

Lon L. Fuller y el canon del pensamiento jurídico estadounidense

Lon. L. Fuller and the Canon of American Legal Thought

Fecha de recepción: junio de 2008

Fecha de aceptación: septiembre de 2008

David Kennedy

Vice-Rector de Relaciones Internacionales de la Universidad de Brown. Director ad interim del Watson Institute for International Studies, catedrático de Derecho y catedrático de Relaciones Internacionales “David and Marianna Fisher” de la Universidad de Brown. Catedrático visitante vitalicio “Manley O. Hudson” y Director del European Law Research Center de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

Palabras claves: pensamiento jurídico estadounidense, metodología jurídica, Harvard, realismo jurídico.

Key words: American legal thought, legal methodology, Harvard, legal realism.

Abstract.: The essay places Lon Fuller among the originators of the post-war style of legal reasoning preoccupied with the balancing of diverse and conflicting purposes and ethical commitments thought to be immanent in legal materials. It does also situate Fuller as an important figure in two narrative lines of the history of American legal thought. In the first, Fuller contributed interesting and important elements to the eclectic toolkit of contemporary legal reasoning, thought to be immanent in legal materials. The second story has more conflict and drama. Fuller was part of a generation of scholars displacing the analytic methods of their predecessors with new thinking – a generation which would be in turn attacked and dismissed, even as many of the argumentative moves he and his colleagues pioneered sank into the background of routine legal consciousness.

Resumen.: Este ensayo sitúa a Lon Fuller entre los pioneros del estilo de razonamiento jurídico de posguerra, preocupado con el equilibrio de diversos propósitos y compromisos éticos en conflicto que se consideran inmanentes en los materiales jurídicos. Enmarca, asimismo, a Lon Fuller como una figura importante en dos líneas narrativas de la historia del pensamiento jurídico estadounidense. En la primera de ellas, Fuller contribuyó con interesantes e importantes aportaciones a la ecléctica caja de herramientas del razonamiento jurídico contemporáneo. La segunda narrativa posee más conflicto y drama. Fuller fue parte de una generación de académicos que desplazó los métodos analíticos de sus predecesores con un nuevo pensamiento. Una generación que sería, posteriormente, atacada y despreciada, a pesar de que muchas de las contribuciones argumentativas que él y sus compañeros introdujeron calaron en el trasfondo de la conciencia jurídica cotidiana.

Este ensayo examina el papel de Lon L. Fuller en la historia del “pensamiento jurídico estadounidense”¹.

Decir pensamiento jurídico no es decir teoría jurídica o filosofía del Derecho. El pensamiento jurídico estudia cómo los profesionales del Derecho piensan, argumentan y persuaden. El pensamiento jurídico es una forma de vida. Se refiere al modo en que los abogados interpretan las normas jurídicas y las decisiones judiciales cuando asesoran a sus clientes, a cómo los jueces razonan sobre los casos, a la manera en que una amplia variedad de profesionales del Derecho - funcionarios, administradores, jueces, legisladores, hombres de negocios, defensores de los derechos humanos et al.- conciben los objetivos programáticos y las implicaciones de las normas jurídicas, y a la forma en que los juristas conciben el funcionamiento del sistema jurídico. Narrar su historia constituye una tarea más específica que la de acometer una más amplia investigación sobre la historia del Derecho estadounidense; ésta conllevaría relacionar la labor de las instituciones jurídicas esta-

dounidenses y de los profesionales del Derecho con el desarrollo político, económico e intelectual de Estados Unidos.

Lon L. Fuller fue un teórico del pensamiento jurídico. Realizo comentarios sobre la historia del Derecho. Pero fue también un innovador en el área de la metodología jurídica. Esa es la veta de su labor que se destaca en este ensayo; una menos referida a los resultados del razonamiento jurídico que a las técnicas que los juristas utilizan para razonar: ¿Se han basado demasiado, o demasiado poco, en la deducción, en el principio, en la “política de programa”? ¿Cómo debemos razonar a partir de reglas generales para lograr resultados específicos? ¿Cómo debemos identificar los principios? ¿Cómo debemos interpretar las demandas de “derechos”? ¿Cómo debemos razonar sobre “política” y propósito?

El pensamiento jurídico es diferente de la Ciencia del Derecho, en ocasiones denominada “Filosofía del Derecho” o “Teoría General del Derecho”; ésta se cuestiona

sobre qué es el Derecho, cómo difiere de la política o la moralidad, cómo pueden y deben ser mantenidas sus exigencias normativas, o cómo el Derecho se relaciona con la justicia y el poder. La Ciencia Jurídica se cuestiona sobre la naturaleza del Derecho; como institución, como forma política o social, incluso como forma de discurso. No se dirige principalmente a describir o reformar los modos de razonamiento jurídico que los profesionales emplean en su trabajo diario. Por supuesto, los debates sobre el pensamiento jurídico, a menudo, afectan a las herramientas de razonamiento empleadas por los abogados y jueces. Cuando una “teoría del Derecho” pasa a convertirse en algo propio del sentido común entre juristas en ejercicio, ello puede afectar a los argumentos que son hallados persuasivos, útiles o profesionales. Pero una excelente teoría jurídica puede ser únicamente una excelente teoría, únicamente puesta a prueba por los estándares académicos y juicios profesionales del área propia de la Ciencia del Derecho.

Panorama doctrinal estadounidense de los años 40

Este ensayo enmarca a Lon Fuller como una figura importante en dos líneas narrativas de la historia del pensamiento jurídico estadounidense. En la primera de ellas, Fuller contribuyó con interesantes e importantes aportaciones a la ecléctica caja de herramientas del razonamiento jurídico contemporáneo. Propuso modos de identificar los propósitos inmanentes en acuerdos jurídicos y de argumentar sobre las funciones desempeñadas por reglas jurídicas particulares. Los estudiantes de Derecho son, aún en la actualidad, adiestrados en estos

argumentos desde los primeros días de la facultad de Derecho. La segunda narrativa posee más conflicto y drama. Fuller fue parte de una generación de académicos que desplazó los métodos analíticos de sus predecesores con un nuevo pensamiento; una generación que sería, posteriormente, atacada y despreciada, a pesar de que muchas de las contribuciones argumentativas que él y sus compañeros introdujeron calaron en el trasfondo de la conciencia jurídica cotidiana. Fuller fue, asimismo, protagonista en la lucha de la post-guerra contra las facetas más críticas del realismo jurídico estadounidense, y parte de una generación que integró el argumento político en el razonamiento jurídico cotidiano. Para Fuller, el razonamiento jurídico es una práctica de interpretación entre dos o más fuerzas opuestas. Fuller transforma la actividad paradigmática del razonamiento jurídico del “distinguir” al “equilibrar”. Durante las dos décadas posteriores a la 2ªGM, estas ideas, y otras parecidas, se vieron consolidadas en lo que ahora puede denominarse el consenso del “Proceso Legal” sobre cómo deben razonar los profesionales del Derecho.

Hacia 1940, la revuelta realista contra la ortodoxia del siglo XIX había tocado a su fin. Los juristas estadounidenses habían perdido la confianza en la deducción como herramienta central del razonamiento jurídico y en la ambición de unificar el Derecho asociando reglas a un pequeño conjunto de conceptos centrales o principios organizativos. Muchos observaban con inquietud esta pérdida de confianza. Ello motivó que algunos realistas dirigieran duras críticas al

“*Establishment*” jurídico, y que éstos, a su vez, fueran denunciados, en muchos ámbitos, como nihilistas que hacían peligrar el imperio de la ley. A pesar de la turbación, las críticas específicas al razonamiento deductivo desarrolladas por Holmes, Hohfeld y los realistas no podían volver a ser metidas en la botella. Ya durante los años 30, los abogados eran rutinariamente formados para localizar errores de deducción, lagunas, conflictos, y ambigüedades en el argumento jurídico. Quedaban cuestiones abiertas sobre qué hacer cuando se evidenciaba una laguna en el razonamiento legal. En el período de entreguerras, muchos juristas, bajo la influencia de la filosofía jurídica realista y sociológica, continuaron defendiendo que el final de la deducción coincidía con el final del Derecho. Uno debía, entonces, transferir el análisis de la cuestión, ya fuera a los economistas o a la legislatura. Otros juzgaban las lagunas y conflictos en los materiales legales como oportunidades para la creatividad en su seno; así, jueces y juristas podrían atender a las realidades sociales y económicas; y un pensamiento pragmático y funcional sobre los propósitos de las reglas legales y las instituciones podría ser desarrollado.

Mientras los juristas hicieron uso de argumentos específicos desarrollados para desestabilizar la confianza en el pensamiento jurídico clásico, prevaleció la visión referida. Las lagunas deductivas requerían de creatividad jurídica. El razonamiento jurídico cotidiano precisaría de nuevos instrumentos; herramientas para razonar sobre lo que vino a denominarse “policy”, un holgado paraguas que permitía tratar

de las condiciones sociales, los propósitos funcionales, los amplios objetivos sociales y los compromisos éticos. Aunque la “policy” concebida en este sentido amplio, llegó a ser percibida como una parte inevitable del Derecho estadounidense, no existía ningún repertorio común, o bien desarrollado, de técnicas para hacer de la atención a las funciones o a los propósitos políticos, sociales y económicos una parte cotidiana del razonamiento jurídico.

La doctrina jurídica más significativa de los años 40 y 50 intentó desarrollar nuevas herramientas intelectuales para razonar sobre la “policy”. Lo hacía contra el trasfondo de un transformado clima intelectual en el conjunto del país. El pesimismo intelectual respecto del sistema económico estadounidense, que había marcado a los intelectuales desde la era del Progreso y durante la Depresión, dio paso, en la Segunda Guerra Mundial, a un mayor optimismo en torno al mercado estadounidense y al sistema de producción industrial. El *New Deal* y las experiencias de la guerra habían, asimismo, contribuido a mejorar la reputación de la acción de gobierno. La clase intelectual tenía una gran confianza en el orden económico mixto público/privado que surgió de la guerra.

A pesar de todo su escepticismo sobre el razonamiento legal y la atención a sus conflictos internos y ambigüedades, los realistas habían seguido mostrándose optimistas respecto de la capacidad de las ciencias sociales, especialmente de la economía, la sociología y la psicología, de proporcionar respuestas a cuestiones de “política” cuan-

do enmudecían los materiales jurídicos. Hacía el final de la guerra, este optimismo había sido reemplazado por una intensa conciencia del conflicto metodológico y el pluralismo de valores en el seno del *Establishment* intelectual estadounidense. De repente, el término “relativismo” se hallaba en todas partes, desde la Antropología a la Física. La alianza realista entre escepticismo legal y fe científica comenzaba, asimismo, a aparecer éticamente problemática. Los intelectuales estadounidenses compartían la impresión de que los regímenes nazi y soviético habían representado un nuevo e intrínsecamente moderno, tipo de horror facilitado, al parecer, por una ley politizada, instrumental y amoral. Esta nueva preocupación parecía relacionada, aunque oscuramente, con las actitudes de los realistas: su pesimismo con respecto a la economía capitalista estadounidense, su fe en la ciencia y su entusiasta aceptación del conflicto y del escepticismo en discusiones relativas al Derecho y al razonamiento jurídico.

El artículo de Lon L. Fuller en 1941 “Consideration and Form” marca el giro hacia la rutinización – y la des-radicalización – del Realismo Jurídico, hilvanándolo a una nueva corriente central de pensamiento jurídico. El artículo señala el fin de la preocupación metodológica de atacar la conciencia jurídica “clásica” dominante del final del siglo XIX, creando un vínculo entre los métodos formalistas (exhaustivos) de pensamiento y el *laissez-faire* (políticamente retrógrado) del individualismo y el voluntarismo. En cierto sentido, esta batalla había sido ganada. Las inadecuaciones del razonamiento jurídico deductivo se halla-

ban claramente identificadas, al igual que la concepción más social y solidaria de la vida económica estadounidense propia del *New Deal* había sido aceptada por el *Establishment* jurídico. Al unísono, sin embargo, se produce un retorno del formalismo jurídico. El artículo de Fuller rehabilita la forma jurídica, aunque no, en tanto que antítesis del análisis político, sino como instrumento a disposición de los decisores jurídicos. Al hacerlo, desarrolla un método de razonamiento, que alcanza incluso a las normas jurídicas más formales en términos de “policy”. Este método habrían de ocupar una posición dominante en el pensamiento jurídico estadounidense tras la Segunda Guerra Mundial.

La escuela de Harvard

Lon L. Fuller, nació en 1902 en Hereford (Tejas); creció en una familia de clase media en Imperial Valley, California. Su padre fue un empleado de banco que ascendió hasta llegar a ser Presidente del Banco Nacional *El Centro*. Fuller se licenció en Economía por la universidad de Stanford en 1924, obteniendo el título de *iuris* doctor en 1926, para iniciar, de inmediato, su carrera académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oregón. Se trasladó a la Universidad de Illinois en 1928, y a la Universidad de Duke en 1931. Tras un año como investigador visitante en Harvard en 1939-40, se unió a la Facultad donde enseñaría hasta su muerte en 1978.

Antes de llegar a Harvard, Fuller escribió extensamente sobre Derecho de los contratos, y había reflexionado críticamente sobre los argumentos del realismo jurídico sobre

la certeza jurídica. Aunque Fuller rechazaba lo que, a su juicio, constituían las extremas pretensiones y efectos potenciales del realismo, asimiló la crítica realista de la deducción y conceptualismo jurídicos en el núcleo de la doctrina contractual. La relevancia contemporánea de Fuller surge de sus escritos doctrinales previos a la 2ªGM; “Consideration and Form” es el último de los ensayos de esa serie. Fue en este ensayo dónde formuló una metodología jurídica para gestionar la transición del realismo jurídico a la corriente central del pensamiento jurídico estadounidense mediante el desarrollo de una, sorprendentemente imperecedera, sensibilidad y aproximación moderadas a la “política” jurídica.

La Facultad de Derecho de Harvard a la que Fuller se trasladó se hallaba, asimismo, en una fase de transición, estableciéndose como la sede de lo que, en la siguiente década, devendría un nuevo consenso en torno a la corriente central. La Facultad de Derecho de Harvard llevaba largo tiempo resistiéndose a un pensamiento más formalista sobre el Derecho; hogar de la tradición de Christopher Langdell, Samuel Williston y Joseph Beale. Durante los años 20 y 30, esta tradición empezó a suavizarse. Roscoe Pound, decano desde 1916, promovió una aproximación “sociológica” al Derecho. James Landis y Felix Frankfurter desplazaron el foco intelectual de la Facultad desde el Derecho privado común al campo, en expansión, del Derecho público, la legislación federal, el Derecho administrativo y la regulación. Pero la atmósfera intelectual se mantenía hostil al realismo; al menos, a lo que aparecía como el realismo jurídico

radical asociado de forma más destacada con académicos de las Facultades de Columbia y Yale. Pound había sido un prominente crítico del realismo jurídico durante los años 30, y con Frankfurter, había hecho de Harvard un emblema de la resistencia al mismo. El resultado fue el de una cierta ambivalencia institucional. El profesorado de Harvard que contrató a Fuller abrazaba el pensamiento sociológico y reconocía la importancia de la “policy”, pero no parecía estar seguro de qué hacer con ello. Fuller parecía poseer la clave.

En 1934, Fuller había escrito un artículo criticando el realismo legal de Karl Llewellyn y Underhill Moore, afrontando, en particular, la respuesta de Llewellyn a las previas críticas de Pound a los realistas. Fuller aceptaba que un cierto grado de escepticismo sobre las normas jurídicas era algo sensato, y veía los varios tipos de certidumbre jurídica como inalcanzables. No obstante, prevenía contra “llevar la cruzada contra el conceptualismo demasiado lejos”². Fuller clamó contra la “sicología del comportamiento”, la “filosofía ética del comportamiento”, y el pensamiento “positivista” que veía en los escritos realistas. En un giro que recordaba a Dewey, Fuller mantuvo que los conceptos jurídicos, establecidos por legisladores y jueces, podrían dar lugar a situaciones no contempladas por aquellos que las definieron y adoptaron; lo que se explica si pensamos sobre el concepto, no como “un continente” o “cosa”, sino como una actividad de la mente que concibe”³.

Para Fuller, los realistas habían sobre-enfatizado la sociedad, y habían infra-enfati-

zado el derecho; precisamente del mismo modo que sus oponentes conceptualistas habían sido “demasiado propensos a pensar sobre la sociedad como sólo barro en las tierras del “Derecho”⁴. Fuller mantenía que “la mayoría de los miembros de la doctrina no adscritos a una forma particular de pensamiento filosófico” piensan sobre el Derecho como algo activo sobre una sociedad inerte; pero constituye una “visión igualmente extrema” pensar que la “sociedad es el principio activo y que “el Derecho constituye simplemente una función de este principio”⁵. La visión correcta “intermedia” - que él atribuye, entre otros, a Cohen y Pound- es que la Derecho y la sociedad son “categorías polares”:

Aunque necesitamos oponer una categoría a la otra, debemos reconocer que se implican mutuamente. Si negamos una de las dos, la otra pierde sentido. Podemos representar el Derecho y la Sociedad como los dos filos de un par de tijeras. Si sólo vemos un lado, podemos concluir que es el que hace todo el corte...evitamos todas estas dificultades por el mero expediente de reconocer que ambos lados cortan, y que ninguno puede cortar sin el otro.⁶

Esta posición “intermedia” se convirtió en lección aceptada tras la guerra - incluso, la metáfora del “par de tijeras” continuó siendo enseñada en la Facultad de Derecho de Harvard como muestra de perspicaz sabiduría hasta los años 70. Los límites al razonamiento deductivo y el conceptualismo jurídico fueron bien aceptados, pero la visión de “cruzada” asociada con el realismo jurídico había resultado temperada. Los

puntos de vista que habían polarizado el pensamiento jurídico antes de la guerra ya no lo hacían; habían sido degradados a la categoría de simples posiciones, extremos entre los cuales hallar el punto medio de sabiduría.

El ataque de Fuller al “extremismo” del realismo jurídico en 1934 llamó la atención del decano Pound quien denominó a Fuller “el futuro de la teoría jurídica en este país”⁷. Pound escribió cartas de introducción para Fuller a numerosos académicos europeos cuando éste viajó a Europa en 1938, y le invitó a visitar Harvard a su regreso. Cuando llegó a Harvard, Fuller parecía disfrutar en su posición intermedia. Aunque crítico de los excesos realistas, Fuller permaneció cercano a sus colegas de Duke (incluyendo a su buen amigo, David Cavers) quienes se hallaban más identificados con el realismo. Se estiló a sí mismo como un compañero de viaje de todos ellos, excepto respecto de lo que consideraba como los elementos más extremos de la revolución realista. En 1939, escribió una reseña muy crítica del Tratado sobre Contratos de Williston, y, en su lugar, decidió emplear el manual de inspiración realista de Corbin en sus clases de Harvard, y aún le hizo feliz y le sorprendió cuando Williston le dio, no obstante, una cálida bienvenida a Cambridge⁸. Fuller describió con exuberancia su papel como escéptico interno en Harvard en una carta de 1940 a su antiguo colega de Duke C. Lowndes: “Nunca he enseñado en ningún centro dónde me sintiese más libre de temor de llevar a los estudiantes demasiado lejos en la senda del realismo y el nihilismo jurídico. No hay demasiado en el otro lado de

la balanza aquí, y puedo lanzar mis propios pequeños ataques hacia mi lado y escucharles tintinear con alegría no adulterada”⁹.

“Forma y consideración” y el giro hacia la des-radicalización del Realismo

A pesar de toda la ambivalencia de Fuller, incluso simpatía, por la atención del realismo jurídico a la realidad social y a los fines, el primer libro sobre teoría jurídica de Fuller, *The Law in Quest of Itself*, publicado en 1941, -escrito en proximidad de diálogo con David Cavers y Henry Hart-, fue recibido como una polémica contra el realismo, en parte debido a que enfatizaba la necesidad de una fuerte sensibilidad moral en el razonamiento jurídico. Los realistas habían enfatizado su compromiso con la solidaridad social en el lenguaje de los hechos: deducciones sociales científicas realizadas a partir de las necesidades y la naturaleza de una sociedad progresivamente más interdependiente. Fuller insistió en la inseparabilidad del “deber ser” moral y del “ser” normativo. La ley no era, simplemente, una predicción del comportamiento judicial en el sentido de Holmes. La deducción de los hechos sociales no era más satisfactoria que la deducción, propia del siglo XIX, de conceptos legales, o exégesis positivista de un texto legislativo. El Derecho era más bien una compleja amalgama de las normas que “son” y de las normas que “deben ser”. El razonamiento sobre el Derecho debe asistir al deber moral. El libro fue extremadamente bien recibido - y criticado - como antídoto frente al pensamiento instrumental del Derecho, al mismo tiempo que como defensa de la conciencia anti-conceptual y

anti-formal de los límites de la deducción, y un resumen de la importancia de los valores sociales y de los procesos normativos consuetudinarios.

En su doctrina sobre contratos anterior a la Guerra, Fuller tradujo su visión en detallados análisis doctrinales. En “Consideration and Form”, Fuller analiza el doctrina de la “consideración”: la regla jurídica de los contratos de que sólo las promesas acompañadas por un detrimento jurídico a lo prometido, negociado a cambio de la promesa, son jurídicamente ejecutables. La “doctrina de la consideración” fue ampliamente entendida como la quintaesencia de la forma jurídica: el detrimento jurídico a la promesa podía ser, únicamente, formal. Puedes venderme tu casa por un grano de pimienta; pero tu promesa de darme la casa no puede ser ejecutada en ausencia del grano de pimienta.

Desde la perspectiva del realismo, sería fácil ver la doctrina de la “consideración” como un vestigio histórico del más formalista siglo XIX que resultaría abolible -junto a otras formas de acción- conforme el Derecho se moderniza. Al mismo tiempo, la “consideración” parecía una expresión perfecta de la “teoría de la voluntad” del contrato del siglo XIX, deducible del compromiso voluntarista con el principio de que los contratos deben expresar la autonomía de las partes y quedar enraizados en el consentimiento. Para los realistas, hubiera sido fácil desenmarañar la cadena deductiva de la autonomía de las partes, aunque sólo fuese porque la “doctrina de la consideración” se había transformado en un complejo revolti-

jo de reglas específicas cuyo resultado, tal y cómo era aplicado, devenía precisamente lo que las partes no habían, de hecho, pretendido.

A la hora de defender la “doctrina de la consideración”, Fuller no defiende la teoría de la voluntad. Tampoco mantiene que la teoría de la voluntad deba ser dejada de lado como conjunto incoherente o flexible ante más poderosas necesidades sociales. Simplemente no le preocupa defender - o refutar - el esfuerzo de identificar conceptos amplios como “voluntad” o “autonomía” a partir de los cuales las reglas pueden ser deducidas. Nunca pregunta, por ejemplo, si la consideración podría ser parte de lo que “significa” tener “una negociación a cambio”, o de lo que es requerido por un sistema voluntarista de libertad contractual. Tampoco defiende - o castiga - el pedigrí de la doctrina del Derecho común. El hecho de que la “doctrina de la consideración” haya quedado bien establecida como parte del Derecho común de los contratos parece irrelevante a la hora de entender su significación. El historicismo y el conceptualismo del siglo XIX son simplemente irrelevantes; pero, no por ello, deben las formas jurídicas ser abolidas. En cambio, Fuller sostiene que la “consideración” tiene sentido en la medida en que expresa una u otra de las series de “políticas” formales y sustantivas subyacentes.

Para poder realizar esta valoración en casos particulares, Fuller desarrolla una lista de “políticas” formales y sustantivas que contempla como los propósitos y justificación de todas las doctrinas legales sobre

contratos, incluida la “consideración”. Para determinar si cualquier detalle particular en el elaborado edificio de la “doctrina de la consideración” merece ser eliminado o retenido, uno debe investigar si, en conjunto, los detalles doctrinales desarrollan o impiden una u otra combinación de estas políticas. Las políticas que señala Fuller son, en sí mismas, significativas, y se convierten en piedras de toque para entender las funciones sociales del Derecho de los Contratos de forma más general en los siguientes años.

De modo más significativo, sin embargo, Fuller inaugura un nuevo método de razonamiento legal; un modo de entender lo que podría significar decir, tras el realismo, que la “política” debe hallarse en el centro del análisis jurídico. Fuller identifica no una, sino una lista de políticas relacionadas, inmanentes en el Derecho común, antes que expresadas en estatutos importados de disciplinas afines sobre economía, psicología, sociología o filosofía. Y propone que cada doctrina, en cada una de sus aplicaciones, representará una amalgama *ad hoc* de políticas diferentes -incluso conflictivas- cuya particular significación y dirección netas puedan ser, únicamente, valoradas sobre la base del caso a caso, doctrina a doctrina.

Esta aproximación al análisis de la política fue innovador en muchos aspectos. Juristas anteriores han tendido a tratar la “política” como una carta ganadora, o el modo de completar una excepcional laguna. Normalmente, los juristas podrían proceder por referencia al precedente y el trazado de las implicaciones de conceptos

amplios como la “voluntad” o el “consentimiento”. La política podría ser únicamente necesaria en casos excepcionales, dónde el precedente hubiese sido poco claro o eliminado, o dónde los intereses sociales eran abrumadores; allí dónde una injusticia ultrajante podría producirse. Los juristas podrían estar en desacuerdo sobre cuántas lagunas había, o sobre cuán a menudo las necesidades sociales debían preponderar sobre las reglas existentes pero, en conjunto, compartían este marco “regla- excepción” de comprensión. Para Fuller, esta aproximación malinterpretaba la significación de las políticas jurídicas.

Aunque Fuller había criticado a Williston por fracasar en su investigación de las bases subyacentes a la responsabilidad contractual en lo que se refiere a los “intereses sociales que sirven”, también criticó a los realistas legales por tratar las necesidades sociales y los intereses como “*externos a*” y “*determinativos de*” la doctrina jurídica. Para Fuller, la política no era algo que penetrase bruscamente como un límite al ámbito de las reglas de Derecho privado, justificando las excepciones, o proporcionando una fuente alternativa de autoridad judicial en aquellos casos en los que las reglas se hallaban en conflicto, o parecían tener lagunas. Las políticas no provenían de un universo alternativo; eran consustanciales al Derecho, a las reglas, tanto como a las excepciones. Además las políticas no eran del todo claras; el Derecho de los contratos había cumplido diversas funciones que, a menudo, se hallaban en conflicto. Con demasiada frecuencia - sostenía Fuller - los realistas habían actuado como si, una vez

en el ámbito de la política, resultase claro qué hacer; como si las necesidades sociales hablasen con una sola voz. Para Fuller, tratar los “hechos” de una vida social interdependiente, o las “necesidades” y “funciones” de una moderna economía como requirentes de reglas particulares o decisiones judiciales - deduciendo un “deber” de un “es”- no resulta más satisfactorio que deducir doctrinas del precedente o de la “teoría de la voluntad”. Por el contrario - mantiene Fuller- el análisis de la política requiere un razonamiento sutil sobre el peso apropiado que debía darse a las diversas políticas en casos particulares, y a la hora de interpretar reglas particulares.

El argumento doctrinal más famoso en “Consideración y forma” fue el de la insistencia de Fuller en que una aproximación objetiva para medir el consentimiento de una parte contratante resulta completamente compatible con el “principio de la autonomía privada”. En el pensamiento jurídico clásico, la teoría voluntarista de “la voluntad del contrato” había lógicamente parecido requerir medidas de consentimiento subjetivo - “una concordancia de las mentes” - para el reforzamiento de los contratos. Una aproximación “objetiva” al consentimiento contractual parecía una salida radical a la teoría de la voluntad, imponiendo una responsabilidad contractual donde las partes no lo habían “querido”. En la época en que Fuller escribía, esta aproximación había sido ampliamente criticada, tanto por su incoherencia lógica, como por el distanciamiento que suponía de las necesidades de un mercado relacional y socialmente interdependiente. Fuller

compartía el ya común rechazo de la idea de que la teoría de la voluntad requiere una aproximación subjetiva.

Por el contrario, Fuller reemplaza la “teoría de la voluntad”, que aspiraba a ser una teoría completa de todo el contrato, con el principio más modesto o político de la “autonomía privada”. Fuller admite que este principio puede, en ocasiones, verse minado por un examen objetivo de la voluntad de una parte, pero que, en otras, puede verse promovido por una aproximación objetiva, que puede ofrecer un método de confianza para que sea conocida la intención de cada uno. Además, el principio de autonomía privada no es sino una de las varias políticas que pueden afectar a la decisión de adoptar una aproximación objetiva. El Derecho de los contratos sirve como una mezcla de políticas sustantivas y formales. Puede, en ocasiones, darse el caso de que el equilibrio de estas políticas pueda simplemente verse desarbolado por la necesidad social. Los intereses sociales que establecieron los contratos se hallan representados por otras políticas inmanentes en el Derecho de los contratos, que deben ser valoradas, equilibradas, y hechas compatibles con la autonomía privada.

El resultado no es una nueva teoría de la “doctrina de la consideración”, ni siquiera del Derecho de los contratos, o de la importancia más genérica de la “forma” sino un modo de pensar sobre la infinita serie de elecciones doctrinales particulares que, en cada ocasión, establecen un régimen de Derecho contractual. Como una aproximación objetiva, de forma más general, al

contrato, la doctrina de la consideración” puede desarbolarse la intención subjetiva de una parte, liberando a las personas de pretendidos negocios en los que la consideración – el grano de pimienta- se considera presente, incluso dónde no se había supuesto que sería lo que sucediese. Pero el resultado no es una batalla entre la “teoría de la voluntad” y la “necesidad social”. En realidad, Fuller presenta la consideración como servidor potencial de una amalgama de varias políticas y, de forma más destacada, de lo que denomina las políticas formales que promueven la atención a la hora de contratar, proporcionando pruebas de la transacción y canalizando el comportamiento privado. En casos específicos, un juez necesitará contrapesar estas políticas formales de forma cuidadosa, equilibrándolas no sólo una frente a otra, sino también con relación a varios principios sustantivos - respetando la autonomía privada, protegiendo la confianza y evitando el enriquecimiento injusto – consustanciales al Derecho de contratos en su conjunto. No resultará claro, por adelantado, qué políticas, y no digamos qué tipos de políticas, prevalecerán.

A la hora de reemplazar *teorías* del contrato de gran escala, ya enraizadas en la voluntad o en las necesidades sociales, por un modo de razonamiento sobre la aplicabilidad de las varias políticas en casos particulares, Fuller ilustra los temas que se hacen comunes, de forma más general, en el pensamiento jurídico estadounidense de posguerra. Las políticas formales particulares que él elabora - proporcionando prueba de los acuerdos entre las partes, asegurando

que se detengan a deliberar, y ofreciendo un canal para que las partes organicen su comportamiento- se centran en las funciones comunicativas del Derecho, y configuran a la ley como facilitadora, antes que reguladora, del orden social privado. En un pasaje que permanece frustrantemente ambivalente en su alcance, Fuller hace hincapié en la importancia de investigar si el orden privado es, en sí mismo, suficiente antes de determinar lo que la ley podría añadir, puesto que “allí dónde la vida se ha organizado efectivamente a sí misma, no hay necesidad de que la ley intervenga”. El término “efectivamente” juega un gran papel en esa frase; ¿debemos juzgar la efectividad de la organización social por sus logros o por sus formas?. No obstante, es evidente que Fuller tampoco ofrece una teoría de reglas que faciliten la contratación efectiva, en el estilo de posteriores académicos de la corriente Economía y Derecho, ni insiste en la necesidad de adoptar decisiones políticas sobre la justicia distributiva, en el estilo de académicos progresistas posteriores, ni de realistas anteriores en la tradición de Robert Hale. Lo que tenía en mente era un vago conjunto de observaciones sociológicas sobre cómo opera la vida comercial, y sobre las circunstancias adicionales en las que el poder de negociación o la sofisticación de la parte pueden requerir un extra de “reconducción” o “prudencia” del régimen doctrinal. Su ejemplo paradigmático de una situación en la que la vida social fracasa a la hora de “canalizar” a las partes de forma efectiva son “las negociaciones entre un vendedor de libros a domicilio y el ama de casa” (p.806).

Fuller era optimista respecto de que el razonamiento sobre políticas del modo ilustrado en “Consideración y forma” resolvería problemas de interpretación que parecían presentar una oposición intratable entre las viejas teorías sobre contratos y las nuevas realidades sociales y económicas. Cerraba el artículo con estas palabras:

“Lo que debe abolirse no es la “doctrina de la consideración” sino una concepción del método jurídica que asuma que la doctrina puede ser entendida y aplicada sin referencia a los fines que sirve. Cuando hayamos vuelto a definir la consideración en términos de sus políticas subyacentes, el problema de adaptarla a las nuevas condiciones se resolverá por sí mismo.”¹⁰

Tal y como la experiencia judicial subsiguiente y la doctrina legal revelarían, las dificultades a la hora de proseguir la senda iniciada por el tipo de análisis político sugerido en “Consideration and Form” fueron legión. Proliferaron políticas, pero su ámbito permaneció vago, “pesar y equilibrar” son pobres metáforas para resolver conflictos entre compromisos con consecuencias distributivas significativas, una serie de intereses significativos y puntos de vista parecían ser consistentemente excluidos del análisis, la analítica aparecía siempre circular, conclusiva o vaga. Pero estos problemas se reservaban para el futuro. En 1941, Fuller confiaba en que, una vez se reconociese la falta de utilidad de la búsqueda de una teoría, y se empezasen a investigar de forma sistemática los detalles del propósito social, interés y política, las

dificultades sociales se hallarían en buenas manos.

En abril de 1942, conforme la Facultad de Derecho de Harvard reducía sus operaciones durante la duración de la Segunda Guerra Mundial, Fuller dejó la enseñanza a tiempo completo para unirse al bufete de Boston Ropes and Gray. Retornó a la enseñanza a tiempo completo en 1945, pero los años de ejercicio durante la guerra -y el traslado a Harvard- marcaron una aguda ruptura en el trabajo de Fuller. Tras la guerra, la atención de Fuller pasó del Derecho de los contratos a la filosofía jurídica. El eclecticismo jurisprudencial y la moderación se hallaban en alza, y Fuller iba adquiriendo renombre por su oposición al positivismo, al formalismo del pensamiento jurídico estadounidense del siglo XIX, y al instrumentalismo que asociaba con el Realismo jurídico. Estaba comenzando a verse asociado con las palabras “propósito”, “valor”, “moralidad” y, a ser visto como una de las principales voces de la moderación filosófica.

El pensamiento de Lon L. Fuller tras la II Guerra Mundial

Fuller fue una pieza clave en el Harvard de los años de la post-guerra; ostentó una serie de posiciones administrativas que incluían la dirección del programa de post-grado y la supervisión de la renovación del currículo de Harvard con objeto de hacer hincapié en la planificación, la atención a los hechos, y al arbitraje, que se añadían a la tradicional atención dispensada a la litigación y al juicio en apelación. Fuller fue director del Comité sobre Educación Legal en Harvard entre 1944 a 1947, y asesoró

la modernización curricular que extendió la oferta lectiva electiva tras el primer año, situó la teoría jurídica de forma más explícita en el primer año y, en general, buscó desplazar el eje central desde el estudio de la construcción técnica de apelaciones a la asesoría jurídica, la planificación y a los esfuerzos por evitar la litigación. Escribió y enseñó sobre la enseñanza del Derecho. En 1946, Fuller describió su “concepción de las tareas del abogado” con una parábola indicativa de sus simpatías políticas centristas y de su fe en el compromiso social que intentó institucionalizar revisando del currículo de Harvard:

En el área de las relaciones laborales, existe, a menudo, lo que aparenta ser un conflicto irreconciliable entre dos intereses: el interés de la gestión en la eficacia industrial (que es, también, un interés en la sociedad), y el interés del trabajador en la dignidad humana y el derecho a no ser objeto de abuso (interés que, asimismo, coincide con el de la sociedad)...con paciencia, con perspicacia, con duro trabajo intelectual, uno descubrirá que existe un acuerdo que evitará el...conflicto...o lo reducirá a proposiciones mínimas, sin romper el círculo. El trabajador puede ser protegido contra las indignidades en maneras que no reducen en demasía la eficiencia industrial; existen modos de promover la eficiencia industrial que no implican abusar del trabajador. Este es el tipo de tarea en la que el abogado, apropiadamente entrenado, destaca. Él es quien posee la distancia que constituye el principal útil para la tarea. Con ello combina las igualmente indispensables imaginación y capacidad para analizar los factores en la

situación. Los abogados que representan, tanto al sector empresarial, como al laboral, han realizado importantes contribuciones en esta sede¹¹.

Demócrata de larga data -y entusiasta desde sus inicios del giro de Roosevelt hacia el intervencionismo en Europa- Fuller había ido haciéndose progresivamente más escéptico respecto de las intervenciones regulatorias y administrativas del *New Deal*, así como un defensor de la ordenación privada. Abandonaría finalmente las filas demócratas para convertirse en un activo de la campaña a la presidencia de Richard Nixon en 1960, quizás inspirado por el hecho de que Nixon había sido su estudiante en Duke. Tras la derrota de Nixon, se mantuvo cada vez más alejado de la política nacional.

Tras la guerra, salvo una breve reacción al libro de 1952 de Robert Hale *Freedom Through Law*, Fuller se centró en debatir con los filósofos del Derecho a quienes consideraba indebidos positivistas, instrumentalistas o, de otro modo, insensibles a los fines éticos del Derecho. Encontró sus oponentes más significativos en el extranjero, en Gran Bretaña, de forma más célebre en un debate que duró una década con H.L.A. Hart. Fuller continuó siendo un proponente entusiasta del “propósito” y el “valor” en la creación del Derecho y la interpretación, y se encrepó en una serie de polémicos intercambios con H.L.A. Hart, y otros sobre la materia, y sobre los límites del positivismo durante los años 50 y 60. A finales de los años 50, la resistencia de Fuller a todo lo que asociase con el positivismo, las ciencias del comportamiento y el

instrumentalismo, así como su insistencia en el contenido moral del Derecho, lo situaron a la defensiva. Su posición fue progresivamente más honorada debido a su sentido del propósito y de la virtud moral que por su capacidad persuasiva o significación doctrinal. No obstante, Fuller se hizo célebre como un defensor del Derecho, en tanto que labor de propósito y ética, y como un proponente secular de un tipo de Derecho natural, enraizado en la forma social y la costumbre.

Durante el período de post-guerra, Fuller continuó comprometido con el arbitraje y la práctica privada. Permaneció cercano a Henry Hart, y colaboró en el trabajo de Hart y Al Sack sobre el proceso legal. Su contribución independiente más significativa al pensamiento sobre el proceso legal fue un ensayo que circuló ampliamente en forma de borrador entre sus estudiantes, y que fue publicado póstumamente bajo el título “The Forms and Limits of Adjudication”. En él, desarrollaba argumentos sobre la competencia de las instituciones en el sistema jurídico -especialmente los tribunales- que se situaban en paralelo a aquellos que desarrolló para varias doctrinas en la legislación contractual. Las instituciones judiciales servían un amplio marco de propósitos legales y “la característica que distingue el juicio reside en el hecho de que confiere a la parte afectada una forma peculiar de participación en la decisión, la de presentar pruebas y argumentos razonables en pro de una decisión a su favor.”¹² Ofreció su propia articulación de la concepción de Hart y Sacks sobre “elaboración razonada”: “el juicio es...un instrumento que

proporciona expresión formal e institucional a la influencia del argumento razonado en asuntos humanos. Como tal, asume una prueba de racionalidad no compuesta por ninguna otra forma de ordenamiento social. Una decisión, que es el producto de un razonamiento ordenado debe, asimismo, prepararse para afrontar el examen de la razón”.¹³ Los tribunales, en otras palabras, se hallan especialmente bien preparados para realizar el tipo de análisis equilibrado de la política y del propósito que él había promovido para interpretar doctrinas como la consideración.

Las experiencias de Fuller en Ropes & Gray - negociando acuerdos colectivos, presentando sus argumentos ante el Tribunal de Trabajo de Guerra, y participando en arbitrajes laborales - así como su trabajo como arbitro a lo largo de su carrera académica posterior fortaleció su interés en las normas jurídicas que surgían de las relaciones sociales y de los negocios, y en el papel del abogado a la hora de planificar, contratar, mediar y arbitrar antes que litigar y legislar. Continuó siendo un entusiasta del mercado como mecanismo social de organización y de los procesos de ordenación privada y de las normas que emergían de las prácticas consuetudinarias y de sus interacciones. Fuller regresó repetidamente a la significación de estas normas sociales e instituciones, y promovió el estudio de los límites del ordenamiento social cuando a la hora de reflexionar sobre los procesos legales. Acuñó el término “eunómica” - nunca académicamente retomado- para referirse a la “ciencia de la ordenación social”. En los años 60 y 70, Fuller impartió seminarios

especializados avanzados sobre el Derecho y cambio social en Africa y sociología del derecho, y se interesó, cada vez más, por la relación entre Antropología y Derecho.

La más conocida de las contribuciones al pensamiento jurídico de Fuller en los años 50 y 60 fue “The Case for Speluncean Explorers”, una serie de opiniones imaginarias de jueces en un caso ficticio que ilustra la influencia de diferentes teorías del Derecho sobre los estilos de decisión judicial. Comparar los resultados de varios estilos permitía al lector apreciar las virtudes de la atención, el propósito y la intención, antes que la exégesis textual. En el momento de su publicación, el artículo reflejaba un amplio consenso entre juristas; hacía tiempo que principio, propósito y política habían remplazado a la deducción. Aunque la presentación empática de una serie de estilos judiciales parecía reflejar la propia mente admirablemente ecléctica de Fuller, la serie de posiciones parecería pronto estrecha y el propio razonamiento de Fuller sobre el propósito y la política confuso y no persuasivo debido a la irrupción de nuevas escuelas de pensamiento influidas por la economía, la sociología, la literatura y la teoría social.

**Traducción de
Ignacio de la Rasilla del Moral.**

¹ Nota del traductor: este ensayo constituye una edición revisada con una introducción inédita preparada por el autor para *Revista Internacional de Pensamiento Político* del capítulo “Lon L.Fuller” que inaugura Part II “A new World Order: The Legal Process, Policy, and Principle: 1940-1960” en la obra: David Kennedy & William W. Fisher III (Eds). *The Canon of American Legal Thought* , Princeton University Press, 2006, pp. 925. El lector interesado encontrará al final del texto original de la obra (págs. 218-220) una bibliografía comentada de Lon L. Fuller, así como una lista de los principales comentarios y análisis realizados sobre su obra científica. En la versión original, el texto original del autor precede al artículo de Lon. L.Fuller “Consideration and Form” 41 *Columbia Law Review* 799 (1941).

² Lon L. Fuller, “American Legal Realism,” 82 *University of Pennsylvania Law Review* 429 (1934), p.443

³ Ibid., p.447.

⁴ Ibid., p.451

⁵ Ibid., p.451-52

⁶ Ibid., p.452

⁷ Citado en Robert S. Summers, Lon L. Fuller (Stanford: Stanford University Press, 1984), at 5, from Harvard Law School Library, Lon L. Fuller Papers, R. Pound to Fuller, Jan. 10, 1938.

⁸ Id. At 5

⁹ Citado en Summers, Lon L. Fuller, at 6, proveniente de Lon L. Fuller Papers, Biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard, carta a C.Laundes, abril 15, 1940.

¹⁰ Fuller, “Consideration and Form,” p.824.

¹¹ Lon Fuller, “Objectives of Legal Education, Remarks before the Yale Law School Forum on Legal Education, December 4, 1946, “ 2 The

Record of the Association of the Bar of the City of New York 120 (1947), at 121-2.

¹² Lon L. Fuller, “The Form and Limits of Adjudication,” 92 *Harvard Law Review*, 353, 364 (1978)

¹³ Id. At 366-7