Consiste éste en conseguir el envenenamiento de una persona, procurando el envenenador, por un lado, la muerte de aquélla, y, por otro, el no ser descubierto en su acción. Entonces, el sujeto que tiene en mente realizar una conducta de este tipo debe, si es que pretende alcanzar un cierto éxito en su acción, seguir una serie de pautas a la hora de llevarla efectivamente a cabo. Debe, por supuesto, utilizar un veneno eficaz; pero, ha de tratarse, además, de una sustancia que no deje huellas o rastros en su actuación, para que así la muerte del sujeto afectado no pueda ser atribuida al veneno. Estas pautas a seguir, calificadas por Hart como los principios del envenenamiento, son requisitos necesarios para alcanzar la eficacia de la acción, procurando tanto la muerte por envenenamiento del sujeto como la impunidad del envenenador. Seguir tales pautas es condición necesaria para una efectiva

páginas, que sean analizadas al hilo de la exposición de los argumentos pertinentes, y no de seguido, una tras otra.

realización de la acción, pero no permiten, a decir de Hart, calificar dicha acción como una actividad moral; cosa que sucedería, siguiendo con el mismo ejemplo, si se entendieran los principios del envenenamiento como dimensiones de moralidad. Éstos, aduce Hart frente a la tesis de Fuller, son principios o máximas de eficacia, en el sentido de resultar necesarias para que la actividad a la que se refieren pueda llevarse a cabo. Pero, no ofrecen un argumento suficiente para considerar que toda actividad que se realiza siguiendo o cumpliendo tales máximas sea, por ello, una actividad moral³³. Habrá que estar, para ello, al sentido o carácter de la misma, pero no a si, en su realización, se han seguido los pasos conducentes a que ésta sea efectiva³⁴.

³³.- La opinión de HART es que los elementos de la moral interna del Derecho, o principios de legalidad, actúan como si de principios de artesanía se tratara. Sólo que, en vez de ser necesarios para la realización de actividades tales como la construcción de muebles o de instrumentos de precisión, se trata del “eficaz cumplimiento del propósito de guiar la conducta humana por medio de normas” (HART, H.L.A., “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 347), que es, recuérdese, el propósito de esa actividad llamada Derecho. Hasta aquí ambos autores estarían de acuerdo. El problema radica en la supuesta moralidad de estos principios de la artesanía “jurídica”, rechazada por HART, al introducir “una confusión entre dos nociones que resulta vital mantener separadas: las nociones de actividad intencionada y moralidad” (*idem*, p. 350). Y ello porque, como pone de ejemplo el propio HART, “envenenar es sin duda una actividad intencionada, y dirigir la atención hacia su propósito servirá para mostrar sus principios internos («evitar el uso de venenos que, a pesar de ser letales, produzcan vómitos a la víctima», o «evitar venenos, igualmente mortales, que por su configuración, color o magnitud llamen la atención»). Sin embargo, llamar «la moral del envenenamiento» a estos principios del arte de envenenar borraría la distinción entre el concepto de eficacia para un fin y aquellos juicios finales sobre actividades y propósitos con los que la moral, en sus variadas formas, tiene que ver” (*ibidem*). Podría resumirse, pues, el sentido de esta crítica de HART alegando que una cosa es la necesidad de cumplir con ciertos requisitos, llámense o no principios de artesanía, para que una determinada actividad pueda alcanzar los propósitos o fines hacia los que se dirige, y otra muy diferente la valoración de tal actividad, es decir, su moralidad. Parece que, en este punto, HART asume la distinción, esbozada por W.D.LAMONT, entre un juicio de eficiencia, que es “un pronunciamiento de hecho, o, cuando menos, una predicción de los alternativos resultados que siguen a la adopción de medios alternativos” (*The Value Judgement*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1955, p. 12), y un juicio moral, que “implica una referencia a una concepción del «bien» y, por tanto, a un orden *inter-personal*” (*idem*, p. 11).

³⁴.- Entender los requisitos necesarios para lograr la efectiva realización de una acción como dimensiones de moralidad significa, a decir de M.COHEN, confundir las cuestiones de competencia con las de moralidad. Es, en su opinión, “erróneo entender estos principios como constitutivos de una moralidad - interna o de otra manera. ¿Hay una moralidad interna de la carpintería o del asesinato? ¿Viola un principio moral el carpintero que construye un armario más grande que la habitación para la que estaba concebido? ¿es el potencial asesino moralmente culpable por no cumplir la norma de que un asesino debería cargar su arma?” (COHEN, M., “Law, Morality and Purpose”, *op. cit.*, p. 651). Éstas, y otras similares, son cuestiones que se plantearían de entender los principios de legalidad como elementos de moralidad. Hay, para evitarlas, que “separar la cuestión de competencia de la cuestión de moralidad” (*ibidem*). Sólo así, utilizando las palabras de H.J.M.BOUKEMA, “se está en la posición de considerar [los elementos de la moral interna del Derecho] como criterios técnicos para el buen derecho” (*Good Law. Towards a Rational Lawmaking Process*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1982, p. 46); siempre y cuando se entienda por tal aquél que se articula de forma que pueda cumplir con su propósito. Entonces, propone S.I.SHUMAN, “referirse a este conjunto de instrumentos como la «moralidad interna» de su objetivo diríase que es una forma metafórica de describir la situación” (*Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Wayne State University Press, Detroit, 1963, p. 90).

Aplicable es, según Hart, la argumentación que acaba de desarrollarse al caso de los sistemas jurídicos. Los principios de legalidad, denominación que este autor prefiere a la elegida por Fuller de moral interna del Derecho, actuarían respecto de los sistemas jurídicos como los principios del envenenamiento lo hacen respecto de la actividad de envenenar. Son dimensiones de eficacia, necesarias para que este tipo de control social al que se denomina Derecho pueda, efectivamente, funcionar como tal. Suficientes páginas se han dedicado, en la primera parte de este trabajo, a exponer toda una forma de incorporar la moral interna del Derecho en la estructura de los sistemas jurídicos diseñada por Hart. Igualmente se advirtió, en aquel lugar, que el acuerdo entre ambos autores, Fuller y Hart, se detendría en el momento en el que se planteara la discusión sobre el carácter moral de estos principios de legalidad. Lo que, para Fuller, son elementos de moralidad no pasan de ser, en opinión de Hart, más que dimensiones de eficacia de los sistemas jurídicos, necesarios, eso sí, para la existencia de éstos, pero insuficientes para valorar su moralidad³⁵. Vuélvase, siquiera brevemente, al concepto de Derecho propuesto por Fuller. 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 cual 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. Pero, frente a esto se advirtió, páginas atrás, que la mayor o menor moralidad de los sistemas jurídicos era una cuestión cuya respuesta requiere la presencia, en éstos, de dimensiones materiales de moralidad. Se necesita, dicho en otras palabras, realizar una valoración de los contenidos sustantivos de moralidad que las normas, en cada sistema jurídico, incorporen³⁶.

³⁵ .- Se advirtió, al comenzar este trabajo, que la negativa de FULLER a aceptar la posibilidad de que desde perspectivas calificadas como positivistas pudiera considerarse la viabilidad de la moral interna del Derecho, podía provocar algunos problemas a la hora de confrontar la teoría de este autor con las críticas que, a la misma, se vienen realizando. Problemas que, a decir de R.S.SUMMERS, hacen que FULLER “luche contra molinos de viento, porque algunos de sus oponentes [entre los que se encuentra, recuérdese, él mismo] no negarían que si se quiere contar con un sistema jurídico, se requiere un cierto cumplimiento de sus «principios de legalidad». Lo que éstos niegan es que estos principios constituyan una «moralidad», o incluso que tengan una naturaleza moral” (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 25). Para evitar este tipo de situaciones, es por lo que en este trabajo se ha comenzado por analizar, en primer lugar, la necesidad de la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico, tema sobre el que existe el acuerdo reseñado por R.S.SUMMERS, para pasar, en segundo lugar, a tratar el supuesto carácter moral de los citados elementos. Y aquí es, en efecto, donde las diferencias adquieren una mayor intensidad.

³⁶ .- HART pone de manifiesto cuál sería la única posibilidad que permitiera entender los principios de legalidad como una moral interna del Derecho, al señalar que “sólo si el propósito de sujetar la conducta

La dificultad que se acaba de exponer, la cual podría enunciarse en términos generales como la confusión entre moralidad y eficacia, no es la única a la que ha de enfrentarse la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de moralidad. Considérese el caso de un sujeto que, en su labor de elaboración de normas jurídicas, decide actuar sin respetar los principios de la moral interna del Derecho, es decir, creando normas secretas, con carácter retroactivo, o incoherentes entre sí, por citar tan sólo algunos ejemplos. Podrá afirmarse, en una situación de este tipo, que dicho sujeto ha actuado de una forma moralmente incorrecta; pero, hay también razones para sostener que la actuación de dicho sujeto no pueda ser calificada de inmoral. Supóngase, en este sentido, que la actividad de tal sujeto no acarree consecuencias perjudiciales para los sujetos hacia los que se dirige. Un supuesto como éste se produciría en el caso de que, violando el principio de claridad de las normas, se creara una ley que, debido a su confusión interna, no pudiera ser aplicada en ningún momento. El establecimiento de una norma de este tipo no produciría consecuencias perjudiciales para sus presuntos destinatarios, sino que dejaría las cosas tal y como estaban en el momento inmediatamente anterior al de la elaboración de dicha ley.

En un caso como el que acaba de referirse, difícilmente puede afirmarse que el legislador, en cuanto sujeto competente para producir la norma, ha actuado de una forma moralmente incorrecta, a pesar de haber violado uno de los principios de la moral

humana al gobierno de las normas, con independencia del contenido de éstas, fuera en sí mismo un valor último, habría algún lugar para clasificar los principios de la creación de normas como una moralidad” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 351). Pero, frente a esta posibilidad, HART aduce que “la diferencia entre el autor [FULLER] y aquéllos a los que critica [los positivistas, entre los que se encuentra él mismo] radica en que la actividad de controlar a los hombres mediante normas y los principios diseñados para maximizar su eficiencia no son valorados, por aquéllos, en sí mismos, y tampoco son dignificados con el título de «moralidad»” (*idem*, p. 357). Desde su perspectiva, “son valorados sólo en tanto que contribuyen a la felicidad humana o a otros fines morales sustantivos del derecho” (*ibidem*). Para ello, no basta con la moral interna del Derecho, aunque, como habrá ocasión de señalar más adelante, también ésta pueda contribuir al desarrollo, en un sistema jurídico, de tales valores morales de carácter sustantivo. Pero, lo que ahora importa es destacar la diferencia, en cuanto a su análisis, entre los principios necesarios para la eficacia de una actividad, en este caso el Derecho, y la moralidad de la misma. De ahí que, parafraseando a R.S.SUMMERS, estos principios “pueden ser vistos como «máximas de la eficacia jurídica» y las máximas de esta naturaleza no están, en cuanto tales, conectadas conceptualmente con la moralidad. Si una persona monta ineficazmente una máquina, el resultado es ineficacia, pero no inmoralidad” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 26). Del mismo modo que “puede condenarse el juego de la ruleta rusa, y referirse a él bajo la denominación de damas. Pero, las razones morales para condenar el juego de la ruleta rusa no son las razones para decidir que este «juego» no es el de las damas” (SHUMAN, S.I., *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, *op. cit.*, p. 93).

interna del Derecho. Hay, pues, una violación de un principio moral, que es como Fuller entiende el principio de claridad normativa, que no produce consecuencias que pudieran ser calificadas como desfavorables para algún sujeto³⁷. Incluso, puede suceder que la violación de alguno de los principios de la moral interna del Derecho se realice a los efectos de subsanar algún problema que la estricta aplicación de las normas jurídicas había provocado. En este tipo de casos, alguno de los cuales ya ha sido presentado en estas páginas, la violación de la moral interna del Derecho no sólo no es moralmente reprochable, sino que puede resultar beneficiosa para los sujetos destinatarios de la norma, y, en consecuencia, valorable positivamente desde el punto de vista moral; tal y como sucedía, recuérdese el caso, cuando a través de una norma retroactiva se subsanaba un error provocado por una concreta actuación de un órgano del sistema jurídico y que, además, había ocasionado grandes perjuicios a los sujetos.

Y es que, desde este punto de vista, la violación *per se* de los elementos de la moral interna del Derecho no se traduce, de forma necesaria, en conductas o actividades calificables de inmorales. Puede suceder que la actuación de un sujeto con potestad para crear normas jurídicas, aun violando alguno de los principios de la moral interna del Derecho, no provoque consecuencias desfavorables para los sujetos a quienes tales normas vayan destinadas. Entonces, para llevar a cabo una valoración moral de la conducta del sujeto, habrá que estar a las consecuencias que, en cada caso concreto, provoque dicha actuación. Si el contenido de las normas jurídicas es manifiestamente inmoral, porque consagren por ejemplo la discriminación por razón de raza o sexo, la actuación de los legisladores de un sistema jurídico sí podrá ser tachada de inmoral.

³⁷ .- Así como puede citarse a HART como el principal exponente de la crítica a FULLER basada en la confusión entre moralidad y eficacia, será R.M.DWORKIN, en cambio, el autor que profundice, en mayor medida, en esta segunda línea de crítica frente a la tesis de la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho. Así, en primer lugar, R.M.DWORKIN presenta el caso de un legislador que “promulga una ley con una incoherencia tan profunda como para hacer de aquélla una forma vacía, dejando el derecho como estaba antes. ¿Dónde está la inmoralidad [...]? Un fracaso a la hora de producir una ley no es en sí mismo una falta moral (la ley, sin la incoherencia, podría haber sido absolutamente beneficiosa, pero también podría haber sido inicua)” (“Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *op. cit.*, p. 633). No hay, continúa M.COHEN en la misma línea de argumentación, “no hay nada monstruoso en dictar normas contradictorias” (“Law, Morality and Purpose”, *op. cit.*, p. 652). Se trata, este supuesto planteado por R.M.DWORKIN y M.COHEN, de una actuación que resulta irrelevante a efectos de llevar a cabo una valoración moral de la misma. Ello porque, con carácter general, “difícilmente puede pensarse que cada vez que el legislador establezca una ley incoherente o confusa es que ha actuado de un modo inmoral” (DWORKIN, R.M., “The Elusive Morality of Law”, *op. cit.*, p. 633). La realidad muestra, más bien, que “los supuestos ordinarios de deficiente técnica legislativa no ocasionan concretas inmoralidades, aun cuando generen un considerable grado de confusión e ineficiencia” (*ibidem*).

Pero, y esto es lo que afecta al caso, la inmoralidad se producirá por las consecuencias que puedan ocasionarse a través del contenido concreto de las normas jurídicas, con independencia de que éstas se formulen y apliquen bien respetando bien vulnerando los principios de la moral interna del Derecho³⁸. Lo que se intenta, desde esta perspectiva, es llamar la atención sobre el hecho de que los elementos de la moral interna del Derecho no suponen unos cánones morales, de modo que una actuación disconforme con los mismos sólo será inmoral cuando las consecuencias que produzca sean claramente inmorales³⁹. Pero, como esto no sucede en todos los casos, puesto que no siempre que se viola la moral interna del Derecho se actúa inmoralmemente, habrá que atender, a la hora de calificar como inmoral la conducta del sujeto creador o aplicador de normas, a los contenidos de las normas jurídicas creadas o aplicadas por éste.

Puede imaginarse, de forma semejante, el caso de un sujeto con potestad normativa que, a diferencia del supuesto planteado en el párrafo anterior, sí lleva a cabo su labor de creación o aplicación de normas con un escrupuloso respeto al conjunto de elementos de la moral interna del Derecho. Razones hay, también en este caso, para

³⁸ .- La crítica de R.M.DWORKIN podría resumirse, en este sentido, en la idea de que “una ley mal redactada puede ser utilizada para ciertos usos que tengan terribles implicaciones morales, pero esto dependerá de los usos para los que la ley se ha dictado, y no de su mala redacción” (“The Elusive Morality of Law”, *op. cit.*, p. 633). Así, es perfectamente admisible, por ejemplo, que la actuación de un juez que acusa y condena a una persona sin apoyo en norma jurídica alguna, flagrante violación del principio de congruencia entre las normas jurídicas y su aplicación, sea considerada de inmoral. Pero, la tesis de R.M.DWORKIN consiste en afirmar que la inmoralidad se produce, no por la violación de uno de los cánones de la moral interna del Derecho, sino por las consecuencias que dicho acto judicial acarrea, en este caso la pena, para el sujeto condenado. Y, añadirá R.S.SUMMERS en la misma línea, “esto no autoriza a considerar como principios morales las «demandas» de claridad, generalidad, irretroactividad, y demás” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 27). De ahí que, con carácter general, pueda mantenerse, con R.M.DWORKIN, que “es moralmente incorrecto que un funcionario cause un perjuicio injustificado a un sujeto, que le ofenda injustamente, o que se acuse sin motivo. Aquellos casos en los que la violación de los cánones [de la moral interna del Derecho] conllevan tales actuaciones son casos de faltas morales, pero lo son porque producen estas consecuencias, y no porque los cánones sean, en sí mismos, dimensiones morales” (“Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *op. cit.*, pp. 674-675). En caso contrario, “cuando un fracaso a la hora de cumplir estos cánones no ocasione tales consecuencias, no hay una falta moral en ello” (*idem*, p. 675).

³⁹ .- Pueden existir situaciones en las que la violación de los elementos de la moral interna del Derecho no suponga una actuación moral por parte del sujeto o sujetos que la llevan a cabo. Un ejemplo de éstas es señalado por D.LYONS, en el caso de los “juicios contra crímenes de guerra [como el de los llamados juicios de Nuremberg] donde se establecen normas retroactivamente” (“The internal morality of law”, *op. cit.*, p. 7). Ese tipo de situaciones sirven como muestra de que el dato relevante a la hora de enjuiciar una violación a la moral interna del Derecho va a ser el de las consecuencias producidas. Sólo podrá decirse que se ha producido una inmoralidad cuando las consecuencias provocadas por la violación a la moral interna de Derecho sean manifiestamente inmorales. Pero, concluye D.LYONS, del hecho de que una norma jurídica sea imposible de cumplir, y, en consecuencia, sea defectuosa, no se sigue, necesariamente, que “si una persona es sancionada por no cumplir esa norma, sufra una injusticia” (*idem*, p. 12).

afirmar que el sujeto ha actuado tanto de una forma moralmente correcta como de otra que, desde el punto de vista de la valoración moral, pueda ser calificada de incorrecta. Piénsese, así, en un sujeto que pretenda imponer, mediante normas jurídicas, 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 hecho. La consecuencia es, pues, la existencia de un sistema jurídico que, mediante el respeto a lo que Fuller considera una serie de principios morales, consagra discriminaciones susceptibles de convertirlo en un régimen inmoral. No cabe afirmar, desde mi punto de vista, que el sujeto se haya comportado moralmente, por mucho que haya respetado los elementos de la moral interna del Derecho. La razón hay que buscarla en el propio contenido de las normas. Por ser éste inmoral, en el caso de que así se considere, es por lo que la actuación del sujeto que las haya creado ha de calificarse como tal, más allá de que, en su labor, haya respetado los citados elementos. El seguimiento de los principios de la moral interna del Derecho no justifica, por sí mismo, la atribución del calificativo de moral a la conducta de los sujetos con potestad para crear o aplicar normas jurídicas⁴⁰.

También puede suceder, finalmente, que la actuación del sujeto conforme a la moral interna del Derecho, aun sin ser moralmente incorrecta, tampoco sea merecedora de una valoración moral positiva. Supuestos como éste serían similares, salvando las

⁴⁰ - A la hora de exponer esta crítica, basada en los casos en los que desde el propio sistema jurídico se respetan los elementos de la moral interna del Derecho, R.M.DWORKIN se sirve de una técnica característica de FULLER, como es la utilización de ejemplos o supuestos prácticos de los que servirse para obtener conclusiones más o menos generales. Así, frente al conocido Rex, R.M.DWORKIN propone el caso de un legislador llamado Tex (*Tyrannosaurus Rex*), caracterizado por sus inmorales propósitos. Pero, éste ha aprendido de los errores de Rex, de modo que, a diferencia de este último, no perderá de vista el cumplimiento de los cánones de la moral interna del Derecho, para así garantizarse un mayor éxito a la hora de alcanzar la efectiva realización de sus deseos e intenciones. Entonces, de aceptarse la tesis de FULLER, la actuación de Tex sería calificable de moral, puesto que ha cumplido con los principios de la moral interna del Derecho para introducir sus propósitos inmorales en las normas jurídicas y, mediante este instrumento, lograr un efectivo cumplimiento de éstas. Frente a esta tesis, R.M.DWORKIN arguye que “Tex debe, para estar seguro [de alcanzar sus propósitos], articular su discriminatoria legislación con sumo cuidado y gran consideración para con las capacidades físicas de sus súbditos. Al hacer esto, puede decirse que *cumple* con principios *estratégicos*, pero no con principios *morales*” (“The Elusive Morality of Law”, *op. cit.*, p. 634). Y ello, “porque los cánones del profesor Fuller no le ofrecen ni siquiera un indicio de argumento moral en favor de lo que está haciendo” (*ibidem*). Son, pues, las consecuencias de la actuación de Tex, en este caso la introducción de una legislación inmoral, las que provocan que su conducta sea calificada como tal, a pesar de que ésta sea llevada a cabo con un escrupuloso respeto a los cánones o principios de la moral interna del Derecho.

distancias, al del sujeto que cumple con una promesa que formuló en el pasado no porque crea en el principio moral de que las promesas deben ser cumplidas, sino, más bien, por temor a la persona con quien se comprometió. Este ejemplo sirve como exponente de una idea que, a los efectos que ahora interesan, resulta de extrema utilidad. Idea que, con carácter general, puede resumirse en los siguientes términos. Una actuación de un sujeto que coincida con lo dispuesto en un principio moral no tiene por qué ser un caso de observancia de tal principio. Y ello porque, para que esto sea así, es decir, para que la actuación suponga el cumplimiento del principio, se requiere que el propio principio sea la razón de la misma. En el ejemplo anteriormente expuesto, la actuación del sujeto coincide, efectivamente, con lo señalado en un principio moral, pero aquél actuó conforme a lo prometido por razones ajenas al propio principio, de modo que no puede decirse que el cumplimiento de éste haya sido la razón de su conducta⁴¹. En consecuencia, si se aplica este razonamiento al caso de la moral interna del Derecho, puede que la actuación de los sujetos creadores de normas jurídicas coincida con los elementos de la moral interna del Derecho, pero puede, también, que en el ánimo de aquéllos no haya figurado la intención de actuar sobre la base de tales elementos. Entonces, la razón de su actuación no ha sido el cumplimiento de la moral interna del Derecho; por el contrario, o bien se ha tratado de una coincidencia entre su actuación y el contenido de estos principios, con lo cual la valoración de su conducta es indiferente desde el punto de vista moral, o bien han “utilizado” lo dispuesto en este catálogo de elementos para imponer fines o valores aberrantes, lo cual parece merecedor de una valoración moral negativa⁴².

⁴¹ .- Hay que distinguir, aduce R.M.DWORKIN, entre aquellas situaciones en las que un sujeto respeta, efectivamente, un principio moral, y aquellas otras en las que la actuación del sujeto simplemente coincide con lo dispuesto en dicho principio. Distinción que se hace necesaria porque “no todo acto que, en sentido literal, cae bajo la órbita de un principio es un caso de cumplimiento de éste” (DWORKIN, R.M., “Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *op. cit.*, p. 675). Y así, “responder correctamente a un examen ortográfico no es (observar el requisito moral de) decir la verdad [...] Mandar una carta de rescate correctamente redactada a los padres de una víctima de secuestro no es (adherirse al código moral de) dar legítimas advertencias” (*ibidem*). No puede afirmarse, en casos como éstos, que el sujeto haya cumplido con un principio moral, aun cuando su conducta coincida con lo dispuesto, de una u otra forma, en tal principio moral. Y es que, en definitiva, “afirmar que alguien ha *cumplido* con un principio moral requiere algo más que la mecánica correspondencia de ese acto con el principio. Requiere que el principio moral suponga una razón moral a favor de (aunque quizá no de manera decisiva) lo que se ha hecho” (DWORKIN, R.M., “The Elusive Morality of Law”, *op. cit.*, p. 634).

⁴² .- Tex puede, perfectamente, llevar a cabo una serie de actuaciones que coincidan, incluso de forma literal, con los principios de la moral interna del Derecho. Pero, también puede suceder que, en su ánimo, no se encuentre presente la intención de respetar una serie de principios morales, sino sólo la de alcanzar

Nótese cómo, en las últimas líneas del párrafo anterior, se acaba de introducir una nueva dificultad a la consideración de la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho. Y es que, aun cuando se obviarán los argumentos anteriores y se admitiera que los elementos de la moral interna del Derecho son, en sí, principios morales, no podría entenderse que toda actuación conforme a los mismos es, por ello, una actuación que merezca el calificativo de moralmente correcta⁴³. Recuérdese, en este sentido, el caso del sujeto que, con poder para establecer normas jurídicas, utiliza el mecanismo que le ofrece la lista de elementos de Fuller para alcanzar una cierta efectividad a la hora de imponer sus pretensiones discriminatorias frente a una minoría de sujetos. En conclusión, gracias a los dos supuestos que se han manejado en este epígrafe, el de un sujeto que viola los principios de la moral interna del Derecho y el de otro que los acata y respeta, se han podido apreciar algunas situaciones en las que la moralidad e inmoralidad de la labor de creación y aplicación de Derecho se constata al margen de la moral interna del Derecho.

Son éstas, dicho en otros términos, situaciones en las que, sea cual sea la posición que se adopte frente a la moral interna del Derecho, el sujeto con potestad para crear normas ha actuado de una forma moralmente incorrecta. Lo que se ha pretendido, a través de la exposición de estos casos, es ofrecer argumentos dirigidos a refutar la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como principios o dimensiones de moralidad⁴⁴. No obstante, esta conclusión no debe ser entendida en

el grado máximo de efectividad en la imposición de sus propósitos inmorales. Así, los elementos de la moral interna del Derecho no son la razón moral de su actuación, sino simples instrumentos o “estrategias”, utilizando la terminología de R.M.DWORKIN, para llevar a cabo sus inmorales objetivos. La crítica a las tesis de FULLER pasa por apreciar que Tex utiliza los elementos de la moral interna del Derecho para facilitar la imposición de sus propósitos u objetivos, y es, entonces, en este sentido en el que su actuación coincide con aquélla. Ahora bien, de aquí no cabe deducir que haya respetado la moral interna del Derecho, y, en consecuencia, que se haya comportado moralmente.

⁴³.- Una nueva crítica se añade, por parte de R.M.DWORKIN, a la tesis de FULLER sobre la existencia de una moralidad específica o interna del Derecho. Y es que, en efecto, no sólo se niega, por parte de este autor, el hecho de que los elementos de la moral interna del Derecho sean, en y por sí mismos, principios morales, como se ha puesto de manifiesto en los párrafos precedentes, sino que, “aun cuando se entendieran los ocho cánones del profesor Fuller como principios morales, su pretensión no es de recibo, porque incluso así no es capaz de apreciar que los actos de legislación necesariamente suponen algo que puede entenderse como *conformidad* con principios morales” (DWORKIN, R.M., “The Elusive Morality of Law”, *op. cit.*, p. 637). Conformidad que puede hacerse por buenas o malas razones. Y, si se produce lo segundo, como sería el caso de Tex, no cabe calificar su actuación como moral. De ahí que, según R.M.DWORKIN, los cánones de FULLER no sean la moralidad interna al Derecho, sino una serie de elementos necesarios, por razones distintas a las morales, para elaborar un sistema jurídico.

⁴⁴.- La negativa a considerar los elementos de la moral interna del Derecho como principios de moralidad, a pesar de la opinión de FULLER, es una de las conclusiones a las que se pretende dirigir esta parte del trabajo. Así, como señala M.COHEN, “la retroactividad, la claridad y la coherencia [así como el

términos excluyentes, en el sentido de negar toda relevancia de los elementos de la moral interna del Derecho a la hora de valorar la moralidad, o la justicia, de los sistemas jurídicos. Del hecho de que los elementos de la moral interna del Derecho no puedan, por las razones expuestas, concebirse como principios de moralidad, no cabe deducir que el cumplimiento de tales principios por parte de los sujetos competentes para ello sea un dato a obviar y, por tanto, irrelevante a la hora de plantearse el problema de la justicia de los sistemas jurídicos. Ocasión habrá, en el siguiente capítulo de este trabajo, de profundizar en esta dirección.

Resulta necesario detenerse, siquiera brevemente, en el modo en el que Fuller se enfrenta a estas críticas, las cuales, de resultar acertadas, comprometerían seriamente su pretensión de otorgar carácter moral a los elementos de la moral interna del Derecho. Respecto a la primera de ellas, la confusión entre eficacia y moralidad, o también, utilizando otros términos, entre los elementos necesarios para la consecución de ese fin denominado Derecho y la propia valoración moral de tal actividad, su estrategia de defensa se basa en refutar la que, a su juicio, constituye una de las premisas de sus críticos positivistas. Y es que, arguye Fuller, la negativa a considerar los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de moralidad se deriva de la negativa a atribuir al Derecho un valor moral en sí mismo. Es en este punto donde, para Fuller, se produce el error por parte de aquéllos que dirigen sus críticas hacia la moralidad de la moral interna del Derecho, puesto que de esta actividad a la que se denomina Derecho cabe predicar, por sí misma y con independencia del contenido que se consagre en las concretas normas que lo componen, un carácter moral. Ello impide que la cuestión de la existencia del Derecho merezca una valoración que, desde el punto de vista moral, sea calificada de neutra⁴⁵. Si esto fuera así, si del Derecho no pudiera predicarse un cierto

resto de los elementos pertenecientes a la moral interna del Derecho, podría añadirse] son, en sí mismos y aparte del uso que se haga de ellos, rasgos moralmente neutrales del derecho" ("Law, Morality and Purpose", *op. cit.*, p. 653). Otra cosa, y de ahí la advertencia de M.COHEN de que dicha conclusión es independiente de su concreta utilización, es que la presencia de estos elementos en un sistema jurídico permita, o no, cualificar moralmente a dicho sistema. Cuestión que, para E.V.ROSTOW, se resuelve afirmando que los principios de legalidad, si bien son necesarios para la existencia de los sistemas jurídicos, "no sirven para identificar el contenido moral del derecho" (*The Ideal in Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 11). Pero, éste es un tema diferente, y, como tal, será objeto de análisis y desarrollo en el siguiente capítulo de este trabajo, lugar destinado para analizar las consecuencias que conlleva, desde el punto de vista de la justicia de los sistemas jurídicos, el respeto a la moral interna del Derecho.

⁴⁵ .- FULLER plantea las discrepancias entre su teoría y la de sus críticos desde la base de considerar la existencia de unas diferencias básicas, en el sentido de primarias o iniciales, entre ellos. Diferencias que,

valor moral, no habría obstáculo para entender los principios que lo componen como principios de eficacia, competencia, o de legalidad. Pero, como de la forma del Derecho, entendido éste como la empresa de sujetar las conductas humanas al gobierno de las normas, es algo de lo que cabe predicar una valoración moral positiva, los elementos que hacen posible la misma merecen, igualmente, el calificativo de dimensiones o principios morales⁴⁶.

Esta forma de argumentación se puso en entredicho, anteriormente, cuando se analizó la elaboración tecnológica del Derecho natural de Fuller, de modo que no es necesario volver sobre ello de nuevo. Se trae a colación, en este punto, simplemente a los efectos de mostrar cómo, en la estrategia de Fuller, se ha producido un importante giro. Recuérdesse que, en la introducción a esta segunda parte del trabajo, se señaló que dos iban a ser las vías a través de las cuales intentar la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia, o moralidad, de los sistemas jurídicos. Así, mientras que la primera de ellas se centra en la propia moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho, tal y como se ha venido significando a lo largo del presente capítulo, la

en primer lugar, se centran en la idea de que, en su opinión, el Derecho tiene carácter moral en y por sí mismo; tesis que para sus críticos resulta inaceptable. Como señala expresamente, “percibo *dos* presunciones subyacentes al rechazo de mis críticos de «la moral interna del derecho». La *primera* de ellas es una creencia en que la existencia o no existencia del derecho es, desde un punto de vista moral, una cuestión indiferente” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 204). Y, en consecuencia con esta primera premisa, “se me acusa de que al plantear esta noción [de la moralidad que hace posible el Derecho] he confundido los conceptos de moralidad y de eficacia. La moralidad guarda relación con los fines, no con los medios; todo medio, como un sistema de derecho, puede ser usado para fines tanto buenos como malos. Carece, por lo tanto, de cualidad moral en y por sí mismo” (FULLER, L.L., “A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, pp. 656-657). La segunda de las premisas, o diferencias básicas, se expondrá en el siguiente epígrafe, al hacerse frente, por parte de FULLER, a la segunda de las críticas mencionadas en el texto.

⁴⁶.- Es el propio carácter moral del Derecho el argumento que utiliza FULLER para poder predicar, a su vez, la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho. Esta argumentación se observa, con relativa claridad, con sólo atender a las siguientes palabras de este autor: “Estaría dispuesto a admitir que lo que, en ocasiones, he llamado «los principios de legalidad» pueden ser vistos simplemente como medios para alcanzar un cierto tipo de orden, siempre que esta afirmación estuviera condicionada en dos puntos: (1) que se constate que se está hablando, no acerca del genérico control o poder sobre los sujetos, sino de un particular tipo de control o poder, cual es el obtenido a través de la sujeción de las conductas de los sujetos a la guía de normas generales por las que ellos mismos pueden orientar su comportamiento” (FULLER, L.L., “A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 657). Y este tipo específico de control sobre los sujetos al que se denomina Derecho no merece, tal y como se ha señalado en el texto, una valoración moral neutra. Hay, además, una segunda matización que afecta a la consideración de los principios de legalidad como simples instrumentos, moralmente neutrales, para la consecución de un fin: “(2) que una vez asentado un sistema de este tipo, disfruta de fuerza moral sobre las vidas de los hombres” (*ibidem*). Respecto a la relación que, de existir, pudiera plantearse entre los elementos de la moral interna del Derecho y la obligación moral de obediencia a las normas de éste, baste de momento con señalar que es una cuestión que, al estar directamente vinculada a las consecuencias que produce la presencia de tales elementos en la valoración moral de los sistemas jurídicos, se abordará, en detalle, en el siguiente capítulo.

segunda de ellas dirigirá su atención hacia la moralidad del sistema jurídico en sí mismo considerado. Y, como podrá comprobarse, la argumentación de Fuller ha “saltado” de la primera vía a la segunda. Ante las críticas formuladas a la supuesta moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho, Fuller no tiene más remedio que, sin manifestarlo de forma expresa, argüir en favor de la moralidad del Derecho, en sí mismo considerado. Si esto es así, es decir, si el Derecho es, por sí solo, una actividad calificable de moral, no resultará incoherente afirmar que los elementos de la moral interna del Derecho, en cuanto dimensiones necesarias para la realización de tal actividad, son morales⁴⁷. El análisis de la viabilidad o no de esta nueva tesis debe, por el momento, esperar, al tratarse de materia propia del siguiente capítulo. Faltaría, finalmente, por analizar la segunda gran dificultad con la que se enfrenta la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como principios morales. Pero, al estar directamente vinculada la respuesta de Fuller con una de las características que este autor predica de la moral interna del Derecho, su especificidad respecto a la labor de creación y aplicación de normas jurídicas, se ha creído oportuno reservar el análisis de la misma para el epígrafe que viene a continuación.

4.2.- Su carácter específico respecto de la labor de creación y aplicación de normas jurídicas

Otro de los rasgos característicos que Fuller destaca de la moral interna del Derecho es, además de su carácter procedimental, el de la directa y específica vinculación de los elementos de ésta con la labor de creación y aplicación de normas jurídicas. Serán, precisamente, los particulares caracteres a través de los cuales Fuller configura esta actividad a la que se denomina Derecho los que motivarán que la moral

⁴⁷.- Será P.P.NICHOLSON el que recoja la viabilidad de esta conclusión de FULLER sobre la vinculación entre la moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho y la moralidad del propio Derecho, al señalar que “una vez que se acepte que el Derecho es moral, no es una falacia lógica admitir que la moral interna del Derecho también lo sea” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *op. cit.*, p. 320). Entonces, una vez admitida la validez de esta argumentación, “lo que adquiere suma importancia es la cuestión de si el presupuesto está bien fundado” (*ibidem*), es decir, si es cierto que el Derecho es, en sí, una actividad de carácter moral, aun cuando se trate, como matiza S.HARWOOD, de un “bien necesario sólo *prima facie*” (“Conceptually Necessary Links between Law and Morality”, en AA.VV., *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, ed. de W.Krawietz, N.MacCormick y G.H.von Wright, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, p. 157). A ello se dedicará, en gran medida, el siguiente capítulo de este trabajo.



interna del Derecho sea entendida, por parte de este autor, como algo característico y específico de aquella actividad. Recuérdesse que, tal y como se expuso en la primera parte de este trabajo, el concepto de Derecho formulado por Fuller iba a presentar una serie de importantes diferencias con las aproximaciones a dicho concepto que se desarrollan desde el punto de vista positivista. Diferencias que se apreciaban, siguiendo el criterio de este autor, en una serie de puntos de partida, o premisas, que serán los que, a la postre, impidan cualquier tipo de acuerdo no sólo en lo que al concepto de Derecho se refiere, sino también respecto a la posibilidad de aceptar, por parte de los positivistas, una teoría de la moral interna del Derecho.

Y, estos puntos de partida responden, en la interpretación que Fuller hace del positivismo jurídico, a una concepción del Derecho como una proyección unidireccional de autoridad, donde no se concede lugar alguno a la existencia de una interacción o cooperación entre los sujetos que toman parte en esta actividad. Sobre esta base, continúa Fuller, el positivismo jurídico no puede situar al sujeto o sujetos creadores de las normas jurídicas en una posición especial respecto de los restantes sujetos que actúan en todo sistema jurídico. De hacerlo así, comprometería la citada visión unidireccional del Derecho, al aceptarse una cierta complementariedad en los papeles o posiciones de los sujetos implicados en tal actividad⁴⁸. Entonces, al no reconocerse una cierta particularidad en la posición del sujeto creador de normas, tampoco cabe, en consecuencia, plantear la existencia de una moralidad propia y específica del sujeto creador de normas. Su labor, como la del resto de los sujetos, podrá ser valorada y juzgada con arreglo a los cánones genéricos de moralidad existentes en una sociedad, pero no sobre la base de unos específicos o particulares códigos de moralidad⁴⁹. No

⁴⁸ .- Recuérdesse que, en la primera parte de este trabajo, se advirtió sobre las premisas, o puntos de partida, del positivismo jurídico analítico, las cuales, en opinión de FULLER, imposibilitan la adopción de una teoría positivista de la moral interna del Derecho. Se hizo referencia, en aquel lugar, a la dependencia que estos puntos de partida tienen respecto a uno de ellos, la concepción del Derecho como una actividad unidireccional. Pues bien, esto tampoco va a dejar de suceder en la “premisa” recogida en el texto, y que se resume, en términos de FULLER, en el dato de que “el positivista jurídico no sitúa al legislador [o sujeto creador de normas] en un cargo, rol o función distintiva. Si así lo hiciera, la consecuencia sería que esta función específica debería ajustarse a las funciones complementarias de otros sujetos, incluyendo la de los ciudadanos ordinarios. Una visión de este tipo comprometería el intento de definir el derecho como una proyección unidireccional de autoridad” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 192-193).

⁴⁹ .- La inexistencia de una moralidad específica y característica del sujeto creador de normas jurídicas es la última de las premisas, o puntos de partida, del positivismo jurídico analítico, tal y como éste es entendido por FULLER. La vinculación con la premisa anteriormente recogida no ofrece lugar a la duda, puesto que “desde que el legislador no es concebido como ocupando un distintivo y limitado papel, nada que pudiera llamarse una «moralidad de rol» es inherente al desarrollo de sus funciones” (FULLER, L.L.,

existe, en definitiva, una moralidad inherente a la labor de creación y aplicación de las normas jurídicas, independiente del contenido de éstas. Habrá que estar, pues, a las consecuencias que la introducción o aplicación de una serie de normas jurídicas produce para poder calificar, como moral o inmoral, la conducta de los sujetos competentes para realizar tales funciones.

Fuller alega, frente a estos puntos de partida de la filosofía positivista, la especificidad de la moral interna del Derecho, convirtiéndose así, junto con su carácter procedimental, en uno de los rasgos característicos de ésta⁵⁰. El respeto a la moral interna del Derecho es un compromiso que afecta, de modo particular y específico, al sujeto creador y aplicador de normas jurídicas, y que, dado el carácter moral de los elementos de aquélla, adquiere también carácter moral. No es éste el lugar donde referirse a las consecuencias que supone la supuesta existencia de un compromiso de este carácter a la hora de plantearse la cuestión de la justicia de los sistemas jurídicos, ni tampoco en el que analizar la existencia, postulada por Fuller, de un compromiso también moral por parte de los sujetos destinatarios de las normas de cumplir con éstas. Son, ambos, aspectos que se reservan para el siguiente capítulo de este trabajo, al considerarse éste, por las razones que allí se expondrán, como el lugar más adecuado para ello. Baste, por el momento, con referirse a la especificidad de la moral interna del

The Morality of Law, 2ª ed., *op. cit.*, p. 193). Entonces, “no hay lugar en la filosofía positivista para un [...] código ético que gobierne el papel del legislador. Si éste produce [...] leyes «inicias», atenta, por supuesto, contra la moralidad general, pero no existe una moralidad especial aplicable a su propio trabajo” (*ibidem*).

⁵⁰ .- La especificidad de la moral interna del Derecho respecto a la labor de creación y aplicación de normas jurídicas es el argumento esgrimido por FULLER frente a una de las críticas formuladas al pretendido carácter moral de los elementos de aquélla; críticas que, con carácter exhaustivo, se recogieron en el epígrafe anterior y que, allí, se dejaron sin respuesta por estar directamente vinculadas con el aspecto que, ahora, se destaca. En efecto, en el citado lugar se señaló que, en opinión de R.M.DWORKIN, las actuaciones de los legisladores, en cuanto sujetos creadores de normas, atentatorias contra la moral interna del Derecho sólo podrían ser calificadas como inmorales en el caso de que las consecuencias que tales actuaciones acarrearán así lo fueran. Y, si esto es efectivamente así, lo es porque se han violado ciertos principios morales, tales como la igualdad por razón de raza o de sexo, y no porque se hayan dictado leyes confusas, oscuras o incoherentes. Pues bien, ante esto FULLER alega que “la insistencia del profesor Dworkin en que esta moralidad [«su» moral interna del Derecho] no contiene nuevos principios, en que no se dirige hacia algunas especiales o particulares formas de abuso, en que se trata simplemente de una ejemplificación de principios morales generales aplicables en cualquier situación, supone una especie de abstracción del contexto” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 659). Por otro lado, es a esta abstracción a la que FULLER parece imputar el hecho de que la labor del operador jurídico “haya salido del ámbito de la filosofía jurídica” (“American Legal Philosophy at Mid-Century”, *op. cit.*, p. 477), y de que no se busquen “los principios generales que guían la opción entre las distintas formas de ordenación social” (*ibidem*). No en vano, recuerda R.S.SUMMERS, “Fuller insistía en señalar que los operadores jurídicos están gobernados por una «moralidad de rol»” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 38), característica e inherente a sus potestades jurídicas.

Derecho respecto de la labor de creación y aplicación de normas jurídicas por parte de los órganos o sujetos competentes para ello⁵¹.

En este sentido, aparece, nuevamente, la argumentación utilizada por Fuller cuando tuvo que hacer frente a la crítica que, en estas páginas, se ha denominado como la confusión entre eficacia y moralidad. Si allí se arguyó, por parte de este autor, que es el propio carácter moral del Derecho el que impide considerar a los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de eficacia, será también este carácter el que permita abogar por la especificidad de la moral interna del Derecho respecto a la empresa, de carácter moral, denominada Derecho. Así, al resultar el Derecho una actividad moral, los elementos de la moral interna del Derecho serán, asimismo, dimensiones de moralidad directamente vinculadas con la labor de creación y aplicación de éste, puesto que su respeto aparece como un elemento necesario para la realización de dicha actividad. Respeto que, además, ha de observarse por parte de unos determinados sujetos, los competentes para crear y aplicar normas jurídicas, que se encuentran en una posición especial en el interior de todo sistema jurídico. Y de ahí que, en consecuencia, la limitación que supone el cumplir con la moral interna del Derecho sea una limitación directa y específicamente vinculada con la labor de aquellos sujetos⁵².

⁵¹.- Aun cuando escape a los márgenes de este trabajo, no está de más señalar que, tal y como advierte J.M.A.DIPIPPA, “Fuller admite que la filosofía del derecho que está detrás de los requisitos institucionales o de los estándares profesionales afecta, de manera significativa, a la forma como los abogados practican el derecho” (“Lon Fuller, the Model Code, and the Model Rules”, *South Texas Law Review*, vol. 37, 1996, p. 355). Y es que si, en efecto, los elementos de la moral interna del Derecho son algo así como una moralidad específica del rol del operador jurídico, ello puede deberse, entre otros factores, a que el abogado haya adquirido “un vital interés en la propia sociedad [puesto que] juega un papel esencial en uno de los procesos fundamentales de toda comunidad ordenada” (FULLER, L.L., “The Adversary System”, *The Voice of America. Forum Lectures*, n° 3, 1960, p. 4), cual es el de la resolución de conflictos por parte de un sujeto ajeno al mismo. El abogado no es, a juicio de FULLER, un mero defensor de los intereses de su cliente, sino algo más, puesto que “preserva la integridad de la propia sociedad, manteniendo incólumes los procedimientos por los que la sociedad condena a los miembros que se equivocan” (*idem*, p. 3). En consecuencia, añade J.M.A.DIPIPPA, “la filosofía del derecho de Fuller integra la actividad de los abogados y la moralidad de manera que no resulte posible [...] separar la práctica jurídica y la moralidad” (“Lon Fuller, the Model Code, and the Model Rules”, *op. cit.*, p. 364). Separación que, siempre según FULLER, el positivismo jurídico parece aceptar, pues éste aboga por separar entre medios y fines, lo cual es “contrario a todo lo que Fuller cree sobre la responsabilidad de los profesionales” (WINSTON, K.I., “Legislators and Liberty”, *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, agosto, 1994, p. 396). Frente a esta opinión de FULLER, puede aducirse la de F.SCHAUER, quien afirma que un positivista jurídico “no mantiene sus concepciones morales por ser un abogado o por su conocimiento jurídico, ni tampoco por estar empleado en una facultad de derecho” (“Fuller’s Internal Point of View”, *Law and Philosophy*, vol. 13, n° 3, agosto, 1994, p. 306), puesto que “la moralidad no es para un positivista jurídico una condición necesaria de la legalidad, de manera que el conocimiento moral no es condición necesaria del conocimiento jurídico” (*ibidem*).

⁵².- Dos son las premisas que, en opinión de FULLER, se encuentran en la base de la discrepancia entre él y sus críticos sobre el carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho. La primera de

Especificidad respecto de la labor de creación y aplicación de normas jurídicas y carácter moral del Derecho serán, además, los dos argumentos que, esgrimidos en su conjunto, aduce Fuller para enfrentarse a una de las críticas a la atribución de carácter moral a los elementos de la moral interna del Derecho, y que en el epígrafe anterior se dejó sin respuesta con la condición de ser retomada en este momento. Se trata de lo que podría calificarse como el carácter superfluo de la moral interna del Derecho a la hora de llevar a cabo una valoración moral sobre la labor de creación y aplicación de normas. Y ello porque, como se ha podido comprobar en párrafos anteriores, existen situaciones en las que el incumplimiento de la moral interna del Derecho no produce consecuencias calificables de inmorales; mientras que, por otro lado, también cabe constatar la existencia de casos en los que el respeto del citado catálogo de elementos no es garantía de una actuación moral por parte del sujeto. La respuesta de Fuller a esta cuestión, avanzada ya en estas líneas, pasa por entender el Derecho como una actividad moral en sí misma, de modo que cualquier menoscabo hacia la efectiva realización de tal actividad por parte de los sujetos u órganos competentes para ello, y la violación de los elementos de la moral interna del Derecho es uno de estos casos, se hace merecedora de un juicio moral negativo. Es más, añade Fuller, con independencia de que las consecuencias de la realización de dicha conducta puedan ser, además, inmorales⁵³.

ellas, consistente en la idea de que la mera existencia del Derecho es una cuestión moralmente indiferente, se trajo a colación en estas líneas cuando hubo que exponer la respuesta que FULLER avanzaba frente a su supuesta confusión entre moralidad y eficacia. La segunda es, en sus propias palabras, “una presunción que ya he descrito como una característica genérica del positivismo jurídico. Se trata de la presunción de que el derecho debería ser entendido no como la interacción de orientaciones intencionadas entre el ciudadano y su gobierno, sino como una proyección unidireccional de autoridad, originada por el gobierno e impuesta, por ello, al ciudadano” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 204). Pero, si, en cambio, el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho es necesario para la realización y mantenimiento de una actividad moral, como resulta ser el Derecho, en la que ciertos sujetos desempeñan un rol particular y específico, “ciertamente no parece absurdo sugerir que esos principios constituyen una especial moralidad del rol inherente a la función de los sujetos creadores y aplicadores de derecho” (*idem*, p. 206). Y ello, con independencia de cuál sea el contenido concreto que se quiera dar a esas normas jurídicas por parte de los referidos sujetos.

⁵³ .- La violación de la moral interna del Derecho supone una “falta” moral por parte del sujeto que la lleva a cabo no porque pueda llegar a producir consecuencias injustas o perjudiciales para ciertos sujetos, que también, sino porque supone una actuación que tiende, en y por sí misma, a menoscabar el desarrollo de una actividad, el Derecho, que, en y por sí misma, es una actividad moral. Es éste, resumido en términos generales, el argumento que va a utilizar FULLER para responder a la supuesta superfluidad, alegada principalmente por R.M.DWORKIN, de la moral interna del Derecho a la hora de valorar, desde el punto de vista moral, las conductas de los legisladores. Argumento que, utilizando las propias palabras de FULLER, vendría a significar que “la especial moralidad vinculada con la labor de creación y aplicación de normas jurídicas, y dirigida al que desempeña esta función, se refiere no a matar gente, sino a socavar la integridad del propio derecho. Cosa que puede suceder de muchas maneras, a través tanto del abuso

Esta argumentación de Fuller provoca, desde mi punto de vista, un cambio sustancial en el conjunto de su teoría; cambio que ya se ha observado en lo referente al resto de las críticas que, sobre este concreto aspecto de la pretendida moralidad de los elementos de la moral interna del Derecho, se le dirigen. En efecto, tanto para la crítica de la confusión entre moralidad y eficacia como para la del carácter superfluo de la moral interna del Derecho, la defensa es básicamente la misma. Ésta se basa en el carácter moral que el Derecho tiene en y por sí mismo, y que es el que, a su vez, provoca que los elementos de la moral interna del Derecho, al ser necesarios para llevar a cabo tal empresa moral, sean asimismo principios o dimensiones de moralidad. Entonces, si se observa detenidamente esta línea de argumentación, se aprecia un importante giro en la misma. Ya no son los elementos de la moral interna del Derecho los que otorgan carácter moral al Derecho, sino que es éste mismo, al gozar de por sí de dicho carácter, el que concede el *status* de moralidad a los elementos de la moral interna del Derecho. Si esta nueva respuesta de Fuller es o no admisible, así como el alcance de la misma, son temas que se abordarán, en detalle, en el siguiente capítulo de este trabajo. Pero, con anterioridad a ello, resta por analizar el último de los rasgos característicos, según Fuller, de la moral interna del Derecho.

4.3.- Su carácter de aspiración

El último de los rasgos que, en opinión de Fuller, se predicen de la moralidad de la moral interna del Derecho es su carácter de aspiración. De este modo, el catálogo de elementos pertenecientes a la misma no sólo adquiere un carácter procedimental, en el sentido de referirse a aspectos o dimensiones formales, y específico respecto a la labor de creación y aplicación de normas jurídicas, sino que, además, responde a lo que Fuller denomina la moral de aspiración. Con respecto a este último rasgo característico de la moral interna del Derecho, Fuller propone una distinción entre dos conceptos, como son los de moral de aspiración y moral de deber, para así comprobar en cuál de ellos encuentra cabida la moral interna del Derecho. Puede adelantarse ahora que, en su opinión, la moral interna del Derecho pertenece, en términos generales y sin perjuicio de

consciente como de la indolencia y la indiferencia” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 660-661).

los matices que a continuación se expongan, al ámbito de la moral de aspiración. Las consecuencias que esta inclusión produzca, así como la incidencia que ello pueda tener en el marco general de la argumentación desarrollada en estas líneas, serán los temas a desarrollar a lo largo del presente epígrafe.

Entonces, se expondrá, en primer lugar, la diferencia entre estos dos ámbitos morales, el del deber y el de la aspiración, para, en segundo término, aplicar esta distinción al concepto de Derecho propuesto por Fuller. Resta, para acabar con esta introducción, por hacer una salvedad respecto a la ordenación que se va a seguir en este epígrafe. Y es que, en él, hay una diferencia con respecto al anterior, consistente en que las críticas que esta distinción provoca, que serán muchas y muy variadas, se van a ir exponiendo a lo largo del epígrafe, sin reservar un apartado especial para ello. Con ello, aun cuando pudiera perderse una cierta ordenación sistemática interna, el epígrafe ganará, desde mi punto de vista, en dinamismo en lo que al desarrollo del mismo se refiere.

4.3.1.- Moral de aspiración vs moral de deber: claves y crítica de una distinción

A la hora de analizar el último de los caracteres de la moral interna del Derecho, Fuller esboza una distinción, en el interior del mundo de la moralidad, entre el ámbito de la aspiración y el propio del deber⁵⁴. La moral de aspiración estaría comprendida, siempre según la clasificación de Fuller, por todas aquellas normas morales dirigidas a que el sujeto pueda alcanzar su autorrealización, es decir, las normas que proporcionan a

⁵⁴ .- La necesidad de llevar a cabo una distinción entre las dimensiones morales de deber y de aspiración se funda, según FULLER, en “la falta de claridad del propio concepto de moralidad” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 3), fácilmente comprobable con sólo observar los trabajos dedicados a la relación entre el Derecho y la moral, en los que “parece asumirse que todo el mundo conoce lo que significa el segundo término de la comparación” (*idem*, p. 4). Frente a esta especie de asunción general, o punto común de partida, FULLER alega que “la no realización de esta distinción ha [...] sido la causa de gran parte de la oscuridad que existe en las discusiones sobre la relación entre el derecho y la moral” (*ibidem*). Pero, críticas no van a faltar relativas a este esfuerzo de FULLER. Será R.S.SUMMERS el que se convierta, en todo lo referente a este tema de la distinción entre la moral de aspiración y la moral de deber, en el principal exponente de la oposición a estas ideas de FULLER. Así, ante la pregunta de si “¿puede la moralidad ser satisfactoriamente explicada dando importancia a una distinción entre «la moral de deber» y la «moral de aspiración»? (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 4), la respuesta de este autor no puede ser más que negativa, ya que, en su opinión, FULLER “no nos dice qué concretas confusiones u obscuridades espera aclarar por esta vía. Sin el conocimiento de éstas, no se poseen criterios específicos mediante los que juzgar el éxito de su empresa” (*ibidem*). En las siguientes páginas, se ofrecerán argumentos suficientes para corroborar, y profundizar, en esta crítica de R.S.SUMMERS.

cada sujeto la vía para el despliegue de sus facultades y capacidades, con el fin de que éste pueda elegir y alcanzar su pleno desarrollo moral⁵⁵. En cambio, la moral de deber se hallaría compuesta por aquellas normas cuyo propósito se centra, si no exclusiva sí principalmente, en establecer las condiciones mínimas y básicas para la vida social. Se trata, esta última, de un conjunto de deberes morales dirigidos a alcanzar una sociedad ordenada, es decir, una sociedad en la que sea posible la convivencia y donde cada sujeto pueda, en un momento posterior, desarrollar sus propias creencias o convicciones morales⁵⁶. Son, pues, dos espacios característicos de la moralidad que, por ser diferentes, merecen un distinto y separado tratamiento⁵⁷.

⁵⁵ .- La definición que FULLER ofrece de la moral de aspiración se expone en las siguientes palabras de este autor: “Es la moral de la vida ejemplar [*Good Life*, en el original], de la excelencia, de la realización más completa de las capacidades humanas” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 5). Y, su paradigma se encuentra, siempre según este autor, en la filosofía griega, donde pensadores como PLATÓN reconocían que “un hombre pueda fracasar a la hora de desarrollar sus plenas facultades. Puede apreciarse que, como ciudadano o como soldado, le faltan indispensables cualidades. Pero, en tal caso, se le condenaba por fracaso, y no por falta a su deber; por defecto, y no por maldad” (*ibidem*). De ahí que FULLER observe que, en la filosofía griega, “en vez de las ideas de bien y mal, de pretensión moral y de deber moral, aparezca el concepto de conducta propia y adecuada” (*ibidem*).

⁵⁶ .- El interior de la moral de deber estaría compuesto, para FULLER, de “las normas básicas sin las que es imposible mantener una sociedad ordenada, o sin las cuales una sociedad ordenada y dirigida a la consecución de ciertos fines ha de fracasar en su tarea” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 5-6). Es la moralidad que se encuentra, continúa FULLER, en el “Antiguo Testamento y en los Diez Mandamientos. Se expresa en términos de «tú no has de», y, en menor medida, de «tú has de». No condena a los hombres por no aprovechar las oportunidades para la plena realización de sus capacidades. Les condena, en cambio, por no respetar las exigencias básicas de la convivencia social” (*idem*, p. 6).

⁵⁷ .- Para un mejor entendimiento de la distinción entre los ámbitos morales del deber y la aspiración, FULLER trae a colación un ejemplo de A.SMITH acerca de la diferencia entre las reglas de la gramática y las de la “buena” escritura. De acuerdo con este criterio, las normas de la moral de deber serían como las reglas de la gramática, puesto que marcan a los sujetos las pautas a seguir para la corrección bien de su comportamiento bien de su escritura. En cambio, las aspiraciones morales actuarían como las reglas estéticas de la escritura, puesto que, al igual que éstas, “presentan una idea general de la perfección [ya en el comportamiento ya en la escritura] hacia la que debería tenderse” (SMITH, A., *The Theory of Moral Sentiments*, nueva edición, George Bell & Sons, Londres, 1892, p. 250). Conviene advertir, con el objeto de no mezclar conceptos diferentes, que la comparación presentada por A.SMITH no se formula en términos de deberes y aspiraciones morales, sino entre la justicia y otras virtudes sociales, como por ejemplo la amistad, la generosidad o la caridad, englobadas bajo el genérico término de beneficencia. Así, en palabras de este autor, “las reglas de justicia pueden ser comparadas con las reglas de gramática; las reglas de las otras virtudes [la beneficencia] con las reglas que los críticos establecen para la consecución de lo sublime y elegante en la composición” (*ibidem*). Pero, las coincidencias de la propuesta de FULLER con la elaborada por A.SMITH son amplias, a pesar de que la terminología utilizada, en el caso de uno y otro autor, sea diferente. Pues, mientras que el cumplimiento de la justicia, de forma similar al de la moral de deber, “no se deja a la libre voluntad de los sujetos, sino que puede exigirse por la fuerza” (SMITH, A., *op. cit.*, p. 114), la observancia de la llamada beneficencia, al igual que la de las aspiraciones morales, “parece quedarse en alguna medida a nuestra propia elección” (*ibidem*). Además, siguiendo con las comparaciones entre ambas dimensiones, “la beneficencia [...] es menos esencial para la existencia de la sociedad que la justicia. La sociedad puede subsistir, aunque no de la manera más cómoda, sin la beneficencia; pero, la prevalencia de la injusticia la destruirá completamente” (*idem*, p. 125). Nótese, pues, los dos argumentos que permiten apreciar la gran similitud que presenta la construcción de FULLER con la elaborada, mucho tiempo atrás, por A.SMITH.

Obvio parece destacar que la distinción entre una moral de mínimos, donde se prescriban las normas básicas para una convivencia pacífica y ordenada entre los sujetos, y una moral de máximos, compuesta por las normas que permiten al sujeto alcanzar la “autoperfección”, es un lugar común a la hora de enfrentarse con el concepto de moralidad⁵⁸. Fuller no puede permanecer al margen de este dato, y de ahí que expresamente reconozca que esta distinción entre los ámbitos del deber y la aspiración no es algo nuevo⁵⁹. Y es que, aun cuando la terminología introducida por él mismo sí lo sea, el sentido y significado de la misma es algo que se halla presente en cualquier clasificación de los elementos normativos que componen el mundo moral⁶⁰.

⁵⁸ .- Suele atribuirse a la Ética “la tarea de justificar racionalmente las pretensiones formales de la moralidad” (CORTINA, A., *Ética mínima*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 63), pudiendo ser clasificadas éstas por el significado que adquieren en el desarrollo de la vida social. Sobre la base de este criterio de clasificación, habría que distinguir, siguiendo a E.FERNÁNDEZ, entre una “Ética cívico-política de mínimos, es decir, una Ética que regule nuestra actividad como ciudadanos y como sujetos activos de las decisiones políticas, manteniendo unas y otras en el marco del respeto a la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad de los seres humanos” (“Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una Ética?”, en *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 18), y una Ética cívico-política de máximos o de aspiraciones, donde se encuadren pretensiones morales como la “fraternidad, la solidaridad, o la caridad” (*idem*, p. 19). Sin perjuicio de que se esté de acuerdo o no en los contenidos concretos que se asignen a cada una de estas dimensiones de la Ética, lo cierto es que la división entre lo *mínimo* y lo *máximo*, entre el deber y la aspiración, diría FULLER, es una constante en la filosofía moral moderna.

⁵⁹ .- La separación entre los ámbitos del deber y la aspiración no es más que otra formulación de la clásica distinción, utilizando ahora la reformulación característica de J.O.URMSON, entre, por un lado, las “acciones que constituyen un deber, son obligatorias o que debemos llevar a cabo” (“Santos y héroes”, en AA.VV., *Conceptos morales*, ed. de J.Feinberg, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 106), así como las “acciones que son incorrectas, que no debemos hacer” (*ibidem*), y, por otro, las “acciones que implican ir más allá del deber propiamente dicho, cuyos ejemplos más notorios son las acciones santas y heroicas” (*idem*, p. 128). En consecuencia, si se busca “un código moral que sea el que mejor sirva a las necesidades humanas, un código ideal, en el sentido de que un mundo que lo aceptase sería un lugar mejor que otro en que prevaleciera otro diferente, parecen existir motivos sólidos para que nuestro código distinga entre las normas básicas, sucintamente expuestas en reglas simples y que obliguen a todos, y las altas cumbres de la moralidad, de las que la santidad y el heroísmo son ejemplos sobresalientes” (*idem*, p. 123). Se trata, en términos propios de HART, de la distinción entre las obligaciones y deberes morales de una sociedad y los ideales morales, cuya realización y cumplimiento “no es considerada una cosa corriente - a diferencia del cumplimiento de los deberes - sino como un logro digno de alabanza” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 225-226). Entre estos últimos, no sólo están los héroes y los santos, sino también “todos aquellos que son reconocidos en una sociedad como dignos de encomio por las virtudes morales que exhiben en la vida diaria” (*idem*, p. 226).

⁶⁰ .- R.S.SUMMERS propone una terminología un tanto diferente a la empleada por FULLER. Y ello porque, en su opinión, “trazar esta distinción en términos de deberes y aspiraciones conduce a error, pues sugiere que el cumplimiento de los deberes morales no es algo a lo que se pueda aspirar, lo cual es falso” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 4). Ante esto, “quizá «deberes morales» e «ideales morales» sea una mejor terminología” (*ibidem*). Similar es la propuesta de HART, quien señala que la distinción se produce “entre una moralidad de deber y una moralidad de «aspiración» o, podría decirse, de ideales” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*, *op. cit.*, p. 344). Este mismo autor añade que “además de la distinción entre deber y aspiración, es necesario distinguir entre la moralidad aceptada por un grupo social y la moralidad personal o crítica de los individuos. El «deber» puede aparecer en cualquiera de éstas” (*idem*, p. 346, nota 2). Pero, a pesar de estos matices, los cuales, como se irá comprobando a lo

Sin embargo, la articulación de esta distinción entre los ámbitos morales del deber y la aspiración, tal y como es planteada por Fuller, sí ha sido objeto de numerosas y variadas críticas al respecto. Pues bien, para ser respetuosos con la metodología que, desde un principio, se adoptó en este trabajo, la exposición de aquéllas ha de realizarse al hilo de la de los argumentos pertinentes, de forma que vayan encadenándose tanto éstos como aquéllas. De ahí que se decida no agotar la explicación de la concepción de Fuller para abordar la exposición de las críticas a la misma, comenzando, así pues, por el contenido que tiene, según se desprende de la calificación de Fuller, la moral de deber. Y es que, si se acepta la idea de que en este ámbito de la moralidad, que está compuesto por deberes, es en el que se contienen las demandas básicas de la vida social, se plantean una serie de cuestiones que, cuando menos, resultan problemáticas⁶¹. Así sucede con sólo atender, con carácter general, al interior de los llamados deberes morales. Allí se apreciará, con relativa facilidad, que pueden existir deberes morales que no se correspondan con demandas básicas del orden social, por referirse bien a cuestiones secundarias respecto de éste bien a cuestiones estrictamente personales.

Piénsese, en este sentido, en todos aquellos sujetos que consideran, como deberes morales, ciertas conductas derivadas de los lazos de amistad. De este modo, la clasificación de Fuller no agota la totalidad del universo moral, puesto que deja sin ubicación todas aquellas dimensiones de moralidad que, sin pertenecer al estricto ámbito de lo que es indispensable para la convivencia o el orden social, son susceptibles de una articulación por medio de deberes. No son, pues, parte de la moral de aspiración, pero tampoco lo serían, a falta de una mayor clarificación al respecto, de la moral de deber, al no ceñirse a lo estrictamente necesario para la vida social⁶². Podría oponerse,

largo de este apartado del trabajo, adquieren gran intensidad, cabe reconocer, al estilo de HART, que “aunque [FULLER] no haya descubierto [la diferencia entre los ámbitos morales del deber y la aspiración], ha adelantado esta concepción de la moralidad, más realista, compuesta de distintas dimensiones de valoración” (*idem*, p. 345).

⁶¹.- La vinculación entre moral de deber y condiciones básicas para la vida social es uno de los primeros aspectos sobre los que FULLER hace una llamada de atención. Y lo hace, precisamente, al hilo de la comparación, anteriormente citada, entre las reglas de la gramática y los deberes morales, al afirmar que “las reglas de la gramática prescriben lo que se requiere para preservar el lenguaje como un instrumento de comunicación, del mismo modo que las reglas de la moral de deber prescriben lo que es necesario para la vida social” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 6). Al ser, esta conexión, uno de los primeros aspectos abordados por FULLER, es también uno de los primeros puntos objeto de crítica.

⁶².- Ante la, más que aparente, conexión entre deberes morales y condiciones básicas para la vida social que se desprende de la argumentación de FULLER, R.S.SUMMERS se pregunta lo siguiente: “¿Quiere el autor decir que la moral de deber contiene sólo las «demandas obvias de la vida social»?” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, pp. 5-6). Y, si la respuesta es positiva, la conclusión, para

frente a esto, la existencia de deberes morales que no caigan bajo el ámbito de la moral de deber, de forma que ésta se componga sólo por las condiciones básicas para la convivencia, pero no por todos los deberes morales. Ahora bien, una interpretación de este tipo requeriría, por lo menos, de alguna afirmación explícita de Fuller en este sentido. Afirmación que aclarara, cuando menos, cuáles son los deberes básicos para la vida social y cuáles no⁶³.

A ello puede ayudar la atribución, por parte de Fuller, de un cierto carácter objetivo a la moral de deber. En principio, y según se desprende de alguna de las afirmaciones de este autor, otra diferencia entre la moral de deber y la moral de aspiración radica en que la primera responde a parámetros objetivos y racionales. Entonces, la labor de indagación de las condiciones básicas de la vida social es algo que no puede dejarse a meros impulsos subjetivos, sino que responde a un proceso que adquiere claros tintes de objetividad. De no hacerse así, se estaría entrando en el ámbito de las aspiraciones morales, donde, en este caso sí, el campo de la subjetividad es mucho mayor. Y, Fuller rechaza tajantemente que tenga sentido una actuación de este tipo a la hora de establecer las condiciones básicas de la vida social, es decir, la moral

R.S.SUMMERS, es que “sus dos morales, tal y como las distingue, no agotan la totalidad de la moralidad. Muchos deberes no pueden ser caracterizados como «demandas obvias de la vida social»” (*idem*, p. 6). Como ejemplo de lo afirmado, este autor expone que “para casi el noventa y nueve por ciento de los americanos [de la década de los 60, se entiende, puesto que el trabajo de R.S.SUMMERS está fechado en 1965], el componente más importante de la moralidad consiste en el deber de no inmiscuirse en actividades sexuales variadas. Difícilmente puede decirse que el cumplimiento de tal deber sea vital para la vida social” (*ibidem*). Este ejemplo de R.S.SUMMERS trae a la luz un problema adicional al que pretende hacer referencia. Se trata, concretamente, del tema de quién y cómo se decide cuáles son los deberes morales. Y es que, como señala K.GREENAWALT, “la experiencia de los seres humanos exige ciertas demandas morales como deberes aun cuando no estén sujetas a una precisa definición” (“Some Related Limits of Law”, *Nomos*, vol. 15 [*The Limits of Law*, ed. por J.R.Pennock y J.W.Chapman], Lieber-Atherton, Nueva York, 1974, p. 88, nota 20). A este respecto, se volverá más adelante cuando haya que tratar otras cuestiones relativas a la caracterización que FULLER hace de los deberes y las aspiraciones morales.

⁶³ .- Será el propio R.S.SUMMERS el que esboce la respuesta que, de ser FULLER, podría darse a la cuestión de la existencia de deberes morales que no resulten imprescindibles para la ordenación pacífica de la vida en común de los sujetos. Así, “¿como podría el autor [FULLER] responder a esta crítica? Podría, simplemente, alegar que él, en ningún sitio, dice que su moral de deber comprenda todos los deberes morales. Pero, si ésta fuera su respuesta, cabe preguntarse, entonces, qué comprende, para él, la «moralidad de deber». ¿Sólo aquellos deberes que él cree que *deberían* considerarse como «demandas básicas de la vida social»? Él no lo dice, así como tampoco hace explícitos los criterios que usaría para determinar qué deberes morales son esenciales para la vida social” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 6). Pero, será también el mismo R.S.SUMMERS el que advierta de los problemas que plantearía una respuesta de carácter subjetivo a dicha cuestión, al señalar que “en tanto que la moralidad de deber [de FULLER] no sea más que su propia concepción de lo que la moralidad debiera ser, [...] resulta de poco valor a la hora de contrastar y relacionar la moralidad que es y el derecho que es” (*ibidem*); lo que traería como consecuencia que la propuesta de FULLER, de distinción entre moral de deber y moral de aspiración, perdiera gran parte de su sentido inicial.

de deber⁶⁴. Sin perjuicio de la falta de claridad en la argumentación que es, según sus críticos, atribuible a Fuller en lo que a este concreto aspecto se refiere⁶⁵, y de lo discutible de la relación necesaria entre condiciones de racionalidad y objetividad, por un lado, y deberes morales, por otro⁶⁶, lo cierto es que resulta complicado, asimismo, hacer compatible esta caracterización de Fuller con la existencia de distintas morales de deber, idea que este mismo autor también predica⁶⁷. Pues, si las condiciones básicas de la vida social son objetivas, de modo que la fijación de las mismas es cuestión que no puede dejarse al arbitrio de opciones personales y subjetivas, no se explica que quepan

⁶⁴.- La articulación del contenido de la moral de deber sobre la base de criterios no objetivos trae como consecuencia, en opinión de FULLER, que “un subjetivismo propio de los más elevados niveles de la aspiración humana se esparce a lo largo de todo el lenguaje del discurso moral, que lleva fácilmente a la absurda conclusión de que las obligaciones obviamente esenciales para la vida social descansan en alguna preferencia esencialmente inefable” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 13). Subjetivismo que sí se manifiesta, por ejemplo, a la hora de premiar ciertas conductas o actuaciones de los sujetos, ya que “en el nivel donde son apropiados los honores y los premios [que es, como posteriormente podrá apreciarse, el campo de la moral de aspiración], tiene poco sentido, y mucho de hipocresía, rodear una decisión que es esencialmente subjetiva e intuitiva de procedimientos propios de un juicio legal” (*idem*, p. 31). Entonces, todo lo anteriormente expuesto contribuye a que quepa concluir, siempre según la opinión de FULLER, que “la clase discursiva de justificación que caracteriza los juicios de deber está fuera de lugar en la moralidad de aspiración” (*idem*, p. 14).

⁶⁵.- Puede apreciarse una cierta asimilación, en la explicación de FULLER, entre la racionalidad y la objetividad, por un lado, y la subjetividad y el intuicionismo, por otro. Asimilación que se produce, según R.S.SUMMERS, porque “el autor [FULLER] sugiere que el juicio a un hombre que actúa conforme a aspiraciones morales es un «proceso esencialmente subjetivo e intuitivo» mientras que el juicio a un hombre por haber cumplido su deber no lo es. Esta terminología sugiere que el autor puede tener en mente más de una diferencia. Puede querer decir que los juicios de deber son de algún modo «objetivos» - racionalmente justificables - mientras que la adopción de aspiraciones morales es más «subjetiva» - menos justificable racionalmente. O, también puede querer decir que podemos «descubrir» nuestras aspiraciones morales sólo mediante un proceso de intuición, mientras que es posible discernir cuáles son nuestros deberes morales en casos particulares por métodos más racionales. El autor no especifica estos dos contrastes. Y tampoco *argumenta* en favor de uno de ellos” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 7). No es éste el lugar en el que referirse a la veracidad, o no, de ambas asimilaciones. Baste con señalar, utilizando las propias palabras de R.S.SUMMERS, que se trata de cuestiones que “han sido de gran controversia en la filosofía moral” (*idem*, p. 8).

⁶⁶.- FULLER no sólo evita realizar cualquier consideración adicional a las ya expuestas sobre el carácter y el signo de la relación entre la racionalidad y los deberes morales, sino que incluso, como dice HART, “desprecia a aquéllos que, no alcanzando a comprender la distinción entre estas dos morales [de deber y de aspiración], hablan como si los «obvios» deberes descansaran en «una preferencia esencialmente inefable»” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 345). Lo que vendría a significar, en términos generales, que no aceptar la distinción entre las aspiraciones y los deberes morales supondría, a juicio de FULLER, abonar el terreno para una concepción subjetivista de los juicios morales de deber.

⁶⁷.- Tras referirse a la relación existente entre la moral de deber y la economía de intercambio, y la moral de aspiración con el principio de utilidad marginal, FULLER añade que la presencia de rasgos característicos del principio de reciprocidad, propio de esta forma económica de organización de la sociedad, “pueden encontrarse en toda moral de deber, desde aquéllas fuertemente regidas por una llamada al interés propio hasta las que descansan en las elevadas exigencias del Imperativo Categórico” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 20). Esta relación con la economía es, a juicio de R.S.SUMMERS, “no completamente cierta” (“Professor Fuller on Morality of Law”, *op. cit.*, p. 7), pues “algo semejante a un cálculo económico tiene lugar en aquellas instancias en las que las personas resuelven conflictos

varias morales de deber. Si así fuera, entraría en juego un decisivo factor, de carácter subjetivo, en lo tocante a este tema. Y ello porque, al final, el establecimiento de una serie de condiciones básicas para la vida social requeriría, ineludiblemente, una opción o elección entre distintas moralidades de deber, labor ésta que se realiza necesariamente sobre y desde parámetros subjetivos⁶⁸.

Otra diferencia entre los ámbitos morales de los deberes y las aspiraciones estriba en el distinto sentido que adquieren las conductas afectadas tanto por unos como por otras. En efecto, según la caracterización que de los deberes morales hace Fuller, por lo menos de los que cabe incluir dentro de las condiciones básicas para la convivencia, éstos requieren de los sujetos afectados por ellos la abstención de la realización de ciertas conductas que, de llevarse efectivamente a cabo, pondrían gravemente en peligro dicha convivencia. Destaca, pues, el carácter de omisión de la conducta exigida; el sujeto está obligado a abstenerse de realizar ciertos actos o de llevar a cabo determinadas actividades que, desde un punto de vista moral, están proscritas. Pónganse como ejemplo las prohibiciones de matar o de robar, sin cuyo cumplimiento generalizado difícilmente cabría pensar en la existencia ordenada y pacífica de una sociedad. La moral de aspiración, por el contrario, contempla una serie de acciones a realizar para que el sujeto pueda alcanzar sus plenos ideales morales. Lo que, a decir de Fuller, viene a significar que la consecución de las aspiraciones morales requiere la realización de una serie de acciones, y no la omisión de las mismas.

Cuál sea el contenido de tales acciones es algo que depende, en gran medida, de la aspiración moral que se busque y pretenda alcanzar; pero, lo que caracteriza a todas

acerca de deberes morales” (*ibidem*), de manera que el principio de utilidad encuentra perfecta cabida, también, en el ámbito de los deberes morales.

⁶⁸.- Será HART el que señale la difícil articulación entre el carácter objetivo de los deberes morales y la existencia de varias morales de deber, al afirmar que “esta inicial descripción del deber como racionalmente descubrible y objetivo es difícil de encajar con otras cosas que el autor [FULLER] afirma acerca del deber [...] Resulta sorprendente, dada esta inicial caracterización, encontrar al autor hablando no sólo de múltiples morales de aspiración, sino también de alternativas morales de deber. Algunas de éstas, dice, están «regidas por una llamada al interés propio», otras «descansan en las elevadas exigencias del Imperativo Categórico»” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, pp. 345-346). La pluralidad es algo fácilmente sostenible, desde un punto de vista teórico, respecto de las aspiraciones morales, puesto que cada sujeto puede elegir su particular “camino hacia la perfección”; pero, respecto de los deberes morales, es decir, de las condiciones básicas para la vida social, la facilidad a la hora de justificar su pluralidad desaparece en cuanto se acepta, tal y como FULLER hace, la racionalidad y objetividad de la moral de deber.

ellas, frente a los deberes morales, es su sentido afirmativo y positivo⁶⁹. Sin embargo, de aceptarse la viabilidad de este criterio de clasificación, habría que llegar a la conclusión de que no pueden existir deberes morales, o demandas básicas de la vida social, de carácter positivo, es decir, deberes que exijan la efectiva realización de ciertas conductas, como son la de mantener los compromisos libremente aceptados o la de velar por la seguridad y bienestar de ciertas personas. A ello ha de añadirse, además, la posibilidad de que la aspiración moral de un sujeto sea la de mantener una vida de abstinencia⁷⁰. Es, pues, una clasificación que, lejos de aceptar un criterio absoluto, ha de matizarse enormemente, teniendo en cuenta la conducta concreta a la que se haga referencia.

Rigidez que, asimismo, se aprecia en el siguiente elemento identificador de la moral de deber. Y es que, en opinión de Fuller, los deberes morales se caracterizan por su carácter inflexible e invariable, mientras que las aspiraciones de los sujetos, tanto morales como de cualquier otro tipo, muestran un elevado grado de flexibilidad motivado por su necesaria adaptación a las condiciones en las que éstas se desarrollan. Compárense, en este sentido, el deber de no matar con la aspiración hacia el bienestar individual. Si bien en el primer caso puede admitirse una cierta rigidez en cuanto al carácter de tal deber, no sucede lo mismo con respecto a la citada aspiración. Ello es así porque a la hora de definir lo que, para un sujeto, pueda significar el bienestar, habrá que tomar en consideración, por un lado, las circunstancias en las que tal aspiración se

⁶⁹.- Comisión de determinadas conductas, respecto de las aspiraciones morales, y omisión de aquéllas, en lo que afecta a los deberes. Es ésta otra diferencia, diseñada por FULLER, entre ambos ámbitos de moralidad. En cuanto a la moral de deber, “en la que podría llamarse la moral básica de la vida social, los deberes que se extienden hacia otras personas [...] requieren normalmente sólo abstenciones, o, lo que es lo mismo, son negativos en su modo de ser. No matar, no dañar, no engañar, no difamar, y demás” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 42). Por el contrario, alcanzar las aspiraciones morales requiere, más que una serie de abstenciones, la efectiva realización de ciertas conductas. Esta nueva distinción va a plantear una serie de problemas a la hora de trasladarla al ámbito de la moral interna del Derecho. Y ello porque, frente al pretendido carácter omisivo de los deberes morales, los elementos de la moral interna del Derecho imponen a los sujetos vinculados por ellos la realización de ciertas conductas, tales como hacer públicas las normas o diseñarlas con un cierto grado de claridad y coherencia. Son, como podrá apreciarse fácilmente, ejemplos de conductas a realizar, y no a abstenerse de llevar a cabo. Ocasión habrá, posteriormente, de detenerse en las consecuencias que provoca esta última consideración de los elementos de la moral interna del Derecho.

⁷⁰.- Existen deberes morales que exigen de los sujetos la realización de ciertas actividades, y también pueden existir aspiraciones morales basadas en abstenciones u omisiones. Ejemplos, tanto de uno como de otro supuesto, se recogen en las siguientes palabras de R.S.SUMMERS: “Deberes como el de mantener las propias promesas, cuidar de otro, mantener la familia de uno, o ayudar a quien está en peligro, son todos ellos afirmativos y usuales. Además, la moral de aspiración, para algunas personas, consiste en una vida de abstinencia” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 6).

desarrolle, y, por otro, la posibilidad de que éstas cambien. De este modo, ni lo que se entienda por bienestar ni el grado de éste al que cada sujeto aspire tienen que ser lo mismo en todos los casos, sino que ambos datos variarán en función del contexto de que se trate⁷¹.

Cabe, como se ha hecho en los anteriores párrafos, formular una objeción a esta nueva diferencia, planteada por Fuller, entre los deberes y las aspiraciones. No es que se niegue, en este momento y lugar, la posibilidad de que los deberes morales sean rígidos y las aspiraciones adquieran una mayor flexibilidad y adecuación a las condiciones y circunstancias en las que entran en juego, sino que lo que se pretende es simplemente llamar la atención sobre lo que se considera una excesiva rigidez en el propio planteamiento de Fuller. Y es que, en efecto, también los deberes morales han de ser matizados en relación con las circunstancias en las que su cumplimiento o desobediencia se plantea. Así, no es lo mismo, desde el punto de vista de la valoración moral de la conducta, matar a una persona en frío, que hacerlo por defensa propia, o por encontrarse el sujeto, en el desempeño de sus funciones de soldado, en un campo de batalla. Finalmente, no es de extrañar que en la historia de la humanidad puedan encontrarse algunas tendencias, o aspiraciones, repetidas invariablemente a lo largo del tiempo; tendencias que, como el deseo de bienestar económico, se manifiestan a lo largo de los tiempos, sin perjuicio de que adquieran, por supuesto, perfiles diferentes según se trate de épocas o lugares distintos⁷².

⁷¹ .- La rigidez es, entonces, una de las características típicas de los deberes morales, frente a la flexibilidad propia de las aspiraciones o ideales. En términos de FULLER, “puede sugerirse que una cierta cualidad de rigidez es inherente a todos los deberes, ya sean morales o legales ya provengan de un intercambio o de otro tipo de relación. Al mismo tiempo, es propio de la naturaleza de todas las aspiraciones humanas hacia la perfección [...] el ser flexibles y sensibles a los cambios de condiciones” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 28-29). Rigidez que también se aprecia, volviendo al ejemplo presentado por A.SMITH y utilizado por FULLER, en las reglas de la gramática. Así, éstas son “precisas, exactas, e indispensables [tanto que] un hombre puede aprender a escribir gramaticalmente a través de reglas, con la más absoluta infalibilidad” (*The Theory of Moral Sentiments*, *op. cit.*, p. 250); del mismo modo, un sujeto puede conocer los deberes morales con la suficiente exactitud como para poder actuar de conformidad con ellos y, así, comportarse de una forma moralmente intachable. Por el contrario, añade A.SMITH, “no hay reglas cuya observancia nos dirija infaliblemente hacia la realización de la elegancia y la sublimidad en la escritura” (*ibidem*), así como tampoco parece haberlas, con carácter general o universal, para que los sujetos alcancen sus máximas aspiraciones de perfección.

⁷² .- Atribuir una excesiva rigidez a la moral de deber supondría negar el hecho de que “no todo el mundo tiene los mismos deberes morales” (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 11). Incluso, “de entre aquellos deberes que podemos tener en común, lo que constituye su cumplimiento varía de persona a persona” (*ibidem*). Sirva un ejemplo como prueba de una afirmación de este tipo: “Téngase en cuenta el importante deber de prestar alimentos. Un hombre rico no cumpliría su deber con sus hijos dándoles lo mismo que les da el hombre más pobre de la comunidad” (*ibidem*). Por otro lado, como señala R.S.SUMMERS, “puede dudarse que el ser flexible esté en la naturaleza de *todas* las

Las diferencias entre ambos ámbitos de la moralidad se agudizan, aún más si cabe, con sólo atender a la respuesta que se reserva para aquellos casos de actuación, por parte de algún o algunos sujetos, contraria a lo dispuesto en cualquiera de los mismos. Así, mientras que la moral de deber se articula, en la propuesta de Fuller, sobre la base de normas morales que contienen deberes, cuyo incumplimiento supondrá una sanción para el infractor, la moral de aspiración, al no formalizarse a través de una serie de deberes, no contiene sanciones para los casos de incumplimiento de sus normas. Entonces, la violación de una norma de la moral de aspiración no supone el incumplimiento de un deber, puesto que, alega Fuller, no se puede obligar a nadie a vivir lo mejor que pueda. La condena, de existir, se emitiría en términos de reproche por negligencia u omisión del sujeto, pero no por la violación de un deber. Una argumentación de este tipo no cabe, por el contrario, cuando se trata de la moral de deber, puesto que, al prescribir ésta ciertas conductas necesarias para la vida social, sí puede obligarse a los sujetos a que respeten las normas básicas de la convivencia. Obligación que, de incumplirse, acarreará la imposición de una sanción de carácter moral.

Y, las diferencias se manifiestan, además, no sólo cuando se trata de contrastar las consecuencias que motiva una actuación contraria a los deberes y a las aspiraciones morales, sino también en lo que respecta a las distintas reacciones que provoca una conducta conforme bien a la moral de deber bien a la de aspiración. Pues, el cumplimiento de los deberes morales no es objeto de premio o elogio para con el sujeto que actuó conforme a lo exigido, mientras que, por el contrario, sí lo será el de las aspiraciones morales. No hay razones, en opinión de Fuller, para premiar a alguien que ha hecho lo que debía hacer, es decir, que ha respetado alguna de las condiciones básicas para la vida social. Sí las hay, en cambio, a la hora de alabar a un sujeto que actúa en consecuencia con sus aspiraciones o ideales morales⁷³. Pero, tal rotundidad en

aspiraciones humanas hacia la perfección. Puede pensarse en muchos ideales *fixées* en la historia de la humanidad” (*idem*, p. 7). La aspiración al mayor bienestar económico posible, por parte de ciertas personas, parece un claro ejemplo al respecto.

⁷³.- Sanción y moral de deber, por un lado, y premio o recompensa y moral de aspiración, por otro, son las dos dicotomías en las que, igualmente, pueden clasificarse ambos ámbitos de la moralidad. Dicotomías, en opinión de FULLER, encuentran su razón de ser en el hecho de que resulta “comprensible que, en la moral de deber, las sanciones deban tener preferencia sobre los premios. No se alaba a un sujeto, ni se le confieren honores, sólo porque haya cumplido con las condiciones mínimas de la vida social. En vez de ello, se le deja tranquilo y se dirige la atención hacia el sujeto que no ha cumplido con tales condiciones, haciendo recaer en él la desaprobación, cuando no una forma de desavenencia más

el juicio ha de ser, nuevamente, matizada. De no hacerse así, no habría reconocimiento para aquellas situaciones en las que un sujeto, mediante el cumplimiento de un deber moral, origina algún beneficio para la convivencia de la sociedad, adicional al del mantenimiento de la ordenación pacífica de ésta⁷⁴.

Otro punto importante de las relaciones entre la moral de deber y moral de aspiración es el provocado por la necesidad de conocer cuándo una conducta se halla dentro del ámbito del deber moral, y cuándo, en cambio, pasa a formar parte de las aspiraciones o los ideales morales. Para ello, Fuller introduce el concepto de escala moral, mediante el cual establecer algún criterio para saber cuándo se está bajo uno u otro ámbito. Lo que Fuller hace, a través del citado concepto, es imaginar una escala en cuyo punto más bajo se encuentran las exigencias más imprescindibles e ineludibles para la convivencia humana. Conforme se va subiendo en la misma, se van abandonando las exigencias de este tipo, para irse avanzando en las aspiraciones o ideales morales, concluyendo, en el punto más alto, con las más elevadas de entre éstas. Y, en algún punto de esta escala, se encuentra la línea divisoria, es decir, el punto en el que cesa el deber para comenzar la aspiración o el ideal⁷⁵. Conocer cuál es ese concreto punto es, en opinión de Fuller, uno de los problemas más delicados a los que se enfrenta

tangible. Razones de simetría sugieren que en la moral de aspiración, que se esfuerza por conseguir lo mejor, los premios y las alabanzas deben jugar el papel que la pena y la desaprobación cumplen en la moral de deber” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 30). Esta idea se encuentra asimismo en A.SMITH, reforzándose así la similitud de la propuesta de FULLER con la de este autor, siempre y cuando se sustituya, eso sí es diferente, el término de justicia por el de moral de deber, y el de beneficencia por el de moral de aspiración. Y es que, para A.SMITH, “aunque la violación de la justicia [...] provoca un castigo, el cumplimiento de las normas de esa virtud difícilmente parece ser digno de una recompensa” (*The Theory of Moral Sentiments*, *op. cit.*, p. 117). Por otro lado, este mismo autor añade, con el objeto de completar la comparación, que “aunque la ausencia de beneficencia parece no merecer castigo alguno, los grandes esfuerzos por cumplir con esta virtud se presentan como merecedores de las mayores recompensas” (*ibidem*).

⁷⁴.- Algunos ejemplos se presentan, por parte de R.S.SUMMERS, para demostrar que “es falso que no se elogie a los sujetos por cumplir con sus deberes morales” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 6), ya que “el que generalmente cumple con ellos es merecedor de elogio” (*ibidem*). Cosa que sucede cuando “A, un experto nadador, salva a un niño que se ahoga en una piscina. B, enfermo crónico, continúa trabajando cada día para mantener a su familia. C, una joven, sacrifica su vida social para cuidar a su anciano y enviudado padre. D, que ha prometido algo a alguien, cumple su promesa, aunque sea económicamente desastroso para él” (*ibidem*). En todos estos casos, la conducta de los sujetos afectados, consistente en el cumplimiento de ciertos deberes, es merecedora de un cierto elogio.

⁷⁵.- Para encontrar una guía que ayude a resolver el tema de la ubicación de las conductas en el ámbito del deber o en el de la aspiración, FULLER propone un esfuerzo de la imaginación. Y así, “se puede perfectamente imaginar una especie de escala o criterio de medición que comience, en la base, con las demandas más obvias de la vida social, y se extienda, de forma ascendente, hasta los niveles más elevados de aspiración humana” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 9-10). Una vez situados en ella, “en algún lugar de esta escala, hay un indicador invisible que señala la línea divisoria donde cesa la presión del deber y comienza el reto de la excelencia” (*idem*, p. 10).

la teoría moral. Pues, colocar la línea divisoria 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 convivencia⁷⁶. Pero, el que sea extremadamente complicado realizar adecuadamente esta tarea ni debe ni puede suponer, aduce Fuller, un olvido de la misma⁷⁷.

Varias son las críticas que, como en los párrafos anteriores, se formulan a esta última propuesta de Fuller sobre la escala moral. La primera de ellas tiene que ver con el problema, ya expuesto, del denominado indicador moral, es decir, el punto en el que se

⁷⁶.- La concreta ubicación que, en el interior de esta escala, pueda llegar a tener el indicador moral es una cuestión que adquiere extrema importancia en el interior de la propuesta teórica de FULLER, ya que “esta línea de división actúa como baluarte esencial entre las dos morales. Si la moral de deber alcanza un punto más elevado que el de su propia esfera, la férrea mano de la obligación impuesta puede sofocar la experiencia, la inspiración, y la espontaneidad. Si la moral de aspiración invade el ámbito del deber, los sujetos pueden empezar a medir y cualificar sus obligaciones por sus propios criterios, y podemos terminar como el poeta que arroja a su esposa al río en la creencia - quizá bastante justificada - de que será capaz de escribir mejor en su ausencia” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 27-28). Pero, como dice FULLER, “todo el campo de la argumentación moral esta dominado por una indeclarada disputa sobre la localización de este indicador. Hay quienes presionan para colocarlo más arriba; otros trabajan para bajarlo. Aquéllos a los que vemos como desagradablemente - o, al menos, inconvenientemente - moralistas están siempre tratando de hacer avanzar palmo a palmo el indicador a fin de expandir el área del deber. En vez de invitarnos a unirnos a ellos en la realización de un modelo de vida que consideran digno de la naturaleza humana, intentan coaccionarnos para que pensemos que estamos obligados a aceptar este modelo” (*idem*, p. 10). Sería, volviendo a la dicotomía de G.PECES-BARBA de ética pública y ética privada, algo así como la invasión de la primera por parte de esta última, lo que se produce cuando “desde una ética privada, que es sólo de sus creyentes, se pretende extender sus preceptos al conjunto de los ciudadanos que no son todos creyentes de esa ética pública. Se identifican verdad y libertad, como lo hace Juan Pablo II en la [Encíclica] *Veritatis Splendor*, y se quebranta el pluralismo de propuestas de ética privada” (*Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, *op. cit.*, p. 16).

⁷⁷.- La dificultad a la hora de resolver la cuestión de la ubicación del indicador en la escala moral se ve reforzada, además, por el hecho de que resulta extremadamente complicado, si no imposible, contar con criterios ciertos y seguros sobre cuál es el camino hacia las últimas aspiraciones o ideales humanos. De ahí que, en opinión de FULLER, el contenido de los deberes morales no haya de corresponderse con el de las aspiraciones o ideales morales. Y es que no se necesita, para impedir a través de una serie de deberes la realización de conductas socialmente dañinas, conocer el camino del sujeto hacia su perfección; no se necesita, dicho en otros términos, que la moral de aspiración sea el fundamento de la moral de deber. Según palabras de FULLER, “el mandato moral de «no se debe matar» no implica una imagen de la vida perfecta. Descansa en la prosaica verdad de que si los hombres se matan los unos a los otros no será posible alcanzar ninguna moral de aspiración imaginable” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 11). Se puede, añade FULLER, “conocer lo malo [y evitarlo, a través de deberes] sobre la base de nociones muy imperfectas de lo que sería perfectamente bueno” (*idem*, p. 12). En consecuencia, la ubicación de este indicador moral, cuestión extremadamente difícil por todo lo ya señalado, no ha de obviarse “bajo el pretexto de que ninguna respuesta es posible hasta que se haya elaborado una exhaustiva moral de aspiración. Sabemos lo suficiente para crear las condiciones que permitirán elevarse a un sujeto. Es realmente mejor hacer esto [establecer los adecuados deberes morales] que intentar inmovilizarle con una articulación final de su máximo bienestar [convertir en deberes sus aspiraciones últimas]” (*ibidem*).

pasa de los deberes a las aspiraciones o ideales morales. Problema que se agudiza con volver la atención, siquiera brevemente, a ciertos aspectos de las normas morales recogidos en otros lugares de este trabajo. Y así, si se atiende a la nota de objetividad que, en opinión de Fuller, es predicable de la moral de deber, la cuestión de la ubicación de dicho indicador deja de ser una tarea extremadamente complicada. Porque, de aceptarse el carácter objetivo de la moral de deber, no podrá haber duda alguna sobre su configuración, ni, en consecuencia, sobre sus límites. Entonces, la predicada, por Fuller, objetividad de la moral de deber resulta incompatible, a todas luces, con la existencia de una enconada disputa a la hora de decidir dónde colocar el indicador en la escala moral⁷⁸.

Pero, se plantea, además, una segunda cuestión íntimamente relacionada con lo que se acaba de señalar, y que también requiere volver a un concreto aspecto de la moralidad que se abordó en la primera parte de este trabajo. Se trata del tema de la creación y modificación de las normas morales. Allí se arguyó en favor de la tesis de que éstas no podían ser elaboradas, a diferencia de las normas, mediante un acto deliberado y consciente por parte de un sujeto o de un órgano habilitado al efecto. Pues bien, desde estas premisas es difícil explicar todo este tema de la disputa por ubicar, en uno u otro lugar de la escala moral, el índice donde cesan los deberes y comienzan las aspiraciones. Y ello porque, como se ha señalado, no se puede admitir la idea de que sea un sujeto o un órgano determinado el que coloque, consciente y deliberadamente, el límite en un determinado punto de la línea, sea éste el que sea. No se puede, en definitiva, aceptar la noción de legislatura moral⁷⁹. Finalmente, una última advertencia

⁷⁸ .- Sirvan las siguientes palabras de HART para poner de manifiesto las dificultades, a la hora de mantener una mínima coherencia interna, con las que se enfrentan las propuestas de FULLER. Y es que, en opinión de aquel autor, FULLER “señala que los moralistas pueden diferir respecto de los ámbitos de conducta que deban caer dentro de las respectivas esferas del deber y la aspiración [...] Pero, no es claro cómo, dadas estas concepciones divergentes del ámbito del deber, aplicaría esto el autor a su inicial caracterización de aquél como descubrible y no-subjetivo” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, pp. 345-346). Es, precisamente, en este contexto de crítica de la tesis de FULLER sobre la problemática de la ubicación del indicador moral, en el que cobran plena validez las palabras de R.S.SUMMERS que señalan que “es erróneo decir que todo el campo de la argumentación moral está dominado por una indeclarada guerra sobre la localización del punto que marca la línea divisoria entre el deber y la aspiración” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 9). La propuesta de este autor pasa por señalar y recoger la importancia de otros problemas, también de carácter moral, tales como “¿cuáles deberían ser nuestros deberes *prima facie*? ¿cómo deberían resolverse los conflictos morales? ¿cuál es la visión correcta de la buena vida?” (*ibidem*).

⁷⁹ .- A pesar de que en la primera parte de este trabajo se insistió lo suficiente, por lo menos así se cree, en la idea de que las normas morales no son creadas, modificadas o eliminadas al estilo de las jurídicas, es decir, a través de un proceso o un acto consciente y deliberado por parte de un sujeto o un órgano



cabe hacer respecto a la gradación que, dentro de la misma escala, propone Fuller entre deberes y aspiraciones morales. Se trata de la posibilidad de que existan situaciones en las que no se correspondan los deberes con las aspiraciones, y, también, supuestos en los que aquéllos y éstas entren en conflicto. De mantener hasta las últimas consecuencias la tesis de Fuller sobre la existencia de una escala moral, donde los deberes sean los primeros escalones hacia la consecución de las aspiraciones, casos como éstos quedarían sin suficiente explicación⁸⁰.

Resta, finalmente, por analizar el tema de la relación entre los deberes y las aspiraciones morales con el Derecho. Se ha optado por dejar este punto para el último lugar de este epígrafe al estar íntimamente vinculado con el problema que se abordará en el siguiente, que es el de la aplicación de esta distinción entre la moral de deber y la moral de aspiración al concepto de moral interna del Derecho. Para ello, parece importante referirse a la conexión que, en opinión de Fuller, existe entre la moral de deber y el Derecho, y que se expresa en el dato de que los deberes morales pueden ser reforzados, en cuanto a su cumplimiento, por las normas jurídicas. Refuerzo que, por el contrario, no cabe plantear en el caso de las aspiraciones morales, por la sencilla razón, arguye Fuller, de que no puede obligarse a nadie a vivir de la mejor forma que le sea posible. Lo que, traducido al supuesto de un legislador que pretenda buscar razones morales para regular una conducta en uno u otro sentido, significa que éste habrá de

habilitado al efecto, resultan de extrema utilidad utilizar las siguientes palabras de R.S.SUMMERS, que inciden en esta misma idea, para insistir en la crítica a FULLER. Este autor, según R.S.SUMMERS, “entiende mal la naturaleza de la moral. Ciertamente es que hay moralistas que pretenden convertir todo en deberes. También, que hay otros que creen que tenemos demasiados deberes. Pero, la propia moralidad no está sujeta al cambio por determinados grupos o personas. La noción de «reforma moral» es, al menos hasta cierto punto, absurda. Podemos reformar las leyes, pero no los códigos morales. En la esfera del derecho, tenemos legisladores que «coloquen el indicador», pero no hay legisladores morales” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 10).

⁸⁰.- Hay, según R.S.SUMMERS, una serie de situaciones que, analizadas desde el prisma de FULLER, son, cuando menos, de difícil explicación. Y ello porque, en primer lugar, “muchos deberes morales y aspiraciones morales no permanecen en una especie de relación de mutua coherencia. De hecho, entran a menudo en conflicto. Así, una moralidad utilitaria de aspiración puede disponer la inobservancia de ciertos deberes de la moralidad popular” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 9). En segundo término, “el modelo del autor sugiere que para cada una de nuestras aspiraciones morales existe su correspondiente deber o deberes en un punto más bajo de la escala. Pero, esto no es cierto. Puede hablarse de justicia, y del deber de ser justo, pero no de libertad y del deber de ser libre” (*ibidem*). Finalmente, “no existe, para muchos de nuestros deberes morales, una correspondiente aspiración o aspiraciones morales. Por ejemplo, ¿cómo pensar en deberes tales como [...] el de no robar? Éstos no son conceptos sobre los que quepa aplicar una gradación. No puede haber nada por debajo ni por encima de ellos [...] O se roba o no se roba” (*ibidem*).

acudir a la moral de deber, y no a la de aspiración. Allí podrá encontrar razones en las que apoyar, desde un punto de vista moral, su opción por una determinada regulación⁸¹.

Pero, al igual que ha sucedido en todos los rasgos que, según Fuller, caracterizan y distinguen los deberes y las aspiraciones morales, esta última propuesta es, asimismo, merecedora de alguna matización. Y ello porque Fuller parece desconocer la posibilidad de que un legislador pretenda imponer, por medio de normas jurídicas, sus aspiraciones o ideales morales al conjunto de sujetos vinculados por el sistema jurídico de que se trate. Nada obsta a que dicho legislador utilice el mecanismo jurídico para obligar a los sujetos a mantener ciertas conductas, hábitos o modos de vida que no afecten de modo directo a la ordenación o al mantenimiento de la convivencia social, es decir, que no pertenezcan a la llamada moral de deber⁸². A través del Derecho puede establecerse, e

⁸¹ .- Para explicar la relación entre la moral de deber y el Derecho, FULLER propone el ejemplo de un legislador que pretende prohibir, jurídicamente, los juegos de apuestas. Y, para ello, busca razones morales que le ayuden a tomar la decisión. Si aquél acude a la moral de deber, las razones que se le ofrecerían se basarían en que “el juego es una pérdida de tiempo y energía, que parece actuar como una droga en aquéllos que llegan a ser adictos al mismo, y que tiene muchas consecuencias indeseables, tales como provocar que el jugador descuide a su familia y sus deberes hacia la sociedad” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., op. cit., p. 7). Frente a estas razones, basadas en las consecuencias perjudiciales que la conducta concreta pueda llegar a provocar, para la moral de aspiración “el juego no sería la violación de un deber, sino una forma de conducta impropia de un ser humano dotado de capacidad” (*idem*, p. 8); y ello porque, para el “moralista” de aspiración, el juego supondría una manera de que un sujeto pueda evitar “las amplias responsabilidades de la condición humana [descubriendo] una forma de disfrutar una de sus satisfacciones sin aceptar las cargas que normalmente la acompañan” (*ibidem*). Pues bien, ante este abanico de posibilidades, la respuesta de FULLER es que las razones suministradas por la moral de aspiración no guardan relación directa con el Derecho. Ésta no es, a decir de G.ABRAHAM, “una moralidad que se exprese jurídicamente” (*Morality and the Law*, Calder & Boyards Ltd., Londres, 1971, p. 52). Y ello, explica FULLER, porque “no hay forma alguna por la que el derecho pueda forzar a un hombre a vivir conforme a las excelencias de las que sea capaz. A la hora de encontrar criterios para juzgar, el derecho debe volverse hacia su pariente más cercano, la moral de deber. De ser en algún sitio, será allí donde encontrará ayuda para decidir si el juego debe ser jurídicamente prohibido” (*idem*, p. 9). Conexión, pues, entre el Derecho y la moral de deber, manifestada en el hecho de que aquí será donde acuda aquél siempre que pretenda buscar razones morales en las que basar sus decisiones sobre determinadas conductas de los sujetos; es ésta la conclusión a la que parece dirigirse FULLER en este aspecto concreto del tema. No obstante, esta conclusión se enfrenta, de forma directa, con la tesis de C.G.WEERAMANTRY de que “resulta tan difícil alcanzar un acuerdo incluso sobre lo básico y fundamental en la sociedad humana que hay poca esperanza de que la moral de deber nos guíe hacia la consecución de un cierto grado de certeza [del Derecho]” (*The Law in Crisis. Bridges of Understanding*, Capemoss, Londres, 1975, 127-128).

⁸² .- Define E.GARZÓN el perfeccionismo como una forma de intervención estatal coactiva cuya razón estriba en que “es probablemente necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se la impone” (“¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico”, en GARZÓN, E., *Derecho, ética y política*, op. cit., p. 363). Entonces, una intervención del legislador tendente a imponer un determinado *modus vivendi* que no afecte, en modo alguno, a la convivencia básica de la vida social, sino que tenga como objetivo establecer un modelo de la “vida buena”, adquiere tintes semejantes a lo que puede considerarse la invasión del campo del deber por parte de las aspiraciones, o ideales, morales de un determinado sujeto o conjunto de sujetos; en este caso, del legislador. Este tipo de actuaciones estatales no han de ser asimiladas al llamado paternalismo jurídico, el cual, según E.GARZÓN, consiste en “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma” (*idem*,

imponerse, un ideal moral de conducta que exceda del marco, diseñado por Fuller, de la moral de deber⁸³. Otra cosa es la valoración que, desde el punto de vista moral, merezcan las intenciones de ese legislador. Pero, éste es un tema diferente.

4.3.2.- La moral interna del Derecho: deber o aspiración

Una vez efectuada la distinción entre los ámbitos morales del deber y la aspiración, se dispone ya de las bases suficientes para abordar la cuestión de la clasificación de la moral interna del Derecho en uno u otro ámbito. Cuestión sobre la que Fuller ofrece argumentos que, de no explicarse suficientemente, podrían motivar algún tipo de confusión. Y ello porque si bien, en ocasiones, parece clara la adscripción de la moral interna del Derecho al círculo de la moral de aspiración; otras veces podrían encontrarse razones, incluso en el propio Fuller, para situarla, más bien, dentro de la moral de deber. Este tema guarda una estrecha relación con la propuesta de Fuller, recogida en páginas anteriores de este trabajo, de la existencia de una escala moral, que comienza con las más elementales exigencias de la vida social para terminar, en su parte superior, con las más altas cotas de la perfección humana. Pues bien, lo que ahora ha de realizarse es la exacta ubicación de los principios de la moral interna del Derecho en dicha escala, para así comprobar si se trata de requisitos imprescindibles para la ordenación de la convivencia, o si, por el contrario, merecen la consideración de aspiraciones o ideales a alcanzar para lograr la plena realización de las facultades y capacidades humanas. Lo que, traducido a la labor de creación y aplicación del Derecho, daría lugar a dos diferentes interpretaciones sobre los elementos de la moral interna del Derecho. O son condiciones necesarias para la creación y aplicación de éste, que se

p. 361). Si esta intervención no “apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica” (*idem*, p. 374), habrá que concluir que no está éticamente justificada.

⁸³.- La tesis que mantiene FULLER sobre la imposición de conductas o modelos de vida por medio de normas morales se resume, con bastante fidelidad, en las siguientes líneas de este autor: “No hay manera posible por la que se pueda obligar a un hombre a vivir de forma racional. Lo único que puede hacerse es excluir de su vida las manifestaciones más graves y obvias de la casualidad y la irracionalidad. Pueden crearse las condiciones esenciales para una existencia racional. Éstas son las condiciones necesarias, pero no suficientes, para la consecución de aquel fin” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 9). Ésta es la propuesta de FULLER. Pero, puede perfectamente no ser la del sujeto o los sujetos que gozan del poder, en un determinado sistema jurídico, de creación de normas. Éstos, por el contrario, pueden querer imponer a los demás sus pautas de moralidad, y, ante situaciones así, “podemos, justificadamente incluso, condenar moralmente [su propuesta], pero ir más allá y prohibirlo jurídicamente es una cuestión radicalmente diferente” (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 113).

articulan por medio de deberes, o son simples ideales o aspiraciones a los que podrá acudir, si así lo desea, el sujeto que pretenda crear el “mejor” Derecho posible. Véanse, a continuación, los argumentos que hacen al caso.

El argumento que merece, quizá por su mayor claridad, ser expuesto y analizado en primer lugar es el sustentado, con carácter general, por la explícita afirmación del propio Fuller de que la moral interna del Derecho pertenece al ámbito de la moral de aspiración. Dos son los motivos que se arguyen, por parte de este autor, para adoptar semejante conclusión. En primer lugar, 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. Piénsese, en este sentido, en el requisito de claridad de las normas, en el de que éstas sean coherente entre sí, o, finalmente, en el de congruencia con lo dispuesto en ellas a la hora de ser aplicadas por los sujetos u órganos habilitados al efecto. Son requisitos en los que a los sujetos afectados por ellos se les exigen comportamientos positivos, tales como hacer que las normas sean claras, que resulten coherentes entre sí, o que sean efectivamente aplicadas⁸⁴.

En segundo lugar, y motivado por este carácter afirmativo de los elementos de la moral interna del Derecho, difícilmente se prestan éstos a una formalización mediante deberes. Recuérdese que, en la primera parte de este trabajo, se expusieron las razones por las que, desde el punto de vista de Fuller, los elementos de la moral interna del Derecho no podían ser recogidos en normas jurídicas expresas, gozando, por el contrario, de un carácter implícito. Pues bien, una de las razones que allí se ofrecieron para negar carácter expreso a dichos elementos es, precisamente, la misma que Fuller utiliza, ahora, para negar la posibilidad de que puedan formularse a través de deberes. Se trataba, aquélla, de la dificultad de plasmar las exigencias de la moral interna del Derecho en normas expresas; dificultad que existe, igualmente, si se pretende articular tales exigencias mediante deberes, cuyo respeto sea exigible al sujeto encargado de crear

⁸⁴ .- La opinión de FULLER se resume en que, frente al carácter meramente omisivo de las exigencias propias de la moral de deber, “las demandas de la moral interna del derecho [...] exigen más que abstenciones; son, podría decirse, afirmativas por naturaleza. Hacer el derecho conocido, coherente y claro, hacer que las decisiones de los funcionarios se guíen por el derecho, etc. Para cumplir estas demandas, las energías de los sujetos deben dirigirse hacia la consecución de ciertos logros, y no simplemente a alejarse de la realización de acciones perjudiciales” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 42). Recuérdese que, en páginas anteriores, se advirtió sobre esta diferencia, así como sobre los problemas que la misma podía llegar a provocar.

o de aplicar el Derecho⁸⁵. La conjugación de ambas razones es lo que, en definitiva, provoca que los principios de la moral interna del Derecho queden condenados, irremediabilmente, a permanecer como una moral de aspiración⁸⁶.

Pero, la rotundidad de esta afirmación es objeto de una primera matización en cuanto al requisito de publicidad de las normas jurídicas se refiere, que es, recuérdese, uno de los integrantes de la moral interna del Derecho. Pues, en este caso, la argumentación de Fuller, la cual ha quedado plasmada en el párrafo anterior, ciertamente va a variar. O, mejor dicho, lo que varía no es la argumentación de Fuller, sino más bien las circunstancias a las que ésta se aplica. Y es que, en opinión de este autor, el principio de publicidad de las normas es distinto, en lo que ahora afecta, al resto de los elementos de la moral interna del Derecho, porque, en él, sí cabe la formulación mediante un deber, impuesto al sujeto encargado de crear las normas y consistente en la publicación de éstas en alguno de los instrumentos habilitados al efecto⁸⁷. Así, la dificultad citada anteriormente, es decir, la dificultad que impide que los

⁸⁵.- La segunda nota característica de la moral de deber, tal y como ésta es entendida por FULLER, es la predominancia en ella, como no podía ser de otra forma, de la idea del deber. Predominancia que, por el contrario, no se manifiesta en el caso de la moral interna del Derecho. Y es que “a causa de la calidad afirmativa y creativa de sus demandas, la moral interna del Derecho se presta mal a su realización por medio de deberes, ya sean éstos morales o legales” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 42-43). La razón estriba, según FULLER, en que “si se afirma que hay una obligación que cumplir, habrá que afrontar la responsabilidad de definir el punto en el se viola ese deber” (*idem*, p. 43). Aunque sea fácil declarar que el legislador tiene un deber moral de hacer leyes claras y comprensibles, una afirmación de este tipo “quedará como una mera exhortación a menos que se esté preparado para definir el grado de claridad que aquél debe alcanzar para cumplir con su deber” (*ibidem*). Llegados a este punto, “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” (*ibidem*).

⁸⁶.- El carácter afirmativo de los elementos de la moral interna del Derecho, más su difícil formalización a través de deberes, hacen que pueda llegarse, siempre según FULLER, “a la conclusión de que la moral interna del derecho está condenada a permanecer, en su mayor parte, como una moral de aspiración, y no de deber” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 43). Tal y como posteriormente podrá comprobarse, es importante avanzar esta advertencia que FULLER parece introducir, al hablar de “en su mayor parte”, en la conclusión que acaba de exponerse. Y es que, según se deduce de las citadas palabras, la adscripción de la moral interna del Derecho al ámbito de las aspiraciones morales no es algo que esté exento de problemas, ni de matizaciones. No obstante, hay autores, como es el caso de R.SILTALA, para los que es patente que “Fuller analiza la moral interna del Derecho como reglas de la moral de aspiración” (“Derecho, moral y leyes inmorales”, trad. M.J.Añón, *DOXA*, vol. 8, 1990, p. 161). Idéntica es la posición de C.VARGA, para quien “el rasgo más sobresaliente de la moralidad interna de la ley es que constituye una característica tan sólo *posible*, una cualidad excedente que no constituye un *sine qua non*, y que la ley [o el Derecho, sería mejor decir] es posible y concebible sin ella” (“Reflexiones acerca del Derecho y su moralidad interna”, en AA.VV., *H.L.A.Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, nº 28, primer semestre, 1986, p. 485).

⁸⁷.- De acuerdo con la advertencia que acaba de realizarse, en el texto, respecto a la inclusión de la moral interna del Derecho en la moral de aspiración, FULLER señala que, frente a su inicial argumentación,

elementos de la moral interna del Derecho puedan articularse bajo la forma de deberes, se desvanece en lo tocante al requisito de publicidad de las normas. En consecuencia, no parece haber razones que obsten a que este elemento de la moral interna del Derecho sí pertenezca a la moral de deber, al igual que tampoco las había, anteriormente, para abogar por la existencia de normas jurídicas expresas que introduzcan tal obligación para los sujetos encargados de la creación del Derecho⁸⁸. Entonces, la ubicación de la moral interna del Derecho en el interior de la escala moral parece ir descendiendo de los últimos peldaños de la aspiración, para irse acercando a los del deber, aunque, hasta ahora, esto sólo se haya producido respecto de uno de los elementos que forman parte de la misma, el principio de publicidad de las normas.

Existe, finalmente, un último argumento a tomar en cuenta a la hora de enfrentarse al problema de la ubicación de la moral interna del Derecho dentro del núcleo de las aspiraciones o de los deberes morales. Argumento que, como los dos anteriores, encuentra un sólido apoyo en las propias palabras de Fuller. Y es que, si se vuelve al anterior apartado de este mismo epígrafe, allí se encontrará una afirmación del propio Fuller que, cuando menos, ofrece alguna luz al respecto. Se trata, en concreto, de la vinculación que explícitamente se formula entre la moral de deber y el Derecho, negándose, por parte de este autor, que tal vinculación pueda existir respecto de las aspiraciones morales. Sin perjuicio de las críticas que hubo ocasión de exponer respecto a la viabilidad o no de dicha vinculación, lo cierto es que ésta resulta coherente con los planteamientos generales de Fuller, puesto que, recuérdese una vez más, una de las tesis principales de este autor es la necesidad de un mínimo respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico.

“hay una importante excepción. Se refiere al desiderátum de hacer que las normas sean conocidas, o, al menos, hacerlas accesibles a los afectados por ellas” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 43). En este caso, FULLER parece apreciar las ventajas que trae consigo el establecimiento de un deber de publicidad de las normas, al señalar que “un criterio formal de promulgación no sólo indica al sujeto creador de normas dónde publicar éstas; también permite al sujeto - o al abogado de que representa sus intereses - saber dónde acudir para conocer del derecho” (*idem*, pp. 43-44).

⁸⁸.- El paralelismo entre las razones que se ofrecen a la hora de abogar por la existencia de imperativos jurídicos expresos que obliguen a la publicidad de las normas, y las que arguyen en favor del establecimiento de un deber moral de publicar tales normas, por parte del sujeto competente para su creación, se observa con relativa claridad en la siguientes palabras de FULLER: “si los tribunales [o cualesquiera órganos dotados de la competencia necesaria para establecer los criterios de validez normativa] tienen potestad para efectuar esta disposición [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” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 43).

Pues bien, en este contexto, la afirmación de Fuller de que la moral interna del Derecho pertenece al mundo de las aspiraciones morales puede causar cierta extrañeza. Puesto que, de ser así, el incumplimiento de los elementos de la moral interna del Derecho por parte del sujeto creador de normas jurídicas no acarrearía consecuencias negativas para la existencia de un sistema jurídico, sino, como mucho, para su aspiración a ser un buen sistema jurídico⁸⁹. 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. Esta conclusión sí es, en principio, incoherente con la tesis de Fuller sobre el necesario respeto a la moral interna del Derecho para la existencia de un sistema jurídico, de modo que precisa ser rechazada o, por lo menos, matizada, desde esta otra perspectiva, más acorde con las propias tesis generales de Fuller. Y, de acuerdo con ella, los principios de la moral interna del Derecho establecen el marco necesario para el establecimiento y desarrollo del sistema jurídico, el cual, a su vez, resulta imprescindible tanto para la convivencia humana como para que cada sujeto pueda desarrollar sus propias aspiraciones e ideales morales. Es ésta, en conclusión, la vía que se ha de seguir para encontrar, y ofrecer, argumentos en favor de la inclusión de los elementos de la moral interna del Derecho en el ámbito de la moral de deber.

Para entender la conjugación de estos tres diferentes argumentos en el seno de la teoría de Fuller, hay que volver al concepto de Derecho propuesto por este autor. Y, en

⁸⁹ .- La consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como aspiraciones morales hace que su incumplimiento traiga como consecuencia un “mal” Derecho, es decir, un Derecho que no satisface ciertos requisitos de calidad del mismo. Ésta es la interpretación que se encuentra en R.SILTALA, para quien “una ruptura en la moral interna del Derecho de Fuller, después de todo, no desprovee al Derecho de su validez sino sólo da lugar a un «mal» Derecho. Sólo si el legislador comete un error en la promulgación 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 promulgación no es violado, el resultado puede ser algo que no alcanza al «orgullo de su artífice» [...], pero, en cualquier caso, es un Derecho válido” (“Derecho, moral y leyes inmorales”, *op. cit.*, p. 160). Entonces, los elementos de la moral interna del Derecho son, siguiendo con esta interpretación a la que también se adhiere H.GROSS, “en su mayor parte ideales morales de la empresa jurídica - los objetivos del buen artesano jurídico -, [aunque] en ocasiones pueden ser vistos como deberes morales e, incluso, jurídicos” (“Review of *The Morality of Law*”, *New York University Law Review*, vol. 40, nº 6, diciembre, 1965, p. 1221). Difícil es, desde mi punto de vista, articular esta conclusión con la que FULLER ofrece cuando, al hilo de la exposición del caso de Rex, recogido éste en las páginas introductorias del presente trabajo, afirma que un fracaso total en el cumplimiento de los elementos de la moral interna del Derecho produce algo que no puede

concreto, a la nota del carácter gradual que, en opinión de Fuller, acompaña necesariamente a la consideración del Derecho como la empresa de sujetar las conductas a las normas. En la primera parte de este trabajo, al analizar la dinámica de funcionamiento de la moral interna del Derecho, ocasión hubo de exponer la relación que, según Fuller, se plantea entre la existencia de un sistema jurídico, el propósito del mismo, y los requisitos de la moral interna del Derecho. Dicha relación era lo que provocaba, tal y como se expuso en aquel lugar, que la existencia del Derecho fuera una cuestión de grados. Cuanto más se alcance el propósito de sujeción de conductas a normas, más Derecho habrá. En esta relación, la moral interna del Derecho está llamada a jugar un papel que podría calificarse de decisivo, puesto que será precisamente su mayor o menor grado de cumplimiento lo que motivará una mayor o menor satisfacción del citado propósito y, en consecuencia, la existencia de más o menos Derecho. Así, salvo en el punto extremo en el que no se respetaran siquiera mínimamente los elementos de la moral interna del Derecho, la existencia de éste no es algo que pueda ser entendido en términos excluyentes, sino que será una cuestión de grados. Entonces, la moral interna del Derecho pertenecerá a la moral de deber en la medida en que afecte a este grado mínimo necesario para la existencia de un sistema jurídico. Este mínimo que hay que respetar para que pueda predicarse la existencia de un sistema jurídico si formará parte, pues, del ámbito de la moral de deber. A partir de este lugar de la escala, los elementos de la moral interna del Derecho adquieren el carácter de aspiraciones a las que el sujeto creador de las normas jurídicas, en tanto pretenda desarrollar un buen sistema jurídico, pueda acudir⁹⁰.

denominarse sistema jurídico. Allí se hace referencia a todos los elementos de aquélla, y no sólo al de la publicidad de las normas.

⁹⁰ .- La moral interna del Derecho, podría decirse, entra también en la dinámica característica de la escala moral, tal y como ésta ha sido presentada por el propio FULLER. Ello supone que sus demandas pueden desarrollarse a lo largo de la misma, de forma que, en definitiva, “la moral interna del derecho, conviene aclararlo ahora, presenta todos estos aspectos. Abarca tanto la moral de deber como la moral de aspiración” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 42). A la hora de apreciar las consecuencias que provoca el incumplimiento de sus elementos, según la posición que éstos ocupen en la citada escala moral, resultan de extrema utilidad las siguientes palabras de P.P.NICHOLSON: “Fracasar en el cumplimiento de las *aspiraciones* de la moral interna del Derecho trae como consecuencia un mal derecho (malo, creo, en un sentido tanto técnico como moral - Fuller entremezcla los dos), pero un sistema jurídico en todo caso; sin embargo, fracasar en el cumplimiento de sus *deberes*, los cuales prescriben «las condiciones indispensables para el derecho», trae como resultado la inexistencia de un sistema jurídico” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *op. cit.*, p. 310). Quizá sea ésta la solución que más se adecua al sentido general con el que FULLER diseña esta figura de la moral interna del Derecho.

Además de las reacciones y críticas que, con carácter general, suscita esta explicación gradual de la existencia de los sistemas jurídicos, las cuales se analizaron con detalle en la primera parte de este trabajo, la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como dimensiones de moralidad presenta, asimismo, problemas adicionales. Si a ambas cuestiones, se le suma, por otro lado, la confusión que genera la distinción entre deberes y aspiraciones morales, el resultado de todo ello es, como habrá podido apreciarse, un tanto confuso. De ahí que al comienzo de este apartado se advirtiera sobre la necesidad de exponer por separado todos los argumentos que, en un sentido u otro, hacen al caso. No obstante, gran parte de las cuestiones planteadas se solventarían, o, por lo menos, se reducirían, si se evitara considerar a los elementos de la moral interna del Derecho como principios o dimensiones de moralidad. Ésta es la vía por la que, en contra de lo mantenido por Fuller, se ha optado en estas páginas⁹¹. Los elementos de la moral interna del Derecho son condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico, que se 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. Deberes cuyo cumplimiento podría consistir no sólo en la omisión de ciertas acciones, como por ejemplo abstenerse de crear normas que exijan conductas imposibles, sino también en la realización de otras, como sería el caso de la norma que obligan a los legisladores a hacer públicas todas las normas jurídicas y a los jueces a aplicar las normas superiores del sistema⁹². Además, de adoptarse esta tesis, el

⁹¹.- Se han recogido, en páginas anteriores, las críticas que suscitaba la consideración de los elementos de la moral interna del Derecho como principios de moralidad, basándose en las formuladas por HART y R.M.DWORKIN, por estimarse como las más significativas al respecto. A las que allí se expusieron, hay que añadir las provocadas por la introducción de este nuevo dato de la clasificación entre deberes y aspiraciones morales. En este sentido, HART afirma que la insistencia de FULLER en considerar los principios de legalidad como una moralidad “le motiva una serie de errores al aplicar a estos principios la distinción [...] entre una moral de deber y una moral de aspiración, y esto provoca grotescos resultados [...] Entonces, al haber considerado que los principios de legalidad constituyen una moralidad, el autor se encuentra abocado a tratar la cuestión de si constituyen una moral de deber o de aspiración” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 350). Y, ante la respuesta de FULLER, añadirá que “tanto el tratamiento de esta cuestión como la decisión alcanzada son absurdos” (*ibidem*). Si, a lo afirmado en páginas anteriores sobre la consideración de los principios de legalidad como los principios del “buen artesano” del Derecho, se añade lo expuesto en estas últimas líneas de HART, puede apreciarse con relativa claridad cómo, para este autor, todos los problemas de la propuesta de FULLER radican en la consideración de los principios de legalidad como principios de moralidad.

⁹².- A la hora de ofrecer razones para la caracterización de los elementos de la moral interna del Derecho, más que como principios o dimensiones de moralidad, como auténticos imperativos jurídicos dirigidos a los sujetos competentes para crear y para aplicar normas jurídicas, pueden utilizarse las que en la primera parte de este trabajo se adujeron para afirmar el carácter expreso, y no implícito, de aquéllos. Sólo así

incumplimiento de estos deberes sí podría ser objeto de sanción. Este último dato difícilmente cabría en el marco propuesto por Fuller, ya que, de seguirse, los elementos de la moral interna del Derecho no pasarían, salvo la excepción del requisito de la publicidad, del ámbito de las aspiraciones morales, cuyo incumplimiento no puede ser objeto de sanción alguna⁹³.

La conclusión a la que se llega en estas páginas es coherente, o por lo menos eso se ha pretendido, con lo dispuesto en la primera parte del trabajo, donde se arguyó en favor de considerar a los elementos de la moral interna del Derecho como normas jurídicas expresas, que imponen deberes a los sujetos afectados por ellas. A ello ha de añadirse, como otra de las conclusiones que merece destacarse de este primer capítulo de la segunda parte del trabajo, la negación del carácter moral de dichos elementos. De este modo, la primera vía de conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia, o moralidad, de los sistemas jurídicos resulta fallida. Los elementos de la moral interna del Derecho, en sí mismos, no pueden ser entendidos como principios morales, de manera que su presencia en un sistema jurídico no es argumento suficiente para atribuirle a éste el calificativo de justo. Pero, esta respuesta no agota la totalidad de las cuestiones objeto de examen en estas páginas, ya que la presencia de dichos elementos sí produce consecuencias que, desde el punto de vista moral, merecen ser analizadas. Y ello porque la negación del carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho no implica, a mi modo de ver, que la articulación de los mismos en el interior de un sistema jurídico sea un dato moralmente neutro. Ésta es, tal y como se advirtió en

puede conseguirse, en mi opinión, algo más de los elementos de la moral interna del Derecho de lo que FULLER cree, cuando señala que “con respecto a las demandas de la legalidad [de la moral interna del Derecho, se entiende] distintas a la de la promulgación, lo máximo que se puede esperar de constituciones y tribunales es que nos salven del abismo; no puede esperarse de ellos que dispongan muchas medidas obligatorias tendentes a alcanzar logros realmente importantes” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 44). En estas páginas, se insiste, pues, en la generalización del argumento de la publicidad al resto de los elementos de la moral interna del Derecho, a pesar de que se es consciente de los problemas que pueda llegar a plantear. Aun así, las ventajas son mayores que los inconvenientes.

⁹³ .- Nótese que, de seguirse la tesis de FULLER de que los elementos de la moral interna del Derecho pertenecen al ámbito de las aspiraciones morales, siempre con la excepción del principio de publicidad de las normas, el legislador que actuara en contra de alguno de los mismos sólo podría ser acusado de haber violado un deber moral cuando el elemento incumplido fuera, efectivamente, éste de la publicidad. En el resto de los casos, cabe preguntarse qué calificativo merece la actuación del legislador. Así, por ejemplo, “si un legislador quiere utilizar leyes retroactivas para atemorizar a sus súbditos, ¿ha violado sólo una moral de aspiración? ¿No puede acusársele de la violación de un deber moral? El autor dice que mientras que un deber moral con respecto a la publicidad es fácilmente imaginable, el principal atractivo de la moral interna del derecho es «el orgullo del artesano» [es decir, del sujeto creador de las normas]” (HART, H.L.A., “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 351). Como dice HART, “estas conclusiones son, en efecto, extrañas” (*ibídem*).

los primeros párrafos de esta segunda parte, la segunda vía de conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. El análisis de la misma es, en términos generales, el centro del siguiente capítulo de este trabajo.

5.- LA MORALIDAD DEL DERECHO

Ocasión hubo de advertir, en los párrafos introductorios de esta segunda parte del presente trabajo, sobre la posibilidad de acudir a una doble vía de argumentación a la hora de abogar por la viabilidad de la relación entre el respeto a la moral interna del Derecho y la moralidad de los sistemas jurídicos. Y es que, recuérdese también, uno de los objetivos de este trabajo radica, precisamente, en el análisis de la existencia, o no, de conexión entre un sistema jurídico que respeta, siquiera mínimamente, los requisitos de la moral interna del Derecho de Fuller y la aplicación a aquél del calificativo de justo. Pues bien, el capítulo anterior se ha destinado al análisis de la primera vía de argumentación. Se aduciría, de acuerdo con ella, que la conexión se produce porque los elementos de la moral interna del Derecho son dimensiones de moralidad que se introducen, de forma necesaria, en los sistemas jurídicos. Pero, también en esas mismas páginas se han expuesto las dificultades que podía provocar dicha consideración de los elementos de la moral interna del Derecho, dificultades que, en definitiva, son las que han motivado el abandono de la primera vía de argumentación. Con la particularidad, igualmente expuesta en aquellas páginas, de que en el propio Fuller se aprecia, por lo menos desde mi punto de vista, un importante cambio de opinión. Pues, si bien inicialmente podía parecer que Fuller abogaba por el carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho, tras el análisis de las razones aportadas por este autor en defensa de una afirmación de este tipo puede apreciarse cómo el sentido de su argumentación ha variado de forma sustancial. Es, de acuerdo con las tesis de Fuller, el propio carácter moral del Derecho el que confiere moralidad a los elementos necesarios para su realización y mantenimiento, que no son otros, señálese una vez más, que los requisitos de la moral interna del Derecho. Éstos adquieren carácter moral en la medida en que son necesarios para la realización de una actividad que, en sí misma, es moral. Lo que, dicho en otros términos, vendría a significar, más o menos, que la moral interna del Derecho merece el calificativo de moral no porque su naturaleza sea tal, sino por adquirir el rango de necesaria para el Derecho, que, éste sí, tiene valor moral.

Aparece, así, la segunda vía de argumentación, consistente en abogar por el carácter moral de esa actividad a la que se denomina Derecho. Y, si las razones en las que Fuller basa su pretensión fueran correctas, no habría obstáculo alguno para

considerar que los elementos de la moral interna del Derecho, en cuanto necesarios para la configuración de los sistemas jurídicos, adquieren por ello carácter moral. Recuérdese, en este sentido, que la causa de la negativa a reconocer carácter moral a su lista de elementos radicaba en la negativa, por parte de los autores que a ello se oponían, a reconocer carácter moral al propio Derecho. Entonces, en este capítulo se van a exponer las razones por las que, según Fuller, el Derecho es una actividad moral en sí misma¹. Razones que, como no podía ser de otra forma, están directamente relacionadas con la presencia, en todo sistema jurídico, de los elementos de la moral interna del Derecho. Además, estas razones son las que se van a utilizar para intentar la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos, puesto que son ellas las que, desde mi punto de vista, justifican el sentido y carácter de dicha conexión.

Dos son, así pues, las cuestiones que se van a intentar dilucidar en las siguientes páginas, y que, como ha sucedido ya en algún que otro momento de este trabajo, se analizarán al hilo de las antedichas razones. Se tratará de comprobar si las razones alegadas por Fuller sirven, por un lado, para demostrar su afirmación de que el Derecho es, en y por sí mismo, una actividad moral, y, por otro, para aportar pruebas en favor de la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. No conviene olvidar, por último, que en la búsqueda de esta conexión, así como en la precisión del alcance de la misma, si es que la hay, se encuentran dos de los principales objetivos de este trabajo, de forma que no es de extrañar que en ellos se centre, principalmente, el contenido de estas páginas. Comiencese, por consiguiente, con la exposición de la primera de estas razones que, de ser correctas, conducirían a la conexión entre las dos realidades ya enunciadas.

¹.- Abogar por el carácter moral del Derecho es una de las pretensiones más importantes, si no la que más, de FULLER, aun cuando en ocasiones no quede reflejado, en sus palabras, con total claridad. Así, como señala P.P.NICHOLSON, “el presupuesto básico de Fuller, tan básico que probablemente no esté lo suficientemente enfatizado, es que el derecho es *per se* moralmente bueno” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *op. cit.*, p. 318). El núcleo central de las páginas que comprenden este capítulo del trabajo intentará, en la medida de lo posible, enfatizar esta conclusión de FULLER, con el objetivo de encontrar, si ello es posible, alguna vía de conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos.

5.1.- La afinidad entre la moral interna del Derecho y los contenidos materiales de justicia

A la hora de buscar razones que motiven la aplicación del calificativo de moral a la actividad que se conoce con el nombre de Derecho, Fuller va a comenzar por ensayar una especie de vinculación, por parte de los sujetos y de los órganos competentes para la creación y aplicación de las normas jurídicas, entre el respeto a la moral interna del Derecho y la búsqueda de normas de cuyos contenidos pueda predicarse la justicia. Hay que tener en cuenta que sobre el origen de esta vinculación ya ha habido ocasión de advertir en estas mismas páginas, al hacer referencia, en el capítulo anterior, a la relación existente entre la moral interna del Derecho y lo que el propio Fuller denomina la moral externa del mismo. Recuérdese que esta última contiene las dimensiones materiales de moralidad que un sistema jurídico asume y adopta como objetivos o fines a perseguir y alcanzar². Sobre la base de este criterio de clasificación, la opinión de Fuller es que ambas dimensiones de la moralidad, la interna y la externa, se relacionan entre sí; y, además, lo hacen de tal forma que el respeto a la moral interna del Derecho va a encaminar al sistema jurídico hacia unos determinados contenidos externos de moralidad, vinculados, como habrá ocasión de comprobar posteriormente, con la idea de justicia. Todo ello puede llegar a suponer, en términos generales, la asimilación de dos realidades, como son, por un lado, la creación de un sistema jurídico y, por otro, la atribución a éste del carácter de justo. Incluso, llevado este argumento al último extremo, podría utilizarse para afirmar que un sistema jurídico que respeta la moral interna del Derecho es un sistema jurídico justo.

Sin embargo, a la hora de exponer los detalles de este argumento de Fuller, aparece un problema que se advirtió, con carácter general, desde las primeras páginas de este trabajo. Y es que, en la exposición de sus argumentos, Fuller adolece de una falta de ordenación sistemática, debido, básicamente, a que en no pocas ocasiones su

².- Hay que tener en cuenta que la distinción que realiza FULLER entre las vertientes externa e interna de la moral no ha de ser confundida con la diferencia entre lo que se considera la moral positiva, o normas éticas que se manifiestan a través de usos sociales, y la moral crítica, o normas éticas que “se formulan [...] no a través de un uso social sino en el juicio dado por la conciencia crítica individual” (DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 36). Si hubiera que aplicar esta distinción a la propuesta de FULLER, podría catalogarse a “su” moral externa del Derecho en el ámbito de la moral positiva, pues los contenidos de aquélla son los contenidos propios del sistema jurídico de que se trate, con independencia de que cada sujeto, en su fuero interno, pueda o no aceptarlos y considerarlos como propios.



razonamiento más detallado se encuentra en una respuesta a una crítica o críticas planteadas a una idea u opinión anteriormente esbozada. Pues bien, eso sucede por ejemplo en este caso. A ello debe sumarse, además, la falta de claridad con la que, en ocasiones, ha de enfrentarse un intento de comprensión y exposición de las tesis de Fuller. Y, quizá sea éste uno de los puntos donde hubiese sido de desear una mayor claridad en el desarrollo de sus tesis, puesto que parecen entremezclarse las razones que el propio Fuller presenta en defensa de algunas de sus opiniones. De ahí que el orden y contenido de este epígrafe tenga que adecuarse a esta particular forma de argumentación. En consecuencia, comenzará exponiéndose la tesis concreta que Fuller mantiene a este respecto de la vinculación, o afinidad, entre las morales interna y externa del Derecho, para, tras la exposición de los inconvenientes y dificultades que la misma presenta, acabar recogiendo la conclusión de la línea de opinión de Fuller. Además, será ése el lugar elegido para comprobar si este primer argumento de Fuller ofrece alguna razón para vincular la moral interna del Derecho con la justicia de los sistemas jurídicos, que es, recuérdese una vez más, el objetivo principal de esta segunda parte del trabajo.

5.1.1.- Bases para la afinidad

La relación entre las morales interna y externa del Derecho es, como ha habido ocasión de señalar, una de las propuestas que vertebran la teoría de Fuller. Significa, dicho en términos generales, que el respeto a la moral interna del Derecho limita los fines u objetivos sustantivos que pueden perseguirse en un sistema jurídico. De manera que un sistema jurídico que, como tal, se articule sobre la base del respeto a los citados elementos es un sistema jurídico del que cabe realizar una valoración moral positiva. Y ello, según Fuller, no sólo porque el Derecho sea una actividad moral en sí misma, que también, sino porque el respeto a la moral interna del Derecho dirige a los sujetos creadores y aplicadores de las normas jurídicas hacia la consecución de fines u objetivos morales, es decir, de normas de las que pueda predicarse una cierta justicia en lo que a sus contenidos se refiere. Razones suficientes se han ofrecido, en el capítulo anterior, para negar la posibilidad de que dichos elementos sean, considerados en sí mismos, principios morales. Pero, la cuestión que se presenta ahora es, en gran medida, diferente

a la que se analizó en el citado capítulo. Y ello porque, en este caso, lo que Fuller propone es una relación de afinidad entre un sistema jurídico que respeta los elementos de la moral interna del Derecho y una cierta moralidad en los contenidos del mismo. Relación que se pone de manifiesto, desde el punto de vista de Fuller, en que cuando los sujetos creadores de las normas jurídicas del sistema actúan sobre la base del respeto a los elementos de la moral interna del Derecho, tienden, por este hecho, a producir normas que, en cuanto a sus contenidos, sean justas³.

Con el mantenimiento y justificación de esta relación de afinidad, lo que Fuller pretende es salir al paso de una de las afirmaciones de Hart contrarias a su teoría de la moral interna del Derecho. Recuérdese que, tal y como se expuso con detalle en la primera parte de este trabajo, Hart recogía la necesidad del respeto a una serie de principios de legalidad a la hora de predicar la existencia de un sistema jurídico. El contenido de tales principios, así como su forma de actuación, no es muy diferente al de la llamada moral interna del Derecho, aun cuando sean distintos los caminos por los que ambos autores llegan a un mismo resultado. No obstante lo anterior, las diferencias más profundas se manifiestan a la hora de enfrentarse con el que podría denominarse el problema moral, es decir, en el momento de plantearse la cuestión sobre el valor moral de tales elementos.

En este sentido, la tesis de Hart, que en estas líneas simplemente se presenta ya que se analizará con mayor detalle en el siguiente apartado, consiste básicamente en desvincular ambas realidades. En principio, y con independencia de que posteriormente

³.- La diferencia entre dos vertientes de la moralidad, la interna y la externa, así como el hecho de que la moral interna del Derecho contribuya a la realización efectiva de diferentes y variadas opciones morales externas, no da pie a considerar a aquélla como un marco estructural en el que tenga cabida cualquier contenido o fin que se pretenda. En términos de FULLER, “un reconocimiento de que la moral interna del Derecho puede apoyar y hacer eficaces a una amplia variedad de fines sustantivos no debe llevarnos a la errónea conclusión de pensar que *cualquier* propósito sustantivo puede ser adoptado sin comprometer la legalidad [una legalidad articulada sobre la base de la moral interna del Derecho, se entiende]” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 153). Y ello, aduce FULLER, porque “un respeto por la moral interna del Derecho inclinará al legislador hacia la creación de leyes justas en cuanto a sus propósitos sustantivos” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 661). En términos de R.S.SUMMERS, “Fuller vió una importante relación entre la persecución de los propósitos procedimentales [los elementos de la moral interna del Derecho] en un determinado sistema y la calidad de los objetivos sustantivos de ese sistema” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 30). A la comprensión de esta relación, si es que puede llegar a afirmarse su existencia, se dedicarán las páginas de este capítulo. Baste, por el momento, con señalar que poner el “énfasis en los procedimientos para resolver los conflictos no tenderá simplemente a suprimir esos conflictos, sino que promoverá su justa solución. Si se hacen las cosas de forma correcta, es probable que se haga lo correcto” (FULLER, L.L., “What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers”, *Journal of Legal Education*, vol. 1, nº 2, invierno, 1948, p. 204).

se matice al respecto, Hart aboga por la separación, a la hora de valorar un sistema jurídico, entre el respeto a la moral interna del Derecho, necesario para la existencia del mismo, y su mayor o menor moralidad. La razón de una separación de este tipo estriba, en opinión de Hart, en el hecho de que un sistema jurídico puede, perfectamente, respetar de forma escrupulosa los principios de legalidad, o elementos de la moral interna del Derecho si se prefiere la denominación de Fuller, y crear normas jurídicas radicalmente injustas en cuanto a sus contenidos⁴. Sin perjuicio de que, como se podrá comprobar más adelante, Hart relacione en alguna medida los principios de legalidad con la idea de justicia, lo cierto es que, en su opinión, la moralidad del Derecho no se asegura de forma exclusiva con el riguroso cumplimiento de la lista de elementos propuesta por Fuller⁵. Véanse, a continuación, las razones en las que Fuller se basa para,

⁴.- Una de las principales conclusiones que pueden extraerse del conjunto de la obra de HART es su alegato en favor de la separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, o, en definitiva, entre el Derecho y la moral. Sin embargo, conviene precisar que este alegato, presente en la obra de HART, es una de las constantes del positivismo jurídico, hasta el punto de poder afirmarse, como hace N.HOERSTER, que, con carácter general, “el iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica [el Derecho que es] y la formulación de valoraciones ético-normativas [el Derecho que debe ser]” (“En defensa del positivismo jurídico”, en HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J.Malem, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 12). Desde este punto de partida, la viabilidad de la distinción no se ve afectada por el hecho de que se reconozca una cierta relevancia moral a los principios de legalidad, puesto que, arguye HART, “un sistema jurídico sin dejar de satisfacer estos requerimientos mínimos podría, con la más pedante imparcialidad, aplicar leyes terriblemente opresivas” (“El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 55). Nada obsta, de acuerdo con esta argumentación, a que el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho oculte una intención, por parte del legislador, de dotar de mayor eficacia a las injustas normas que, día a día, promulga.

⁵.- Del mismo modo que el respeto a los principios de legalidad no asegura la producción de un Derecho justo, tampoco lo hará la presencia, necesaria igualmente para la existencia de los sistemas jurídicos, de normas jurídicas que “se superponen con principios morales básicos que prohíben el homicidio, la violencia y el robo” (HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 53). Se trata de las normas que HART agrupa bajo la denominación de contenido mínimo del derecho natural, y sin las cuales no podría llevarse a cabo “el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 239). Pues bien, a pesar de la coincidencia entre normas morales y normas jurídicas, los sujetos con la potestad para crear las normas jurídicas del sistema podrían, en opinión de HART, “denegar los beneficios mínimos de la protección frente a la violencia y al robo a una enorme población cautiva, privada de derechos [privada, por tanto, de la aplicación de las normas del contenido mínimo del derecho natural]” (“El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 55), con lo que la inmoralidad de ese sistema jurídico parece fuera de toda duda. En definitiva, concluye HART a este respecto, “estas dos razones [tanto el contenido mínimo del derecho natural como los principios de legalidad] para aludir a una cierta superposición entre los *standards* jurídicos y morales como cosa necesaria y natural, no han de satisfacer, por supuesto, a nadie que esté realmente inquieto ante la insistencia de los utilitaristas o «positivistas» [se refiere, en concreto, a J.BENTHAM y J.AUSTIN] de que el derecho y la moral son algo distinto” (*ibidem*). No obstante lo anterior, en este tema del contenido mínimo del derecho natural es está ante otro de los aspectos de la teoría de HART en los que, a juicio de W.T.BLACKSTONE, se aprecia una “conexión necesaria entre el derecho y la moral, en el sentido de que la moralidad de la necesidad natural es el campo o el presupuesto para las formas mínimas de protección de las personas, la propiedad y las promesas” (“The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, p.

por un lado, negar esta opinión de Hart, y, por otro, afirmar la corrección de su tesis de la vinculación entre la moral interna del Derecho y la creación de preceptos jurídicos con contenidos moralmente buenos⁶.

1373). Y es que, entonces, “la legalidad, la estructura formal del derecho, no está totalmente separada del contenido sustantivo del derecho y de la forma en que organiza una sociedad” (BANKOWSKI, Z. y MUNGHAM, G., *Images of Law*, Routledge & Kegan Paul Ltd., Londres, 1976, p. 11). Entonces, si bien es cierto que “esta visión difiere, obviamente, de la de los positivistas que sostienen que «el derecho puede tener cualquier contenido»” (SUMMERS, R.S., “Professor H.L.A.Hart’s Concept of Law”, *op. cit.*, p. 652), nada de ello obsta a que “el derecho puede ser injusto o inmoral en un sentido más amplio de moralidad” (BLACKSTONE, W.T., “The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, p. 1373). No hay, en vista de todo lo anterior, razones para temer por la quiebra de la separación entre el Derecho y la moral, ya que, como añade G.PECES-BARBA, “el planteamiento de Hart me parece que supone una justificación de la necesidad del Derecho, más que unos criterios de cómo el Derecho debe ser” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 315-316), ni tampoco “nos fuerza a entender el derecho como un fenómeno intrínsecamente moral” (LEWIS, J.U., “Moral Obligation and the Concept of Law”, *Rutgers Law Review*, vol. 23, nº 1, otoño, 1968, p. 81); y de ahí que resulte acertada la apreciación de E.FERNÁNDEZ de que “calificar [estas normas] de «contenido mínimo del Derecho natural» choca bastante con el uso histórico [...] y actual [...] del término y puede llegar más a confundir que a aclarar las cosas” (“Las relaciones entre el Derecho y la moral en H.Kelsen y H.L.A.Hart”, en FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 76). Es más, añade J.U.LEWIS, aun cuando el Derecho se entendiera como un fenómeno intrínsecamente moral, puesto que, en su opinión, “es cierto que el significado fundamental de un derecho descansa en su propósito, y si ese propósito es moral, entonces es posible decir no sólo que el derecho y la moral estén relacionados, sino que el derecho es un fenómeno intrínsecamente moral” (“An Analysis of «Purposive Activity»: Its Relevance to the Relation Between Law and Moral Obligation”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 16, 1971, p. 145), ello no ofrece una razón para afirmar que “no haya diferencia entre el derecho y la moral (*idem*, p. 154), ni que aquél “sea definido adecuadamente en términos de moralidad” (*ibidem*).

⁶.- Ante el razonamiento de HART sobre la separación entre el respeto, en el interior de un sistema jurídico, a los principios de legalidad y la moralidad de aquél, consecuencia de su genérico alegato en pro de la separación entre el Derecho y la moral, FULLER no puede más que preguntarse lo siguiente: “¿Quiere decir Hart que es posible, haciendo un esfuerzo de la imaginación, concebir el caso de un perverso monarca que persigue los fines más inicuos, pero que en todo momento conserva un genuino respeto por los principios de legalidad? [...] ¿Afirma Hart que la historia proporciona, de hecho, ejemplos significativos de regímenes que han combinado una fiel adherencia a la moral interna del derecho con una brutal indiferencia respecto de la justicia y el bienestar humano? Si esto es así, habría sido de agradecer la exposición de algunos ejemplos sobre los que pudiera girar una útil discusión” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 154). FULLER pretende llamar la atención sobre lo que, desde su punto de vista, es un error de HART, denunciando el silencio de este autor en lo concerniente a la importancia de la moral interna del Derecho. Ello se manifiesta, según FULLER, en tres aspectos concretos de la teoría del Derecho de HART. En primer lugar, “en su discusión sobre lo que llama «el núcleo de buen sentido de la doctrina del Derecho Natural» [que es lo que HART denomina el contenido mínimo del Derecho natural], se ocupa exclusivamente de aspectos sustantivos, pasando en silencio sobre la excelente tradición inglesa del «fundamental law», una tradición ampliamente interesada por lo que podrían llamarse las leyes de la legitimidad [donde se encuadrarían los elementos de la moral interna del Derecho]” (*idem*, p. 155), como se ha puesto anteriormente de manifiesto a través de la referencia al famoso *Bonham’s Case*. En segundo lugar, aduce FULLER, tampoco se ha tenido en cuenta, por parte de HART, la moral interna del Derecho a la hora de perfilar la estructura de un sistema jurídico, ya que, en opinión de aquel autor, toda ella podría reconducirse a la búsqueda de una respuesta para la pregunta de “¿quién es aquí el jefe?” (*ibidem*), es decir, a la averiguación de los criterios formales de producción de normas jurídicas. No obstante, suficientes razones se han ofrecido en la primera parte de este trabajo para demostrar que esto no es exactamente así, y que en la teoría del Derecho de HART hay lugar para la lista de elementos de la moral interna del Derecho. Incluso, más adelante podrá comprobarse cómo, a la hora de predicar la justicia de los sistemas jurídicos, también los principios de legalidad de HART tienen algo que aportar. Dónde sí pueden resultar más acertados los reproches de FULLER es al referirse al silencio de HART en lo que se

A la hora de exponer razones que justifiquen la citada relación entre la moral interna del Derecho y la moralidad en los contenidos materiales de las normas jurídicas, Fuller va a basarse en una pretensión que trasciende del campo del Derecho y, por su parte, se adentra en el ámbito característico de la filosofía moral. Y es que, para apoyar la tesis anteriormente referida, Fuller propone una nueva afinidad entre dos conceptos, desde la que partir para llegar a la antedicha conclusión. Afinidad que, en su opinión, se produce entre los conceptos de coherencia y bondad, y no entre los de coherencia y maldad⁷. Lo que, trasladado al terreno de esa actividad denominada Derecho, significa que el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho, que es precisamente uno de los pilares de la coherencia de los sistemas jurídicos, provoca tanto la búsqueda y consecución de normas de cuyo contenido pueda predicarse una cierta moralidad, cuanto el consiguiente abandono de los propósitos inmorales. De perseguirse la realización de estos últimos, el instrumento del que servirse no podrá ser el del sistema jurídico, ya que la coherencia y racionalidad de éste, proporcionada por su articulación desde la base de los elementos de la moral interna del Derecho, impide su utilización para ello. Esta última afirmación requiere, sin embargo, una matización, puesto que no puede significar, obviamente, que resulte imposible la utilización del Derecho para la consecución de fines inicuos o inmorales.

Fuller pretende, a través de esta línea de argumentación, llamar la atención sobre un punto ciertamente diferente, acorde con la conclusión a la que se pretendió llegar en la primera parte de este trabajo. Por supuesto que podría entenderse que un determinado Derecho persiguiera fines que resultan, a los ojos de la mayoría de sus destinatarios, absolutamente inicuos. Lo que no cabe, según este autor, es entender un sistema jurídico que se dirija a la consecución de objetivos que puedan ser tachados de inmorales, ya que la propia estructura de los sistemas jurídicos hace que éstos tiendan a la búsqueda de normas morales. Todo sistema jurídico exige el respeto a la moral interna del Derecho,

refiere al debate sobre el carácter jurídico del Derecho “nazi”, puesto que, en este tema, HART “no toma en consideración el drástico deterioro sufrido por la moralidad jurídica bajo [el régimen de] Hitler” (*ibidem*).

⁷.- La tesis de FULLER de que “la coherencia y el bien tienen una mayor afinidad que la coherencia y el mal” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 636) es, desde mi punto de vista, una versión moderna de la clásica doctrina de SÓCRATES sobre la vinculación entre el conocimiento y la virtud. Recuérdese que, en el “Crítón”, PLATÓN puso en boca de SÓCRATES la afirmación de que “buenas [acciones] son las de los hombres sensatos, malas las de los necios” (“Crítón”, trad. M.Rico, en PLATÓN, *El político. Crítón. Menón*, trad. A.González, M.Rico y A.Ruiz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 8).

por lo menos en un grado mínimo, y este respeto se ve irremediabilmente afectado cuando se persiguen, por parte de los sujetos u órganos competentes para ello, objetivos inmorales, ya que, téngase presente, la coherencia dirige hacia el bien o la bondad⁸. Incluso, de persistir de forma continua y generalizada en la consecución de objetivos o propósitos claramente inmorales, podría alcanzarse un grado tal en el que los elementos de la moral interna del Derecho resultaran absolutamente desconocidos, o vulnerados, de forma que, en última instancia, el sistema dejaría de ser eficaz, y, por ende, de existir como tal⁹.

Una prueba de esta relación de afinidad se obtiene, arguye Fuller, con atender a la actitud que adoptan los sujetos cuando son requeridos para explicar y justificar una decisión cualquiera. En estas situaciones, los sujetos tenderán a dirigir sus decisiones hacia el bien, intentando, así, no sólo explicarlas, sino también justificarlas. La afinidad entre coherencia y bien es lo que, según Fuller, motiva esta particular reacción de los sujetos. Al intentar justificar su actuación, todo sujeto presentará la misma como una actuación que, desde el punto de vista de su valoración moral, merece el calificativo de buena. De este modo, el ejercicio de coherencia y racionalidad llevado a cabo por el sujeto que se ve compelido a justificar una decisión, en un caso cualquiera, es lo que

⁸.- Ejemplo de que la persecución de fines u objetivos manifiestamente inmorales sólo puede llevarse a cabo a través del desconocimiento de los elementos de la moral interna del Derecho es, para FULLER, el caso de la legislación racista sudafricana, donde la consagración de la discriminación por razón de raza va acompañada de la más absoluta ignorancia de aquéllos. Y es que, en opinión de este autor, “un examen de la legislación por la que se mantiene la discriminación racial en Sudáfrica revela un amplio desconocimiento de las demandas de la moral interna del Derecho” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 160). Prueba de ello se obtiene, por citar un ejemplo, con sólo observar que “las leyes que vinculan consecuencias jurídicas a las diferencias de raza han dado lugar [por su manifestada falta de claridad] a serias dificultades de interpretación” (*idem*, p. 161). Del mismo modo que, durante la época del dominio “nazi” en Alemania, las normas más terribles, desde el punto de vista de su análisis moral, se promulgaban mediante el desconocimiento de alguno o algunos de los elementos de la moral interna del Derecho. Así, por ejemplo, “los masivos asesinatos de los campos de concentración se «convertían en jurídicos» mediante una norma secreta” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 651). De los ejemplos citados puede deducirse, pues, que la citada relación se plantea, por parte de FULLER, como algo inevitable, puesto que “en la vida de una nación estas moralidades externa e interna influyen recíprocamente una sobre la otra; el deterioro de una de ellas producirá, casi inevitablemente, un deterioro en la otra” (*idem*, p. 645).

⁹.- Esta vinculación, que de llevarse hasta sus últimas consecuencias supondría algo así como la inexistencia de un sistema jurídico, por ineficacia manifiesta, descansa, según la interpretación de R.W.M.DIAS del argumento de FULLER, en la creencia de que “la existencia de los regímenes inicuos no [...] podría continuar de no combinarse las políticas inmorales con el respeto a la «moralidad interna»” (*Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 493). Y ello, porque “[FULLER] está pensando en un *continuum*, que es coherente con su idea de las condiciones necesarias para el funcionamiento continuado de los sistemas jurídicos” (*ibidem*). Es, asimismo, coherente con la tesis que se avanzó en la primera parte de este trabajo, acerca de la necesidad del respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para la existencia de los sistemas jurídicos.

provoca que tal sujeto busque “buenas” razones para apoyar y sustentar su decisión. Motiva, dicho en otros términos, que el sujeto presente su decisión como una decisión acorde con criterios correctos de moralidad, es decir, como una decisión moralmente buena¹⁰. Este ejercicio de justificación tiene, por otro lado, la virtualidad de añadir una fuerte dosis de responsabilidad al sujeto que lo realiza. Y es que, desde la perspectiva característica de Fuller, cuando el sujeto se ve obligado a explicar los criterios por los que ha adoptado una determinada decisión, o ha realizado tal o cual acción, actuará de una forma más responsable que si no lo hiciera. La responsabilidad del sujeto se deriva, así pues, del hecho de hacer públicos y cognoscibles los criterios por los que guió su actuación¹¹. Se trata, en definitiva, de entender que es el conocimiento del bien y de lo moralmente bueno lo que hace que los sujetos se comporten de acuerdo con ello¹².

Pues bien, estas conclusiones resultan de aplicación para los sujetos que gozan, en el seno de un sistema jurídico, de la competencia necesaria para producir o aplicar normas jurídicas. Éstos, conocedores de que el sistema jurídico, por el hecho de articularse sobre y desde el respeto a la moral interna del Derecho, es de por sí una realidad de la que cabe predicar el calificativo de moral, tratan de llevar sus decisiones al campo interno del propio sistema, justificándose, así, no sólo por el hecho de que su

¹⁰ .- Aceptar la afirmación de que la coherencia y el bien tienen mayor afinidad entre sí que la que pudieran llegar a tener la coherencia y el mal supone, en términos de FULLER, creer “que cuando los sujetos se ven compelidos a justificar sus decisiones, el efecto será, con carácter general, el de dirigir esas decisiones hacia el bien” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 636). En apoyo a la citada afirmación de FULLER, R.E.SARTORIUS sostiene que cabe aducir alguna evidencia empírica. Y, así, “las más grandes atrocidades suelen perpetrarse tras un velo de secreto; las políticas más terribles frecuentemente carecen de toda base consistente en términos de propósitos expresos, aunque sean éstos inmorales. El imperialismo norteamericano en el sudeste asiático es un buen ejemplo de ello. Hay, pues, alguna evidencia de que el mal no puede permanecer a la luz del día, y, a pesar de alguna prueba en contrario, la inclinación a explicar la inmoralidad en términos de irracionalidad o ignorancia es difícil de resistir” (*Individual Conduct and Social Norms. An Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*, *op. cit.*, pp. 172-173). Supuestos como el citado son los que, de ser ciertos, servirían como instrumentos de apoyo a la línea de argumentación propuesta por FULLER, de la relación entre coherencia y virtud, entre respeto a la moral interna del Derecho y producción de normas, en cuanto a sus contenidos, moralmente buenas.

¹¹ .- La afinidad entre la coherencia y la virtud se manifiesta, siempre según FULLER, no sólo en el dato de que la búsqueda de aquélla es lo que hace que el sujeto se dirija hacia la adopción de decisiones moralmente buenas, sino también en que tal sujeto “se comportará de forma más responsable si se encuentra compelido a articular los principios sobre los que actúa” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 159). Articular su actuación supone, se entiende, introducir en la misma toda la coherencia y racionalidad que aportan, en el caso de los sistemas jurídicos, los principios de la moral interna del Derecho.

¹² .- Tanto el hecho de que una actuación coherente y racional hace que los sujetos tiendan hacia lo moralmente correcto cuanto la nota de responsabilidad que se predica de ellos por explicar y argumentar sus decisiones son, por consiguiente, dos dimensiones que se extraen, o por lo menos que pueden extraerse, de la genérica conexión, aducida por SÓCRATES, entre el conocimiento y la virtud.

decisión sea jurídicamente correcta, que también, sino porque ésta es moralmente buena. Lo que Fuller quiere decir, pues, es que el legislador es consciente del valor moral del Derecho, de manera que acude a él para fundamentar sus decisiones. De la misma forma, los destinatarios de las normas jurídicas de tal sistema saben que éstas, por pertenecer a un sistema jurídico en el que se respeta la moral interna del Derecho, van a conservar una cierta moralidad, puesto que, recuérdese una vez más, dicho respeto dirige al legislador hacia la promulgación de normas moralmente correctas¹³. Idéntica argumentación cabe utilizar respecto del carácter de la labor de los sujetos competentes, no ya para la creación de normas jurídicas, sino para su aplicación. Los jueces, que son los más significativos de entre estos últimos, buscarán justificar sus decisiones, aun cuando éstas pudieran parecerles injustas o inicuas, en el propio Derecho. Y ello no sólo porque están obligados a actuar sobre la base de las normas jurídicas del sistema, por muy inmorales que éstas les pudieran parecer, sino también porque conocen de esta fuerza moral del Derecho a la que, por parte de Fuller, se viene haciendo referencia¹⁴. Afinidad, pues, entre la racionalidad propia del respeto a los requisitos de la moral interna del Derecho y la moralidad del contenido de las normas jurídicas. Es éste uno de

¹³.- Para apoyar la afirmación de que el sistema jurídico contiene un mínimo de moralidad, derivado del respeto que en él se produce a los elementos de la moral interna del Derecho, FULLER coloca a un sujeto cualquiera, a modo de ejemplo, en la tesitura de tener que vivir en el interior de un sistema jurídico con cuyos contenidos materiales se encuentra en clara oposición, por considerarlos manifiestamente injustos. En una situación de este tipo, dicho sujeto “tendría razones para temer que el derecho fuera manipulado en [su] desventaja” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 637). Pero también, alega FULLER, “dudo que cualquiera de nosotros [y, por supuesto, ese «desafortunado» sujeto] esperara que sus mandatos [los de ese particular Derecho] fueran depuestos por una apelación a una moralidad superior al derecho” (*ibidem*). Por el contrario, dicho sujeto encontraría en el Derecho su último reducto, es decir, su última posibilidad de “salvación” ante las injusticias. Y, se pregunta FULLER, ello no será así, “¿porque incluso en los regímenes más perversos hay una cierta duda en incorporar las crueldades, las intolerancias y las inhumanidades en el derecho? ¿Y no es claro que esta misma duda deriva, no de una separación entre el derecho y la moral, sino precisamente de una identificación del derecho con aquellas demandas de moralidad más urgentes y más obviamente justificables, aquéllas de las que nadie se avergüenza en profesar?” (*ibidem*). Aquel sujeto al que, a modo de ejemplo, hacía referencia FULLER sólo puede acudir al Derecho en defensa de su integridad y seguridad, ya que éste es el último, y único, lugar en el que encontrar una cierta moralidad.

¹⁴.- Supóngase ahora que, a diferencia del supuesto anteriormente expuesto, no es un sujeto cualquiera el que considera que las normas jurídicas de un determinado sistema incorporan dimensiones materiales claramente inmorales, sino que, por el contrario, es un juez el que se ve obligado a aplicar una de ellas. En un caso como éste, la cuestión que presenta FULLER es la siguiente: “¿Estaría tal juez dispuesto obviar la letra de la ley invocando abiertamente un «derecho superior»? (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 637). O, continúa la argumentación de este autor, “¿no estaría, más bien, dispuesto a refugiarse tras la máxima «la ley es la ley» y explicar su decisión en una forma tal que pareciera venir demandada por el propio derecho?” (*ibidem*). La opción de FULLER, si quiere ser acorde con lo que se ha venido explicando en estos últimos párrafos, no puede ser otra que la segunda.

los motivos principales, si no el que más, por el que, según Fuller, el Derecho es una actividad moral en sí misma.

5.1.2.- Sobre su carácter necesario o contingente

La tesis de la afinidad entre el respeto a la moral interna del Derecho y la producción de normas jurídicas de cuyos contenidos puede predicarse una cierta moralidad presenta, tras el análisis realizado en el punto inmediatamente anterior, una cierta duda que, de resultar cierta, puede llegar a oscurecer la viabilidad de la misma. Duda que, en mi opinión, viene provocada por el carácter de dicha afinidad. Pues, puede entenderse que la citada afinidad se produce bien de forma necesaria, en el sentido de que siempre que se respete la moral interna del Derecho se promulgarán normas justas, bien de forma contingente, entendiéndose así la afinidad como algo que puede o no producirse, dependiendo de la voluntad de los sujetos competentes para llevar a cabo la tarea de creación de normas jurídicas. Y, se interprete la afinidad en uno u otro sentido, surgen problemas que resulta necesario abordar y, en la medida de lo posible, resolver. Sólo así podrá avanzarse en la tesis, objeto principal de estas páginas, de la conexión entre el respeto a la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Véanse, a continuación, las dificultades que presenta el entendimiento de la necesaria o contingente afinidad.

Supóngase, en primer lugar, que la afinidad se interpretara, por parte de Fuller, en un sentido necesario, de forma que siempre que se respetara, por los sujetos competentes para la creación jurídica, el catálogo de elementos de la moral interna del Derecho, éstos tendieran a producir, y efectivamente produjeran, normas materialmente justas. Ciertamente es que, como hubo ocasión de exponer en la primera parte de este trabajo, los elementos de la moral interna del Derecho frecuentemente se articulan, en el interior de los sistemas jurídicos, como criterios de validez normativa, y también lo es que normalmente lo hacen, en constituciones o normas similares, al más alto nivel jerárquico. De ahí que, en efecto, pueda afirmarse que la actuación de los sujetos creadores de normas jurídicas, supeditados al respeto de los elementos de la moral interna del Derecho en cuanto criterios de validez normativa, es jurídicamente correcta cuando, de hecho, respetan dicho catálogo de requisitos. Pero, deducir de esta sujeción a

los criterios de validez normativa que son los elementos de la moral interna del Derecho, no sólo que su actuación es jurídicamente válida, sino también moralmente correcta supone, en mi opinión, introducirse en un terreno que traspasa ampliamente el ámbito de los hechos para pasar a formar parte del de las valoraciones. Y, una vez aquí situados, lo que no sería difícil constatar es la presencia de una suerte de positivismo ideológico, puesto que una de las premisas básicas de éste, si no la que más, es la reducción de la justicia a la validez. Lo que significa, expresado en términos generales, que todo aquello establecido por los órganos o sujetos competentes para la producción normativa es, asimismo, justo. Así pues, el criterio de justicia, o de moralidad, de las normas sería el hecho de haber sido producidas, de forma jurídicamente válida, por los sujetos competentes al efecto¹⁵.

Entonces, si se entiende la tesis de la afinidad como que siempre que se respete la moral interna del Derecho se producirán normas jurídicas que cabe calificar como justas, merece ser adscrita al ámbito del positivismo ideológico. Adscripción que se corrobora, en mayor medida, cuando, en lugar de enjuiciar la actitud de los sujetos o de los órganos competentes para dictar normas jurídicas, se trata de valorar la llevada a cabo por los competentes para aplicarlas, como es el caso, por ejemplo, de los jueces. Así, éstos están obligados a actuar sobre la base de las normas jurídicas del propio sistema, recuérdese además que éste es uno de los elementos de la lista de Fuller, de manera que esa subordinación, entre otros datos, es lo que hace que su conducta sea

¹⁵ .- En la primera parte de este trabajo, hubo ocasión de referirse, siquiera brevemente, al denominado positivismo ideológico. Recuérdese que, allí, se adoptó la definición de N.BOBBIO, según la cual para el positivismo ideológico “una norma jurídica es justa por el mero hecho de ser válida (o sea, de haber sido establecida por la autoridad a quien el Ordenamiento jurídico confiere la legitimidad para establecer normas)” (*El positivismo jurídico*, op. cit., p. 147). No obstante, conviene matizar que esta definición corresponde a lo que N.BOBBIO considera la corriente extrema o fuerte del positivismo ideológico, a diferenciar de la vertiente moderada o débil. Ésta, por su parte, “afirma que el Derecho posee un valor en cuanto tal, independiente de su contenido: pero ello (a diferencia de la versión extremista) no es porque el Derecho siempre sea justo de por sí (o incluso porque sea el supremo valor ético) por el mero hecho de ser válido, sino porque es el medio necesario para realizar un determinado valor, el valor del *orden*” (*idem*, p. 233). Esta versión moderada del positivismo ideológico es la que mayor número de adeptos ha cosechado en el pensamiento jurídico. Incluso, advierte N.BOBBIO, quizá sólo pueda encontrarse un ejemplo claro de la corriente extrema en la obra de T.HOBBES, para quien “la ley civil es, para cada súbdito, aquella serie de reglas que el Estado le ha mandado de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien y lo que no está bien, es decir, lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla” (*Leviatán*, op. cit., p. 216). Y, continúa T.HOBBES, “es, asimismo, evidente, que las leyes son normas para establecer lo justo y lo injusto, no pudiéndose decir que algo es injusto si no es contrario a alguna ley” (*ibidem*). Reducción, pues, de la justicia de las normas jurídicas a su validez; quizá sea ésta la premisa más significativa del positivismo ideológico en su versión fuerte.

jurídicamente correcta. Pero, de aquí no cabe deducir, so pena de incurrir precisamente en el referido positivismo ideológico, que su actuación sea, también, moralmente correcta. Y ello, porque uno de los criterios que otorgan validez a su actuación, cual es la adecuación a las normas pertenecientes al sistema jurídico de que se trate, no puede convertirse asimismo en uno de los criterios que sirvan para enjuiciar, desde un punto de vista moral, dicha conducta. Pues, para llevar a cabo esta segunda labor, habrá que estar además a los contenidos concretos de las normas jurídicas que han de ser aplicadas en el caso al que se haga referencia, y no sólo al dato de si el juez respetó, o no, los criterios de moral interna del Derecho¹⁶; criterios que, si bien pueden y suelen articularse como criterios de validez jurídica, al modo en el que se expuso en la primera parte de este trabajo, no tienen porqué entenderse como criterios necesarios de valoración moral de las actividades de los órganos o sujetos obligados jurídicamente a respetarlos.

En consecuencia, la interpretación de la relación de afinidad como una relación que necesariamente se produce entre las dos dimensiones ya aludidas, el respeto a la moral interna del Derecho y la moralidad en los contenidos materiales del sistema jurídico, motiva su inclusión en el marco teórico propio del positivismo ideológico. Si esto es así, en la medida en que de las tesis de Fuller pueda deducirse una interpretación de la afinidad en este último sentido, no resultaría excesivamente aventurado asignar a

¹⁶ .- El hecho de que un juez, en cuanto sujeto competente para aplicar normas jurídicas, cumpla con los elementos de la moral interna del Derecho, a la hora de llevar a cabo su actuación, no resulta irrelevante a los efectos de realizar una valoración moral de la misma. Así, por ejemplo, el cumplimiento del requisito de congruencia entre las normas jurídicas y su aplicación, que se traduce en la exigencia de que el juez actúe sobre la base de las normas propias del sistema, guarda estrecha relación con las exigencias propias de la llamada justicia formal. Ocasión habrá, más adelante, de detenerse en este concreto aspecto, ya que las consecuencias que de él se derivan van a adquirir una gran importancia en el desarrollo de este trabajo. Si se trae a colación en este momento es, simplemente, a los efectos de llamar la atención sobre un dato, relacionado con el positivismo ideológico. Se trata de la advertencia formulada por HART sobre la confusión que, a su juicio, puede producirse si se exceden los límites de la relación que pueda existir entre una correcta aplicación de las normas jurídicas de un sistema, elogiable desde una perspectiva moral, y la propia moralidad de éste. Y es que, en opinión de este autor, “esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho [que se produce cuando se respetan los elementos de la moral interna del Derecho] y la noción misma de regla [general] ha tentado a algunos pensadores famosos [es patente que está pensando en T.HOBBS] a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Esto es, claramente, un error [...] porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas” (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 200). De este modo, la perspectiva característica del positivismo ideológico se mostraría incapaz de ofrecer una respuesta a todas aquellas situaciones en las que la inmoralidad se produce desde el propio contenido del Derecho, y no por su aplicación o administración. Pues, termina HART su crítica al positivismo ideológico, “nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley” (*ibidem*).

este autor, en lo que a este concreto aspecto de su teoría se refiere, la etiqueta de positivista ideológico. Y es que, en definitiva, el respeto a la moral interna del Derecho produce normas que, desde un punto de vista moral, van a ser calificadas como correctas. La razón de esta conexión radicaría, según Fuller, en que el legislador, o cualquier otro sujeto competente para producir normas jurídicas, que actúe conforme a dichos criterios de moral interna del Derecho se dirigirá, de forma indefectible, hacia la búsqueda de la moralidad de los contenidos de las normas. Pero es que, además, la adscripción de Fuller al positivismo ideológico podría ser hecha en un sentido fuerte. Y ello, porque no se trata simplemente de que Fuller entienda la afinidad como que el sistema jurídico, por el mero hecho de existir y funcionar como tal, garantice una serie de mínimos morales, que también, sino que la conexión va más allá de estos mínimos morales, introduciéndose, así, una dimensión adicional. Dimensión que consiste, precisamente, en que el respeto a la moral interna del Derecho garantiza la existencia de contenidos materiales de moralidad en las propias normas jurídicas. Este último dato es lo que diferenciaría un positivismo ideológico fuerte, frente a otro de carácter moderado, caracterizado por afirmar que la existencia de un sistema jurídico garantiza una serie de mínimos morales¹⁷. Ocasión habrá, más adelante, de señalar cuáles son estos mínimos.

Una conclusión de este tipo, si bien acompañada de todas las cautelas ya señaladas, puede causar cierta extrañeza y, por ello, provocar algunas dudas al respecto. Máxime si se vuelve la atención al capítulo anterior, donde se atribuyó a Fuller otra etiqueta bien distinta, cual es la de iusnaturalista, aunque matizada a su vez con los calificativos de procedimental y tecnológico. Pero, a pesar de que ambos términos, positivismo y iusnaturalismo, puedan considerarse como antagónicos, lo cierto es que

¹⁷ .- Sobre la base de la distinción formulada por N.BOBIO entre las versiones fuerte y débil del positivismo ideológico, L.PRIETO considera la teoría de la moral interna del Derecho de FULLER como un exponente de esta última. La razón de tal catalogación estriba en que si el positivismo ideológico en su versión moderada “mantiene que todo Derecho realiza en alguna medida ciertos valores moralmente apreciables, como la seguridad o certeza, la previsibilidad de los acciones, la paz y el orden, la interdicción de la arbitrariedad, etc.” (PRIETO, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 25), la teoría de la moral interna del Derecho, tal y como se estructura por parte de FULLER, es un buen ejemplo de ello. Pero, en mi opinión, razones hay para sostener, como habrá podido apreciarse tras la exposición en el texto de las tesis de FULLER al respecto, que “su” positivismo ideológico iría más allá de la versión moderada o débil, acercándose mucho a la extrema o fuerte. Sin embargo, un pequeño matiz es el que impide, en mi opinión, aplicar plenamente el calificativo de fuerte o extremo, al estilo de T.HOBBS, a este supuesto positivismo ideológico de FULLER. Y es que, para este autor, la moralidad de las normas jurídicas de un sistema viene provocada por el necesario respeto que, dentro de éste, ha de producirse hacia los elementos de la moral interna del Derecho, mientras que, en la versión genuinamente

hay un punto concreto en el que sus conclusiones llegan a resultar similares. No es que se quiera afirmar, con esto, que las tesis sustentadas por los positivistas y por los iusnaturalistas coincidan en el punto de llegada, sino simplemente que, en algunas de sus vertientes teóricas, se aprecia una coincidencia final. En efecto, tanto el positivismo ideológico como el iusnaturalismo ontológico niegan la posibilidad de la existencia de normas jurídicas injustas, aunque los caminos recorridos por cada una de estas corrientes para llegar a esta conclusión sean bien distintos. Así, mientras que el iusnaturalismo ontológico niega carácter jurídico a todas aquellas normas que resulten injustas, el positivismo ideológico considera que todas las normas jurídicas producidas de forma válida son, debido a este hecho, de por sí justas. Justicia y validez se identifican, aunque por razones bien distintas, en el punto de llegada de la argumentación de las dos citadas corrientes¹⁸. Valga esta coincidencia en algunos

fuerte del positivismo ideológico, la moralidad de las normas deriva directamente del hecho de haber sido producidas por el órgano competente, sin referirse en ningún caso a la citada moral interna del Derecho.

¹⁸ - El tradicional enfrentamiento iusnaturalismo vs. positivismo jurídico se detiene o, por lo menos disminuye enormemente, cuando se trata de las conclusiones de la corriente ontológica de aquél y de la versión ideológica de éste, pues los postulados a los que se concluye en uno y otro caso son, en gran medida, similares, aun cuando los caminos elegidos sean diferentes. Así, en términos de F.J.ANSUÁTEGUI, mientras que “el positivismo ideológico identifica el Derecho justo exclusivamente con el dictado por el Poder político, ya que éste es el único capacitado para identificar lo justo y lo injusto” (*Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 23), el iusnaturalismo ontológico “afirma la existencia de un orden normativo suprapositivo al que se atribuye juridicidad - o superioridad jurídica - sobre el Ordenamiento jurídico [y que] contiene una determinada idea de lo justo” (*idem*, pp. 23-24). Desde estas premisas, para ambas corrientes teóricas no pueden existir ni normas jurídicas inmorales ni sistemas jurídicos injustos. En el caso del positivismo ideológico, arguye F.J.ANSUÁTEGUI, porque “el Poder político [...] tiene el monopolio también sobre la idea de justicia y refleja dicha idea en las normas jurídicas dictadas por él. No cabe la posibilidad de que el Poder dicte normas jurídicas injustas; las normas jurídicas, [...] por el mero hecho de haber sido dictadas por el Poder, son justas” (*idem*, p. 24). En cuanto al iusnaturalismo ontológico, “tampoco cabe la posibilidad de hablar de un Derecho injusto [...] porque, desde el momento en que esas normas son injustas [...], carecen del requisito imprescindible para obtener la caracterización como jurídicas” (*ibidem*). Ciertamente es que, como se ha hecho en alguna ocasión, podría negarse el atributo de positivismo al positivismo ideológico, alegando que lo característico de aquella corriente de pensamiento jurídico es, precisamente, la separación entre los ámbitos de la justicia y de la validez de las normas. Así, una norma será válida cuando, en su creación, se hayan respetado los criterios de validez normativa establecidos en el sistema jurídico de que se trate. Por el contrario, la justicia de las normas, señala A.ROSS, “es una cuestión de aceptación personal, subjetiva, de valores y *standards*” (“El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, trad. G.R.Carrió y O.Paschero, en ROSS, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, op. cit., p. 24). En consecuencia, el positivismo jurídico aboga, según C.S.NINO, por mantener “la idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas [sin que ello implique alguna] posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas” (*Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 37); y de ahí que se aluda, a él, bajo el término de positivismo metodológico o conceptual. En este marco cobra, pues, sentido la propuesta de A.ROSS de que “para evitar confundir a esta escuela de pensamiento [el positivismo ideológico] con el verdadero positivismo [el metodológico o conceptual] propongo llamarla «cuasi-positivismo»” (“El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, op. cit., p. 25).

aspectos teóricos para disminuir, en la medida de lo posible, la extrañeza que, desde un punto de vista teórico, pudiera causar la adscripción de Fuller, de manera simultánea, a una y otra corriente de pensamiento jurídico.

Cabe también, en segundo lugar, interpretar la relación de afinidad de una forma diferente a como se ha venido haciendo hasta ahora. Y es que, en los inicios de este punto, se advirtió sobre la posibilidad, tan válida como la anterior, de entender que la relación de afinidad no tiene porqué producirse necesariamente, sino que se trata de una conexión que, dependiendo de la voluntad de los sujetos creadores de las normas jurídicas del sistema, puede o no llegar a ser una realidad. De acuerdo con esta segunda vía de interpretación de la llamada, por Fuller, afinidad entre el respeto a la moral interna del Derecho y la elaboración de normas jurídicas de las que cabe predicar el atributo de morales, dicha conexión podría producirse si así lo desean los sujetos competentes para ello, si ésta es su voluntad e intención, pero no porque tenga que producirse necesariamente¹⁹. Y ello, porque cabe perfectamente utilizar los mecanismos propios de un sistema jurídico, en cuya articulación se han respetado escrupulosamente los requisitos de la moral interna del Derecho, para introducir dimensiones materiales de inmoralidad o iniquidad. Incluso, un legislador con intenciones “inmorales” puede cumplir con la citada lista de elementos de forma estratégica, para así asegurarse la máxima eficacia de sus normas jurídicas, puesto que el respeto a la moral interna del Derecho es un instrumento privilegiado para garantizar, en la mayor medida posible, el cumplimiento de las normas jurídicas pertenecientes a un sistema. En consecuencia, la relación de afinidad adquiere un carácter contingente, y no necesario, pues su efectiva realización dependerá de la voluntad, no importa ahora cuál sea el origen de ésta, de los sujetos competentes para la creación de las normas integrantes del sistema jurídico.

Entonces, de acuerdo con este carácter contingente, hay idénticas posibilidades de producir, en el interior de un sistema jurídico, tanto normas jurídicas inmorales cuanto normas jurídicas morales. Ello dependerá, en general, de la voluntad que tengan los sujetos que gozan, ya sea por una vía o por otra, de la potestad necesaria para diseñar

¹⁹.- Si se acepta la referida segunda interpretación de la afinidad entre dimensiones formales y materiales de moralidad, entonces la relación, propuesta por FULLER, de que “cuando más se respeten sus cánones procedimentales [de moral interna del Derecho], [...] más difícil será para aquéllos que crean las leyes no tratar a los sujetos como fuente de pretensiones morales” (BRUDNEY, D., “Two Links of Law and Morality”, *Ethics*, vol. 103, n° 2, enero, 1993, p. 286) se debe a razones “políticas [es decir, sujetas a la voluntad de los que crean las normas], y no psicológicas [o de cualquier otra clase]” (*ibidem*).

los fines, objetivos, o propósitos a perseguir a través de las normas del sistema jurídico. Supóngase, por ejemplo, un sistema jurídico en el que se produce un considerable respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. En un caso como éste, y en lo que ahora atañe, pueden suceder dos cosas. Por un lado, puede acaecer que los sujetos con la máxima potestad normativa pretendan que, en la comunidad en la que se insertan, prevalezcan los valores de la libertad y la igualdad. De acuerdo con este objetivo, se producirán, en el sistema jurídico de dicha comunidad, una serie de normas jurídicas tendentes a alcanzar estos fines; normas jurídicas que, por el hecho de adoptar medidas tendentes a garantizar esos valores, merecen el calificativo de justas. En consecuencia, en un caso como éste, sí que puede decirse que se ha producido, efectivamente, la antedicha afinidad. Pero, nada obsta, desde el punto de vista jurídico, a que pueda suceder todo lo contrario. Es decir, que los legisladores de ese sistema jurídico consideren, por ejemplo, que sus máximos objetivos pasan por garantizar la superioridad de su raza sobre todas las demás. Y que, en este sentido, actúen en consecuencia, dictando normas jurídicas dirigidas a consagrar diferencias entre los sujetos según quepa adscribirlos a una u otra raza, normas que, por un lado, privilegien a los que pertenezcan a la suya, y, por otro, discriminen gravemente a los de las restantes. No hay, en este último caso, relación de afinidad entre moral interna del Derecho y contenidos materiales de moralidad de las normas jurídicas.

La consecuencia que puede extraerse de lo afirmado en estos dos últimos párrafos, referidos a la posibilidad de ofrecer una interpretación contingente, pero no necesaria, de la relación de afinidad, afecta enormemente a la viabilidad de la tesis de Fuller. Recuérdese que era, precisamente, la existencia de tal relación lo que le permitía argumentar en favor del carácter moral de esa actividad a la que se conoce con el nombre de Derecho. Pues bien, esta conclusión pierde validez en cuanto se trae a colación, como acaba de hacerse, la posibilidad de alegar situaciones en las que se compagina un escrupuloso respeto a los requisitos de la moral interna del Derecho con la consecución de objetivos manifiestamente inmorales²⁰. Y ello porque, si estas

²⁰ .- El argumento de FULLER sobre la afinidad entre coherencia y moralidad se expresa, en opinión de R.M.DWORKIN, en “términos epistemológicos (y completamente misteriosos)” (“Philosophy, Morality and Law - Observations Prompted by Professor Fuller’s Novel Claim”, *op. cit.*, p. 672), ya que descansa en la creencia de que “las normas destinadas a garantizar propósitos inmorales son más vagas que las dedicadas a promover buenos propósitos” (*ibidem*). Frente a esto, R.M.DWORKIN mantiene que “los buenos propósitos no son intrínsecamente más fáciles de describir que los malos, y una ley

situaciones existen, y en favor de ello se ha argumentado en el párrafo anterior, el respeto a la moral interna del Derecho es compatible con la inmoralidad, o con la injusticia, en los contenidos sustantivos de los sistemas jurídicos. En opinión de Hart, el respeto a la moral interna del Derecho no puede ofrecerse como la razón que justifique una posible conexión entre el Derecho y la moral, porque es perfectamente compatible con una enorme iniquidad²¹. Podría señalarse que este dato es uno de los puntos más importantes, si no el que más, de fricción entre ambos autores. Incluso, la diferencia entre las conclusiones a las que uno y otro llegan es, en este concreto aspecto, algo más que importante.

Y es que, frente a lo afirmado por Fuller, difícilmente puede argüirse en favor del carácter moral del Derecho, en sí mismo considerado, si se atiende, como parece

completamente inicua puede ser diseñada con una exquisita precisión” (*ibidem*). Otra cosa, bien distinta, es que “una norma cuyo contenido y propósitos puedan ser apreciados por los funcionarios y la ciudadanía a quien va dirigida *necesite* normalmente menos precisión” (*ibidem*); pero, esto, de ser efectivamente así, no tiene nada que ver con el carácter, moral o inmoral, de dicho contenido y propósitos.

²¹.- La tesis de la interacción entre las morales interna y externa del Derecho, es decir, entre el respeto de los elementos de la moral interna del Derecho y la consecución de fines u objetivos materiales de los que pueda predicarse su moralidad, es, en opinión de HART, “manifiestamente falaz” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *op. cit.*, p. 351). Y es que, desde su punto de vista, el ejemplo presentado por FULLER de la legislación racista sudafricana no ofrece un argumento suficiente para demostrar la relación de afinidad. En casos como aquél, señala HART, podrían encontrarse razones para afirmar que “el principio de que las normas han de ser claras e inteligibles es incompatible con la consecución de propósitos sustantivos vagamente definidos, sean éstos moralmente buenos o malos” (*idem*, p. 352). Pero, de aquí no se sigue, continúa HART, que “haya una especial incompatibilidad entre las normas claras y lo inicuo” (*ibidem*). Incluso, el supuesto reseñado por FULLER puede servir para corroborar la afirmación de que “un régimen basado en políticas monstruosas [la discriminación por razón de raza es una de ellas] preferirá, frecuentemente, cubrirse bajo normas secretas, vagas e indefinidas si no cuenta con el apoyo general para sus políticas o si cree necesario conciliar la opinión externa” (*idem*, p. 353). Pero, esto es una cuestión que dependerá de la fuerza de la que dispongan, o del apoyo con el que cuenten, los sujetos que definen los fines a perseguir a través del sistema jurídico, y no, concluye HART, de una “necesaria incompatibilidad entre gobernar de acuerdo con los principios de legalidad [o elementos de la moral interna del Derecho] y la iniquidad de los propósitos [la discriminación racial]” (*ibidem*). A lo sumo, podría aceptarse, tal y como hace G.B.J.HUGUES, que “Fuller pued[a] tener razón en su intuición de que, allí donde las normas inicuas existen, de hecho suelen estar acompañadas de un deterioro en alguno o en la totalidad de los ocho aspectos de legalidad” (“Positivists and Natural Lawyers”, *Stanford Law Review*, vol. 17, nº 3, marzo, 1965, p. 553). Pero, esto es una cosa, y otra muy diferente afirmar que “donde tal deterioro exista, haya un vínculo causal entre éste y la injusticia sustantiva de algunas normas” (*ibidem*). Nótese que, en su crítica, G.B.J.HUGUES se refiere, no a una argumentación de FULLER, sino a una intuición, ya que, en su opinión, a la hora de intentar abogar por la existencia de una conexión causal entre las morales interna y externa del Derecho, este autor “no ha ofrecido un argumento un argumento para apoyarla, optando por dejarla en el plano de una intuición” (*idem*, p. 552). Y es que, en apoyo de su tesis, “el autor tiene poco que ofrecer, excepto unos ejemplos entresacados de la legislación de los nazis y de los sudafricanos” (*ibidem*). Pues, “un par de ejemplos históricos no ofrece una demostración de una conexión causal o lógica” (HUGUES, G.B.J., “Jurisprudence”, *1964 Annual Survey of American Law*, *op. cit.*, p. 696).

hacer Hart, a los contenidos concretos y determinados de cada Derecho²². Pues, en este sentido, resulta igualmente posible encontrarse con sistemas jurídicos perfectamente válidos y eficaces, donde el cumplimiento a la moral interna del Derecho presida el desarrollo de los mismos, pero claramente injustos en cuanto a sus contenidos materiales, como hacerlo con sistemas jurídicos donde el respeto a la moral interna del Derecho sí coincida con normas jurídicas justas. En conclusión, la presencia, en el interior de un sistema jurídico determinado, de los elementos de la moral interna del Derecho no garantiza, de por sí, los contenidos materiales de moralidad necesarios para que quepa aplicar el calificativo de justo, o de moral, a ese sistema jurídico. De ahí que Hart incida en el dato de que el respeto a la moral interna del Derecho, necesario para la existencia de todo sistema jurídico que pretenda funcionar como tal, no ha de preocupar a quien pretenda mantener la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, o, en definitiva, entre el Derecho y la moral²³. Sin perjuicio de que posteriormente

²² .- La necesidad de acudir, para valorar la moralidad o no de un sistema jurídico, a los contenidos materiales que éste incorpore en cada caso se manifiesta, como afirma W.T.BLACKSTONE, en que “los derechos que reúnan los ocho criterios [de moral interna del Derecho] pueden ser injustos o inmorales en tantos casos como sentidos *sustantivos* tienen estos términos” (“The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, p. 1377). Y de ahí, entonces, que “para analizar adecuadamente la cuestión de la relación necesaria entre el derecho y la moral, haya que traer a colación sentidos sustantivos, y no meramente formales, de justicia y moralidad” (*ibidem*). No es objeto de este trabajo llevar a cabo esta operación, máxime cuando una de las cosas que pretende es, precisamente, llamar la atención sobre el valor de la moral interna del Derecho, tal y como se apreciará en los siguientes epígrafes del mismo.

²³ .- Aun cuando pudiera aceptarse la existencia de una presunta relación entre el respeto a la moral interna del Derecho y la consecución de objetivos o fines sustancialmente morales, difícilmente podría alegarse aquélla para afirmar alguna de las conclusiones a las que, desde el punto de vista de las relaciones entre el Derecho y la moral, se dirigen las tesis de FULLER. En primer lugar, no serviría para demostrar el carácter moral que este autor predica del propio Derecho, pues habrá que estar, por las razones ya aludidas en el texto, a los contenidos materiales que, en cada uno de los casos concretos, se recojan y plasmen en los sistemas jurídicos. Como señala HART, “un crítico del positivismo [no puede haber duda en cuanto a que el autor aludido es FULLER] ha visto en estos aspectos del control mediante reglas [HART se refiere al cumplimiento de los principios de legalidad, necesarios para la existencia de los sistemas jurídicos] algo que importa una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y ha sugerido que se los denomine «la moral interna del derecho». También aquí, si esto es lo que significa la conexión necesaria del derecho y la moral, podemos aceptarla. Infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 255-256). En términos muy similares se presenta, igualmente, la crítica de J.N.SHKLAR, quien, por su parte, señala que “mientras [FULLER] se refiera a este orden [el Derecho] como bueno en sí mismo a causa de su coherencia interna, sin referencia a su contexto social [o a sus contenidos materiales], no puede escapar de la fácil crítica de que la regularidad como tal [proporcionada por el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho] es compatible tanto con la política más perversa como con la mejor (*Legalism*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1964, p. 109). Tampoco aporta, en segundo término, algún dato adicional que sustente la tesis del carácter moral de los propios elementos de la moral interna del Derecho, cuestión que se analizó, en detalle, en el anterior capítulo de este trabajo. A todos los argumentos que allí se adujeron para negar la posibilidad de entender los elementos de la moral interna del Derecho como principios morales puede añadirse, ahora, la idea de que “todo lo que pueda tender a asegurar el bien moral no es, por sí mismo, moral” (SUMMERS, R.S., “Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 25). Entonces, aunque la moral interna del

haya ocasión de profundizar en los términos de esta relación, baste ahora con señalar que a ella se llega a través de la reseñada interpretación contingente de la relación de afinidad entre la moral interna del Derecho y los contenidos materiales de moralidad.

5.1.3.- Afinidad natural y moralidad del Derecho: una propuesta fallida

Los problemas que, para la resolución de los objetivos marcados en este trabajo, se plantean a la hora de interpretar el carácter necesario o contingente de la relación de afinidad, se recrudecen en mayor medida, si cabe, cuando se intenta volver a la exposición de las tesis de Fuller, con el objeto de encontrar allí, en alguno de sus argumentos, algún dato que permita aclarar, en mayor medida, el carácter y sentido de la citada relación. Dudas que, podría afirmarse, no sólo se mantienen, sino que incluso llegan a aumentar, en cuanto que este autor parece experimentar un cierto giro en sus premisas relativas a la adscripción de la citada relación de afinidad bien al plano necesario bien al de carácter contingente. En efecto, si bien en un primer momento Fuller parece decantarse por una interpretación de la relación de afinidad en términos de necesidad, en el sentido de entender que siempre que se respete la moral interna del Derecho se producirán normas materialmente buenas, posteriormente se decanta por una solución más moderada, y menos tajante, que la que pareció adoptar en aquel momento inicial de la argumentación. Quizá fueron las críticas que se le dirigieron, y que se han expuesto en el anterior punto, las que motivaron un cambio a la hora de entender y plantear, de forma definitiva, el sentido y carácter de la relación de afinidad. Y así, Fuller abandona la posibilidad de entender la relación de afinidad entre moral interna y moral externa del Derecho como una relación necesaria, alegando, por otro lado, que en ningún lugar de su argumentación puede encontrarse esta afirmación, u otra de carácter similar.

En concreto, su queja viene motivada por lo que considera una falta de entendimiento de sus tesis iniciales por parte de aquellos autores, pertenecientes al ámbito característico del positivismo jurídico, que dirigieron sus críticas a la posibilidad de establecer una teoría de la moral interna del Derecho. Y es que, como señala

Derecho dirigiera efectivamente a la búsqueda y consecución de normas justas, cosa que se ha revelado como discutible, o, cuando menos, como contingente, esto no serviría para demostrar que los elementos que a ello contribuyen son, en sí, dimensiones propias de moralidad.



expresamente, él mismo nunca ha mantenido que resulte imposible entender que pueda producirse un sistema jurídico en el que coexistan, simultáneamente, un escrupuloso respeto por los elementos de la moral interna del Derecho con la búsqueda de fines manifiestamente inmorales. Sólo que, alega este mismo autor, resultará extremadamente difícil encontrar un caso en el que realmente esto haya sucedido. Pero, de lo que se trata es de destacar que, en opinión de Fuller, no hay una imposibilidad de carácter lógico de que así se configure, en un determinado momento y lugar, un sistema jurídico cualquiera²⁴. Entonces, la relación de afinidad no se entiende, por parte de este autor, de forma necesaria, ya que una cosa es que resulta difícil que no sea así, y que en el sistema jurídico coexistan el respeto a la moral interna del Derecho con la búsqueda de la injusticia, y otra, bien distinta, que no pueda ser así, y que resulte lógicamente imposible la coexistencia de ambas realidades. A pesar de las posibles modificaciones que, desde el momento inicial, pudiera haber sufrido, lo cierto es que la opción de Fuller pasa por defender esta última alternativa; entendiendo, por consiguiente, que la constatación de una dificultad práctica no ha de aducirse como razón para abogar por una imposibilidad teórica.

Ahora bien, lo que tampoco resulta de recibo es un desconocimiento completo de la realidad, y, en concreto, un olvido del hecho de que, efectivamente, el respeto de los elementos de la moral interna del Derecho hace que los sujetos que gocen de la potestad

²⁴.- La opinión de FULLER sobre el carácter y alcance de la conexión entre la moral interna del Derecho y la moralidad de los contenidos sustantivos de las normas jurídicas parte de la base, en sus propios términos, de que “nunca he afirmado que haya una contradicción lógica en la idea de perseguir la maldad, o al menos alguna clase de ésta, a través de medios que respeten completamente todas las demandas de la legalidad [es decir, de la moral interna del Derecho]” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 664). Incluso, refiriéndose a las tesis que mantuvo en la primera edición de *The Morality of Law*, señala que ya allí “por el contrario, reconozco que «es posible, haciendo un esfuerzo de la imaginación, concebir el caso de un perverso monarca que persigue los fines más inicuos, pero que en todo momento conserva un genuino respeto por los principios de legalidad»” (*ibidem*). Así presentadas las opiniones, FULLER parecería no haber incurrido en cambio alguno, de forma que las tesis mantenidas en 1964, al redactar la primera edición de *The Morality of Law*, permanecen inalteradas en el posterior trabajo, recogido en esta misma cita, de 1965. Sin embargo, hay un pequeño matiz entre lo expuesto en uno y otro lugar; matiz que, de no prestarse la suficiente atención, podría pasar desapercibido. Y es que, como ha habido ocasión de señalar en un punto anterior de este trabajo, en el primero de los lugares, FULLER plantea la cuestión de forma interrogativa, preguntándose, de manera un tanto irónica, si HART considera que pueda darse el caso, con un gran esfuerzo de la imaginación, de un monarca que compaginara el respeto a la moral interna del Derecho con la más absoluta de las injusticias. Por el contrario, en el segundo de los puntos citados, FULLER sí ofrece, en este caso ya sin ironía, una respuesta positiva a dicha cuestión. Con independencia de que se considere que se ha producido una variación en su concepción de la relación de afinidad, que desde mi punto de vista sí se ha producido, lo cierto es que FULLER no entiende aquélla con un carácter necesario, en el sentido de resultar incompatible lógicamente

normativa en un determinado sistema jurídico tiendan a producir normas jurídicas moralmente buenas. Ésta es, para Fuller, una realidad de la que no cabe separarse a la hora de analizar el funcionamiento de los sistemas jurídicos; realidad que es la que sirve de exponente práctico de su premisa teórica, ya expuesta en estas páginas, de la interacción entre las dimensiones interna y externa de la moralidad. Y ello se debe, siempre desde el punto de vista de Fuller, a que entre ambas realidades existe una afinidad natural, derivada del hecho, también recogido en anteriores páginas de este trabajo, de que la coherencia guarda una mayor relación con el bien que con el mal. Entonces, como la moral interna del Derecho introduce una importante dimensión de coherencia y racionalidad en el interior de los sistemas jurídicos, la probabilidad de que, en las normas jurídicas pertenecientes a éstos, se pretendan y desarrollen unos valores materiales de moralidad es mucho mayor que la que hay, por el contrario, de desarrollarse valores manifiestamente inmorales²⁵. Esta afinidad, en definitiva, no puede ser entendida, de acuerdo con Fuller, más que como se ha expuesto en las líneas precedentes. Significa, pues, que hay una mayor sintonía entre el respeto a la moral interna del Derecho y las dimensiones materiales de justicia que la que pueda haber entre aquél y la búsqueda de la iniquidad²⁶.

Pero, esta concepción de Fuller acerca de la tantas veces citada relación de afinidad ofrece, respecto a su tesis de la moralidad del Derecho, una ventaja y un inconveniente. Es indudable, o por lo menos eso parece, que ofrece una respuesta más

el respeto a la moral interna del Derecho por parte del legislador y la introducción de normas jurídicas de contenidos manifiestamente inmorales.

²⁵ .- También en este caso, como en el de la cita anterior, FULLER alega que su opinión al respecto, que puede resumirse en la idea de que “debe distinguirse entre coherencia lógica y lo que puede llamarse afinidad o compatibilidad de motivos en la búsqueda de fines similares” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 664), estaba formada desde el primer momento en el que se ocupó del tema; en este caso, desde el artículo *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart*, fechado en 1958, y ya citado en estas páginas. En efecto, como expresamente alega, “mi lenguaje [en aquel artículo] era un efecto de que creo «que la coherencia y el bien tienen una mayor afinidad que la coherencia y el mal» (*ibidem*). Argumento que, trasladado al caso concreto de la moral interna del Derecho, “sugiere una afinidad entre el orden y la racionalidad, por un lado, y el comportamiento moral, por otro” (*idem*, p. 665).

²⁶ .- Como resumen de las tesis de FULLER sobre la conexión entre las morales interna y externa del Derecho, o, lo que viene a ser lo mismo, entre la labor de un legislador de respeto a los requisitos de la moral interna del Derecho y la búsqueda, en su tarea de creación normativa, de las dimensiones materiales de justicia, quepan las siguientes palabras de este autor: “Por consiguiente, en conclusión, vuelvo al pensamiento que el Profesor Dworkin encontraba tan epistemológico y misterioso: Creo que el orden, la coherencia, y la claridad tienen una afinidad con la bondad y los comportamientos moralmente correctos” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 666). Y, en último término, advierte que “nunca he dicho nada más que esto; no tengo intención de decir nada menos” (*ibidem*).

acorde con la realidad de los sistemas jurídicos. Si bien es posible que el respeto a la moral interna del Derecho condicione, en cierta medida, los contenidos materiales de un sistema jurídico, aspecto que se abordará en detalle en los siguientes epígrafes de este trabajo, no lo es menos que cabe perfectamente imaginar un sistema jurídico en el que se respeten los elementos de la moral interna del Derecho y no se trate de alcanzar dimensiones generalizadas de moralidad, porque se busque, por ejemplo, beneficiar a ciertas personas dentro de él. Si la relación de afinidad se entendiera de forma necesaria, no habría manera de ofrecer una explicación coherente y racional a situaciones como ésta, donde aquélla no aparece por ningún lado²⁷. Pero, y éste es el inconveniente, introduce una duda en cuanto al desarrollo de su argumentación respecto del carácter moral del Derecho. Pues, el hecho de que existan sistemas jurídicos que, junto con el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho, se caractericen por su falta de respeto hacia determinados contenidos sustantivos de moralidad, pone en un serio aprieto la pretensión de Fuller de conceder carácter moral a esa actividad que se conoce con el nombre de Derecho. Y es que, en efecto, parece difícil dotar de valor moral a una actividad que, en su interior, consagra y desarrolla contenidos sustantivos a los que no puede otorgarse, por lo menos con carácter general, el atributo de morales. Es ésta una incoherencia que afecta, de manera negativa, a la tesis de Fuller respecto a la pretendida moralidad del Derecho.

Esa circunstancia también afecta, como no podía ser de otra forma, al desarrollo de la argumentación de esta segunda parte del trabajo, y, en concreto, a la búsqueda de una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Y afecta, igualmente, de forma negativa, puesto que, como acaba de exponerse, hay razones para negar la posibilidad de entender que la moral interna del Derecho dirija a los sujetos competentes para la producción normativa, siempre y en todos los casos,

²⁷.- La posibilidad de que las dimensiones interna y externa de la moralidad coincidan frecuente, pero no necesariamente, es lo que, como señala P.P.NICHOLSON, permite a FULLER admitir que “existan normas que, aun cuando estén de acuerdo con la moral interna del Derecho, sean moralmente malas” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *op. cit.*, p. 320). Esta admisión no afecta, en principio, a su tesis de que el Derecho, considerado en sí mismo, adquiere un carácter moral, ya que su propuesta, continúa P.P.NICHOLSON, “se refiere a la moralidad y el derecho, no a normas particulares” (*ibidem*). De ahí que, a pesar de las críticas que puedan formularse a los postulados teóricos de FULLER, parece tener razón R.E.SARTORIUS cuando matiza que la posición de este autor “con respecto a la conexión entre una moralidad procedimental del derecho y el contenido sustantivo de normas concretas es algo más que la simple, y obviamente, falsa afirmación de que una norma inteligible deba ser una buena norma, o de que una norma publicada haya de ser una buena norma” (*Individual Conduct and Social Norms*, *op. cit.*, p. 171).

hacia la elaboración de normas justas. Entonces, las posibles vías de argumentación en las que basar una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos parecen irse cerrando una tras otra. En el capítulo anterior de este trabajo, se negó la posibilidad de considerar a los elementos de la moral interna del Derecho como principios o dimensiones de moralidad. En las páginas precedentes, acaba de negarse, asimismo, la posibilidad de que el respeto a los citados elementos haga que el legislador tienda, de forma indefectible y necesaria, hacia lo moralmente correcto. Recuérdesse, en este sentido, que se ha abogado por el carácter contingente de la relación, de forma que los sujetos competentes para la creación de las normas jurídicas del sistema pueden tender, en los contenidos de éstas, tanto hacia lo justo como hacia lo inicuo. Resta, finalmente, una última posibilidad, relacionada, no con el hecho de que el respeto a la moral interna del Derecho “motive” al órgano competente para la creación de buenas normas, cosa que puede ser que sí y puede ser que no, sino con las consecuencias que dicho respeto provoca para la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico. Y es que, a pesar de que un sistema jurídico puede estar presidido por la búsqueda de ciertos contenidos o propósitos inmorales o inicuos, hay razones para entender que el respeto, en él, de los requisitos de la moral interna del Derecho produce ciertas dimensiones relacionadas con la idea de justicia²⁸. Al análisis de estas dimensiones se dedicarán, a continuación, los siguientes epígrafes de este capítulo.

5.2.- La justicia formal y la moral interna del Derecho

Es éste el momento en el que se ha de comenzar con la exposición de las dimensiones de moralidad que, desde mi punto de vista, pueden apreciarse en el interior de un sistema jurídico que, con independencia de los contenidos materiales concretos de sus normas, respete los elementos de la moral interna del Derecho. Antes de empezar,

²⁸ .- A pesar de que la argumentación de FULLER fuera encaminada a demostrar el carácter moral del Derecho desde la vía de la conexión entre las dimensiones interna y externa de la moralidad, los argumentos que aduce en favor de la existencia de esta conexión pueden ser, también, utilizados para esta otra vía que se presenta en estas páginas. Y es que, como señala R.S.SUMMERS, “aun en la ausencia de conexiones necesarias entre los principios de legalidad [o elementos de la moral interna del Derecho] y los valores morales, difícilmente puede decirse que el cumplimiento de los principios de legalidad sea moralmente indiferente” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 39). Podrá comprobarse, en las páginas que siguen, cómo los argumentos que se utilizarán para negar la posibilidad de que el cumplimiento de la moral interna del Derecho sea algo moralmente indiferente, afirmando, por el contrario, que cabe predicar un valor moral de dicho cumplimiento, son argumentos que se encuentran expuestos por el propio FULLER.

conviene, no obstante, realizar algunas precisiones, de carácter más bien metodológico, sobre la forma y el sentido que van a adquirir los restantes epígrafes que componen este capítulo. Lo cierto es que, en el desarrollo de esta nueva cuestión que se anuncia, parecería que no hubiera diferencia alguna con los aspectos que se vienen tratando desde que comenzó la segunda parte de este trabajo, y, en concreto, con el asunto abordado en el epígrafe que antecede a éste que ahora se inicia. Pero, sí que existe una diferencia, que se cree importante, con la aproximación que se abordó en el epígrafe anterior, donde se analizó, siguiendo estrictamente las coordenadas teóricas del propio Fuller, la cuestión de si el respeto a los citados elementos provoca la creación y elaboración de normas materialmente justas por parte de los sujetos y órganos competentes para ello.

Y es que, en las restantes páginas y epígrafes de este capítulo, en lo que se va a incidir es en las consecuencias que provoca la presencia, en un sistema jurídico, de los elementos de la moral interna del Derecho. Téngase en cuenta, por otro lado, que, de resultar acertada, ésta puede ser la última oportunidad para alegar en favor de la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. No es que, con esta particular forma de aproximarse a la cuestión objeto de debate, vayan a olvidarse las propuestas teóricas del autor de la teoría de la llamada moral interna del Derecho, sino que simplemente van a abordarse desde una perspectiva diferente, que evite los riesgos y peligros que, tal como se ha intentado describir en el anterior epígrafe, originan la invalidación teórica de algunos de los resultados alcanzados por el propio Fuller. Y todo ello, recuérdese, con el objeto de buscar una conexión entre ambas realidades, la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos, que resulte plausible y adecuada a las premisas teóricas y metodológicas que presiden el desarrollo de este trabajo.

Prueba de que este análisis no va a suponer el absoluto alejamiento de las posiciones teóricas mantenidas por Fuller es que, precisamente, en las siguientes páginas, y no sólo en las que componen este concreto epígrafe, van a retomarse sus argumentos en favor de la relevancia que, desde un punto de vista moral, comporta el respeto a los requisitos que componen la moral interna del Derecho. Sólo que, a diferencia de como este autor los comprendió, aquí van a utilizarse como base de la que partir para llegar a la conclusión, siempre que la vía de la argumentación sea correcta, de que el mero cumplimiento de la moral interna del Derecho proporciona una serie de

dimensiones a valorar y tener en cuenta a la hora de predicar la moralidad de los sistemas jurídicos. Cuáles sean éstas es la labor propia de los siguientes epígrafes de este capítulo. Así, la estructura a seguir adquiere una cierta similitud en todos ellos, puesto que en cada uno de los mismos se partirá de un argumento esbozado por Fuller, para profundizar en su contenido, abordando cada uno de éstos desde la perspectiva adoptada en este trabajo, la cual, ésta sí, es diferente a la utilizada por el citado autor. Restará, en último término, una labor a realizar con cada una de las propuestas que se pretende y espera esgrimir en favor de la existencia de una cierta conexión entre la moral interna del Derecho y la moralidad de los sistemas jurídicos. Tal es, como no puede ser de otra forma, la de precisar el alcance y los límites de esta conexión, puesto que, mediante esta tarea, se evitará, por lo menos eso se pretende, alcanzar conclusiones que caigan en las mismas deficiencias que se han achacado a la propuesta teórica de Fuller; deficiencias que provocan, recuérdese una vez más, que se hayan atribuido a este autor etiquetas tan dispares como las de positivista ideológico y iusnaturalista tecnológico. Comiéncese, por consiguiente, con la exposición de la primera de las propuestas.

5.2.1.- Legalidad como condición de justicia: el argumento de Fuller

Uno de los argumentos utilizados por parte de Fuller para rechazar la tesis según la cual la presencia, en un sistema jurídico, de los elementos de la que él mismo denomina moral interna del Derecho es un dato moralmente indiferente, y que se trae ahora a colación por las razones expuestas más arriba, es la idea de que la legalidad es una condición de la justicia. Lo que viene a significar, dicho en otros términos, que la existencia de un sistema jurídico - un sistema jurídico en el que, por definición, se respetan los elementos de la moral interna del Derecho - es un dato decisivo a la hora de alcanzar y obtener la justicia. Sólo, y esto es importante, en el interior de lo que se conoce con el nombre de sistema jurídico, con la particular articulación que se predica de éste, podrá alcanzarse el objetivo de la justicia. Véase, a continuación, qué es exactamente lo que Fuller quiere decir con esta afirmación. No parece necesario, tras todo lo expuesto en la primera parte de este trabajo, volver sobre la relación entre la moral interna del Derecho y la existencia de un sistema jurídico. Y es que allí se

argumentó, de una forma que se cree suficiente, sobre la necesidad del respeto a los elementos de la moral interna del Derecho, por lo menos en un grado mínimo, para construir y articular un sistema de normas jurídicas.

Como ha habido ocasión de exponer, la existencia de un sistema jurídico supone ya un cumplimiento, siquiera mínimo, de los elementos de moral interna del Derecho, porque si así no se hiciera no cabría hablar, por las razones entonces señaladas, de sistema jurídico. Por tanto, con carácter previo a la realización de cualquier valoración moral, ya sea de carácter positivo o negativo, de los sistemas jurídicos, lo primero que ha de hacerse, siempre según Fuller, es constatar la existencia de un sistema jurídico. Y, para ello, se requiere comprobar si ha habido un cierto grado de respeto hacia su lista de requisitos. Una vez situados en este punto, podrá realizarse no sólo la antedicha operación, sino también cualquier otra de similar carácter; pero, y esto es lo que se pretende destacar, una vez alcanzado este punto, es decir, una vez constatada la existencia de un sistema jurídico.

Cierto es que, en este momento, los elementos que se poseen para valorar la justicia o injusticia de un sistema jurídico son realmente escasos, pues se obvia todo lo referente a los contenidos concretos de las normas que forman parte del mismo, pero no lo es menos que ya se cuenta con alguno para realizar tal operación. Se trata de la mera existencia del sistema jurídico, que, para Fuller, es condición necesaria para su justicia, en la medida en que contiene, por motivo de su propia articulación, una cierta dimensión de moralidad. Supóngase, propone Fuller, el caso de un sujeto que goza de la única, y por tanto suprema, potestad creadora de normas en un determinado territorio, y que la utiliza de un modo egoísta y despótico. Éste, si es que pretende alcanzar sus objetivos de gobierno, sean estos los que sean y tengan el carácter que tengan, ha de guardar y respetar ciertos requisitos en su actividad, de forma que se pueda alcanzar un cierto grado de eficacia de las normas, necesario, por supuesto, para que aquél alcance sus fines o propósitos²⁹.

²⁹ .- FULLER acude a uno de sus ejemplos para explicar el dato de que todo sistema jurídico, por el hecho de ser tal, contiene una inicial dimensión de moralidad. Se trata, en este caso, de un monarca, caracterizado por este autor, como un monarca absoluto y dotado de una escasa o nula capacidad memorística. Esto provoca que el citado sujeto “nunca haga el más leve intento de averiguar quien ha cumplido sus órdenes y quien no [de modo que] habitualmente castiga la lealtad y recompensa la desobediencia” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 644). Pues bien, aun en una situación de estas características, “este monarca nunca alcanzará sus propios fines egoístas a menos que esté dispuesto a aceptar esa mínima auto-limitación que supone crear una

No parece que sea necesario insistir demasiado en cuáles sean estos requisitos a los que este sujeto habrá de someter su actuación. Se trata, como habrá podido suponerse, de los elementos de la moral interna del Derecho. Baste con señalar, aun a riesgo de ser reiterativo, que éstos sirven para configurar un sistema jurídico, y que lo hacen hasta tal punto que sin su mínimo respeto y cumplimiento no podrá afirmarse que éste exista. Y, arguye Fuller, sólo desde esta base, es decir, sólo desde el respeto hacia este orden, proporcionado por los citados elementos de la moral interna del Derecho, y que permite que los destinatarios de las normas conozcan los resultados de la actividad propia de los que gozan de la potestad normativa, podrá alcanzarse un posterior nivel de moralidad³⁰. Lo que significa, dicho en otros términos, que sólo desde un sistema jurídico podrán alcanzarse, mediante la utilización de los instrumentos que éste proporciona, ciertas dimensiones de moralidad³¹. De ahí que se comenzara este epígrafe

comprensible conexión entre sus palabras y sus acciones” (*ibidem*). Incluso suponiendo que este monarca mejorara considerablemente su capacidad memorística, la auto-limitación que dicha mejora provoca debiera, si aquél quiere alcanzar las mayores cotas de éxito en sus propósitos, ir acompañada de una mayor asunción de responsabilidades en su labor de producción y aplicación de normas. Y ello, explica FULLER, porque “si nuestro monarca quiere, para su propia ventaja personal, crear en su esfera de dominio algo como un sistema de derecho tendrá que serenarse y asumir todavía otra responsabilidad” (*idem*, p. 645). Se trata, por supuesto, de la responsabilidad que entraña un mayor respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. Supóngase, en último término, que el referido monarca ha aceptado asumir la auto-limitación y la responsabilidad propias de su mandato, todo ello con el objetivo de alcanzar en mayor medida sus egoístas fines. Entonces, aduce FULLER, he aquí una prueba de que “el derecho, considerado simplemente como un orden, contiene, pues, su propia moralidad implícita [que] ha de ser respetada si se pretende crear algo que pueda ser llamado derecho, aunque sea mal derecho” (*ibidem*). Quizá se esté, con este ejemplo de FULLER, ante la primera aparición pública del famoso Rex, ya que el trabajo en el que formula este ejemplo es el artículo de respuesta a HART, “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, de 1958, mientras que la construcción completa de las desventuras del citado monarca no se produce hasta la publicación de la primera edición de *The Morality of Law*, fechada en 1964.

³⁰.- Con independencia del carácter de los objetivos, fines o propósitos sustantivos que tengan en mente realizar los sujetos que gozan de la suprema potestad normativa, lo que en este primer momento interesa destacar es que, en opinión de FULLER, aquéllos sólo pueden ser plasmados en el interior de un sistema jurídico. Y es que, “ni la moral ni el derecho serían posibles sin esta capacidad de crear y proyectar un orden” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 665); entendido éste como un sistema de normas jurídicas donde se respeta la legalidad, es decir, donde se cumplen los elementos de la moral interna del Derecho. La razón de que “los principios morales no pued[a]n actuar ni en el vacío social ni en la guerra de todos contra todos” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 205) radica, desde su punto de vista, en que “vivir una buena vida requiere algo más que buenas intenciones, aun cuando éstas sean generalmente compartidas; requiere el soporte de una firme base para la interacción humana, algo que - al menos en una moderna sociedad - únicamente un sólido sistema jurídico puede proporcionar” (*ibidem*). Como advierte K.I. WINSTON, “la cuestión clave en este argumento es que un «orden en funcionamiento» implica un elemento de calidad” (“Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller’s Conception of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, nº 3, invierno, 1988, p. 335). Este último capítulo del trabajo está dedicado, en gran medida, a analizar cuál sea este elemento, si es que lo hay.

³¹.- La primera parte de este trabajo se ha dedicado, entre otras cosas, a intentar explicar la teoría de FULLER de que la moral interna del Derecho resulta una dimensión imprescindible para la configuración

señalando que, para este autor, la legalidad, es decir, la existencia de un sistema jurídico, es condición para la justicia o, lo que viene a ser lo mismo, para su posterior valoración moral³².

5.2.2.- La justicia característica de la moral interna del Derecho

En vista de lo expuesto en el apartado anterior, bien pudiera extraerse la conclusión de que la existencia de un sistema jurídico, la legalidad, si se prefiere utilizar los términos de Fuller, es una condición necesaria para la consecución de la justicia. Esta conclusión, tal y como se ha venido analizando hasta ahora, posee una importante ventaja a los efectos del desarrollo de este trabajo, pues no en vano supone, esta vez sí, una sólida base de la que partir en la argumentación de los objetivos propuestos en él. Por primera vez desde que se inició, al comienzo precisamente de la segunda parte de este trabajo, en la búsqueda de argumentos en los que apoyar una pretendida conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos, hay uno que parece conducir hacia tal conexión. Pero, lo cierto es que, por lo menos desde mi punto de vista, la afirmación de Fuller no puede ser tomada más que como un punto de

de algo que merezca ser llamado sistema jurídico, aun cuando se creyera, con mayor o menor fundamento, que sus contenidos concretos son ciertamente inmorales. Pues bien, si se acepta esta conclusión, propone FULLER, “la primera observación que ha de hacerse es que el derecho es una condición previa del buen derecho” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 155). Y es que, al igual que “un carpintero concienzudo, que ha aprendido bien su oficio y mantiene sus herramientas a punto, podría [...] dedicarse a construir tanto una guarida de ladrones cuanto un orfanato” (*ibidem*), un sistema jurídico podría consagrar tanto las discriminaciones más absurdas e inicuas que cupiera pensar cuanto el mayor régimen de igualdad y libertad posibles. Pero, en ambos casos se requiere, con carácter previo y necesario, un carpintero y un sistema jurídico. Pues, “si bien sigue siendo cierto que se necesita un carpintero, o la ayuda de un carpintero, para construir un orfanato, y que éste será mejor cuanto mayor pericia y mejores herramientas posea aquél” (*idem*, pp. 155-156), sólo a través de la configuración y articulación interna propias de los sistemas jurídicos podrán, en un posterior momento, plasmarse los contenidos materiales de moralidad en el ámbito de dicho sistema. Se requiere, entonces, la utilización de los instrumentos característicos y típicos de los sistemas jurídicos, las herramientas del sistema, entre las que tan destacado papel juegan los elementos de la moral interna del Derecho, para alcanzar la moralidad, o la justicia, de las normas propias del sistema.

³² .- Resulta ciertamente extraño que, entre las numerosas y profundas críticas que ha recibido la concepción de FULLER de la moral interna del Derecho, no se haya prestado excesiva atención a la vinculación, propuesta por este autor, entre legalidad y justicia. Cabe destacar, tan sólo, la afirmación de R.M.DWORKIN de que el argumento “debe haber derecho para tener buen derecho, no es más que una observación de dudosa pertinencia” (“Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor’s Fuller Novel Claim”, *op. cit.*, p. 672). Ciertamente es que FULLER no fue más explícito en este sentido, pero también lo es el que R.M.DWORKIN, por su parte, tampoco ha ofrecido argumentación alguna en apoyo de esta concreta y particular observación crítica. Algún otro autor, como es el caso de G.B.J.HUGUES, a lo máximo que ha llegado es a señalar que la propuesta de FULLER “parece no ser más

partida, es decir, como una premisa desde la que iniciar el análisis, y no como una conclusión final. Entonces, si aquí se terminara en el examen de este argumento, no resultaría desacertada una crítica que pusiera de manifiesto que, poco o nada, se ha avanzado con la exposición de una afirmación de tal carácter. Y ello por la sencilla razón de que no se expusieron por parte de Fuller aspectos concretos, es decir, casos o situaciones donde se aprecie o pueda apreciarse la existencia de la avanzada conexión, salvo, efectivamente, la tesis de que sólo a través del sustrato básico de un sistema jurídico, gracias a los instrumentos característicos de éste, es posible realizar dimensión alguna de moralidad. Es, pues, imputable a este autor la falta de una mayor profundización en el argumento, profundización que, en mi opinión, bien pudiera haberse llevado a cabo a través de la exposición de alguna concreta manifestación de la citada relación de dependencia³³.

Bien, esto es lo que se pretende realizar a continuación, con el objeto, siempre que la labor que se va a efectuar sea correcta, de ofrecer una vía de desarrollo de la anterior afirmación de Fuller, a fin de que lo que no era más que una premisa, o punto de partida, termine convirtiéndose en una posible conclusión, para que, a su vez, sea ésta uno de los argumentos en los que basar ese pretendido intento de conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos que se viene anunciando desde que se inició con el desarrollo de esta segunda parte del trabajo. Y, por muy extraño que a primera vista pudiera parecer, la vía desde la que llevar a cabo el necesario desarrollo de esta premisa inicial es una vía que, por lo menos en un sentido general, viene proporcionada por las coordenadas teóricas de Hart. Serán opiniones y argumentos esbozados por este autor los que se estiman, no sólo importantes, sino incluso básicos, para realizar ese necesario paso teórico de premisa a conclusión. Ciertamente que, en distintos momentos de este trabajo, se ha señalado que Fuller se muestra

que el pronóstico intuitivo de un puente que la ciencia todavía no ha verificado empíricamente" ("The Existence of a Legal System", *New York University Law Review*, vol. 35, nº 5, mayo, 1960, p. 1028).

³³.- Muestra del poco detalle con que se expresa el argumento de FULLER serían las siguientes palabras de R.S.SUMMERS, en las que incide en el hecho de que "respecto de la justicia en su sentido material [...] hubiera sido de esperar una más detallada explicación" ("Professor Fuller on Morality and Law", *op. cit.*, p. 24). Esta crítica de R.S.SUMMERS se trae a colación, en este momento y lugar, con una doble finalidad. Por una lado, para corroborar la idea, avanzada en el texto, de que FULLER podía haber profundizado en mayor medida en la exposición de su argumento sobre la conexión entre legalidad y justicia; por otro, con el objeto de presentar, siquiera en líneas generales, la línea de argumentación que se va a desarrollar en las siguientes páginas, basada, pues, en un más detallado análisis de las dimensiones de justicia que hacen al caso.

especialmente reacio a admitir que desde una posición positivista quepa un reconocimiento, sea del tipo de sea, respecto de la teoría de la moral interna del Derecho.

Así, desde este punto de vista, sí puede resultar extraño que se acuda a las tesis de Hart, que resultan ser de las más cualificadas dentro de aquella corriente de pensamiento jurídico, para apoyar un argumento de Fuller. Pero, también en este trabajo se ha señalado que cabe una interpretación de carácter positivista de la teoría de la moral interna del Derecho, e incluso, en las páginas que componen la primera parte del mismo, se ha efectuado un intento teórico de hacer compatibles, en lo que a la existencia de los sistemas jurídicos se refiere, la moral interna del Derecho con la propuesta teórica del propio Hart. Quizá, entonces, la extrañeza pueda disminuir. En definitiva, dos son las razones por las que se cree adecuado desarrollar el argumento de Fuller desde los postulados teóricos de Hart. En primer lugar, porque en ellos se ofrecen pistas para poder llegar a un acuerdo, ya se verá con qué alcance y límites, entre sus tesis y las del propio Fuller. En segundo término, porque ofrece un camino adecuado desde el que llevar a cabo el necesario desarrollo del argumento de Fuller.

A los efectos que ahora interesan, la tesis de Hart puede resumirse, en líneas generales, bajo la expresión de que allí donde exista un sistema jurídico se producirá un mínimo de justicia³⁴. Como antecedente, téngase en cuenta que un sistema jurídico, que pretenda ser considerado como tal, ha de respetar, por lo menos en un cierto grado, los elementos de la moral interna del Derecho. No parece que sea necesario insistir, por un lado, en los argumentos que sustentan esta conexión, así como tampoco, por otro, en la viabilidad de admitirla desde un punto de vista positivista. Suficiente explicación se aportó, en los primeros capítulos de este trabajo, sobre la aceptación del propio Hart, incluso en términos explícitos, de esta suerte de vinculación entre una realidad, como es el sistema jurídico, y una serie de elementos, que son los que componen la moral interna del derecho, necesarios para la existencia de aquélla. Lo que se trata, en este lugar, es de

³⁴ .- La tesis de HART se contiene, de forma genérica, en las siguientes palabras, que se cree conveniente citar en este momento, aun cuando no se desarrolle la argumentación conducente a la misma, a los efectos de avanzar la línea de investigación propuesta en estas concretas páginas. Y, así, para este autor, “necesariamente se realiza un mínimo de justicia dondequiera la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas” (HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 254-255). En términos de D.LYONS, “Hart asegura que existe un principio de justicia implícito en el concepto de derecho” (*Ética y derecho*, trad. M.Serra, Ariel,

analizar las consecuencias que supone la presencia de algunos de estos elementos de la moral interna del Derecho en el funcionamiento práctico de un sistema jurídico, de modo que sean estas consecuencias las que ofrezcan, si ello es posible, los argumentos que se buscan, en este trabajo, para llegar a la ya anunciada conclusión. No se trata, de nuevo, de analizar la citada lista de requisitos desde el prisma de la existencia de los sistemas jurídicos, sino que lo que se requiere, aquí y ahora, es profundizar en las consecuencias adicionales que su presencia supone, es decir, avanzar un paso más en el análisis de los mismos. Solo que, en consonancia con el momento presente de la investigación, ese análisis debe ser conducido, de forma necesaria e ineludible, hacia el ámbito de la justicia de los sistemas jurídicos.

Comiencese por el primero de los elementos de la moral interna del Derecho, el requisito de generalidad de las normas. A pesar de que ésta se manifieste tanto en el ámbito de los destinatarios de las normas cuanto en el de la conducta a regular, sobre lo que se advirtió en las primeras páginas de este trabajo, interesa ahora centrarse únicamente en el primero de estos ámbitos. Así, la generalidad de las normas es la característica de éstas a la que se hace referencia cuando se señala que el destinatario de las normas ha de ser un sujeto universal³⁵. Esta exigencia no supone, obviamente, tengan que ser “todos” necesariamente los destinatarios de una norma jurídica cualquiera, sino tan sólo que ésta, si pretende respetar el requisito de la generalidad, ha de enunciarse de tal forma que su destinatario no sea un sujeto individualizado o particularizado, sino una clase o grupo de sujetos³⁶. No es, pues, un único sujeto, concreto y aislado, el que se

Barcelona, 1986, p. 86). En consecuencia con la metodología adoptada en estas páginas, el objetivo siguiente será, pues, el de ofrecer las razones que soportan la corrección de este postulado de HART.

³⁵ .- La generalidad ha de entenderse, en este trabajo, en el sentido que propone F.J.LAPORTA de universalidad. Así, “una norma es universal cuando sus destinatarios son todos los miembros de una clase, es decir, cuando en su fórmula incluye lo que en lógica se llama un cuantificador universal, sea cual sea el número empírico de sus destinatarios” (“El principio de igualdad: Introducción a su análisis, *Sistema*, n° 67, 1985, p. 7). Frente a ello, “la generalidad de la norma consiste precisamente en la amplitud numérica de los [...] miembros de la clase de los [destinatarios]” (*ibidem*). La utilidad de esta distinción, en lo que a estas páginas se refiere, radica en que llama la atención sobre el hecho de que “la universalidad [...] puede darse en el caso de normas muy poco generales, es decir, de normas que tienen como destinatarios una clase con un número muy poco restringido de miembros, y en algunos casos, incluso con un solo miembro” (*ibidem*).

³⁶ .- Cualquier intento de asimilar la generalidad de las normas con la igualdad de todos los sujetos afectados por el ámbito propio de un sistema jurídico sería considerado como erróneo con sólo tener en cuenta, como hace J.RAZ, que “la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra manera, no sólo es compatible sino, frecuentemente, institucionalizada por normas generales” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 270). Y es que, añade F.J.LAPORTA, “la generalidad de las normas, entendida como universalidad lógica, no tiene una relación necesaria con la igualdad. Las normas universales pueden ser, y de hecho son con frecuencia, desiguales” (“El principio de igualdad: Introducción a su análisis”,

encuentra bajo el ámbito de aplicación de una norma, sino que los que se encuentran afectados por ella son, o pueden ser, una clase de éstos. Definir cual sea esta clase, es decir, delimitar el ámbito de aplicación personal de la norma es tarea propia de los que crean la norma en cuestión, pero es, en cualquier caso, un aspecto irrelevante a los efectos que ahora interesan. Lo que, en cambio, sí es importante es lo que supone esta generalidad en lo que se refiere al tratamiento de los destinatarios de las normas.

Y es que la configuración de un destinatario universal de las normas supone poner en pie de igualdad a todos aquellos que se encuentren bajo el ámbito de la norma concreta a que se haga referencia. Significa, asimismo, que la norma se va a dirigir a todos aquellos que se vean afectados por ella, de modo que no cabe hacer distinciones en cuanto a los sujetos pasivos. Otra cosa, bien distinta, es que tales distinciones sean previas a la norma, es decir, que otra norma del sistema haya establecido qué clase de sujetos se encuentra bajo el ámbito de esa norma, y qué otra clase, por el contrario, no. Pero, lo que resulta innegable, por lo menos a mi modo de ver, es que la norma se dirige, por igual, a todos los sujetos que pertenezcan a esa clase. Tampoco puede negarse, en consecuencia, que la generalidad iguala a los sujetos destinatarios de las normas, ya que todos ellos van a verse afectados por la norma. Así pues, la generalidad, uno de los elementos de la moral interna del Derecho, introduce una dimensión de igualdad en cuanto a los destinatarios de las normas; dimensión que, tradicionalmente, viene recibiendo el nombre de igualdad ante la ley, y que puede definirse como aquella situación en la que la ley no establece diferencias entre los sujetos destinatarios de las normas porque se dirige a todos ellos con carácter general³⁷. No parece excesivamente

op. cit., p. 10). Esta circunstancia, la compatibilidad entre normas generales y cualesquiera tipos de discriminación, será tomada en cuenta en el desarrollo de este trabajo, de modo que baste ahora con anunciarla para posteriormente retomarla.

³⁷.- La igualdad ante la ley puede entenderse, según J.DE LUCAS como “idéntica al principio de justicia como imparcialidad y significa sobre todo el fin del *ancien régime*, de los estamentos y, por ello, de los privilegios” (“La igualdad ante la ley”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 496). Se contiene en la vieja formulación del trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales, sin que pueda introducirse, dentro de su ámbito, la cuestión relativa al criterio que permite diferenciar entre unos casos y otros. Será, la de la corrección o no de ese criterio que diferencia entre los que hay que tratar de una forma y los que deben recibir un trato diferente, una cuestión vinculada con lo que se conoce con el nombre de igualdad material, pues ésta “implica la toma en consideración de circunstancias de contenido en la delimitación significativa de la igualdad” (PÉREZ-LUÑO, A.-E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1985, p. 258). En este sentido, G.PECES-BARBA afirma que “la igualdad de trato formal como diferenciación es un elemento de conexión material, puesto que el establecimiento de los datos relevantes [a la hora de fijar cuáles son los sujetos que merecen un tratamiento diferente] puede abrir la puerta a reflexiones sobre criterios de redistribución general que

osado, desde mi punto de vista, aventurar que esta igualdad ante la ley merece ser considerada como una dimensión de justicia³⁸.

Por si hubiera alguna duda sobre la dimensión de justicia que introduce este dato de la generalidad de las normas, una vez incorporado en la estructura propia de los sistemas jurídicos, merece la pena analizarlo de nuevo, pero ahora no desde el punto de vista de su simple formulación, que es lo que se acaba de hacer en el párrafo anterior, sino desde el punto de vista de su aplicación. Se trata, por tanto, de comprobar si a la hora de aplicar estas normas generales también cabe apreciar la posibilidad de que se produzca una dimensión que, en el momento de realizar un juicio de valor moral, aporte algún dato que afecte para éste. Y, de nuevo, la respuesta ha de ser positiva, máxime si se conjuga este elemento de la moral interna del Derecho, como es la generalidad de las normas, con otro de ellos, al que Fuller se refiere como la congruencia entre las normas jurídicas y su aplicación. Nada se rompe, con la introducción de este nuevo factor, en el interior del esquema de análisis que se viene desarrollando en estas líneas, puesto que este nuevo elemento también pertenece, baste para mostrarlo una simple remisión a la primera parte de este trabajo, al rango de los elementos necesarios para la configuración de lo que se conoce con el nombre de sistema jurídico. Elemento que, además, adquiere una importancia específica a la hora de configurar la coherencia interna de los sistemas jurídicos, rasgo básico de éstos, puesto que contribuye, de forma decisiva, a la ordenación jerárquica de sus normas.

De acuerdo con lo anterior, los órganos competentes para aplicar las normas jurídicas deberán basar su actuación precisamente en lo que dispongan las normas del sistema, y no en sus subjetivas y personales consideraciones acerca de lo que

faciliten la satisfacción de necesidades importantes" (*Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, op. cit., p. 287).

³⁸ .- El dato de la generalidad de las normas es el argumento central del que HART viene a servirse para alcanzar la conclusión, citada en una nota anterior, de la existencia de una relación entre el sistema jurídico y un mínimo de justicia, la cual, a su vez, provoca que también pueda afirmarse, tal y como el propio autor hace, "que la distinción entre un buen sistema jurídico, que concuerda en ciertos puntos con la justicia, y un sistema jurídico que no lo hace, es una distinción falaz" (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 254). La corrección de esta conclusión quizá pueda apreciarse a través de la siguiente argumentación. Recuerdese que un sistema jurídico, para funcionar como tal, requiere, entre otras la dimensiones, la presencia de normas generales; pues bien, el significado de la generalidad "connota el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes" (HART, H.L.A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", op. cit., p. 54), lo cual, unido con la afirmación de que "un elemento esencial del concepto de justicia es tratar de la misma manera a los casos semejantes" (*idem*, p. 55), provoca la conclusión de que "hay así, en la noción misma del derecho [articulado como un sistema

considerarían como justo, o adecuado, para el caso concreto. Esta obligación de actuar, en la aplicación y administración de las normas del sistema, sobre lo dispuesto en las propias normas del sistema es lo que, también tradicionalmente, viene conociéndose con el nombre de principio de legalidad³⁹. Pues bien, la dinámica de este principio obliga a que la norma se aplique a todos los supuestos, y, por tanto, a todos los sujetos, que se encuentran bajo su ámbito de aplicación⁴⁰. Claro parece este punto de la argumentación; si las normas jurídicas se configuran bajo el signo de la generalidad en cuanto a sus destinatarios, sin perjuicio de que, como ya se advirtió, puedan perfectamente existir normas particulares, y los órganos competentes para aplicarlas han de respetar su contenido, entonces éstas han de ser aplicadas por igual, es decir, a “todos” aquellos a quienes van dirigidas, sin excepción alguna de aplicación a este o a aquel sujeto. Es a este efecto al que se suele denominar igualdad en la aplicación de la ley⁴¹; y, de la misma forma que el efecto descrito en el párrafo anterior tampoco parece que su

jurídico, podría precisarse], algo que nos impide tratarlo como si desde el punto de vista moral fuera totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con los principios morales” (*ibidem*).

³⁹.- Téngase en cuenta la distinción, formulada por L.FERRAJOLI, entre el principio de mera legalidad, que es “una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de la ley” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., trad. P.A.Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1997, p. 35), y el principio de estricta legalidad, “que es una norma dirigida al legislador, a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales” (*ibidem*). Si bien este último es un principio referido al Derecho penal, nada obsta a que, como señala el propio L.FERRAJOLI, el principio de mera legalidad se entienda como “un principio general del derecho público” (*idem*, p. 379). Entonces, la diferencia radica en que “mientras que el principio de mera legalidad, al equivaler a la simple reserva de ley cualquiera que sea el modo en que estén formuladas las leyes, prescribe solamente la sujeción del juez a la ley, el principio de estricta legalidad, en la medida en que hace de la reserva de ley una reserva absoluta, permite además configurar la sujeción del juez a la ley como sujeción sólo a la ley” (*idem*, p. 378).

⁴⁰.- Es doble el sentido en el que, a juicio de R.GUASTINI, la validez de todo acto del poder político, que pretenda ajustarse al principio de legalidad, “está condicionada por las normas jurídicas que disciplinan su ejercicio” (*Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Milán, 1992, p. 35). Por un lado, “el derecho «disciplina» un acto en sentido débil, limitándose a autorizarlo [...] Para este objetivo, es suficiente una norma de competencia, es decir, una norma que confiere a un sujeto el poder (la autoridad, la competencia) de realizar un cierto acto” (*ibidem*). Por otro, “el derecho «disciplina» un acto en sentido fuerte, no ya limitándose a autorizarlo (y a regularlo bajo un marco procedimental), sino también circunscribiendo su contenido. En este caso, las normas de competencia (y también, eventualmente, las normas procedimentales) se acompañan de órdenes que determinan (en parte) el contenido del acto, y/o de prohibiciones, que impiden al acto asumir un cierto contenido” (*ibidem*). Entonces, el principio de legalidad exige no sólo “que cada acto del poder político esté *fundado sobre* el derecho” (*idem*, p. 36), sino que “sea también *conforme* al derecho” (*ibidem*).

⁴¹.- La igualdad en la aplicación de la ley es, a juicio de A.CALSAMIGLIA, la exigencia de que “a los destinatarios de las normas jurídicas se les apli[que]n imparcialmente los criterios legales” (“Sobre el principio de igualdad”, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, ed. de G.Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, p. 101). Al igual que sucede con respecto al concepto de igualdad ante la ley, la cuestión relativa a si “los criterios que utiliza la ley para distinguir entre clases de individuos están justificados y son razonables” (*ibidem*) ha de permanecer al margen de este ámbito, pues pertenece al de la llamada igualdad “en el contenido de la ley” (*ibidem*).

presencia, en todo sistema jurídico, resulte irrelevante a la hora de llevar a cabo una valoración sobre la justicia de éste⁴².

Son, los recogidos en los párrafos anteriores, aspectos que merecen ser destacados, por su importancia, en esta búsqueda de dimensiones de justicia características de la moral interna del Derecho. Porque, a la hora de intentar ofrecer un concepto de justicia, tarea que excede a todas luces de los márgenes de este trabajo, hay dos elementos a considerar. Y es que, en efecto, todo intento de estipular algo que pueda servir como respuesta a la pregunta acerca de qué es la justicia, ha de tener en cuenta dos elementos que, si bien relacionados, son en principio diferentes. Hay, entonces, que distinguir entre lo que podría considerarse un elemento formal, y un elemento material. El primero de ellos, el formal, consiste en una exigencia de igualdad, y su formulación puede quedar recogida bajo la expresión de tratar igualmente los casos semejantes; el material, por otro lado, es un elemento que viene a completar al anterior, y que consiste en el criterio que determina, precisamente, qué casos merecen un tratamiento igual, y qué casos, por el contrario, deben permanecer al margen de dicho trato igual⁴³. Cuando

⁴².- Obsérvese el diferente matiz con el que, en este momento, se analiza el elemento de la generalidad, puesto que, ahora, no se hace referencia a las consecuencias que ocasiona su formulación, sino a las que se producen a la hora de llevar a cabo su aplicación a situaciones concretas y particulares. Consecuencias que, al igual que en el caso anterior, también conducen, de forma invariable, a la constatación de dimensiones de moralidad, pues, en términos de HART, “en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos [reténgase el matiz «por lo menos», dada su importancia a efectos posteriores] el germen de la justicia” (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 255). Se trata de la denominada, por parte de HART, justicia en la administración o aplicación del Derecho, y se resume en la idea de que “aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho” (*idem*, p. 200), por parte del sujeto competente para llevar a cabo tal operación. En el mismo sentido, A.ROSS afirma que “la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 272). También este autor, a pesar de las profundas diferencias entre su teoría del Derecho y la de HART, reconoce una cierta conexión entre la idea de justicia, entendida tal y como se acaba de citar, y el Derecho vigente. Conexión que, nótese la similitud con las tesis de HART, se aprecia en dos puntos: “primero, la exigencia de que haya una norma [general] como fundamento de una decisión; segundo, la exigencia de que la decisión sea una aplicación correcta de una norma” (*idem*, p. 273). Generalidad de las normas y aplicación congruente de éstas; a través de nombres diferentes, se está haciendo referencia, en cualquier caso, a una misma realidad.

⁴³.- Con el objetivo de distinguir los elementos que forman parte de la idea de justicia, HART se refiere a los dos aspectos que, tradicionalmente, conviven en ella. De un lado, “una nota uniforme o constante resumida en el precepto «tratar los casos semejantes de la misma manera»” (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 199); de otro, “un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes” (*ibidem*). Se ha utilizado el calificativo de formal para el primer elemento, pues, como señala A.ROSS, se articula como una “exigencia formal de igualdad” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 265), mientras que, para el segundo, se ha reservado el atributo de material, al consistir, según este mismo autor, en un “criterio material para la determinación de la clase a la que se aplica la norma de igualdad” (*ibidem*).

se respeta el primero de estos criterios, de forma que siempre se ofrece la misma respuesta en casos semejantes, se dice que se ha alcanzado una justicia formal o procedimental⁴⁴.

Tras todo lo explicado, no es difícil colegir que es por medio de los citados elementos de la moral interna del Derecho como se puede llegar a esta dimensión formal o procedimental de la justicia. Así, todo sistema jurídico que pretenda alcanzar esta dimensión necesita que se aplique la misma solución a casos semejantes⁴⁵. Lo que requiere, por un lado, una exigencia de generalidad de sus normas, y, por otro, una cierta congruencia a la hora de aplicarlas. Requiere, en conclusión, el cumplimiento de dos de los elementos que conforman la lista de Fuller; de manera que es así como, en definitiva, se configura la relación entre la moral interna del Derecho y una dimensión de justicia, la dimensión formal, de los sistemas jurídicos. Si este elemento de justicia, este mínimo de justicia al que se refiere Hart, es suficiente o no para que en un sistema jurídico se alcancen amplias cotas de moralidad es un aspecto cuyo análisis debe ser momentáneamente apartado, para retomarse en el siguiente apartado. Allí se podrá apreciar cómo lo que se ha denominado el criterio material tiene mucho que decir en este sentido. Pero, ahora, lo importante es que ese mínimo de justicia está presente en todo sistema jurídico que se configure como tal⁴⁶.

⁴⁴ .- Es de destacar, por estar en la base de la propuesta que, aquí y ahora, se mantiene, la definición de justicia formal que propone J.RAWLS, según el cual “esta administración imparcial y consecuente de las leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal” (*Teoría de la Justicia*, trad. M^aD.González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 79). Imparcialidad y congruencia que significan, en palabras de este autor, la exigencia de “que las leyes e instituciones se deban aplicar igualitariamente (esto es, de la misma manera) al administrarlas a aquellos que pertenecen a las clases definidas por ellas” (*idem*, p. 80). Ocasión habrá, mas adelante, de volver sobre lo expuesto por J.RAWLS a este respecto, ya que sus argumentos sobre las exigencias de la justicia formal, las mencionadas imparcialidad y congruencia, guardan estrecha relación con los que más adelante se propondrán, además del que ahora se analiza, para sostener la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos.

⁴⁵ .- La justicia formal puede definirse, entonces, como la justicia en la aplicación de las normas. De esta manera, añade D.LYONS, “se producirá una injusticia allí donde un funcionario deja de actuar dentro del derecho” (“On formal justice”, en LYONS, D., *Moral Aspects of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 13). Por el contrario, un ejemplo de la producción de justicia a la hora de aplicar las normas se produce, como presenta HART, cuando “la norma que reprime el homicidio [...] se la aplica con imparcialidad a todos aquellos, y sólo a aquéllos, que tienen en común haber hecho lo que dicha norma prohíbe” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 200). Supóngase que dicha norma estableciera penas inhumanas y degradantes para los presuntos homicidas. Ello no impediría, por muy reprochable que ello se considerara, que la norma se aplicara con igualdad a todos los que cometen dicho acto, y, por tanto, que pudiera constatar, en el sistema jurídico al que pertenece, una dimensión de justicia formal.

⁴⁶ .- Como señalan J.G.MURPHY y J.L.COLEMAN, “para ser un sistema jurídico [...] el sistema debe ser de tal forma que la inmensa mayoría de sus normas satisfagan demandas morales, de carácter formal, de justicia o imparcialidad” (*The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 45). Esto,

Y, esta presencia plantea serias dudas acerca de su compatibilidad con las premisas teóricas del positivismo jurídico, en general, y de Hart, en particular. Se ha señalado, en estas páginas, que la separación entre el Derecho y la moral es uno de los puntos de partida más importantes, si no el que más, de cualquier intento positivista de comprensión del fenómeno jurídico. Si esto es así, y motivos para negarlo no parece que haya, podría resultar incompatible con la conclusión a la que se pretende llegar a lo largo de estas líneas, cual es la existencia en todo sistema jurídico de un mínimo de moralidad, encarnado en lo que se denomina la justicia formal. Incompatibilidad que se extiende al interior de la construcción teórica de Hart, ya que, téngase en cuenta, los argumentos que se vienen desgranando en favor de la citada conexión parten de sus propias afirmaciones al respecto. Pero es que, además, va a ser precisamente Hart el que plantee la posibilidad de una cierta, llámese así, superposición entre el Derecho y la moralidad. No es que se afirme, por parte de este autor, que las normas jurídicas, de forma concreta e individual, hayan de respetar determinadas condiciones de moralidad, sino que es el sistema jurídico, considerado en su conjunto, el que contiene una dimensión de moralidad. Hart aplica, para este caso, la misma distinción que utilizó a la hora de analizar la relación, igualmente recogida en la primera parte de este trabajo, entre los conceptos de existencia y la eficacia.

Allí, el propio Hart propuso que, a la hora de analizar la relación entre ambos conceptos, había que distinguir según se tratara de las normas jurídicas individualmente consideradas, o del sistema jurídico en su conjunto. Así, si bien la eficacia no es condición para la existencia de una norma jurídica, pues puede haber normas ineficaces pero válidas, sí supone una condición para la existencia del sistema jurídico en su conjunto, pues es difícil concebir sistemas jurídicos existentes pero ineficaces. Del mismo modo, aduce Hart al respecto que ahora importa, esta diferencia también afecta a la relación entre el Derecho y la moral, pues si claro resulta, desde su punto de vista, que las normas jurídicas no han de respetar una cierta moralidad para ser tales, a no ser, claro está, que dicha exigencia se configure como un criterio de validez normativa, la misma respuesta no cabe frente al sistema jurídico en su conjunto. Aquí sí se produce una cierta relación, o superposición, pues, tal y como acaba de exponerse, algunos

el hecho de que la existencia del orden jurídico sea poco menos que imposible sin una estructura de este tipo es, parafraseando a J.FRANK, “un descubrimiento hecho por cualquier hombre, jurista o lego en la materia, hable o no de Derecho Natural” (*Fate and Freedom*, Simon and Schuster, 1945, p. 296).

elementos jurídicos, de necesaria presencia para la configuración de los sistemas jurídicos, se relacionan con exigencias o dimensiones de justicia⁴⁷. Que estos elementos son los requisitos de la moral interna del Derecho es una afirmación que permanece al margen de toda duda.

Tras todo lo expuesto a lo largo de este apartado, donde se ha podido comprobar cómo hay razones para servirse del esquema teórico de Hart en la búsqueda de una vía de conexión entre moral interna del Derecho y justicia de los sistemas jurídicos, merece la pena destacar, aunque sea de forma somera, que la crítica de Fuller sobre un supuesto silencio de Hart a la hora de plantearse la cuestión de la moral interna del derecho dista mucho de ser veraz. Crítica que, en términos generales, consta de dos puntos de apoyo. A pesar de que es el segundo de ellos el que guarda directa relación con el tema que se está abordando en estas concretas páginas, no está de más una referencia al primero de ellos, puesto que, por su importancia en el contexto general del trabajo, no puede ser obviado. Así, en opinión de Fuller, el tratamiento privilegiado que Hart reserva para la cuestión de la regla de reconocimiento le impide apreciar la existencia de situaciones en las cuales los sujetos con la máxima potestad normativa, pese a producir normas jurídicas válidas de acuerdo con los criterios de validez establecidos en la citada regla, ejercen tal potestad de un modo tan irregular que dicho sistema no alcance un mínimo grado de eficacia. No parece necesario insistir sobre el dato de que, para Fuller, ejercer un poder de forma irregular supone ejercerlo con el más absoluto desprecio hacia los

⁴⁷ .- Pudieron aducirse, en la primera parte de este trabajo, las razones por las que, para HART, la eficacia del sistema jurídico, considerado como un todo, es una condición necesaria para su propia existencia, hasta el punto de resultar inútil predicar ésta de un sistema en el que no se alcance un mínimo de cumplimiento, es decir, de eficacia, de sus normas. Pero, esta relación se predica tan solo del sistema jurídico en su conjunto, y no de las normas jurídicas individualmente consideradas, donde sí puede constatar la ineficacia de una norma jurídica válida. Pues bien, advierte HART, “quizá las diferencias respecto de las leyes tomadas separadamente y un sistema jurídico considerado como un todo, también valen para la conexión entre las concepciones morales [...] de lo que el derecho debe ser y en derecho en este sentido más amplio [el concepto amplio de Derecho por el que se decanta este autor]” (“El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, pp. 50-51). Y es que, si bien puede afirmarse que una norma jurídica válida es, para quien realice la observación, manifestamente inmoral, de tal forma que coincidan en ella los calificativos de válida e injusta, quizá no pueda realizarse tal atribución al sistema jurídico en su conjunto, puesto que, como se ha expuesto en el texto, algunos requisitos de existencia de los sistemas jurídicos provocan indefectiblemente ciertas dimensiones de moralidad. Se vea o no afectada, por esta circunstancia, la tesis positivista acerca de la separación entre el Derecho y la moral es algo que se analizará en el siguiente apartado de este epígrafe; pero, lo cierto es que esta superposición entre dimensiones jurídicas y morales es algo que, ni siquiera para un positivista como HART, merece discusión alguna.

elementos de la moral interna del Derecho⁴⁸. En segundo término, aduce el propio Fuller, cuando Hart hace alguna referencia a la moral interna del Derecho lo hace de forma somera, reduciendo todas las dimensiones de esta figura a la única cuestión de la justicia en la aplicación de las normas, es decir, del igual tratamiento de los casos iguales, la cual se relaciona con sólo dos de los ocho elementos que componen la lista de Fuller, el requisito de generalidad de las normas y el de congruencia entre la creación y la aplicación de éstas⁴⁹.

La crítica de Fuller, tal y como ha quedado plasmada en los dos supuestos anteriores, se basa en que ese desconocimiento de la moral interna del Derecho se debe a la negativa, tajante en el caso no sólo de Hart sino de todo el positivismo jurídico, a entender el Derecho como una cuestión de grados, centrándose, por el contrario, únicamente en el origen formal de las normas que forman parte de éste. Se trata, pues, de una diferencia que puede entenderse como derivada, pues viene provocada por la presencia, en la base, de opuestas teorías del Derecho. Pero, una cosa es que el concepto de Derecho de Hart sea radicalmente diferente al propuesto por Fuller, cosa sobre la que ni existe ni puede existir discusión alguna, y otra bien distinta que, en la particular visión que Hart ofrece del sistema jurídico, no quepa ninguna referencia a la moral interna del Derecho. Suficientes pruebas se han aportado, por lo menos eso se cree, en apoyo de esta afirmación. Así, en la primera parte de este trabajo, se esbozó un ensayo de articulación de la moral interna del Derecho en la propuesta teórica de Hart sobre las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. No es cuestión de repetir ahora los

⁴⁸ .- Una diferente concepción del Derecho es el argumento esgrimido por FULLER para criticar el supuesto silencio de HART respecto de la virtualidad de los elementos de la moral interna del Derecho, pues, en la teoría de aquel autor, “el derecho se concibe completamente en función de su origen formal más que como una compleja empresa susceptible de varios grados de éxito” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 157). Esta circunstancia, la sobrevalorada cuestión de la búsqueda del origen formal del Derecho, es lo que provoca, para FULLER, que se desconozca “que pueda haber una continua aceptación pública de una única fuente de potestad jurídica y que, sin embargo, esa potestad pueda ser ejercida de forma tan inepta o corrupta que no se alcance un eficaz sistema jurídico” (*ibidem*). Se desconoce, siempre según FULLER, que “aunque alguien se interese tan sólo en los cambios de una a otra fuente formal de potestad jurídica, no podrá hacerse una aproximación realista [a la realidad de los sistemas jurídicos] si se omiten las cuestiones de la moralidad jurídica” (*ibidem*), que es, precisamente, lo que FULLER pretende achacar a HART.

⁴⁹ .- Además de la genérica referencia a la teoría del Derecho de HART, donde la preocupación por cuestiones relativas al origen de las normas jurídicas le impide, según FULLER, llevar a cabo cualquier consideración acerca de los elementos de la moral interna del Derecho, este autor señala, asimismo, que HART simplemente “realiza una breve mención a la «justicia en la administración del derecho», que consiste en el tratamiento igual de los casos semejantes” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 646). Frente a lo señalado por FULLER, quizá pueda alegarse que la referencia no es tan cualitativamente “breve” como pretende calificarla.

argumentos, baste con señalar que el resultado fue positivo. Además, acaba de exponerse cómo, en opinión de Hart, los principios de legalidad, denominación que este autor prefiere a la de moral interna del Derecho, producen una cierta dimensión de moralidad. Que ésta sea o no suficiente para la búsqueda y logro de la justicia es una cuestión cuya dilucidación pertenece al ámbito propio del contenido del siguiente apartado. Pero, aun cuando se adelante que, para Hart, la respuesta a esta cuestión no puede ser más que negativa, de aquí no cabe deducir, tal y como Fuller pretende, que este autor desconozca la virtualidad de los elementos de la moral interna del Derecho en el seno de un sistema jurídico que pretenda ser considerado como tal.

5.2.3.- La moralidad del trato igual a los iguales: una primera propuesta

Si hubiera que extraer una conclusión de todo lo señalado en los dos apartados que, hasta el momento, componen este epígrafe, ésta sería la presencia de una relación necesaria entre la existencia de los sistemas jurídicos y un grado de justicia de éstos, la llamada justicia formal o procedimental, provocada, esta relación, por el necesario concurso en aquéllos de los elementos de la moral interna del Derecho. Pero, como ya se advirtió, cualquier propuesta sobre la justicia permanece incompleta en tanto se omita abordar la cuestión relativa al segundo de los criterios que han de componer aquélla, y que se ha enunciado en páginas anteriores bajo el nombre de criterio material. Pues, si bien gracias al elemento formal se cuenta ya con una dimensión de justicia, cual es la del trato igual a los casos semejantes, mientras no se estipule un criterio que establezca qué casos han de reputarse iguales, y qué casos, por el contrario, merecen un tratamiento diferente, poco se habrá avanzado en la búsqueda de la respuesta a la cuestión sobre qué es la justicia⁵⁰. Ésta es, precisamente, la función del elemento material, establecer un criterio que determine cuándo unos casos son similares o distintos.

⁵⁰ .- La necesidad de acudir al segundo de los criterios, el calificado como material, a la hora de esbozar cualquier propuesta en términos de justicia puede deberse, según HART, al hecho de que “cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, «tratar los casos semejantes de la misma manera será una forma vacía». Para llenarla tenemos que saber cuándo, para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes” (*El concepto de derecho*, op. cit., pp. 198-199). Labor para la cual, como señala A.ROSS, “tiene que haber algún criterio para determinar qué es lo que ha de ser considerado como igual” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 263), puesto que “el puro principio de igualdad no nos dice qué criterios son los relevantes” (*idem*, p. 265). Y es que, desde el punto de vista de A.ROSS, “el contenido práctico de la demanda de

No se exagera, sin embargo, si se afirma que el establecimiento de ese criterio es una de las cuestiones que, a lo largo de la historia, han producido mayores dudas y perplejidades. El abanico de posibles respuestas a dicha cuestión es casi infinito, y abarca desde posiciones negadoras, o escépticas, respecto de la posibilidad de establecer un criterio que merezca ser elevado a la categoría de universalmente válido, hasta posiciones objetivistas, desde las que se sostiene la posibilidad de ofrecer argumentos en pro de la validez universal de un determinado criterio, incluyendo toda una gama intermedia de respuestas de carácter relativista, subjetivista e, incluso, intersubjetivista⁵¹. Sea cual sea la respuesta que se adopte, y se entenderá que no sea objeto de este trabajo ni exponer en detalle cuáles sean éstas ni ofrecer razones para abogar por una u otra, lo cierto es que en todos los casos pretenden establecer un criterio que permita fijar la justicia, no en la aplicación de las normas, sino la justicia de las normas⁵². Es el paso de la justicia formal a la justicia material, o, lo que viene a ser lo mismo, el paso de la justicia en la aplicación de las normas a la justicia de las normas⁵³.

justicia depende de presupuestos que están fuera del principio de igualdad [formal], a saber, los criterios [materiales] que determinan las categorías a las que debe aplicarse la norma de igualdad” (*ibidem*). Sin la concurrencia de este criterio o criterios materiales, no podrá llevarse a cabo la equilibrada o proporcionada distribución de cargas y beneficios entre los miembros de una sociedad; distribución que es, téngase en cuenta, el papel que, tradicionalmente, se asigna a la justicia.

⁵¹ .- La imposibilidad de encontrar un criterio que ofreciera una respuesta a la cuestión sobre lo que sea la justicia es lo que llevó a un autor como H.KELSEN a afirmar que “no sé ni puedo afirmar qué es la justicia, la Justicia absoluta que la humanidad ansía alcanzar” (“¿Qué es justicia”, en KELSEN, H., *¿Qué es Justicia?*, trad. A.Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991, p. 63). Entonces, y debido a esa incapacidad, “sólo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y puedo afirmar qué es la Justicia para mí [...] Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia” (*ibidem*).

⁵² .- Dos son las razones por las que, según HART, el establecimiento del criterio material de justicia es una cuestión sometida a una enorme complejidad, y, en lo que ahora importa, variación. En primer lugar, “porque el criterio variable de semejanza relevante entre cosas diferentes [...] cambia con el tipo de objeto al que se le aplica” (*El concepto de derecho*, op. cit., p. 199). En segundo término, porque “los criterios de semejanzas y diferencias relevantes pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad” (*idem*, p. 202). Variaciones que se manifiestan, a decir de A.ROSS, en el hecho de que sea “posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 268), lo que, a su vez, “explica por qué todas las guerras y conflictos sociales [...] han sido librados en nombre de la exaltada idea de justicia” (*ibidem*). Téngase en cuenta que, para este autor, por un lado, “es imposible [...] derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden” (*idem*, p. 267), y, por otro, no hay razones en las que fundamentar este u otro criterio material de justicia, ya que “afirmar que una norma es injusta [...] no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella” (*idem*, p. 273). Entonces, la unión de ambas circunstancias es lo que provoca que “una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas [...] es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional” (*ibidem*). Y de ahí, en definitiva, que afirmara que “invocar la justicia [en su sentido material] es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado

Quizá a través de un ejemplo pueda apreciarse, con mayor claridad, tanto la dinámica de funcionamiento de la dimensión formal, cuanto la necesidad de la concurrencia de la otra dimensión, la material. Supóngase un sistema jurídico en cuya norma suprema se consagra el principio de superioridad de una de las razas que cohabitan en su territorio, de tal forma que el contenido de las normas de ese sistema responde a dicho principio, estipulando ventajas para las personas que forman parte de la raza “privilegiada” y negando, en consonancia, tales ventajas a los miembros de las restantes. Supóngase, igualmente, que una de aquellas normas establece la prohibición para todas las personas que no pertenezcan a aquella raza de subir a unos autobuses especiales, y obviamente más lujosos, de transporte de personas. La norma, que ha sido creada, por cierto, de acuerdo con los requisitos de la moral interna del Derecho, puesto que en dicho sistema estos requisitos se han configurado como criterios de validez normativa, tiene un sujeto pasivo universal, pues no se dirige a tal o cual persona, sino a todos los que no sean susceptibles de formar parte de una clase, como es la conformada por todos los sujetos que no pertenecen a aquella raza. Todos estos están comprendidos, o son susceptibles de estarlo, en el ámbito de aplicación personal de la norma, de modo que ésta debe aplicarse, entonces, “por igual” a todos ellos. Cosa que sucedería, por ejemplo, cuando un oficial de ese sistema impidiera, siempre y en todo caso, el acceso a los lujosos autobuses a todas estas personas, permitiendo la entrada únicamente a los miembros de la raza privilegiada. Se estaría produciendo, en un caso como éste, una aplicación congruente de la norma, es decir, una aplicación conforme a lo dispuesto en los elementos configuradores del propio sistema. Y, en consecuencia, se estaría produciendo, en primera instancia, la requerida dimensión de justicia formal.

Pero, este ejemplo tiene, además, la virtualidad de plantear una cuestión que, si bien se ha advertido en algún lugar de estas páginas, debe ser ahora analizada por resultar de extrema importancia, por lo menos eso se estima, para el desarrollo y conclusiones de este trabajo. Se trata de la cuestión relativa al segundo de los elementos de la justicia, el criterio material, que tan importante papel habrá de desempeñar a la

absoluto [...] Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la «justicia» [material], porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra ” (*ibidem*).

⁵³ .- Llamar la atención sobre la virtualidad de los elementos formales de justicia no puede suponer, en ningún caso, un desconocimiento de lo que D.LYONS denomina los factores subjetivos de las normas, “tales como sus contenidos, las consecuencias de su obediencia, sus virtudes y defectos, o cualesquiera

hora de alcanzar un concepto de justicia. Vuélvase, de nuevo, al supuesto planteado en el párrafo anterior. En él, tal y como se ha expuesto, se produce una adecuación con la llamada justicia formal, ya que la norma en cuestión respeta el requisito de la generalidad, pues se dirige a toda la clase de sujetos que no pertenecen a una concreta raza, y además se aplica, por parte de los oficiales del sistema, con un escrupuloso respeto hacia lo que en ella se dispone. Pero, esto es una cosa, y afirmar que se trata de un sistema jurídico justo, por el simple hecho de concurrir esta circunstancia, otra bien distinta. Porque sólo difícilmente puede decirse que, en un sistema jurídico asentado sobre esas creencias, se ha alcanzado un nivel suficiente de justicia, ya que la propia norma es, en su contenido y al margen de su formulación y aplicación, injusta⁵⁴. Ciertamente es que la creencia en la igualdad entre todos los sujetos con independencia de su pertenencia a una u otra raza es “un” criterio de justicia material, y que, además, puede no ser más que un criterio personal, pero en cualquier caso es un criterio adicional al formal, y que resulta de necesaria complementación a éste. Si, por el contrario, se opta por mantener otro criterio, claro es que la respuesta sobre la justicia del sistema será, cuando menos, diferente a la que acaba de presentarse. No obstante, con independencia de que se crea cierto ese criterio y no cualquier otro, lo relevante, a los efectos que ahora interesan, es que resulta necesario, para valorar la justicia, o injusticia, de una norma o de un sistema jurídico, mantener un criterio material de justicia⁵⁵. Y los elementos de la moral interna del Derecho no proporcionan dicho criterio.

otras circunstancias de su aplicación” (“On formal justice”, *op. cit.*, p. 13). Sin ellos, la respuesta a la cuestión sobre la justicia del Derecho permanece todavía incompleta.

⁵⁴ .- Supuestos como el planteado, a título de ejemplo, en el texto son casos en los que, como señala R.S.SUMMERS, “una norma es injusta aun cuando sea uniformemente aplicada, es decir, aunque todos los casos sean tratados igual” (“Professor H.L.A.Hart’s Concept of Law”, *op. cit.*, p. 660). Otros se producen cuando, por ejemplo, “se dicen cosas como: «nuestro código penal es injusto, porque las penas prescritas no se corresponden con los delitos respectivos», y «esta ley es injusta porque restringe la libertad para cambiar de trabajo»” (*ibidem*). En todos estos casos, así como en todos aquéllos de similar tenor que pudieran llegar a presentarse, “el vicio de tales normas está en que fracasan a la hora de ajustarse a los criterios aceptados de justicia” (*ibidem*); criterios que, no parece necesario insistir demasiado en ello, son de carácter material.

⁵⁵ .- Se ha pretendido poner de manifiesto en estas páginas la necesidad de la concurrencia de ambos criterios, tanto el formal cuanto el material, para predicar la justicia de un determinado sistema jurídico. Se han esbozado, igualmente, algunos ejemplos en los que se pretendía poner de manifiesto cómo la justicia en la administración y aplicación de las normas jurídicas era perfectamente compatible con una “enorme iniquidad”, según los términos ya citados de HART, o, lo que es lo mismo, con la propia injusticia de las normas que componen el sistema jurídico. Valgan, entonces, las siguientes palabras de J.RAWLS como expresión, a modo de resumen, de lo que se ha pretendido poner de manifiesto en el texto: “el derecho y las instituciones pueden ser ejecutadas igualitariamente y ser sin embargo injustas. Tratar de manera semejante los casos semejantes no es una garantía suficiente de la justicia sustantiva [material]. Esto depende de los principios [materiales] conforme a los cuales se proyecta la estructura

De esta forma, se requiere la introducción de un criterio material de justicia que, como se ha advertido, venga a complementar al necesario criterio formal, que, éste sí, se articula, en gran medida, sobre la base del cumplimiento y respeto, en todo sistema jurídico, de los elementos de la moral interna del Derecho⁵⁶. Una vez llegados a este punto, se poseen ya todos los datos suficientes para articular una de las propuestas que se pretende exponer en esta segunda parte del trabajo, propuestas que, en su conjunto, tienen como objetivo aportar argumentos en favor de la existencia de una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Pues bien, la primera de ellas guarda estrecha relación, precisamente, con los contenidos de la justicia, y se centra en la distinción, abordada con detalle en los párrafos precedentes, entre las dimensiones formal y material de aquélla. También se apoya, como no podía ser de otra forma, en el hecho, asimismo expuesto en líneas anteriores, de que la moral interna del Derecho, si bien ofrece razones para proporcionar dimensiones formales de justicia, permanece al margen de la búsqueda de un criterio material de justicia. En consecuencia, el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho puede ser entendido como una dimensión necesaria, pero no suficiente, para la consecución de la justicia de los sistemas jurídicos. Es esta necesidad, aunque se sea plenamente consciente de su insuficiencia, la primera razón por la que se cree, en este trabajo, que existe una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos⁵⁷.

básica. No hay contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que apruebe las formas de discriminación más arbitrarias, sea administrada de modo imparcial y consecuente” (*Teoría de la Justicia, op. cit.*, p. 80).

⁵⁶.- Quizá sea la necesaria introducción de un criterio material de justicia el argumento que permita evitar que, como dice D.LYONS, la justicia formal no sea más que “una exagerada expresión de la legítima preocupación por la justicia en la administración del derecho” (“On formal justice”, *op. cit.*, p. 40). Quizá gracias a la necesaria consideración de los elementos materiales se evite que, a través de una exclusiva apelación a la justicia formal, se “exagere el tratamiento que haya de darse al cumplimiento de las normas injustas y desigualitarias” (*ibidem*). El propio HART advierte sobre los peligros que supondría atender exclusivamente a la vertiente formal, al reconocer que “un argumento similar al mío contra Fuller [la compatibilidad entre la injusticia y el respeto a la moral interna del Derecho] puede ser utilizado para mostrar que mi pretensión [...] de que una mínima forma de justicia es inherente a la idea de aplicar normas jurídicas generales de acuerdo con su contenido a todas las instancias está igualmente equivocada” (“Introduction”, a HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy, op. cit.*, p. 18). Y es que, aun cuando HART reconozca no estar seguro de que esto sea así, en lo que sí lo está es en reconocer que su “pretensión requiere una considerable modificación” (*ibidem*). De ahí que resulten adecuadas las palabras de J.R.DE PÁRAMO cuando señala que la explicación de la existencia de una forma mínima de justicia en todo sistema jurídico “quizá sea [...] la parte más débil de su teoría” (*H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho, op. cit.*, p. 423).

⁵⁷.- El que haya de concurrir un criterio material de justicia, que permita llevar a cabo, de forma correcta, la distribución de cargas y beneficios, de obligaciones y derechos, en el interior de un sistema jurídico, no

Resta, en último término, realizar alguna precisión respecto a la adecuación de esta premisa a los postulados teóricos de los dos autores, Fuller y Hart, a los que con mayor intensidad se viene haciendo referencia en estas páginas. Con respecto al primero de ellos, Fuller, los problemas surgen debido a la, en algunas ocasiones, falta de claridad en la exposición de sus teorías. Aunque, en este caso, más que de falta de claridad podría hablarse de una cierta modificación de su pensamiento. Y ello porque, si se recuerda lo que se señaló cuando se analizó la cuestión sobre el carácter contingente o necesario de la relación de afinidad entre el respeto a la moral interna del Derecho y los contenidos sustantivos de moralidad, allí se pudo observar como en el propio Fuller se producía, en efecto, una cierta variación respecto de sus tesis iniciales. Pues si bien en un primer momento este autor parecía optar por el carácter necesario de la citada relación, en el sentido de que siempre que se respetaran los elementos de la moral interna del Derecho se iban a producir normas materialmente justas, en un segundo momento su opción va a variar, decantándose por ofrecer una interpretación según la cual la relación de afinidad adquiere un mero carácter contingente.

Todo lo anterior aun cuando Fuller alegara que no se había producido tal modificación, sino que, por el contrario, sus tesis iniciales habían sido malinterpretadas. Algo similar puede suceder en este caso. Ciertamente es, y esto no se debe a una mala o errónea interpretación de sus escritos, que Fuller aboga por entender el Derecho como una actividad moral en sí misma. Y que este entendimiento no parece compatible con la posibilidad de que en un sistema jurídico se persigan, por medio de las normas integrantes del mismo, objetivos manifiestamente inmorales. Como se ha advertido en

significa que no deba concurrir al tiempo un criterio formal, necesario para, una vez establecido el criterio material, llevar a cabo la aplicación congruente e imparcial de éste. Así, si bien es cierto que, como señala C.S.NINO, “la justicia de acuerdo a reglas del juego sociales, religiosas, jurídicas, está supeditada a que las reglas en cuestión sean, a su vez, justas” (“Justicia”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, op. cit., pp. 467-468), no cabe desconocer la importancia del hecho de que las normas jurídicas sean “justamente” aplicadas y administradas. Hecho que, como se ha pretendido exponer en estas páginas, merece una consideración moral positiva, la cual se resume, en términos de D.C.BAUM, en que “alcanzar un cierto grado de generalidad, claridad, y publicidad en las normas jurídicas puede verse como una condición necesaria para alcanzar la justicia” (“*The Morality of Law*. Book Review”, *Saint Louis University Law Review*, vol. 10, 1966, p. 439), o en entender, al estilo de R.E.SARTORIUS, “que los requisitos de la legalidad [...] son sólo garantías parciales de que prevalecerá lo correcto y el bien” (*Individual Conduct and Social Norms. A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*, op. cit., p. 173). Pero, su carácter parcial, con respecto de la justicia, es debido a que “el cumplimiento de los requisitos de la moral interna de ninguna manera asegur[a] el triunfo de leyes justas” (“*The Morality of Law*. Book Review”, op. cit., p. 439), puesto que “incluso respetando los requisitos de la legalidad, una mayoría [...] puede cometer grandes males” (SARTORIUS, R.E., *Individual Conduct and Social Norms. A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*, op. cit., p. 173).

otro lugar de este trabajo, no parece que sea posible predicar carácter moral de una actividad que se desarrolla sobre la base de postulados racistas o xenófobos, por citar tan solo algunos ejemplos. Pero, tampoco conviene olvidar, por otro lado, que el propio Fuller parece aceptar la posibilidad de que se produzcan situaciones como las descritas, es decir, situaciones en las que el respeto a la moral interna del Derecho se produzca en el interior de un sistema donde sus contenidos de moral externa no se correspondan con las concepciones de la moralidad generalmente aceptadas y compartidas por parte de sus destinatarios. Y, de ahí que tenga que reconocer que la legalidad es condición necesaria, aunque no suficiente, para la justicia⁵⁸.

También es posible, desde mi punto de vista, articular esta primera premisa con la teoría positivista de Hart, y, en concreto, con la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. Tesis que no va a sufrir menoscabo alguno, ya que, a pesar de que se acepte por parte de Hart el hecho de que un sistema jurídico incorpora necesariamente un mínimo de justicia, por razones que no parece que haga falta repetir de nuevo, hay un punto que es el que permite compatibilizar ambas propuestas. Y éste no es otro que la omisión de las cuestiones relativas al criterio o criterios materiales de justicia en lo que a la moral interna del Derecho se refiere. Es, pues, la falta de inclusión de dimensiones materiales de justicia dentro de la llamada moral interna del Derecho lo que, precisamente, va a permitir hacer compatibles ambos argumentos. Porque, en efecto, la moral interna del Derecho produce una cierta superposición entre el Derecho y la moral, pero no provoca, debido precisamente a ese déficit de justicia material, una total asimilación entre las realidades jurídica y moral. Prueba de ello, aduce Hart, es que todo sistema jurídico puede respetar los elementos de la moral interna del derecho y, de forma simultánea, aplicar normas materialmente inicuas. Sobre este dato, es decir, sobre la compatibilidad entre el respeto a la moral interna del Derecho y la iniquidad en el

⁵⁸ .- La pretensión de FULLER es, en sus propios términos, la de “haber demostrado que la aceptación de esta moralidad [interna del Derecho] es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización de la justicia” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 168). Si puede decirse, desde las premisas teóricas de este trabajo, que se haya alcanzado tal objetivo. Pero, no cabe, por el contrario, aducir esta conexión para atribuir a los elementos que la ocasionan, los elementos de la moral interna del Derecho, la naturaleza de morales. Son dos realidades diferentes, y como tales se han venido analizando en estas páginas, aun cuando FULLER señale que espera, con argumentos como el señalado líneas atrás, “haber mostrado que la moral interna del derecho merece realmente ser considerada una «moralidad»” (*ibidem*). Afirmación, esta última, que provocó una cierta sorpresa en autores como R.S.SUMMERS, pues “el autor [en ese caso, FULLER] no ha conseguido lo que, por adelantado, había anunciado” (“Professor Fuller on Morality and Law”, *op. cit.*, p. 25).

contenido propio de las normas jurídicas del sistema ya se ha llamado la atención en estas páginas, de forma que no hace al caso repetir de nuevo este tema. Solo si se admitiera, cosa que por supuesto Hart ni siquiera en algún momento llega a insinuar, que la moral interna del Derecho introduce dimensiones no sólo formales, sino también materiales de justicia, podría empezar a cuestionarse la compatibilidad entre la propuesta que aquí se mantiene y la separación positivista entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser⁵⁹. Mientras tanto, el positivismo jurídico puede, en este sentido, permanecer tranquilo, ya que sus premisas teóricas restan inalteradas⁶⁰.

⁵⁹ .- Otro de los sentidos en los que, según la interpretación que hace W.T.BLACKSTONE de la teoría de HART, puede apreciarse en ella una relación entre el Derecho y la moral consiste en que aquél “incluye necesariamente lo que podría llamarse la «forma mínima de la justicia». Las normas pueden ser injustas, incorporando criterios irrelevantes que ocasionen un trato diferente a las personas. Pero, en cuanto normas, son por definición aplicables a todas las personas similares que se hallen en similares circunstancias [...] Este componente de justicia y moralidad es compartido por cualesquiera sistemas jurídicos y cualesquiera derechos” (“The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, p. 1373). En efecto, “estos requisitos mínimos y formales de la «justicia procedimental» [...] están implícitos en la propia idea de dictar y aplicar normas” (DUFF, R.A., “Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *op. cit.*, p. 76, nota 36). Éste es el aspecto que se ha venido analizando en estas páginas, y merece, para W.T.BLACKSTONE, una respuesta asimismo similar a la que en ellas se presentó, pues “hay, en este sentido, una conexión necesaria entre el derecho y la moral, aunque para Hart éste sea un sentido muy débil [dato que es, recuérdese, lo que precisamente FULLER achacaba a este autor]. Es una característica formal que el derecho y la moral tienen en común, pero no proporciona base suficiente para la crítica moral del derecho y es compatible como un derecho injusto e inmoral en todos los sentidos sustantivos de moralidad y justicia” (“The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, pp. 1373-1374). A pesar de ello, lo cierto es que, como señala E.FERNÁNDEZ, “los principios de legalidad son algo más que meros requisitos formales [y] pueden ser considerados también como exigencias de justicia desde un punto de vista moral” (“Las relaciones entre el Derecho y la moral en H.Kelsen y H.L.A.Hart”, *op. cit.*, p. 74). O, desde la perspectiva adoptada en estas páginas, como elementos cuya presencia produce consecuencias valorables desde un punto de vista moral.

⁶⁰ .- La compatibilidad entre el positivismo jurídico y la teoría de la moral interna del Derecho, tal y como ha sido presentada en estas páginas, se pone de manifiesto en las siguientes palabras de D.A.J.RICHARDS, para quien “un positivista jurídico, como Hart, puede conceder a un iusnaturalista como Fuller que haya una «moral interna del derecho» implícita en la noción de sistema jurídico como un sistema de normas públicas, que se pretende sean usadas como guías de conducta y base de legítimas expectativas” (*The Moral Criticism of Law*, Dickenson Publishing Company, California, 1977, p. 25). Nada distinto se presenta en estas líneas, por parte de este autor, a lo que se adujo en la primera parte de este trabajo, donde ya se arguyó en favor de la citada compatibilidad. Lo que se ha añadido en esta segunda es la posibilidad de reconocer, también desde el punto de vista positivista, que se produzca un mínimo de moralidad en todo Derecho que se articule como un sistema jurídico. Y, lo que permite poner a salvo las premisas positivistas es, tal y como D.A.J.RICHARDS dice que HART haría, “sostener que esta aceptación no establece una necesaria relación lógica entre el concepto de derecho y valores morales sustantivos [pues] un sistema jurídico puede satisfacer los principios que constituyen la moral interna del derecho y ser cruelmente injusto” (*ibidem*).

5.3.- La limitación al Poder y la moral interna del Derecho

Una vez establecida una primera relación entre el respeto a la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos, y tras haber fijado el alcance y límites de la misma, de forma que no quepa entender que el mero respeto a la citada lista de elementos permite otorgar al sistema jurídico que así actúe el calificativo de justo, es el momento de seguir buscando argumentos que, en la misma línea que el apuntado en el anterior epígrafe, sustenten la pretendida conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Ciertamente es que los argumentos que se desarrollarán a continuación, en éste y en el siguiente epígrafe del trabajo, van a girar sobre las mismas bases que el expuesto con anterioridad, lo que significa que se articulan sobre el dato de las consecuencias que, en todo sistema jurídico, produce el hecho de respetar los requisitos de la moral interna del Derecho. Argumento éste, el expuesto en el anterior epígrafe, que, si hubiera que recordarle aquí de nuevo, podría resumirse en la afirmación de que la articulación de un sistema jurídico conforme a normas generales que son congruentemente aplicadas y administradas genera una dimensión de igualdad, denominada justicia formal, con respecto a los sujetos destinatarios de aquéllas.

No es menos cierto, sin embargo, que todos y cada uno de los argumentos van a gozar de una cierta identidad propia, tal y como habrá ocasión de comprobar en las siguientes páginas; identidad propia que es la que permite, por lo menos desde mi punto de vista, su tratamiento diferenciado en los distintos epígrafes que componen este concreto capítulo del trabajo. Y es que las razones en las que apoyar la citada conclusión no se agotan en la que se acaba de aducir en el epígrafe anterior, sino que hay otras en las que sostener aquélla. Quizá no sean razones o argumentos distintos, sino que simplemente se trate de diferentes perspectivas desde las que contemplar una misma realidad. Se trate de una y otra circunstancia, contribuyen, cada uno desde su diferente perspectiva, al logro de una misma conclusión. Entiéndase, pues, esta distinta contribución, o distinta perspectiva, a esa misma conclusión como el motivo con el que justificar, desde un punto de vista metodológico, la opción adoptada en estas páginas.

A fin de avanzar en la búsqueda de las dimensiones de moralidad que incorpora, en todo sistema jurídico, el respeto a la lista de elementos que componen la llamada, por

Fuller, moral interna del Derecho, no pueden desconocerse las aportaciones que, al respecto, realizó este mismo autor. No obstante, recuérdese que, como se advirtió al comenzar la exposición de los epígrafes destinados a sustentar, en la medida de lo posible, una conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos, era necesario desarrollar a ese fin una perspectiva bien distinta a la que intentó el propio Fuller. Su objetivo se centraba, téngase en cuenta, en abogar por el carácter moral del Derecho en sí mismo considerado, mientras que, en estas páginas, sólo se intenta esbozar una cierta conexión entre la existencia y la moralidad de los sistemas jurídicos desde la base de las consecuencias que ocasiona, en todo sistema jurídico que se articule como tal, el respeto a la moral interna del Derecho. Pero, al igual que como se ha hecho en el epígrafe anterior, donde se ha señalado el primero de los argumentos que conducen a la deseada conexión, no van a olvidarse las razones aducidas por Fuller, aunque éstas se utilicen desde una perspectiva diferente a como lo hizo el “creador” de la teoría de la moral interna del Derecho. De este modo, este epígrafe se desarrollará de forma muy semejante a la del anterior, partiendo, por tanto, de una concreta tesis de Fuller que sirve como premisa en la argumentación y a través de la que alcanzar, siempre que la vía sea correcta, la conclusión aquí buscada. Habrá, igualmente a como se hizo para el argumento de la justicia formal, que precisar el alcance de la conexión que vaya a predicarse para evitar, así, incurrir en los problemas que motivan el abandono de la tesis de Fuller.

5.3.1.- De la justicia formal al imperio de la ley

Es el momento de analizar las consecuencias que la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho origina respecto de la actividad de los sujetos que, en un sistema jurídico, gozan de la potestad para crear, administrar y aplicar las normas que forman parte del mismo. Ha de quedar bien claro, desde este primer momento, que el análisis no se va a referir, naturalmente, a todas las dimensiones en que la actividad de tales sujetos pueda verse afectada bien por los elementos de la moral interna del Derecho bien por cualesquiera otros aspectos que puedan interferir en ellas. Lo que ocupa en este momento la atención es únicamente la medida en que estos sujetos, a los que tradicionalmente se viene agrupando bajo la denominación de Poder, van a verse



afectados en su potestad normativa, o, lo que viene a ser lo mismo, en ese monopolio del uso de la fuerza del que son titulares. El respeto a la moral interna del Derecho y el ejercicio de la potestad normativa son, así pues, los conceptos que, seguidamente, se van a intentar poner en relación. Con el objetivo, una vez más, de hallar, si ello es posible, algún otro argumento con el que seguir sustentando la tesis de la conexión entre la moralidad de los sistemas jurídicos y el respeto a la moral interna del Derecho. Respeto éste que se considera necesario, y recuérdese todo lo que sobre este particular se ha señalado en la primera parte de este trabajo, siempre que se pretenda que las normas jurídicas se articulen bajo la fórmula de un sistema. Podrá alegarse, frente a este nuevo argumento, que resulta ciertamente similar al que ya se aportó en el epígrafe anterior, pero, como también se ha advertido, hay una cierta diferencia con respecto a lo expuesto en aquellas páginas. Y es que si bien allí se analizó la manera en que los elementos de la moral interna del Derecho incidían en el tratamiento de los sujetos destinatarios de las normas, ahora se va a considerar la manera en que inciden respecto de los sujetos que las crean o las aplican, aun cuando no quepa negar que ambas realidades se encuentran íntimamente relacionadas.

Pues bien, no parece que haya mejor punto de partida, a los fines propuestos en este trabajo, que la noción de imperio de la ley. Sabido es que no es ésta una noción unívoca, en el sentido de que no significa lo mismo para todos aquellos que se han ocupado de definirla, pero se ha juzgado oportuno utilizarla porque es el concepto que más puede adecuarse, o por lo menos eso se cree, a la propuesta aquí esgrimida. No hay que olvidar que el propio Fuller ofrece una definición del mismo, la cual va a servir como punto de partida desde el que articular la conclusión buscada. En opinión de este autor, el imperio de la ley supone el hecho de que los sujetos que gozan de la potestad normativa actúen sobre los destinatarios de las normas, es decir, sobre los ciudadanos, sobre la base de las propias normas del sistema, para que, de este modo, éstos puedan saber cuáles son las normas a las que están sometidos y, en consecuencia, cuáles son las normas que se les van a aplicar. De forma que, si se detiene brevemente la atención en el contenido de esta definición, puede apreciarse que existe una doble exigencia dentro de ella. Por un lado, impone la necesidad de que el Poder actúe siempre sobre la base de las normas jurídicas del propio sistema, mientras que, por otro, a esta necesidad se le suma,

además, el requisito de que las normas han de ser formuladas de tal forma que puedan ser cumplidas⁶¹.

Son dos, pues, los elementos en que puede descomponerse esta genérica exigencia de actuación, por parte de cualquiera de los órganos o sujetos que gozan de potestad normativa, sobre la base de las normas jurídicas del sistema de que se trate. Además, esta noción ha de ser completada con una referencia al otro polo de la relación, que es, como podrá averiguarse, el compuesto por los destinatarios de las normas. Éstos también han de regirse por las normas jurídicas del sistema, pero, a diferencia de los operadores jurídicos, no gozan de la potestad de crear o de aplicar normas, de forma que la noción de imperio de la ley, aplicada a su situación, significa que han de regir sus conductas a través de las normas, es decir, que han de cumplir con lo dispuesto en ellas. El imperio de la ley es, en síntesis, el sometimiento de todos los sujetos a las normas del

⁶¹ .- Tómese como punto de partida de la cuestión que ahora se comienza a desarrollar la siguiente definición de FULLER: “la esencia del imperio de la ley [*Rule of Law*, en el original] es que, al actuar sobre el ciudadano (encarcelándole, por ejemplo, o declarando nula una escritura bajo la que reclama título de propiedad), un gobierno ha de aplicar fielmente las normas previamente declaradas como aquéllas a seguir por los ciudadanos y como determinantes de sus derechos y deberes. Si el imperio de la ley no significa esto, no significa nada” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 209-210). Aun siendo consciente de que se trata de dos culturas y tradiciones jurídicas bien distintas, se ha optado por traducir la expresión original *Rule of Law*, propia del mundo anglosajón, por imperio de la ley, característica del ámbito continental, al reflejarse mejor, en esta última, las características que se pretenden poner de manifiesto en estas páginas. No obstante, esta particular traducción no respeta el sentido original de la expresión de *Rule of Law*, tal y como ésta fue creada por A.V.DICEY, a quien se le considera el verdadero inventor del término. Y es que, como advierte B.CLAVERO, “no estamos ante el expositor, sino ante el inventor. Fue suya la idea de adoptar dicha expresión conformándola de modo que sirviera para identificar y construir un elemento definitorio y directivo del constitucionalismo” (*Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997, p. 191). Según la propia creación de A.V.DICEY, el *Rule of Law* cuenta con tres significados. Significa, en primer lugar, “la supremacía o predominancia absoluta del derecho común como oposición al ejercicio del poder arbitrario, y excluye la existencia de arbitrariedad, prerrogativas, o incluso de una amplia autoridad discrecional por parte del gobierno” (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10ª ed., MacMillan Education Ltd., Londres, 1959, p. 202). Supone, también, “la igualdad ante la ley, o la igual sujeción de todas las clases al derecho común de la tierra administrado por los tribunales ordinarios” (*ibidem*). Finalmente, el *Rule of Law* expresa el hecho de que “el derecho de la constitución [...] no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos de los individuos, tal y como han sido definidos y protegidos por los tribunales” (*idem*, p. 203). De acuerdo con esta definición, arguye E.GARCÍA DE ENTERRÍA, “El Derecho cuyo imperio se postula no es, pues, la legalidad [...], es casi lo contrario, un derecho extraestatal autónomo, autónomo también en sus Tribunales, o más exactamente, sin que el Estado avoque a sí la producción del Derecho” (*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 150). Así, “el concepto de *rule of law* [...] expresa, pues, esencialmente, la autonomía del *common law* y de sus tribunales” (*idem*, p. 151). De ahí, quizá, que este autor haya optado por utilizar la expresión de imperio del Derecho, en vez de la de imperio de la ley, para hacer referencia al *Rule of Law* (*idem*, p. 145).

sistema, bien se trate de sujetos que gozan de potestad normativa bien de meros destinatarios de aquéllas⁶².

Es éste el sentido con el que se va a utilizar la expresión de imperio de la ley en las páginas que componen este epígrafe del trabajo. Conviene, sin embargo, realizar alguna precisión sobre el alcance del término, tal y como ha quedado fijado en el párrafo anterior, con el objeto de evitar algunas confusiones que pudieran perturbar las conclusiones que se pretenden poner de relieve. Y es que de la anterior definición se colige que, con el término imperio de la ley, sólo se hace referencia a una dimensión de la actuación del Poder, cual es la de la sujeción a las normas previamente establecidas. Pero, téngase en cuenta, nada hay en ella que proporcione argumentos para que se quepa comprender, bajo su ámbito, otra serie de aspectos que, cierto es, resultan de suma importancia en lo que a la calificación del Poder se refiere. Pues, en efecto, el imperio de la ley viene a significar únicamente esto, que el Poder, y, recuérdese, también los ciudadanos, está sometido al Derecho, a las normas del sistema jurídico de que se trate. Y ello, con independencia de cuál sea el origen de este Poder, es decir, de cuál sea el título que la suprema potestad normativa de un sistema jurídico ostenta, o detenta, para dictar normas jurídicas. Además, no es ésta la única dimensión del Poder que permanece al margen del concepto de imperio de la ley, puesto que ella tampoco incluye referencia alguna al contenido concreto de las normas jurídicas del sistema.

⁶².- Una definición de imperio de la ley del mismo tenor que la que, en estas páginas, se ofrece es la formulada por J.RAZ, para quien la expresión contiene, de manera semejante a como ha sido expuesta en el texto, dos aspectos: “(1) que las personas han de ser regidas por el derecho y deben obedecerlo y (2) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 267). Puede apreciarse, por tanto, cómo esta definición hace referencia a los dos polos que se ven afectados por el funcionamiento de un sistema jurídico, los sujetos que gozan de la potestad para dictar y aplicar normas, y los simples destinatarios de las normas, estableciendo, para ambos grupos de sujetos, un deber de guiarse por las normas jurídicas del propio sistema. Y, también hace referencia, esta definición, al hecho de que sí se quiere que esto sea así, es decir, que los sujetos adopten las normas jurídicas como guía para sus conductas, el Derecho “tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos. Debe ser de tal manera que los súbditos puedan encontrar lo que es y actuar en base a él” (*ibidem*). El propio J.RAZ advierte sobre la fuente de la que toma este concepto de imperio de la ley. Ésta no es otra que la teoría de F.A.HAYEK, para quien “despojada de todo tecnicismo, [la expresión Estado de Derecho, *Rule of Law* en el original] significa que el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento” (HAYEK, F.A., *Camino de servidumbre*, trad. J.Vergara, Alianza, Madrid, 1995, pp. 103-104). Se ofrecerán, a continuación, las pautas que conducen a que el Derecho sea capaz de guiar el comportamiento de los sujetos, bien operadores jurídicos bien destinatarios, afectados por él.

El juego conjunto de ambas exclusiones, las contenidas en el párrafo anterior, permite afirmar, en definitiva, que en un sistema jurídico concurre el respeto al imperio de la ley cuando, tanto los sujetos encargados de crear, administrar y aplicar sus normas, cuanto los meros destinatarios de las mismas, actúan sobre la base de dichas normas. Nada más, pero tampoco nada menos, cabe bajo el ámbito de esta expresión. No hay, en ella, referencia alguna al origen de esa ley, así como tampoco al contenido de la misma⁶³. Diríase, entonces, que un sistema jurídico respeta el imperio de la ley cuando las normas jurídicas son el criterio de actuación de los sujetos afectados por él, con independencia, por tanto, del contenido concreto de dichas normas y del origen de la potestad normativa con la que, con carácter supremo y último, se ejerce el Poder. Nada obsta, por tanto, a que pueda respetarse el imperio de la ley en sistemas jurídicos donde el Poder se ejerza de forma individual, por un único sujeto que ha accedido a él a través de la fuerza, y se plasme en normas jurídicas manifiestamente inicuas a los ojos del sector de la población contrario a este sujeto⁶⁴.

⁶³ .- En opinión de J.RAZ, entender el imperio de la ley como el hecho de que el Derecho sea capaz de guiar el comportamiento de los sujetos supone mantener una concepción formal del mismo, pues “no dice nada sobre cómo debe ser creado el derecho: por tiranos, mayorías democráticas o de cualquier otra forma” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 267). Concepción de carácter formal que se sustenta, además, en el hecho de que “no dice nada sobre los derechos fundamentales, igualdad o justicia [material, conviene precisar]” (*ibidem*), es decir, sobre el contenido de las normas. En términos de G.MARSHALL, “J.Raz desea definir el imperio de la ley en un sentido restringido que excluiría lo que Fuller denominaba la moral externa del derecho” (“The Rule of Law. Its Meaning, Scope and Problems”, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique [L'Etat de droit]*, Presses Universitaires de Caen, n° 24, 1993, p. 47). Esta concepción parece no ajustarse fielmente a la propuesta de A.V.DICEY sobre lo que es el *Rule of Law*. Y ello porque, como se ha advertido en una cita anterior al recoger la definición de esta figura, “los principios generales de la constitución (como por ejemplo el derecho a la libertad personal, o el derecho a la reunión pública) son el resultado de decisiones judiciales que determinan los derechos de los particulares en los casos concretos que se dirimen en los tribunales” (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *op. cit.*, p. 195). Esto supone, en términos de B.CLAVERO, que “la legitimidad histórica añadida del *common law*, unos *rights* o derechos [...], era lo que importaba a Dicey y lo que significaba entonces la *rule of law*: un régimen de derecho que lo era de derechos, *rule of rights*. Era la clave” (*Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, *op. cit.*, p. 219). Pues bien, esta clave es lo que no acepta J.RAZ, al introducirse con ella dimensiones materiales en el concepto de imperio de la ley. De ahí que, en última instancia, afirme que “los autores ingleses han sido, desafortunadamente, hipnotizados por la doctrina de A.V.Dicey por mucho tiempo” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 273, nota 8). Quizá también sea la doctrina de A.V.DICEY la que haya motivado a B.CLAVERO cuando afirma que “ni el imperio de la ley ni el estado de derecho ni el principio de legalidad podían hacerse con la existencia de la *rule of law*, pero cabía que se colocaran en su lugar, adaptándose, ya que no identificándose, reconociéndose, mimetizándose o ni siquiera comprendiéndose” (*Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, *op. cit.*, p. 223).

⁶⁴ .- Esta concepción formal del imperio de la ley no resultaría aceptable para teorías, como la de E.DÍAZ, según las que “no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida” (*Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Taurus, Madrid, 1981, p. 32). Ni tampoco para la propuesta de E.FERNÁNDEZ, consistente en abogar por un concepto restringido de Estado de Derecho. Posteriormente se abordará, siquiera brevemente, el núcleo

Sí cabe hacer, pese a lo que acaba de afirmarse en el párrafo anterior, una referencia a cómo han de ser las normas del sistema jurídico para que, en él, pueda producirse el efectivo respeto a lo dispuesto en el principio del imperio de la ley. Referencia que viene determinada, en gran medida, por la exigencia, propia y característica del citado principio, de actuación conforme a las normas jurídicas pertenecientes al sistema de que se trate. Y esta exigencia no parece que pueda ser satisfecha a menos que aquéllas se formulen de tal forma que puedan ser cumplidas y, así, puedan ser tomadas como base para las conductas a llevar a cabo por parte de todos y cada uno de los sujetos afectados. Esto requiere que las normas jurídicas adquieran una determinada forma, así como que se articulen, en su interior, sobre la base de unas ciertas premisas, para que, de esta manera, pueda efectivamente alcanzarse la citada exigencia de guiar el comportamiento de los sujetos, tanto los operadores jurídicos como los simples destinatarios. Es éste el lugar en el que los elementos de la moral interna del Derecho van a desempeñar, o por lo menos eso se pretende, un importante papel, pues su presencia, en el interior de un sistema jurídico, va a hacer posible que pueda afirmarse que, en éste, concurre, en efecto, el imperio de la ley. La argumentación a desarrollar en los siguientes párrafos consistirá, pues, en un análisis de la relación que se estima, desde las coordenadas teóricas de este trabajo, que existe entre los elementos de la moral interna del Derecho y el imperio de la ley, basada en el explícito requerimiento de éste de que las normas jurídicas han de servir como guías de la actuación de todos los sujetos. De este modo, y siempre que la argumentación sea correcta, los elementos de la moral interna del Derecho pueden llegar a tener la consideración de dimensiones, o requisitos, de necesaria presencia para que de un sistema jurídico cualquiera pueda predicarse el imperio de la ley⁶⁵.

central de esta propuesta, así como las diferencias con la de E.DÍAZ. Por el momento, baste con señalar que, a pesar de su carácter restringido, “la ley no es cualquier modalidad de ley, sino la que cuenta con el consentimiento de los gobernados ([...] la que se ha elaborado con la participación de ellos); la que precisa de un sistema político con división de poderes y sistemas de controles y la que respeta y garantiza unos derechos y libertades fundamentales” (“Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, nº 138, mayo, 1997, p. 102). Se ha preferido, en estas páginas, optar por la concepción formal del imperio de la ley precisamente porque deja al margen la cuestión del origen de ésta, que se estima más bien propio de nociones más complejas, a las que se aludirá más adelante.

⁶⁵.- La relación entre la moral interna del Derecho y el imperio de la ley no es algo que se halle presente, de una forma más o menos explícita, sólo en la teoría de FULLER, pues, como afirma N.B.REYNOLDS, “Fuller utilizó la expresión «moral interna del derecho» para lo que otros como [...] Rawls llaman «el imperio de la ley». Hart se refirió a los principios del imperio de la ley como la «forma mínima» de la «justicia natural». Todos ellos están reelaborando una vieja idea que ha aparecido bajo múltiples disfraces

Se empieza por el primero de los elementos que componen la moral interna del Derecho, cual es el requisito de generalidad de las normas, el cual se ha entendido, en estas páginas, como la necesidad de que las normas jurídicas se dirijan a clases de sujetos, de modo que su destinatario no sea tal o cual sujeto, y que regulen clases de conductas, y no actos concretos o aislados. No parece que sea necesario detenerse en la exposición de las razones que permiten apreciar la importancia que la concurrencia de esta nota tiene para una efectiva adecuación de las conductas de los sujetos al Derecho. Máxime tras lo expuesto en la primera parte de este trabajo, donde se puso de manifiesto la relación existente entre la técnica de la generalidad de las normas y la dinámica de funcionamiento de los sistemas jurídicos. En cambio, sí interesa destacar la dimensión de regularidad que se introduce por medio del dato de la generalidad de las normas, puesto que es precisamente esta dimensión la que permitirá saber a los sujetos, por un lado, si la norma se dirige a ellos, y, por otro, qué comportamiento se pretende que lleven a cabo. Mediante directivas individualizadas, donde en cada caso se ordene a tal o cual sujeto la realización de esta o de aquella conducta, no será posible que el imperio de la ley pueda surtir todos sus efectos, puesto que, en situaciones de este tipo, difícil si no imposible va a ser para cada sujeto prever qué es lo que el Derecho quiere de él⁶⁶. Dificultad que se produce no sólo para los sujetos que son meros destinatarios de normas que ordenan conductas, sino también para los propios operadores jurídicos, en cuanto destinatarios de normas que confieren potestades. Y es que también éstos

y de distintas formas, tanto débiles como fuertes, a lo largo de la historia” (“The Enforcement of Morals and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, vol. 11, nº 5, septiembre, 1977, p. 1350). Similar opinión mantienen W.J.CHAMBLISS y R.B.SEIDMAN, para quienes “los mecanismos del modelo del imperio de la ley implican lo que el profesor Lon Fuller denominó la empresa de gobernar mediante normas [respetando, por supuesto, los elementos de la moral interna del Derecho]. Esto sugiere el modelo de la Ilustración: personas racionales analizando los problemas, decidiendo las soluciones apropiadas, e instituyéndolas a través de modelos de derecho” (*Law, Order and Power, op. cit.*, p. 66). En lo que hace referencia a HART, R.COTTERRELL advierte sobre la relación entre el concepto de normas secundarias y el imperio de la ley, puesto que “la concepción del derecho de Hart es la de un sistema en el que [...] gobiernan las normas, más que la gente” (*The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy, op. cit.*, p. 99). Y es que, en su opinión, “lo que está inmerso aquí es un aspecto del símbolo [...] del imperio de la ley, un «gobierno de leyes y no de hombres»” (*ibidem*), puesto que las normas secundarias “tipifican el moderno estado constitucional (*Rechtsstaat*) en el que los poderes de los operadores jurídicos no son arbitrarios, sino definidas por normas de derecho” (*ibidem*).

⁶⁶ .- La necesidad de la nota de la generalidad para la efectiva consecución del imperio de la ley se manifiesta, para FULLER, en que “si el derecho se propone autorizar a un sujeto a que dirija sus propios asuntos sujeto a la obligación de cumplir ciertos requisitos impuestos por una autoridad superior, esto implica que no se le diga en cada caso lo que ha de hacer; el derecho proporciona una base para la acción auto-dirigida, y no una lista detallada de instrucciones para la consecución de objetivos específicos” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 210). Entonces, “aplicar fielmente las normas implica [...] que las normas tomen la forma de declaraciones generales (*ibidem*)”.

necesitan, para poder actuar sobre y desde el Derecho, de la generalidad de estas normas, que son, precisamente, las que les van a marcar la pauta a seguir en sus concretas y particulares decisiones.

Acaba de hacerse referencia a los sujetos que gozan de la potestad de administrar y aplicar las normas jurídicas del sistema, a los que, en la primera parte de este trabajo, se englobó bajo la denominación de órganos intermedios, es decir, aquéllos que, sin estar en posesión de la última o suprema potestad normativa de un sistema, pueden crear, modificar e, incluso, aplicar normas jurídicas. Obvio es que el imperio de la ley les exige, al igual que al resto de los sujetos, actuar sobre la base del propio Derecho, lo que, traducido a su actividad, significa que siempre que lleven a cabo una acción que afecte al estatuto jurídico de los sujetos destinatarios de las normas, sea del tipo que sea, deben basarse en las propias normas del sistema. En el caso de los jueces, que son quizá los más significativos de entre este grupo de sujetos a los que también se reconoce por la expresión de operadores jurídicos, significa que, a la hora de resolver un caso concreto que se les presente, deben decidir no por lo que ellos crean, en su fuero interno, como correcto o justo, sino de acuerdo a lo dispuesto en la norma jurídica que, con carácter general, regule la situación. De poco o nada serviría, a los efectos del imperio de la ley, articular con carácter general las normas del sistema si después, a la hora de resolver los casos concretos, los sujetos encargados de hacerlo no toman como guía para su actuación tales normas, sino sus propios criterios o preferencias personales.

Se ha dado entrada, con lo que acaba de señalarse, a otro de los elementos de la moral interna del Derecho, cual es el requisito de congruencia entre la creación y la aplicación de las normas jurídicas, el cual es tenido, por Fuller, como una dimensión clave del imperio de la ley⁶⁷. Además, este requisito es el que rige la introducción,

⁶⁷ .- La importancia que, en opinión de FULLER, tiene este requisito de congruencia entre las normas jurídicas y su aplicación, que debe ser tenido en cuenta por todos los sujetos u órganos que desempeñan una función en relación con las normas, se manifiesta en que “aunque los principios de legalidad [o elementos de moral interna del Derecho, que es lo mismo] son en gran medida interdependientes [...] el principio clave es el que he descrito como «congruencia entre la acción oficial y la norma declarada»” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 209). Este principio, sumado al ya expuesto de generalidad de las normas, es lo que, en opinión de FULLER, va a servir para caracterizar al Derecho frente a otras formas de regulación de conductas, pues, en algunas de éstas, los citados elementos de generalidad y congruencia no concurren. Tal es el caso, propuesto por FULLER, de la dirección de las conductas de los trabajadores en una empresa, donde si bien sí cabe que ésta se articule conforme a los restantes elementos de la moral interna del Derecho, “no hay lugar [en ella] para un principio formal que establezca que las acciones del superior deban conformarse a las normas [generales] que previamente ha anunciado; en este contexto, el principio de «congruencia entre las normas declaradas y la acción oficial» carece de relevancia” (*idem*,

imprescindible por otro lado, de normas jurídicas particulares y concretas en un sistema jurídico, sin que ello afecte al imperio de la ley. Pues, si las normas concretas se articulan sobre la base de las normas generales, tal y como exige el requisito de congruencia con las normas del sistema, el imperio de la ley se mantiene incólume, al seguirse actuando dentro del marco establecido por el Derecho. Del mismo modo, el margen de incertidumbre introducido por las normas concretas se reduce notablemente, pues, al tener que basarse en lo dispuesto en las normas generales, los sujetos susceptibles de verse afectados conocen, en gran medida, las coordenadas y los márgenes en que éstas han de moverse⁶⁸.

No termina, con lo expuesto en los dos párrafos anteriores, todo lo que puede afirmarse acerca de la relación entre el imperio de la ley y la moral interna del Derecho, puesto que el resto de los elementos integrantes de ésta también resultan de aplicación a dicha relación. Téngase en cuenta, como se advirtió anteriormente, que el imperio de la ley exige, por supuesto, el sometimiento de todos los sujetos al Derecho, pero que para que esto sea posible se requiere, no sólo que las normas sean generales y sean congruentemente aplicadas, sino, también, que éstas sean formuladas de tal forma que puedan ser cumplidas. Y aquí es donde el resto de los elementos de la moral interna del Derecho entran en juego, pues su concurrencia se presenta necesaria a la hora de llevar a

pp. 208-209). Con independencia de lo acertado o no del ejemplo de FULLER, sirve para poner de manifiesto algo sobre lo que se volverá más adelante en este trabajo, como es el hecho de que la concurrencia de los dos elementos citados, generalidad y congruencia, proporciona a los sujetos “una firme y estable estructura para sus interacciones entre sí” (*idem*, p. 210). Y, “la existencia de una reciprocidad, relativamente estable, de expectativas entre el legislador [entendido en el sentido amplio de sujeto competente para crear normas jurídicas] y el sujeto es parte de la propia idea del funcionamiento de un orden jurídico” (*idem*, p. 209). A pesar de que el requisito de la interacción se haya analizado en la primera parte de este trabajo, cuando se expusieron las notas características del concepto de Derecho propuesto por FULLER, habrá que volver, más adelante, a analizar otra dimensión de este tema.

⁶⁸.- A pesar de que se haya insistido en la necesidad de que, para que se alcance el imperio de la ley, las normas jurídicas han de ser formuladas de forma general, esta exigencia no resulta incompatible, en principio, con la existencia de normas concretas y particulares, a pesar de que éstas, como matiza J.RAZ, “hacen difícil a las personas planear en base a su conocimiento del derecho” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 270). Conviene matizar, no obstante, que la compatibilidad entre normas concretas e imperio de la ley exige que “las disposiciones jurídicas particulares de *status* efímero sean producidas únicamente dentro del marco establecido por disposiciones jurídicas generales, las cuales [...] imponen límites a la impredecibilidad introducida por las órdenes particulares” (*ibidem*). En el caso de los jueces, señala F.J.LAPORTA, “se asume que si un juez, ante un caso individual, adopta una decisión particular tiene que justificarla en base a una proposición universal «a la que el juez esté dispuesto [o, podría añadirse, obligado] a adherirse como base para determinar otros casos iguales y para decidirlos de igual manera que el caso presente»” (“El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *op. cit.*, p. 9). Son, pues, la generalidad de las normas y la congruencia entre éstas y su aplicación los dos principios sobre los que la creación de normas particulares y concretas se apoya, o, por lo menos, debe apoyarse, si se pretende mantener el imperio de la ley.

cabo una configuración de las normas que haga posible que éstas que puedan servir, efectivamente, como guía para el comportamiento de los sujetos. El requisito de publicidad se antoja imprescindible, y más después de lo que al respecto se señaló en las primeras páginas de este trabajo, a fin de que los sujetos conozcan las normas, bien aquéllas que les indican qué conducta a seguir, bien aquéllas que les señalan en qué casos gozan de competencia para resolver una cuestión objeto de litigio, por citar tan solo unos ejemplos⁶⁹. Semejante argumentación cabe aducir respecto a los requisitos de claridad, estabilidad y no contradicción, puesto que su plasmación en las normas del sistema resulta, como pudo explicarse en la primera parte de este trabajo, necesaria para que sus destinatarios cuenten con una cierta garantía acerca del conocimiento de lo dispuesto en ellas⁷⁰.

Mención específica merece el requisito de irretroactividad de las normas jurídicas, puesto que su concurrencia se considera imprescindible si se pretende que los sujetos puedan adecuar sus conductas a las normas. De no adquirir las normas un carácter prospectivo, difícilmente podría alguien cumplir con lo dispuesto por el Derecho, ya que no se puede actuar sobre la base de una norma que, en el momento de llevar a cabo la acción, no existe. Éste es el sentido en el que cabe afirmar que las normas jurídicas no han de ser retroactivas, lo que, por supuesto, no impide que, en determinadas circunstancias, sea necesario promulgar una norma que despliegue sus

⁶⁹.- La publicidad de las normas parece requisito imprescindible en cualquier intento de mantener el imperio de la ley, es decir, siempre que se pretenda que sea el Derecho el instrumento que efectivamente guíe la conducta de los sujetos. Tal exigencia descansa, en términos de J.RAZ, en que si el Derecho “ésta hecho para guiar a los individuos éstos tienen que estar en posibilidad de encontrar lo que el Derecho es” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 268). Posibilidad que se desvanece, en primer término, si las normas no son públicas.

⁷⁰.- La misma razón que se acaba de aducir respecto de la necesidad del requisito de la publicidad de las normas es la que se aduce para requerir que, si se pretende alcanzar el imperio de la ley, aquéllas deban ser claras, relativamente estables, y no contradictorias entre sí. En cuanto a los requerimientos de claridad y no contradicción, si las normas “no son claras en lo que ordenan y lo que prohíben, el ciudadano no sabe cómo comportarse” (RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 273), ya que “una disposición jurídica ambigua, vaga, oscura o imprecisa es probable que equivoque o confunda, al menos, a algunos de aquellos que desean ser guiados por ella” (RAZ, J., “El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 270). Por otro lado, la exigencia de que las normas jurídicas sean relativamente estables se advierte, según J.RAZ, no sólo a corto, sino también a largo plazo. En primer lugar, porque si las normas jurídicas “cambian frecuentemente la gente encontrará dificultad en saber lo que el derecho es en determinado momento y estará siempre temeroso de que el derecho haya cambiado desde que él supo lo que el Derecho era” (*idem*, p. 268). En segundo lugar, “aún más importante es el hecho de que la gente necesita conocer el derecho no únicamente para tomar decisiones a corto plazo (dónde estacionar el coche, cuánto alcohol es permitido libre de impuesto, etc.) sino para planes a largo alcance” (*ibidem*). En ambos casos, concluye J.RAZ, “únicamente si el derecho es estable las personas son guiadas por su conocimiento del contenido del derecho” (*idem*, p. 269, nota 6).

efectos hacia conductas, o situaciones, pasadas. Pero, como se intentó poner de relieve en la primera parte de este trabajo, la creación de este tipo de normas ha de estar sometida a lo que se disponga en el propio sistema jurídico, con el objeto de evitar, precisamente, situaciones de indeterminación o incertidumbre jurídica de los sujetos afectados por la aplicación de este tipo de normas. Y, si los elementos de la moral interna del Derecho se configuran como criterios de validez normativa, como frecuentemente sucede en los sistemas jurídicos modernos, el establecimiento de normas retroactivas debe ajustarse a tales elementos⁷¹. Resta, finalmente, una expresa referencia al requisito de que las normas jurídicas no exijan conductas que sean imposibles de llevar a cabo por sus destinatarios, tal y como sucedería, por ejemplo, cuando en un sistema jurídico se estableciera, con el objeto de aumentar la tasa de natalidad, una disposición que ordenara a todas las mujeres tener hijos naturales. Una exigencia de tal carácter sería contraria al imperio de la ley, pues se trata de una disposición que determinadas personas, debido a causas fisiológicas, no podrían cumplir, y, en consecuencia, no podrían adoptar como base para su conducta. Así, el requisito de que no se exija lo que no puede hacerse es, por la misma razón que los anteriores, necesario si se quiere que, en un sistema jurídico, prevalezca el imperio de la ley⁷².

Quizá pueda causar cierta extrañeza el hecho de que la atención que se acaba de dispensar a la relación entre el imperio de la ley y los elementos de la moral interna del Derecho, sobre todo en lo que se refiere a los recogidos en estos dos últimos párrafos,

⁷¹ .- El propio FULLER pone de manifiesto la necesidad de la irretroactividad de las normas a la hora de alcanzar el imperio de la ley, pues “las leyes retroactivas no pueden servir como guía para la interacción de los ciudadanos entre sí [y con los sujetos que gozan de potestad normativa, cabría añadir], pero sí pueden servir para remediar infracciones al principio de que los casos iguales deben recibir tratamiento igual” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 211). La posibilidad de que puedan usarse normas retroactivas para remediar violaciones a algún o algunos principios de la moral interna del Derecho ha sido analizada en la primera parte de este trabajo, ofreciéndose allí algunos ejemplos que hacen al caso. Pero, también en aquel lugar se puso de manifiesto la necesidad, advertida igualmente aquí, de que tal utilización se haga sobre la base de los propios criterios normativos del sistema, entre los que se encuentran los elementos de la moral interna del Derecho. En consecuencia, como matiza J.RAZ, aunque “algunas veces [...] es tenido por sabido que puede legislarse una disposición retroactiva” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 268), en tales casos “la retroactividad no ha de entrar en conflicto con el imperio de la ley” (*ibidem*), lo que significa respetar los elementos configuradores de éste.

⁷² .- Para que las normas jurídicas puedan ser tomadas como guías de conducta por sus destinatarios se requiere que éstas puedan ser efectivamente cumplidas, cosa que no sucede cuando las conductas referidas en ellas no están al alcance de aquéllos. Y es que, como afirma J.RAWLS, “al poner en vigor las normas, un sistema jurídico no puede considerar que la incapacidad de ejecución [por parte de los sujetos destinatarios] es irrelevante” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 272), de modo que “las acciones que las normas legales exigen y prohíben han de ser de tal clase que los hombres puedan cumplirlas y evitarlas de modo razonable” (*ibidem*).

sea ciertamente reducida. Máxime si se tiene en cuenta que el imperio de la ley es una realidad que va a jugar, y de hecho juega, un papel destacado a la hora de buscar dimensiones de moralidad en todo sistema jurídico. Pero, si se ha hecho una limitada referencia a este aspecto del trabajo es porque gran parte del mismo ya se llevó a cabo cuando, a lo largo de las páginas que componen la primera parte de esta investigación, se analizaron las razones por las que se cree, desde mi punto de vista, que la moral interna del Derecho es una condición de necesaria presencia en la estructura de todo sistema jurídico. Recuérdese que allí se realizó un ensayo de articulación de las tesis de Fuller con las de Hart, todo ello con el objeto de adecuar un aspecto de la teoría de aquel autor, la moral interna del Derecho, con otro de la teoría característica de este último, como es la configuración formal de los sistemas jurídicos.

Pues bien, un nuevo dato puede, tras lo que acaba de exponerse sobre el imperio de la ley, añadirse a aquella conclusión. Y es que si el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho resulta necesario, por un lado, para la estructuración de un sistema jurídico, y, por otro, para la configuración del principio del imperio de la ley, nada obsta, o por lo menos eso parece, a que pueda afirmarse que sistema jurídico e imperio de la ley son dos realidades indefectiblemente unidas⁷³. Entre todo lo que

⁷³ .- Esta vinculación entre sistema jurídico e imperio de la ley no debe llevar a la conclusión de que todo Derecho, por el mero hecho de ser tal, incorpora en sí mismo el germen de este principio. Sólo en aquellos casos en que las normas jurídicas se articulen bajo la estructura de un sistema podrá empezarse a hablarse de imperio de la ley; y ello exige, por las razones expuestas a lo largo del texto, el respeto al catálogo de elementos de la moral interna del Derecho. Una propuesta de similar cariz ha sido formulada por F.J.LAPORTA, para quien “la legalidad como tal tanto puede incorporar como traicionar las exigencias del imperio de la ley, porque éste no aparece con la mera existencia de normas jurídicas, sino con la vigencia de unas normas que incorporen unos rasgos muy particulares” (“Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *DOXA*, vols. 15-16, 1994, p. 134); rasgos que bien pudieran ser los que FULLER recogió bajo el término de moral interna del Derecho. Y ello porque si se observa la lista de características que propone F.J.LAPORTA para la configuración del imperio de la ley, lo primero que se pone de manifiesto es que, en ella, están presentes gran parte de las que introdujo el propio FULLER. Así, aquel autor habla de la necesidad de la existencia de normas como criterios generales de decisión, de subordinación a éstas de todos los sujetos competentes para aplicar el Derecho, de prospectividad, estabilidad, publicidad y claridad de éstas, así como de inexistencia de contradicciones entre las propias normas, características, todas ellas, de la lista de FULLER. Quizá, a diferencia de ésta, se aprecia un mayor número de elementos en la propuesta de F.J.LAPORTA, puesto que se incluyen dimensiones como la separación de poderes y el respeto, dentro de todo procedimiento de aplicación de normas, a los elementos de la denominada justicia natural. En cualquier caso, sólo en un Derecho que se articule conforme a estos elementos, lo que podría matizarse señalando que sólo en un Derecho que se configure como un sistema jurídico, puede decirse que se respeta el imperio de la ley. Éste, a decir de F.J.LAPORTA, “no es una «propiedad» del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral” (*ibidem*). Ocasión habrá, en el siguiente epígrafe de este trabajo, de exponer las razones por las que, según este autor, el imperio de la ley introduce una importante dimensión de moralidad.

supone que el Derecho se articule como un sistema jurídico, el principio del imperio de la ley aparece como una dimensión a tener muy en cuenta, ya que está en la base de dicha articulación. Quizá pueda concluirse con esta conexión afirmando que el imperio de la ley es una realidad que está presente en la propia noción de sistema jurídico, y que es el respeto a una serie de requisitos, agrupados bajo el término de moral interna del Derecho, lo que permite que tanto uno como otro se produzcan⁷⁴.

La introducción de esta nota del imperio de la ley en la propia base de la estructura de lo que se conoce con el nombre de sistema jurídico ha de ser entendida desde el particular concepto de imperio de la ley que se viene manejando en estas páginas. Se ha advertido, párrafos atrás, que este concepto tiene un carácter limitado, al significar únicamente la sujeción de todos los sujetos a las normas jurídicas, sin que, en él, se haga referencia ni al origen de esa ley, es decir, al título del Poder que ejerce la máxima potestad normativa del sistema, ni a los contenidos materiales de la misma, a su moralidad o iniquidad⁷⁵. Éste es el sentido en el que debe entenderse, pues, la conexión entre imperio de la ley y sistema jurídico, sin que la misma tenga que extenderse a otros aspectos o dimensiones de la realidad del Derecho, que exceden de la simple exigencia de que, en el interior de todo sistema jurídico, se actúe sobre y desde las normas jurídicas. Y de ahí, en consecuencia, que la búsqueda de las causas que provocan la citada conexión se haya detenido en los elementos de la moral interna del Derecho, sin

⁷⁴ .- Prueba de que el propio FULLER reconoce una cierta identificación entre lo que supone un sistema jurídico y el principio del imperio de la ley se encuentra, según R.S.SUMMERS, en que “Fuller en ocasiones llamaba a sus principios de legalidad [o elementos de moral interna del Derecho] «principios del imperio de la ley»” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 39). Lo que puede inferirse de la utilización de esta particular expresión es que, para FULLER, los sistemas jurídicos se configuran, en su propia estructura, desde la base del imperio de la ley, gracias a la concurrencia de los elementos de la moral interna del Derecho. Y todo ello, en palabras de R.S.SUMMERS, con el objetivo, ya expuesto en estas páginas, de demostrar que “las consideraciones que resultan relevantes para determinar la existencia de un sistema jurídico no se reducen a cuestiones meramente empíricas como la existencia de un monopolio de la fuerza o de ciertas configuraciones del poder oficial, sino que requieren también una indagación respecto del grado en el que se realizan los valores característicos del imperio de la ley” (*ibidem*). Precisamente, en estas páginas se intenta llevar a cabo esa labor de indagación respecto al grado en el que el imperio de la ley se introduce en la propia estructura de los sistemas jurídicos, sólo que, frente a lo que el mismo FULLER opinaba, desde dentro de las premisas teóricas propias del positivismo jurídico.

⁷⁵ .- Un concepto de imperio de la ley que atienda, predominantemente, a los elementos de la generalidad de las normas y de su estricta aplicación por parte de los órganos competentes para ello es, a decir de M.RADIN, “un concepto instrumental del imperio de la ley [*Rule of Law*, en el original]” (“Reconsidering the Rule of Law”, *Boston University Law Review*, vol. 69, nº 4, julio, 1989, p. 786), en el que sus requisitos “se dirigen hacia la existencia de normas que puedan inducir al comportamiento deseado (sea éste el que sea) a sus destinatarios” (*ibidem*), sin que “se contengan, explícitamente, ideales sustantivos, como la equidad o la democracia, y la autonomía y dignidad de las personas. Ni tampoco

incluir en aquélla la necesidad de todos aquellos requisitos relacionados bien con el origen del Poder bien con su ejercicio, es decir, con el contenido material de las normas que emanan de éste⁷⁶. Si estas dimensiones permanecen al margen de lo que se ha denominado, en estas líneas, el imperio de la ley, lógico parece que los elementos imprescindibles para su efectiva consecución permanezcan igualmente al margen del análisis de estas páginas, de modo que éste se centre, básicamente, en los elementos de la moral interna del Derecho, puesto que, estos sí, contribuyen de forma decisiva al imperio de la ley.

Sí conviene, no obstante, hacer mención, siquiera de forma breve, a la existencia, en un sistema jurídico, de toda una serie de instrumentos dirigidos a reforzar la efectiva consecución del imperio de la ley, y que habitualmente se recogen, en el ámbito continental, bajo la expresión de garantías procesales. Se trata de instrumentos cuya finalidad radica en garantizar que, en el procedimiento de aplicación de una norma, ésta sea congruentemente aplicada por parte del sujeto competente para ello. Lo que significa, como se ha afirmado con anterioridad, que, a la hora de resolver un caso concreto que se presente al órgano competente, éste ha de aplicar la norma jurídica, sin que su decisión pueda basarse en elementos o criterios ajenos a ésta⁷⁷. Así, por citar tan

tradiciones o procedimientos democráticos, tales como la separación de poderes o el acceso a jueces y tribunales” (*ibidem*).

⁷⁶.- Se ha preferido traducir el término *Rule of Law* por imperio de la ley, aun siendo consciente de las dificultades que ellos provoca, precisamente porque este término castellano, de carácter básicamente formal, no recoge todas estas dimensiones de origen del Poder y de contenido de las normas que parecen quedar al margen de lo que, en el mundo anglosajón, se entiende por *Rule of Law*. Así, exigencias como el origen democrático del Poder, la separación entre los sujetos encargados de llevar a cabo las funciones de legislar, gobernar y juzgar, así como el respeto y promoción de los derechos fundamentales por parte de aquél no son requisitos del imperio de la ley, sino que más bien pertenecen al ámbito propio de otro concepto, como es el del Estado de Derecho, mucho más amplio y no tan formal como éste. De ahí que, en el trabajo de J.RAZ que se viene manejando en estas páginas, titulado “The Rule of Law and Its Virtue”, se haya optado por referirse a la expresión de imperio de la ley, en vez de la propuesta, por parte del traductor encargado de la versión castellana, de Estado de Derecho. Se entenderá, por otro lado, que todas estas dimensiones a las que se acaba de hacer referencia permanezcan en este momento al margen del análisis, para ser retomadas, si cabe, en un momento posterior del mismo.

⁷⁷.- Son los principios que, en el mundo anglosajón, se agrupan bajo la denominación de justicia procesal natural, y que, en palabras de HART, “se trata de garantías de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho es aplicado a todos aquellos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 200). F.J.LAPORTA clasifica tales garantías en tres grupos, según hagan referencia “a) a la posición del juez como órgano decisor ajeno a cualquier actitud tendenciosa (p.e. el principio *nemo iudex in causa sua*) o a cualquier tipo de partidismo (p.e. el principio *audi alteram partes*), b) a la situación de las partes en el procedimiento, que deben disponer, en condiciones equitativas, de medios de prueba y de posibilidades de presentar argumentos en la medida más amplia posible, c) a ciertos rasgos del acto mismo en el que se producen los argumentos y las pruebas (p.e. la *publicidad* de la audiencia” (“Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *op. cit.*, pp. 143-144). Son, así pues, elementos que

solo algunos ejemplos, la norma que establece que nadie puede ser juez en su propia causa o aquélla que determina la revisión de las sentencias son normas que en efecto están al servicio de la aplicación de la ley, y sólo de la ley, al caso concreto, y ello supone que se está, en definitiva, ante “garantías” del imperio de la ley. Intentan evitar que, en los casos concretos, la solución se desvíe de la norma jurídica aplicable al caso. En el primero de los ejemplos propuestos, la prohibición de ser juez y parte evita los riesgos de que el sujeto afectado, que sería competente para resolver el caso planteado ante él, evite la aplicación de las normas jurídicas, y ofrezca una solución acorde con sus intereses personales. La posibilidad de revisión de las sentencias supone, también, una garantía de que se aplique la norma jurídica, al establecer un mecanismo para corregir, en el caso de que resultara necesario, una solución que se ha adoptado sin basarse en el Derecho, es decir, sin aplicar las normas jurídicas que debían ser tenidas en cuenta⁷⁸.

La concurrencia de esta clase de garantías en un sistema jurídico ha motivado que pueda entenderse que estos principios estén al mismo nivel que los elementos de la moral interna del Derecho, en el sentido de que tanto unos como otros tienden a asegurar que el Derecho sea efectivamente una guía para la conducta de los sujetos, y,

oscilan entre lo que L.FERRAJOLI denomina garantías orgánicas, o “relativas a la formación del juez, a su colocación institucional respecto de los demás poderes del estado y a los otros sujetos del proceso” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 539), y garantías procesales, o “garantías relativas a la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial” (*ibidem*). Parece preferible, a mi modo de ver, cualquiera de estas denominaciones a la de justicia natural, pues a través de este concepto puede introducirse una idea, como es la del presunto carácter natural de estas garantías, que impida apreciar que si tales garantías han de ser respetadas por parte del sujeto competente es porque se han incorporado al sistema jurídico, es decir, porque son “positivas”, y no por cualesquiera otras razones vinculadas, en mayor o menor medida, con su supuesta bondad “natural”.

⁷⁸ .- Sobre la importancia que adquieren estas garantías orgánicas y procesales, o principios de justicia natural si se prefiere la denominación anglosajona, a la hora de aplicar las normas jurídicas, FULLER afirma que “la esencia de la función judicial descansa no en el contenido de la conclusión alcanzada, sino en los procedimientos por los que se garantiza ese contenido. Un sujeto no llega a ser juez por actuar inteligente y justamente, sino por aceptar unos límites procedimentales diseñados para asegurar - en la medida en que lo permite la naturaleza humana - un resultado imparcial e informado del proceso de decisión” (“Collective Bargaining and the Arbitrator”, *Wisconsin Law Review*, vol. 1963, nº 1, enero, 1963, p. 18). De la misma manera que “la aplicación judicial de las normas [*adjudication*, en el original] es un proceso de decisión en el que a la parte afectada - el «litigante» - se le proporciona una participación institucionalmente garantizada, la cual consiste en la oportunidad de presentar pruebas y argumentos para una decisión en su favor” (*idem*, p. 19). Nótese la similitud con el garantismo de L.FERRAJOLI cuando este autor sostiene que “en el modelo garantista se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., p. 608).

por tanto, elementos necesarios para la configuración del imperio de la ley⁷⁹. Sin embargo, desde mi punto de vista, estos principios de carácter procesal podrían ser igualmente entendidos como instrumentos que sirvieran de garantía para la consecución de uno de los elementos necesarios para el imperio de la ley, cual es el principio de que las normas deben ser congruentemente aplicadas⁸⁰. Entonces, no parece que resulte desacertado afirmar que bien pudiera tratarse de garantías para el efectivo respeto de uno de los citados elementos, cual es la congruencia entre la creación y la aplicación de las normas jurídicas del sistema⁸¹.

Pues bien, desde estas premisas, tampoco resultará extraño que se postule una cierta relación, de similar tenor a la que acaba de enunciarse, entre el imperio de la ley y

⁷⁹ .- Tanto J.RAWLS como J.RAZ, en sus respectivas y diferentes teorías, configuran estos instrumentos como elementos de necesaria concurrencia para la consecución del imperio de la ley, situándolos, por tanto, al mismo nivel que los requisitos de la moral interna del Derecho, pues, como señala el primero de ellos, J.RAWLS, “los preceptos de la justicia natural han de asegurar [al igual que los elementos de la moral interna del Derecho] que el orden legal sea mantenido de un modo regular e imparcial” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 274). En el caso de este autor, se trata de “pautas a seguir para preservar la integridad del proceso judicial” (*ibidem*), y, junto con los requisitos de que las normas establezcan conductas que puedan ser obedecidas y ejecutadas por sus destinatarios, el tratamiento igual de casos similares, y la generalidad, publicidad e irretroactividad de las normas, aspectos todos ellos ya analizados en estas páginas, constituyen el elenco de requisitos necesarios para la configuración del imperio de la ley. Respecto a J.RAZ, uno de los elementos que están presentes en la idea de imperio de la ley es que “los principios de la justicia natural tienen que ser observados” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 272), pues “juicios públicos y justos, ausencia de prejuicios y cuestiones de este tipo son, obviamente, esenciales para la correcta aplicación del derecho, e igualmente [...] para su aptitud de guiar la acción” (*ibidem*).

⁸⁰ .-

⁸¹ .- Respecto al catálogo de elementos que, en opinión de J.RAZ, configuran la estructura del imperio de la ley, puede realizarse, a mi juicio, alguna precisión adicional a las que se han realizado en otros lugares de este trabajo. Y es que, además de las notas ya citadas de la generalidad, claridad, estabilidad de las normas, y del hecho de que la creación de normas particulares haya de supeditarse a las normas generales del sistema, este autor entiende que son más los elementos que se derivan de la idea del imperio de la ley, añadiendo, incluso, que su “lista es muy incompleta” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 272). A otro de los elementos, el respeto a los principios de la justicia natural, se acaba de hacer referencia, de modo que no parece necesario extenderse más sobre él. A todos estos, J.RAZ añade la garantía de la independencia del poder judicial, el hecho de que los tribunales sean fácilmente accesibles, así como que éstos gocen de la competencia necesaria para revisar la efectiva aplicación del imperio de la ley por parte de los restantes sujetos que gozan de la potestad normativa. Resta, finalmente, hacer referencia al último de los elementos recogidos por J.RAZ, y que significa que “a los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho” (*ibidem*). No parece que sea erróneo entender que este requisito se refiere, precisamente, al elemento de congruencia entre la creación y la aplicación de las normas jurídicas, pues podría configurarse, igualmente, como una prohibición, dirigida a todos estos sujetos, de evitar, en su concreta actividad, “salirse” del marco jurídico conformado por las normas del sistema. En cualquier caso, basten las siguientes palabras de M.COHEN para terminar con esta cuestión: “A pesar de que pueda discutirse sobre los contenidos de la lista de Fuller, no puede haber duda de que una lista de este tipo es correcta” (“Law, Morality and Purpose”, *op. cit.*, p. 648). En definitiva, “la formulación de Fuller no ha sido en vano” (*ibidem*), de manera que “los positivistas habrán de estar tan interesados como Fuller en descubrir la lista correcta” (*ibidem*).

la producción de lo que, en el epígrafe anterior, se denominó justicia formal. Y es que, en efecto, el imperio de la ley parece ser la estructura bajo la que, de hecho, se alcanza esa regularidad en el trato de situaciones similares en que consiste la producción de justicia formal. Es, así entendido, como el principio desde el que partir, incluso de forma necesaria, para alcanzar el resultado deseado del trato igual a los casos semejantes. Los elementos de la moral interna del Derecho son, de nuevo, la vía mediante la que construir semejante relación, pues si bien es cierto que su respeto produce justicia formal, como ha habido ocasión de analizar en el anterior epígrafe, no lo es menos que también provoca la configuración del imperio de la ley. Su respeto es, en consecuencia, la razón que permite afirmar que el imperio de la ley produce, allí donde existe y funciona realmente como tal, una dimensión de justicia formal. Esta dimensión se ha analizado, de una forma que se estima suficiente, en el anterior epígrafe de este trabajo, presentándose incluso como una primera razón en la que basar la pretendida conexión entre la moral interna del Derecho y la moralidad de los sistemas jurídicos. De ahí que no sea éste el aspecto a abordar en este lugar del trabajo, sino que en él se haga referencia a otra dimensión del imperio de la ley, conectada con cuestiones relativas al ejercicio de la potestad normativa. No obstante lo anterior, baste esta simple llamada de atención como explicación el título del presente apartado, un título que hace referencia a la circunstancia que acaba de recogerse, y que se resume, en líneas generales, en la relación que puede haber entre la justicia formal, entendida como el igual trato a casos semejantes, y el imperio de la ley, o principio bajo el que se hace referencia al hecho de que la potestad normativa se desarrolle de forma tal que se alcance, en efecto, esta regularidad en el trato⁸².

⁸² .- La relación entre el imperio de la ley y la justicia formal es esbozada por el propio FULLER, de la misma manera que, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, también apreció la relación entre el imperio de la ley y la idea de sistema jurídico. En este caso, la relación se produce porque “bajo el imperio de la ley, el control de las acciones de los ciudadanos se lleva a cabo, no por medio de órdenes específicas, sino bajo normas *generales* que expresan el principio de que los casos iguales deben recibir el mismo tratamiento” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2ª ed, *op. cit.*, p. 211), y esto no es otra cosa, como ya se ha visto, que la justicia formal. Relación que es la que, por su parte, permite afirmar a J.RAWLS que “la justicia formal, la administración regular e imparcial de normas jurídicas, se convierte en imperio de la ley cuando se aplica a un sistema jurídico” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 270). O, también, parafraseando a F.J.LAPORTA, que la universalidad “sirve para explicar satisfactoriamente [...] las demandas morales que subyacen en algunas exigencias jurídico-político modernas, como el principio de legalidad” (“El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *op. cit.*, p. 9).

5.3.2.- La legitimidad por vía de la moral interna del Derecho

Analizadas las razones que sustentan la creencia de que el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho provoca la consecución de lo que se denomina el imperio de la ley, y tras haber expuesto que este principio se encuentra en la propia base de la estructura de los sistemas jurídicos, gracias a la concurrencia de los elementos de la moral interna del Derecho, se trata, ahora, de continuar la búsqueda de argumentos que permitan llegar a la conclusión de que la presencia de los citados elementos produce una cierta dimensión de moralidad. El primero de ellos se esbozó en el anterior epígrafe, donde se ensayó, recuérdese, una vinculación entre la moral interna del Derecho y la producción de justicia formal. Semejante labor es la que compete a este segundo epígrafe, solo que el elemento sobre el que va a girar la presente argumentación es, como por otra parte ya se ha advertido, el denominado imperio de la ley. Y, además, sin olvidar la antedicha conexión entre imperio de la ley y existencia de un sistema jurídico, puesto que, de llegarse a alguna conclusión sobre la moralidad del imperio de la ley, ésta habrá de ser extendida a la propia noción de sistema jurídico.

Para el desarrollo de esta argumentación, se ha decidido partir de las tesis que, al respecto, mantiene el propio Fuller. Y ello, no sólo por razones metodológicas de coherencia con las otras partes del trabajo, que también, sino porque se considera que es un buen punto de partida para comenzar la búsqueda de los objetivos planteados. Ciertamente es que el propósito de Fuller parece ser diferente del que inspira estas páginas, puesto que, como ha habido ocasión de exponer en alguna otra ocasión, lo que este autor pretende es argumentar en favor del carácter moral del propio Derecho, mientras que, en estas páginas, se arguye en favor de la existencia de una serie de dimensiones de moralidad que se producen, si es que es cierto que se produzcan, por la estructura y funcionamiento característico de los sistemas jurídicos. A pesar de esta diferencia, se estima adecuado partir de la argumentación de Fuller, para así poder valorarla, y utilizarla, en la medida de lo posible, a los efectos aquí buscados.

Pues bien, para Fuller, la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho, y, principalmente, de los requisitos de generalidad de las normas y de congruencia entre éstas y su aplicación, ofrece un aspecto a tener en cuenta a la hora de

plantearse la cuestión de la legitimidad de los sistemas jurídicos⁸³. Aspecto que, a su modo de ver, ha sido desconocido por el positivismo jurídico, en general, y por la teoría de Hart, en particular, debido a que éstos han dedicado su atención, de modo casi exclusivo, a la cuestión del título por el que un determinado sujeto ostenta la potestad normativa. Prueba de ello, aduce Fuller, es el tratamiento privilegiado que, en su concepto de Derecho, Hart reserva para la regla de reconocimiento. Recuérdese todo lo que, a este respecto, se señaló en la primera parte de este trabajo. Allí se afirmó que la regla de reconocimiento contiene el criterio último y supremo de validez normativa, de modo que cuando cualquier sujeto quiera conocer cuál es el título por el que se le exige, mediante una norma jurídica emanada del Poder, la realización de tal o cual conducta no tiene más que acudir a aquella regla y comprobar que, efectivamente, aquél goza de la potestad necesaria para ello.

No es que Fuller niegue que resulte necesario ostentar un título a la hora de promulgar normas jurídicas que afecten a los sujetos, sino que a este título, que proporciona lo que podría llamarse un criterio externo de legitimidad, ha de sumársele un criterio adicional, que venga a completar éste. Y este criterio no es otro, en su opinión, que la adecuación de la actividad del Poder a las normas generales previamente establecidas, es decir, el mantenimiento del imperio de la ley. Sólo con la presencia de este criterio, al que él mismo denomina interno, puede decirse que un sistema jurídico goza de legitimidad en su labor de producción y aplicación de normas. Si se tiene en cuenta que este criterio interno sólo va a poder constatarse en aquellos casos en los que se respete el imperio de la ley, la conclusión que puede extraerse de lo afirmado en este

⁸³ .- Téngase en cuenta, como premisa de actuación en este ámbito, la distinción entre los conceptos de legitimidad y legitimación. Por un lado, matiza E.DÍAZ, la “legitimidad puede tomarse como término equivalente al de justificación” (*De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, p. 26), lo que, siguiendo a E.GARZÓN, hace que “el juicio de legitimidad [sea] de naturaleza normativa y su justificación [también sea], en última instancia, de tipo moral” (“El concepto de estabilidad de los sistemas políticos”, en GARZÓN, E., *Derecho, ética y política*, op. cit., p. 573). Por otro, la legitimación “alude al hecho social de la aceptación o no de una legitimidad” (DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., p. 26), y, arguye E.GARZÓN, adquiere el rango de “condición necesaria, aunque no suficiente, de estabilidad” (“El concepto de estabilidad de los sistemas políticos”, op. cit., p. 576) de un sistema jurídico-político. Su estabilidad, entonces, “depende de la existencia de características empíricamente comprobables, sin que importe la calidad moral de las acciones que las provocaron” (*idem*, p. 573).

párrafo es que, en efecto, es el respeto al imperio de la ley lo que va a conceder legitimidad a los sistemas jurídicos⁸⁴.

Es, entonces, en la relevancia de este criterio interno de legitimidad, consistente en la actuación conforme a normas generales previamente establecidas, en lo que Fuller pretende insistir, puesto que será este elemento sobre el que va a hacer girar toda una vía de argumentación dirigida a demostrar por qué el Derecho es, en sí mismo considerado, una actividad moral⁸⁵. Si desde el positivismo jurídico se niega tal conclusión, ello es debido, siempre desde el punto de vista de Fuller, precisamente a su supuesta falta de atención hacia todo lo que supone el imperio de la ley a la hora de valorar la legitimidad de la actuación de los sujetos que gozan de potestad normativa en un determinado sistema, y, por tanto, del propio sistema jurídico⁸⁶. Para apreciar la relación entre el

⁸⁴ .- El concepto de legitimidad contiene, para FULLER, dos dimensiones cuya concurrencia se estima necesaria a la hora de poder predicar dicho concepto de un sistema jurídico. Por un lado, el criterio externo de legitimidad, que es, en su opinión, “el que Hart tuvo en mente al formular su regla de reconocimiento” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 210). Su importancia radica en que “si A pretende dar órdenes a B, o fijar normas para su comportamiento, B puede pretender saber por qué título A afirma su poder de dirigir las conductas de las personas” (*ibidem*). Por otro, “el imperio de la ley exige de un gobierno que, además, legitime sus acciones hacia los ciudadanos por un segundo e *interno* criterio” (*idem*, p. 211), el cual no es otro que “dentro del área cubierta por el derecho, los actos de gobierno hacia el ciudadano estén de acuerdo (es decir, se autoricen por) con normas generales previamente declaradas por el propio gobierno” (*ibidem*). Téngase en cuenta, en este sentido, la distinción propuesta por L.FERRAJOLI, entre la legitimación externa, entendida como “la legitimación del derecho [...] por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 213), y la legitimación interna, o “legitimación del derecho [...] por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos” (*ibidem*).

⁸⁵ .- La actuación conforme a normas jurídicas por parte de los operadores jurídicos es un requisito para la legitimidad de los sistemas jurídicos, que podría denominarse, siguiendo a FULLER, el requisito “interno” de legitimidad. Ello provoca, según la interpretación que R.S.SUMMERS hace de los términos de FULLER, que “cuando el legislador viola los principios de legalidad [...], éste pierde necesariamente legitimidad en su acción de gobierno [y] tales violaciones podrían ser lo suficientemente extensas como para privarle de toda legitimidad” (*Lon L. Fuller*, *op. cit.*, p. 38). Y, en este sentido, no conviene olvidar que “la legitimidad es en sí misma un valor moral” (*ibidem*). Ahora bien, como podrá comprobarse a lo largo de las páginas de ese capítulo, FULLER identifica, en palabras de C.COVELL, “los fundamentos de la legitimidad política con los principios de la moralidad jurídica procedimental” (*The Defence of Natural Law*, St. Martin’s Press, Nueva York, 1992, p. 57), situándose así en “la tradición del liberalismo” (*idem*, p. 70).

⁸⁶ .- La crítica de FULLER sobre el supuesto silencio de los autores positivistas hacia todo lo que supone el imperio de la ley se debe, en su opinión, a que “uno busca en vano en sus escritos [FULLER se refiere, en concreto, a los cuatro autores con los que centra su debate, HART, M.COHEN, R.M.DWORKIN y R.S.SUMMERS] algún reconocimiento del principio básico del imperio de la ley - que los actos de una autoridad jurídica hacia el ciudadano deben estar legitimados por basarse en los términos de una previa norma general” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 214). Pese a esto, el propio FULLER reconoce que una excepción sí puede encontrarse en la obra de HART, puesto que en ella, como por otro lado ha habido ocasión de señalar en páginas anteriores, se reconoce, gracias al dato de la generalidad, que en los sistemas jurídicos se produce un mínimo de justicia por el hecho de aplicar, de forma congruente, las normas generales. Pero, esta apreciación resulta insuficiente, a decir de FULLER, pues “no hay [en las

imperio de la ley y el carácter moral del propio Derecho, hay que recordar que uno de los elementos característicos del concepto de Derecho de Fuller es la existencia de una interacción entre los sujetos que dictan normas y aquéllos que las reciben, frente a la, en su opinión, concepción positivista del Derecho como una proyección unidireccional de autoridad⁸⁷.

Si, tal y como considera Fuller, el positivismo jurídico analiza el Derecho desde el punto de vista del origen formal de sus normas, sin atender al momento en el que éstas se dirigen a sus destinatarios, no resultará, pues, necesario hacer referencia alguna a los requisitos propios del imperio de la ley, los cuales afectan, no al origen de las normas, sino a la forma como se crean y se dirigen a los sujetos afectados por ellas. Frente a esto, la tesis de Fuller consiste en afirmar que a través de la introducción de los elementos característicos del imperio de la ley se habilita una especie de vínculo entre los sujetos competentes para producir y aplicar normas jurídicas, y los destinatarios de las mismas. Y que este vínculo va a ser, precisamente, el elemento que va a permitir ofrecer un argumento en favor de la consideración moral del Derecho. Como desde el positivismo jurídico se desconoce la virtualidad de este vínculo, de la interacción a la que se ha hecho referencia, no resulta extraño que, en consecuencia, se considere que la existencia del Derecho sea un dato moralmente neutro. Cuál sea ese vínculo, y cuáles sean las razones de su existencia, será el objeto de las siguientes líneas de este trabajo.

Lo que Fuller pretende, a la hora de destacar esta interacción producida gracias a la concurrencia, en todo sistema jurídico que pretenda ser considerado como tal, de los elementos de la moral interna del Derecho, no es tanto señalar el hecho de que efectivamente el Poder haya de ajustarse a los requisitos del imperio de la ley en su actuación, que también, cuanto profundizar en las razones que motivan esta

tesis de HART] un reconocimiento al hecho de que un gobierno tenga hacia el ciudadano una obligación de llevar a cabo este «germen de justicia» en su labor de creación y administración de normas” (*idem*, p. 215). Sin perjuicio de que se crea, en estas páginas, que el reconocimiento de HART hacia las dimensiones de justicia introducidas por los elementos de la moral interna del Derecho, y, por ende, por el imperio de la ley, sea mayor del presentado por FULLER - baste como prueba de ello el epígrafe anterior - más adelante habrá que volver sobre el pensamiento de aquel autor.

⁸⁷.- Recuérdese la insistencia de FULLER en destacar la importancia del dato de la interacción a la hora de configurar esa empresa a la que se conoce con el nombre de Derecho, caracterizada por tratarse “de una clase de empresa muy diferente a la que se describe simplemente como un ejercicio de «autoridad» con el propósito de alcanzar el «control social»” (“Human Interaction and the Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, 1969, p. 26). Pues bien, si esta interacción, continúa FULLER, “se quedara al margen de la concepción del principio de legalidad, el imperio de la ley no sería más que un engaño” (*idem*, p. 35).

característica actuación. Razones que, en opinión de Fuller, han de buscarse en la existencia de un compromiso, por parte del Poder, de actuación conforme a las normas propias del sistema jurídico de que se trate. Y es que, siempre desde su punto de vista, el funcionamiento de un sistema jurídico depende de la asunción de ciertas responsabilidades por parte de los sujetos que, en él, se ven involucrados. Así, los sujetos competentes para crear y aplicar normas jurídicas, que pueden englobarse genéricamente bajo el término de Poder, asumen la responsabilidad, o el compromiso, de actuar, siempre y en todo caso, sobre la base de las normas jurídicas del propio sistema, de forma que sus destinatarios puedan prever sus criterios de actuación⁸⁸.

Estos últimos, por su parte, asumen asimismo el compromiso de respetar las normas jurídicas del sistema, siempre y cuando éstas se hayan producido y aplicado conforme a este criterio anteriormente dicho, y que no es otro, téngase en cuenta, que el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho⁸⁹. Puede apreciarse, entonces, cómo lo que Fuller hace es vincular los dos polos de la definición de imperio de la ley, el que afecta a la actuación de los operadores jurídicos y el relacionado con los destinatarios de las normas, estableciendo una especie de compromiso entre ambas partes, consistente en el cumplimiento, por cada una de ellas, de las citadas

⁸⁸.- Este compromiso de actuación, por parte de los órganos competentes, sobre la base de las normas del sistema se corresponde con lo que, en términos de R.DE ASÍS, se entiende como el “deber de gobierno”, el cual “se identificaría con el deber de todo Estado de mantener la convivencia pacífica y de instaurar un sistema jurídico-político estable” (*Deberes y obligaciones en la Constitución, op. cit.*, p. 272). En este marco, el respeto a la moral interna del Derecho se antoja imprescindible para alcanzar tal objetivo de gobierno, pues, como afirma R.DE ASÍS, “el deber de gobierno [...] va a consistir en realizar aquellas condiciones que hacen posible la existencia del Derecho” (*idem*, p. 273); condiciones que no son otras que las recogidas bajo la denominación de moral interna del Derecho. Ésta puede ser la razón por la que J.WALDROM configura, de forma semejante a como parece hacerlo R.DE ASÍS, la moral interna del Derecho como un “manual de gobierno” (“Why Law - Efficacy, Freedom, or Fidelity?”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, p. 260).

⁸⁹.- El compromiso entre el Poder y los ciudadanos, característico del concepto de Derecho que presenta FULLER, se manifiesta en que “a la hora de promulgar normas, el gobierno [entendido en el sentido amplio de Poder] le dice al ciudadano: «estas son las normas que te pedimos que sigas. Si las obedeces, tienes nuestra promesa [o compromiso] de que son las normas que se aplicarán a tu conducta»” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 217). Entonces, añade R.E.SARTORIUS, “el cumplimiento de la moral interna del derecho por parte del poder es el fundamento para un vínculo de reciprocidad entre los ciudadanos y el estado” (*Individual Conduct and Social Norms. A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law, op. cit.*, p. 166). Así pues, el Poder se compromete a respetar, en su actuación, el imperio de la ley, de forma que los ciudadanos puedan conocer, de antemano, cuáles son las normas que se van a aplicar a sus conductas. En consecuencia, los ciudadanos se comprometen a cumplir las normas así establecidas, pues “si el ciudadano supiera que, en su trato con él, el gobierno no iba a prestar atención a sus propias normas, carecería de incentivos para aceptarlas” (*ibidem*).

responsabilidades⁹⁰. Y es, en efecto, en este compromiso, necesario para que los sujetos puedan desarrollar sus expectativas, en el que descansa el funcionamiento de un sistema jurídico⁹¹. Conviene precisar que, en este epígrafe, se va a analizar únicamente la vertiente del compromiso referida al Poder, reservándose la referida a los destinatarios de las normas para el epígrafe siguiente.

Este compromiso de actuación conforme a las normas del sistema es, según Fuller, una de las carencias de la teoría de Hart, y su desconocimiento es, por otro lado, la causa de que tanto su concepto de Derecho cuanto su teoría de la moral interna del Derecho sean rechazadas por el positivismo jurídico. No parece que sea necesario exponer las razones por las que este rechazo se produce, puesto que a lo largo de este trabajo ya se han ido analizando, aunque sí pueda apreciarse, con lo que a continuación va a analizarse, una nueva discrepancia teórica. Téngase en cuenta que existe en la teoría de Hart un reconocimiento de la necesidad, siempre que se pretenda que un sistema jurídico funcione, de que determinados sujetos acepten las normas del sistema. En la primera parte de este trabajo, cuando se analizaron las condiciones propuestas por Hart para la existencia de un sistema jurídico, se insistió, de una forma que se cree suficiente, en esta idea. Baste ahora con recordar que, para este autor, la aceptación por parte de

⁹⁰ .- No parece que la elaboración teórica, por parte de FULLER, de este mutuo compromiso esté muy alejada de las teorías que basan la existencia del Poder y del Derecho, en una determinada sociedad, en la formulación de un pacto o contrato social entre gobernantes y gobernados. No obstante, FULLER prefiere no utilizar esta denominación, ni todo el bagaje teórico que se halla detrás de ella, pues “no sólo despierta inconvenientes asociaciones históricas, sino que también contiene una cierta incongruencia en ella, especialmente cuando se observa que en una sociedad democrática el mismo ciudadano puede ser, a la vez, legislador y destinatario de normas” (*The Morality of Law*, 2ª ed., op. cit., p. 217). Y ello, sin embargo, a pesar de que “Fuller adopte claramente la estructura y la retórica del contrato social en su análisis de las relaciones entre el gobierno y los ciudadanos” (BOYLE, J., “Legal Realism and the Social Contract: Fuller’s Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance”, *Cornell Law Review*, vol. 78, nº 3, marzo, 1993, p. 377). Si es la citada incongruencia lo que motiva el cambio de denominación, no parece que sea una sólida razón para ello, pues la institución de la representación, propia también de las sociedades democráticas, parece venir a resolver aquélla. Quizá exista otra razón por la que FULLER rechace referirse a este compromiso entre gobernantes y gobernados en términos de contrato social, motivada por el hecho de que aceptar éste supone dejar la puerta abierta para la entrada del positivismo jurídico.

⁹¹ .- Baste exponer las siguientes palabras de FULLER como resumen de lo que este compromiso supone para el funcionamiento de un sistema jurídico: “Se ha llamado la atención sobre el hecho de que la obediencia a las normas pierde todo su sentido si sus destinatarios saben que el sujeto creador de normas no prestará atención a sus propios pronunciamientos. El reverso de esta proposición puede significar [...] que aquel sujeto carecerá de cualquier incentivo para aceptar las restricciones del imperio de la ley si sabe que sus destinatarios no están en disposición, o carecen de disposición, de atenerse a sus normas; de poco serviría, por ejemplo, intentar una ordenación jurídica de las relaciones entre los internados de un manicomio” (*The Morality of Law*, 2ª ed., op. cit., p. 219). Es éste, en opinión de FULLER, “el sentido en el que el funcionamiento de un sistema jurídico depende de un esfuerzo cooperativo - una efectiva y responsable interacción - entre el sujeto que dicta las normas y el destinatario de éstas” (*ibidem*).

determinados sujetos, los operadores jurídicos, de ciertas normas del sistema, las que contienen los criterios de validez normativa, se estima imprescindible para que éste pueda ser eficaz, y, por ende, existir como tal.

Aceptación que, recuérdese también, se manifiesta en la práctica generalizada de identificar y aplicar las normas que satisfagan estos criterios de validez, es decir, en la práctica de actuación desde y sobre la base del propio Derecho. De lo expuesto hasta el momento, no parece que quepa inferir que Hart desconozca la importancia del cumplimiento voluntario, por parte de los sujetos que gozan de potestad normativa, del propio Derecho. No desconoce Hart, por tanto, la importancia que tiene, para el funcionamiento regular de un sistema jurídico, que la actuación de los operadores jurídicos se lleve a cabo desde las propias normas del sistema. Tampoco puede afirmarse que Fuller desconozca esta dimensión de la teoría de Hart, puesto que él mismo no deja de reconocer que Hart introduce, en su esquema teórico, esta cuestión de la aceptación voluntaria, por parte de los operadores jurídicos, de lo dispuesto en las normas jurídicas. Pero, en lo que Fuller insiste es que, en ningún lugar de la obra de Hart, se encuentra referencia alguna a la necesidad de que esta aceptación y este respeto a las normas del sistema haya de sustentarse en un compromiso por parte del Poder, correspondido por otro, de similar tenor, realizado por parte de los destinatarios de las normas⁹². Ocasión habrá, posteriormente, de matizar, si es necesario, esta interpretación de la teoría de Hart en la que Fuller basa su crítica, pero, por el momento y antes de ello, resulta imprescindible continuar en el análisis de lo que supone este compromiso de actuación conforme a las normas del sistema jurídico.

Tras haber expuesto los términos de este compromiso que se produce en el interior de un sistema jurídico entre los sujetos afectados por sus normas, cuya

⁹² .- La crítica de FULLER a las tesis de HART radica en que “no existe un reconocimiento, en el análisis de Hart, a que el mantenimiento de un sistema jurídico depende del cumplimiento de responsabilidades que se entrelazan - del gobierno hacia el ciudadano y de éste hacia el gobierno” (*The Morality of Law*, 2ª ed., op. cit., p. 216). Y, para FULLER, la razón de que esto sea así, de que no exista ninguna alusión a dicha realidad en la teoría de HART, es que este autor parece adoptar, a la hora de exponer su particular concepción de lo que es un sistema jurídico, el modelo de la dirección de empresas y no el del Derecho. Recuérdese que éste era un ejemplo, el caso de la dirección de empresas, del que se servía FULLER para caracterizar el Derecho, pues “el punto crucial de distinción entre el derecho y la dirección de empresas descansa en un compromiso por parte de la autoridad jurídica de actuar sobre la base de sus propias normas a la hora de juzgar las acciones de los sujetos” (*idem*, p. 216, nota 29). Y, al “no poder encontrarse reconocimiento alguno de esta noción básica en *El concepto de derecho*” (*ibidem*), FULLER extrae la conclusión de que HART está pensando más en mecanismos de regulación de conductas como el descrito que en el propio Derecho.

articulación se estima necesaria para el funcionamiento regular de aquél, es el momento de referirse a las razones que sustentan el mismo. Se trata, en definitiva, de exponer cuál es, para Fuller, el fundamento de semejante compromiso. Hay que tener en cuenta que del cariz de la respuesta que se ofrezca a esta cuestión va a depender la propuesta de Fuller de que el Derecho, considerado en sí mismo, es una actividad moral. Se está, pues, ante uno de los argumentos en los que Fuller hace un mayor hincapié con el objeto de alcanzar ese resultado deseado de otorgar valor moral al Derecho, y de ahí que la explicación vaya enfocada hacia ese objetivo. A esta advertencia ha de sumarse que, en este momento, el análisis se centra sólo en una de las partes a las que afecta dicho compromiso, la atinente al Poder, pues, como ya se advirtió, todo lo referido a los destinatarios de las normas se analizará en el siguiente epígrafe de este trabajo. Pues bien, la razón por la que, desde el punto de vista de Fuller, los operadores jurídicos asumen el compromiso de respetar el imperio de la ley es porque consideran que es lo moralmente correcto. Piénsese, propone Fuller, un sistema jurídico en cuya norma fundamental se garantice el imperio de la ley. Para que un sistema de tal carácter funcione, es necesario, como ya se ha expuesto, que los operadores jurídicos actúen sobre la base de las normas del propio sistema. Y ello no sólo porque éstos tienen una obligación jurídica de actuar de esa manera, ya que su norma fundamental así se lo impone, sino también porque aceptan que ésa es la forma correcta de actuación, desde el punto de vista moral. Sólo así, es decir, sólo desde la creencia de que la obligación de respetar el imperio de la ley no sólo es una obligación jurídica, sino también una obligación de carácter moral, podrá funcionar un sistema jurídico⁹³.

⁹³ .- La aceptación de las normas del sistema ha de producirse, en opinión de FULLER, por razones morales, y no porque el propio Derecho así lo establezca. Aceptar un sistema jurídico, señala R.A.DUFF, “supone considerar el sistema y sus normas como justificadas por una apropiada concepción del bien común, y estar preparados para cumplirlas por esa razón” (“Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *op. cit.*, p. 82). De ahí que, para que un sistema jurídico sea eficaz, “requier[a] no simplemente la respetuosa deferencia que se muestra por las disposiciones jurídicas, sino esa buena disposición que se mantiene frente a los principios morales en los que se tiene activa creencia” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 642). Trasladada esta afirmación a la constitución que preside un sistema jurídico, lo que en ella se dispone viene a requerir, para FULLER, que “uno pueda trabajar para reformar una constitución, pero mientras permanece intacta, uno debe trabajar con ella, no contra ella o más allá de ella” (*ibidem*). Y esto, en definitiva, porque “para que una constitución pueda ser eficaz ha de ser aceptada [...] no sólo como derecho, sino como buen derecho” (*ibidem*). Una aceptación de este tipo sólo parece posible desde razones morales, pues requiere, a decir de FULLER, “una creencia de que la propia constitución es, en sí misma, necesaria, correcta, y buena” (*ibidem*). Es, a través de esta vía de argumentación, como FULLER vincula la necesaria aceptación de las normas del sistema, por parte de los sujetos que gozan de potestad normativa, con el hecho de que sean razones morales las que están detrás de esta aceptación.

El compromiso se mantiene, entonces, por razones morales, y, en concreto, por la creencia, por parte de los operadores jurídicos, de que tienen una obligación moral de respetar, en su actuación, las restricciones del imperio de la ley, ya que actuar conforme a él es, por así decirlo, lo “justo”. Ésta es, en definitiva, la carga moral que introduce Fuller en la existencia y funcionamiento regular de todo sistema jurídico; carga que se manifiesta en el hecho de que, según lo que acaba de señalarse, éste funciona porque los sujetos competentes para crear y aplicar sus normas creen que lo correcto, desde el punto de vista moral, es actuar sobre la base de las normas del sistema. Si a esto se añade, siguiendo a Fuller, que limitar la actuación del Poder a lo dispuesto en las normas del sistema significa, por todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, cumplir con los elementos de la moral interna del Derecho, la conclusión que se infiere de la exposición de Fuller es que son razones morales las que motivan el cumplimiento, por parte de dicho Poder, de los elementos de la moral interna del Derecho⁹⁴. A ello ha de sumarse una cuestión a la que se ha hecho referencia en estas páginas, relativa a la “calidad” de los contenidos normativos que resultan del cumplimiento de la moral interna del Derecho. Y es que, a los efectos de garantizar la “bondad” del Derecho producido conforme a las restricciones que impone el respeto al imperio de la ley, no conviene olvidar que, para Fuller, un sistema jurídico que respeta la moral interna del Derecho, donde se incluye por supuesto el imperio de la ley, es un sistema jurídico en el que se tenderá a la elaboración de buenas normas, en virtud de la propuesta, por su parte, afinidad natural entre las morales interna y externa del Derecho⁹⁵.

⁹⁴.- Son razones morales las que, desde el punto de vista de FULLER, obligan, tanto a operadores jurídicos cuanto a destinatarios, a respetar el imperio de la ley. Como señala P.P.NICHOLSON, “el ciudadano tiene una obligación moral *prima facie* de obedecer las leyes, y el legislador [entendido en el sentido amplio de sujeto creador de normas] una recíproca obligación moral de hacer leyes que puedan ser obedecidas” (“The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics”, *op. cit.*, p. 314). Y es, precisamente, el respeto a “la moral interna del Derecho lo que explica estas «responsabilidades» u obligaciones morales «tácitamente entendidas» del legislador” (*ibidem*). Respecto a lo exigido a los destinatarios de las normas, ya se ha advertido que la supuesta obligación moral de obedecer las normas del sistema será analizada en el siguiente epígrafe de este trabajo.

⁹⁵.- La creencia de que la actuación conforme a los elementos de la moral interna del Derecho, y, por tanto, conforme a lo dispuesto en las normas jurídicas del sistema es una actuación moralmente buena se ve reforzada, además, por la creencia, analizada ya en otras páginas de este trabajo, de que una actuación de este tipo conducirá a normas materialmente buenas, pues, como señala FULLER, “si los hombres son compelidos a actuar de la forma correcta [es decir, a respetar la moral interna del Derecho], ellos generalmente harán cosas buenas [es decir, normas materialmente buenas]” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 643). La introducción de esta idea contribuye a mostrar, ésa parece ser la intención de FULLER, que hay razones morales para actuar conforme a la moral interna del Derecho.

Párrafos atrás se ha señalado la insuficiencia que, en opinión de Fuller, puede apreciarse en la teoría de Hart sobre la existencia de los sistemas jurídicos. Insuficiencia que, a decir de aquel autor, residía precisamente en el desconocimiento de este compromiso adquirido por los operadores jurídicos de actuación sobre la base de las normas del sistema, si bien, recuérdese, el propio Fuller ponía de manifiesto cómo, para un autor positivista como resulta ser Hart, también se requiere la aceptación voluntaria por parte de los operadores jurídicos de ciertas normas del sistema, las que contienen los criterios de validez normativa, si se pretende que aquél sea eficaz. Pues bien, el reproche de Fuller hacia la teoría de Hart se manifiesta en que este autor evita entrar a considerar la naturaleza de esa aceptación, es decir, las causas en las que ésta se basa. Véase, a continuación, la interpretación que Fuller realiza de las tesis de Hart, con el objeto de mostrar las consecuencias a las que se llegaría a través de ésta. A este respecto, Fuller parte de la tesis, esbozada por el propio Hart, de que la existencia de un sistema jurídico depende, en gran medida, de la práctica de aceptación a ciertas normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y aplicación normativa. Normas que, recuérdese, se califican como secundarias, y se denominan de reconocimiento, cambio y adjudicación. Pero, Hart evita introducirse, o por lo menos eso estima Fuller, en la cuestión del fundamento de dicha aceptación, es decir, de las razones que motivan a ciertos sujetos, los que gozan de la potestad normativa, a aceptar tales normas y actuar conforme a lo dispuesto en ellas. Cuestión ésta, la de las razones de la aceptación, que adquiere un papel central en la argumentación de Fuller, y que es respondida por este autor, tal y como se acaba de poner de manifiesto en los párrafos precedentes, afirmando que dichos sujetos aceptan porque estiman que es lo moralmente correcto. Es, en definitiva, una razón de carácter moral la que se convierte en el fundamento de la eficacia de un sistema jurídico.

Entonces, son razones poderosas las que motivan este silencio de Hart, pues, de aceptar la conclusión a la que acaba de llegar Fuller, podría suceder que las normas secundarias, de cuya aceptación depende la existencia de los sistemas jurídicos, adquirieran una doble dimensión, moral y jurídica. Por un lado, no puede afirmarse que sean jurídicas, ya que derivan su validez de su percepción como moralmente buenas por parte de una serie de sujetos, los operadores jurídicos, y no de su adecuación a otras normas jurídicas, máxime cuando, además, su función es precisamente establecer



cuándo una norma es jurídica. Por otro, su dimensión jurídica se manifiesta en el hecho, constatable con solo atender al funcionamiento regular del Derecho, de que son aplicadas y actúan como auténticas normas jurídicas de obligado cumplimiento. De ahí que, así entendido, el sistema jurídico tenga un fundamento de carácter moral, ya que su existencia depende de algo que excede del ámbito jurídico⁹⁶. El Derecho sería posible, continúa la aplicación del razonamiento de este autor a la teoría de Hart, por la existencia de una práctica de aceptación de determinados sujetos a ciertas reglas que derivan su validez, en efecto, del hecho de que tales sujetos las acepten por ser moralmente valiosas. Y entonces, concluye Fuller, el resultado no podría ser otro que la tan temida, por la doctrina positivista, conexión entre el Derecho y la moral⁹⁷. No es de extrañar, si esto es así, el silencio de Hart en lo tocante a este tema, pues lo máximo que este autor estaría dispuesto a aceptar, tal y como se ha expuesto, es una cierta intersección entre el Derecho y la moral, pero no una unión de estas características⁹⁸.

⁹⁶ .- El planteamiento de FULLER consiste en continuar la argumentación de HART desde el punto en el que considera que este autor se ha detenido, y del que evita pasar por temor, al menos eso cree FULLER, a la conclusión que pueda llegar a alcanzar. Y es que, como señala FULLER, tras la lectura de la afirmación de HART de que resulta necesaria, para la existencia de un sistema jurídico, la aceptación de ciertas normas que establezcan los criterios de producción normativa, él mismo “esperaba que [HART] continuara afirmando algo así como esto: He insistido profundamente en la importancia de mantener la distinción entre el derecho y la moral. Pero, la cuestión radica ahora en cuál sea la naturaleza de estas normas fundamentales que configuran la estructura dentro de la que tiene lugar la creación del derecho” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 639). Y aquí, continúa la particular interpretación de FULLER, es donde se presenta el dilema, pues “por un lado, [las normas secundarias] parecen ser normas, no jurídicas, sino morales. Derivan su eficacia de una aceptación general, que, a su vez, descansa en último término en una percepción de que son correctas y necesarias. Dificilmente puede decirse que sean derecho, desde que su función es establecer cuándo una norma lo sea. Por otro lado, en el cotidiano funcionamiento de un sistema jurídico son frecuentemente tratadas y aplicadas como las normas jurídicas que son” (*ibidem*). Entonces, la teoría de HART sobre la existencia de los sistemas jurídicos se dirige invariablemente, según FULLER, hacia la conclusión de que “el derecho llega a ser posible sólo por virtud de normas [las normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación] que no son derecho” (*idem*, p. 642).

⁹⁷ .- De acuerdo con la exposición de J.R. DE PÁRAMO, “la noción de «aceptación» implica para Fuller una noción moral que une conceptualmente el Derecho y la Moral” (*H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, *op. cit.*, p. 343). Entonces, continúa este mismo autor, “el profesor americano [FULLER] opina que Hart, al abandonar la teoría imperativa [y sustituirla por la tesis de la práctica de aceptación a una regla de reconocimiento] no puede mantener la separación es/debe en el fundamento del Ordenamiento Jurídico” (*ibidem*). En el mismo sentido que FULLER se pronuncia J.A. RAMOS PASCUA cuando aduce que “en cuanto la aceptación de la regla de reconocimiento implica que al menos los funcionarios la valoran positivamente desde el punto de vista ético-político, dicha regla constituye una vía no contingente sino necesaria de penetración de la moral en el Derecho, y no tan insignificante como a primera vista pudiera parecer” (*La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, *op. cit.*, p. 197).

⁹⁸ .- La interpretación que FULLER ha esbozado de la teoría de HART conduce, indefectiblemente, a una unión entre el Derecho y la moral, mucho más profunda que la simple “intersección” a la que se refiere, en algún lugar de su teoría, el propio HART. En términos de aquel autor, “debe confesarse que hay algo [en la necesidad de la aceptación para el funcionamiento de un sistema jurídico] que puede llamarse una «fusión» del derecho y la moral, para la que el término «intersección» es poco apropiado” (FULLER, L.L.,

Hasta aquí llega, en definitiva, la interpretación que Fuller hace de la propuesta de Hart acerca de las condiciones de existencia de un sistema jurídico.

Se acepte o no esta interpretación que Fuller lleva a cabo de la teoría de Hart, tema que se abordará en el siguiente apartado, lo cierto es que sirve para corroborar la conclusión que, desde un primer momento, apuntó el propio Fuller. Conclusión que bien pudiera resumirse en la idea de que todo sistema jurídico, en el que, por definición, existe un compromiso por parte del Poder de respetar la moral interna del Derecho, descansa sobre un fundamento de carácter moral. Pues, como acaba de apreciarse, aquél se asienta sobre una especie de compromiso, que excede del marco jurídico, realizado por parte de los sujetos competentes para la creación y aplicación normativa, de actuar sobre la base de las normas del sistema, es decir, de respetar la moral interna del Derecho, porque consideran que ello es lo moralmente adecuado, lo que les viene exigido por razones morales. No resultaría erróneo, por consiguiente, predicar el carácter moral de una actividad que requiere, para su regular funcionamiento, partir de un compromiso, también moral, de los sujetos que la sustentan. El de los operadores jurídicos acaba de explicarse; el relativo a los destinatarios de las normas será objeto de análisis en el siguiente epígrafe. Ésta es, en conclusión, la vía de argumentación seguida por Fuller para afirmar que el Derecho es, considerado en sí mismo, una actividad moral⁹⁹.

5.3.3.- Elementos para una teoría de la legitimidad del Poder

La exposición de las tesis de Fuller deja paso, en el presente apartado, a una labor de valoración crítica de las mismas, con el objeto de extraer de ellas lo que pueda

“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 639). De ahí que J.A.RAMOS PASCUA insista a la hora de afirmar que aceptar la existencia de la moral interna del Derecho “supone una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, y no tan irrelevante como Hart quiere hacernos ver” (*La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A.Hart*, *op. cit.*, p. 163).

⁹⁹.- El desconocimiento por parte del positivismo jurídico de la existencia de esta reciprocidad entre operadores jurídicos y destinatarios es la causa de que se rechace, por parte de esta teoría, la virtualidad de la moral interna del Derecho, pues, como afirma FULLER, “todo lo que se requiere para aceptar la idea de la moral interna del Derecho es concebir el derecho, no como una proyección unidireccional de autoridad, sino asentado en una interacción entre el legislador y el ciudadano, en donde cada uno tenga responsabilidades hacia el otro” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 661). Frente a esta opinión de FULLER, ha quedado reflejado en estas páginas cómo es posible entender la moral interna del Derecho al margen del concepto de Derecho “interaccional”, si se permite la expresión, en el que él

resultar de utilidad a los efectos de este trabajo, manteniendo, así, la coherencia en el esquema metodológico que se anunció al inicio de este capítulo. Se comienza, de este modo, con el análisis de la interpretación que el propio Fuller realiza de la teoría de Hart a propósito de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, puesto que, de ser cierta, podría suponer un importante punto del que partir hacia la búsqueda de los objetivos marcados para esta segunda parte del trabajo. Téngase en cuenta que, tal y como se acaba de exponer, la interpretación de Fuller consiste, básicamente, en señalar que la aceptación que los operadores jurídicos realizan de las normas que contienen los criterios de validez normativa es una aceptación de carácter moral, pues la razón que impulsa a que ésta se produzca es una creencia en que tales normas son, desde el punto de vista moral, correctas. Entonces, la existencia de los sistemas jurídicos depende de la moralidad de las normas de identificación de normas, pues, sólo si los operadores jurídicos consideran éstas como correctas, las aceptarán, y, en consecuencia, actuarán sobre la base de lo dispuesto en las mismas. Y, es en este punto donde la teoría de Hart, interpretada desde el particular prisma de Fuller, y la de este autor coinciden, pues, por una vía o por otra, se llegará a un mismo resultado, consistente en afirmar la moralidad inherente a los sistemas jurídicos. No cabe duda de que éste es el objetivo de Fuller, pero sí es, cuando menos, dudoso que también lo sea en lo que a Hart se refiere, máxime si se tiene en cuenta que, si hubiera que destacar algún postulado teórico del referido autor, éste no sería otro que el formado por la tantas veces aludida separación entre el Derecho y la moral.

Cierto es que Hart destaca la importancia que tiene el hecho de que, en un sistema jurídico, los sujetos que gozan de potestad normativa, los funcionarios, acepten los criterios de identificación de las normas del sistema, aceptándolos, además, como los criterios correctos de actuación en el interior del sistema jurídico. Recuérdese, por otro lado, que Hart distinguía la posibilidad de establecer, respecto de la aceptación de las normas, enunciados tanto externos como internos. Los primeros se caracterizan por realizarse por sujetos que, sin aceptar las normas, simplemente constatan que determinados sujetos aceptan tales normas. Frente a éstos, los enunciados internos se caracterizan por ser emitidos por aquellos sujetos que aceptan estas normas, y, en

mismo basa su teoría. A continuación, se pretende ofrecer algún argumento que permita seguir manteniendo esta conclusión, aun cuando se rechace que el Derecho sea una actividad moral en sí misma.

consecuencia, desarrollan toda su actividad sobre la base de lo dispuesto en ellas. De ahí que se afirme que estos sujetos se encuentran, respecto de las normas, en el llamado punto de vista interno. Pues bien, éste es el punto de vista adoptado por los operadores jurídicos que aplican las normas que satisfacen los criterios de validez contenidos en las normas de identificación de normas o, en la terminología de Hart, normas secundarias. Aun cuando no se afirme expresamente por parte de los sujetos ubicados en el punto de vista interno, su aceptación de estas normas secundarias se manifiesta en el simple hecho de aplicar las propias normas jurídicas del sistema, puesto que ello significa actuar en consecuencia con los criterios de validez contenidos en aquellas normas secundarias. No cabe, por lo tanto, desconocer la importancia que, en el esquema teórico de Hart, posee el dato de que los operadores jurídicos acepten las normas fundamentales del sistema, entendiendo por tales aquéllas que sirven para identificar el material jurídico de dicho sistema.

Tampoco cabe negar que, en este proceso de aceptación, los elementos de la moral interna del Derecho desempeñan un papel importante, pues, como también se puso de manifiesto en la primera parte de este trabajo, su concurrencia se estima imprescindible para que los operadores jurídicos puedan efectivamente llevar a cabo dicha aceptación. Se trata de una necesidad que se estima de carácter fáctico, no lógico o axiológico, puesto que para que los operadores jurídicos puedan aceptar las normas secundarias es preciso, ineludiblemente, que éstas se formulen de tal modo que puedan ser aceptadas. Y, para ello, se requiere que se articulen conforme al respeto de los elementos de la moral interna del Derecho. No parece que sea necesario explicar las razones por las que se presenta esta relación, puesto que ello se realizó en la primera parte de este trabajo. Pero, sí interesa, en este momento, llamar la atención sobre la presencia, en esta dimensión de la teoría de Hart, de los elementos de la moral interna del Derecho, al contribuir éstos de una manera que se cree imprescindible para que los operadores jurídicos, estos sujetos que se hallan en el punto de vista interno, puedan llevar a cabo esa práctica generalizada de aceptación de las normas que contienen los criterios de identificación de todas las normas del sistema a la que Hart concede, en efecto, el rango de requisito necesario para la existencia de los sistemas jurídicos. Es, desde mi punto de vista, una razón más que suficiente para poner en tela de juicio la

creencia de Fuller de que la teoría de Hart no proporciona a los elementos de la moral interna del Derecho la atención que merecen.

Cuestión distinta es la del carácter de la aceptación, donde parece hallarse el núcleo de la crítica de Fuller hacia Hart. Y ello, recuérdese, por lo que Fuller considera una importante omisión de Hart, cual es la de desconocer que la aceptación de los operadores jurídicos se produce por razones de moralidad. Los operadores jurídicos aceptan las normas fundamentales del sistema, alega Fuller, porque consideran que es lo moralmente correcto, que deben cumplir con su parte del compromiso, o de la interacción, necesaria para el funcionamiento de un sistema jurídico. Pero, si se dirige la atención hacia la tesis de Hart, no parece que su seguimiento, en los términos en los que Fuller la ha desarrollado partiendo del lugar en el que ésta se detiene, lleve a esta conclusión de que la aceptación ha de descansar en razones morales. Ésta es la conclusión de Fuller, pero no la de Hart. Y ello porque, con la introducción de este requisito de la aceptación, lo que Hart quiere decir es, simplemente, que para el funcionamiento de todo sistema jurídico se requiere que una serie de sujetos, normalmente los que gozan de la potestad de crear y aplicar las normas del sistema, acepten voluntariamente tales normas, pues, si no es así, difícilmente podrá tener este sistema el mínimo de eficacia necesario para su propia existencia¹⁰⁰. Pero, esto es una

¹⁰⁰ .- La cuestión sobre las razones que motivan una práctica social de aceptación de las normas fundamentales del sistema es, desde el punto de vista de HART, diferente a la de la constatación de que esa práctica existe. Con ello, es decir, con la constatación de que los operadores jurídicos aceptan la regla de reconocimiento del sistema, “es suficiente para responder de modo afirmativo a la pregunta de si un sistema jurídico existe” (HART, H.L.A., “Obligación jurídica y obligación moral”, *op. cit.*, p. 17). Pero, “tanto la obediencia general como el posterior uso y las actitudes respecto al derecho pueden estar motivados por el miedo, la inercia, la admiración a la tradición, o por un cuidadoso cálculo de intereses egoístas, así como también por el reconocimiento de la obligación moral de obedecerlo” (*ibidem*). Cualquiera de estas razones puede prevalecer, y cualquiera de ellas, no sólo la “moral”, puede servir como base para la existencia de un sistema jurídico. Si esto es así, no es necesario, como afirma J.R.DE PÁRAMO, “que los funcionarios estén de acuerdo, desde un punto de vista moral, con esta regla [de reconocimiento]” (*H.L.A.Hart y la teoría analítica del Derecho*, *op. cit.*, p. 277). De ahí que, en una de las preguntas a la entrevista que le realizó J.R.DE PÁRAMO, HART afirmara que “mi teoría es descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y además no tiene propósitos justificativos; no pretende justificar o legitimar sobre fundamentos morales las formas y estructuras que aparecen en esta teoría general del Derecho” (“Entrevista a H.L.A.Hart”, *DOXA*, nº 5, 1988, p. 348); y que, a pesar de las insuficiencias que pudiera presentar su teoría de la obligación jurídica, sigue manteniendo la creencia en la falsedad que supone pretender que “una teoría de la obligación pued[a] tener sentido solamente si la obligación supuesta tiene algún fundamento moral” (*idem*, p. 346). Cámbiese el término de obligación por el de aceptación, y podrá comprobarse cómo HART rechaza la vinculación necesaria entre existencia de un sistema jurídico y aceptación moral de sus normas fundamentales por parte de sus funcionarios.

cosa, y afirmar que tales sujetos aceptan porque creen que es lo moralmente correcto, otra bien distinta¹⁰¹.

Las razones que pueden estar detrás de la actuación de los funcionarios de un sistema pueden ser de muy distinta índole. Claro es que muchos de ellos pueden aceptar y aplicar las normas por acuerdo ideológico, o moral, con las mismas, pero no lo es menos que cabe perfectamente sean razones de otra índole las que motivan a los funcionarios a acatar el sistema. Piénsese, por ejemplo, en razones prudenciales, motivadas por el temor a perder del puesto de trabajo, o en la inercia o más pura indiferencia. En todos estos casos, los sujetos aceptan las normas fundamentales del sistema, lo que se manifiesta en que aplican las normas creadas conforme a lo dispuesto en aquéllas, sin que estén de acuerdo con ellas, o, incluso, sin llegar a plantearse cuestión alguna sobre su moralidad¹⁰². Y, no por ello va a dejar de funcionar el sistema jurídico. Éste dejará de hacerlo cuando los funcionarios no acepten las normas que contienen los criterios de identificación de las normas, pero no cuando éstos actúen por motivos ajenos a los de la creencia o acuerdo moral.

Para argumentar, en definitiva, en favor de la necesidad de un punto de vista interno sobre las normas no parece que se requiera configurar éste como un punto de

¹⁰¹ .- Téngase en cuenta el último de los sentidos de la relación entre el Derecho y la moral que, según W.T.BLACKSTONE, se aprecia en la teoría de HART. Se trata, éste, de que “Hart no niega que exista una obligación moral de obedecer el derecho. Tampoco niega que exista una conexión empírica entre sentir una obligación moral de obedecer el derecho y la existencia del derecho o de un sistema jurídico. Pero sí niega que se trate de una conexión necesaria o analítica. Además de obediencia general, debe haber razones o una racionalidad para la obediencia y aceptación de las reglas constitucionales o de reconocimiento. Pero, no se necesita que esas razones sean morales” (“The Relationship of Law and Morality”, *op. cit.*, p. 1374). En el mismo sentido, sólo que limitado al ámbito que ahora se analiza, L.PRIETO señala que “en el planteamiento de Hart esa dimensión interna que supone aceptación de obligatoriedad por parte de los funcionarios no implica en ningún caso la existencia de una relación necesaria o conceptual entre Derecho y moral” (*Constitucionalismo y Positivismo, op. cit.*, p. 60). Ciertamente es que esa aceptación resulta conveniente para la existencia del sistema, hasta el punto que “es difícil concebir la existencia de un sistema jurídico sin que la mayor parte de quienes lo aplican no crean estar moralmente facultados para hacer, en nombre de un sistema de normas, aquello que de hecho vienen haciendo” (*idem*, p. 61), pero también lo es que “no [es] imposible por definición” (*ibidem*). Así, concluye el argumento de L.PRIETO, la “aceptación no sólo no tiene por qué expresar algún ideal moral, sino que puede referirse incluso a normas que se desapruében en el fuero interno” (*ibidem*).

¹⁰² .- A.PASSERIN distingue la obediencia “consciente”, que es la que se produce en “el caso de individuos y grupos que obedecen a las leyes sin vacilación y por convicción, con plena adhesión a la solicitud que se les hace” (“Legitimidad y resistencia”, trad. M.Atienza, *Sistema*, nº 13, abril, 1976, pp. 28-29) de la obediencia “formal”, propia “de individuos y grupos que obedecen las leyes de manera puramente exterior y mecánica, por rutina y dejadez, aun cuando no necesariamente por el temor a una sanción” (*idem*, p. 29). Nada obsta, entonces, a que pueda adscribirse a este segundo tipo de obediencia la actitud de la mayoría de los funcionarios de un sistema jurídico. En este mismo sentido, W.L.MCBRIDE señala que “el lenguaje de la «aceptación» sugiere distintas actitudes psicológicas que van desde la

vista moral. Máxime cuando son sólo los elementos de la moral interna del Derecho las razones en las que basar la moralidad de la aceptación. Vuélvase, por un momento, a la concepción del Derecho esbozada por Fuller. En ella, el Derecho se sustentaba en un compromiso, de carácter extrajurídico, de los operadores jurídicos de aplicar las normas del sistema, es decir, de respetar todo lo que supone el imperio de la ley. No se cree que haga falta recordar, de nuevo, que el establecimiento del imperio de la ley requiere el cumplimiento de los requisitos de la moral interna del Derecho. De ahí que el compromiso de actuar sobre las normas del sistema suponga, en última instancia, un compromiso de respetar la moral interna del Derecho. La moralidad de ésta, aspecto abordado en el capítulo anterior, se convierte, entonces, en la única razón por la que se predica, por parte de Fuller, el carácter moral del compromiso, pues los sujetos que lo suscriben están comprometiéndose, ya que consideran que “justo” es hacerlo, a cumplir con una serie de dimensiones de moralidad. Similar argumentación se presenta cuando Fuller pretende demostrar cómo, en la propia teoría de Hart, se requiere una aceptación de carácter moral a las normas fundamentales del sistema, ya que el único argumento que se ofrece para fundamentar tal obligación es la corrección moral de tales normas¹⁰³.

pasiva resignación hasta la opción activa” (“The Acceptance of a Legal System”, *The Monist*, vol. 49, nº 3, julio, 1965, p. 395).

¹⁰³.- Una argumentación diferente a la de FULLER, pero tendente igualmente a demostrar que “la aceptación de enunciados normativos o internos de deber jurídico implicaría en último término la aceptación de razones morales” (BAYÓN, J.C., “Deber jurídico”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, op. cit., p. 327), puede encontrarse en C.S.NINO, para quien “no existen razones jurídicas que puedan justificar acciones y decisiones con independencia de su derivación de razones morales” (*Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., p. 82), de manera que, añade J.C.BAYÓN, “las razones operativas de un razonamiento jurídico justificatorio han de ser razones morales” (*La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, op. cit., p. 738). No pueden ser jurídicas, “es decir, las normas jurídicas mismas [...] porque o bien éstas son consideradas como juicios prácticos que se aceptan por su contenido (y entonces su aceptación es indistinguible de la de un juicio moral ordinario, i. e., de uno no dependiente del hecho de la existencia de esas reglas), o bien se toma en cuenta como razón auxiliar el hecho de su existencia, en cuyo caso se presuponen razones operativas últimas” (*idem*, pp. 737-738). Ni tampoco prudenciales, “puesto que un razonamiento práctico de naturaleza prudencial que toma en cuenta la existencia de normas jurídicas no es apto para justificar decisiones que se imponen a otros sean cuales sean sus intereses: uno puede hacer lo que el derecho le exige por razones prudenciales, pero no puede apelar meramente a sus propios intereses para justificar que otro debe hacer algo” (*idem*, p. 738). Ahora bien, esta argumentación no genera, en contra de la opinión de K.LOVIN, “una conexión analítica o lógica entre el derecho y la moral” (“H.L.A. Hart and the Morality of Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 21, 1976, p. 139), sino, a lo sumo, “un sentido mínimo en el que puede afirmarse que hay una «conexión conceptual entre el derecho y la moral»” (BAYÓN, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, op. cit., p. 739), que C.S.NINO prefiere denominar “conexión justificatoria” (*Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, op. cit., p. 83). Y es que este tipo de argumentación, matiza J.C.BAYÓN, “no impide en modo alguno diferenciar del modo más claro entre el derecho que es y el que debería ser, ni entre lo jurídicamente «debido» (y aquí el entrecomillado indica un sentido *descriptivo*) y lo debido moralmente. Que, después de todo, son las pretensiones irrenunciables de una concepción

Y, tal corrección moral no puede derivar más que del hecho de que en ellas se cumplan los elementos de la moral interna del Derecho, puesto que su presencia en tales normas fundamentales es el único elemento que Fuller parece tener en cuenta.

Pero, los elementos de la moral interna del Derecho, si bien resultan necesarios para que los operadores jurídicos puedan actuar sobre la base del imperio de la ley, no son elementos suficientes para calificar moralmente tal actuación. Dos son las razones que pueden aportarse en apoyo de esta afirmación que, esta vez sí, parece oponerse frontalmente a las tesis de Fuller. Por un lado, hay que tener en cuenta que, aun cuando pudiera suceder que los operadores jurídicos respetaran su compromiso de actuación conforme a las normas del sistema, también puede acaecer que determinados sujetos operen así por razones muy distintas a las morales, y no por ello el compromiso, y el sistema, dejen de ser eficaces. La interacción entre los sujetos que pertenecen a un sistema jurídico, necesaria en opinión de Fuller para el funcionamiento regular de éste, se produciría siempre que aquéllos respetaran los términos del compromiso, sea por creencia moral en que esto es lo “justo” sea por razones de cualquier otra índole. Lo relevante es que esa actuación conforme a normas se produzca, sin importar las causas que la motivan. De ahí que su interpretación de la tesis de Hart vaya mucho más allá de lo que este autor quiere decir. Como se ha indicado en un párrafo anterior, Hart sólo pretende poner de manifiesto que, para que un sistema jurídico sea eficaz y, por ende, exista, se requiere la aceptación a las normas fundamentales del sistema por parte de sus funcionarios, sin abordar la cuestión de si esta aceptación se produce por una creencia moral de que el sistema está “en lo justo”, o por cualesquiera otras motivaciones de aquéllos, incluyéndose también en el elenco de éstas la falta de motivación¹⁰⁴.

iuspositivista (“Deber jurídico”, *op. cit.*, p. 329). Por otro lado, se trataría únicamente, como señala J.A.RAMOS PASCUA, “de una conexión entre el Derecho y la moral social dominante, o la moral del grupo dominante, que puede ser incluso inicua, pero no necesariamente entre Derecho y Moral con mayúsculas, es decir, moral esclarecida, verdadera moral, si es que algo así existe y acepta tal denominación” (*La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A.Hart, op. cit.*, p. 199).

¹⁰⁴ .- HART sostiene, en definitiva, que resulta necesario distinguir “la aceptación general de la última norma jurídica de un sistema de derecho que especifica los criterios de validez jurídica de aquellos principios o reglas morales en los que los sujetos se basan a la hora de decidir si y hasta qué punto están moralmente abocados a obedecer [o a aceptar, en el caso de los funcionarios] las leyes” (“Lon L. Fuller: *The Morality of Law, op. cit.*, pp. 361-362). No sólo parece mantenerse firme en esta creencia, sino que, además, HART parece enviar un “recado” a FULLER al decirle que “quizá este autor tenga razón al creer que todo reconocimiento de la autoridad jurídica contiene implícitamente limitaciones morales. Pero, si éste fue mi error, requiere una ataque más frontal y detallado que el desplegado por el autor” (*idem*, p. 362). J.A.RAMOS PASCUA interpreta estas palabras como un reconocimiento implícito, por parte de HART, de “que su idea de negar que la aceptación de la regla de reconocimiento implicara aprobación moral de

Existe, además, una segunda razón por la que no se estima que el respeto a la moral interna del Derecho pueda considerarse como un argumento suficiente para calificar la conducta de los operadores jurídicos como moralmente correcta. Pues, son muchos los aspectos de esta conducta que permanecerían ajenos a cualquier tipo de valoración moral, de atender sólo al criterio de comprobar si, en la conducta de los operadores jurídicos, se ha respetado o no la moral interna del Derecho. Ciertamente es que esta labor es importante, y que difícilmente puede afirmarse la corrección moral de la actuación de un funcionario que ha violado la moral interna del derecho, pero no lo es menos que hay otros aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ofrecer una respuesta a tal cuestión. Así, la dimensión interna de legitimidad a la que alude Fuller, y que, recuérdese, se obtiene cuando el Poder actúa sobre la base de las normas jurídicas previamente establecidas, requiere ser completada por otras dimensiones, si se quiere predicar la legitimidad de éste.

No parece que sea en exceso aventurado afirmar que Fuller puede haber incurrido en una tentación que recuerda a lo sucedido en otros lugares de su teoría, cual es el hecho de pretender colmar todas las cuestiones objeto de análisis con la figura de la moral interna del Derecho. Y, en este caso, pretender deducir la legitimidad del Poder del hecho de que éste respete, en su actuación, los elementos de la moral interna del Derecho, puede ser buena prueba de ello. El compromiso de actuación conforme a normas, es decir, el respeto a la moral interna del Derecho, no convierte a un sistema jurídico en legítimo, por más que Fuller pretenda insistir en ello. De ahí que, volviendo a la teoría de Hart, pueda afirmarse que los elementos de la moral interna del Derecho resultan imprescindibles para lograr la vertiente fáctica de la aceptación, pero nada más, pues no aportan un argumento definitivo para defender la corrección moral de la

la misma podía constituir un punto débil de su doctrina” (*La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, op. cit., p. 197). Sin embargo, años después, en la entrevista anteriormente citada, continuaba manteniendo que “no vislumbro ninguna razón aceptable para sostener que la jurisprudencia y la teoría jurídica deban presentarse bajo esta fórmula moralmente justificativa” (PÁRAMO, J.R.DE, “Entrevista a H.L.A. Hart”, op. cit., p. 346). De ahí que, aun cuando señale E.E.DAIS que HART “estaba preparado para considerar que el simple hecho de reconocer la autoridad del derecho necesariamente limitaba el derecho por medio de la moralidad” (“Jus Naturalism, Legal Positivism and Perspectival Confusion: The Fuller-Hart Debate Revisited”, *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. X, UNAM, México, 1984, p. 80), los argumentos expuestos en el texto pueden servir para rechazar la opinión de J.D.GOLDSWORTHY de que “al aceptar la visión de que los enunciados jurídicos expresan un compromiso moral con el derecho [...] el positivismo jurídico se ha autodestruido” (“The Self-Destruction of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n° 4, invierno, 1990, p. 486).

actuación de los operadores jurídicos. Si esto es a lo que Fuller se refiere cuando afirma que la moral interna del derecho no encuentra acomodo en la teoría de Hart, no puede hacerse más que darle la razón. Se espera, no obstante, haber ofrecido argumentos suficientes para matizar esta afirmación. Si cabe una interpretación positivista de la moral interna del Derecho. Lo que, en cambio, no parece posible es utilizar esta figura como instrumento para hacer llegar, a la teoría de Hart, a una conclusión, la unión entre el Derecho y la moral, que este autor sin duda rechazaría.

Resta por señalar, finalmente, cuáles son los aspectos que deben ser tenidos en cuenta, al margen del respeto a la moral interna del Derecho, a la hora de predicar la legitimidad del Poder. El primero de ellos es el origen que haya de tener el mismo. En este sentido, conviene recordar que Fuller advirtió sobre la imprescindible concurrencia de esta dimensión, a la que se refirió como la vertiente externa de legitimidad, así como sobre la necesidad de que esta dimensión fuera completada por la ya analizada, en páginas anteriores, vertiente o dimensión interna. Recuérdese que, mientras que con la dimensión interna de legitimidad se hace referencia, siempre desde el punto de vista de Fuller, a la actuación del Poder conforme a las normas generales previamente establecidas, la dimensión externa atiende al título que el Poder ostenta a la hora de actuar sobre las conductas de los sujetos. Y, añadía Fuller, la cuestión del título es a la que Hart dirige su atención, ofreciendo una respuesta a través de la regla de reconocimiento, pero obviando por completo, ésa era una de las grandes omisiones de la teoría de este autor, la otra dimensión, la dimensión interna de legitimidad. Bien, similar crítica puede hacerse, en mi opinión, a la teoría de Fuller, sólo que cambiando de dimensión o vertiente de legitimidad, pues el excesivo “celo” con el que insiste en la necesidad de la actuación del Poder conforme a normas generales previamente establecidas, es decir, su ferviente defensa del respeto a la moral interna del Derecho por parte de éste, parece hacerle olvidar que también existe otra dimensión de análisis, cual es la conformada por la dimensión externa, o, lo que viene a ser lo mismo, por el origen de dicho Poder¹⁰⁵.

¹⁰⁵ .- Vincula N.BOBbio la legitimidad al origen del Poder, al afirmar que “cuando se exige que un poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga un justo título para detentarlo” (“Sobre el principio de legitimidad”, en BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, op. cit., p. 299), mientras que “cuando se invoca la legalidad de un poder se pide que sea ejercido justamente, es decir, en base a las leyes establecidas” (*ibidem*). En consecuencia, “el poder legítimo es un poder cuyo título es justo; un poder legal es un poder en el que es justo el ejercicio” (*ibidem*). Se volverá, más adelante, sobre esta

Cierto es que la regla de reconocimiento puede utilizarse como respuesta a esta cuestión de la dimensión externa de legitimidad. Otra cosa, bien distinta, es que esa respuesta sea suficiente para zanjar la cuestión. Supóngase el caso de un sistema jurídico cuya regla de reconocimiento pueda expresarse con la frase de que “lo que la Constitución diga es Derecho”, de forma que el criterio supremo de validez normativa sea lo dispuesto en la Constitución de ese sistema. Obvio parece, en el caso de que en ella se establezcan, que los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de dicho sistema derivan, entonces, su específica potestad normativa de la propia Constitución, y lo mismo sucede con todos los órganos o sujetos a los que se reconozca cierta competencia a la hora de crear, administrar o aplicar las normas jurídicas. De esta forma, la regla de reconocimiento proporciona, a través del establecimiento de una cadena de validez normativa y, por tanto, de una cadena de atribución de competencias, un título con el que los operadores jurídicos, o funcionarios del sistema, pueden legitimar su actuación. Así, los órganos que gozan de la potestad judicial podrán esgrimir, cuando se les inquiera por su competencia, lo dispuesto en la propia Constitución, pues en ella se les otorga potestad para, en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones, contenidas todas ellas en normas del sistema, juzgar y aplicar lo juzgado. Idéntica respuesta ofrecerían los poderes legislativo y ejecutivo, cada uno en su correspondiente ámbito, así como cuantos órganos o sujetos gocen de una cierta potestad normativa. Es, pues, en este sentido en el que puede afirmarse, tal y como hace Fuller, que la regla de reconocimiento ofrece una respuesta a la vertiente externa de la legitimidad del Poder.

Pero, supóngase ahora otro sistema jurídico con una regla de reconocimiento distinta a la del ejemplo expuesto en el párrafo anterior, y que puede ser expresada en los términos de que “lo que Rex diga es Derecho”. La diferencia radicaría en que, en este caso, es un sujeto, Rex, el que goza de la máxima potestad normativa en ese sistema. Éste decide hacer uso de la misma estableciendo una serie de órganos a los que dota de capacidad para, mediante la creación y aplicación de normas, actuar en el funcionamiento cotidiano y regular del sistema. Entonces, si se inquiriera a los sujetos que componen estos órganos por el título de sus respectivas potestades normativas, la

cuestión, al exponer los elementos cuya concurrencia hace que merezca aplicarse el atributo de “justo” tanto al origen como al ejercicio del Poder. Baste, por el momento, con advertir cómo esta distinción de N.BOBbio hace referencia a la diferenciación, ya clásica en la filosofía política, entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio.

respuesta no sería diferente a la que, en el caso anterior, esbozaron los sujetos a los que aquella Constitución concedió, asimismo, potestad normativa. Tanto en uno como en otro caso, la respuesta sería ciertamente similar. Su título de actuación reside en el hecho de que su propia potestad les viene concedida por la máxima autoridad del sistema, ya sea ésta Rex ya sea la Constitución. Esta similitud pone de manifiesto, en principio, una circunstancia, cual es la vinculación entre las dimensiones externa e interna de la legitimidad, que parece haber sido silenciada por el propio Fuller. Y ello porque, si la legitimidad interna del Poder depende del cumplimiento de las normas generales previamente establecidas, podría afirmarse entonces que, en el primer caso, concurre esta circunstancia no sólo porque los órganos competentes cumplen, en su actuación, las normas del sistema, sino también porque su propia competencia también deriva del cumplimiento de una de las normas del sistema, la Constitución, pues ésta establece cuál es la competencia que cada órgano posee. Entonces, el título de legitimidad que estos órganos poseen parece ser, siempre y en todo caso, interno, puesto que se obtiene gracias al respeto de las normas previas del sistema; en este ejemplo, gracias al cumplimiento de lo establecido en la Constitución de ese sistema jurídico.

La legitimidad de los órganos judiciales, por poner tan solo un ejemplo, depende del hecho de que cumplan las propias normas del sistema, y de que, por tanto, no resuelvan los casos que se les presenten conforme a sus preferencias o intereses personales. Esto significa, entre otras cosas, cumplir las normas que, con carácter previo, les conceden la competencia para juzgar los casos que se planteen ante ellos, de forma que es el cumplimiento de la legalidad el único título de legitimidad que ostentan. En caso de que un sujeto les preguntara por qué son ellos los que han de juzgar ciertos casos, actuando así sobre las conductas o las vidas de las personas, su respuesta no podría ser otra que una de carácter interno, entendiendo como tal una respuesta que dijera que la razón de su actuación es que así lo disponen las normas jurídicas del propio sistema. Del mismo modo, los sujetos a los que Rex ha concedido competencia para crear y aplicar normas gozarán de legitimidad siempre y cuando respeten las normas previamente establecidas por Rex, entre las que se encuentra, precisamente, aquélla que les otorga competencia para actuar en la vida jurídica. Si alguien le preguntara a cualquiera de ellos cuál es la razón que les impulsa, o que les legitima, para llevar a cabo tal o cual actuación, la respuesta sería, de forma similar a como hizo el juez del

ejemplo anterior, que actúan así porque están cumpliendo las normas de Rex. Entonces, tanto en uno como en otro caso, la actuación conforme a normas parece ser el único criterio utilizado a la hora de legitimar las actuaciones de los sujetos que gozan de potestad normativa. Pero, el criterio externo, sobre cuya necesidad advirtió el propio Fuller, no parece que se halle presente, pues la propuesta de Fuller conduce, invariablemente, a que la legitimidad se defina por vía de legalidad¹⁰⁶. De ahí que se comenzara este punto advirtiendo que, por insistir tanto en la dimensión interna, cosa absolutamente necesaria para la legitimidad del Poder, Fuller parece haber soslayado la cuestión de la dimensión externa, que resulta ser igualmente necesaria siempre que se pretenda ofrecer una respuesta al problema de la legitimidad.

Si el problema de la legitimidad del Poder residiera únicamente en la cuestión del título por el que los operadores jurídicos, léase, por ejemplo, órganos administrativos o judiciales, ejercen sus respectivas competencias normativas, quizá la propuesta de Fuller pudiera resultar acertada. Y es que, en efecto, es cierto que su título de legitimidad radica en el cumplimiento de las normas jurídicas del propio sistema; cumplimiento que se observa en su propia actuación, pues éstos deben respetar las normas del sistema, y entre ellas, por supuesto, las que les conceden la necesaria competencia en la que basar su actuación. Pero, atiéndase, de nuevo, al ejemplo de Rex. Si éste fuera requerido por el título mediante el que ejerce la suprema potestad

¹⁰⁶ .- Definir la legitimidad por vía de la legalidad no es algo que pueda parecer extraño en el ámbito del pensamiento jurídico-político, máxime tras la afirmación de M.WEBER de que “la forma de legitimidad [...] más corriente es la creencia en la *legalidad*: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y *formalmente* correctos” (*Economía y sociedad*, op. cit., p. 30). En este sentido, J.HABERMAS elabora toda una construcción dirigida a mostrar cómo, en su opinión, “es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales [...] y se pongan en práctica de forma racional” (“Derecho y moral”, en HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 545). Pero, según este autor, para ello se requiere no cualquier legalidad, sino una legalidad basada en “un procedimiento legislativo que se apoya a su vez en el principio de soberanía popular [más] los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política [y] todos los derechos que otorgan al individuo esferas de libertad de arbitrio” (*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, op. cit., p. 148-149). Si a ello se suma la presencia, en dicha legalidad, de “derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles” (*idem*, p. 189), se poseen ya los elementos suficientes para “resolver la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad” (*ibidem*). Ahora bien, otra cosa, y bien distinta, es que la legalidad a la que se haga referencia, a la hora de intentar legitimar el Poder, sea una legalidad en la que atienda, como único elemento a tener en cuenta, a su respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. Ésta no es, como se acaba de poner de manifiesto, la legalidad a la que se refiere J.HABERMAS.

normativa en su sistema jurídico, su respuesta habría de ser radicalmente diferente a todas las que, hasta el momento, se han ofrecido. Pues al respecto no podrá alegar la propia legalidad, tal y como sí pueden hacer los órganos intermedios de los sistemas jurídicos, ya que es su palabra la que define cuál sea esa legalidad. Rex es el sujeto que, en ese ficticio sistema, ostenta la suprema potestad normativa, de modo que no existe una superior instancia jurídica en la que hacer descansar su poder. Del mismo modo que, en el otro ejemplo que se viene manejando en estos párrafos, el poder constituyente, que fue quien creó la citada Constitución, tampoco puede apoyarse, a la hora de ofrecer un título de legitimidad, en ningún otro poder superior, pues simplemente no existe. Acaba de llegarse a un punto en el que el mero respeto de la legalidad no puede esgrimirse como razón por la que predicar la legitimidad del Poder, ya que se está en presencia de la suprema potestad normativa, y ésta no puede legitimarse en virtud de las normas jurídicas que él mismo crea.

Hay que buscar, entonces, un criterio externo de legitimidad del Poder, un título que éste pueda esgrimir a la hora de regular, mediante normas jurídicas, las conductas de los sujetos afectados por su actuación. Para ello, hay que ir más allá de la regla de reconocimiento del sistema jurídico, puesto que, como se indicó párrafos atrás, con su introducción Hart simplemente pretendía poner de manifiesto el hecho de que todo Poder necesita, para su efectivo funcionamiento, la aceptación voluntaria por parte de determinados sujetos, sus funcionarios, de las normas fundamentales del mismo. Lo que, desde mi punto de vista, no es otra cosa que afirmar, pero con diferentes términos, que todo Poder necesita un título en el que apoyar su ejercicio. Pero, lo que hay que buscar son las razones por las que se produce la aceptación voluntaria por parte de esos sujetos, es decir, las razones por las que, en un sistema jurídico, se actúa conforme a una determinada regla de reconocimiento, y no a otra cualquiera. La cuestión de la vertiente externa de legitimidad excede, pues, de la mera constatación de la existencia de un Poder. La legitimidad hace referencia a las razones en las que éste apoya su actuación, esto es, a las razones por las que, tanto los funcionarios como los simples destinatarios, actúan sobre la base de las normas jurídicas creadas y aplicadas por el Poder. Pero, no conviene olvidar que éstas pueden ser muchas y muy variadas, de forma que no siempre que se ostente la potestad normativa en un sistema jurídico puede afirmarse que este sistema jurídico es legítimo. La cuestión de la legitimidad del Poder no se resuelve con

la tenencia de un título de actuación, aun cuando éste sea voluntariamente aceptado por los sujetos sobre los que se ejerce la potestad normativa¹⁰⁷.

Vuélvase al sistema jurídico presidido por la regla de reconocimiento que reza que “lo que diga Rex es Derecho”. Supóngase que Rex obtuvo la máxima potestad normativa de ese sistema por la fuerza, vulnerando la forma democrática de sucesión del Poder que, hasta ese instante, existía en tal sistema jurídico. Pero, Rex ha conseguido mantenerse en el Poder con el apoyo de un grupo de sujetos a los que ha otorgado la potestad para aplicar las normas que él dicta. Así, nada obsta a que pueda afirmarse que, en este concreto sistema jurídico, existe una práctica de aceptación de las normas fundamentales del mismo, aun cuando ésta sólo sea desarrollada por el grupo de sujetos afines a Rex. Pero, supóngase ahora que éste consigue que la aceptación voluntaria de las normas se extienda, no sólo a sus funcionarios, sino a la mayor parte de los sujetos afectados por ellas. Las razones por las que puede llegar a producirse esta extensión pueden ser de muy diversa índole, y van desde el carisma de Rex, que ha conseguido convencer a sus súbditos de que “él es lo mejor que les ha podido suceder”, hasta la simple comodidad de éstos, que prefieren continuar con la inercia de obediencia a las órdenes de aquél con el objeto de evitarse problemas¹⁰⁸. En cada una de estas situaciones, Rex estaría capacitado para aducir un título en el que basar su actuación sobre los sujetos de ese sistema, desde su propio carisma personal hasta el supuesto

¹⁰⁷ .- Recuérdese la diferencia, expuesta anteriormente en estas mismas páginas, entre los conceptos de legitimidad, legitimación y estabilidad. De acuerdo con ella, y siguiendo a E.GARZÓN, “la adopción del punto de vista interno y su capacidad de imposición en la sociedad son condiciones necesarias y suficientes para la existencia del sistema” (“El concepto de estabilidad de los sistemas políticos”, *op. cit.*, pp. 587-588). Pero, “no se dice con ello nada acerca [...] de su legitimidad” (*idem*, p. 588). Hay que distinguir, en efecto, el plano sociológico del normativo. En términos de A.GREPPI, “desde un punto de vista sociológico el poder político es poder supremo, aquel que cuenta con una aceptación generalizada (en relación con esta dimensión del poder se suele hablar de «legitimación»”. Desde el punto de vista normativo, en cambio, es legítimo el poder que cuenta con alguna justificación: por ejemplo, según la ideología del Estado de Derecho, que defiende la primacía del gobierno de las leyes sobre el de los hombres, la legalidad es reconocida como la principal fuente de «legitimidad»” (*Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 220). Respecto a esta última precisión, si bien es cierto que “no choca con nuestras intuiciones habituales de justicia afirmar que es legítimo el poder derivado de normas y sometido a normas” (*idem*, p. 223), habrá que analizar, también, el tenor de esas normas.

¹⁰⁸ .- Afirma M.WEBER que “existen tres tipos puros de dominación legítima” (*Economía y sociedad*, *op. cit.*, p. 172). Junto a la de carácter racional, “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad” (*ibidem*), y a la de carácter tradicional, basada “en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad” (*ibidem*), se encuentra, también, la de carácter carismático, “que descansa en la entrega

respaldo generalizado de sus súbditos. Pero, difícilmente puede afirmarse que éstos sean títulos que puedan legitimar el régimen de Rex, pues el primer requisito que se requiere para predicar la legitimidad de un Poder no es otro que su origen democrático. Sabido es que sólo cuando en su formación puedan participar los sujetos destinatarios de sus normas, de las normas que posteriormente emanen de dicho Poder, podrá afirmarse que éste es un Poder legítimo¹⁰⁹. Y esto no parece haber sucedido en el caso de Rex.

El origen democrático del Poder, el hecho de que en su formación hayan podido participar todos los destinatarios del mismo, sí es un criterio externo de legitimidad del mismo. El título por el que el Poder ostenta la capacidad de actuar sobre las conductas de sus destinatarios cuenta con la garantía de que éstos han contribuido a su formación. El Poder democrático es, en definitiva, la primera exigencia del Poder legítimo¹¹⁰. Pero, no es la única, puesto que ello debe corresponderse con otra dimensión a la que se cree haber hecho sobrada referencia en estas páginas, la vertiente interna. Ahora bien, esta vertiente interna, bajo la que Fuller englobaba la garantía de actuar sobre la base del imperio de la ley, debe ser igualmente mantenida en sus justos términos. Pues, si bien es cierto que, para predicar la legitimidad del Poder, se requiere que éste respete lo que se ha denominado el imperio de la ley, no es ésta la única exigencia a tener en cuenta en lo que se refiere al ejercicio de su Poder.

Supóngase, continuando con Rex, que éste obtuvo el Poder por medios democráticos, de forma que, de su potestad y capacidad normativa, puede predicarse la legitimidad de origen. Éste, además, se caracteriza por cumplir, en su labor de producción y aplicación normativa, las normas generales que previamente ha

extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas” (*ibidem*).

¹⁰⁹.- En opinión de E.FERNÁNDEZ, “no puede existir una sociedad [...] mínimamente justa, sin un sistema de legitimación que cuente con (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de los individuos que forman parte de ella” (“Neocontractualismo, Estado y derechos humanos”, en FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, op. cit., p. 195). En consecuencia, el “criterio de las mayorías [...] deberá ser [...] la regla de decisión para orientar la actuación de las instituciones jurídicas y la normatividad jurídica” (DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, op. cit., pp. 63-64), siempre que se pretenda configurar un sistema legítimo.

¹¹⁰.- Según G.PECES-BARBA, el primer elemento que “la teoría de la Justicia debe analizar a fondo, como primer criterio del Derecho justo [es] la concepción democrática del poder” (“Reflexiones sobre Derecho y poder”, en PECES-BARBA, G., *Libertad, poder, socialismo*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 235). Y es que, aun cuando, como advierte E.DÍAZ, “por supuesto que las mayorías pueden equivocarse (y corromperse)” (“Socialismo democrático y derechos humanos”, en DÍAZ, E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1978, p. 131), “es todo el pueblo - minorías incluidas - quien mejor sabe lo que al pueblo, en libertad, le conviene: y éste es, en efecto, uno de los fundamentos de la soberanía popular” (*ibidem*).

establecido, normas en las que concurren todos los elementos de la moral interna del Derecho. El imperio de la ley se respeta, pues, en su sistema jurídico. Pero, supóngase también, este Rex pretende premiar, en el ejercicio de su potestad normativa, a los sujetos que son de su misma raza, de forma que a éstos les reserva un trato privilegiado respecto de todos aquellos que no pertenecen a dicha raza. Los beneficios económicos y sociales de este sistema no son de aplicación a estos últimos, los cuales permanecen en la más absoluta pobreza e indigencia. Predicar la legitimidad de este Poder, por mucho que tenga un origen democrático y actúe sobre la base del imperio de la ley, es algo extremadamente complicado, pues el ejercicio de este Poder se plasma en normas jurídicas materialmente injustas¹¹¹. Del mismo modo que, en el epígrafe anterior, se llegó a la conclusión de que se requieren contenidos materialmente justos para alcanzar la justicia de los sistemas jurídicos, en éste puede afirmarse que se requiere una actuación del Poder tendente a garantizar esta justicia material para predicar la legitimidad del mismo¹¹².

A modo de conclusión, cabe señalar que el respeto a la moral interna del Derecho no es un elemento suficiente para predicar la legitimidad del Poder, puesto que, como se ha intentado poner de manifiesto en los párrafos precedentes, otros aspectos

¹¹¹ .- La legitimidad de origen, encarnada en la figura de un poder democrático, ha de completarse con “otros criterios de legitimidad que puedan incluso entrar en el ámbito de lo que llamaríamos la legitimidad material [o de ejercicio]” (PECES-BARBA, G., “Reflexiones sobre Derecho y poder”, *op. cit.*, p. 237). Y, en lo que se refiere al ámbito característico de la legitimidad material, no sólo formaría parte el respeto a la legalidad preestablecida, sino también la inclusión, en esta última, “de los valores libertad e igualdad desde una teoría de los derechos fundamentales” (*idem*, p. 238). De acuerdo con ello, “el respeto a los derechos humanos se convierte [...] en criterio legitimador del poder político” (DÍAZ, E., “Socialismo democrático y derechos humanos”, *op. cit.*, p. 126). Y, el cumplimiento de los requisitos de la moral interna del Derecho, si bien garantiza el respeto a la legalidad por parte del poder político, no garantiza, por sí solo, una legalidad respetuosa con los derechos fundamentales. De ahí que se pusiera de manifiesto, en páginas anteriores, que la “legalidad” de Fuller no es la vía por la que alcanzar la legitimidad.

¹¹² .- Recuérdese que, en páginas anteriores, se había hecho referencia a la distinción que L.FERRAJOLI proponía entre legitimidad externa e interna. Pues bien, esta última, a su vez, puede dividirse en “*legitimidad jurídica formal*, que se refiere sólo a las formas prescritas para los actos normativos [...], y *legitimidad jurídica sustancial*, que se refiere por el contrario a los contenidos de esas mismas normas” (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 359). Entonces, el respeto a la moral interna del Derecho asegura la primera vertiente de la legitimidad interna, la formal, pero no así respecto de la segunda, la vertiente material, pues ésta se caracteriza “por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial” (*idem*, pp. 856-857). En la conjunción de ambas vertientes descansa, según L.FERRAJOLI, “el «garantismo» [en cuanto que] es el principal rasgo funcional de esa formación moderna específica que es el *estado de derecho*” (*idem*, p. 855).

adicionales a éste han de ser tenidos en cuenta. Entonces, la moral interna del Derecho no parece ser el elemento en el que basar toda una teoría de la legitimidad de los sistemas jurídicos, y de ahí que la propuesta de Fuller, según la cual el respeto a la moral interna del Derecho por parte del Poder es la base del compromiso de carácter moral que se halla en todo sistema jurídico, encuentre puntos débiles. Cuales sean éstos es una cuestión que se espera haya quedado reflejada en las páginas que componen este apartado, de forma que resultaría en exceso repetitivo volver de nuevo sobre el tema. No obstante, sí conviene destacar que, a diferencia de lo que Fuller aducía, esto no supone un desconocimiento de la virtualidad de los elementos de la moral interna del derecho a la hora de ofrecer argumentos en favor de la legitimidad del Poder. Máxime si se tiene en cuenta que, como frecuentemente sucede en los sistemas jurídicos, nada obsta a que estos elementos se configuren como criterios de validez jurídica de las normas del sistema, de forma que su cumplimiento resulta necesario para la legalidad de las normas, y, por tanto, para la corrección de la actuación de los sujetos que ejercen la potestad normativa. Ciertamente es, como se presentará en el siguiente apartado, que esta sujeción de los órganos intermedios a la moral interna del Derecho produce consecuencias a tener en cuenta en la valoración moral del sistema. Pero, deducir de ello toda una pretensión de legitimidad del Poder, al estilo de la propuesta de Fuller, parece ciertamente excesivo.

5.3.4.- La moralidad del imperio de la ley: una segunda propuesta

Acaba de terminarse el epígrafe anterior señalando que, si bien es cierto que la moral interna del Derecho no parece ser argumento suficiente para garantizar la moralidad del propio Derecho, pues la actuación de los operadores jurídicos conforme a ella no es una garantía definitiva de que su actuación sea moralmente correcta, no puede tampoco desconocerse la importancia que supone, a los efectos que ahora interesan, su respeto y mantenimiento por parte del Poder. Y es que puede afirmarse, a mi modo de ver, que la forma en la que el Poder va a desarrollarse y ejercitarse resulta condicionada por el hecho de tener que respetar, en su actuación, tal elenco de requisitos. Nótese, entonces, que la cuestión se desplaza, al igual que sucedía en el epígrafe anterior, al tema de las consecuencias que provoca, en todo sistema jurídico, el respeto a la moral

interna del Derecho, sólo que, a diferencia de aquel lugar, dónde se analizó la repercusión que dicho respeto tiene en lo que a los contenidos de las normas se refiere, lo que se trata ahora es de comprobar qué supone y cómo afecta este condicionamiento, la necesaria sujeción a una serie de dimensiones formales, en lo referente al ejercicio del Poder. La propuesta que se intenta mantener en estas páginas, y que de momento simplemente se enuncia a los meros efectos expositivos, en que el respeto a la moral interna del Derecho produce la limitación del Poder, y que esta limitación ofrece un argumento más, a sumar al expuesto en el anterior epígrafe, para sustentar la tesis de que la moral interna del Derecho introduce una dimensión de justicia en la dinámica de funcionamiento de los sistemas jurídicos. A ello se dedican, en gran medida, los párrafos que componen este último apartado del presente epígrafe.

Vuélvase, una vez más, al sistema jurídico presidido por la regla de reconocimiento que señala que “lo que Rex diga es Derecho”. En este caso, y a diferencia del famoso ejemplo de Fuller, este Rex sí que respeta los elementos de la moral interna del Derecho, los cuales se han consagrado, en tal sistema jurídico, como criterios de validez normativa al más alto nivel jerárquico, de modo que toda norma que pretenda formar parte del sistema jurídico ha de ser articulada sobre la base de tales elementos. Parece innegable que, en estas circunstancias, el ejercicio del Poder está limitado, puesto que Rex ha de actuar, por lo menos, conforme a las exigencias de la moral interna del Derecho. En efecto, si Rex establece una serie de requisitos que deben observarse a la hora de crear y aplicar las normas, sea él mismo el que desempeñe esta función sean otros sujetos a los que ha otorgado competencia para hacerlo, está estableciendo límites a su propia labor de producción y de aplicación de normas, es decir, a su propio ejercicio del Poder.

No parece necesario insistir en la forma cómo los elementos de la moral interna del Derecho limitan, efectivamente, la producción y aplicación de normas jurídicas, máxime cuando, en la primera parte de este trabajo, se destinó un apartado al análisis de esta concreta cuestión. Recuérdese que allí se arguyó, frente a lo expuesto por Fuller, en favor de la tesis de Hart, según la cual nada obsta a que en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico quepa establecer limitaciones, incluso, a la suprema potestad normativa de dicho sistema. Y, también en aquel lugar se señaló que, siempre que se pretenda establecer limitaciones a la producción normativa, la moral interna del Derecho

ha de estar presente, pues sus elementos proporcionan al sujeto afectado un necesario conocimiento de sus límites. Baste, como muestra, el principio de publicidad de las normas. Si Rex confiere a un sujeto concreto la potestad para ejecutar sus decisiones, pero no para juzgar las presuntas violaciones a las normas promulgadas por él mismo, esta limitación a la capacidad de actuación de aquel sujeto habrá de ser pública, si se pretende que éste la conozca y actúe en consecuencia. De acuerdo con estas premisas, claro parece que el propio Rex tiene limitado su poder de actuación, ya que éste queda restringido al marco que le proporciona el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. Lo que supone, siguiendo con el mismo ejemplo, que si a través de una norma ha conferido a aquel sujeto una determinada potestad, cual es la de ejecutar sus decisiones, deberá conformarse a ello, por lo menos hasta que cambie la norma.

Las repercusiones de esta limitación quizá puedan apreciarse, con mayor claridad, en el caso de un sistema jurídico en el que se reconoce una pluralidad de sujetos con potestad normativa, al estilo del que también se ha presentado como ejemplo en estas páginas, cuando se planteó el caso de un sistema donde, por un lado, se respeta la moral interna del Derecho, y, por otro, está presidido por una regla de reconocimiento que dispone que “lo que la Constitución dice es Derecho”. Comiencese por la referencia al órgano que tiene atribuido, gracias a lo dispuesto en esta Constitución, la potestad de creación de las normas superiores del sistema, normas a las que, normalmente, se conoce con el nombre de leyes. Pues bien, el legislador de este sistema encuentra limitada su capacidad de producción normativa en los elementos de la moral interna del Derecho, pues éstos son criterios de obligado cumplimiento para todas las normas que pretendan formar parte del sistema jurídico de que se trate. La consecuencia es que las leyes del sistema habrán de ser públicas, generales, no retroactivas, y así sucede con todo el elenco de requisitos que componen la analizada figura. No parece, en mi opinión, que esta circunstancia, debido a las consecuencias que puede llegar a originar, deba ser obviada a la hora de plantearse la cuestión de la valoración moral, o de justicia, de los sistemas jurídicos. Y ello, por varias razones que serán expuestas a continuación, y que, en el caso de resultar acertadas, son las que contribuyen, de forma decisiva, al soporte teórico del postulado de que la moral interna del Derecho proporciona una dimensión de justicia en los sistemas jurídicos.

La primera de ellas es apuntada por el propio Fuller, cuando señala que, al dictar una norma, el legislador está fijando su propio marco de actuación, señalando cuál es el ámbito de las conductas humanas que queda sometido a su regulación, y cuál permanece al margen de ella. El legislador está limitándose, a sí mismo, el ámbito de regulación de las conductas humanas en el que podrá ejercer sus potestades¹¹³. Cuestión ésta que se antoja especialmente importante, a efectos de valorar tal sistema, en el caso de todas aquellas leyes, principalmente de carácter penal, destinadas a determinar qué conductas han de ser sancionadas, y qué sanción haya de merecer un sujeto que incurra en una de estas conductas. Si este legislador pretende ser respetuoso con la moral interna del Derecho, algo a lo que le obliga el propio sistema jurídico, ha de limitar su actuación a las conductas que previamente ha declarado como punibles, absteniéndose, por tanto, de llevar a cabo cualquier acción sancionadora respecto de las otras, las que permanecen al margen de lo establecido por la norma. Es importante, por lo menos en mi opinión, la dimensión, valorable positivamente desde el punto de vista moral, que proporciona este dato, y que, en este caso concreto, se traduce en el hecho de que la acción sancionadora del legislador sólo podrá dirigirse hacia aquellos ámbitos de las vidas y conductas de los sujetos en los que previamente, y a través de una norma jurídica, haya manifestado intervenir. En el resto de las situaciones, a las que esa norma no hace referencia, la conducta de los sujetos no puede ser reprochada por el Derecho, pues se trata de un ámbito jurídicamente permitido. Desconocer la importancia de este fenómeno sería algo así como negar la relevancia que, en la historia del Derecho moderno, ha tenido el principio penal del *nullum crimen sine lege*.

No es ésta la única razón por la que la limitación del legislador es algo que merece una consideración moral positiva. La segunda razón al respecto guarda estrecha

¹¹³ .- Un ejemplo de la limitación que se autoimpone un legislador cuando éste, a través de una norma jurídica, establece el ámbito de las conductas a las que se refiere su regulación, permaneciendo ésta al margen de las no contenidas en dicho ámbito, es presentado por el propio FULLER cuando expone que “al promulgar una ley penal, el gobierno [entendido en el sentido amplio de Poder] no sólo emite una directiva al ciudadano; también se impone, a sí mismo, un marco que delimita sus poderes para ocuparse de un ámbito particular de la conducta humana” (*The Morality of Law*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 212). Y es que todas aquellas actividades de los sujetos que excedan del marco que, previamente, ha fijado el legislador, permanecen al margen de la acción de éste, o, por lo menos, de la que esté relacionada con la concreta norma a que se haga referencia. Con carácter general, N.B.REYNOLDS advierte que “una breve atención hacia las más obvias garantías [de la moral interna del Derecho] muestra cómo el imperio de la ley constituye una limitación de la acción legislativa” (“The Enforcement of Morals and the Rule of Law”, *op. cit.*, p. 1350). A la comprobación de esta afirmación se destinarán los siguientes párrafos que se

relación con la cuestión que será objeto de análisis central en el siguiente epígrafe de este trabajo, de forma que basta ahora con recogerla y hacer una somera referencia a ella. Tiene que ver con la seguridad que, en los destinatarios de las leyes, produce el hecho de conocer aquellas conductas que están prohibidas por el sistema jurídico de que se trate, cuáles son obligatorias, y cuáles, por último, están permitidas. Sólo de esta forma los sujetos podrán conocer las consecuencias que sus conductas, así como las de los demás sujetos, provocarán en el mundo jurídico, de forma que, así, puedan obrar en consecuencia. Si el sujeto conoce que, en una determinada norma, el legislador ha calificado como punible la realización de cierta conducta, puede abstenerse de realizarla para evitar la sanción. Ello exige que el legislador limite su actuación a lo que ha establecido, con carácter previo, en una norma jurídica, para que, de esta manera, sus destinatarios puedan saber a qué atenerse¹¹⁴. Se trata de la dimensión de moralidad que proporciona la certeza del Derecho, un Derecho que respete la moral interna del Derecho, y será analizada, como acaba de decirse, en el siguiente epígrafe.

Resta, en tercer lugar, un último argumento en favor de la propuesta esbozada líneas arriba. Vuélvase al ejemplo de la ley que estipula que determinada conducta está prohibida y, en consecuencia, ha de ser castigada. Debido al respeto a los elementos de la moral interna del Derecho, y, en concreto, al principio de generalidad, la norma ha de ser creada con una dimensión de regularidad, consistente en que todos los casos iguales, salvo las excepciones que igualmente se contengan en la propia norma, merecen un mismo tratamiento jurídico. Esta exigencia de regularidad, que evita que situaciones iguales sean objeto de tratamiento desigual por parte del legislador, es algo que ya pudo advertirse en la exposición del epígrafe anterior, donde se intentó conectar la moral interna del Derecho con la producción de justicia formal. De ahí que, al comienzo de este epígrafe, se señalara que ambas dimensiones, la limitación del Poder y la

presentan en el texto, pues de su veracidad depende, en gran medida, la de la propuesta que se avanza en este concreto epígrafe del trabajo.

¹¹⁴ .- Nótese la similitud entre las siguientes palabras de A.CALSAMIGLIA con la forma de argumentación típica de FULLER, tal y como ésta se ha venido recogiendo en las páginas que componen este trabajo. Así, para aquel autor, “desde un punto de vista técnico, el principio de sujeción a la ley permite prever con mayor exactitud cuáles son las posibles consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a ciertas conductas; permite evitar - hasta cierto punto - la arbitrariedad y es una forma de garantizar cierta objetividad en la toma de decisiones” (*Introducción a la ciencia jurídica*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1990, p. 101). Entonces, “este principio ha ejercido tal influencia porque se ha considerado que el derecho debería ser una guía de la conducta humana” (*ibidem*), y para ello “era necesario que los destinatarios conocieran cómo debe ser esa conducta” (*ibidem*).

consecución de dimensiones formales de justicia, eran cuestiones íntimamente relacionadas. Éstos son, en conclusión, los tres argumentos que se pretende sostengan la afirmación de que el respeto a la moral interna del Derecho, al limitar la acción del legislador, introduce una dimensión de moralidad en los sistemas jurídicos.

Además, en un sistema jurídico como el presentado en este concreto ejemplo, existen órganos que gozan de una potestad normativa que está subordinada a la del legislador. Se trata de órganos, como los administrativos, competentes para ejecutar y desarrollar las leyes, o los judiciales, encargados de dirimir cuándo se ha violado una norma jurídica y cuál es la sanción aplicable al efecto, que son jerárquicamente inferiores al poder legislativo. Pues bien, también éstos se ven profundamente afectados, en su ejercicio, por tener que respetar los requisitos de la moral interna del Derecho. Recuérdese lo señalado en la primera parte de este trabajo con respecto a la idea de jerarquía de los sistemas jurídicos, y a la necesidad de que ésta se articule desde el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho para que, así, se alcance la coherencia característica de los sistemas jurídicos. Elementos como el de la no contradicción entre las normas del sistema, o el de la congruencia entre la creación y la aplicación de éstas juegan un papel, si no decisivo, sí ciertamente destacado, a la hora de estructurar, de forma coherente, un sistema jurídico. Y, también, a la hora de esbozar argumentos en favor de la corrección, desde un punto de vista moral, de la actuación de estos órganos intermedios. Así, los órganos administrativos, al tener que ajustarse a lo dispuesto en la ley, encuentran limitada su potestad por el cumplimiento de la misma, de forma que en sus actuaciones no deben excederse de lo que la propia ley dispone. Es, en otras palabras, lo que se conoce con el nombre de legalidad de la Administración, y tiene por destacado objetivo evitar la actuación no sujeta a normas de los órganos ejecutivos del sistema jurídico. Con la introducción de esta limitación se pretende eliminar cualquier “tentación” de arbitrariedad en la actividad característica del poder ejecutivo, pues, si bien es cierto que hay ámbitos en los que éste goza de una cierta discrecionalidad, no lo es menos que ésta ha de ejercerse siempre con el respeto a las normas superiores del sistema¹¹⁵.

¹¹⁵ .- La adhesión al imperio de la ley implica, en términos de J.RAZ, “la limitación [...] a la creación de disposiciones jurídicas particulares y, consecuentemente, a las facultades del ejecutivo. El uso arbitrario del poder para provecho personal, fuera de la venganza o el favoritismo, se manifiesta muy comúnmente, en la creación de órdenes jurídicas particulares. Dichas posibilidades se encuentran drásticamente

Idéntico tenor adquiere la argumentación en lo que a los órganos judiciales se refiere. Éstos han de actuar, en la resolución de los casos que se les presenten, con un absoluto respeto a las normas del propio sistema, lo que supone, por todas las razones ya explicadas a lo largo de todo el trabajo, el cumplimiento de los elementos de la moral interna del Derecho. Así, del mismo modo que el respeto a la legalidad evita que el poder ejecutivo pueda actuar sobre su propia base y sin atenerse a criterios generales y previos de actuación, dicho respeto evita, igualmente, la arbitrariedad del poder judicial. Arbitrariedad que se produciría de actuar los jueces y magistrados, que es como normalmente se suele denominar a los integrantes de aquél, sin atender a lo dispuesto en las normas generales, y resolviendo los casos concretos que hayan de ser dirimidos, por ellos, con arreglo a sus propios y personales criterios de decisión¹¹⁶.

Sujeción a lo establecido en las normas por parte de los órganos competentes para aplicarlos, de forma que resuelvan siempre conforme a lo preestablecido, y así las normas jurídicas puedan servir de guías efectivas para el comportamiento de sus destinatarios. Bajo esta fórmula aparece, a mi modo de ver, la que puede ser la razón

limitadas por una estrecha adhesión al estado de derecho” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 274). Por la misma razón, “un gobierno sometido al estado de derecho se encuentra impedido de cambiar el derecho retroactivamente, abruptamente o de forma secreta cuando así convenga a sus intereses” (*ibidem*). No parece que sea necesario insistir en la presencia, para que tal limitación se produzca de forma efectiva, de los elementos de la moral interna del Derecho. En este mismo sentido, J.RAWLS vincula la producción de justicia formal con el imperio de la ley, en la línea ya advertida en estas páginas, al señalar que “la justicia formal o justicia como regularidad excluye tipos significativos de injusticias, ya que si se supone que las instituciones son razonablemente justas, entonces tiene gran importancia el que las autoridades deban ser imparciales y no se vean influidas por las consideraciones irrelevantes, sean personales, monetarias, o de otro tipo, al tratar los casos particulares” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 80).

¹¹⁶.- Tampoco los órganos judiciales, al igual que los administrativos, pueden sustraerse al imperio de la ley, pues, como tajantemente afirma J.RAZ, “la única área en que el estado de derecho excluye todas las formas de poder arbitrario es en la función aplicadora de derecho por parte de la judicatura, donde se requiere que los tribunales estén sometidos únicamente al derecho” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 274). Ello supone, en definitiva, que “el estado de derecho, por sí mismo, excluye todas las posibilidades de una creación jurídica arbitraria de los tribunales” (*idem*, p. 274, nota 9). Creación arbitraria significa, como se ha señalado, no atenerse a las normas generales previamente establecidas a la hora de dictar normas particulares, pues, en términos de J.RAWLS, “el gobierno de la ley implica [...] el precepto de que casos similares han de tratarse de un modo similar” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 272), y, en consecuencia, “el precepto de que se den las mismas decisiones en casos iguales, limita en gran parte la discrecionalidad [en el sentido de arbitrariedad] de jueces” (*idem*, p. 273). Aparece, nuevamente, la relación entre justicia formal e imperio de la ley, la cual puede resumirse en las siguientes palabras de A.ROSS: “La justicia en este sentido formal [...] puede ser expresada también como una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por criterios objetivos, establecidos en reglas dadas. Esto hace que la aplicación concreta [...] sea independiente del sujeto que toma la decisión. Como resultado de esto, la justicia viene a estar en oposición a la arbitrariedad, a la decisión que surge en forma no determinable de la reacción espontánea, frente a la situación concreta, del sujeto que toma la decisión, y está determinada por sus emociones y actitudes subjetivas” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 266).

más concluyente por la que puede afirmarse que el respeto a la lista de requisitos de la moral interna del Derecho produce una dimensión de moralidad, o de justicia, también a la hora de aplicar las normas. Y ello, dejando al margen el hecho de que en muchos sistemas jurídicos es el poder legislativo el que tiene atribuida la competencia, por la propia Constitución, para dictar las normas superiores del sistema porque se considera que, al ser elegido por procedimientos democráticos, goza de la necesaria legitimidad de origen, a la que se ha hecho referencia páginas atrás, para establecer directivas de comportamiento destinadas a los sujetos que han tenido ocasión de participar en el proceso de elección de tal poder legislativo. Pero, en este tipo de casos, el poder judicial no contaría con la necesaria legitimidad, de forma que sólo puede actuar sobre las conductas de los sujetos enjuiciando si éstos han incumplido las normas dictadas por el legislativo. Jueces y magistrados carecerían de la citada legitimidad para actuar sobre la vida de las personas, o para imponerles sus criterios, preferencias o prejuicios personales, más allá de la estricta observancia al cumplimiento de la ley, norma, ésta sí, creada por una instancia con la suficiente legitimidad para ello¹¹⁷.

La limitación del Poder es, tras la producción de justicia formal, la segunda dimensión de moralidad que, desde mi punto de vista, se introduce en todo sistema jurídico gracias al respeto a los requisitos que componen la denominada, por parte de Fuller, moral interna del Derecho. Y ello porque la eliminación de la arbitrariedad, en los distintos ámbitos y por las diferentes razones que se han ido recogiendo y exponiendo a lo largo de este apartado, supone el hecho de que los órganos y sujetos competentes para crear y aplicar normas jurídicas deban actuar sobre la base de lo establecido en el propio sistema, lo que no parece ser otra cosa que el cumplimiento del imperio de la ley. Entonces, los argumentos que se han venido utilizando para abogar por la dimensión de moralidad que supone el imperio de la ley son igualmente

¹¹⁷ .- La legitimidad de los órganos judiciales no reside en una supuesta aptitud para desempeñar su función, ni tampoco en el instituto de la representación, sino que “en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal” (FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pp. 543-544). Y ello por “el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales” (*idem*, p. 544), los cuales se legitiman “por la verdad y fiabilidad, tanto fáctica como jurídica, de los discursos asertivos que forman la motivación” (*idem*, p. 543). En consecuencia, arguye L.FERRAJOLI, “el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa” (*idem*, p. 544).

aplicables a lo que acaba de señalarse con respecto a la eliminación de la arbitrariedad, pues, en definitiva, una y otra cosa pueden llegar a ser lo mismo. Si a esto se añade, además, lo que se ha señalado sobre la relación entre imperio de la ley y existencia de un sistema jurídico, nada obsta a que pueda afirmarse que la propia existencia de un sistema jurídico supone, igualmente, la limitación del Poder. Supone, en definitiva, que la mera existencia de un sistema jurídico, además de la producción de justicia formal, primera dimensión de moralidad, contiene en sí mismo el germen de la limitación del Poder, el cual se acaba de configurar, en estas líneas, como la segunda dimensión de moralidad introducida, en todo sistema jurídico, por el respeto a la lista de requisitos de la moral interna del Derecho, si se adopta la terminología de Fuller, o de principios de legalidad, si se asume, en cambio, la denominación de Hart¹¹⁸.

Pero, al igual que en el caso de la primera dimensión de moralidad, la justicia formal, se advirtió que su presencia no iba a ser suficiente para predicar la moralidad del Derecho, algo semejante acontece en lo que respecta a la limitación del Poder. También ha habido ocasión de hacer referencia a esta cuestión, cuando, al hilo del análisis crítico de una de las propuestas de Fuller, se introdujeron las dimensiones que hacen referencia tanto al origen como al ejercicio del Poder a la hora de predicar la legitimidad de éste. Pues bien, algo semejante se propone en estas líneas. Si bien es cierto que la moral interna del Derecho produce que, en todo sistema jurídico que pretenda ser considerado como tal, se articule una cierta limitación del Poder, y que ello, en términos de moralidad, puede ser considerado como bueno, no lo es menos que esta limitación es perfectamente compatible con la persecución, por parte de dicho Poder, de fines u objetivos moralmente inicuos. El ejemplo, anteriormente citado, de aquel sujeto, Rex, que obtuvo el poder por medio de la fuerza, sin contar para nada con la opinión de sus

¹¹⁸ .- La tesis de que la existencia de un sistema jurídico produce una cierta dimensión de moralidad, gracias a la concurrencia en éste de los elementos de la moral interna del Derecho, es asimismo asumida por N.MACCORMICK, puesto que, en su opinión, “un eficaz sistema de normas necesita tomar en consideración una razonable generalidad de las normas [...], su publicación, la prospectividad en la aplicación de éstas (sujeta a algunas posibles excepciones), así como una razonable claridad, coherencia y constancia en ellas, consideradas como un sistema” (“A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, n° 1, otoño, 1985, p. 25-26). En este caso, añade este mismo autor, “hay suficiente argumento para afirmar un valor moral positivo en un sistema de gobierno que cumpla los ocho criterios que el propio Fuller denominó la «moral interna»” (*idem*, p. 26). Y ello porque “los requisitos con los que Fuller configura los sistemas de normas y la limitación a los funcionarios de actuar sobre y desde el espíritu de las propias leyes aseguran una mínima garantía de justicia, una completa ausencia de la arbitrariedad en el ejercicio del poder sobre las personas” (*ibidem*). Nótese

súbditos, es buena muestra de ello. Por mucho que éste acepte autolimitar su potestad normativa, dotando a los elementos de la moral interna del Derecho del rango de criterios de validez de sus normas, difícilmente puede afirmarse que esta limitación convierta en justo a su sistema jurídico, pues su imperio de la ley no se asienta sobre la base de la ley como expresión de la voluntad general.

Pero es que, aunque así fuera, tampoco el hecho de que en la formación del Poder participaran sus destinatarios garantizaría un Derecho justo, pues los contenidos concretos que, en él, se introduzcan tienen mucho que decir al respecto. Supóngase que la mayoría que apoya a Rex, y que le ha permitido acceder al poder supremo de su sistema jurídico, pretende que éste les privilegie con respecto a los restantes sujetos. Y ello con tal fuerza - no en vano con su superioridad numérica mantienen a Rex en el Poder - que lo consiguen. De este modo, Rex promulgará una serie de normas jurídicas discriminatorias, y perjudiciales, para todos los sujetos que no pertenecen a esa mayoría. Normas que van a ser estrictamente desarrolladas por el poder ejecutivo de ese sistema jurídico, y escrupulosamente aplicadas por sus jueces y tribunales. La limitación de las respectivas potestades normativas, incluida la del propio Rex, que se produce en dicho sistema jurídico no es argumento suficiente para garantizar ni la legitimidad de su Poder, pues carece de legitimidad de ejercicio, ni la justicia de sus normas, ya que éstas no se caracterizan por dar entrada en ellas a la figura de los derechos fundamentales¹¹⁹.

No obstante, tal conclusión no puede llevar a omitir que, por todas las razones expuestas a lo largo de las páginas que componen este epígrafe, estos límites no son desdeñables a la hora de evaluar la medida en que la nota de la justicia concurre en todo Derecho¹²⁰. En consecuencia, la propuesta que se formula en estas páginas, y que es la

cómo, en estas palabras de N.MACCORMICK, se encuentran recogidas las dos dimensiones de justicia, consecuencia del respeto a la moral interna del Derecho, presentadas hasta el momento en estas páginas.

¹¹⁹ - La insuficiencia de la moral interna del Derecho a la hora de ofrecer, por sí sola, una adecuada teoría de la justicia quizá pueda ser una de las razones que motivaron a los iusnaturalistas racionalistas a hacer descansar sus propuestas sobre los contenidos materiales, más que formales, de las normas. Recuérdese que esta preferencia había sido ya subrayada por el propio FULLER, el cual, por el contrario, opta por llevar a cabo una especie de vindicación del Derecho natural procesal. Y es que, como afirma N.B.REYNOLDS, "históricamente, los juristas racionalistas han tratado de complementar los principios formales del imperio de la ley por la vía de encontrar contenidos absolutos de carácter sustantivo que pudieran contener la legislación injusta. Dependiendo de sus preferencias metafísicas, estos contenidos absolutos se han obtenido apelando a la naturaleza, a la utilidad, o al derecho divino" ("The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *op. cit.*, p. 1352). Ocasión ha habido, en un lugar precedente de este trabajo, de advertir sobre esta pluralidad de contenidos "naturales".

¹²⁰ - Un ejemplo de cómo los elementos que estructuran el imperio de la ley, y que, en gran medida, se trata de los elementos de la moral interna del Derecho, contribuyen de forma decisiva a la elaboración de

segunda que hace referencia a la conexión entre moral interna del Derecho y justicia de los sistemas jurídicos, es que la limitación al Poder es una dimensión necesaria, aunque no suficiente, para la justicia de los sistemas jurídicos¹²¹. Sólo cuando los órganos que

una teoría de la justicia puede encontrarse en la propia teoría de un autor que ya se ha manejado en estas páginas, como es J.RAWLS. Claro parece que el análisis de la misma no es objeto de este trabajo, pero sí es importante reseñar el papel que, en ella, pueden llegar a jugar los citados elementos. Y es, precisamente, esta vinculación con sus principios de justicia, y en concreto con la idea de libertad, lo que sirve a M.RADIN para calificar “la argumentación de Rawls como un concepto sustantivo de imperio de la ley” (“Reconsidering the Rule of Law”, *op. cit.*, p. 798), pues “su concepción de la libertad - la libertad negativa del liberalismo tradicional - se requiere para alcanzar la justicia en la sociedad; los preceptos del imperio de la ley están fuertemente conectados con ese valor sustantivo” (*ibidem*). En efecto, J.RAWLS afirma que “los preceptos de la justicia [formal] están asociados con el gobierno de la ley” (*Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, p. 271), aun cuando “son compatibles con la injusticia [material]” (*idem*, p. 272). Entonces, “estas normas [las que articulan el imperio de la ley] imponen límites bastante imprecisos sobre la estructura básica [de un sistema jurídico, se entiende], pero estos límites no son de ningún modo desdeñables” (*idem*, p. 274), tal y como se pretende poner de manifiesto en estos párrafos. Pero es que, además, “la conexión del gobierno de la ley con la libertad es suficientemente clara” (*ibidem*), pues “el principio de legalidad tiene una base firme en el acuerdo de las personas racionales para establecer por sí mismas la máxima libertad igual. Para confiar en la posesión y en el ejercicio de estas libertades, los ciudadanos de una sociedad bien ordenada querrán normalmente que se mantenga el imperio de la ley” (*idem*, p. 275). Y, recuérdese, el primer principio de la justicia, para este autor, es que “cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos” (*idem*, p. 340). A éste, viene a sumarse un segundo principio, según el cual “las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades” (*idem*, p. 341). Es, entonces, a través de su relación con el primer principio de justicia como los requisitos de la moral interna del Derecho, de carácter más bien formal que material, por los que se pretende limitar el Poder entran a forma parte, y parece que no de forma accesorio, en la teoría de la justicia de J.RAWLS. Quizá por ello afirme C.S.NINO que este autor se ha visto obligado a reconocer que su teoría de la justicia “solamente pretende reconstruir concepciones implícitas en la tradición democrática” (“Justicia”, *op. cit.*, p. 475), y los requisitos de la moral interna del Derecho, afirma K.I.WINSTON, forman parte de la “estrategia del tradicional pensamiento liberal, cuya principal idea clave radica en convertir en impersonal el ejercicio del poder legislativo imponiendo requisitos formales a las propias leyes” (“Introduction”, a FULLER, L.L., *The Principles of Social Order*, *op. cit.*, p. 38). No en vano la teoría de FULLER es calificada, por parte de W.H.SIMON, como un ejemplo de liberalismo jurídico, pues es una premisa de éste que “los ciudadanos deben tener la capacidad de conocer sus derechos y deberes y de hacerlos respetar y cumplir. Esto impone al Estado una obligación de hacer que el derecho sea cognoscible para los ciudadanos, y de que sea posible respetarlo y cumplirlo” (“Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System”, *The Yale Law Journal*, vol. 92, nº 7, junio, 1983, p. 1232, nota 90); y para alcanzar este objetivo parece que no hay nada mejor que el respeto a la moral interna del Derecho.

¹²¹ .- Valgan las siguientes palabras de N.MACCORMICK como refrendo de la segunda propuesta que, en este trabajo, se pretende mantener acerca de la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos: “Allí donde un estado sea, en su sentido mínimo, un *Rechtsstaat* [entendida esta expresión en el sentido de imperio de la ley], allí donde un estado cuenta con normas jurídicas y allí donde estas reglas gobiernan y únicamente ellas conceden autoridad para las acciones oficiales, incluso aunque el contenido de las normas diste mucho de ser deseable o incluso raye lo odioso, se asegura algo de cierto valor [...] Allí donde el derecho funciona por medio de normas y el imperio de la ley existe, aunque sea en un sentido mínimo y puramente formal, existe una de las más básicas condiciones para un trato justo de las personas. Otras pueden faltar, y si su falta es tan grave que puede aplastar la balanza de los valores, ese sistema de gobierno debería ser inmediatamente subvertido y derrocado. Pero, es falso suponer que sea cual sea ese mal, aun cuando se trate de un grave mal, no puede haber nada bueno entremezclado en él” (“A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”, *op. cit.*, pp. 26-27).

ejercen la potestad normativa, sea cual sea el ámbito en el que ésta se lleve a cabo, actúen sobre la base del respeto a la moral interna del Derecho, con todo lo que ello supone, podrá afirmarse que un sistema jurídico está en el camino de convertirse en un sistema jurídico justo¹²². Pero, resta aun camino por recorrer, y el trecho que falta sólo podrá ser completado gracias a las dimensiones ya referidas del origen democrático del Poder y de los contenidos materiales de respeto y promoción de los derechos fundamentales que éste pretenda introducir en sus normas¹²³. De ahí que, en conclusión, el positivismo jurídico pueda seguir permaneciendo tranquilo, ahora ante la tesis de que

¹²² - Un sistema jurídico que responda a la concepción formal del imperio de la ley es, según expone R.S.SUMMERS, “lógicamente compatible con la existencia de normas que sean malas, o, incluso, injustas en su contenido. Sin embargo, esto no disminuye la importancia de una teoría formal [del Derecho y del imperio de la ley]”, (“A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Iuris*, vol. 6, n° 2, julio, 1993, p. 140), puesto que “una teoría formal es un obstáculo para un mal contenido” (*ibidem*). Adviértase cómo, en este trabajo, se adopta también otra tesis de R.S.SUMMERS, aquella según la cual “determinados grados de tales características sistemáticas son necesarios para respaldar ciertas racionalidades, valores, y políticas” (“The Formal Character of Law III”, *op. cit.*, p. 128).

¹²³ - De ahí que se optara por traducir la expresión *Rule of Law* por imperio de la ley y no por Estado de Derecho, pues este concepto incluye estas dimensiones. Y es que, en opinión de E.DÍAZ, las características que todo Estado de Derecho debe poseer son las siguientes: “a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material” (*Estado de Derecho y sociedad democrática*, *op. cit.*, p. 31). Así, continúa F.DE CARRERAS en la misma línea, “El Estado de Derecho no es un ente sin finalidad, o sin finalidad previamente determinada, sino que tiene un cometido muy específico: asegurar la libertad y la igualdad del hombre” (*El Estado de Derecho como sistema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 4). Entonces, “el Estado de Derecho será, pues, aquella organización que garantice los derechos fundamentales” (*ibidem*). Se plantea, no obstante, una cuestión con respecto a cuáles sean los derechos fundamentales que hayan de garantizarse para poder hablar de Estado de Derecho. Ello porque, si bien E.DÍAZ exige la concurrencia de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto “constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos” (“Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales”, *Sistema*, n° 125, marzo, 1995, p. 9), el concepto restringido de E.FERNÁNDEZ descansa sobre la base de que “mientras la falta de garantías jurídicas o la ineficacia en el ejercicio de los derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico políticos dejan sin contenido, es decir, afectan profundamente al concepto de Estado de Derecho, en cambio un caso similar en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales hace peligrar el Estado social de Derecho, es decir, una modalidad del Estado de Derecho, pero no al propio Estado de Derecho” (“Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 106). De esta manera, “los derechos económicos, sociales y culturales [...] serían objetivos o metas morales y políticas a conseguir por el Estado de Derecho, pero nunca presupuestos de su definición” (*idem*, p. 109). Con independencia de que esta cuestión no sea objeto de este trabajo, cabe alegar, frente a las tesis de E.FERNÁNDEZ, el argumento de J.HABERMAS de que este tipo de derechos “fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales [...] para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política” (*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, *op. cit.*, p. 201). Difícilmente podrán ejercitarse los derechos de autonomía, de seguridad jurídica y cívico políticos sin el reconocimiento, protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales. En cualquier caso, bien se adopte una concepción amplia bien otra de carácter restringido, la moral interna del Derecho, entendida como justicia procedimental, “es un componente esencial del *Rechtsstaat*: sin ella, los derechos constitucionales no están seguros. Es una

la configuración del Derecho en términos de un sistema jurídico suponga la introducción de una dosis de justicia, pues, utilizando unas palabras de Hart expresadas en otro lugar de este trabajo, es compatible con una enorme iniquidad, de manera que su premisa teórica de la separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser parece seguir sin sufrir deterioro alguno¹²⁴.

5.4.- La autonomía del sujeto y la moral interna del Derecho

Dos son las razones que, hasta el momento, se han aducido para justificar la relación que existe entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Justicia formal y limitación al Poder son circunstancias cuya concurrencia se estima necesaria a la hora de poder otorgar, a un sistema jurídico, el calificativo de justo. Pero, a estos datos ha de añadirse un nuevo elemento, pues habrá de verse que es otra más la consecuencia provocada por el hecho de que, en un sistema jurídico cualquiera, se produzca el citado respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. Se trata de una circunstancia sobre la que ya ha habido ocasión de hacer referencia en este trabajo, pues no en vano está directamente vinculada con la propia moral interna del Derecho. Y es que, en las páginas que componen la primera parte de esta investigación, cuando se esbozó un ensayo de articulación de esta tesis de Fuller en la estructura de los sistemas jurídicos diseñada por un autor positivista como es Hart, se insistió en un dato que merece ser analizado de nuevo. Se trata de la llamada certeza del

condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia del *Rechtsstaat*” (*The End of Law?*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, p. 133).

¹²⁴.- El hecho de que la moral interna del Derecho limite la acción del Poder, en la medida en que éste ha de actuar conforme al imperio de la ley, es, en opinión de R.S.SUMMERS, un dato del que “ningún positivista parece haberse dado cuenta de las implicaciones que supone” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 28). Si, mediante estas palabras, R.S.SUMMERS pretende referirse al hecho de que tal circunstancia no tiene reflejo en un esquema positivista del Derecho, como el que se viene manejando en estas páginas, la afirmación parece ciertamente poco afortunada, pues datos suficientes para sostener lo contrario se han aportado en ellas. Si, en cambio, lo este autor pretende es señalar que la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral resulta profundamente afectada por la citada conclusión, de nuevo no cabe más que objetar tales palabras. Pero, lo que no cabe negar, siguiendo a N.MACCORMICK, es que “donde el derecho existe [en el sentido de un sistema jurídico], un derecho analizado en los términos de la teoría positivista, algo de cierto valor está presente en la situación social. Ello es así incluso donde esto pueda resultar devaluado [...] por un contenido inícuo del derecho” (“A Moralistic Case for A-Moralistic Law?”, *op. cit.*, p. 27). Y es que, en efecto, el positivismo jurídico no puede más que reconocer esta dimensión de moralidad que se produce en los sistemas jurídicos, puesto que es la propia estructura de éstos la que la motiva. De ahí que, como señala K.LEE, “la moral interna del derecho sea perfectamente compatible y, en efecto, sea un postulado básico del positivismo jurídico” (*The Legal-Rational State. A Comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Avebury, Aldershot, 1990, p. 79).

Derecho, concepto que, en aquellas páginas, se definió en términos generales como el saber a qué atenerse. En efecto, los elementos de la moral interna del Derecho ofrecen, tanto a destinatarios como a operadores jurídicos, un marco imprescindible para prever, con anterioridad a su realización, las consecuencias que producen sus propios actos en el ámbito jurídico. Pues bien, ahora interesa, a los efectos de esta segunda parte del trabajo, no tanto el hecho de que los elementos de la moral interna del Derecho produzcan certeza, que también, cuanto las consecuencias que esta producción de certeza origina respecto de la cuestión de la propia justicia del sistema jurídico de que se trate.

Recuérdese, a fin de introducir esta nueva cuestión, que la propuesta presentada en estas páginas se centra en las consecuencias originadas por el respeto a la citada lista de elementos, puesto que, desde el particular punto de vista adoptado en este trabajo, aquéllas han de ser tenidas en cuenta a la hora de llevar a cabo una valoración moral de los sistemas jurídicos. No es ésta, por el contrario, la metodología de trabajo desarrollada por el propio Fuller, ya que este autor, como se ha puesto sobradamente de manifiesto en páginas precedentes, opta por abogar por el carácter moral del Derecho en sí mismo considerado. Pero, esta diferencia, importante como se habrá podido apreciar, no ha evitado que en los anteriores epígrafes se partiera de las tesis de Fuller para, tras una exposición de sus insuficiencias y puntos débiles, alcanzar conclusiones en gran medida diferentes a las de este autor. Ésta es la metodología que se va a adoptar, asimismo, con respecto a la última de las consecuencias que, para la calificación moral de los sistemas jurídicos, produce el respeto a la moral interna del Derecho. No se rompe, por consiguiente, la metodología adoptada en todo este último capítulo del trabajo, aunque, eso sí, con un pequeño matiz en lo que respecta a este concreto epígrafe. Y es que se considera necesario detenerse, con anterioridad al análisis de las palabras de Fuller atinentes a esta cuestión, en las razones que motivan que, en este trabajo, se haya preferido utilizar la denominación de certeza del Derecho en vez de la de seguridad jurídica. Es éste un tema cuyo análisis se ha preferido reservar para este lugar, pues, a pesar de lo que en un primer momento pudiera parecer, no se trata simplemente de una cuestión terminológica, sino que la preferencia por uno u otro término parece responder a una atribución de diferentes contenidos a dichos términos. Entonces, la opción por uno u otro no es una cuestión que sea indiferente a los efectos

de este trabajo, de manera que, quizá, pueda afectar a sus resultados, y, en concreto, al tenor de las propuestas que se vienen formulando en este último capítulo del mismo.

5.4.1.- Certeza del Derecho o seguridad jurídica: argumentos para una opción

Se cree necesario exponer cuáles son las razones que han motivado el hecho de que, en este trabajo, se venga utilizando el concepto de certeza para hacer referencia a esta característica de los sistemas jurídicos consistente en permitir a los sujetos saber a qué atenerse, es decir, en poder prever las consecuencias jurídicas de sus propios actos. En principio, no puede caber duda alguna sobre la pertinencia de este concepto en lo que a este trabajo se refiere, máxime tras lo expuesto en la primera parte del mismo, donde se analizó, elemento por elemento, cómo esa estructura formal que recibe el nombre de moral interna del Derecho adquiere una importancia decisiva a la hora de facilitar que los sistemas jurídicos proporcionen esa certeza a los sujetos que se encuentran involucrados en su funcionamiento. La generalidad, la publicidad o la inexistencia de contradicciones en las normas, por citar tan solo algunos de sus elementos, permiten que cualquier sujeto pueda, antes de llevar a cabo una determinada conducta, conocer la calificación jurídica de la misma. Y ello, no sólo en relación con los destinatarios de las normas del sistema, sino también respecto de cualquier operador jurídico, pues -recuérdese lo que acaba de exponerse en el epígrafe anterior - el respeto a la moral interna del Derecho exige a todos ellos actuar sobre la base de las normas generales previamente establecidas, es decir, cumplir el principio del imperio de la ley. Entonces, un sistema jurídico que se articule sobre la base de la moral interna del Derecho es un sistema jurídico que proporciona certeza a los sujetos por él afectados, en el sentido de que posibilita y permite que éstos sepan a qué atenerse. Bien, éste es el concepto de certeza del Derecho que se introdujo en la primera parte de este trabajo, y sobre el que se ha desarrollado toda la argumentación posterior.

Pero, se plantea una cuestión con respecto a la utilización de este concepto, el de certeza del Derecho, para describir toda una realidad a la que, también, se suele hacer referencia con el término de seguridad jurídica. Se acostumbra a definir ésta como la exigencia de que los sistemas jurídicos contengan los instrumentos y mecanismos necesarios para que los sujetos obtengan una cierta garantía sobre cómo van a ser las

normas jurídicas que rigen sus conductas, y cuáles serán las que se apliquen a cada una de las mismas. Así, para alcanzar esta seguridad jurídica, los sistemas jurídicos han de contar con una serie de requisitos respecto a las labores de creación, administración y aplicación de normas jurídicas que consientan que, efectivamente, pueda lograrse tal resultado. Cosa que sucederá cuando los sujetos afectados por las normas puedan saber a qué atenerse, es decir, puedan conocer cuál es la norma que se va aplicar a una conducta, incluso con anterioridad a la realización de la misma¹²⁵. De los términos de esta definición no parece que pueda derivarse una importante diferencia con lo mantenido hasta ahora, pues no resulta difícil comprobar que este concepto de seguridad jurídica resulta más o menos acorde con el de certeza del Derecho que se ha venido utilizando en estas páginas. Es más, aun cuando se aplicara el término de certeza del Derecho para la proyección en los sujetos de estas garantías de estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos, y se reservara el concepto de seguridad jurídica para hacer referencia, precisamente, a la concurrencia en el Derecho de tales garantías, seguiría sin haber incompatibilidad alguna con lo mantenido en este trabajo¹²⁶. Sea uno u otro el término que se maneje, en ambos casos se pretende hacer referencia a una misma realidad, cual es, y como tantas veces se ha dicho, el saber a qué atenerse

¹²⁵ .- La seguridad jurídica, tal y como la concibe A.-E.PÉREZ LUÑO, “se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones” (*La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 21). Son, de acuerdo con esta afirmación, dos grupos de exigencias las que han de realizarse para que un sistema jurídico produzca lo que se entiende por seguridad jurídica. Por un lado, la exigencia que A.-E.PÉREZ LUÑO denomina corrección estructural, y que consiste en la “garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico” (*idem*, p. 23), y que está formada por requisitos tales como la publicidad de las normas, su claridad, la generalidad de las normas emanadas del poder legislativo, su irretroactividad, o su relativa duración temporal. A ello ha de sumarse, por otro lado, la llamada corrección funcional, la cual, según A.-E.PÉREZ LUÑO, “comporta la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación” (*idem*, p. 26), y que se traduce en el respeto al imperio de la ley. Sólo cuando ambas dimensiones coincidan en el interior de un sistema jurídico podrá predicarse de éste la seguridad jurídica.

¹²⁶ .- Será A.-E.PÉREZ LUÑO el que proponga distinguir entre una dimensión objetiva de corrección estructural y funcional de los sistemas jurídicos, para la que prefiere utilizar el concepto de seguridad jurídica, y la “proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva” (*La seguridad jurídica, op. cit.*, p. 106-107), a la que reserva la noción de certeza del Derecho. Ésta, por tanto, “se traduce, básicamente, en la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos” (*idem*, p. 107). En definitiva, la opción de este autor pasa por “proyectar al ámbito jurídico la distinción semántica de los términos «seguridad», que evoca la idea *objetiva* de una calidad, situación o estado de carencia de riesgo; y «certeza» con la que suele aludirse a una forma *subjetiva* de conocimiento” (*idem*, p. 37, nota 32). Distinción ésta que ha sido recogida por autores como M.RODRÍGUEZ-PINERO, y puesta en práctica al referirse al fenómeno de la aplicación judicial de las normas, al señalar que “la seguridad jurídica no se agota en los requisitos de la norma jurídica y su contenido, [sino que] es necesario que la aplicación del Derecho sea también segura y

gracias a los mecanismos ofrecidos por el propio sistema, entre los que se encuentran, según se ha indicado, los elementos de la moral interna del Derecho.

No obstante lo anterior, resta por hacer referencia a un asunto que, probablemente, sea el causante de un problema, o de una discrepancia, que pueda afectar a todo lo hasta ahora expuesto. Y es que, efectivamente, pueden surgir diferencias a la hora de establecer cuáles sean esos concretos mecanismos o instrumentos que todo Derecho deba respetar siempre que pretenda conceder seguridad a los sujetos respecto de las propias normas del sistema. Se trata, dicho en otros términos, de determinar los contenidos de la seguridad jurídica o certeza del Derecho. Llegados a este punto, hay que notar que, en las definiciones de seguridad jurídica, suelen establecerse dos diferentes niveles de contenidos. El primero de ellos estaría compuesto por todos aquellos instrumentos cuya función reside, precisamente, en hacer posible que los sujetos sepan a qué atenerse. Son, éstos, los criterios que permiten que cuando un sujeto quiera saber cuál es la norma que se va aplicar a una determinada situación, para así obrar en consecuencia, éste pueda tener éxito en tal labor. Si, en situaciones de este tipo, se tiene en cuenta todo lo que se ha expuesto sobre los requisitos de la moral interna del Derecho, no resultará difícil concluir que son estos elementos los que posibilitan tal conocimiento. Constituyen, pues, el marco estructural necesario para que los sujetos puedan actuar, si así lo desean, conforme a las normas del sistema. De esta forma, el primer nivel de la seguridad jurídica estaría compuesto por aquellos elementos, incluidos los de la moral interna del Derecho, que hacen posible la ausencia de duda, bien en el momento de la creación de la norma bien en el de su aplicación por los órganos competentes, respecto del conocimiento del material jurídico que compone un determinado sistema¹²⁷.

cree la suficiente certeza [a los sujetos afectados]" ("Constitución, legalidad y seguridad jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 1, 1997, p. 168).

¹²⁷.- El primer nivel de la seguridad jurídica supone, en términos de E.DÍAZ, que "el Derecho establece y delimita el campo dentro del cual, en una determinada sociedad, los ciudadanos pueden sentirse seguros, sabiendo con certeza a qué atenerse en relación con sus derechos y sus deberes" (*Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 42). Ya advirtió F.LÓPEZ DE OÑATE que "la certeza del derecho se traduce en la certeza de la acción y en la posibilidad de acción" (*La certezza del diritto*, nueva edición, Giuffrè, Milán, 1968, p. 52). Entonces, "en este primer nivel, legalidad y seguridad son [...] términos en amplia medida coincidentes. El reino de la arbitrariedad es el reino de la total inseguridad; la lucha contra la arbitrariedad es, entre otras cosas, la lucha por la seguridad jurídica. La legalidad es siempre un progreso con respecto de la arbitrariedad" (*ibidem*). En consecuencia, "la existencia de un coherente ordenamiento jurídico, tarea principal del poder legislativo, y su realización por los órganos ejecutivos y judiciales competentes constituye, en verdad, el presupuesto de base para la seguridad jurídica" (*idem*, pp. 42-43).

Sin embargo, la seguridad jurídica parece exigir, desde este punto de vista, algo más que la concurrencia de una serie de instrumentos tendentes a garantizar la mera ausencia de duda sobre el Derecho. Nótese que, en este supuesto primer nivel de la seguridad jurídica, no hay referencia alguna ni al origen ni al contenido material de ese Derecho. Cualquier sistema jurídico proporcionaría certeza, entonces, con independencia de si contara o no con un origen democrático, en el sentido de que los sujetos hubieran participado o dejado de participar en la designación de su suprema autoridad normativa, así como también de la justicia o injusticia, de carácter material, de los contenidos que se estipularan en sus normas. La ausencia de duda, el saber a qué atenerse, se produce en todo sistema jurídico por el hecho de respetar la moral interna del Derecho, sin que importe, a estos efectos, cuál sea el origen del Poder de ese sistema ni tampoco cuál sea el tenor concreto de sus normas¹²⁸. Ahora bien, este nivel de conocimiento, que es el garantizado por los instrumentos que posibilitan que los sujetos puedan prever las consecuencias jurídicas tanto de sus actos como de los que puedan realizar los operadores jurídicos, parece no agotar el conjunto de elementos que componen la definición de seguridad jurídica, puesto que, como se ha adelantado líneas atrás, ésta parece hacer referencia además a un segundo nivel.

Este segundo nivel del concepto de seguridad jurídica estaría compuesto por todos aquellos instrumentos o mecanismos que, introducidos en el interior de un sistema jurídico, tienden a proporcionar a los sujetos seguridad, sí, pero no respecto del conocimiento del material jurídico del sistema de que se trate, sino respecto de la propia “calidad” de tal material. La seguridad jurídica exigiría, por tanto, que, además de lo señalado en el párrafo anterior, el Derecho proteja una serie de exigencias o garantías que se consideran imprescindibles para la existencia de los sujetos. Cuáles sean éstas es

Y los elementos de la moral interna del Derecho, en cuanto contribuyen de forma decisiva a la configuración de tales realidades, son, pues, dimensiones de concurrencia ineludible en este primer nivel de la seguridad jurídica.

¹²⁸ .- M. ATIENZA distingue dos sentidos, uno amplio y otro restringido, del concepto de seguridad jurídica. Con el primero de ellos, que recibe en estas páginas el nombre de certeza del Derecho, se haría referencia a “la capacidad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta” (*Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 116). Nótese que esta dimensión de certeza es independiente del origen del Poder que crea dicho sistema jurídico, así como también de sus concretos fines u objetivos materiales. Todo sujeto obtendrá dicho nivel de certeza gracias a la concurrencia, en el sistema jurídico a que se haga referencia, de determinadas características o rasgos formales; características que bien pueden englobarse bajo la lista a la que, de forma genérica, FULLER denomina la moral interna del Derecho. Ocasión habrá, seguidamente, de referirse al segundo sentido, el restringido, de seguridad jurídica.

una cuestión que depende de los valores que, en cada momento histórico, se consideren irrenunciables por parte de los propios sujetos, debido a que su concurrencia se estima imprescindible para que éstos puedan gozar de una cierta seguridad, es decir, para que puedan sentirse seguros en sus relaciones y vida social¹²⁹. La seguridad jurídica trasciende, en este segundo nivel, el plano de la mera legalidad, para introducirse en el ámbito de la justicia de dicha legalidad. Hace tiempo que estas garantías de seguridad de los sujetos han traspasado, en efecto, el plano de la pura legalidad, requiriendo que ésta garantice, además, una cierta justicia en los contenidos de sus normas. Esta justicia no puede ser otra que la que viene proporcionada por el respeto y protección de los llamados derechos fundamentales, los cuales son el cauce por el que se introducen, en el Derecho, las exigencias morales básicas de los sujetos. Éstos son algo así como el indicador del nivel ético alcanzado, en un determinado momento y lugar, por la sociedad. Son un mínimo moral imprescindible sin cuya consecución no puede decirse que los sujetos cuenten con una mínima seguridad en sus vidas. En consecuencia, sólo un sistema jurídico en el que éstos se garanticen y protejan puede decirse que produce seguridad jurídica¹³⁰.

De acuerdo con esta definición, la seguridad jurídica exige que concurren ambos niveles, de forma que, se dice, no existirá seguridad jurídica si la ausencia de duda

¹²⁹ .- El segundo nivel del concepto de seguridad jurídica exige, en opinión de E.DÍAZ, “no [...] sólo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido o permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es eso, que es sumamente importante, pero es también mucho más: es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético alcanzado por el hombre y considerado como conquista histórica irreversible” (*Sociología y Filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 44-45). En consecuencia, como dice A.LATORRE, “hay seguridad jurídica [...] cuando el Derecho protege de forma eficaz un conjunto de intereses que se consideran básicos para una existencia digna” (*Introducción al Derecho*, 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1992, p. 41).

¹³⁰ .- Los derechos fundamentales se convierten en el componente principal de este segundo nivel del concepto de seguridad jurídica, pues en él, como afirma E.DÍAZ, se alude “a un contenido valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derechos y libertades que la conciencia humana e histórica considera que han de estar suficientemente protegidos y realizados a la altura del tiempo en que se vive” (*Sociología y Filosofía del Derecho, op. cit.*, p. 45). Y así, “comienza a haber seguridad jurídica, en este nivel más pleno que trasciende el ámbito de la mera legalidad [y del respeto a la moral interna del Derecho], cuando esas exigencias éticas, exigencias de justicia - libertades fundamentales y derechos humanos - están adecuadamente incorporadas a un sistema normativo jurídico coherente y protegidas por toda la fuerza de que dispone el Derecho positivo, intentando hacerlas reales y eficaces en el marco de una determinada sociedad. Sin ello [...] no hay propiamente seguridad jurídica aunque exista sistema de legalidad” (*ibidem*). Se trata de lo que M.ATIENZA define como la seguridad jurídica en sentido estricto, y que consiste en “la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad” (*Introducción al Derecho, op. cit.*, p. 118); esta capacidad es, recuérdese, el segundo de los sentidos que, para este autor, encierra el citado término.



respecto de cuáles son las normas jurídicas no se ve acompañada de una ausencia de temor acerca de los contenidos de justicia presentes en ellas. Se predicaría, en definitiva, la existencia de seguridad jurídica sólo en el caso de que el sistema jurídico de que se trate contenga, por un lado, los instrumentos y cauces necesarios para que los sujetos sepan a qué atenerse, y, por otro, contenidos materiales de justicia que les permitan sentirse seguros. Lo que significa, asimismo, que la seguridad jurídica exige no sólo la producción de justicia formal y el cumplimiento del imperio de la ley, dimensiones éstas derivadas del primer nivel de aquélla, sino también el respeto de los derechos fundamentales, pues ello viene exigido por su segundo nivel¹³¹. Respeto que no se circunscribe únicamente a los derechos de autonomía, ni tampoco a la unión entre éstos y los de participación política, sino que debe incluir, también, los llamados derechos económicos, sociales y culturales. No parece necesario argüir en favor de la necesidad de estos derechos para proporcionar a los sujetos una cierta seguridad de que no van a quedar “desamparados” en situaciones de pobreza, carestía o debilidad. Sólo con la introducción de derechos como, por citar sólo algunos ejemplos, la seguridad social, la educación o la vivienda, que pretenden hacer frente a esas necesidades básicas de los sujetos, podrá lograrse, efectivamente, que cese el temor frente a las situaciones de desamparo, cese en que consiste este segundo nivel de la seguridad jurídica¹³². Todo ello

¹³¹ .- En consecuencia, desde este punto de vista, sólo hay seguridad jurídica cuando los dos niveles, legalidad y justicia, se encuentran incorporados en un sistema jurídico. En el supuesto de que sólo concurriera el primero de ellos, no existiría, en términos de E.DÍAZ, más que una “seguridad de inseguridad [...]”, es decir, «certeza de inseguridad», conciencia cierta de que no tiene una seguridad. No se trata, en esa situación, de una falta de certeza sino de una falta de seguridad: hay seguridad de que no se tiene seguridad, es decir, suficiente seguridad” (*Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 44). Entonces, como corrobora A.-E.PÉREZ LUÑO, “la seguridad empírica de un atentado legal a los valores y derechos humanos entraña la seguridad de una iniquidad; es decir, la seguridad fáctica de una inseguridad jurídica” (*La seguridad jurídica*, op. cit., p. 58). De ahí que haya de concluirse, en esta argumentación, con la afirmación de E.DÍAZ de que “la sola seguridad-legalidad es insuficiente y se abre necesariamente a la seguridad-legitimidad” (*Sociología y Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 46).

¹³² .- No es de extrañar, en consonancia con las siguientes palabras de E.DÍAZ, que “la seguridad jurídica apare[za], así, en esta perspectiva, como íntimamente vinculada a un contenido concreto de derechos y libertades que el Derecho positivo trata de realizar, protegiéndolos y respaldándolos con su fuerza coactiva. No habrá seguridad jurídica si no existe esa protección o si ésta no se extiende a las zonas que la conquista ética social considera como exigencias o conquistas históricas al nivel de los tiempos” (“La seguridad jurídica en el Estado de Derecho”, *Cuadernos para el Diálogo*, nº extraordinario XVII, diciembre, 1969, p. 8). De acuerdo con esto, siguiendo a G.PECES-BARBA, puede concluirse que “la gran mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales, tienen, en parte, su fundamento en este tipo de seguridad, que sería, en este caso, no sólo ausencia de temor y certeza, sino tranquilidad y esperanza de que los más débiles no son abandonados ante los más fuertes y que cada uno puede afrontar su realización como persona con necesidades básicas resueltas” (*Curso de Derechos fundamentales*, op. cit., p. 257). Ello hace que los contenidos de la seguridad jurídica no se refieran exclusivamente al origen del Poder y su ejercicio mediante normas jurídicas, sino que “el derecho a la seguridad social, a la sanidad y

sin olvidar que únicamente cuando estas necesidades básicas se encuentren satisfechas podrá predicarse un real y efectivo ejercicio de los restantes derechos fundamentales.

Sentado lo anterior, es el momento de comprobar cómo se relaciona esta definición de seguridad jurídica con todo lo que se ha venido exponiendo, a lo largo de este trabajo, acerca de la moral interna del Derecho. En este sentido, recuérdese que en más de una ocasión se ha señalado que la moral interna del Derecho introduce una dimensión de certeza en los sistemas jurídicos, pues el respeto de sus elementos posibilita, entre otras cosas, que los sujetos sepan a qué atenerse, alcanzándose por ello la ausencia de duda a la que está aludiendo desde el comienzo de este apartado. Pero, la cuestión radica en averiguar cuál es la medida, si es que puede haber alguna, en que los elementos de la moral interna del Derecho originan, no ya la referida ausencia de duda, sino la de temor, la cual compone el segundo nivel de la seguridad jurídica. Para ello, nada mejor que volver al ejemplo, referido ya en estas páginas, del sistema jurídico en el que su máxima autoridad, Rex, se caracteriza, por muy extraño que pudiera parecer, por hacer compatible el respeto a la moral interna del Derecho con la persecución de objetivos o propósitos materialmente inicuos. Además, el origen de la potestad normativa de Rex distó mucho de ser democrático, pues accedió a ella a través de la fuerza, y frente a la voluntad de la mayoría de los sujetos. Aun así, Rex respeta, en su labor de creación y aplicación de normas, la moral interna del Derecho, de forma que cabe afirmar que, en “su” sistema jurídico, concurre la nota de la certeza del Derecho. No se cree necesario volver a explicar las razones en las que sustentar esta cuestión, pues se hallan diseminadas a lo largo de la primera parte de este trabajo.

Ahora bien, cuestión diferente es la de la que tiene que ver con el grado de seguridad jurídica que proporciona un sistema jurídico de tales características, pues ésta, según acaba de exponerse, no se completa con la comprobación de que, en él, los sujetos pueden conocer las consecuencias jurídicas de sus acciones. Hay que atender, para ello, a la “calidad” del origen y contenido de sus normas, con el objetivo de analizar en qué medida éstas garantizan que se cumplan las exigencias mediante las que lograr esa mínima protección de los sujetos a la que anteriormente se hizo referencia. Es aquí, en este aspecto, donde la moral interna del Derecho no puede más que permanecer al

a la salud arrancan de este fundamento, aspecto de la seguridad jurídica en relación con la sociedad” (*ibidem*).

margen, pues carece de instrumentos para, por sí sola, llevar a cabo esta garantía de seguridad de los sujetos. Y ello porque, si bien es cierto que los elementos que componen la lista de Fuller sirven para garantizar que en todo sistema jurídico se produzca una dimensión formal de justicia y se haga efectivo el principio del imperio de la ley, lo cual no es poco, también lo es que nada más puede extraerse de ellos. Su presencia no garantiza ni la aparición de dimensiones materiales de justicia ni un origen democrático del Poder político de tal sistema jurídico. En consecuencia, cuando se pretenda ofrecer una respuesta a la pregunta de si, en un determinado sistema jurídico, se produce seguridad jurídica, habrá que acudir a las dos instancias, o niveles, antes señalados. Y, la moral interna del Derecho sólo ofrecerá argumentos aplicables respecto al primero de ellos, la certeza del Derecho, pues su lista de requisitos no se extiende hasta tal punto que permita ofrecer datos de interés en relación con la segunda dimensión antes aludida. No parece que sea necesario insistir en cuál sea el límite de la moral interna del Derecho, ni tampoco volver a reseñar las razones por las que las cuestiones materiales están más allá de dicho límite. De ahí que no parezca erróneo afirmar, en consonancia con esta dualidad de conceptos, que un sistema donde se respete la moral interna del Derecho, y el que se ha presentado de Rex es un buen ejemplo de ello, produzca certeza del Derecho, pero no seguridad jurídica.

Repárese, entonces, en el significado general de la situación descrita en el párrafo anterior. De lo dispuesto en él puede deducirse el hecho de que, en todo sistema jurídico, la moral interna del Derecho resulta, por un lado, imprescindible para que se produzca certeza, y, por otro, insuficiente por sí sola para predicar seguridad jurídica de aquél, pues carece de elementos para introducir los contenidos materiales necesarios para ello. Ésta es la razón por la que se ha utilizado, en este trabajo, el término de certeza del Derecho. Habrá podido comprobarse que no es cuestión de una mera preferencia terminológica, sino que su elección se debe, en gran medida, al intento de adecuar este trabajo al concepto generalmente admitido de seguridad jurídica¹³³. El

¹³³ .- Además del expuesto en estas páginas, existe otro sentido con el que se suele relacionar la idea de seguridad jurídica. Éste responde no a la estructura del sistema jurídico, sino a la propia dinámica de funcionamiento de esa estructura. En su funcionamiento, y no en su configuración, el sistema debe proteger determinados intereses, vinculados estrechamente con las exigencias del tráfico jurídico. Y de ahí que, en determinados casos, sean razones basadas en la seguridad jurídica las que provoquen, parafraseando a G.RADBRUCH, que “los estados de hecho se conviertan en estados jurídicos y hasta que, por muy paradójico que ello parezca, el desafuero cree Derecho” (*Introducción a la Filosofía del derecho*, trad. W.Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 41). Así sucede con aquellas

respeto a la moral interna del Derecho sólo puede garantizar certeza del Derecho, lo cual, se insiste, no es poco. Pero, de la importancia de esta garantía no puede darse un salto e intentar ir más allá, argumentando en favor de que la moral interna del Derecho también proporciona esas garantías sustantivas que hacen que los sujetos estén seguros respecto a la “calidad” del contenido de las normas jurídicas. Fuller intentó algo similar, mediante aquella afinidad natural entre moral interna y moral externa del Derecho, con resultados negativos. La moral interna del Derecho permanece en el primer nivel de la seguridad jurídica, el de la certeza del Derecho, pero como no puede adentrarse en el segundo, el de los contenidos de moralidad a asegurar, tampoco puede afirmarse que su sola presencia provoque seguridad jurídica.

Existe, además, una segunda razón que justifica el uso del término de certeza del Derecho para hacer referencia a las consecuencias que origina el respeto a la denominada moral interna del Derecho. Téngase en cuenta que todo sistema jurídico requiere, para ser considerado como tal, configurarse desde la base del marco estructural proporcionado por los elementos de la moral interna del Derecho. Si esto es así, no parece erróneo afirmar que todo sistema jurídico produce certeza, de forma que ésta es una característica que concurre necesariamente en todo sistema jurídico. Es éste un tema que ya se explicó en la primera parte de este trabajo, de manera que se juzga innecesario volver de nuevo sobre él; baste, por ello, remitirse a las páginas en las que se planteó una relación entre la existencia de los sistemas jurídicos y la moral interna del Derecho. La certeza del Derecho es, así pues, una realidad predicable de todo sistema jurídico¹³⁴. Si, en contra de cómo se ha hecho, se hubiera utilizado el término de

instituciones tendentes a consolidar y otorgar la consiguiente protección jurídica, mediante el transcurso del tiempo, a determinadas situaciones de hecho. Es el caso, por poner tan solo algunos ejemplos, de la llamada cosa juzgada, nacida con el objeto de “poner coto a la posibilidad de impugnación y revisión de las decisiones judiciales y de determinados actos administrativos” (PÉREZ LUÑO, A.-E., *La seguridad jurídica*, op. cit., p. 82), o de la prescripción adquisitiva y extintiva, que “no significa otra cosa que la transformación en estado de Derecho de una situación antijurídica” (RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del derecho*, op. cit., p. 41). Estas instituciones, así como otras muchas que se esparcen a lo largo de un sistema jurídico, se basan en la seguridad jurídica, entendida ésta como un elemento de funcionamiento del sistema, pero no, por lo menos en este sentido, como una dimensión de su propia estructura.

¹³⁴ .- N.BOBIO, enfrentándose a aquellas teorías que niegan la posibilidad de que la certeza del Derecho sea algo más que un simple deseo de los destinatarios de sus normas o un mito creado por la ciencia jurídica, afirma que “apenas puede imaginarse un ordenamiento jurídico sin que subsista, en él, una mínima garantía de certeza” (“La certezza del diritto è un mito?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVI, fas. I, enero-marzo, 1951, p. 151). Idéntica es la opinión de M.CORSALE, para quien la certeza es “un elemento constitutivo del propio concepto de derecho, un elemento inmanente a su noción” (*Certezza del diritto e crisi di legittimità*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1979, p. 58). Se han expuesto,

seguridad jurídica para hacer referencia a ese saber a qué atenerse motivado por el respeto a la moral interna del Derecho, se habría llegado a la conclusión, errónea de acuerdo con todo lo expuesto en este apartado, de que todo sistema jurídico produce seguridad jurídica. Para refutar dicha conclusión, bastaría con constatar cuáles son los contenidos de muchos de los sistemas jurídicos actuales, y cuál es, asimismo, la práctica de funcionamiento de los mismos. En algunos de ellos, quizá los más, los instrumentos o mecanismos tendentes a garantizar ese mínimo de seguridad de los sujetos, no respecto a las normas aplicables, sino a la bondad del contenido de estas normas, o no existen o son bien pocos¹³⁵. De ahí que sea más adecuado utilizar el término de certeza del Derecho para referirse a las consecuencias provocadas por el respeto a la lista de requisitos, de carácter más formal y procedimental que sustantivo, que Fuller reunió bajo el calificativo de moral interna del Derecho, y reservar el de seguridad jurídica para la consecución de todas aquellas dimensiones de moralidad, englobadas bajo la fórmula de los derechos fundamentales, hacia las que un sistema jurídico puede, o no, dirigirse¹³⁶.

en la primera parte de este trabajo, las razones por las que abogar por una conclusión de este estilo, si bien teniendo en cuenta que el Derecho del que se predica una relación con la certeza es aquél que se articula en términos de sistema. Y ello porque sólo en este tipo de casos será posible la “la unívoca calificación de las situaciones jurídicas y la ausencia de antinomias; la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones; la plena definición de las fuentes de producción de las normas jurídicas; el principio de legalidad y la garantía de que la actividad de los que ostentan el poder se desarrolla en el marco de límites bien definidos” (*idem*, p. 30) a la que hace referencia M.CORSALE.

¹³⁵ - Se asume, en este trabajo, la tesis de P.COMANDUCCI según la cual el preferible un concepto estricto de certeza, según el cual se goza de ésta “cuando es posible conocer cuáles son las reglas jurídicas que se aplican a los casos concretos, y cuál es el significado de su contenido” (“Aarnio ed il problema della certezza del diritto”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1994, p. 112), a otro amplio, desde el que se tiene certeza del Derecho “cuando las normas jurídicas son no sólo cognoscibles, sino también justas, conforme a criterios axiológicos que definen cuándo una norma ha de considerarse legítima en un sentido sustancial” (*idem*, pp. 112-113). En su opinión, tanto la dificultad de definir cuál sea la justicia material, puesto que “todos los ciudadanos desean que el derecho sea justo, pero disientes entre ellos [...] sobre cuál sea el derecho justo” (*idem*, p. 116), cuanto que el interés del sujeto está por encima de la justicia, de modo que “no parece improbable que cualquier ciudadano esté interesado en un derecho favorable a él, sea o no sea un derecho justo” (*ibidem*), son razones por las que “parece más oportuno continuar utilizando la tradicional noción de certeza del derecho *sensu stricto*, y analizar su vínculo, por sí mismo contingente, con la noción de justicia del derecho” (*idem*, p. 127).

¹³⁶ - No es objeto de este trabajo el análisis crítico de la inclusión en el concepto de seguridad jurídica de toda esta serie de contenidos a los que se ha hecho referencia en el texto, y que pueden resumirse, en líneas generales, en la necesidad de que el Poder tenga un origen democrático y que, en su ejercicio, proteja los derechos fundamentales. Baste, en estas páginas, con indicar que puede plantear problemas respecto a la consideración de la seguridad jurídica como un valor a respetar y alcanzar por el Derecho, así como a la particular forma de organización jurídico-política que se requiere para ello. Problemas que serán planteados y abordados, siquiera brevemente, en las últimas líneas de este concreto epígrafe.

5.4.2.- La fidelidad al Derecho: los motivos de la obediencia

Tal y como se ha venido haciendo en los anteriores epígrafes de este capítulo, el análisis de las tesis de Fuller va a constituirse en el punto de partida desde el que iniciar el desarrollo de este último argumento. Es conveniente, para ello, recordar que, desde la perspectiva característica de este autor, el Derecho se sustentaba sobre una especie de compromiso, o interacción, entre los sujetos afectados por su introducción en una determinada sociedad. Compromiso que consistía, por un lado, en el respeto por parte de los operadores jurídicos hacia todo lo que supone la moral interna del Derecho y, por otro, en una obligación de los destinatarios de obedecer las normas que se crean y aplican respetando la moral interna del Derecho. Recuérdese, asimismo, que este compromiso, por lo menos en lo que afecta a los sujetos competentes para crear y aplicar normas jurídicas, se sustentaba en razones morales, en una creencia de que el respeto a la moral interna del Derecho era la forma moralmente correcta de actuar.

Pues bien, una vez analizados los términos y las razones del compromiso en lo que hace referencia a los operadores jurídicos, se trata, seguidamente, de analizar el otro polo de la relación, el que se refiere a los meros destinatarios de las normas de un sistema jurídico. Es, de acuerdo con ello, una doble tarea la que se impone realizar en los siguientes párrafos. La primera ha quedado, en gran medida, enunciada en páginas anteriores, pues se trata, efectivamente, de señalar en qué consiste este compromiso de cumplir las normas jurídicas por parte de sus destinatarios. Normas jurídicas, téngase en cuenta, que deben ser creadas y aplicadas de conformidad con los requisitos de la moral interna del Derecho. Fijados los términos de este compromiso, se abordará, en segundo lugar, la cuestión de si, al igual que en el caso de los operadores jurídicos, son razones morales las que presiden la existencia de dicho pacto. Una respuesta positiva a esta cuestión conduciría, parece que de forma inevitable, a predicar la existencia de una obligación moral de obedecer las normas del sistema.

Los términos del compromiso de actuación conforme a las normas del sistema son, según la configuración que de los mismos hace Fuller, ciertamente similares para las dos partes de la relación que existe en todo sistema jurídico. Los operadores jurídicos, sujetos u órganos a los que se ha atribuido competencia para crear o aplicar las normas jurídicas, han de respetar en su actuación tales normas. Han de cumplir, así

pues, con lo dispuesto en el principio del imperio de la ley, tal y como quedó definido páginas atrás. Los ciudadanos, por su parte, también han de ajustar sus conductas a lo exigido por el imperio de la ley, que no es otra cosa que respetar efectivamente las normas pertenecientes al sistema jurídico de que se trate. Situados en este punto, los elementos de la moral interna del Derecho desempeñan, como se habrá podido advertir, un destacado papel a la hora de fijar los términos de este compromiso, pues sin su observancia y cumplimiento por parte de los operadores jurídicos difícilmente podrá sustentarse el otro polo de esta relación, esto es, la obligación de los sujetos de cumplir las normas¹³⁷. Pues bien, del mismo modo que en lo referente a los operadores jurídicos, cuya actuación conforme a las normas del sistema radicaba, según Fuller, en una creencia de que ello era lo moralmente correcto, también va a ser una creencia en la moralidad del Derecho la que fundamente la obligación de los sujetos de actuar conforme a él. No conviene olvidar que la tesis de Fuller, presente a lo largo de la exposición de la segunda parte de este trabajo, es que el Derecho es, en sí mismo considerado, una actividad de carácter moral. Se exponen, a continuación, los argumentos que desarrolla Fuller para explicar por qué se produce una creencia de este tipo en los destinatarios de las normas.

Y es que el cumplimiento de los elementos de la moral interna del Derecho ofrece, además de las dimensiones formales de justicia señaladas hasta ahora, una última perspectiva que, arguye Fuller, dista mucho de poder ser calificada como moralmente neutra. Un sistema jurídico en el que se respetan los elementos de la moral interna del Derecho es, por todo lo dicho, un sistema en el que los sujetos destinatarios de sus normas gozan de la necesaria capacidad para, en cualquier momento, conocer y comprender el contenido de éstas. Pues bien, sólo cuando se respeten elementos tales como la publicidad de las normas, su carácter prospectivo y no retroactivo, y no se contemplen contradicciones en ellas, por citar únicamente algunos de los requisitos, podrá configurarse el marco imprescindible para que los sujetos puedan, en efecto, ser

¹³⁷ .- Recuérdese, a los efectos de la explicación de este epígrafe, que FULLER predica, como rasgo característico de todo Derecho, la existencia de una “especie de reciprocidad entre el gobierno [entendido en el sentido amplio de Poder político] y el ciudadano, respecto al cumplimiento de las normas. El gobierno le dice al ciudadano, «éstas son las normas que esperamos que sigas. Si las cumples, tienes nuestra garantía de que son las normas que serán aplicadas a tus conductas»” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 39-40). Si en el epígrafe anterior se analizó la vertiente del pacto que afectaba a los operadores jurídicos, en éste toca hacerlo respecto de la correspondiente a los ciudadanos, teniendo en

capaces de actuar por su propia voluntad, decidiendo así sobre el sentido y alcance de su conducta. Entonces, la moral interna del Derecho supone un reconocimiento de la autonomía del sujeto, pues gracias al respeto de sus elementos éste es capaz de asumir la responsabilidad por las propias consecuencias de sus actos¹³⁸. En caso contrario, cuando un sujeto se enfrente ante la tesitura de tener que decidir sobre la omisión o realización de una acción y el Derecho no le proporcione una guía que, cuando menos, le permita conocer cuál sea la reacción que presumiblemente provocará aquélla, difícilmente podrá ejercitar su capacidad de decisión, pues la misma no ha sido posibilitada por parte del Derecho¹³⁹. De ahí que Fuller mantenga que el respeto de la moral interna del Derecho implica, en definitiva, el reconocimiento de la autonomía del sujeto, lo que supone, asimismo, otorgar un valor a la propia persona¹⁴⁰.

cuenta que, como advierte FULLER, “cuando este vínculo de reciprocidad se rompe completamente por el gobierno, no queda nada en que basar la obligación del ciudadano de cumplir las normas” (*idem*, p. 40).

¹³⁸ .- El último de los argumentos presentados por FULLER para abogar por el carácter moral del Derecho consiste en que “la moralidad específica del derecho articula y sostiene [...] una visión de la naturaleza del hombre que es indispensable para el derecho y la moral” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 168). Y ello porque, en opinión de este autor, “embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de las normas implica necesariamente un compromiso con la concepción de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente responsable, capaz de entender y respetar las normas, y de ser responsable por sus faltas” (*idem*, p. 162). En consecuencia, señala FULLER, “no podemos proyectar nuestras concepciones sobre los demás sin darles la oportunidad de entender esas concepciones - no podemos condenarles por violar normas que permanecen en secreto o que no podían ser conocidas por ellos [...] Se incorpora, entonces, en todo sistema jurídico, formulado y administrado conscientemente, un cierto respeto por la dignidad humana” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 665). En conclusión, un sistema jurídico articulado sobre y desde la base del respeto a la moral interna del Derecho “no puede ser neutral en su propia concepción del hombre” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 162). Según añade R.A.DUFF, “el derecho difiere de otras formas de control social no en su superior eficacia, sino en que trata al ciudadano como un agente racional, responsable y autónomo” (“Legal Obligation and the Moral Nature of Law”, *op. cit.*, p. 80).

¹³⁹ .- Si el respeto de la moral interna del Derecho supone un reconocimiento de la autonomía del sujeto, por el contrario, aduce FULLER, “toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como un agente responsable” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 162), puesto que “juzgar sus acciones por leyes secretas o retroactivas, o incluso ordenarle que realice un acto que resulta ser imposible, supone trasladarle nuestra indiferencia hacia sus facultades de autodeterminación” (*ibidem*). Actuar así significaría “no juzgar ya a un hombre, sino dominarlo” (*idem*, p. 163). Esta consideración del sujeto como agente responsable puede, a juicio de T.CAMPBELL, “servir para poco si [...] les enfrenta ante una conducta que ellos entienden como claramente inmoral o indeseable, pero el hecho de que los ciudadanos tengan una oportunidad de elección con respecto de las normas y sus consecuencias en, en algún sentido, un reconocimiento de su *status* como agentes responsables” (*Justice*, Macmillan Education, Londres, 1988, p. 28). Ocasión habrá, más adelante, de profundizar en las consecuencias que produce esta oportunidad de elección ante normas injustas.

¹⁴⁰ .- Parece obligado, a la hora de hablar del principio de autonomía del sujeto, hacer una referencia al pensamiento de I.KANT, quien, al abogar por “la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora” (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, p. 87), sostiene que “la voluntad [...] no está sometida exclusivamente a la ley, sino que lo está en la medida que puede ser considerada legislándose a sí propia, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley (de la que ella misma puede considerarse autora)” (*idem*, pp. 87-88).

Este reconocimiento de la autonomía del sujeto para decidir por sí mismo lo que más le conviene tiene importantes consecuencias en lo que se refiere a su actitud frente al Derecho. Es, de acuerdo con la exposición de Fuller, un dato a tener en cuenta a la hora de configurar la moralidad de ese compromiso de interacción, entre el Poder y los ciudadanos, que está en la base del funcionamiento regular de todo sistema jurídico. No es el único, pues a este dato han de sumarse los expuestos en los dos epígrafes anteriores, todos los cuales hacían que, con carácter general, el Derecho fuera entendido, por parte de este autor, como una actividad moral en sí misma. Así pues, del mismo modo que los operadores jurídicos se comprometen a actuar sobre la base de las propias normas del sistema por su creencia en la corrección moral de tal actuación, los ciudadanos obedecen lo dispuesto en las normas por una creencia en la moralidad del propio Derecho. Y si esto es así, es decir, si esta creencia se basa en razones morales, no parece que resulte incoherente deducir, con Fuller, la existencia de una obligación moral de obedecer el Derecho por parte de sus destinatarios¹⁴¹. Un Derecho, eso sí, que les reconoce en cuanto agentes autónomos y capaces para afrontar las consecuencias de sus decisiones.

En consecuencia, el respeto a la moral interna del Derecho se erige, con arreglo a esta argumentación, en el fundamento de la obligación moral de obedecer al Derecho, pues su introducción en un sistema jurídico ofrece una razón suficiente para abogar por la moralidad de éste¹⁴². De acuerdo con ello, sólo un concepto de Derecho articulado

¹⁴¹ .- La correlación entre los dos polos que sustentan la interacción en la que descansa el Derecho se pone de manifiesto en las siguientes palabras de FULLER: “Se acepta generalmente que el ciudadano tiene, bajo circunstancias normales y sujeto a excepciones, un deber moral de obedecer el derecho. ¿Impone este deber moral del ciudadano una correlativa responsabilidad moral al legislador de no frustrar o socavar el deber de aquél hacia el derecho? ¿Significa esto que no debería, por ejemplo, promulgar leyes poco claras o contradictorias?” (“A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *op. cit.*, p. 657). No parece que sea necesario volver a señalar las razones por las que la respuesta a tales cuestiones, siguiendo las tesis de FULLER, ha de ser positiva. Pero, de lo que se trata ahora es de comprobar si la moral interna del Derecho es un argumento suficiente para generar ese deber moral de obedecer el Derecho.

¹⁴² .- Nótese que, como anuncia R.S.SUMMERS, “Fuller señala que cuando sus ocho requisitos [de moral interna del Derecho] no son suficientemente respetados, el ciudadano puede carecer de una base significativa en la que sustentar cualquier obligación moral que pudiera tener de obedecer el derecho” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, pp. 37-38). Afirmación que, en efecto, puede constatarse cuando FULLER afirma que “no puede haber una base racional para afirmar que un hombre pueda tener una obligación moral de obedecer una norma jurídica que no exista, o que se mantenga en secreto para él, o que se haya creado después de que hubiera llevado a cabo la actuación, o que fuera ininteligible, o contradictoria con otra norma del mismo sistema, o que mandara lo imposible, o cambiara cada minuto” (*The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 39). Ante cualquiera de las situaciones de este tipo es, según D.LYONS, “injusto castigar a una persona, o hacerle penar o sufrir, incluso culparle o criticarle” (“The internal morality of law”, *op. cit.*, p. 5).

desde el reconocimiento de la necesaria inclusión de los elementos de la moral interna del Derecho puede dar sentido a la existencia de esta obligación moral de obedecer lo dispuesto en sus normas. En efecto, únicamente una definición en la que se reconozca la aludida interacción entre el Poder y los ciudadanos - y la moral interna del Derecho viene a desempeñar un papel decisivo a estos efectos - permite dar cabida, en opinión de Fuller, a esta obligación moral de obediencia al Derecho. Parece, pues, que Fuller arguye en favor de ofrecer una definición de Derecho bajo la que cobre sentido la existencia de tal obligación de carácter moral, adecuando aquélla a esta realidad. Y es que, podría añadirse, lo que en ningún momento ha de olvidarse es que, como postulado básico de su teoría, Fuller dota de una calidad moral al propio Derecho, de forma que de la misma no parece que resulte incoherente deducir la existencia de una obligación moral de obedecer éste¹⁴³.

Dedución que, desde el punto de vista de Fuller, no cabe realizar desde la pretensión positivista de separación entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser. Ésta es una de las críticas dirigidas por el propio Fuller al positivismo jurídico, la cual puede resumirse en la creencia de que esta corriente iusfilosófica no ofrece un concepto de Derecho coherente con la que, según Fuller, es una de sus pretensiones básicas, cual es el carácter absoluto del respeto y cumplimiento del Derecho. Téngase en cuenta que, en este concreto punto del análisis, varias son las cuestiones que pueden diferenciarse de esta genérica afirmación de Fuller que acaba de recogerse. Por un lado, este autor sostiene que una de las pretensiones del positivismo jurídico es su defensa del estricto

¹⁴³ .- Puede afirmarse que, en lo que hace a esta cuestión de la obligación moral de obedecer al Derecho, FULLER precisamente reclama “una definición de derecho que dé sentido a la obligación de fidelidad al derecho” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 635). De ahí que pueda afirmarse, siguiendo a M.COHEN, que “la aseveración del profesor Fuller de que los criterios para la existencia de un sistema jurídico poseen cierta calidad moral en sí mismos deriva, en parte, de su deseo de exponer una conexión entre el derecho y la moral, cual es la conformada por la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho” (“Law, Morality and Purpose”, *op. cit.*, p. 650). En el mismo sentido, R.A.WASSERSTROM advierte que “un tipo de argumento en apoyo de la proposición de que no se puede justificar la desobediencia al derecho es aquél que mantiene la existencia de algún tipo de relación *lógica* o conceptual entre desobedecer el derecho y actuar inmoralmente” (“The Obligation to Obey the Law”, *University of California Law Review*, vol. 10, nº 4, p. 281). Y es que “si la noción de ilegalidad supone la de ilegalidad, entonces nadie estará justificado al actuar ilegalmente, porque parte del significado de *ilegal* es *inmoral*” (*ibidem*). Toda teoría que pretenda ofrecer una respuesta positiva a la cuestión del deber moral de obediencia del Derecho desde el propio Derecho ofrece, según la clasificación de J.LADD, una visión - llámese así - “internalista”. Éste sería, entonces, el caso de la teoría de FULLER, pues para este autor, recuérdese, “el propio derecho es intrínsecamente un concepto moral o, cuando menos, un concepto que incluye necesariamente elementos morales” (“Law and Morality: Internalism vs. Externalism”, en AA.VV., *Law and Philosophy. A Symposium*, ed. de S.Hook, New York University Press, Nueva York, 1964, p. 62).

cumplimiento de lo dispuesto en y por el Derecho, la cual podría resumirse en el alegato de que “la ley es la ley”. Así, tanto operadores jurídicos como destinatarios de las normas han de cumplir, en todo momento, con el contenido de esa ley, de forma que no quepa reconocimiento alguno de la libre actuación de éstos, entendiendo como tal aquélla que se desarrolla al margen, o en contra, de lo dispuesto en ella. La tesis de la separación entre el Derecho y la moral, precisamente uno de los postulados básicos del positivismo jurídico, intenta servir a este objetivo del respeto absoluto al Derecho, pues pretende que todas las consideraciones sobre la bondad o maldad de éste que puedan efectuarse por los sujetos afectados queden al margen de su funcionamiento regular. El Derecho ha de ser cumplido aun cuando sea considerado como injusto, e incluso inicuo, por los sujetos a los que, en cada momento, se dirija. Así por ejemplo, un juez en cuyo sistema jurídico exista la pena de muerte tiene la obligación de aplicarla en los casos establecidos por el propio Derecho, aunque considere que dicha pena es radicalmente contraria al respeto de la dignidad humana, y, por consiguiente, a la moralidad.

En su descripción de esta pretensión positivista de respeto absoluto al Derecho, Fuller introduce un elemento adicional que resulta ser de suma importancia. Y es que, aduce este autor, el positivismo jurídico considera que el respeto y cumplimiento del Derecho es un ideal de carácter moral. La fidelidad al Derecho, que es como Fuller se refiere a esta realidad, es una exigencia que no cabe entenderla en términos moralmente neutros, pues el cumplimiento de lo que las normas disponen es una exigencia que, al margen del plano estrictamente jurídico, posee valor moral. Nótese la carga de moralidad con la que, desde el particular punto de vista de Fuller, se configura el positivismo jurídico. Su pretensión de que las normas hayan de ser en todo momento cumplidas radica en una opción por un determinado valor, cual es el del respeto a lo dispuesto en las normas jurídicas. De ahí, por otro lado, que Fuller reproche al positivismo jurídico presentarse bajo la fórmula de ser una teoría con intenciones meramente descriptivas, cuando en realidad está introduciendo una determinada opción valorativa, como resulta ser la del respeto por el orden jurídico establecido¹⁴⁴. Ciertamente es

¹⁴⁴ .- Ocultar la opción valorativa que está detrás de la filosofía del positivismo jurídico es, a decir de FULLER, frustrante, pues “no hay frustración más grande que enfrentarse a una teoría que da a entender que simplemente se propone describir, cuando claramente no sólo describe, sino que recibe sus especiales poderes prescriptivos precisamente del hecho de que rechaza intenciones prescriptivas” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 631). No obstante esto, FULLER ha de reconocer que el positivismo jurídico no siempre “esconde” sus intenciones prescriptivas, tal y como sucede, por

que Fuller matiza esta última afirmación en lo que se refiere al pensamiento de Hart, pues, en opinión de aquel autor, en la obra de éste sí cabe apreciar el reconocimiento del valor moral de la fidelidad al Derecho¹⁴⁵. Sin embargo, alega Fuller, el concepto amplio de Derecho que ofrece Hart, basado en la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, no ofrece un marco teórico acorde con la consecución de ese ideal moral que resulta ser el cumplimiento del Derecho.

ejemplo, en el mismo H.KELSEN, quien, como afirma FULLER, admite que “todo su sistema bien podría descansar en una preferencia emocional por el ideal del orden sobre el de la justicia” (*idem*, p. 632). Y es que, como afirma H.KELSEN, “en lugar del ideal de justicia [característico de la aproximación iusnaturalista], el principio de la fuerza del Derecho [bajo el que se alude a la normatividad típica de los sistemas jurídicos] introduce el ideal de la paz” (“La idea del Derecho natural”, trad. F.Ayala, en KELSEN, H., *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, Editora Nacional, México, 1979, p. 49). Reconocimiento que todavía es mayor en el caso de HART, siempre según FULLER, pues “una de las grandes virtudes del trabajo de Hart [se trata del artículo “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, ya citado en estas páginas] es que hace explícita la preocupación positivista por el ideal de la fidelidad al derecho” (*idem*, p. 670). De ahí que, a pesar de las notables diferencias que le separan del pensamiento de HART, FULLER alabe especialmente un punto de la obra de aquel autor, cual es el que “elimina de la filosofía positivista una pretensión que ha [...] oscurecido cada punto tocado por ella. Se trata, por supuesto, de la pretensión de la neutralidad ética del positivismo” (*idem*, p. 672). En consonancia con ello, FULLER “centra el debate entre positivistas e iusnaturalistas no en la cuestión de si el derecho persigue necesariamente algún ideal, sino en la cuestión de *cuál* sea el ideal que persigue - el mínimo ideal del orden o el máximo ideal de la justicia” (WINSTON, K.I., “The Ideal Element in a Definition of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 5, nº 1, abril, 1986, p. 108).

¹⁴⁵.- Como se acaba de advertir, FULLER hace referencia al dato de que HART, aun abogando por la separación entre el Derecho y la moral, “parece estar avisándonos de que la realidad de la distinción es en sí misma un peligro y que si no reparamos nuestras vías de pensamiento y expresión podemos perder un «precioso ideal moral», el de la fidelidad al Derecho” (FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, pp. 630-631). Para entender esta última afirmación, resulta necesario exponer el contexto bajo el que se formula y cobra sentido. Se trata del supuesto de la mujer que, al amparo de las normas jurídicas del Derecho alemán durante la época del “nazismo”, delata a su marido, soldado del ejército “nazi”, por haber realizado observaciones injuriosas sobre Hitler. Tras el cambio de sistema jurídico, se plantea la posibilidad de castigar a esta mujer por la realización de un acto claramente inmoral, cual era el de delatar a su marido a sabiendas de la pena que le iba a ser impuesta. En este caso, el dilema se plantea entre absolver a la mujer, pues su conducta era jurídicamente lícita, y condenarla, sacrificando así el principio de irretroactividad de las normas, mediante la promulgación de una norma que declare ilegal una conducta que, en el momento de ser realizada, no lo era. Y, de adoptar esta segunda opción, se sacrifica ese ideal moral que resulta ser la fidelidad y respeto absoluto al Derecho. Ésta es, por cierto, la solución que adoptó el tribunal de apelación ante el que se resolvió el caso real en Alemania. Según H.O.PAPPE, el tribunal “no declaró que las leyes nazis de 1934 y 1938 [las aplicables al caso] eran nulas, [de manera que] los jueces del tribunal militar, los que habían condenado al marido, habían actuado de acuerdo con su competencia jurídica” (“On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era”, *The Modern Law Review*, vol. 23, nº 3, mayo, 1960, p. 263). Pero, “por otro lado, el tribunal de apelación declaró que la acusada era culpable de privación ilegal de libertad porque (a) no estaba bajo el deber de informar, (b) había suministrado la información para satisfacer sus propios motivos privados, y (c) debía haberse dado cuenta de que esa información en aquellas circunstancias [...] «era contraria a la sana consciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes»” (*ibidem*). Entonces, concluye H.O.PAPPE su exposición del caso, aunque se condenara a la mujer, “es obvio que el tribunal no invalidó una ley de 1934” (*ibidem*), máxime cuando “fue sólo y en un *obiter dicta* cuando el tribunal, entre paréntesis, se pronunció sobre la posibilidad teórica de la existencia de leyes contrarias al derecho natural y, por ello, inválidas jurídicamente; posibilidad que fue claramente rechazada en este caso particular” (*idem*, p. 263, nota 10).

La crítica de Fuller parece adquirir, entonces, un doble significado. Por un lado, este autor reprocha al positivismo jurídico ocultar sus intenciones prescriptivas bajo una declarada intención de describir el funcionamiento de un sistema jurídico, separándolo de ese otro ámbito normativo al que se suele denominar la moralidad. Por otro, cuando Fuller entiende que algún autor perteneciente a este ámbito de pensamiento jurídico, como es el propio Hart, reconoce, o, cuando menos, deja traslucir esa opción valorativa que supone el respeto por el Derecho, rechaza que a través de su particular concepto de Derecho pueda alcanzarse tal ideal o valor moral. Para llegar a esta última conclusión, Fuller propone el análisis de dos situaciones. A la primera de ellas se hizo referencia cuando en páginas anteriores se abordaba la cuestión relativa al propósito como parte integrante de las normas jurídicas; allí hubo ocasión de exponer algunos casos que eran utilizados por Fuller para argüir en favor de la consideración de que el propósito para el que fue dictada forma parte, en efecto, de toda norma jurídica.

No es el momento de volver sobre esta cuestión, pero sí de subrayar que aquella conclusión de Fuller va a repercutir en la cuestión que ahora se presenta. Conclusión ésta que, en términos generales, puede enunciarse como la necesidad de acudir, en el proceso de interpretación y aplicación normativa, al propósito que se tuvo en mente por parte del órgano creador de la norma a la hora de su promulgación. Máxime en situaciones en las que la literalidad de la norma puede provocar consecuencias que no fueron las deseadas, o las previstas, en el momento de su creación. Y es que sin tener en cuenta esta dimensión de respeto a la parte implícita de la norma, al propósito para el que fue dictada, difícilmente podrá alcanzarse el ideal de la fidelidad absoluta al Derecho. Ahora bien, como sucede que el positivismo jurídico no acepta que el propósito de la norma sea considerado parte integrante de ésta, se halla imposibilitado para ofrecer el cauce que evite tales indeseadas o imprevistas consecuencias. El concepto de Derecho positivista, según Fuller, es un concepto desde el que no cabe hacer referencia a estas dimensiones del deber ser, o del propósito, de la norma, lo que impide alcanzar el ideal moral que aquella teoría profesa de respeto y cumplimiento del Derecho¹⁴⁶.

¹⁴⁶ .- La opinión de FULLER es que ni siquiera “es necesario [...] explayarse en las violaciones morales del régimen nazi para apreciar cómo la filosofía positivista es absolutamente incapaz de servir al ideal moral superior que profesa, el de la fidelidad al derecho” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 646). Recuérdese, a tales efectos, el caso planteado por el propio FULLER del

La segunda de las situaciones descritas por Fuller, a la hora de alcanzar el citado objetivo de crítica al positivismo jurídico, es la que puede provocarse tras la sustitución de un sistema jurídico inicuo, tanto en lo formal como en lo sustantivo, por otro que no lo es. El problema aparece cuando se empieza a considerar, en el seno del nuevo sistema jurídico, la posibilidad de castigar ciertas conductas, a las que cabe calificar de moralmente aberrantes, que se realizaron al amparo de las normas jurídicas del antiguo sistema. En este tipo de casos, se produciría, para el positivismo jurídico, un dilema moral, donde los términos del mismo podrían ser, según la interpretación de Fuller, los siguientes. Por un lado, hay un deber moral de comportarse de forma correcta, cuyo respeto exigiría condenar y sancionar aquellas conductas que, si bien jurídicamente no eran merecedoras de reproche alguno, son consideradas como absolutamente inmorales. Por otro, el deber moral del cumplimiento del Derecho exige no condenar tales acciones, pues estaban amparadas por la propia legalidad de aquel sistema.

Y, precisamente, es en el seno de este dilema en el que el positivismo jurídico, a decir de Fuller, se muestra incapaz de ofrecer pauta alguna. En alguna ocasión en la que se ha planteado un debate de este tipo se ha propuesto, desde las filas positivistas, la utilización de una norma que, con carácter retroactivo, declarara la ilegalidad de dichas conductas y, como tales, las sancionara. No obstante, matiza Fuller, soluciones como ésta vulneran el valor moral de fidelidad al Derecho, pues la utilización de la norma retroactiva viola el respeto por el Derecho preestablecido. Y es que, en efecto, no conviene olvidar que esas conductas que ahora se pretende castigar eran conductas perfectamente válidas y, por tanto, acordes con el Derecho existente en aquel momento

juez que debe aplicar la norma jurídica que prohíbe dormir en las estaciones de tren a un sujeto que, dado que la espera es larga pues su tren viene con retraso, se queda irremediamente dormido. En una situación de este tipo, “si un juez que se encuentra atrapado en este dilema [el de sancionar o no a este sujeto] se girara hacia la filosofía positivista, ¿qué ayuda podría esperar?” (*ibidem*). El cumplimiento de la literalidad de la norma exige del juez la imposición de una sanción a ese sujeto, pero, frente a esto, desconocer cuáles son los fines que se intentaron evitar con la promulgación de dicha norma traería como consecuencia un serio menoscabo del objetivo, más amplio, del respeto al Derecho. En estos casos, se pregunta FULLER, “¿no resulta claro que es precisamente la insistencia del positivismo en una rígida separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser lo que convierte a la filosofía positivista en incapaz para ayudar a nuestro juez? ¿no es claro que éste nunca podrá alcanzar una satisfactoria resolución del dilema a menos que entienda su deber de fidelidad al derecho en un contexto que incluya también su responsabilidad para crear el derecho que deba ser?” (*idem*, p. 647). La respuesta de FULLER radica en afirmar que el respeto al Derecho sólo es posible cuando se tenga en cuenta, por parte de los órganos competentes para su administración y aplicación, el propósito de la norma, ese deber ser al que ya se ha hecho referencia en otro lugar de este trabajo. Ello exigiría al juez, en el ejemplo concreto, no castigar al sujeto que se quedó dormido en la estación, de forma que sólo así se lograría respetar el Derecho, pues en el propósito de la norma no se contempla el castigo de estas particulares situaciones.

inicial. De manera que, en definitiva, el positivismo jurídico, por lo menos de acuerdo con la caracterización que de éste realiza Fuller, se muestra incapaz de alcanzar los ideales que profesa¹⁴⁷.

No parece que, a estas alturas del desarrollo de la exposición de la teoría del Derecho de Fuller, sea necesario insistir demasiado en cuál sea la solución que este autor propone y sostiene para este tipo de situaciones. Desde su punto de vista, este tipo de sistemas o de manifestaciones de poder, en las cuales las arbitrariedades, injusticias e iniquidades son moneda corriente en su funcionamiento cotidiano, no son merecedores del calificativo de jurídicos. Entonces, el dilema no sería tal, o no se produciría en situaciones de este calibre, pues el término del mismo compuesto por la obligación moral de obedecer el Derecho no concurre. De esta forma, aquellas conductas que, tras la desaparición de aquellos supuestos sistemas inicuos, quieren ser sancionadas pueden serlo sin vulnerar ese ideal, de carácter moral, que supone el respeto y cumplimiento del Derecho. No obstante lo anterior, sí cabe apreciar una diferencia entre esta solución de Fuller y la propuesta por la tradicional teoría iusnaturalista, según la cual la falta de juridicidad de las normas de tales sistemas deriva de su más absoluta iniquidad¹⁴⁸. En la

¹⁴⁷.- La propuesta de HART, en el caso de la mujer que delata a su marido ante las autoridades “nazis”, era la de condenarla a través de una norma que, con carácter retroactivo, sancionara conductas como la que ella realizó. Entonces, el dilema se le presenta al positivismo jurídico, según FULLER, en los siguientes términos: “Por un lado, existe un dato amoral llamado derecho [recuérdese la tesis de la separación entre éste y la moral], que tiene la peculiar cualidad de generar un deber moral de obedecerlo. Por otro, hay un deber moral de hacer lo que se cree correcto y decente [condenar a la «delatora»]. Cuando nos enfrentamos con una ley que creemos que es absolutamente inicua, tenemos que elegir entre estos dos deberes” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 656). Si se opta, como es el caso de HART, por la utilización de una norma sancionatoria retroactiva, la consecuencia sería, siempre según FULLER, que “la filosofía positivista [...] nunca ofrece un significado coherente a la obligación moral de obedecer el derecho” (*ibidem*). En conclusión, “el postulado fundamental del positivismo - que el derecho ha de ser estrictamente separado de la moralidad - parece negar la posibilidad de establecer un puente entre la obligación de obedecer el derecho y otras obligaciones morales” (*ibidem*). Y ello porque o bien se cumple la primera, y no se sanciona a la mujer que cometió un acto moralmente aberrante, o bien se cumple la obligación moral de castigarla por ello, y se viola el ideal, también moral, de respeto absoluto a lo dispuesto por el Derecho.

¹⁴⁸.- La genérica tesis de G.RADBRUCH acerca de la pretendida juridicidad de los sistemas inicuos consiste en afirmar que “donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica” (“Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, trad. M.I.Azareto, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 37-38). Si se aplica esta genérica afirmación al específico caso alemán, “sectores enteros del derecho nacionalsocialista no llegaron jamás a la dignidad de derecho válido” (*idem*, p. 38). Y ello porque, en opinión de este autor, “existen principios jurídicos que son más fuertes que toda disposición jurídica, de tal modo que una ley que los contradiga [como sucedió con amplios sectores del Derecho «nazi»], carece totalmente de validez. Se llama a estos principios derecho natural o derecho racional” (“Primera toma de posesión luego del desastre de 1945”, en RADBRUCH, G., *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, trad. A.del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 123).

teoría de Fuller, en cambio, tales sistemas no pueden ser considerados como jurídicos por su radical desconocimiento de los requisitos de la moral interna del Derecho¹⁴⁹. A las injusticias que provoca el mero incumplimiento de la citada lista de elementos, cuestión a la que se viene dedicando todo este capítulo, ha de sumarse que, a decir de Fuller, el desconocimiento de los mismos dirige al sistema hacia objetivos sustantivos igualmente injustos, tal y como se puso de manifiesto en el capítulo anterior¹⁵⁰. Sin

¹⁴⁹ .- La razón por la que, en opinión de FULLER, gran parte de las normas producidas en Alemania durante la época del gobierno “nazi” no pueden ser consideradas como jurídicas estriba en su más absoluto desconocimiento de la moral interna del Derecho. Así, “cuando un sistema que se denomina a sí mismo jurídico se desarrolla desde un general desconocimiento por parte de los jueces de los términos de las leyes que se proponen hacer cumplir, cuando este sistema soluciona sus irregularidades jurídicas, incluso las más grandes, a través de normas retroactivas, cuando recurre a sembrar el terror en las calles [...], cuando todas estas cosas han llegado a ser ciertas en una dictadura, no es difícil, al menos para mí, negarle el nombre de derecho” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 660). En consecuencia, añade FULLER, “si la filosofía del derecho alemana hubiera se hubiera interesado más por la moral interna del derecho, no habría sido necesario invocar a nociones de este tipo [FULLER se refiere a la apelación de un «Derecho superior»] para declarar nulas las leyes nazis más aberrantes” (*idem*, pp. 659-660). Frente a esta apreciación de FULLER, cabe objetar que la importancia que G.RADBRUCH otorga a la moral interna del Derecho es mucho mayor de la que a primera vista pudiera parecer. Baste, como muestra de ello, las siguientes palabras de este autor, donde matiza que “era claro de entrada que el derecho nacionalsocialista estaba dispuesto a eludir la exigencia que caracteriza esencialmente a la justicia: el tratamiento igual de lo igual. Como consecuencia carece totalmente de naturaleza jurídica, no es un derecho tal vez injusto sino que no es en absoluto derecho” (“Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, *op. cit.*, p. 39). Con independencia de que haya otras razones ajenas a la moral interna del Derecho por las que G.RADBRUCH negara validez jurídica a las normas “nazis”, y la falta de respeto a los derechos humanos es buena muestra de ello, no puede negarse que la negación de la justicia formal es una buena razón, según aquel autor, para no calificar de Derecho a tal conjunto de normas. Este último argumento de G.RADBRUCH ofrece una razón a quienes, como S.L.PAULSON, piensan que “los elementos de continuidad en el pensamiento de Radbruch parecen ser más persuasivos que los que sugieren una completa ruptura, otorgando crédito, entonces, a la idea de que los escritos previos y posteriores a la guerra reflejan diferentes aspectos de una misma posición” (“Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the «Positivist» Theses”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, p. 320). Frente a esta opinión, se encuentra la de otros autores, como el propio HART, que abogan por interpretar que se ha producido una “conversión” (“El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 41) en el pensamiento de G.RADBRUCH. Con independencia de que puedan existir razones para mantener esta segunda tesis, lo cierto es que el alegato de G.RADBRUCH de 1948 de que “la seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto [pues] lo injusto se reparte justamente y por igual entre todos, [excepto] allí donde la injusticia del Derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia” (*Introducción a la Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 44) se completa con su afirmación, de 1932, de que a tal situación se llega cuando no se alcanza ni siquiera la igualdad en la aplicación del Derecho, pues ya “no se trata de la justicia medida por el derecho positivo, sino de la que es patrón de este mismo derecho” (*Filosofía del derecho*, 4ª ed., trad. J.Medina, Edersa, Madrid, 1959, p. 45).

¹⁵⁰ .- Recuérdese que uno de los ejemplos en los que FULLER apoyaba su teoría de la afinidad natural entre las dimensiones interna y externa de la moralidad era el caso “nazi”, donde “es demostrable que las más serias violaciones de la moralidad jurídica [...] se producían en ramas del derecho como aquéllas que tienen que ver con los casos de los delatores; semejante deterioro no se producía en las ramas ordinarias del derecho privado” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, pp. 660-661). Ello sirve para mostrar, aduce FULLER, que “era en aquellas zonas donde los fines del derecho resultaban más odiosos a la luz de los criterios normales de decencia donde la propia moral [interna] del derecho era más flagrantemente desconocida” (*idem*, p. 661). Coincidencia, entonces, entre la violación a

perjuicio de las críticas que allí se presentaron a esta particular tesis de Fuller, lo cierto es que esta solución ofrece la ventaja, siempre desde el punto de vista de este autor, de dar sentido a la obligación de fidelidad al Derecho, un Derecho sustentado sobre la base del ya analizado compromiso moral entre los sujetos afectados por su presencia¹⁵¹.

5.4.3.- Moral interna del Derecho y obediencia al Derecho

La existencia de una obligación moral de fidelidad al Derecho es, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, otra de las consecuencias que, según la argumentación del propio Fuller, se derivan de la consideración del Derecho como una actividad moral en sí misma. Debido al papel que, en esta relación, desempeñan los elementos de la moral interna del Derecho, conviene hacer una última referencia a esta concreta tesis de Fuller. Ello permitirá, además de continuar en la línea metodológica que en todo momento se ha intentado que presida el desarrollo de las páginas que componen este trabajo, analizar de forma crítica la propuesta de Fuller sobre la citada

la moral interna del Derecho y la producción de normas cuyo contenido puede ser calificado de aberrante. éste es uno de los ejemplos, utilizados por FULLER, para concluir que “allí donde alguien estuviera tentado a decir, «esto es tan inicuo que no puede ser derecho», del mismo modo podría haber dicho, «esto es el producto de un sistema tan insensible hacia la moralidad del derecho que no puede llamarse derecho»” (*ibidem*). Y es que, téngase en cuenta una vez más, “la moralidad jurídica no puede vivir allí donde se rompe con la justicia y la decencia” (*ibidem*).

¹⁵¹.- Especialmente llamativo resulta el hecho de que, a pesar de todo lo que acaba de exponerse, FULLER también abogue, como solución al caso de la mujer “delatora”, por el recurso a la norma retroactiva. Aduce dos razones en favor de esta solución. En primer lugar, porque “es la fórmula más próxima a lo jurídico para convertir en antijurídico lo que una vez fue derecho” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 661). A ello ha de sumarse, además, que una norma retroactiva podría ser “una manera de simbolizar un nítido corte con el pasado, como un medio de aislar una especie de operación de limpieza del funcionamiento normal del proceso judicial. Mediante este aislamiento, sería posible para el estamento judicial retornar más rápidamente a una situación en la que pudiera proporcionarse el adecuado respeto a las demandas de la moral jurídica” (*ibidem*). Lo que supone, en otras palabras, “proponerse recuperar para el ideal de la fidelidad al derecho su normal significado” (*ibidem*). Tampoco puede dejar de llamar la atención que hasta el propio G.RADBRUCH se adhiriera a la misma solución, puesto que, en su opinión, “no se debería poner en manos de cualquier juez del poder dejar las leyes [«nazis»] sin valor, sino que esa misión se debería encomendar más bien a un tribunal superior o a la legislación” (“Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E. y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, trad. J.Mª Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, pp. 16-17). Frente a la objeción de retroactividad de tales normas, dictadas bien por un “alto tribunal” bien por el poder legislativo, G.RADBRUCH alega que “si no las leyes mismas, por lo menos su contenido se hallaba ya en vigor al producirse aquellas situaciones, al cometerse aquellos desafueros” (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 180). Y es que, precisa el propio G.RADBRUCH, “estas leyes [formalmente retroactivas] responden, por su contenido, a un Derecho superior a la ley, suprallegal, cualquiera que sea la concepción que de este Derecho tengamos en lo particular, ya lo concibamos como un Derecho divino, como un Derecho de la naturaleza o como un Derecho de la razón” (*ibidem*).

obligación de carácter moral que tienen los sujetos de respetar lo dispuesto por las normas jurídicas del sistema. Se trata de la parte del compromiso de interacción, presente en la base de todo sistema jurídico, que afecta, no ya a los operadores jurídicos, sino a los meros destinatarios de las normas. Del mismo modo que, en el epígrafe anterior, se debatió la cuestión del carácter moral o no de la aceptación de los operadores jurídicos a las normas fundamentales del sistema, corresponde ahora plantear semejante cuestión respecto de los destinatarios de las normas, de los que Fuller ha predicado una obligación moral de fidelidad a éstas. Además de esta última referencia a la propia teoría de Fuller, conviene precisar el alcance de la crítica que Fuller realiza al positivismo jurídico, al que acusa de no ofrecer un concepto de Derecho que sirva de forma adecuada a los ideales o valores morales que profesa, entre los que ocupa lugar destacado el del cumplimiento del Derecho. Quizá esta crítica no se ajuste a los propios parámetros teóricos del positivismo jurídico, pero esto es algo que se reserva para el final de este apartado.

El respeto a la moral interna del Derecho permite que los destinatarios de las normas puedan conocer cuál es la respuesta que el sistema jurídico prevé para cada una de las actuaciones o conductas concretas que pretendan realizar. Y hace, igualmente, que esta posibilidad de prever las consecuencias jurídicas no sólo se extienda hacia sus propias conductas, sino también hacia las de los restantes sujetos que actúan en un sistema jurídico, incluyendo, por supuesto, las de aquéllos que gozan de una cierta capacidad o potestad de actuación sobre las normas. Negar la importancia que esto pueda tener para la cuestión de la obediencia al Derecho sería una conclusión que merecería ser calificada de absurda. Recuérdese que, cuando se analizó en el epígrafe anterior la cuestión de la aceptación de los funcionarios del sistema a las normas de identificación de las normas de éste, allí se alcanzó una conclusión que puede, entre otras cosas, ofrecer la pauta de la que aquí se alcance para los ciudadanos y su deber de obediencia. No resulta extraño que se comparen estas dos situaciones, la de los funcionarios y la de los ciudadanos, puesto que ambos son los dos polos de la interacción característica de la configuración que el propio Fuller hace de los sistemas jurídicos. A ello ha de añadirse, como otra razón justificatoria de esta comparación, que la aceptación de las normas del sistema requiere un mecanismo similar al que se plantea respecto de la obediencia de éstas. Ciertamente es que las diferencias entre ambas realidades



son notables, pero no lo es menos que los requisitos necesarios para que un operador jurídico pueda conocer, y aceptar, aquéllas no son muy distintos a los que cualquier sujeto precisa para conocer, y obedecer, una norma cualquiera.

Pues bien, en la primera parte de este trabajo se argumentó sobre la necesidad de que en un sistema jurídico se respeten los elementos de la moral interna del Derecho, aduciendo para ello el hecho de que si los sujetos no pueden conocer las normas jurídicas, de forma que resulte imposible para ellos predecir las consecuencias jurídicas de sus acciones, no pueden obviamente obedecerlas. Idéntica razón se esgrimió para el caso de los funcionarios del sistema, pues éstos carecerán de posibilidad alguna de aceptar las normas de identificación de normas, y, por tanto, de crear o aplicar normas jurídicas válidas, si éstas no se configuran desde el respeto a los elementos de la moral interna del Derecho. A esta realidad se la denominó, en aquel lugar del trabajo, la vertiente fáctica de la aceptación, y a la misma se la dotó, siguiendo a Hart, del rango de dimensión necesaria para la existencia de los sistemas jurídicos. Entonces, según lo advertido en el párrafo anterior, nada obsta a que se afirme que el respeto a la moral interna del Derecho produce una vertiente fáctica de la obediencia, pues resulta imprescindible para que los sujetos puedan cumplir con lo dispuesto en las normas. La moral interna del Derecho se convierte, así, en elemento necesario para la existencia de los sistemas jurídicos. En la propuesta de Hart, porque permite que, en último extremo, los operadores jurídicos puedan llevar a cabo la práctica de aceptación a la regla de reconocimiento, además de posibilitar, igualmente, que los sujetos puedan obedecer las normas. En cuanto a Fuller, ya se ha señalado que es el respeto a la moral interna del Derecho es soporte de ese compromiso de interacción entre Poder y ciudadanos en el que descansa el funcionamiento regular y cotidiano del Derecho.

Éste es el sentido en el que, desde mi punto de vista, ha de entenderse la afirmación de que la moral interna del Derecho guarda una estrecha vinculación con la obligación de obediencia a las normas jurídicas. Permite que los sujetos sepan a qué atenerse, y además les reconoce, como señala Fuller, una cierta autonomía a la hora de tomar sus propias decisiones. A pesar de ello, téngase en cuenta un sistema jurídico cuya utilización, a modo de ejemplo, ya se ha generalizado en este trabajo. Un sistema jurídico cuya máxima autoridad normativa recae en un sujeto, llamado Rex, que, a pesar de haber obtenido ésta por métodos no democráticos, en su labor de creación normativa

tiene una única virtud, cual es la de respetar los elementos de la moral interna del Derecho. Respeto que ocasiona, efectivamente, la vertiente fáctica de la obediencia por parte de sus súbditos. Éstos respetan las normas del sistema, porque, entre otras razones, “pueden” hacerlo. Ahora bien, de la existencia, fáctica y real, de esta obediencia no puede deducirse, por lo menos desde mi punto de vista, que sean razones morales las que la originan. No puede deducirse que éstos tengan, o sientan, una obligación moral de fidelidad al Derecho de Rex. Varias son las razones que pueden aducirse en favor de la conclusión, contraria a las tesis de Fuller que se han expuesto en el anterior apartado, de que la moral interna del Derecho no es argumento suficiente para sostener la existencia de una obligación moral de obedecer al Derecho. En primer lugar, porque, al igual que los operadores jurídicos pueden aceptar las normas del sistema por razones distintas a las morales, o de adhesión ideológica a tal sistema, los ciudadanos pueden obedecer por razones tan dispares como el temor a las sanciones de Rex, su prudencia o desdén hacia todo lo que suponga “complicarse” la existencia, e incluso, por supuesto, una creencia en que hay razones morales para obedecer el Derecho. Un sistema jurídico puede funcionar, y prolongarse a lo largo del tiempo, sin que sus ciudadanos crean en la moralidad del mismo.

Además, aun cuando se predicara la existencia de una obligación moral de obedecer al Derecho, ésta no podría derivarse, desde mi punto de vista, de la mera presencia de los elementos de la moral interna del Derecho. Éstos son, en efecto, los que configuran la vertiente fáctica de la obediencia a la que antes se ha hecho referencia, pero ello no puede llevar a la conclusión de que configuran, igualmente, el carácter moral de la obligación de obedecer al Derecho. Son dos cuestiones distintas, y que, como tales, merecen un tratamiento diferenciado. Respecto de la primera de ellas, nada más parece que sea necesario añadir a todo lo que se viene exponiendo en los párrafos precedentes. En cuanto a la segunda, la cuestión es de una complejidad tal que parece no poder resolverse con la única referencia de los elementos de la moral interna del Derecho. Ciertamente es que el principio de autonomía puede ser concebido como el elemento en el que se apoya cualquier tipo de obligación moral, en el sentido de que un sujeto

sólo puede tener razones morales para obedecer aquellas normas que él mismo se ha impuesto y asume voluntariamente¹⁵².

También es cierto, como se ha expuesto con anterioridad, que la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho supone un cierto reconocimiento de la autonomía del sujeto, pues permite que éstos puedan elegir entre la obediencia o la desobediencia a las normas. En caso de que éstas no se articularan sobre la base del cumplimiento de la moral interna del Derecho, sus destinatarios carecerían de esa autonomía, pues su capacidad de opción quedaría claramente limitada, pudiendo incluso llegar hasta un punto el que ésta simplemente no exista. En situaciones de este tipo, puede afirmarse, sin ningún género de dudas, que no existe obligación moral de obedecer al Derecho, pues éste no reconoce ni siquiera un mínimo de autonomía a los sujetos, aquél que les permita decidir entre obedecer o incumplir una norma cualquiera. Y es que, en tales casos, el sujeto ni siquiera puede llegar a plantearse si obedecer o desobedecer los mandatos del Poder. El incumplimiento de la moral interna del Derecho comporta, en definitiva, el máximo desconocimiento de la autonomía del sujeto.

Sin embargo, de la conclusión expresada en el párrafo anterior no puede derivarse otra de tenor contrario, que venga a significar que el cumplimiento de la lista de Fuller suponga el máximo reconocimiento de la autonomía del sujeto. La razón de una negativa de este tipo se encuentra en la insuficiencia de la propia lista de elementos que componen la moral interna del Derecho. Y, sobre todo, en el hecho de que en ella no se haga referencia, en ningún momento, al origen de la suprema autoridad normativa, es decir, del Poder. El ejemplo de Rex sirve, entre otras cosas, para demostrar cómo un Poder no democrático puede resultar perfectamente compatible con el respeto a la moral interna del Derecho. Entonces, si bien existe ese mínimo reconocimiento a la autonomía del sujeto que comporta el respeto a la moral interna del Derecho, la cuestión del origen de la máxima potestad normativa permanece al margen de la moral interna del Derecho. De manera que puede respetarse ésta, incluso escrupulosamente, en el interior de un

¹⁵² .- El principio de autonomía es, en palabras de E.FERNÁNDEZ, el único origen de una “obligación moral en sentido fuerte” (*La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, p. 21). En este sentido, ya F.GONZÁLEZ VICÉN había señalado que “de «obligación» en sentido riguroso sólo puede hablarse [...] cuando no se trata de una alternativa de comportamiento, sino de una exigencia absoluta: es decir, sólo cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual” (“La obediencia al Derecho”, en GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 386). Se volverá, en una cita posterior, sobre esta cuestión, cuando se plantee la posibilidad de que existan obligaciones morales de obedecer instancias ajenas a la conciencia individual, pero reconocidas y aceptadas por el sujeto.

sistema jurídico donde los sujetos no hayan participado en la creación del mismo. En tales casos, los sujetos no han prestado su consentimiento a la hora de establecer el Poder que da lugar al sistema jurídico de que se trate, de forma que nada obsta a que pueda afirmarse que las normas que emanan de éste no son normas que los sujetos se hayan dictado a sí mismos.

Cosa que sucedería, por el contrario, cuando tales sujetos hubieran participado, de una u otra manera, en el procedimiento de designación del Poder. En este supuesto, sí se respetaría el principio de autonomía del sujeto, principio que está en la base de la obligación moral de obedecer el Derecho, puesto que son los propios destinatarios de las normas los que habrían “creado” la autoridad que dicta éstas, y, en consecuencia, son ellos mismos los que se habrían dictado las normas que van a ordenar y regular sus conductas. Este respeto del principio de autonomía personal produce, como consecuencia, que los sujetos tengan una razón moral para obedecer un Derecho de tales características, puesto que son sus propias pautas de comportamiento, las que ellos mismos se han impuesto, las normas que han de respetar¹⁵³. Pero, difícilmente puede producirse el grado de reconocimiento de autonomía suficiente para generar la obligación moral de obediencia cuando nada se dice respecto del origen del Poder. Y la moral interna del Derecho no garantiza que el sistema jurídico tenga un origen democrático, acorde con el principio de autonomía personal que pueda originar una obligación de carácter moral de obedecer el Derecho.

También puede suceder que se intente fundamentar la obligación de obedecer al Derecho, no ya sobre la base del origen autónomo de sus normas, sino sobre su propio contenido. Existirá, desde este punto de vista, obligación moral de obedecer las normas de un sistema jurídico cuando éstas respeten un determinado contenido del que se pueda predicar una cierta consonancia con la justicia. Ocasión ha habido de exponer, en un

¹⁵³.- Recuérdese que, en una nota anterior, se advirtió sobre la posible existencia de obligaciones morales que, parafraseando a E.FERNÁNDEZ, son “fruto de la aceptación por parte de la conciencia individual de una norma de origen heterónomo pero que desde el momento de su aceptación se convierte en norma moral” (*La obediencia al Derecho, op. cit.*, p. 109). Se trataría, en este caso, de una “obligación moral en un sentido secundario o derivado” (*ibidem*), definida así frente a “la obligación moral en su sentido estricto o fuerte, que sería la basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma” (*ibidem*). Si se aplica la idea de la aceptación de normas heterónomas al Derecho, entendiendo que sus normas se obedecen en virtud de su pertenencia a un sistema aceptado por el sujeto, aparece la llamada obligación política, pues ésta surge no “en razón de que la norma jurídica examinada nos pare[zca] moralmente plausible, [sino] como aceptación o adhesión al sistema jurídico en su conjunto” (GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 95).

lugar anterior de este trabajo, que es la figura de los derechos fundamentales la que va a plasmar, en el interior del sistema jurídico, la idea de justicia a la que se hace referencia. Entonces, un sistema jurídico en el que se respete y garantice el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo por supuesto los llamados derechos económicos, sociales y culturales, es un sistema jurídico justo, y del que, en líneas generales, cabe predicar una obligación moral de obediencia¹⁵⁴. Con independencia de los problemas que pueda plantear esta concepción, lo que interesa, a los efectos de este trabajo, es comprobar si la moral interna del Derecho garantiza que, en un sistema jurídico donde ésta se respete, concurren estas dimensiones de contenido en las que sostener, como se ha dicho, una pretensión moral de obediencia al Derecho. Y, en este sentido, la respuesta no puede ser más que negativa. A la hora de exponer las razones en las que se apoya una respuesta de este tipo, no hay más que retroceder en la exposición de este trabajo, y hacerlo hasta el punto en el que abordó la diferencia entre las dimensiones formal y material de justicia.

Allí se expuso con suficiente amplitud, o por lo menos eso se cree, que la moral interna del Derecho produce una dimensión formal de justicia, manifestada en el hecho de que casos similares reciban una similar respuesta jurídica. Origina, asimismo, una cierta limitación al Poder, pues éste habrá de actuar siempre sobre la base del respeto a lo que se conoce con el nombre del imperio de la ley. Pero, también se expuso que la moral interna del Derecho carece de mecanismos para ir más allá, de forma que, con su mera presencia, no se garantiza, por un lado, que el Poder tenga un origen democrático ni, por otro, que todos los derechos fundamentales se respeten y promocionen en dicho sistema. Sólo derechos vinculados con estas dimensiones de carácter formal

¹⁵⁴ .- La vinculación entre obligación moral de obediencia y justicia del Derecho se encuentra en la base de la tesis de E.FERNÁNDEZ, para quien “hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las instituciones justas, derivada de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos” (*La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 21). La cuestión reside, entonces, en determinar cuándo un Derecho es justo, pues “existen buenas razones [...] para obedecer el Derecho justo” (GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, op. cit., pp. 22-23). Y, para ello, habrá que estar a su origen y contenidos. Así, opina E.FERNÁNDEZ, “se entenderá que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales” (*La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 21). En todo caso, y sea cual sea el contenido necesario para que pueda alcanzarse el grado de justo, lo cierto es que, como señala R.M.DWORKIN, “la obligación moral [de obedecer el Derecho] surge no de la naturaleza del derecho en abstracto, sino de una variedad de múltiples factores que varían de comunidad en comunidad, e, incluso, a veces de situación en situación” (“The Elusive Morality of Law”, op. cit., p. 635). Pero, en ningún caso se consolida, tal obligación, por el hecho de que un sistema jurídico se articule desde el respeto a la

anteriormente aludidas, derechos como la igualdad ante la ley, tendrán su origen en el respeto a la moral interna del Derecho. En conclusión, en el caso de que pueda predicarse la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho, tema que ha de permanecer al margen de estas páginas, dicha obligación no puede sostenerse, exclusivamente, en la presencia de los elementos de la moral interna del Derecho¹⁵⁵. Toda argumentación tendente a vincular la presencia de la moral interna del Derecho con la fidelidad a los sistemas jurídicos, y la de Fuller es un buen ejemplo de ello, conduciría de una forma que parece inevitable a la afirmación final de que siempre hay un deber moral de obedecer al sistema jurídico, pues éste requiere necesariamente, para su configuración como tal, un mínimo respeto a la citada lista de elementos. Sin embargo, su compatibilidad con una enorme iniquidad, como diría Hart, hace que resulte ciertamente complicado, si no imposible, otorgar a la moral interna del Derecho el rango de ser la razón, de carácter moral, por la que respetar y cumplir lo dispuesto por un sistema jurídico¹⁵⁶.

moral interna del Derecho. Seguidamente, podrá comprobarse la, a mi juicio, pertinencia de esta observación de R.M.DWORKIN.

¹⁵⁵ .- Aun cuando sea una cuestión ajena a los objetivos de este trabajo, conviene advertir sobre la existencia de una serie de teorías que rechazan la posibilidad de que pueda existir una obligación moral de obedecer al Derecho, ni siquiera al Derecho justo. Entre ellas, destaca la de F.GONZÁLEZ VICÉN, quien basa la negativa en una creencia de que “la obligatoriedad ética no se encuentra en los órdenes sociales [de los que el Derecho es uno de ellos], sino sólo en la autonomía de la individualidad moral, es decir, en los imperativos de la conciencia” (“La obediencia al Derecho”, *op. cit.*, p. 388). En consecuencia, “no hay obligación en sentido ético de obediencia al Derecho. Ni por su estructura formal ni por sus contenidos materiales el Derecho puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento. El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tiene para la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en un sentido ético, que debemos cumplirlo” (*idem*, p. 387). Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la vinculación entre obligación de obediencia y normas justas puede dar lugar a una cierta paradoja, cual es la de que “el derecho sería superfluo en la medida en que si prescribe acciones éticamente debidas, el ciudadano las realizará no por razones jurídicas, sino morales” (MALEM, J.F., “La obediencia al derecho”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 534). Entonces, con carácter general y con independencia de que “hay cierto tipo de normas que no son superfluas” (*idem*, p. 535), advierte J.F.MALEM que “no es posible predicar ninguna obligación o deber moral de obediencia al derecho respecto de aquellas normas jurídicas que por su contenido son justas, ya que la exigencia de realizar esas acciones viene impuesta por la propia moralidad, independiente de su regulación jurídica” (*idem*, p. 536). Es ésta, en definitiva, la tesis de J.RAZ, para quien “no hay obligación moral de obedecer el derecho aun en una sociedad buena, en la cual el sistema jurídico es justo” (“La obligación de obedecer el Derecho”, en RAZ, J., *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, *op. cit.*, p. 289).

¹⁵⁶ .- Tampoco fundamenta una obligación moral de obedecer al Derecho el hecho de que éste garantice la seguridad jurídica, basándose, según F.GONZÁLEZ VICÉN, en “la existencia de una instancia «supraindividual» que asegure en todos los casos controvertidos una solución, quizá no siempre justa según criterios personales, pero siempre cierta; y [en] una determinación tal del Derecho que haga posible la «previsibilidad» [...], es decir, la posibilidad de conocer de antemano las consecuencias jurídicas de nuestros actos y de los actos de los demás en el curso de las relaciones sociales” (“La obediencia al Derecho”, *op. cit.*, pp. 381-382). Esta seguridad jurídica, muy cercana al concepto de certeza del Derecho

Antes de abordar la tercera y última de las propuestas que se avanza en las páginas que componen este último capítulo del trabajo, resta por realizar una referencia, siquiera somera, a la crítica que Fuller realiza al positivismo jurídico, encarnado nuevamente en la figura de Hart, y que hubo ocasión de enunciar en el anterior apartado. Se trata, recuérdese, de la acusación de ofrecer un concepto de Derecho incapaz de esbozar un marco adecuado para alcanzar los ideales morales profesados por el propio positivismo jurídico, los cuales se encarnan en el respeto absoluto al Derecho. Para demostrar la veracidad de tal acusación, Fuller expuso, a título de ejemplo, dos cuestiones prácticas en las que la respuesta positivista venía a corroborar la citada insuficiencia. La primera de ellas consistía en un caso en el que la decisión tomada por el órgano competente de acuerdo con lo dispuesto en la literalidad de la norma no resultaba coherente con la finalidad que se pretendió alcanzar con la promulgación de ésta. Si, en situaciones de este calibre, no se acude al elemento implícito de la norma, al propósito para el que fue dictada, difícilmente se podrá alcanzar el objetivo de cumplimiento del Derecho. Y, concluía Fuller, el positivismo jurídico, con su empeño en negar esta posibilidad, fracasa en la búsqueda y consecución de tal ideal. No obstante esto, parece que Fuller está atribuyendo a todo el positivismo jurídico un rasgo que no resulta ser aplicable más que a una parte de éste, al denominado positivismo teórico.

Cierto es que, desde el punto de vista de esta concreta corriente, el Derecho está compuesto por normas emanadas del poder legislativo, las cuales conforman un sistema completo, coherente y preciso, donde el operador jurídico ha de aplicar la norma legislativa sin salirse de los márgenes preestablecidos en ella¹⁵⁷. Pero, también lo es que

que se viene manejando en estas páginas, “es el modo formal necesario para que el Derecho haga reales en la convivencia un cierto sistema de valores” (*idem*, p. 383). Desde la base de estas premisas, continúa F.GONZÁLEZ VICÉN, “se desvanece la pretensión de hacer de la seguridad jurídica un fundamento *en sí* de la obligatoriedad del Derecho” (*idem*, p. 384), ya que “un valor formal no puede consistir nunca el fundamento ético de un sistema normativo de contenidos materiales” (*idem*, p. 385). En conclusión, “la seguridad jurídica es un valor inmanente al Derecho” (*idem*, p. 384), o, retomando la expresión de F.LÓPEZ DE OÑATE, la “específica eticidad del derecho” (*La certezza del diritto*, *op. cit.*, p. 155), al igual que los elementos de la moral interna del Derecho son necesarios en todo sistema jurídico. Pero, su carácter inmanente no es suficiente “para fundamentar éticamente la obediencia jurídica sin consideración a ningún otro valor” (GONZÁLEZ VICÉN, F., “La obediencia al Derecho”, *op. cit.*, p. 385). Del mismo modo que, como señala A.LLAMAS, “parece excesivo hacer derivar el valor seguridad del mero ser del Derecho” (*Los valores jurídico como ordenamiento material*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1993, p. 173), las dimensiones de moralidad provenientes del respeto a la moral interna del Derecho no son, por sí solas, razones suficientes en las que basar un pretendido deber moral de obediencia al Derecho.

¹⁵⁷.- El positivismo teórico puede definirse, según la aproximación que al mismo realiza N.BOBIO, como “aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder

en el llamado positivismo metodológico o conceptual, que es la rama del positivismo a la que puede adscribirse la teoría de Hart, cabe perfectamente el recurso al propósito de las normas a la hora de ser aplicadas, puesto que se considera, por parte de esta corriente, que el sistema jurídico necesita contar con normas que completen, desarrollen o interpreten los preceptos legislativos¹⁵⁸. Entonces, nada obsta a que un operador jurídico, a la hora de resolver un caso concreto que se le presente, acuda al propósito para el que fue dictada la norma en cuestión. Pero, eso sí, para que tal operación resulte jurídicamente aceptable ha de estar contemplada en el propio sistema jurídico, es decir, que debe existir otra norma que fije cuándo y en qué casos es posible acudir a la interpretación teleológica de las normas del sistema¹⁵⁹. En la primera parte de este trabajo, se advirtió de esta posibilidad, de forma que no resulta necesario extenderse de nuevo sobre ella.

Sí es preciso, en cambio, insistir en el hecho de que este recurso a la interpretación teleológica no convierte en moralmente correcta a la decisión así adoptada, pues el propósito que inspiró la creación de la norma pudo ser absolutamente

soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado” (*El problema del positivismo jurídico*, trad. E.Garzón, Fontamara, México, 1991, p.43). También, añade C.S.NINO, “sostiene esta concepción que el orden jurídico es siempre completo - o sea no tiene lagunas -, consistente - no presenta contradicciones -, preciso - sus normas no son ni vagas ni ambiguas” (*Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p.36). En este marco, el juez debe resolver todos los casos que se le presenten con arreglo a la literalidad de la ley, y sin atender a criterios ajenos o al margen de la misma, pues aquella “siempre ofrece una solución unívoca y precisa para cualquier caso concebible” (*ibidem*). De ahí que, ante el ejemplo de la estación de tren, el juez deba aplicar escrupulosamente la norma, y sancionar a todos los sujetos que se queden dormidos en la estación, incluyendo, por supuesto, al que “soportaba” el retraso del tren.

¹⁵⁸ .- Con independencia de las críticas que puedan formularse a la versión del positivismo como teoría, hay que tener en cuenta que no todo el positivismo jurídico suscribe las tesis de aquella versión. Y ello porque nada obsta a que desde el llamado positivismo metodológico se reconozca la existencia de situaciones en las que el juez, a la hora de aplicar una norma, deba tener en cuenta una serie de dimensiones adicionales a la literalidad de la misma. Y es que, como sostiene N.BOBIO, “la mayor parte de los juristas que invocan el *approach* positivista no aceptan la teoría estatal [característica del llamado positivismo teórico]” (*El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 46), del mismo modo que “aun los más fieles y ortodoxos sostenedores del positivismo jurídico no han podido hacer otra cosa que tener en cuenta esta realidad: la teoría mecanicista de la interpretación está abandonada casi completamente” (*idem*, p. 57). Ello parece innegable, pero tampoco lo puede ser que desde el positivismo jurídico se siga abogando por la denominada teoría de la subsunción, si bien, matiza R.DE ASÍS, “el que la actividad judicial pueda ser descrita como deductiva no implica actuación mecánica y no creadora” (*Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 98).

¹⁵⁹ .- En el ejemplo de la estación del tren, un positivista metodológico, al estilo de HART, podrá perfectamente aceptar que el juez acuda a criterios de interpretación de las normas ajenos a las propias palabras de ésta, pero, eso sí, siempre que el recurso a tales criterios esté reconocido por otras normas del propio sistema. Así, si una norma jurídica reconoce la posibilidad de que, en la labor de interpretación y aplicación de las normas de ese sistema, se acuda al propósito de las mismas, el juez podrá no sancionar a aquel sujeto alegando que, efectivamente, en el propósito de la norma no figuraba castigar tal tipo de situaciones.

iniciuo. Pero, esto no afecta a que, desde el positivismo jurídico, se reconozca que, en aquellos casos en los que resulte necesario debido a la insuficiencia de la letra de la norma, pueda recurrirse al propósito para el que aquélla fue dictada con el fin de alcanzar el ideal de fidelidad al Derecho. En consecuencia, un concepto amplio de Derecho, donde tengan cabida todas las normas, justas o injustas, que hayan sido válidamente producidas, no parece ir en contra de la fe positivista de respeto por el Derecho. Que el cumplimiento del Derecho sea, para el positivismo jurídico, un valor moral es una cosa, pero que este valor moral sea absoluto, y no pueda ceder, en caso de conflicto, con otros valores o ideales morales que un sujeto pueda profesar, otra bien distinta.

El segundo ejemplo de insuficiencia positivista se planteaba en aquellas ocasiones en las que se pretendía castigar a los sujetos que realizaron, al amparo de las normas jurídicas de un sistema anterior, conductas que cabe calificar de inicuas. Sistema que, según el concepto positivista de Derecho, era jurídicamente válido a pesar de ser moralmente despreciable. Entonces, sólo puede castigarse a estos sujetos a través de una nueva norma jurídica que, con carácter retroactivo, declare que aquellas conductas son antijurídicas. Ello provoca la condena de tales sujetos, sí, pero a costa de sacrificar el ideal de respeto por el Derecho, pues se está castigando a alguien por la realización de un acto que, en el momento en que fue llevado a cabo, no era merecedor de castigo. Si, como propone Fuller, se considera que estos sistemas no eran jurídicos, el ideal de la fidelidad al Derecho no sufriría mella alguna, pues no se estaría introduciendo ningún factor distorsionante, al estilo de una norma retroactiva, en el funcionamiento normal de la realidad jurídica. Frente a esto, la propuesta de Hart pasa por sostener una idea que se ha advertido justo al final del párrafo anterior. El ideal del cumplimiento del Derecho es un valor del que puede predicarse una cierta moralidad, pero, en situaciones similares a las de este ejemplo, este ideal puede ser sacrificado en beneficio de otros ideales que se estiman más importantes. Castigar actos que se consideran odiosos, desde un punto de vista moral, puede ser uno de estos ideales. Y, concluye Hart, parece más sincero actuar de esta forma que enmascarar el dilema que se presenta señalando, al estilo

iusnaturalista, que las normas bajo cuyo amparo se realizaron tales conductas no eran jurídicas¹⁶⁰.

Entonces, ante normas jurídicas inmorales, como por ejemplo la que establece la pena de muerte, el sujeto competente para su aplicación se encuentra ante una doble alternativa. O bien cumple con su obligación de respeto hacia el Derecho, e impone la pena correspondiente, o bien opta por violar su obligación jurídica por razones morales. El sujeto puede considerar, en este segundo caso, que su obligación de aplicar las normas cede ante una obligación, que estima superior, de actuar acorde con los dictados de su propia conciencia. Y ésta le impide obedecer normas manifiestamente inmorales, como lo es la que instaura la pena de muerte. Ahora bien, optar por desobedecer el Derecho acarrea una serie de consecuencias que han de ser tenidas en cuenta a la hora de tomar la concreta decisión, y que, en el caso de este sujeto, puede llegar a suponer el cese de su potestad para aplicar normas jurídicas. Pero, como puede apreciarse, la pretensión positivista de que “la ley es la ley” no adquiere un valor absoluto, pues puede ceder ante otros valores que el sujeto afectado considere moralmente más importantes. Lo que no cede, importante es subrayarlo, es la imposición de las consecuencias que, en cada sistema jurídico, se hayan previsto para los supuestos de desobediencia a las normas. De acuerdo con esto, puede afirmarse que el positivismo jurídico no consagra el cumplimiento del Derecho como un valor moral al que se debe absoluta obediencia, siempre y en todo caso. Un sujeto puede considerar preferible asumir el castigo jurídico que le supone el incumplimiento de una norma jurídica antes que violar un dictado de su conciencia o actuar de una forma moralmente incorrecta¹⁶¹.

¹⁶⁰.- En supuestos como el de la mujer que delata a su marido ante los tribunales “nazis”, la propuesta de HART se centra en la utilización de una norma que, con carácter retroactivo, declare antijurídica tal conducta. En su opinión, esta solución es, en principio, preferible a otra de tenor iusnaturalista, consistente en negar el *status* jurídico a la norma en la que aquella mujer apoyaba la licitud de su conducta. Y es que esta alternativa, a pesar del perjuicio que la utilización de las normas retroactivas produce al ideal del respeto del Derecho, “habría tenido al menos los méritos de la sinceridad. Habría puesto en claro que para condenar a la mujer era menester optar entre dos males, el de absolverla y el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos” (HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 47). Hay dos principios morales en juego, de modo que se está, en términos de HART, ante una de esas situaciones “en que la vida nos fuerza a elegir entre el menor de dos males” (*idem*, p. 48), pero “con la conciencia de que son lo que son” (*ibidem*). Se sacrifica, entonces, el principio de respeto al Derecho, que no es de ninguna manera un principio absoluto, en beneficio de la condena de un acto que se considera moralmente aberrante.

¹⁶¹.- Del mismo modo que no cabe reducir todo el positivismo jurídico a la vertiente de éste integrada por el llamado positivismo teórico, tampoco puede hacerse lo mismo con el positivismo ideológico. No todo el positivismo jurídico asume las tesis características de esta “particular” versión positivista,

En conclusión, del hecho de que desde las premisas teóricas del positivismo jurídico quepa reconocer un cierto valor moral al respeto por el Derecho no puede deducirse, al estilo de la interpretación de Fuller, que este valor moral sea absoluto, y que fundamente, en consecuencia, una obligación moral de obedecer al Derecho en todo caso. De forma semejante a cómo se ha expuesto líneas atrás, Fuller parece atribuir a todo el positivismo jurídico un rasgo típico de una de las corrientes de éste, el llamado positivismo ideológico. Recuérdesse que, para los autores que defienden esta corriente, el Derecho es justo por el mero hecho de funcionar como tal, existiendo, asimismo, una obligación moral de obedecerlo. Pero, el positivismo metodológico o conceptual, del que Hart es una buena muestra, admite que pueda desobedecerse el Derecho por razones morales, asumiendo, eso sí, las consecuencias jurídicas de esta rebeldía¹⁶². Si un sujeto considera que hay razones morales para obedecer el Derecho, ésta será una cuestión que haya de dilucidarse a la vista de los contenidos concretos del sistema jurídico de que se trate, y no mediante una genérica afirmación de que el cumplimiento del Derecho posee valor absoluto¹⁶³. Por otro lado, considerar como no jurídicas esas normas que el sujeto

caracterizada, como señala N.BOBIO, por afirmar que “las leyes válidas han de ser obedecidas incondicionalmente, esto es, con independencia de su contenido” (*El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 75), y que, por tanto, “existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas” (*ibidem*). Como se ha señalado en el texto, y en concordancia con lo que se expuso en la primera parte sobre el reduccionismo positivista, el positivismo metodológico o conceptual puede “decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidos o aplicados” (NINO, C.S., *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 38). Similar respuesta cabe aducir ante la situación de un juez que tiene que aplicar una norma jurídica que considera inicua, puesto que “un positivista [metodológico] puede decir, sin contradicción, que en determinados casos los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas” (*ibidem*). Precisamente, que se consideren a todos los positivistas como positivistas ideológicos es el principal reproche que N.HOERSTER dirige a los críticos del positivismo jurídico, pues, para este autor, “ningún positivista moderno o ilustrado [metodológico, podría añadirse] sostiene [...] que todo derecho injusto, por el mero hecho de haber sido sancionado por el Estado bajo la forma de ley y ser derecho vigente, merece ser obedecido por sus destinatarios” (“En defensa del positivismo jurídico”, op. cit., p. 19). Y ello porque “el que una norma jurídicamente válida y jurídicamente vinculante, es decir, una norma jurídica, pueda pretender también obligatoriedad y obediencia desde el punto de vista moral es para el iuspositivista una cuestión totalmente distinta” (*idem*, p. 17).

¹⁶².- HART parece criticar a FULLER el hecho de haber tratado a todos los positivistas jurídicos como si de positivistas ideológicos se tratase. Ello significa, dicho en las propias palabras de aquel autor, que FULLER “ha resucitado una vieja calumnia para los pensadores positivistas como es imputarles una creencia en la obligación moral de obedecer el derecho que no es suya” (HART, H.L.A., “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*, op. cit., p. 355). Lo cual no es óbice para que, como señala R.S.SUMMERS, “la fidelidad al derecho sea un valor importante” (*Lon L. Fuller*, op. cit., p. 72), de manera que “los positivistas, o al menos la mayoría de ellos, hayan hecho bien en subrayarlo” (*ibidem*).

¹⁶³.- La réplica que, desde las filas del positivismo jurídico, puede hacerse a la afirmación de la existencia de una obligación moral de obedecer el Derecho es, como señala A.ROSS, “que es preferible definir el derecho en términos no morales y entender que la idea moral de fidelidad al derecho no es absoluta sino que depende de la cualidad moral del derecho positivo” (“El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, op. cit., p. 20, nota 14); y para ello habrá que estar al

estima inmorales en nada alivia la dificultad de su decisión, sino que, a lo sumo, introducirá un mayor margen de confusión en dicho proceso. Separar conceptualmente el Derecho y la moral, por el contrario, permite que cada sujeto decida en cada momento lo que ha de hacer, asumiendo las cargas y beneficios que, en cada caso, acarree su concreta actuación¹⁶⁴.

contenido concreto y particular de las normas que componen cada sistema jurídico. Esta conclusión no debe entenderse en el sentido de que se desconozcan, completamente, las dimensiones de moralidad, pues, en términos de G.PECES-BARBA, la “incorporación de argumentos morales no es [...] incompatible con una aproximación positivista” (“Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 1ª ed., trad. M.Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 163). A lo largo de este trabajo se han expuesto las razones en las que basar tal afirmación. Ahora bien, lo que no parece necesario, por lo menos desde mi punto de vista, es introducir, al estilo de G.PECES-BARBA, un nuevo adjetivo al positivismo jurídico, como es el de corregido, ni mucho menos el de “ético”, aunque sea “no en el sentido de positivismo ideológico, es decir, donde el Derecho válido es al mismo tiempo justo, sino de un positivismo abierto a la moralidad, que toma en consideración la moralidad legalizada a efectos de identificar a las normas válidas” (*idem*, p. 173, nota 17). En mi opinión, el positivismo metodológico, tal y como ha quedado reflejado en estas páginas, permite explicar la presencia de contenidos materiales de moralidad, siempre y cuando entren a formar parte del sistema jurídico por las vías o mecanismos establecidos al efecto. Así lo reconoce expresamente el propio G.PECES-BARBA, al señalar que “los principios, valores o derechos situados en el ámbito de la moralidad no se incorporan al ámbito de la juridicidad sin pasar por esos requisitos de producción normativa establecidos por la norma básica de identificación de normas” (*idem*, p. 169). Pero, lo que no conviene pasar por alto es que esos contenidos materiales que se incorporan a los sistemas jurídicos, pasando a formar parte de éstos, también pueden ser manifiestamente inmorales, sin que por ello no haya de resentirse la aproximación positivista al fenómeno jurídico. Esto no sucede en el caso del positivismo metodológico, pues bajo la fórmula de éste cabe, perfectamente, la presencia de un Derecho dotado de contenidos materiales inmorales. No es igual la respuesta para la versión corregida o ética del mismo, pues si éste se trata de un positivismo abierto a la moralidad, no parece que acepte ser definido como un positivismo abierto a la inmoralidad.

¹⁶⁴.- Además de la sinceridad, una segunda ventaja proporciona la solución de la norma retroactiva para el castigo de aquellos delatores que, al amparo de normas inicuas, obtuvieron la condena de otros sujetos. Es un aspecto al que se ha hecho referencia en estas páginas, cuando se recogieron las razones por las que HART prefiere un concepto amplio de Derecho, donde tengan cabida normas tanto justas como injustas, a un concepto restringido, en el que el dato definidor de lo jurídico sea la justicia de sus normas. Y es que, en efecto, del mismo modo que un concepto amplio permite mantener la claridad en torno a la crítica moral del Derecho, si se afirma que las normas jurídicas al amparo de las que se delató a aquellos sujetos “no pueden ser derecho por su iniquidad moral, oscurecemos una de las formas más poderosas, porque es la más simple, de crítica moral” (HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral”, *op. cit.*, p. 49). Mayor claridad se produce mediante la afirmación de que “las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas [porque] ésta es una condena moral que todos pueden entender, y que hace un llamado inmediato y obvio a la atención moral” (*ibidem*) que “si, por el contrario, formulamos nuestra objeción diciendo que estas cosas atroces no son derecho [porque] ésta es una afirmación que muchos no creerán, y que aunque estén dispuestos a darle crédito, les parecerá que suscita una multitud de disputas filosóficas antes de poder ser aceptada” (*ibidem*). Son, entonces, los argumentos de sinceridad y claridad los que llevan a un positivista, como es HART, a una solución de este tipo. De ahí que se pueda afirmar, al estilo de L.PRIETO, que “el positivismo metodológico fomenta el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo, así como su capacidad crítica frente a las decisiones del poder, es decir, fortalece el principio de autonomía” (*Constitucionalismo y Positivismo*, *op. cit.*, p. 85). Y, del mismo modo, ponerse en entredicho las afirmaciones, por un lado, de G.RADBRUCH de que el positivismo jurídico eliminara “todas las defensas para poder combatir el abuso de la legislación nacionalsocialista” (“Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, *op. cit.*, p. 16), y, por otro, de FULLER sobre el hecho de que “el positivismo jurídico alemán, al haber eliminado de la ciencia jurídica no sólo cualquier consideración hacia los fines morales del derecho, sino también hacia la

5.4.4.- La moralidad de la certeza del Derecho: una última propuesta

La producción de certeza no genera, por las razones expuestas en el apartado anterior, una obligación moral de respeto al Derecho. Ésta es la última razón que puede aducirse a la hora de rechazar la tesis de Fuller según la cual el Derecho, en sí mismo considerado, tiene valor moral. Habrá que estar a los contenidos concretos de cada sistema jurídico, a las consecuencias que éste provoca con sus actuaciones, para poder predicar valor moral de él, y, en consecuencia, para afirmar que hay una obligación moral de respetarlo y obedecerlo. Pero, esta conclusión no puede utilizarse para obviar, con carácter general, las implicaciones que, desde una perspectiva moral, produce la denominada certeza del Derecho. Es la cuestión de las consecuencias generadas por el hecho de que en un sistema jurídico se respete la moral interna del Derecho sobre la que, al igual que en los dos epígrafes anteriores, se va a desarrollar la última propuesta acerca de la conexión entre la moral interna del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos. Propuesta cuyas líneas básicas ya habido ocasión de avanzar en páginas anteriores, concretamente cuando se expuso la tesis de Fuller de que el respeto a la moral interna del Derecho supone un cierto reconocimiento a la autonomía del sujeto. Sobre esta base teórica de Fuller, y una vez que se han sustraído de ella los elementos que se considera son discutibles - vinculados éstos con la cuestión del carácter moral del propio Derecho - se va a articular el último argumento de conexión entre las dos realidades aludidas.

moral interna del Derecho [...] ha preparado al jurista alemán para aceptar como «derecho» cualquier cosa que se llamara a sí misma por ese nombre” (“Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, *op. cit.*, p. 659). No en vano, advierte S.JØRGENSEN, “en Alemania Gustav Radbruch, en los Estados Unidos Lon Fuller [...] han actuado contra el positivismo jurídico, al que acusan de ser responsable, en parte, del funcionamiento del sistema totalitario durante los años 30” (“Pluralis Juris”, en AA.VV., *Theory of Legal Science*, ed. de A.Peczenik, L.Lindahl y B.van Roermund, D.Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1984, p. 128). Frente a esta acusación, cuyo análisis excede los márgenes de este trabajo, baste alegar el tajante rechazo de E.GARZÓN, para quien “por el contrario, la vigencia de un jusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo, que veía en el Führer al «único legislador» de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania” (“Introducción”, a AA.VV., *Derecho y filosofía*, comp. de E.Garzón y trad. de C.de Santiago, Alfa, Barcelona, 1985, p. 7). Es más, añade L.PRIETO, “la voluntad del Führer [...] trascendía a su propia cristalización normativa, de modo que el buen juez, el juez esclarecido, debía sin duda aplicar la ley cuando ésta expresase fielmente los intereses de la comunidad nacional iluminados por su vanguardia política, pero debía ir más allá de la ley, e

Y es que la certeza del Derecho, provocada por la concurrencia en un sistema jurídico de los elementos de la moral interna del Derecho, supone un cierto reconocimiento de la autonomía del sujeto. Permite, como se ha expuesto líneas atrás, que éste pueda plantearse la opción de actuar conforme a las normas o, si así prefiere, de desobedecerlas, sea por la razón que sea. Pero, sólo cabe plantearse esta posibilidad cuando en un sistema jurídico se respeta la moral interna del Derecho. De ahí que pueda afirmarse que el respeto a la lista de Fuller configura el marco necesario para que todo sujeto pueda tener una oportunidad de obedecer las normas, ejercitando así su propia capacidad de autonomía. Un sistema jurídico en el que se reconozca esta capacidad de los sujetos de planificar sus vidas sobre la base de lo dispuesto en las normas es un sistema que, desde el punto de vista moral, merece una valoración positiva. Ello porque, con independencia del contenido concreto de las normas pertenecientes al mismo, este sistema jurídico otorga un cierto valor, siquiera mínimo, a los destinatarios de las normas, cual es el de tratarse de sujetos con capacidad de decisión a la hora de desarrollar sus actos y conductas. No parece que sea erróneo conceder una dimensión de moralidad a los sistemas jurídicos que se articulen sobre la base de ese respeto a la autonomía personal¹⁶⁵. Es más, aunque la opción que se plantee sea la de obedecer o desobedecer normas que se consideran injustas, por parte del propio sujeto, esta opción contiene, en sí, un mínimo de moralidad. Dato que se aprecia con sólo atender a la situación contraria. En tal caso, si los elementos de la moral interna del Derecho se

incluso rebelarse contra ella, cuando fuera inadecuada, arcaica, inspirada en la filosofía política del antiguo régimen liberal, etc.” (*Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 42).

¹⁶⁵.- Además de la limitación al Poder, el cumplimiento del imperio de la ley es, en opinión de J.RAZ, “necesario si el derecho debe respetar la dignidad humana” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 276). Y, continúa este autor, “respetar la dignidad humana implica tratar a los humanos como personas capaces de planificar y diseñar su futuro. Así, respetar la vida humana supone respetar su autonomía, su derecho de controlar su futuro” (*ibidem*). Recuérdese que, en este sentido, F.J.LAPORTA reconocía una dimensión de moralidad al principio del imperio de la ley. Pues bien, ante la cuestión relativa a “¿de dónde extrae una noción tan aparentemente cercana al mundo de lo jurídico como la de imperio de la ley esa su condición esencialmente moral?” (“Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *op. cit.*, p. 135), la respuesta no puede ser otra, en opinión de este autor, que “del principio ético de autonomía de la persona” (*ibidem*). Entonces, propone E.FERNÁNDEZ, “es la seguridad [entendida como certeza] la que favorece la autonomía individual” (“Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 113). Y es que, en efecto, sólo un sistema jurídico en el que se abran los mecanismos y cauces adecuados para que los sujetos puedan conocer, comprender y, así, optar por cumplir o desobedecer las normas, sólo en un sistema de este tipo, “la autonomía personal tiene ante sí un marco de acción y decisión lo suficientemente estable y acotado” (LAPORTA, F.J., “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *op. cit.*, p. 139); marco éste imprescindible para entender al “ser humano como agente moral que decide sobre sus propias acciones, gobierna el curso de su conducta y diseña su proyecto de vida a partir de datos y exigencias que él mismo tamiza y acepta críticamente” (*ibidem*).

violaran, el “disvalor” moral sería doble, puesto que al hecho de que el contenido de las normas del sistema sea inmoral ha de sumarse, además, que sus destinatarios carecen de la posibilidad de decidir si cumplen o no con lo dispuesto en tales normas. Este mínimo de moralidad encuentra su razón de ser, así pues, en el respeto de los elementos de la moral interna del Derecho¹⁶⁶.

Este reconocimiento de la autonomía del sujeto es, junto con la producción de una dimensión formal de justicia y la limitación al Poder, la tercera dimensión de moralidad que, gracias al respeto en él de los requisitos de la moral interna del Derecho, concurre en todo sistema jurídico que pretenda ser considerado como tal. En consecuencia, todo sistema jurídico produce, por su mera existencia, una dimensión de certeza, la cual está estrechamente relacionada con las otras dos dimensiones antes aludidas. Si se recuerda el epígrafe anterior, y en concreto el lugar en el que se expuso la llamada segunda propuesta, allí se expuso una suerte de vinculación entre la justicia formal y el imperio de la ley. Exposición con la que se pretendía llamar la atención sobre el hecho de que la configuración de un conjunto de normas como un sistema jurídico exigía el respeto a la moral interna del Derecho, y que ello provocaba, de por sí, tanto el imperio de la ley como la igual consideración de los casos iguales. Se trata, ahora, de introducir un nuevo elemento a la relación, como es el de la certeza del Derecho. La certeza del Derecho es, al mismo nivel que la justicia formal y el imperio de la ley, un elemento constitutivo de la idea de sistema jurídico, puesto que produce ese

¹⁶⁶ .- El respeto de la moral interna del Derecho asegura, cuando menos, que el sujeto tenga una oportunidad de obedecer el Derecho, cosa que no podría hacer si, por ejemplo, las normas fueran secretas, o si los litigios no se resolvieran por los órganos competentes conforme a las normas generales preestablecidas. Entonces, como aprecia R.S.SUMMERS, “un respeto a los principios de legalidad [o elementos de la moral interna del Derecho] garantiza necesariamente [...] la realización de un valor moral, incluso aunque el contenido de ese derecho sea malo” (*Lon L. Fuller, op. cit.*, p. 37). Y, continúa este autor, “este valor moral es el siguiente: los principios de generalidad, claridad, prospectividad, y demás, aseguran que el ciudadano tenga una *justa* oportunidad de obedecer el derecho. De acuerdo con la elección puede ser la de obedecer un derecho inicuo, pero el ciudadano tendrá al menos una clara posibilidad de decidir si hacerlo o no, y actuar en consecuencia. Esto es en sí mismo moral” (*ibidem*). En caso contrario, “si los principios de legalidad fueran violados, podría haber una doble objeción moral: el ciudadano estaría sometido a un derecho inicuo y carecería de toda oportunidad de saberlo con anterioridad y actuar así de acuerdo con ello. Efectivamente, castigar o sancionar a un ciudadano por no cumplir un inicuo (o incluso un buen) derecho que [además] no podía ser cumplido es también injusto. Y la injusticia es, sin duda alguna, inmoral” (*ibidem*). Similar es la posición que, a este respecto, mantiene J.RAWLS, puesto que, para este autor, “incluso en el caso de que las leyes e instituciones sean injustas, a menudo es mejor que sean aplicadas de manera consistente. De este modo aquellas personas sujetas a ellas saben al menos lo que se les exige y pueden tratar en esa medida de protegerse a sí mismos” (*Teoría de la Justicia, op. cit.*, p. 80). Frente a esto, continúa J.RAWLS, “habría incluso mayor injusticia si aquellos que están ya en una posición desventajosa fueran tratados también arbitrariamente en casos particulares en los cuales las normas les darían alguna seguridad” (*idem*, pp. 80-81).

saber a qué atenerse en que consiste tal exigencia. Trasladada esta conclusión al plano de la moralidad o justicia de los sistemas jurídicos, viene a significar que todo sistema jurídico contiene, en su interior, ese reconocimiento de la autonomía de los sujetos a que se ha venido haciendo referencia. Ésta es, en definitiva, la tercera dimensión de justicia que se origina por la mera existencia de un sistema jurídico¹⁶⁷.

No terminan aquí las coincidencias con los argumentos expuestos en los dos epígrafes anteriores, pues tampoco este reconocimiento de la autonomía de los sujetos alcanza el grado suficiente para poder calificar de justo al sistema jurídico. Recuérdesse que, en el apartado anterior, se han expuesto una serie de razones por las que la moral interna del Derecho no puede ser el fundamento exclusivo en el que hacer descansar una supuesta obligación moral de obedecer al Derecho. Y es que, en efecto, ni el origen democrático del Poder ni el ejercicio de los derechos fundamentales son garantizados por la presencia, en un sistema jurídico cualquiera, de la citada lista de elementos. Si esto es así, dimensiones como el consentimiento y participación de los sujetos en la creación del Poder o el contenido materialmente justo de las normas a obedecer permanecerán al margen de la moral interna del Derecho, de forma que ésta no puede ser la razón moral para obedecer el Derecho. En caso de que pudiera sostenerse que hay razones de este tipo para ello, habrá que acudir a otras instancias ajenas a la moral interna del Derecho¹⁶⁸.

¹⁶⁷ .- Parece que la certeza del Derecho es, según lo expuesto en el texto, una fructífera vía de conexión entre la existencia y la justicia de los sistemas jurídicos. A ello parecen ir encaminadas las siguientes palabras de A.ROSS, cuando afirma que “sin un mínimo de racionalidad (predecibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico [...] En esta medida la idea de justicia - en el sentido de racionalidad o regularidad - puede calificarse de «constitutiva» del concepto del derecho” (*Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 273), o, cuando menos, del concepto de sistema jurídico que se viene utilizando a lo largo de las páginas que componen este trabajo. De similar opinión a la que se pretende defender en estas líneas es M.BARKUN, para quien “un sistema jurídico diseñado y administrado para frustrar la consecución de expectativas predecibles es una contradicción en los términos. El derecho puede ser injusto, pero no hasta el punto de ser impredecible” (“Introduction”, a AA.VV., *Law in the Social System*, ed. de M.Barkun, Lieber-Atherton, Nueva York, 1972, p. 13). Y es que “un régimen que rechaza publicar sus normas o que recurre habitualmente a leyes retroactivas hace que el cumplimiento de las normas sea imposible. El derecho debe estructurarse dentro de ciertos límites procedimentales si pretende contribuir al orden social” (*ibidem*). Como estos requisitos formales, entre los que están los elementos de la moral interna del Derecho, “son elementos de lo que se entiende por «imparcialidad» o «justicia», el derecho y la justicia permanecen, entonces, entrelazados” (*ibidem*). Pero, la similitud con las tesis de este trabajo no acaban aquí, puesto que este autor no deja sin matizar que “el derecho como sistema todavía permite otras formas de discriminación e injusticia” (*ibidem*), vinculadas con los contenidos concretos de las normas del sistema.

¹⁶⁸ .- A lo máximo que puede aspirar, respecto de los ciudadanos, un Poder respetuoso con los elementos de la moral interna del Derecho es, a juicio de E.FERNÁNDEZ, a una “actitud de respeto por el Derecho” (*La obediencia al Derecho*, op. cit., p. 124). Pero, si aquél requiere de los destinatarios de sus normas una

No en vano se advirtió, al principio de este epígrafe, que el término relacionado con la moral interna del Derecho era el de certeza del Derecho, y no el, más amplio, de seguridad jurídica. Éste hace referencia a estas dimensiones de carácter material, vinculadas con el origen democrático del Poder y el respeto a los derechos fundamentales¹⁶⁹. Quizá la seguridad jurídica sí ofrezca razones morales para obedecer el Derecho, pues ésta sólo cabe en el interior de un sistema jurídico en el que concurran todas estas circunstancias que la moral interna del Derecho no alcanza a proporcionar¹⁷⁰. Sistema jurídico, este último, al que se suele caracterizar con el nombre de Estado de Derecho, y del que, se piensa, hay argumentos para sostener una obligación moral de obediencia¹⁷¹. Pero, en este trabajo se ha vinculado la moral interna del Derecho con el

obligación moral de obediencia ha de ganar “por tanto en moralidad, es decir, en la garantía de un mayor grado de autonomía, libertad, seguridad e igualdad para los ciudadanos” (*ibidem*). Y estas exigencias escapan, por todo lo dicho, del marco de la moral interna del Derecho.

¹⁶⁹.- La inclusión, dentro del concepto de seguridad jurídica, de estas dimensiones de carácter material, y que podrían resumirse en la exigencia de un origen democrático del Poder y en la protección de los derechos fundamentales, es lo que permite entender que “la seguridad jurídica [sea] un valor que el Derecho debe realizar” (PÉREZ LUÑO, A.-E., *La seguridad jurídica*, *op. cit.*, p. 58). Si, como señala G.PECES-BARBA, los valores superiores “representan los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico” (*Los valores superiores*, *op. cit.*, p. 42), la seguridad jurídica será, de acuerdo con este autor, “un valor superior en el mundo moderno” (“Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 292), puesto que “el primer objetivo de toda la cultura jurídica y política desde la formación del Estado moderno será la realización de la seguridad a través del Derecho, como objetivo político prioritario” (*ibidem*). Ahora bien, de acuerdo con toda esta vía de argumentación, la seguridad jurídica sería, frente a lo que afirma G.PECES-BARBA, algo más que “un valor procedimental que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral” (*Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, *op. cit.*, p. 246); algo más que una dimensión de “justicia formal y procedimental” (“La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 279). La introducción en ella de las dimensiones de contenido anteriormente aludidas hacen que ésta se asemeje, en cuanto a su estructuración y configuración interna, a valores como la libertad o la igualdad, de los que se predica carácter material.

¹⁷⁰.- A la idea de que “de igual modo que no todo Estado es un Estado de Derecho, tampoco cualquier Derecho positivo implica una sistema de seguridad jurídica” (PÉREZ LUÑO, A.-E., *La seguridad jurídica*, *op. cit.*, p. 58), habría que añadir, siguiendo con esta línea de argumentación, que sólo un tipo de Estado de Derecho que garantice lo que G.PECES-BARBA califica como “la seguridad frente a la desesperanza” (“La seguridad jurídica desde la filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 278) puede producir seguridad jurídica. Sólo el Estado social o, en la fórmula de E.DÍAZ, el Estado democrático de Derecho ofrece el marco adecuado para alcanzar tal elenco de garantías, pues éste garantiza “no sólo un sustancial progreso desde el punto de vista de la justicia y de la igualdad sino también [...] un enriquecimiento de la misma seguridad jurídica [...] al hacer compatible el socialismo con el Estado de Derecho y su cuadro de exigencias jurídicas fundamentales” (“La seguridad jurídica en el Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 9).

¹⁷¹.- Puede hacerse referencia, como exponente de la tesis según la cual el Estado de Derecho ofrece buenas razones morales para ser obedecido, a la opinión de G.PECES-BARBA, según la cual, por un lado, “las normas jurídicas de ese sistema no son heterónomas, sino en cierto sentido, autónomas, y la obediencia a las mismas es de alguna manera una obediencia presupuesta y consentida al participar en las grandes líneas de formación del sistema” (“Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 376), y, por otro, “un sistema democrático supone, además de la dimensión procedimental, la existencia de unos contenidos materiales, en forma de

imperio de la ley, y no con este otro concepto de Estado de Derecho, que encierra una realidad mucho más amplia y compleja.

Excesivo sería, no obstante lo anterior, ignorar el papel que la moral interna del Derecho desempeña a la hora de llevar a cabo cualquier valoración sobre la justicia de los sistemas jurídicos¹⁷². Si bien es cierto que no llega a alcanzar las cotas de garantía moral propuestas por Fuller, la moral interna del Derecho funciona, según todo lo dicho, como una condición de racionalidad para la obediencia¹⁷³. En este punto, y no en otro,

valores, principios o derechos fundamentales que constituyen la identificación del Ordenamiento jurídico, coincidente, más que en ningún otro sistema, con la dignidad humana y con la realización de la autonomía o libertad moral” (*idem*, p. 377). Democracia y protección de los derechos fundamentales son, desde este punto de vista, las razones morales en las que basar una obediencia al Estado de Derecho.

¹⁷².- Dos son las razones aducidas por J.RAZ para negar que “exist[a] necesariamente, al menos, algún valor moral en todo sistema jurídico [que se articule conforme a la moral interna del Derecho de FULLER]” (“El estado de derecho y su virtud”, *op. cit.*, p. 279). La primera de ellas reside en la creencia de que “el estado de derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho” (*ibidem*), ya que éste puede ser “inestable, oscuro, retroactivo, etc.” (*ibidem*), de forma que el respeto al imperio de la ley “no causa ningún bien, salvo el de impedir el mal, y el mal que se evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho” (*idem*). No puede predicarse valor moral de esta situación, del mismo modo que, compara J.RAZ, “una persona que por ignorancia o imposibilidad no pueda matar a otra con veneno no merece crédito por ello” (*idem*, pp. 279-280). Argumentos similares a éste hubo ocasión de exponer cuando se abordó la cuestión del propio carácter moral de los elementos de la moral interna del Derecho, llegándose allí a la conclusión de que son las consecuencias que el respeto a la moral interna del Derecho origina en el interior de un sistema jurídico las que motivan que pueda hablarse de una cierta moralidad del sistema jurídico. Pues bien, algo semejante puede aducirse con respecto a esta opinión de J.RAZ. El imperio de la ley provoca, cuando menos, la consecuencia de evitar ciertas “injusticias”, tal y como se ha venido exponiendo a lo largo de este epígrafe, y si bien es cierto que, como afirma J.RAZ, que esto puede ser una “virtud negativa” (*idem*, p. 279), también lo es que tener un Derecho conforme al imperio de la ley parece preferible, suficientes razones morales se cree haber aportado para ello, que no tener Derecho. La segunda razón, mediante la que J.RAZ sostiene su negativa a reconocer un valor moral en todo sistema jurídico, tiene que ver con los propósitos a los que el Derecho intenta servir. En su opinión, éstos pueden ser de dos tipos: “aquellos que se aseguran por la propia conformidad con el derecho [«directos»] y aquellas ulteriores consecuencias de la conformidad del derecho o del conocimiento de su existencia que el derecho intenta asegurar [«indirectos»]” (*idem*, p. 280). En este ámbito, el imperio de la ley resulta imprescindible para que se alcancen los llamados propósitos directos, puesto que si éstos “no han de frustrarse, el derecho tiene que ser capaz de guiar el comportamiento humano y mientras más se conforme a los principios del estado de derecho mejor lo podrá hacer” (*idem*, pp. 280-281). Pero, estos propósitos pueden ser, desde el punto de vista de su valoración moral, tanto buenos cuanto malos, de manera que la conformidad al imperio de la ley “no es un bien moral” (*idem*, p. 281), sino sólo “un valor inherente de las disposiciones jurídicas” (*ibidem*). Y así, concluye J.RAZ su argumentación, “el derecho tiene la virtud, moralmente neutral, de ser neutral en cuanto al fin para el cual el instrumento es empleado [...] el estado de derecho es una virtud inherente al derecho, pero no una virtud moral en cuanto tal” (*idem*, pp. 281-282). No puede negarse que, en efecto, el Derecho puede servir tanto a buenos como a malos propósitos, de forma que el imperio de la ley puede utilizarse como instrumento para consolidar una gran injusticia. Pero, lo que tampoco cabe desconocer es que la propia estructuración del citado principio incorpora, con independencia de los fines concretos que se persigan con su instauración, unas dimensiones de moralidad, y que si bien éstas no garantizan la justicia del Derecho, sí son suficientes para avanzar una valoración moral positiva.

¹⁷³.- Los elementos de la moral interna del Derecho no son, a decir de K.I.WINSTON, suficientes para fundamentar una obligación moral de obediencia al Derecho que los cumpla, pero sí son, en cambio, “un conjunto de condiciones necesarias para [que se pueda generar] la obligación” (“Introduction”, a FULLER, L.L., *The Principles of Social Order*, *op. cit.*, p. 36). Es más, teniendo en cuenta que hay

reside su relevancia moral. El respeto a los elementos de la moral interna del Derecho se convierte, entonces, en una condición de racionalidad para la obediencia a los sistemas jurídicos, pero sin llegar a ser un criterio de justificación moral del mismo¹⁷⁴. Y es, en efecto, una condición de racionalidad porque sin el citado reconocimiento de autonomía, aunque sea en el sentido mínimo al que se ha hecho referencia, difícilmente podrá posibilitarse al destinatario la opción de obedecer o desobedecer el Derecho¹⁷⁵. Entonces, sólo un sistema jurídico en el que exista tal grado de certeza que los sujetos

situaciones, como algunas de las descritas en páginas anteriores de este trabajo, en las que la violación de alguno de los elementos de la moral interna del Derecho puede ser beneficiosa o, cuando menos, inocua para los sujetos, quizá resulte mejor considerarlos, continúa este mismo autor, como “condiciones que *generalmente frustran* la pretensión de obligación o que contribuyen a afirmar que no se ha establecido tal obligación” (*ibidem*). No parece que esta perspectiva resulte incoherente con la tesis que se intenta sostener en estas páginas acerca de la incapacidad de la moral interna del Derecho para fundamentar, por su sola presencia, la existencia de una obligación de carácter moral de obediencia al Derecho.

¹⁷⁴.- La racionalidad propia de las leyes y - podría añadirse - de los sistemas jurídicos es, en opinión de L.PRIETO, una “racionalidad instrumental incapaz de garantizar por completo la justicia de las leyes” (“Del mito a la decadencia de la ley. La Ley en el Estado constitucional”, en PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 9) y de los sistemas jurídicos. Supone, continúa este autor, “consagrar dos valores de suma importancia, como la certeza del Derecho y la relativa igualdad jurídica de sus destinatarios [...], pero nada más; pues con leyes únicas, claras, abstractas y generales [y así hasta completar el catálogo de elementos de la moral interna del Derecho] se pueden cometer casi tantas iniquidades” (*ibidem*) como con leyes o Derechos que no se ajusten a los citados requisitos. Entonces, la moral interna del Derecho no ofrece, por lo menos desde mi punto de vista, una razón moral para obedecer el Derecho, de manera que ni siquiera cabe fundamentar en ella una obligación moral *prima facie*, teniendo en cuenta que “una persona S tiene una obligación moral *prima facie* de hacer un acto X si, y sólo si, hay una razón moral para S de hacer X tal que, salvo que tenga una razón moral para no hacer X al menos tan fuerte como su razón para hacer X, el fallo de S en hacer X es incorrecto” (SMITH, M.B.E., “¿Hay una obligación *prima facie* de obedecer el Derecho?”, trad. F.J.Laporta, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, ed. de J.Betegón y J.R.de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, p. 183). Y es que si se adopta, por un lado, la tesis de A.PECZENIK de que “existe una obligación moral *prima facie* general de obedecer el Derecho” (*Dimensiones morales del Derecho*, trad. J.A.Pérez Lledó, DOXA, nº 8, 1990, p. 99) y, por otro, se acepta, con J.F.MALEM, que “todas las obligaciones y deberes morales son *prima facie* (excepto el deber de juicio final), en el sentido de que unos pueden ser superados por otros bajo determinadas circunstancias, aunque se les reconozca [...] su carácter de genuinos deberes y obligaciones” (*Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 25), puede llegarse a la conclusión de que existe una obligación moral de obedecer un sistema jurídico articulado sobre la base del respeto a la moral interna del Derecho. Conclusión que se viene rechazando en estas páginas, ya que en ellas se aboga por entender los citados elementos como condiciones de racionalidad de los sistemas jurídicas, y no como razones morales, ni siquiera *prima facie*, para su obediencia. Quizá así puedan evitarse respuestas como la que ofrece A.PECZENIK cuando propone suponer “que un Derecho nazi contiene explícitamente una disposición según la cual la policía tiene un deber jurídico de matar a todo aquel que sea judío. ¿Tiene entonces la policía también el deber *prima facie moral* de matar judíos? Paradójicamente, la respuesta correcta es que sí” (“Dimensiones morales del Derecho”, *op. cit.*, p. 99).

¹⁷⁵.- Con independencia de la respuesta que se ofrezca a la cuestión relativa al deber moral de obediencia al Derecho, lo cierto es que, parafraseando a R.CARACCILO, “la presentación sistemática de un conjunto de normas le concede ciertos rasgos de racionalidad” (“Sistema jurídico”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 162). Se espera haber ofrecido, a lo largo de las páginas que componen esta trabajo, argumentos suficientes para demostrar tal afirmación.

puedan conocer las normas y planificar sus conductas sobre la base del Derecho podrá merecer el calificativo de justo¹⁷⁶.

Cierto es que sólo podrá aplicarse dicho calificativo cuando, además de la moral interna del Derecho, concurren otras dimensiones de carácter sustantivo. Pero, no lo es menos que sólo cuando exista la moral interna del Derecho se garantiza ese mínimo de autonomía personal que, junto a la justicia formal y la limitación al Poder, resulta imprescindible para, en un posterior momento, alcanzar tal resultado de justicia¹⁷⁷. De ahí que no haya otra forma de concluir este trabajo más que afirmando que la autonomía del sujeto proporcionada por la moral interna del Derecho es otra dimensión necesaria, aunque no suficiente, para la justicia de los sistemas jurídicos¹⁷⁸. Al igual que en los dos

¹⁷⁶.- Similar es la propuesta de T.MORAWETZ, quien, apoyándose en las tesis de FULLER, afirma que todo sistema jurídico provoca que “algunos objetivos morales (algunos beneficios) sean necesariamente asegurados. La seguridad [entendida en el sentido de certeza que se viene manejando en estas páginas] y la regularidad se alcanzarán y [...] éstos son beneficios” (*The Philosophy of Law. An Introduction*, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1980, p. 129). No obstante, en un segundo momento, este mismo autor parece alejarse de las tesis de FULLER, y acercarse a las que se intenta sostener en este trabajo, al matizar que “puede suceder que un sistema jurídico, creado sobre la base de estas condiciones mínimas [de moral interna del Derecho], ocasione un grado de daño inaudito o inalcanzable en un estado de naturaleza o de anarquía” (*ibidem*). Recuérdese que, por el contrario, FULLER abogaba por la afinidad natural entre el respeto de la moral interna del Derecho y la producción de normas con contenidos materiales de justicia

¹⁷⁷.- Resultan de extrema utilidad, a mi modo de ver, las siguientes palabras de R.A.GUIBOURG a la hora de explicar la relación existente entre la certeza del Derecho y la justicia de los sistemas jurídicos: “Aceptar que la *justicia* [...] pueda alcanzarse por medio de leyes justas implica, a su vez, admitir que las soluciones justas son necesariamente generales. Esta última exigencia requiere ciertas condiciones de hecho, que son a su turno dispuestas por otras *normas generales*: las que establecen la *publicidad de las leyes*, el funcionamiento ecuaníme de los órganos encargados de aplicarlas y todos los otros requisitos atribuidos a la seguridad [que son, téngase presente, los elementos de la moral interna del Derecho]” (“Fuentes del Derecho”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, op. cit., p. 193). Ciertamente es que “con esto no se garantiza la *justicia* de las soluciones (ya que la *ley* misma podría ser injusta)” (*ibidem*), pero no lo es menos que “a la inversa, la ausencia de *seguridad* [o de certeza, en la terminología que aquí se ha adoptado] impide que aun las leyes justas alcancen el fin para el que hayan sido dictadas” (*ibidem*). De acuerdo con ello, no estaría tan clara la formulación de M.ATIENZA de que todo sujeto “preferiría ser juzgado por criterios justos, aunque desconocidos en principio, antes que por criterios conocidos previamente, pero injustos” (*Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 81), puesto que la publicidad de los criterios es requisito indispensable para su justicia. No puede haber, en definitiva, criterios justos si éstos son desconocidos para los sujetos a los que se les van a aplicar.

¹⁷⁸.- El carácter necesario, aunque no suficiente, de la moral interna del Derecho a la hora de predicar la justicia de los sistemas jurídicos es puesto de manifiesto por el propio FULLER, al advertir que “así como el derecho es una condición previa del buen derecho, actuar a través de normas conocidas es una condición previa para cualquier evaluación significativa de la justicia del derecho” (*The Morality of Law*, 1ª ed., op. cit., p. 157). De acuerdo con esto, “un «poder jurídicamente ilimitado» que se manifiesta únicamente a través de intervenciones imprevisibles y sin sujeción a pauta alguna podría decirse que es injusto sólo en el sentido de que no actúa por medio de normas públicas” (*idem*, pp. 157-158). Por otro lado, la insuficiencia se manifiesta en que “sería difícil llamarlo injusto en un sentido más específico hasta que se descubriera qué oculto principio, si lo hay, guía sus intervenciones” (*idem*, p. 158). Habrá que estar, para ello, a la moral externa de ese Derecho, si bien, no conviene olvidarlo, existe, en opinión de FULLER, una afinidad natural entre ambas dimensiones. Con independencia de que sea o no correcta esta apreciación del propio autor, sobre la que ha habido ocasión de extenderse en otro lugar de este

casos anteriores, tampoco parece que la introducción de esta nueva dimensión de justicia en todo sistema jurídico sea incoherente con las premisas teóricas del positivismo jurídico, puesto que resulta, al igual que las dos anteriores, compatible con una enorme iniquidad¹⁷⁹. Ésta es, en definitiva, la tercera y última propuesta acerca de la importancia que, a los efectos de alcanzar un concepto de justicia de los sistemas jurídicos, adquiere la figura de la moral interna del Derecho¹⁸⁰.

trabajo, lo cierto es que “es una virtud de un orden jurídico bien configurado y administrado el exponer al escrutinio público las normas mediante las que actúa” (FULLER, L.L., *The Morality of Law*, 1ª ed., *op. cit.*, p. 158).

¹⁷⁹ - Pueden aportarse como prueba de la compatibilidad de esta última propuesta con el positivismo jurídico unas palabras de HART en las que se pone de manifiesto que en los sistemas jurídicos “los que eventualmente sean castigados por la transgresión de las reglas habrán tenido la posibilidad y la oportunidad de acatarlas” (*El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 255), gracias a la concurrencia de los elementos que generan certeza. Y, “obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad [y FULLER, moral interna del Derecho]” (*ibidem*). Principios de legalidad que, en el interior de un sistema jurídico, son compatibles, como se ha señalado en anteriores ocasiones, con normas jurídicas materialmente inmorales. De ahí que, como señala T.CAMPBELL, la “contingente e imperfecta correlación entre los principios de legalidad de Fuller y el respeto a los agentes sugiere una vía en la que el derecho y la justicia pueden estar asociados en una forma que no depende esencialmente del contenido de las normas primarias [de comportamiento]” (*Justice*, *op. cit.*, p. 29). Entonces, la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral permanece, en fin, inalterada aun cuando se acepte que todo sistema jurídico genera consecuencias que, desde el punto de vista de su valoración en términos de justicia, han de ser invariablemente tenidas en cuenta. Ahora bien, quizá estas consecuencias sirvan para demostrar, o por lo menos para ofrecer un argumento a su favor, que K.OLIVECRONA tenía razón cuando advertía que “a pesar del rechazo de la idea del Derecho natural, el positivismo jurídico [...] estaba imbuido de conceptos e ideas *iusnaturalistas*” (*El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. L.López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, p. 255).

¹⁸⁰ - Sirva la vinculación de H.KELSEN establece entre democracia y seguridad jurídica para poner fin a las reflexiones sobre la justicia de los sistemas jurídicos que se han ido esbozando desde las páginas que componen este trabajo. En opinión de este autor, la democracia aspira a “organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, en la que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse como previsibles” (“Forma de Estado y filosofía”, en KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. R.Luengo y L.Legaz, Labor, Barcelona, 1977, p. 143). Características como la generalidad de las normas o la congruencia entre las normas generales y su aplicación, notas ambas de la moral interna del Derecho, serían, pues, dimensiones cuya presencia se torna imprescindible en la democracia. Además, añade el propio H.KELSEN, “como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía a la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad” (*idem*, p. 145), el cual, no conviene olvidar, es otro de los requisitos de la moral interna del Derecho.

CONCLUSIONES

1.- La búsqueda de los requisitos necesarios para conceder el calificativo de justo a un sistema jurídico es una de las constantes en la historia de la Filosofía del Derecho. Éste es el ámbito en el que se desarrolla el trabajo, y aquél es el propósito en el que descansa. Se ha intentado, en él, ofrecer una serie de razones en las que basar la tesis de que existen una serie de elementos cuya concurrencia en todo sistema jurídico hacen que de éste, con independencia de los contenidos materiales de sus normas, pueda predicarse cierta relevancia moral. De acuerdo con este postulado, el trabajo se ha centrado, en una primera parte, en el análisis de los elementos formales, que no materiales, que componen la estructura de un sistema jurídico, para, en un segundo momento, exponer las razones por las que estos elementos hacen que aquél merezca una valoración en términos de justicia.

2.- La configuración del Derecho como un sistema exige que sus normas se articulen de acuerdo con una determinada estructura. Requiere, en primer término, que cuente con normas sean generales, de manera que en ellas se regulen clases de conductas y vayan dirigidas a la clase de sujetos que esté bajo su ámbito de aplicación. La generalidad de las normas ha de ir acompañada de su estabilidad temporal, de manera que la regulación jurídica goce de una cierta continuidad en el tiempo. Ambos requisitos, generalidad y perdurabilidad, contribuyen de forma decisiva a que los sujetos puedan adecuar sus conductas al Derecho. Ésta, la necesaria adecuación de conductas a normas, es la causa por la que todo sistema jurídico no ha de imponer la realización de aquellos actos que resulten imposibles para sus destinatarios. Idéntica es, finalmente, la razón por la que el sistema ha de respetar la publicidad y claridad normativa, y no debe ofrecer, por lo menos en ciertos ámbitos, una regulación retroactiva de las conductas de los sujetos.

3.- Otro de los rasgos que caracterizan la estructura propia de los sistemas jurídicos es el hecho de que sus normas no regulen las conductas, sean éstas del tipo que sean, de forma contraria o contradictoria entre sí. La coherencia normativa es, entonces, otro de los elementos que se predicen de todo Derecho que pretenda adquirir el estatuto de sistema normativo. Y ello afecta, igualmente, a la ordenación interna de las normas del

sistema, la cual adquiere, en gran medida, un carácter jerárquico. Las normas jurídicas emanadas de los órganos inferiores habrán de respetar lo dispuesto en aquéllas cuya fuente de origen es un órgano, o un sujeto, situado en una posición jerárquicamente superior con respecto a aquéllos. La actuación conforme a las propias normas jurídicas del sistema evita que los órganos competentes para la creación o la aplicación normativa regulen conductas particulares y concretas de forma diferente a como se establece esa regulación por parte de las normas generales del sistema, evitándose, asimismo, la existencia de regulaciones que resulten incompatibles.

4.- Un sistema jurídico debe, para articularse como tal, respetar los elementos a los que se acaba de hacer referencia. En el caso de que se fracase, de forma absoluta, en el cumplimiento de cualquiera de ellos, difícilmente los destinatarios de sus normas podrán saber a qué atenerse, ni tampoco cuál es la respuesta que el Derecho ofrece a sus conductas. La eficacia del sistema jurídico se resiente de un modo que quizá resulte definitivo, hasta el punto de que, en un momento más o menos próximo, aquél dejaría de existir. Téngase en cuenta que el requisito de que las normas jurídicas se articulen desde el citado respeto no sólo afecta a las normas que regulan conductas, sino también a las que, de una u otra forma, confieren potestades a ciertos sujetos para la creación de otras normas jurídicas. Sin una articulación sobre esta base, los órganos o sujetos competentes para ello carecerán de todos los elementos necesarios para saber cuál es y hasta dónde llega su competencia de actuación.

5.- Estos requisitos de configuración de los sistemas jurídicos se articulan como criterios de validez de sus normas. La única forma, desde un punto de vista jurídico, de que las normas jurídicas respeten la referida lista de elementos es condicionar su validez a su efectivo cumplimiento. Entonces, nada obsta a que el respeto a los citados requisitos se establezca como un criterio de validez de las normas que pretendan formar parte del sistema jurídico. Es más, no sólo es que sea posible el establecimiento de un criterio de validez de este tipo, sino que parece imprescindible que ello sea así, si es que se pretende conseguir el mínimo grado de eficacia de los sistemas jurídicos necesario para su propia existencia. De nuevo, tanto las normas que establecen obligaciones como las que confieren potestades se encuentran afectadas por este dato. En efecto, tanto unas

como otras han de cumplir el o los criterios de validez consistentes en el respeto a los citados elementos.

6.- Los criterios de validez normativa se encuentran, en todo sistema jurídico, en la llamada norma o normas de identificación de normas. Ésta contiene los criterios de validez existentes a lo largo de toda la estructura del sistema jurídico, y los contiene ordenándolos jerárquicamente, de forma que los inferiores han de respetar lo dispuesto en los superiores. Así, los sujetos a los que la propia norma de identificación de norma habilita para la producción normativa deben siempre ajustarse a lo que establezcan otros sujetos, habilitados por otro criterio de validez jerárquicamente superior al suyo. Así es como se entiende que los órganos competentes para la creación y la aplicación normativa estén, en el ámbito de su actuación, limitados por el cumplimiento de los antedichos requisitos. Hay otro criterio de validez normativa, jerárquicamente superior, que les ordena ese respeto. Y es que si, por el contrario, tales elementos no se respetaran en la labor de creación y aplicación de las normas del sistema, la voluntad de aquéllos órganos devendría enteramente libre, de manera que la articulación sistemática de órganos y normas sufriría un enorme deterioro. De ahí que el sistema jurídico, a través de la norma de identificación de las normas del sistema, establezca sus propios mecanismos de prevención, siendo uno de ellos el respeto, en todos los ámbitos del mismo, a los citados elementos. La limitación a la producción normativa se convierte, así pues, en otra de las características de los sistemas jurídicos.

7.- Estos elementos que conforman la estructura de los sistemas jurídicos son normas jurídicas del propio sistema. Son normas que establecen que el cumplimiento de lo dispuesto en ellas es un requisito de validez de las propias normas del sistema, y además lo establecen desde una elevada posición jerárquica del mismo, para que así sean todas, o, por lo menos, la mayor parte de las normas del sistema las que reciban esta obligación de respetar su contenido. Así sucede tanto con la norma que establece la obligación de publicar todas las normas del sistema, cuanto con el resto de los elementos a los que, a lo largo de la primera parte de este trabajo, se ha hecho referencia. Tienen, pues, pleno carácter jurídico, al igual que lo poseen las normas que

establecen la obligación de realizar ciertas conductas, o las que conceden competencia a ciertos sujetos u órganos para crear nuevas normas en el sistema.

8.- Hay un único criterio que parece no quedar afectado por la sujeción a estos elementos de configuración del sistema. Se trata, precisamente, del último criterio de validez normativa de los sistemas jurídicos, el cual, por poseer un carácter extrasistemático, no puede quedar sometido a limitación jurídica alguna. Este criterio tiene, además, un carácter fáctico, al consistir en una práctica de aceptación por parte de los operadores jurídicos de las normas del sistema. Sin embargo, también este criterio requiere realizarse conforme a aquellos elementos, pues, en caso contrario, no podrá producirse esa práctica de aceptación de la que depende, en última instancia, la existencia de los sistemas jurídicos. Sólo que esa exigencia no puede formularse en términos jurídicos, sino que, al igual que la propia práctica, es una cuestión de hecho.

9.- La siguiente cuestión a tratar es la de si estos requisitos de estructuración del sistema pueden ser considerados como elementos o principios morales, configurándose así como una moral interna del Derecho. Una respuesta positiva a esta cuestión supondría adoptar una suerte de iusnaturalismo tecnológico, caracterizado por mantener la tesis de que el Derecho contiene, en su propia estructura, los elementos para su valoración. Al gozar estos elementos de carácter moral, el Derecho se configura, por sí mismo, como una actividad moral. Sin embargo, el tenor de esta argumentación fracasa si se considera, como se hace en este trabajo, que los elementos de configuración del sistema no son, en y por sí mismos, principios morales. Y ello porque su cumplimiento no garantiza la corrección moral de una actuación desarrollada conforme a los mismos, del mismo modo que su violación no se traduce, necesariamente, en una conducta moralmente reprochable. Son elementos necesarios para la existencia de los sistemas jurídicos, pero no son, en cambio, principios morales.

10.- Del hecho de que estos elementos no puedan ser entendidos como principios de moralidad, al estilo de una moral interna del Derecho, no cabe deducir que su cumplimiento, en el interior de un sistema jurídico, sea un dato irrelevante a la hora de predicar la justicia de los sistemas jurídicos. Razones hay para entender que la

configuración del Derecho como un sistema, para lo cual necesita del cumplimiento de los citados elementos, es garantía de la concurrencia de ciertas dimensiones de moralidad. Bien entendido que esta garantía no puede entenderse de forma absoluta, como si de una apuesta por el positivismo ideológico se tratara. El cumplimiento de los elementos de estructuración del sistema, articulados como auténticas normas jurídicas, no significa, so pena de incurrir en el tipo de positivismo caracterizado por reducir la justicia a la validez, que este Derecho sea justo. La articulación del Derecho como un sistema no garantiza la moralidad de sus contenidos materiales, pues cabe perfectamente que ese sistema esté presidido por una opción sustantiva que merezca el calificativo de inmoral o, incluso, de inicua. Estructuración sistemática del Derecho y moralidad de éste no han de ser entendidas, así pues, como dos expresiones sinónimas.

11.- La propia configuración sistemática del Derecho produce una serie de dimensiones que, si bien no garantizan su absoluta corrección moral, hacen que la cuestión sobre su relevancia moral no merezca una respuesta negativa. Y es que, en primer lugar, la conjugación de los elementos que estructuran los sistemas jurídicos garantiza la igualdad de trato de los destinatarios de sus normas. Significa que el destinatario de la norma es un sujeto universal, entendido en el sentido de que ésta se va a dirigir por igual a todos aquellos que se encuentran bajo su ámbito de validez personal. Del mismo modo que la norma, en el caso de que tenga que ser aplicada por parte de alguno de los órganos competentes para ello, va a serlo de forma igual para todos sus destinatarios, sin establecer distinciones en favor, o en contra, de cualquiera de ellos. La igualdad ante y en la aplicación de la ley es una primera dimensión de moralidad que se produce por la mera existencia de un sistema jurídico. Es común referirse a ella, y así se hace en este trabajo, bajo el calificativo de justicia formal.

12.- La justicia formal no abarca el universo de la justicia. El tratamiento igual de los casos iguales sólo puede realizarse a partir de la fijación, con carácter previo, de un criterio que determine qué casos han de reputarse iguales y qué casos, por el contrario, han de tenerse por diferentes. Y cuál sea este criterio es algo que escapa a la estructura del sistema jurídico, y, por tanto, a los elementos que la componen. La fijación del mismo es una cuestión que se corresponde, más bien, con la opción material que se

encuentre detrás del propio sistema, y, en concreto, con el deseo o la voluntad de los sujetos que gozan de la capacidad de diseñar el contenido de las normas jurídicas. Si bien puede tratarse de una voluntad respetuosa o acorde con unos criterios materiales que sean considerados como justos por parte de los afectados, nada obsta a que un sistema jurídico se desarrolle desde una opción material injusta, como puede ser la discriminación hacia alguna raza, sexo o religión. La estructura del sistema no se ve afectada, en ninguna medida, por la concreta opción material que se ponga en desarrollo. Entonces, a la hora de predicar la moralidad de un sistema jurídico cualquiera, habrá que apreciar si las dimensiones formales de justicia se completan con dimensiones materiales. En caso contrario, será negativa la respuesta a la cuestión de si ese sistema jurídico es justo. No obstante lo anterior, cierto es que un mínimo de moralidad, el proporcionado por la justicia formal, se garantiza en la propia estructura de todo sistema jurídico.

13.- El sistema jurídico garantiza, en segundo término, que los sujetos u órganos competentes para crear y aplicar normas jurídicas actúen sobre sus destinatarios desde la base de las propias normas del sistema. Este respeto a las normas del sistema se establece gracias a uno de los elementos de la configuración de los sistemas jurídicos, el consistente en la necesidad de congruencia entre los momentos de creación y aplicación normativa. Todo sujeto que pretenda actuar jurídicamente en cualquiera de los ámbitos del sistema, ha de hacerlo desde el estricto cumplimiento de las normas del sistema. Imperio de la ley, ésta es la expresión con la que se recoge esta exigencia de sujeción a las normas generales previamente establecidas. Entonces, el Poder no es enteramente libre en sus actuaciones sobre los sujetos, pues éstas han de respetar las normas que, con carácter previo y general, existan en el sistema jurídico. Se encuentra, así, sujeto a las propias normas del sistema. La limitación del Poder es, entonces, la segunda dimensión de moralidad generada por la mera existencia de los sistemas jurídicos, dado que la estructura de éstos requiere, como requisito de validez de cualquier actuación, que ésta se lleva a cabo desde y sobre la base del cumplimiento de sus propias normas.

14.- La limitación del Poder, si bien sí resulta ser un elemento característico de los sistemas jurídicos, no es, por el contrario, un dato que resulte definitivo a la hora de

alcanzar la justicia del Derecho. Y ello porque deja sin analizar otra serie de cuestiones relativas al contenido de las normas del sistema y, también, al origen de las mismas. En efecto, un Poder puede perfectamente estar limitado, es decir, articular su producción jurídica desde las premisas de un sistema, pero carecer de origen democrático. Dificilmente puede predicarse la moralidad de las normas que emanan de una voluntad no democrática, es decir, de una voluntad que ha obtenido la competencia para la producción y aplicación normativa por canales distintos al de la aceptación y consenso de los sujetos hacia los que se dirigen sus normas. Además, la limitación puede realizarse en relación con normas sobre cuyo contenido no puede decirse que sea moral, porque consoliden un régimen político de falta de libertad o porque no respeten los derechos fundamentales. Entonces, la eliminación de la arbitrariedad es un paso más en la consecución de un Derecho justo, pero, para que se alcance este objetivo, aquella garantía deberá ir acompañada de otras como el contenido materialmente justo de las normas y el origen democrático del Poder creador de las mismas. Aspectos ambos que permanecen al margen de los elementos que integran la estructura de un sistema jurídico, y sin cuya concurrencia no se podrá predicar la moralidad de éste. No obstante, la eliminación de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad normativa sobre los sujetos asegura una mínima garantía de moralidad, a sumar a la ya referida de la justicia formal.

15.- La peculiar configuración de los sistemas jurídicos posibilita, en tercer lugar, que los destinatarios de las normas jurídicas sepan a qué atenerse en el mundo jurídico. El requisito de actuación conforme a las normas generales previamente establecidas, sumado a la genérica exigencia de que éstas hayan de ser formuladas de manera tal que puedan ser obedecidas, permite que todo sujeto pueda prever las consecuencias jurídicas de sus acciones, con anterioridad, obviamente, a la realización de las mismas. Es ésta una característica de los sistemas jurídicos a la que se conoce con el nombre de certeza del Derecho. Asimismo, el conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos hace que el sujeto goce de un margen de autonomía a la hora de decidir si cumple o no con lo dispuesto en la norma en cuestión. Es, pues, un reconocimiento a la autonomía personal del sujeto, a su plena capacidad de decisión a la hora de desarrollar sus actos y conductas. Reconocimiento que podría no producirse, téngase en cuenta, al margen del

sistema jurídico, pues sólo éste contiene, por definición, los elementos formales necesarios para ello. Se trata de la tercera dimensión de moralidad que, junto a las de justicia formal y limitación al Poder, concurren en la propia estructura de los sistemas jurídicos, con independencia del tenor de los contenidos que se introduzcan en ellos.

16.- La certeza puede adquirirse, por parte de un sujeto cualquiera, respecto de normas de las que cabe predicar su inmoralidad, bien por su contenido bien por carecer de origen democrático. De esta forma, y al igual que sucede con las otras dos dimensiones de moralidad anteriormente expuestas, resulta compatible con Derechos injustos e, incluso, inicuos. Entonces, en este tipo de casos, el margen de autonomía que se reconoce al sujeto le permite optar entre obedecer o desobedecer una norma injusta. No puede decirse que por el simple hecho de que se reconozca esta opción, el sistema jurídico sea justo, así como tampoco puede fundamentarse en ella una supuesta obligación moral del sujeto a obedecer tales normas. Tanto en uno como en otro caso, habrá que estar a la justicia del contenido de las normas, así como a su origen democrático. Sólo cuando concurren ambas circunstancias, se habrá abierto la posibilidad de entender que el Derecho es justo y que, en consecuencia, existe una obligación moral de obediencia al mismo, en el caso de que se crea que ambas realidades están vinculadas entre sí. Pero, la estructura del sistema no ofrece, por sí misma, una respuesta a esta cuestión, aunque, eso sí, ofrece los mecanismos necesarios para que el sujeto pueda llevar a cabo su propia opción, y, por ello, merece una consideración moral positiva, aunque limitada.

17.- La producción de justicia formal, la eliminación de la arbitrariedad del Poder y la garantía de un ámbito de autonomía del sujeto son, en definitiva, las razones en las que se fundamenta la tesis de que la propia configuración sistemática de la estructura jurídica posee una cierta relevancia moral, a pesar de que ésta, por sí sola, no llegue a garantizar un Derecho plenamente justo. Son, pues, condiciones de racionalidad de los sistemas jurídicos, a partir de cuya realización empezarán a introducirse, en tales sistemas, los contenidos materiales que asegurarán su justicia y, en su caso, su obediencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAMSON, G., *Morality and the Law*, Calder & Boyards Ltd., Londres, 1971.
- ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* [1971], Astrea, Buenos Aires, 1993.
 - .- “Norma jurídica”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 133-147.
- ALEXANDER, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. J.Malem, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ANSUÁTEGUI, F.J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1987.
- ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
 - .- *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- AQUINO, T. de, *Suma de Teología* [1273], Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989.
- ASÍS, R. de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - .- *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- AUSTIN, J., “The Province of Jurisprudence Determined” [1832], en *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 12ª ed., ed. de R.Campbell, John Murray, Albermarle Street, Londres, 1913, pp. 5-147. Hay trad. castellana de P.Casanovas de la primera edición de “The Province of Jurisprudence Determined”, en AA.VV., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. de P.Casanovas y J.J.Moreso, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 178-201.
- BANKOWSKI, Z. y MUNGHAM, G., *Images of Law*, Routledge & Kegan Paul Ltd., Londres, 1976.
- BARKUN, M., “Introduction”, a AA.VV., *Law and the Social System*, Lieber-Atherton, Nueva York, 1972, pp. 1-15.
- BAYÓN, J.C., *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- “Deber jurídico”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 313-331.

- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* [1764], 3ª ed., trad. J.A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1982.

- BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal* [1802], trad. R.Salas, Editora nacional, Madrid, 1981.

- BLACKSTONE, W.T., “The Relationship of Law and Morality”, *Georgia Law Review [Jurisprudence Symposium]* vol. 11, nº 5, septiembre, 1977, pp. 1359-1391.

- BOBBIO, N., “La certezza del diritto è un mito?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVI, fas. I, enero-marzo, 1951, pp. 146-152.

- “Formalismo jurídico y formalismo ético” [1954], en *Contribución a la teoría del Derecho*, 2ª ed., trad. A.Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 105-116.

- *Teoría General del Derecho* [1958 y 1960], trad. E.Rozo, Debate, Madrid, 1991.

- “Algunos argumentos en contra del Derecho natural” [1959], en AA.VV., *Crítica del Derecho natural*, trad. E.Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pp. 221-237.

- *El positivismo jurídico* [1961], trad. R.de Asís y A.Greppi, Debate, Madrid, 1993.

- “Sobre el principio de legitimidad” [1964], en *Contribución a la teoría del Derecho*, 2ª ed., trad. A.Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 297-306.

- “Sobre los criterios para resolver las antinomias” [1964], en *Contribución a la teoría del Derecho*, 2ª ed., trad. A.Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 339-353.

- *El problema del positivismo jurídico* [1965], 2ª ed., trad. E.Garzón, Fontamara, México, 1992.

- “Normas primarias y normas secundarias” [1968], en *Contribución a la teoría del Derecho*, 2ª ed., trad. A.Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 307-321.

- BODENHEIMER, E., “A Decade of Jurisprudence in the United States of America: 1946-1956”, *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, pp. 44-67.

- BOUKEMA, H.J.M., *Good Law. Towards a Rational Lawmaking Process*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1982.

- “The Hart-Fuller Debate”, *Rechtstheorie*, vol. 14, nº 1, 1983, pp. 29-59.

- BOYLE, J., "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, nº 4, abril, 1985, pp. 685-780.

.- "Legal Realism and the Social Contract: Fuller's Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance", *Cornell Law Review*, vol. 78, nº 3, marzo, 1993, pp. 371-400.

- BRANDT, R.B., *Teoría Ética* [1959], trad. E.Guisán, Alianza, Madrid, 1994.

- BRECKENRIDGE, G., "Legal Positivism and the Natural Law: The Controversy between Professor Hart and Professor Fuller", *Vanderbilt Law Review*, vol. 18, nº 3, junio, 1965, pp. 945-964.

- BRUDNEY, D., "Two Links of Law and Morality", *Ethics*, vol. 103, nº 2, enero, 1993, pp. 280-301.

- BULYGIN, E., "Validez y positivismo" [1987], en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 499-519.

- CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica* [1986], 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1990.

.- "Sobre el principio de igualdad", en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, ed. de G.Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp. 97-110.

.- "Justicia, eficiencia y optimización de la legislación" [1989], en *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*, Fontamara, México, 1993, pp. 29-74.

.- "Geografía de las normas de competencia", *DOXA*, nº 15-16, vol. II, 1994, pp. 747-767.

- CALVO, M., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.

- CAMPBELL, T., *Justice*, Macmillan Education, Londres, 1988.

- CARACCILO, R., "Contradicciones en el sistema jurídico" [1979], en *La noción de sistema en la teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994, pp. 11-26.

.- *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

.- "Sistema jurídico y regla de reconocimiento", *DOXA*, nº 9, 1991, pp. 295-309.

.- "La noción de sistema jurídico en Hart", en *La noción de sistema en la teoría del Derecho*, Fontamara, México, 1994, pp. 67-77.

.- “Sistema jurídico”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 161-176.

- CARRIÓ, G.R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

- CARRERAS, F. de, *El Estado de Derecho como sistema*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

- CLAVERO, B., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997.

- COHEN, M., “Law, Morality and Purpose”, *Villanova Law Review*, vol. 10, nº 4, verano, 1965, pp. 640-654.

- COHEN, M.R., “Positivism and the Limits of Idealism in the Law”, *Columbia Law Review*, vol. 27, nº 3, marzo, 1927, pp. 237-250.

- COMANDUCCI, P., “Aarnio ed il problema della certezza del diritto”, *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1994, pp. 111-129.

- CORSALE, M., *Certeza del diritto e crisi di legittimità* [1970], 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1979.

- CORTINA, A., *Ética sin Moral* [1990], 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.

.- *Ética mínima* [1986], 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.

- COTTERRELL, R., *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Butterworths, Londres, 1989.

- COVELL, C., *The Defence of Natural Law*, St. Martin's Press, Nueva York, 1992.

- CHAMBLISS, W.J. y SEIDMAN, R.B., *Law, Order and Power* [1971], 2ª ed., Addison-Wesley Publishing Company, Reading [Mass.], 1982.

- DAIS, E.E., “Jus Naturalism, Legal Positivism and Perspectival Confusion: the Fuller-Hart Debate Revisited”, *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, vol. X, UNAM, México, 1984, pp. 69-80.

- DELGADO PINTO, J., “Normatividad del Derecho”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 425-440.

- DIAS, R.W.M., *Jurisprudence*, 5ª ed., Butterworths, Londres, 1985.

- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática* [1966], 8ª ed., Taurus, Madrid, 1981.

- "La seguridad jurídica en el Estado de Derecho", *Cuadernos para el Diálogo*, nº extraordinario XVII, diciembre, 1969, pp. 7-10.

- *Sociología y Filosofía del Derecho* [1971], 2ª ed., Taurus, Madrid, 1980.

- "Socialismo democrático y derechos humanos" [1976], en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1978.

- *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984.

- "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", *Sistema*, nº 125, marzo, 1995, pp. 5-22.

- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], MacMillan Education Ltd., Londres, 1959.

- DiPIPPA, J.M.A., "Lon Fuller, the Model Code, and the Model Rules", *South Texas Law Review*, vol. 37, 1996, pp. 303-364.

- DONNELLY, S.J.M., *The Language and Uses of Rights. A Biopsy of American Jurisprudence in the Twentieth Century*, University Press of America, Maryland, 1994.

- DORADO, J., *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.

- DUFF, R.A., "Legal Obligation and the Moral Nature of Law", *The Juridical Review*, 1980, pp. 61-87.

- DWORKIN, R.M., "Philosophy, Morality and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, nº 5, marzo, 1965, pp. 668-690.

- "The Elusive Morality of Law", *Villanova Law Review*, vol. 10, nº 4, verano, 1965, pp. 631-639.

- *Los derechos en serio* [1977], trad. M.Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

- *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1986. Hay trad. castellana de C.Ferrari, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.

- FARIÑAS, M.J., *El problema de la validez jurídica*, Cívitas, Madrid, 1991.

- FERNÁNDEZ, E., "Las relaciones entre el Derecho y la moral en H.Kelsen y H.L.A.Hart", en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 45-76.

- "Neocontractualismo, Estado y derechos humanos", en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, pp. 175-241.

- *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987.
- “En torno a la necesidad del estudio del Derecho natural”, en *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 33-48.
- “Sobre la ética y su justificación”, en *Estudios de ética jurídica*, Debate, Madrid, 1990, pp. 99-123.
- “Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una Ética?” [1991], en *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 15-25.
- “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Sistema*, nº 138, mayo, 1997, pp. 101-114.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [1989], 2ª ed. trad. P.A.Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1997.
- FRANK, J., *Fate and Freedom*, Simon and Schuster, 1945.
- FRIED, C., *An Anatomy of Values. Problems of Personal and Social Choice*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1970.
- FRIEDMAN, L.M., *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. J.Vergé, Librería Bosch, Zaragoza, 1988.
- FULLER, L.L., *The Law in Quest of Itself*, Beacon Press, Boston, 1940.
- “What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers”, *Journal of Legal Education*, vol. 1, nº 2, invierno, 1948, pp. 189-204.
- “American Legal Philosophy at Mid-Century. A Review of Edwin W. Patterson’s *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*”, *Journal of Legal Education*, vol. 6, nº 4, 1954, pp. 457-485.
- “Freedom - A Suggested Analysis”, *Harvard Law Review*, vol. 68, nº 8, junio, 1955, pp. 1305-1325.
- “Human Purpose and Natural Law” [1956], *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, pp. 68-76.
- “A Rejoinder to Professor Nagel”, *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, pp. 83-104.
- “Positivism and Fidelity of Law - A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, nº 4, febrero, 1958, pp. 630-672.
- “Governmental Secrecy and the Forms of Social Order”, en *Community, Nomos II*, ed. de C.J. Friedrich, The Liberal Arts Press, Nueva York, 1959, pp. 256-268.

.- “The Adversary Systems”, *The Voice of America. Forum Lectures*, nº 3, 1960, pp. 1-7.

.- “Means and Ends” [1960], en *The Principles of Social Order*, ed. a cargo de K.I. Winston, Duke University Press, Durham, 1981, pp. 47-64.

.- “Collective Bargaining and the Arbitrator”, *Wisconsin Law Review*, vol. 1963, nº 1, enero, 1963, pp. 3-46.

.- *The Morality of Law*, 1ª ed., Yale University Press, New Haven, 1964. Hay trad. castellana de F. Navarro, *La moral del derecho*, Trillas, México, 1967.

.- “A Reply to Professors Cohen and Dworkin”, *Villanova Law Review*, vol. 10, nº 4, verano, 1965, pp. 655-666.

.- *Anatomy of the Law* [1968], Greenwood Press, Westport, 1976. Hay trad. castellana de L. Castro, *Anatomía del Derecho*, Monte Ávila Editores, Caracas, 1969.

.- “Human Interaction and the Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 14, 1969, pp. 1-36.

.- *The Morality of Law*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven, 1969.

.- “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, nº 2, diciembre, 1978, pp. 353-409.

- GARCÍA AMADO, J.A., “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII, 1991, pp. 341-364.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994.

- GARZÓN, E., “Validez, eficacia y existencia en H.L.A.Hart” [1967], en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 107-115.

.- “Las limitaciones jurídicas del soberano” [1983], en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 181-200.

.- “Introducción”, a AA.VV., *Derecho y filosofía*, comp. de E.Garzón y C.de Santiago, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 5-41.

.- “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” [1987], en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 361-378.

.- “El concepto de estabilidad de los sistemas políticos” [1987], en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 573-609.

- GASCÓN, M., *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- GOLDING, M.P., *Philosophy of Law*, Prentice-Hall Inc., Nueva Jersey, 1975.
- GOLDSWORTHY, J.D., "The Self-Destruction of Legal Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, nº 4, invierno, 1990, pp. 449-486.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., "La Filosofía del Derecho como concepto histórico" [1969], en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 207-257.
- .- "La obediencia al Derecho" [1979], en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 365-398.
- GOTTLIEB, G., *The Logic of Choice. An Investigation of the Concepts of Rule and Rationality*, George Allen and Unwin Ltd., Londres, 1968.
- GRAHAM, K.G.M., "Does Law Have an Inner Morality?", *Political Science*, vol. 24, 1972, pp. 24-37.
- GREENAWALT, K., "Some Related Limits of Law", *Nomos*, vol. 15 [*The Limits of Law*, ed. por J.R. Pennock y J.W. Chapman], Lieber-Atherton, Nueva York, 1974, pp. 76-89.
- GREPPI, A., *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- GROSS, H., "Review of *The Morality of Law*", *New York University Law Review*, vol. 40, nº 6, diciembre, 1965, pp. 1220-1229.
- GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme* [1990], 2ª ed., Giappichelli, Turín, 1992.
- .- *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1992.
- .- *La fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.
- .- "Ordinamento Giuridico: un concetto problematico" [1994], en *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 281-291.
- .- "In tema di norme sulla produzione giuridica", *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1995, pp. 303-313.
- GUIBOURG, R.A., "Fuentes del Derecho", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 177-197.

- HABERMAS, J., “Derecho y moral (*Tanner Lectures 1986*)”, en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de discurso*, trad. M.Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 535-562.

.- *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de discurso* [1992], trad. M.Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998

- HALL, J., *Foundations of Jurisprudence*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1973.

- HARRISON, J., “When a Principle is a Moral Principle”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 28 (vol. suplementario), 1954, pp. 111-134.

- HART, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica” [1954], en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G.R.Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138.

.- “Introduction”, a AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Weidenfeld and Nicholson, Londres, 1954, pp. VII-XVIII.

.- “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral” [1958], en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G.R.Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64.

.- “Obligación jurídica y obligación moral” [1958], trad. J.Esquivel y L.A.Ortiz, *Cuadernos de Crítica*, nº 3, UNAM, México, 1977.

.- “Scandinavian Realism” [1959], en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 161-169.

.- *El concepto de Derecho* [1961], trad. G.R.Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

.- “Self-referring Laws” [1964], en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 170-183.

.- “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” [1965], en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 343-364.

.- “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. L.Hierro, F.J.Laporta y J.R.de Páramo, *Sistema*, nº 36, mayo, 1980, pp. 3-18.

.- “Introduction”, a *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 1-18.

.- “Postscript”, en *The Concept of Law*, 2ª ed., ed. de P.A.Bulloch y J.Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.

- HARWOOD, S., "Conceptually Necessary Links between Law and Morality", en AA.VV., *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, ed. de W.Krawietz, N. MacCormick y G.H.von Wright, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 143-159.
- HAYEK, F.A., *Camino de servidumbre* [1944], Alianza, Madrid, 1995.
- HERGET, J.E., *American Jurisprudence, 1870-1970. A History*, Rice University Press, Houston, 1990.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998,
- HOBBS, T., *Leviatán* [1651], trad. C.Mellizo, Alianza, Madrid, 1992.
- HOERSTER, N., "En defensa del positivismo jurídico" [1989], en *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J.Malem, Gedisa, Barcelona, 1992, pp. 9-27.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales* [1913], trad. G.R.Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- HOLMES, O.W., *La senda del derecho* [1898], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.
- HONORÉ, T., "The Dependence of Morality On Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nº 1, primavera, 1993, pp. 1-17.
- HUGUES, G.B.J., "The Existence of a Legal System", *New York University Law Review*, vol. 35, nº 5, mayo, 1960, pp. 1001-1030.
- .- "Jurisprudence", *1964 Annual Survey of American Law*, New York University School of Law, Nueva York, 1965, pp. 685-698.
- .- "Positivism and Natural Lawyers", *Stanford Law Review*, vol. 17, nº 3, marzo, 1965, pp. 547-559.
- JØRGENSEN, S., "Pluralis Juris", en AA.VV., *Theory of Legal Science*, ed. de A.Peczenik, L.Lindahl y B.van Roermund, D.Deidel Publishing Company, Dordrecht, 1984, pp. 121-132.
- KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* [1785], 8ª ed., trad. M.García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1983.
- Kelsen, H., "La idea del derecho natural" [1927], trad. F.Ayala, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora nacional, México, 1979, pp. 13-52.
- .- "Forma de Estado y Filosofía" [1933], en *Esencia y valor de la democracia*, 2ª ed., trad. R.Luengo y L.Legaz, Labor, Barcelona, 1977, pp. 131-159.

.- “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica” [1941], trad. E.A.Coghlan, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editora nacional, México, 1979, pp. 207-238.

.- *Teoría general del derecho y del estado* [1944], 2ª ed., trad. E.García Maynez, UNAM, México, 1995.

.- “¿Qué es Justicia?” [1952], en *¿Qué es Justicia?*, trad. A.Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 35-63.

.- *Teoría pura del derecho* [1960], trad. R.J.Vernengo, Porrúa, UNAM, México, 1991.

- KING, B.E., “The Concept, the Idea, and The Morality of Law. An Essay in Jurisprudence”, *The Cambridge Law Journal*, 1966, pp. 106-128.

- LA TORRE, M., “Law and Morality: A Modest Assessment”, en AA.VV., *Norms, Values and Society*, ed. de H.Pauer-Studer, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1985, pp. 113-129.

- LADD, J., “Law and Morality: Internalism vs. Externalism”, en AA.VV., *Law and Philosophy. A Symposium*, ed. de S.Hook, New York University Press, Nueva York, 1964, pp. 61-71.

- LAMONT, W.D., *The Value Judgement*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1955.

- LAPORTA, F.J., “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, *Sistema*, n° 67, 1985, pp. 3-31.

.- *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993.

.- “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *DOXA*, n° 15-16, 1994, pp. 133-145.

- LATORRE, A., *Introducción al Derecho* [1968], 9ª ed., Ariel, Barcelona, 1992.

- LEE, K., *The Positivist Science of Law*, Avebury, Aldershot, 1989.

.- *The Legal-Rational State. A Comparison of Hobbes, Bentham and Kelsen*, Avebury, Aldershot, 1990.

- LEGAZ, L., “La obligatoriedad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo I, 1953, pp. 5-89.

- LEWIS, J.U., “Moral Obligation and the Concept of Law”, *Rutgers Law Review*, vol. 23, n° 1, otoño, 1968, pp. 68-91.

- .- "An Analysis of "Purposive Activity": Its Relevance to the Relation Between Law and Moral Obligation", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 16, 1971, pp. 143-155.
- LLAMAS, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1993.
- LÓPEZ ARANGUREN, J.L., *Ética y política* [1963], Biblioteca Nueva, Madrid, 1996.
- LOPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto* [1942], nueva edición, Giuffrè, Milán, 1968. Hay trad. castellana de la 1ª ed. de S.Sentís y M.Ayerra, *La certeza del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.
- LOVIN, K., "H.L.A. Hart and the Morality of Law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 21, 1976, pp. 131-143.
- LUCAS, J. de, "La igualdad ante la ley", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 493-500.
- LYONS, D., "The internal morality of law" [1971], en *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice, and Political Responsibility*, Cambridge University Press, Nueva York, 1993, pp. 1-12.
- .- "On Formal Justice" [1973], en *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice, and Political Responsibility*, Cambridge University Press, Nueva York, 1993, pp. 13-40.
- .- *Ética y Derecho* [1984], trad. M. Serra, Ariel, Barcelona, 1986.
- MacCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981.
- .- "A Moralistic Case for A-Moralistic Law?", *Valparaiso University Law Review*, vol. 20, nº 1, otoño, 1985, pp. 1-41.
- MALEM, J.F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel, Barcelona, 1988.
- .- "La obediencia al Derecho", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 521-536.
- MARSHALL, G., "The Rule of Law. Its Meaning, Scope and Problems", *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique [L'Etat de droit]*, nº 24, 1993, pp. 43-50.
- MARMOR, A., "No Easy Cases?", en AA.VV., *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Boulder, 1992, pp. 189-207.
- McBRIDE, W.L., "The Acceptance of a Legal System", *The Monist*, vol. 49, nº 3, julio, 1965, pp. 377-396.

- MOFFAT, R.C.L., “Lon Fuller: Natural Lawyer after all!”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 26, 1981, pp. 190-201.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* [1748], trad. M.Blázquez y P.de Vega, Tecnos, Madrid, 1985.
- MOORE, M.S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, vol. 58, nº 1, enero, 1985, pp. 277-398.
- MORAWETZ, T., *The Philosophy of Law. An Introduction*, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1980.
- MURPHY, J.G. y COLEMAN, J.L., *The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, New Jersey, 1984.
- NAVARRO, P.E., “Validez y eficacia de las normas jurídicas”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 209-217.
- NICHOLSON, P., “The Internal Morality of Law: Fuller and his Critics”, *Ethics*, vol. 84, nº 4, julio, 1974, pp. 307-326.
- NIELSEN, K., “The Myth of Natural Law”, en AA.VV., *Law and Philosophy. A Symposium*, ed. de S.Hook, New York University Press, Nueva York, 1964, pp. 122-143.
- NINO, C.S., *Introducción al análisis del derecho* [1973], 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988.
- .- “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” [1978], en *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-40.
- .- “Normas jurídicas y razones para actuar” [1984], en *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 125-143.
- .- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- .- “Justicia”, en AA.VV., *El derecho y la justicia*, ed. de E.Garzón y F.J.Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 467-480.
- O’HAGAN, T., *The End of Law?*, Basil Blackwell, Oxford, 1984.
- OLIVECRONA, K., *El Derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* [1939], trad. L.López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.
- PANNAM, C.L., “Professor Hart and Analytical Jurisprudence”, *Journal of Legal Education*, vol. 16, nº 4, 1964, pp. 379-404.

- PAPPE, H.O., "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", *The Modern Law Review*, vol. 23, nº 3, mayo, 1960, pp. 260-274.

- PÁRAMO, J.R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

.- "Entrevista a H.L.A. Hart", *DOXA*, nº 5, 1988, pp. 339-361.

- PASSERIN, A., "Revisión de la causa del Derecho natural" [1954], en *Derecho natural*, trad. M.Hurtado, Aguilar, Madrid, pp. 169-244.

.- "Dos cuestiones en torno al Derecho" [1961], en *Derecho natural*, trad. M.Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, pp. 245-261.

.- "Legitimidad y resistencia", trad. M.Atienza, *Sistema*, nº 13, abril, 1976, pp. 27-34.

- PATON, G.W., *A Textbook of Jurisprudence* [1946], 4ª ed., ed. de G.W. Paton y D.P. Derham, Clarendon Press, Oxford, 1972.

- PATTARO, E., *Filosofía del derecho. Derecho. Ciencia jurídica* [1978], trad. J.Iturmendi, Reus, Madrid, 1980.

- PATTERSON, E.W., *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law*, The Foundation Press, Brooklyn, 1953.

- PAULSON, S.L., "Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the «Positivist» Theses", *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, pp. 313-359.

- PECES-BARBA, G., "Reflexiones sobre Derecho y Poder", en *Libertad, poder, socialismo*, Cívitas, Madrid, 1978, pp. 219-239.

.- *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.

.- *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.

.- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

.- "Prólogo", a PÁRAMO, J.R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. XV-XXV.

.- "Desobediencia civil y objeción de conciencia" [1988], en *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 371-392.

.- "La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho" [1990], en *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 261-279.

- “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española” [1992], en *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 281-320.

- *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995.

- *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

- “Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 1ª ed., trad. M.Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173.

- PECZENIK, A., “Dimensiones morales del Derecho”, trad. J.A.Pérez Lledó, *DOXA*, nº 8, 1990, pp. 89-109.

- PÉREZ LUÑO, A.E., “Dimensiones de la igualdad material”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, 1985, pp. 253-285.

- *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

- PLATÓN, “Critón”, trad. M.Rico, en *El político. Critón. Menón*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

- POSTEMA, G.J., “Implicit Law”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, pp. 361-387.

- PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

- *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.

- “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45.

- RADBRUCH, G., *Filosofía del derecho* [1932], 4ª ed., trad. J.Medina, Edersa, Madrid, 1959.

- “Primera toma de posesión luego del desastre de 1945” [1945], en *El hombre en el derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*, trad. A.del Campo, Depalma, Buenos Aires, pp. 121-126.

- “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes” [1946], en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E y WELZEL, H., *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. J.M.Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 1-22.

.- *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* [1946], trad. M.I.Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

.- *Introducción a la Filosofía del derecho* [1948], trad. W.Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1951.

- RADIN, M.J., "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review*, vol. 69, nº 4, julio, 1989, pp. 781-819.

- RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989.

- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia* [1971], trad. M.D.González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993.

.- "La idea de un consenso por superposición" [1987], trad. J.C.Bayón, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, dir. y coord. J.Betegón y J.R.de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 63-85.

- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico* [1970], trad. R.Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986.

.- "La obligación de obedecer el derecho" [1970], en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R.Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982, pp. 289-308.

.- *Razón práctica y normas* [1975], trad. J.Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

.- "El estado de derecho y su virtud" [1977], en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R.Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982, pp. 263-285.

.- "The Purity of the Pure Theory", en AA.VV., *Essays on Kelsen*, ed. de R.Tur y W.Twinning, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 79-97.

- RECASÉNS, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho* [1959], 9ª ed., Porrúa, México, 1986.

- REDONDO, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

- REYNOLDS, N.B., "The Enforcement of Morals and the Rule of Law", *Georgia Law Review [Jurisprudence Symposium]*, vol. 11, nº 5, septiembre, 1977, pp. 1325-1358.

- RICHARDS, D.A.J., *The Moral Criticism of Law*, Dickenson Publishing Company, California, 1977.

- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico* [1971], 6ª ed., 2 vols., Universidad Complutense, Madrid, 1988.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Constitución, legalidad y seguridad jurídica”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 1, 1997, pp. 151-177.

- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia* [1958], 5ª ed., trad. G.R.Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1994.

.- “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” [1961], trad. G.R.Carrió y O.Paschero, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 7-32.

.- *Lógica de las normas* [1967], trad. J. S.-P. Hierro, Tecnos, Madrid, 1971.

.- “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional” [1969], trad. E.Bulygin y E.Garzón, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 47-81.

- ROSTOW, E.V., “The Enforcement of Morals”, *The Cambridge Law Journal*, 1960, pp. 174-188.

.- *The Ideal in Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978.

- ROUSSEAU, J.-J., *El contrato social o Principios de derecho político* [1762], trad. M.J.Villaverde, Tecnos, Madrid, 1988.

- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

- SAMPFORD, C., *The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory*, Basil Blackwell, Oxford, 1989.

- SARTORIUS, R.E., *Individual Conduct and Social Norms. A Utilitarian Account of Social Union and the Rule of Law*, Dickenson Publishing Company, California, 1975.

- SCHAUER, F., “Fuller’s Internal Point of View”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, pp. 285-312.

- SELZNICK, P., *Law, Society, and Industrial Justice*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 1969.

- SHKLAR, J.N., *Legalism*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1964.

- SHUMAN, S.I., *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Wayne State University Press, Detroit, 1963.

- SILTALA, R., “Derecho, moral y leyes inmorales”, trad. M.J.Añón, *DOXA*, vol. 8, 1990, pp. 149-170.
- SIMON, W.H., “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics”, *Wisconsin Law Review*, vol. 1978, nº 1, pp. 29-144.
- .- “Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System”, *The Yale Law Journal*, vol. 92, nº 7, junio, 1983, pp. 1198-1269.
- SMITH, A., *The Theory of Moral Sentiments*, nueva edición, George Bell & Sons, Londres, 1892. Hay trad. castellana de C.Rodríguez Braun, *La teoría de los sentimientos morales*. Alianza, Madrid, 1997.
- SMITH, M.B.E., “¿Hay una obligación *prima facie* de obedecer el Derecho?” [1973], trad. F.J.Laporta, en AA.VV., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, ed. de J.Betegón y J.R.de Páramo, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 183-203.
- STURM, D., “Lon Fuller’s Multidimensional Natural Law Theory”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, pp. 612-639.
- SUMMERS, R.S., “Professor H.L.A. Hart’s Concept of Law”, *Duke Law Journal*, vol. 63, nº 4, otoño, 1963, pp. 629-670.
- .- “Professor Fuller on Morality and Law”, *Journal of Legal Education*, vol. 18, nº 1, 1965, pp. 1-27.
- .- “The New Analytical Jurists”, *New York University Law Review*, vol. 41, nº 5, noviembre, 1966, pp. 861-896.
- .- *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, Londres, 1984.
- .- “The Formal Character of Law”, *Cambridge Law Journal*, vol. 51, nº 2, julio, 1992, pp. 242-262.
- .- “A Formal Theory of the Rule of Law”, *Ratio Iuris*, vol. 6, nº 2, julio, 1993, pp. 127-142.
- .- “The Formal Character of Law III”, *Rechtstheorie*, vol. 25, nº 2, 1994, pp. 125-162.
- URMSON, J.O., “Santos y héroes” [1958], en AA.VV., *Conceptos morales*, ed. de J.Feinberg, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 106- 129.
- VARGA, C., “Reflexiones acerca del Derecho y su moralidad interna” [1985], en AA.VV., *H.L.A. Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, nº 28, primer semestre, 1986, pp. 473-488.

- WALDROM, J., “Why Law - Efficacy, Freedom, or Fidelity?”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, pp. 259-284.
- WASSERSTROM, R.A., “The Obligation to Obey the Law”, *University of California Law Review*, vol. 10, nº 4, mayo, 1963, pp. 780-807.
- WEBER, M., *Economía y sociedad* [1922], 2ª ed., trad. J.Medina Echavarría y otros, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- WEERAMANTRY, C.G., *The Law in Crisis. Bridges of Understanding*, Capemoss, Londres, 1975.
- WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho* [1951-1952], trad. F.González Vicén, Aguilar, Madrid, 1979.
- WINSTON, K.I., “Introduction”, a FULLER, L.L., *The Principles of Social Order*, Duke University Press, Durham, 1981, pp. 11-43.
- .- “Toward a Liberal Conception of Legislation”, *Nomos*, vol. 25 [*Liberal Democracy*, ed. por J.R. Pennock y J.W. Chapman], New York University Press, Nueva York-Londres, 1983, pp. 313-342.
- .- “The Ideal Element of a Definition of Law”, *Law and Philosophy*, vol. 5, nº 1, abril, 1986, pp. 89-111.
- .- “Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller’s Conception of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 8, nº 3, invierno, 1988, pp. 329-349.
- .- “Legislators and Liberty”, *Law and Philosophy*, vol. 13, nº 3, agosto, 1994, pp. 389-418.
- WITHERSPOON, J.P., “The Relation of Philosophy to Jurisprudence”, *Natural Law Forum*, vol. 3, nº 1, 1958, pp. 105-134.
- WRIGHT, G.H. von, *Norma y Acción. Una investigación lógica*, trad. P.García, Tecnos, Madrid, 1970.