

FULLER Y KELSEN-FULLER SOBRE KELSEN*

Frederick SCHAUER**

SUMARIO: I. *Primera parte*. II. *Segunda parte*. III. *Tercera parte*. IV. *Cuarta parte*. V. *Quinta parte*.

I. PRIMERA PARTE

Es un lugar común que la obra de Hans Kelsen es, en palabras de Jeremy Telman, “prácticamente desconocida por completo en la academia jurídica y abogacía de los Estados Unidos”.¹ Y, para proveer alguna evidencia para esta conclusión, podemos observar que Kelsen no es mencionado ni una vez en cualquiera de los libros de Ronald Dworkin, el principal crítico estadounidense del positivismo jurídico, ni es mencionado por completo en varios trabajos estadounidenses sobresalientes sobre positivismo jurídico, incluyendo, por ejemplo, aquellos de Larry Alexander y Emily Sherwin,² Jules

* Este artículo fue publicado originalmente como: Schauer, Frederick, “Fuller and Kelsen-Fuller on Kelsen”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 163, 2020, pp. 309-317. Traducción del inglés al castellano por Augusto Fernando Carrillo Salgado, estudiante del doctorado en derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. ORCID-ID: 0000-0001-6107-4917. Contacto: augustoc@ucm.es. El traductor agradece al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt) por el financiamiento para traducir este documento.

** Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia, Estados Unidos. Contacto: schauer@virginia.edu.

Agradezco a Jeremy Telman y Nicoletta Bersier Ladavac por sus útiles comentarios, conversación y referencias.

¹ Telman, D. A. Jeremy, “Introduction: Hans Kelsen for Americans”, en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, pp. 1-16. Véase, también, Telman, D. A. Jeremy, “A Path Not Taken: Hans Kelsen’s Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists”, en Walter, Robert, Jabloner, Clemens y Zeleny, Klaus (eds.), *Hans Kelsen anderswo/Hans Kelsen Abroad*, Austria, Manz Verlag, 1994, pp. 353-376.

² Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, 2001.

Coleman,³ Kenneth Einar Himma,⁴ Gerald Postema⁵ y Anthony Sebok.⁶ Ni aparece en el libro de 1973 destinado como texto básico para un curso sobre jurisprudencia y filosofía del derecho.⁷

Dada la importancia de Kelsen en Europa, en América Latina y en el resto del mundo académico, su invisibilidad en la filosofía del derecho de Norteamérica en general, y de los Estados Unidos en particular, es curiosa. Y es especialmente curiosa ahora, bajo la luz del hecho de que no fue siempre así. En las postrimerías de 1930, Karl Llewellyn se involucró, si bien críticamente, con la obra de Kelsen,⁸ como hizo Edwin Patterson, aunque no tan críticamente, en su texto sobre teoría general del derecho (*jurisprudence*)⁹ de 1940. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial, la presencia jurídica de Kelsen en Estados Unidos comenzó a declinar precipitadamente, esto a pesar de que Kelsen enseñó y escribió en Estados Unidos desde su arribo en Harvard en 1940 hasta su muerte, treinta y tres años más tarde, en la Universidad de California.¹⁰

Aunque diversos académicos han especulado valiosamente sobre las causas de la ausencia de las huellas de Kelsen en la teoría jurídica estadounidense de posguerra,¹¹ no se ha prestado atención, virtualmente, a las conexiones intelectuales entre Kelsen y Lon Fuller; este último podría decirse que es el filósofo estadounidense más conocido e influyente de las décadas de 1940, 1950 y 1960. El objetivo de este artículo es explorar esta conexión,

³ Coleman, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴ Himma, Kenneth Einar, *The Nature of Law: Philosophical Issues in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory*, Nueva York, Foundation Press, 2011.

⁵ Postema, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 1986.

⁶ Sebok, Anthony J., *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge University Press, 1998.

⁷ Christie, George C., *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law*, Estados Unidos de América, West Academic Publishing, 1973.

⁸ Llewellyn, Karl N., *The Theory of Rules* (Schauer, Frederick, ed.), University of Chicago Press, 2011, pp. 46 y 51. Véase, también, Llewellyn, Karl N., "Law and the Social Sciences-Especially Sociology", *Harvard Law Review*, núm. 62, 1949, pp. 1286-1305 y 1290.

⁹ Patterson, Edwin W., *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law*, Brooklyn, The Foundation Press, 1953, pp. 259-265.

¹⁰ Ladavac, Nicoletta, "Philosophy of Law and Theory of Law: The Continuity of Kelsen's Years in America", en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 229-248.

¹¹ Bix, Brian, "Kelsen in the United States: Still Not Understood", en Telman, D. A. Jeremy (ed.), *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 17-30; Telman, D. A. Jeremy, "A Path Not Taken...", *cit.*, en Walter, Robert Jabloner, Clemens & Zeleny, Klaus (eds.), *op. cit.*, pp. 353-376.

no tanto para efectuar afirmaciones causales definitivas sobre la influencia de Fuller sobre el declive de Kelsen en el contexto estadounidense, más bien para sugerir que examinar dicha relación podría decirnos algo no sólo sobre Kelsen, sino también sobre Fuller.

II. SEGUNDA PARTE

La relación personal de Lon Fuller con Kelsen, y con el Kelsen académico, es compleja. Como muchos otros intelectuales estadounidenses de la primera mitad del siglo XX (y antes),¹² Fuller fue un lector voraz de textos en alemán, profesionales y académicos; las referencias a estudios jurídicos y filosóficos no traducidos, escritos en alemán, aparecen en todo el *corpus* de Fuller. De manera particular, Fuller leyó y se involucró con la obra de Kelsen, especialmente con la *Teoría pura del derecho* (*Reine Rechtslehre*), traducida mucho antes al inglés.¹³ Poco después de que la primera traducción al inglés de aquel trabajo hubiera sido publicada,¹⁴ Fuller la hizo un texto obligatorio (y nada barato) para su curso de teoría general del derecho (*jurisprudence*) en la Facultad de Derecho de Harvard.¹⁵

Pero, quizá lo más importante, Fuller y Kelsen tuvieron algún número de conexiones personales, principalmente respecto a la intención de Kelsen y eventual emigración a Estados Unidos después de que el ascenso del nazismo hiciera que su permanencia en Austria o Alemania dejara de ser una opción profesionalmente fructífera o personalmente segura. Aunque el propio Fuller, quien había prestado sus servicios en las facultades de derecho de la Universidad de Oregón, de la Universidad de Illinois y de la Universidad de Duke, no tuvo un nombramiento permanente en la Facultad de Derecho de Harvard hasta 1940, él había conocido a Kelsen gracias a una presentación organizada por Roscoe Pound, de Harvard, en Europa, durante 1938.¹⁶ Teniendo en cuenta esta línea de tiempo, es pro-

¹² Incluyendo, de manera sobresaliente, Karl Llewellyn (véase la nota a pie de página núm. 8), quien no sólo hablaba fluidamente alemán, y quien no sólo citó los escritos de Kelsen en sus propios libros y artículos, sino quien también sirvió como miembro condecorado del ejército alemán en la Primera Guerra Mundial. Véase Twining, William, "Two Works of Karl Llewellyn", *Modern Law Review*, núm. 30, 1967, pp. 514-530 y 514.

¹³ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1934.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, trad. de Max de Knight, University of California Press, 1967.

¹⁵ Este es un recuerdo personal del autor, que data del semestre de otoño de 1969 en la Facultad de Derecho de Harvard.

¹⁶ Summers, Robert S., *Lon L. Fuller*, Law Press, 1984, pp. 5-9.

bable que el título de *Doctor Honoris Causa* conferido por Harvard en 1936 fuera impulsado por Pound, y también es probable que Pound, presumiblemente con el apoyo de Fuller (o cuando menos sin su oposición) y otros, fuera la fuerza motivadora detrás de la invitación a Kelsen para dictar la prestigiada cátedra Oliver Wendell Holmes en la Facultad de Derecho de Harvard en 1941.

Aunque Kelsen pasó la mayor parte de los años de entre 1940 y 1942 como investigador visitante en Harvard, no le fue, para su gran sorpresa, ofrecida una cátedra permanente.¹⁷ Las razones de esto se han perdido en la historia, aunque la ausencia de fluidez en el inglés de Kelsen en aquel tiempo, su incapacidad para enseñar cursos básicos de derecho estadounidense y los temas financieros postdepresión parecen haber interpretado algún papel, así como la supuesta oposición del profesorado más antiguo de derecho internacional.¹⁸ No sabemos la posición de Fuller respecto al tema de una cátedra permanente para Kelsen en Harvard, pero sabemos que buscó activamente hallar para Kelsen una posición en otros lugares, incluyendo la Universidad de Illinois, antigua casa académica de Fuller.¹⁹

Más allá de un interés biográfico e histórico general, la relevancia de estas conexiones personales e intelectuales entre Fuller y Kelsen radica en sugerir que las conexiones de Fuller con Kelsen, en un plano personal, parecen haber engendrado alguna simpatía, y que la fluidez de Fuller en alemán quizá lo familiarizó de manera particular con los escritos, reputación e influencia de Kelsen. Y, al contrario de este contexto, podemos evaluar, con implicaciones quizá inesperadas, el tratamiento de Kelsen en los propios escritos de Fuller.

III. TERCERA PARTE

Las diversas razones de la probable simpatía de Fuller con Kelsen en un plano personal hacen aún más sorprendente el tono elevado y casi vitriólico

¹⁷ Nitsch, Carlo, “Holmes Lectures, 1940-1941”, en *Hans Kelsen, Diritto e Pace Nelle Relazioni Internazionali*, Milán, Giuffrè, 209, p. v.

¹⁸ Ladavac, Nicoletta Bersier, “Hans Kelsen (1881-1973), Bibliographical Note and Biography”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 391-400; Nitsch, Carlo, *op. cit.*; Olechowski, Thomas, “Hans Kelsen, the Second World War and the U. S. Government”, en Telman, D. A. Jermy, *Hans Kelsen in America...*, *cit.*, pp. 101-112.

¹⁹ Véanse las referencias en la nota a pie de página núm. 18 y, también, Schauer, Frederick, “Law’s Boundaries”, *Harvard Law Review*, núm. 130, 2017, pp. 2434-2462, 2446 y 2447, nota a pie de página 54.

con el que Fuller trató a Kelsen como el ejemplo y arquetipo de la versión del positivismo jurídico²⁰ que Fuller persistentemente deseaba atacar.

Aunque el ataque de Fuller hacia el positivismo jurídico es asociado, hoy en día, de manera preponderante, con la faceta de Fuller respecto a su famoso debate de 1958 con H. L. A. Hart,²¹ y la subsecuente publicación por Fuller de *La moralidad del derecho* (*The Morality of Law*),²² de hecho, el desafío más temprano, fuerte y extenso de Fuller, a lo que percibía como los compromisos centrales del positivismo jurídico, se encuentra en su libro de 1940, *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*).²³ Es en este libro donde Fuller, por primera vez, toma posición frente a la insistencia del positivismo jurídico respecto a la distinción entre *ser* y *deber ser*, una distinción, como bien reconoció Fuller, ofrecida mucho antes, explícitamente y con vehemencia, por Jeremy Bentham²⁴ y, después, por John Austin.²⁵

Fuller, como es bien sabido,²⁶ resistió, desde entonces y subsecuente-mente, en todos sus escritos posteriores, a la distinción, cuando menos en

²⁰ No está claro que la forma de positivismo jurídico que Fuller deseaba atacar pudiera atribuirse con justicia a Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen o H. L. A. Hart, pero explorar la comprensión y malentendidos de Fuller sobre el positivismo jurídico nos llevaría demasiado lejos. Véase, Leiter, Brian, "Positivism, Formalism Realism", *Columbia Law Review*, núm. 99, 1999, pp. 1138-1164 y 1139; Schauer, Frederick, "Fuller's Internal Point of View", *Law and Philosophy*, núm. 12, 1994, pp. 285-312; Sebok, Anthony J., "Misunderstanding Positivism", *Michigan Law Review*, núm. 93, 1995, pp. 2054-2132.

²¹ Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 630-672, respondiendo a H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-629.

²² Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Estados Unidos de América, Yale University Press, 1969 (reeditado).

²³ Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, Chicago, The Foundation Press, 1940.

²⁴ Bentham, Jeremy, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence* (Philip Schofield, ed.), Estados Unidos de América, Oxford University Press, 2010, pp. 1780-1782; Postema, Gerald J., *op. cit.*; Ben-David, Arnon, "The Distinction Between the *Expository* and the *Censorial* Modes in Enquiry in Bentham", *Revue d'études Benthamiennes* [en línea], núm. 9, 2011; Zhai, Xiaobo, "Bentham's Exposition of Common Law", *Law and Philosophy*, núm. 36, 2017, pp. 525-560.

²⁵ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (Wilfrid E. Rumble, ed.), Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 1995. Y véase Hill, Roscoe E., "Legal Validity and Legal Obligation", *Yale Law Journal*, núm. 80, 1970, pp. 47-75; McCormick, D. N., "Law, Morality and Positivism", *Legal Studies*, núm. 1, 1981, pp. 131-145.

²⁶ Véase, especialmente, Rundle, Kristin, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, 2012; Rundle, Kristin, "Fuller's Internal Morality of Law", *Philosophy Compass*, núm. 11, 2016, pp. 499-506; Winston, Kenneth I., "Introduction", en Winston, Kenneth I. (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, 2002, pp. 23-58; Winston, Kenneth I., "Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 8, 1988, pp. 329-349.

el derecho, entre *ser* y *deber ser* —entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debe ser*—, por razones que presagiaban la posición posterior de Ronald Dworkin, sustancialmente en el mismo sentido.²⁷ Pero, al emplear a Kelsen como el punto de apoyo para sus críticas hacia el positivismo jurídico y el compromiso del positivismo hacia la distinción entre *ser* y *deber ser*, Fuller reconoció el papel que el *deber ser* —normas— interpreta en el esquema kelseniano. Y por supuesto que Fuller no estaba en desacuerdo con la perspectiva de Kelsen respecto a que la ciencia del derecho era la ciencia de los deberes. Sin embargo, Fuller objetó la distinción entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debería de ser*, y empleó la referencia despectiva de Kelsen al “derecho deseado” (*Wunschrecht*)²⁸ como el punto de apoyo para la discusión. Más aún, Fuller tomó el ahora muy conocido no cognitivismo ético como ejemplo;²⁹ es en este punto, sin embargo, donde las cosas se hacen más complejas. Para Fuller, que era claramente un cognitivista ético de algún tipo,³⁰ el no cognitivismo ético era un error pernicioso y peligroso, y así le pareció a Fuller, especialmente en *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*) de 1940. Aunque Kelsen era un no cognitivista respecto a la ética y la moral, aunque Kelsen era plenamente un positivista jurídico de su propia variedad, el error de Fuller fue creer e insistir que había una especie de conexión necesaria entre el positivismo jurídico de Kelsen y su no cognitivismo ético y, también, entre el positivismo jurídico en general y el no cognitivismo ético general. Pero las conclusiones de Fuller a este respecto parecen ser, inicialmente, un error, en parte porque la mayoría de los positivistas modernos, y no tan modernos, parecen rechazar los puntos de vista metaéticos de Kelsen; sin embargo, desarrollan relatos positivistas sobre la naturaleza

²⁷ El rechazo a una fuerte distinción *ser/deber ser* está implícito (y, en ocasiones, explícito) en la concepción de Dworkin del derecho como interpretación, como lo desarrolló principalmente en Dworkin, Ronald, *Law's Empire* (1986) y, después, más aún en varios ensayos, Dworkin, Ronald, *Justice in Robes* (2008), especialmente en “Thirty Years On”, pp. 187-222. Para una explicación práctica, véase Donato, James “Dworkin and Subjectivity in Legal Interpretation”, *Stanford Law Review*, núm. 40, 1988, pp. 1517-1541; Nino, Carlos S., “Dworkin and Legal Positivism”, *Mind*, núm. 89, 1980, pp. 519-543.

²⁸ Braun, Johann, *Einführung in die Rechtstheorie – Der Gedanke des Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, p. 272.

²⁹ Véase, *grosso modo*, Moser, Shia, “Ethical Non-Cognitivism and Kelsen's Pure Theory of Law”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 29, 1979, pp. 93-113.

³⁰ Rundle, Kristin, *op. cit.*; Fuller, Lon L., “Human Purpose and Natural Law”, *Journal of Philosophy*, núm. 53, 1956, pp. 697-705; Luban, David, “Natural Law as Professional Ethics: A Reading of Fuller”, *Social Philosophy and Policy*, núm. 18, 2000, pp. 176-205; Rosati, Connie S., “Is There a «Higher Law?» Does It Matter”, *Pepperdine Law Review*, núm. 36, 2009, pp. 615-630.

del derecho. El utilitarismo de Bentham es el ejemplo más prominente, de esta clase de positivismo cognitivista, pero es difícilmente el único ejemplo.³¹

Sin embargo, aquí es donde aparece la complejidad. Aunque el cognitivismo ético es, posiblemente, una condición necesaria para la mayoría (aunque quizá no para Fuller) de las versiones de antipositivismo,³² incluyendo, pero no limitándose a la teoría clásica o tradicional del derecho natural,³³ lo contrario no es el caso. El no cognitivismo ético no es una propiedad o presupuesto necesario de prácticamente ninguna versión del positivismo jurídico, ni es el no cognitivismo ético una propiedad o presupuesto de la separación entre derecho y moral en el sentido de separación³⁴ de Bentham y Austin, o la más general distinción entre *ser* y *deber ser*. Como en el caso de Bentham y Austin, obviamente, es absolutamente posible creer que existen derechos y errores morales cognoscibles, pero también creer no sólo que el derecho puede y tiene, a menudo, que divergir de esta moral cognoscible, sino que ambos (contingentemente), el contenido del derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral, y que el concepto del derecho es tal, que la moral no sería una propiedad necesaria del derecho en todos los sistemas jurídicos posibles en todos los mundos probables.³⁵ Así, aunque el no cognitivismo natural es, *grosso modo*, imposible, el positivismo jurídico cognitivista es, no sólo posible, sino que se encuentra ampliamente extendido.³⁶ Y, por lo tanto,

³¹ Para la descripción y discusión de los diversos compromisos metaéticos cognitivos de muchos (pero no todos) los positivistas jurídicos, véase Schauer, Frederick, “Positivism as Pariah”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1996, pp. 31-55.

³² Fuller fue, a decir verdad, un cognitivista ético, pero dos de los pilares principales de su filosofía del derecho —el rechazo de la distinción entre el *ser* y el *deber ser*, y la necesidad de buscar la finalidad, tanto para identificar como interpretar el derecho— eran compatibles con una amplia variedad de perspectivas no cognitivistas sobre la moral.

³³ Como se ejemplifica en los escritos a lo largo de los años de, por ejemplo, Tomás de Aquino, William Blackstone y John Finnis. Véase, *grosso modo*, Alexy, Robert *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trad. de Paulson, Stanley y Listchewski Paulson, Bonnie, Oxford University Press, 2002; Finnis, John *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980; Murphy, Mark C., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, 2006; Murphy, Mark C., *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Robert P. George, ed.), Oxford University Press, 1992; Finnis, John, “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<https://plato.stanford.edu>), 2015.

³⁴ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, pp. 1035-1058.

³⁵ Una discusión relevante es Spaak, Torben, “Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch”, *Law and Philosophy*, núm. 28, 2008, pp. 261-290.

³⁶ Véase Schauer, Frederick, “Positivism as Pariah”, en George, Robert P. (ed.), *The Autonomy of Law...*, cit., pp. 31-55.

Fuller, al asumir que el no cognitivismo de Kelsen era un componente necesario de su positivismo jurídico o cualquier otro, atribuyó de manera errónea al no cognitivismo ético y a lo que Fuller creyó que eran sus consecuencias perniciosas, al positivismo jurídico, sin reconocer las desconexiones fundamentales entre ambos.³⁷

IV. CUARTA PARTE

Pero aunque Fuller, en mi opinión erróneamente, emplea a Kelsen como punto de apoyo para su argumento de que el defecto del positivismo jurídico yace en su no cognitivismo, Fuller emplea mucho de su tiempo (y hojas) atacando a Kelsen por la pureza de la teoría pura o, cuando menos, a lo que Fuller considera ser la pureza de la teoría pura. Una parte del problema del ataque de Fuller a la teoría pura es, sin embargo, que Fuller confunde erróneamente, en la frase feliz de Ian Stewart, la teoría pura del derecho con una teoría del derecho puro.³⁸ Pero Kelsen no creía que hubiera un derecho puro en el sentido que Fuller imaginaba que él creía, y Kelsen nunca creyó que las instituciones jurídicas y el fenómeno del derecho existiera o pudiera existir de manera aislada de otros fenómenos sociales, ni creyó que la sustancia del derecho, estructura y diseño de las instituciones jurídicas no pudieran ser, o no debieran ser, evaluadas desde una perspectiva política o sociológica. La pureza de Kelsen se trata de la pureza de la cognición,³⁹ o la pureza de la investigación académica, y él difícilmente negó que el derecho pudiera ser examinado desde un punto de vista sociológico, por muy escéptico que fuera sobre el valor filosófico de esta clase de investigación. Y, por lo tanto, Fuller, al igual que Julius Stone después de él,⁴⁰ erró, en parte, al malinterpretar lo que Kelsen estrictamente quería decir al describir su teoría del derecho como “pura”. Pero, aunque el error de Fuller es lamentable, a pesar de la pureza de la teoría pura, aun desde la perspectiva de lo que Kelsen quería decir por pureza, expone una división profunda entre la comprensión de Fuller y su trabajo, con el propio Kelsen.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Stewart, Iain, “Kelsen Tomorrow”, *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, pp. 181-196.

³⁹ Esto es ampliamente reconocido en Patterson, Edwin W., “Hans Kelsen and His Pure Theory of Law”, *California Law Review*, núm. 40, 1952, pp. 5-10. Véase, también, Vinx, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007; Raz, Joseph, “The Purity of the Pure Theory”, *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, pp. 441-249.

⁴⁰ Stone, Julius, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Oxford University Press, 1964.

Como se encuentra explícito en *El derecho en búsqueda de sí mismo* (*The Law in Quest of Itself*), y asumido menos explícitamente en muchos de sus escritos posteriores, Fuller estaba más interesado en escribir e instruir a los abogados y jueces.⁴¹ Y, por lo tanto, no es sorprendente que Fuller estuviera preocupado por definir el derecho, en la medida en que lo definía, como algo mucho más extenso de lo que los abogados y jueces *hacen* en realidad.⁴² Más aún, debido a que Fuller fue al menos lo suficientemente positivista jurídico para reconocer que podría existir y existía derecho positivo inhumano o derecho humano, buscaba a los abogados y jueces, en sus actividades profesionales, y en el nombre del derecho, para tratar de mejorar los defectos en el derecho positivo humano existente. Desde la perspectiva del abogado o del juez, sin embargo, o al menos desde la perspectiva de la moral del buen abogado o juez —desde una forma de un punto de vista interno—⁴³ la distinción entre el *ser* y el *deber ser* no parecía ser para Fuller tan importante, o inclusive tan correcta. En términos de las actividades profesionales —el comportamiento— del buen abogado o del buen juez (o del buen estudiante de derecho), cada aplicación de un derecho positivo moralmente subóptimo presentaba una oportunidad para mejorar ese derecho. Y si este es el caso, entonces para el abogado practicante o juez, la distinción tajante entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser* ya no puede sostenerse, según Fuller.

Desde esta perspectiva, varias diferencias entre Kelsen y Fuller pueden ser ahora explicadas a través de sus muy diferentes perspectivas sobre la relación entre el derecho y lo que los abogados (y jueces) hacen. Fuller, en *El derecho en búsqueda de sí mismos* (*The Law in Quest of Itself*), acusa explícitamente a Kelsen de no ofrecer una explicación sobre lo que los abogados actualmente hacen y sobre lo que deberían hacer, una acusación a la cual Kelsen se declararía seguramente culpable y sin vergüenza. Esto se debe a que Kelsen insistió en la distinción entre el derecho y lo que hacen los abogados, e insistió en que ningún acto jurídico —ninguna decisión de un juez,

⁴¹ Schauer, Frederick, “Fuller’s Internal...”, *cit.* Toda la carrera de Fuller estuvo dedicada a enseñar a aspirantes de abogados practicantes (y jueces) en facultades de derecho estadounidenses.

⁴² Esta comprensión del derecho en tanto alineado cercanamente con lo que hacen los abogados y jueces, con lo que cuenta como derecho, y con lo que los abogados y jueces deben emplear en la argumentación y decisión, es especialmente evidente en Fuller, Lon. L., “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, núm. 62, 1949, pp. 616-645. Véase Schauer, Frederick, “Fuller’s Fairness: «The Case of the Speluncean Explorers»”, *University of Queensland Law Review*, núm. 35, 2016, pp. 11-20.

⁴³ Schauer, Frederick, “Fuller’s Internal...”, *cit.*

por ejemplo— estaba completamente determinado por el derecho.⁴⁴ Esto es ejemplificado con la famosa metáfora de Kelsen de que el derecho es un marco sin imagen.⁴⁵ Para Kelsen, y en estos días notoriamente para Joseph Raz, quien distingue entre derecho y razonamiento jurídico,⁴⁶ el derecho propiamente dicho no es más que un subconjunto de lo que hacen los abogados y jueces.⁴⁷ Pero, para Fuller y, de manera más reciente para Ronald Dworkin, el derecho es, casi por definición, prácticamente coexistente con lo que hacen los abogados⁴⁸ o, al menos, con todo el conjunto de fuentes y normas jurídicas, morales, políticas y sociales en las que los abogados y jueces podrían basarse para sus decisiones y juicios.

Si, con Fuller, uno busca una concepción —o una definición, si se quiere— del derecho que capte el amplio alcance de las actividades profesionales de los abogados y jueces y si, con Fuller, uno busca una concepción del comportamiento y práctica profesional de los abogados y jueces que les imponga la tarea moralmente deseable de presionar del derecho moralmente subóptimo si y cuando aparezca, entonces no es sorpresa que Fuller hubiera elegido a Kelsen como su blanco. Es muy probable que Fuller haya atribuido erróneamente el no cognitivismo ético al positivismo jurídico y, por tanto, pudo haber empleado equivocadamente el no cognitivismo ético de Kelsen para hacer un argumento moral contra el positivismo jurídico. Y Fuller, persuadido más tarde por Gustav Radbruch, pudo haber atribuido erróneamente al positivismo jurídico las graves equivocaciones del Tercer Reich, como Stanley Paulson ha argumentado persuasivamente.⁴⁹ Sin embargo, al escoger a Kelsen, más que a Bentham (cuya obra sobre teoría jurídica fue especialmente conocida en 1940 y, también, en 1958) y Austin (cuyo trabajo sobre teoría jurídica fue mucho más conocido y discutido en 1948 y 1958) como el principal punto de apoyo, Fuller pudo haber seleccionado un oponente completamente adecuado para el argumento de que los abogados y los jueces deberían

⁴⁴ “Cada acto de aplicación del derecho está solo parcialmente determinado por el derecho”, Kelsen, Hans, *Pure Theory...*, *cit.*, p. 349.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 245. Y también, en Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Paulson Litschewski, Bonnie & Paulson, Stanley L., Clarendon Press, 1992, p. 80.

⁴⁶ Raz, Joseph, “On the Autonomy of Legal Reasoning”, *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 1-15.

⁴⁷ Y, tal vez, en el mejor de los casos, un subconjunto. Si los abogados deben argumentar a partir del derecho, y si los jueces deben decidir de acuerdo con el derecho, son cuestiones a las que la teoría jurídica kelseniana ni raziana pueden dar respuesta.

⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.

⁴⁹ Paulson, Stanley L., “Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the «Positivist» Theses”, *Law and Philosophy*, núm. 13, 1994, pp. 313-359.

tener una comprensión de la actividad jurídica que incorporara los deberes morales de los participantes en dicha empresa. Y, como Fuller pensaba que era necesario tener una concepción del derecho que siguiera esta comprensión de la actividad jurídica, no es de extrañar que gran parte de este ataque al positivismo jurídico se transformara en un ataque a Kelsen.

V. QUINTA PARTE

Podemos, por lo tanto, volver a la pregunta inicial sobre la invisibilidad contemporánea de Kelsen en Norteamérica. Y, para encauzar dicha interrogante, deberíamos comprender la forma en que la filosofía del derecho es practicada en Norteamérica —principalmente en las facultades de derecho cuyo papel principal es la producción de abogados—. A diferencia de algunas universidades extranjeras, las universidades estadounidenses no tienen facultades o, incluso, departamentos de filosofía del derecho, y es extraña la facultad de derecho estadounidense que tenga más de un filósofo del derecho. Y, aunque existen cuestiones límite sobre quién cuenta o no como filósofo o teórico del derecho, no es sorprendente que Fuller pasara la mayor parte de su carrera como el único filósofo del derecho de su facultad y la mayor parte de su carrera enseñando y escribiendo, tanto sobre el derecho de los contratos como sobre la teoría general del derecho (*jurisprudence*), y enseñando y escribiendo para audiencias de aspirantes o abogados practicantes. En consecuencia, el intento de Fuller por combinar una teoría del derecho con una teoría de lo que los abogados y jueces hacen, y con una teoría normativa de lo que los abogados y jueces deberían hacer, es la función esperada de la teoría jurídica en las instituciones profesionales en las que Fuller residió durante toda su carrera. Y, por lo tanto, cuando Fuller empleó a Kelsen como el arquetipo de una perspectiva que deseaba atacar, quizá estuviera empleando a Kelsen como un abanderado para una concepción de la tarea de la filosofía del derecho y una concepción de la relación entre el derecho y la moral, que era inconsistente con el punto de vista a través del cual, y el papel en el cual, Fuller se encontró a sí mismo. Y, ya que aquel punto de vista y papel aún caracteriza la Facultad de Derecho de Norteamérica, quizá la marginalidad contemporánea de Kelsen en Norteamérica está en función no sólo de sus descartados puntos de vista, a menudo precipitada e injustamente, por una figura tan influyente como Fuller, sino también porque las perspectivas de Kelsen sobre las tareas de la filosofía del derecho encajan de forma realmente incómoda con lo que las facultades de derecho estadounidenses, incluso ahora, se ven a sí mismas haciendo.