



# El compromiso con lo normativo en la obra de J. J. Moreso: un zorro que quiso ser erizo

Normativity Commitment in J. J.  
Moreso's Work. A Fox That Wanted to  
Be a Hedgehog

O compromisso com o normativo na  
obra de J. J. Moreso: uma raposa que  
queria ser um ouriço

Leonardo García Jaramillo\*

\* <https://orcid.org/0000-0002-8721-2342>. Universidad EAFIT, Escuela de Finanzas, Economía y Gobierno - Área de Políticas y Desarrollo, Colombia. [lgarciaj@eafit.edu.co](mailto:lgarciaj@eafit.edu.co)

Recibido: 10/01/2023. Envío a pares: 18/01/2023  
Aprobado por pares: 23/05/2023. Aceptado: 24/06/2023

DOI: [10.5294/dika.2023.32.1.20](https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.20)

**Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo**  
García Jaramillo, Leonardo, "El compromiso con lo normativo en la obra de J. J. Moreso: un zorro que quiso ser erizo", en *Dikaion* 32, 1 (2023), e32120.  
DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.20>

## Resumen

Josep Joan Moreso es uno de los académicos más influyentes dentro del canon iusfilosófico y constitucional contemporáneo de habla hispana. Su último libro, *Lo normativo: variedades y variaciones*, si bien reúne trabajos publicados durante poco más del último lustro, antologiza su obra de madurez: permite mapear los aspectos esenciales de su pensamiento y, así, reconstruir la evolución y la consolidación de sus preocupaciones teóricas persistentes. A partir de este libro, y en retrospectiva, este artículo de revisión analiza algunas de las principales ideas que ha venido defendiendo y explora su extensión hacia otros problemas. Su obra ha enfrentado de forma creciente cuestiones que no pertenecen exclusivamente a la teoría normativa ideal, sino también a las teorías “no ideales” relacionadas, sobre todo, con la fundamentación del control judicial de constitucionalidad enfocado en su implementación en Estados “no bien ordenados” como los latinoamericanos. Se argumentan algunas dudas relativas a si su concepción del derecho, a pesar de su propia autoadscripción, se debería considerar parte del positivismo jurídico inclusivo. Se plantean las razones de algunas de sus profundas divergencias teóricas con Ferrajoli y con la así llamada escuela genovesa.

## Palabras clave

Filosofía del derecho; positivismo jurídico inclusivo; constitucionalismo contemporáneo; metaética; Moreso.

## Abstract

Josep Joan Moreso is among the most influential scholars in contemporary Spanish-speaking legal and constitutional canons. While compiling pieces published during the last five years, his latest book, *Lo normativo: variedades y variaciones*, is an anthology of his mature work: It maps the essential aspects of his thought and, thus, reconstructs the evolution of his enduring theoretical concerns. By and large, this review article analyzes, in hindsight, the main ideas he has been arguing and explores the extension of his work towards other concerns, particularly those that do not belong exclusively to ideal normative theory but to “non-ideal” approaches. These approaches are related mainly to judicial review foundations facing its enforcement in “non-well ordered” Constitutional States like the Latin American ones. Some doubts as to whether his conception of law, despite his self-adscription, should continue to be considered an expression of Inclusive Legal Positivism. Reasons for profound theoretical divergences between Ferrajoli and the so-called Genoese School are also raised.

## Keywords

Philosophy of law; inclusive legal positivism; contemporary constitutionalism; metaethics; Moreso.

## Resumo

Josep Joan Moreso é um dos acadêmicos mais influentes no cânone jusfilosófico e constitucional contemporâneo de língua espanhola. Seu último livro, *Lo normativo: variedades y variaciones*, embora reúna trabalhos publicados nos últimos cinco anos, faz uma antologia de sua obra madura: permite mapear os aspectos essenciais de seu pensamento e, assim, reconstruir a evolução e a consolidação de suas persistentes preocupações teóricas. A partir desse livro, e em retrospecto, neste artigo de revisão são analisadas algumas das principais ideias que ele vem defendendo e explora sua extensão a outros problemas. Seu trabalho tem confrontado cada vez mais questões que não pertencem exclusivamente à teoria normativa ideal, mas também a teorias “não ideais” relacionadas, acima de tudo, à lógica do controle judicial de constitucionalidade com foco em sua implementação em Estados “não bem ordenados”, como os da América Latina. Algumas dúvidas são levantadas sobre se sua concepção de direito, apesar de sua autodescrição, deve ser considerada parte do positivismo jurídico inclusivo. São apresentadas as razões de algumas de suas profundas divergências teóricas com Ferrajoli e a chamada “escola genovesa”.

## Palavras-chave

Filosofia do direito; positivismo jurídico inclusivo; constitucionalismo contemporâneo; metaética; Moreso.

**Sumario:** Introducción. 1. Punto de partida biográfico-intelectual. 2. El impresionismo como inspiración metodológica. 3. Una evolutiva versión inclusiva del positivismo. 4. El derecho como práctica *parcialmente* convencional y su identificación. 5. Dimensión institucional del derecho y tesis de la incorporación. 6. “...siendo amigos ambos, es más honrado poner la verdad por delante”. 6.1. Escuela genovesa. 7. A manera de cierre. Referencias.

## Introducción

Cuando a Monet le preguntaron por qué llevaba 40 años pintando lirios de agua, respondió que no le interesaban tanto los lirios, “sino lo que sucede entre un lirio y yo”. En el arte, como en las ciencias, acontece desde distintas dimensiones este tipo de relación entre el autor y su objeto de estudio. Josep Joan Moreso con *Lo normativo: variedades y variaciones*, su último libro, demuestra una rigurosa comprensión y un dominio del canon iusfilosófico y constitucional contemporáneo a partir de una preocupación por problemas que no pertenecen solo a la teoría normativa ideal, sino también a las teorías “no ideales”. Evidencia que tiene algo que decir, que sus aportes trascienden el plano descriptivo y divulgativo para contribuir con nuevas perspectivas de análisis, aproximándose así de una manera particular a las tradiciones teóricas que han otorgado respuesta a sus problemas recurrentes.

Que un libro de casi 700 páginas recoja poco más de un lustro de producción intelectual, con tan singular amplitud de temas, profundidad de análisis y originalidad de perspectiva, evidencia la prolificidad de Moreso, así como la calidad y la potencia de su obra iusfilosófica. *Lo normativo* puede considerarse una antología de su obra de madurez. Permite reconstruir la consolidación de sus preocupaciones teóricas persistentes y su evolución hacia problemas como la fundamentación del constitucionalismo y la legitimidad del tipo de control judicial de constitucionalidad que se debe ejercer al interior de Estados constitucionales, en particular, en aquellas sociedades no bien ordenadas<sup>1</sup> como las latinoamericanas. El objetivo de este artículo es reconstruir y analizar este itinerario en algunos de sus momentos medulares.

Si bien su obra abarca varios campos de investigación dentro de la filosofía del derecho, la teoría política y el constitucionalismo, sus desarrollos se han ubicado cada vez más en áreas de intersección teóricas. En su investigación sobre los fundamentos filosóficos de la constitución, por ejemplo, intervienen la metaética y la filosofía del lenguaje, así como la teoría de la interpretación y la argumentación jurídicas, en un fructífero intercambio con la teoría política.

<sup>1</sup> Paráfrasis de la bien conocida idea de Rawls de la “well-ordered society”, en la cual los ciudadanos comparten una misma concepción de justicia y cuyas instituciones se diseñan para configurarla. Esta es la primera de las dos nociones básicas de la idea más fundamental en su concepción de la justicia (la sociedad como un sistema justo de cooperación social). La segunda es la idea de los ciudadanos como personas libres e iguales. De esta forma la presenta en John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, ed. Erin Kelly, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Sus intereses académicos han permanecido en el plano de la abstracción pero, como evidencia este libro, la presión intelectual se le genera desde abajo y no desde arriba, es decir, en palabras de Dworkin relatando su propia experiencia: “Emprendí cuestiones filosóficas cada vez más abstractas solo porque asuntos más prácticos y políticos demandaban un enfoque más filosófico para llegar a una solución satisfactoria”.<sup>2</sup> El compromiso con lo normativo de Moreso no ha abandonado las profundidades de la reflexión filosófica, pero se ha enfocado, de forma creciente, hacia cuestiones de la teoría no ideal, tales como el control judicial de constitucionalidad en Latinoamérica, la gestación por sustitución y la eutanasia. Para decirlo con Rawls: “La filosofía política no se aparta, como algunos han pensado, de la sociedad y del mundo”,<sup>3</sup> toda vez que “está vinculada a la política porque debe estar interesada, de una manera en que la filosofía moral no necesita estarlo, con las posibilidades políticas prácticas”.<sup>4</sup>

En este sentido, Moreso asume, con Kant, la relevancia que al interior de la reflexión teórica tiene la filosofía práctica. En el anuncio de su curso de filosofía moral para el invierno de 1765-1766, Kant estableció que su objetivo era “que sus estudiantes no sólo aprendan pensamientos sino a pensar, que no aprendan una filosofía ya hecha, sino a filosofar”.<sup>5</sup> Del mismo modo, como intelectual público, permanentemente escribe columnas de opinión y es entrevistado en programas de debate. Ha intervenido, por ejemplo, en el asunto del separatismo en Cataluña reclamando la urgencia de recuperar el valor de la concordia.<sup>6</sup>

## 1. Punto de partida biográfico-intelectual

La curiosidad por comprender el cambio político que estaba aconteciendo en la España de la transición democrática, luego de la dictadura de Franco, llevó a Moreso a estudiar derecho por sobre otra carrera de humanidades o ciencias sociales. Recibió sus títulos de abogado en 1983 y de doctor en Derecho en 1988, por la Universidad Autónoma de Barcelona. En una época en la que los estudiantes atendían quizá más a los intereses de sus profesores para ir descubriendo los propios, le dedicó su tesis a la teoría del derecho de Jeremy Bentham.

La indicación de su primer profesor de filosofía del derecho y luego director: Rafael Hernández Marín, fue bien recibida porque Moreso había estudiado

2 Ronald Dworkin, “La teoría jurídica de adentro hacia afuera”, en L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021, p. 51.

3 John Rawls, *Liberalismo político*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 64.

4 John Rawls, *Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 447. “El trabajo de abstracción no es gratuito; no se hace abstracción por la abstracción misma”, dirá luego en *Liberalismo político*. Rawls, *Liberalismo político*, op. cit., p. 65.

5 Karl Vorländer, *Kants Leben*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1986, pp. 43-44.

6 Moreso, Josep Joan, “De secesione. Los escondites de la vía catalana”, *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política* 10, 18 (2021a).

los *Essays on Bentham*, de H.L.A. Hart:<sup>7</sup> una antología de artículos sobre conceptos medulares en la teoría de Bentham, como derechos, facultades y obligaciones; critica la tesis de los derechos naturales y defiende su lugar como fundador de la filosofía analítica del derecho. Desde las ideas de la Ilustración y en contexto de la Europa ambientada por la Revolución Francesa, el derecho y la política se desprendieron de fundamento teológico y así pasaron a considerarse elaboraciones humanas para la consecución de ciertos fines. Moreso rescata importantes ideas de Bentham que la tradición iusfilosófica tardará en recuperar: un antecedente de la lógica deóntica y un análisis de la identificación del derecho que representa la primera versión de una forma de concebirlo dinámicamente. Aborda también la cuestión normativa por el *deber ser* del derecho desde Bentham.

La relevancia para su obra posterior de dedicarle su tesis a este tema radica, sobre todo, en que lo obligó a leer la crítica más importante al utilitarismo, que apenas se empezaba a difundir en Europa,<sup>8</sup> es decir, la teoría de la justicia de Rawls. Esto contribuyó a fundamentar su posición metaética sobre la posibilidad de atribuir valores de verdad a las proposiciones que formulan juicios morales, los cuales muchas veces sustentan enunciados jurídicos. El año de la defensa de su tesis doctoral coincidió con el nombramiento de Hernández Marín como catedrático en Murcia. La orfandad iusfilosófica fue colmada prontamente por un grupo de entusiastas jóvenes profesores que se había formado alrededor de Albert Calsamiglia.<sup>9</sup> Moreso fue profesor en las universidades Autónoma de Barcelona (1988-1995) y de Girona (1996-2000). En la actualidad, es catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (desde 2002), de donde fue rector durante dos periodos (2005-2013).<sup>10</sup>

El interés que ha mantenido durante toda su vida por la poesía y la literatura –la novela, en particular– han incidido de manera determinante en otro de los rasgos más destacados de sus trabajos académicos, además de la riqueza de ideas, la profundidad de análisis y la originalidad de perspectiva: la claridad estilística. Este aspecto, conjuntamente con elementos medulares de la tradición analítica de la filosofía, como el rigor en la formulación de ideas, ilustradas muchas veces con útiles metáforas,<sup>11</sup> hacen que la presentación de una tesis y la concatenación de argumentos que esgrime para respaldarla exhiban una lógica impecable.

7 H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

8 Catherine Audard, "Rawls en Europa", *Praxis Filosófica. Nueva Serie* 21 (2005).

9 Para una exposición detallada véase: Francisco Mora Sifuentes, "'Los intocables del derecho'. Entrevista a Josep Joan Moreso", *Ciencia Jurídica* 5, 9 (2016).

10 Para una memoria de sus "intensos y apasionantes" años como rector véase la selección de discursos, conferencias y artículos, más cercanos al género del ensayo, de su libro: Josep Joan Moreso, *La planta noble de La Mercè. Idees i ideals per a la universitat del present*, Barcelona, Edhasa, 2015.

11 Sobre esto último véase, por ejemplo, "La doctrina Julia Roberts y la objetividad del derecho", en Josep Joan Moreso, *Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

## 2. El impresionismo como inspiración metodológica

Entre los principales filósofos del derecho y constitucionalistas en plena producción intelectual no es fácil señalar uno de sus libros como aquel, no solo que presente un balance o una síntesis de alguna etapa intelectual, sino que además hunda sus raíces casi hasta los orígenes de sus propias preocupaciones para hacer avanzar su obra y que, también, permita evidenciar los aportes que ha realizado. En el caso de Moreso, sin embargo, sus dos principales antologías de artículos propios marcan de manera clara dos etapas en la evolución de su pensamiento. El formato de la antología le permite desarrollar un argumento en cada pieza sin comprometerse del todo con la elaboración sistemática de un planteamiento teórico comprensivo.

El primero, *Constitución. Modelo para armar*, de 2009, articula una veintena de sus principales trabajos publicados durante la década previa para presentar, como dice, los “prolegómenos” a una teoría de la constitución, es decir, una aproximación a sus fundamentos filosóficos. Además de la teoría del derecho, esta fundamentación se realiza a partir de los rendimientos otorgados por la filosofía del lenguaje, la filosofía moral y la filosofía política. La conformación del Estado constitucional, sobre todo por su catálogo de derechos y principios, y la indeterminación no solo semántica, sino epistémica, que los caracteriza –lo cual reclama la argumentación moral para dotarlos de contenido normativo definitivo vinculante– exige un sofisticado trabajo interdisciplinar para construir sus fundamentos, como lo realiza Moreso. El primer artículo, “Esbozo de preliminares a una teoría de la constitución”, enseña esta articulación entre las tres partes del libro: los temas metaéticos y filosófico-políticos del trasfondo de la constitución, la teoría del derecho que resulta más apropiada para esta época de nuevo constitucionalismo, y una de sus expresiones más problemáticas, como es la aplicación judicial de las normas constitucionales.

Su segunda antología principal, *Lo normativo: variedades y variaciones*, presenta una posición más sustantiva respecto de sus trabajos previos.<sup>12</sup> Es una obra de madurez, pero no constituye una obra “final”, no solo por la productiva vitalidad de su autor, sino porque, como se evidencia en distintos apartados del libro, aún lo rondan dudas e incertidumbres respecto de algunas tesis como para adoptar una posición última o definitiva. Por humildad intelectual<sup>13</sup> y por no quedar muy preso de sí mismo en una época en la que sigue reflexionando y debatiendo sobre sus problemas recurrentes, Moreso no siente la pulsión de elaborar una obra que reúna todas las líneas medulares de sus investigaciones.

12 Para sus trabajos más de naturaleza metodológica véase, Josep Joan Moreso, *El derecho: diagramas conceptuales*, Bogotá, Universidad Externado, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, 2017.

13 Con frecuencia utiliza alguna locución adverbial (“tal vez”) cuando afirma seguir un paradigma teórico, introduce cautelas y reservas, y plantea los contraargumentos a los que se enfrenta y sobre los cuales afirma que no siempre puede replicar satisfactoriamente.



No tiene la ambición totalizadora de abarcar su pensamiento en una sola obra de modo completamente sistemático, como han hecho recientemente Dworkin, Sen, Gargarella o Jorge Rodríguez.<sup>14</sup>

Moreso afirma situarse “en las antípodas” de esta pretensión.<sup>15</sup> Quizá convendría matizarlo, toda vez que su obra no está *diametralmente opuesta* a los valores de coherencia, unidad y sistematicidad. Sus dos principales antologías de artículos propios exhiben, a pesar de las variaciones, una armonía. La lógica, la metaética y la filosofía política le otorgan los fundamentos para posicionarse respecto de las doctrinas contemporáneas del constitucionalismo y para dirigir críticas a algunos modelos teóricos influyentes (Dworkin, Ferrajoli y la Escuela genovesa, por ejemplo); también, para proponer respuestas a los problemas que plantea su incorporación al razonamiento práctico. La obra de Moreso se asemeja más, en este sentido, a la obra de Berlin, Hart y Bernard Williams.

La técnica pictórica impresionista ilustra algo de su forma de trabajo, a diferencia de una técnica más realista, por su nivel de detalle. Sus dos principales antologías se presentan como obras abiertas, inacabadas en algún sentido. Por retomar la frase de Cortázar que utiliza para subtítular la primera, son “modelos para armar” en el sentido de que no están estrechamente concatenadas: son como piezas que permiten una lectura fraccionada y, por tanto, muy propia de los intereses individuales de cada lector, el cual tiene la opción de realizar un montaje personal de los elementos del libro y así, en cada caso, será el que ha elegido leer.

Moreso se sitúa quizá en las antípodas de otras personalidades que exhiben una confianza extraordinaria en su trabajo intelectual, como Dworkin, quien como recordara su amigo Thomas Scanlon, terminaba cada frase de una manera triunfal “en vez de, como algunos de nosotros, empezar a dudar e introducir reservas o salvedades, antes de terminar las ideas”.<sup>16</sup> Moreso afirma en cambio con frecuencia que no acaba de estar seguro del todo de algunas de sus convicciones, si las sustenta por sesgos propios de su tradición e influencias o si se trata de sus convicciones íntimas aceptadas de manera plenamente racional.<sup>17</sup>

14 Cfr. Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014; Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009; Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021; Jorge Luis Rodríguez, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

15 Josep Joan Moreso, “Nuevas variaciones para mis críticos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022).

16 Thomas Scanlon, “Tres pensamientos sobre Ronnie”, en L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021, p. 279.

17 Josep Joan Moreso, “Las virtudes de la niebla. Conversando con Juan Ruiz Manero”. Conferencia impartida en el seminario Internacional: *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje al profesor Juan Ruiz Manero*, Universidad de Alicante, 5 de marzo de 2022.

### 3. Una evolutiva versión inclusiva del positivismo

Como filósofo, Moreso es analítico. Inicia su carrera como lector crítico de Bentham, uno de los padres de la Analytical Jurisprudence que alcanzaría su apogeo con otro importante autor en su formación, H.L.A. Hart, a quien, no obstante, no sigue en su versión, llamada *soft*, del positivismo jurídico. Las obligaciones jurídicas, para esta versión, poseen un fundamento genuino por el cual se distinguen de otras obligaciones (como la que impone un ladrón que exige la cartera del transeúnte) y constituyen la fuente de validez de aquello que denominamos norma jurídica. Dicho fundamento, que se rastrea hasta Hobbes y John Austin, ha adquirido forma contemporánea en la “tesis de las fuentes” del epígono más conspicuo de Hart. En efecto, para Raz,<sup>18</sup> la tesis de las fuentes sociales siempre se ha situado en los fundamentos mismos del pensamiento positivista sobre el derecho.<sup>19</sup> Para que una norma sea una norma jurídica se debe originar en un acto de alguna autoridad con la competencia y autoridad necesarias.

Moreso, como constitucionalista, ha defendido un positivismo jurídico “inclusivo”, cercano a las tesis de Waluchow.<sup>20</sup> Como intentaré mostrar, su pensamiento sobre este punto no solo se ha matizado considerablemente,<sup>21</sup> sino que incluso dista ya muy poco, nada, del antipositivismo. Difiero entonces cuando Bayón afirma que aquello que define la posición teórica de Moreso, y la singulariza dentro del panorama iusfilosófico iberoamericano, es el positivismo jurídico incluyente.<sup>22</sup> El mismo Moreso reconoce que trata de presentar su imagen del derecho manteniendo su adhesión a esta versión del positivismo jurídico. De las tres posiciones positivistas sobre la identificación del derecho, según las cuales el derecho no puede depender, no depende necesariamente o no debe depender de criterios morales, defendidas respectivamente por las versiones exclusiva, inclusiva y ética o normativa del positivismo, se decanta a favor de la versión inclusiva.<sup>23</sup> En particular, afirma que rescata de la tradición positivista la importancia de la dimensión institucional del derecho. Para no degenerar

18 Joseph Raz, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

19 Y es incluso la responsable del nombre mismo “positivismo”, pues indica que el derecho es creado, establecido (*posited*), mediante actividades de los seres humanos (*ibid.*, pp. 38 y ss.).

20 Waluchow, Wilfrid, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

21 Desde sus primeros trabajos hasta su último artículo: Josep Joan Moreso, “In defense of inclusive legal positivism”, en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Turín, Giappichelli, 2001; Josep Joan Moreso, “El Fundamento moral del Derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022a).

22 Bayón, Juan Carlos, “El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022).

23 Paradójicamente, una crítica por la poca atención a la dimensión autoritativa o institucional del derecho es la que Bayón le dirige a Moreso. Para Bayón, las razones subyacentes de las que depende la aplicación de las reglas son las razones del legislador, las cuales tienen un anclaje institucional apropiado. Son razones que, al ser identificadas, están limitadas por barreras institucionales y no por barreras edificadas a partir de la argumentación moral. Los intocables del derecho de Moreso serían entonces, a su juicio, muy pocos e insuficientes. Comparto la réplica de Moreso a la objeción de Bayón: las convenciones institucionales establecen el marco de las razones subyacentes, pero no su contenido.

en una logomaquia<sup>24</sup> hay que señalar que ello depende, naturalmente, de qué tesis concretas se consideren definitorias del positivismo jurídico y si el adjetivo relacional “incluyente” permite que las tesis se reconozcan con claridad como explicativas del concepto.

Lo primero que habría que preguntarse es si la dimensión institucional del derecho es una tesis definitoria de dicha tradición o, más bien, de cualquiera que se tome en serio la validez del derecho, el problema de las fuentes y la autoridad. En uno de los textos fundacionales del positivismo incluyente, Jules Coleman<sup>25</sup> afirma que es posible concebir una regla de reconocimiento que identifique al derecho sin recurrir nunca a la moralidad. Frente a la conexión necesaria entre el derecho y la moral, Moreso responde afirmativamente que es *concebible* un sistema jurídico que no presuponga en ningún caso recurrir a consideraciones morales para identificar sus normas (cuestión epistémica). Plantea, no obstante, una acotación fundamental: que sea concebible no significa que sea *metafísicamente posible* (como los dibujos arquitectónicos de Escher que representan una realidad que se puede imaginar y graficar, pero no se puede construir). “Concebibilidad no implica posibilidad metafísica”, como titula Chalmers su trabajo de 2002.<sup>26</sup>

Este planteamiento hace que su imagen del derecho se corresponda mejor con el antipositivismo en la versión que, por ejemplo, ha sustentado Alexy.<sup>27</sup> Un concepto no positivista del derecho surge al agregarle la *corrección moral* (su naturaleza ideal o crítica) como elemento necesario, conjuntamente con la *legalidad jurídica y la eficacia social* (su naturaleza real o fáctica).<sup>28</sup> Al presuponer una naturaleza dual, en la médula del concepto no positivista del derecho se encuentra su dimensión institucional y autoritativa. La naturaleza ideal o crítica hace parte constitutiva de la imagen del derecho que presenta Moreso cuando plantea entre sus tesis medulares que la conexión entre el derecho y la moral, además de justificatoria, es de naturaleza identificatoria. Este argumento desvirtuaría la adscripción de la tesis de la dimensión institucional del derecho como definitoria del positivismo inclusivo.

24 Las distintas versiones del positivismo y del no positivismo muestra que este debate trasciende una simple disputa entre posiciones monolíticas. La complejidad de cada doctrina deriva en la estructura de los argumentos a favor y en contra de cada una, lo cual, naturalmente, tiene profundas consecuencias prácticas relativas, por ejemplo, al tipo y la naturaleza del control judicial de constitucionalidad que se ejerza frente a decisiones de jueces de inferior jerarquía y frente a leyes expedidas por el parlamento.

25 Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism”, *The Journal of Legal Studies* 11, 1 (1982).

26 David Chalmers, “Does conceivability entail possibility?”, en Tamar Szabó Gendler y John Hawthorne (eds.), *Conceivability and Possibility*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 194.

27 En esta línea, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009.

28 Alexy diferencia tres formas de no-positivismo: en un extremo el “excluyente” (los defectos morales de una norma generan su invalidez jurídica), en otro extremo el “súper-incluyente” (los defectos morales de una norma no afectan en forma alguna su validez jurídica) y en el medio el “incluyente” (los defectos morales de una norma no necesariamente generan su invalidez jurídica). El argumento medular es la pretensión de corrección. Sustenta –en contra de Dworkin, para quien el que funcionarios como jueces formulen una pretensión de este tipo es más un asunto de hecho que de necesidad– que es posible demostrar que negar dicha pretensión, al estar necesariamente planteada en el derecho, conduce a una contradicción. Robert Alexy, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.

Moreso se distancia entonces de la tesis que podríamos denominar “de la mera concebibilidad”. Es posible concebir un sistema jurídico que no recurra a la moralidad, que para identificarlo baste con seguir un conjunto de reglas específicas para adquirir una obligación. No es posible, sin embargo, implementarlo en la práctica. La razón fundamental es que los seres humanos somos agentes morales, sensibles a razones,<sup>29</sup> responsables, en sentido fáctico y normativo, de nuestras acciones, que celebramos y reprochamos comportamientos. Con el grado de evolución actual del constitucionalismo y de la teoría moral, y con las demandas que las sociedades modernas imponen al Estado, no sería factible un sistema que autorizara a que alguien se justifique, cuando se le reprocha un comportamiento, solo en el hecho de que tal comportamiento está consagrado en una regla. De esta manera, Alexy refuta a Kelsen cuando afirma: “cualquier contenido puede ser derecho”.<sup>30</sup>

El argumento de Radbruch de la injusticia extrema, que Alexy ha elaborado en la pretensión de corrección moral de su concepto no positivista del derecho, podría arrojar luces frente a la incertidumbre que genera Dworkin cuando afirma que algunas veces el derecho in iure es injusto *pero válido*, pero que otras veces es *inválido* (como ejemplo de lo primero plantea la ley estadounidense que obligaba a devolver a sus propietarios los esclavos que se fugaban hacia Estados no esclavistas; de lo segundo, las leyes nazis contra los judíos y otras minorías). Este segundo caso, ante el amplio desacuerdo sobre cuestiones morales en sociedades plurales, complejas y no solo fragmentadas, sino poco cohesionadas, como las latinoamericanas, solo se puede sostener en casos de medidas difícilmente defendibles, de “injusticia extrema”. Aceptar esta tesis de Radbruch, que con matices comparten Alexy, Dworkin y Moreso, no implica erosionar fatalmente el principio de seguridad jurídica. Muchas normas proferidas en Estados totalitarios no alcanzan a superar el umbral de *extrema* injusticia.<sup>31</sup>

Igualmente, resulta fundamental en la posición de Moreso el valor intrínseco, no remedial, de la incorporación del razonamiento moral en el razonamiento jurídico. El legislador no tiene la capacidad de anticipar, en términos descriptivos, todas las combinaciones posibles de propiedades relevantes que pueden presentar los casos futuros, por lo que no puede configurar todos los casos que

29 Seana Shiffrin, “Inducing moral deliberation”, *Harvard Law Review*, 123 (2010).

30 Y así, por lo tanto, “con arreglo al derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado para confinar a las personas de convicciones, religión o raza indeseadas en campos de concentración, para obligarlas a realizar cualquier tipo de trabajo, y hasta para matarlas”. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 205 y 54, citado en Alexy, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa* 36 (2013), pp. 21 y ss. Afirmaciones como esta hicieron que lectores apresurados, cuando no críticos infames, atribuyeran a Kelsen una equivocada defensa del nazismo. Sobre este punto, véase Juan Antonio García Amado, “¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?”, en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

31 A pesar de esta profunda afinidad teórica, el trabajo que Moreso dedica a la obra de Alexy es un breve texto, también sobre Atienza, y dedicado al tema de la ponderación. Moreso, Josep Joan, *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021c, II, p. 12.

regula mediante reglas.<sup>32</sup> “Obviamente ese mundo no es el nuestro”, como dice Hart.<sup>33</sup> Ante esta incapacidad de omnisciencia del legislador, para algunos parecería que tenemos que resignarnos a que también deba prescribir estándares, pautas abiertas, principios en sentido estricto y “causas de revocación” (o *defeaters*<sup>34</sup>). Plantean entonces el argumento, que Moreso denomina de la “ignorancia relativa”, de que la incorporación de términos valorativos, que activan el acceso al razonamiento moral en el derecho, es de naturaleza subsidiaria o remedial: si se pudieran conocer todas las combinaciones de propiedades, entonces dicha incorporación sería innecesaria, pero como no es posible, entonces acudimos subsidiariamente al remedio de incorporar dichos términos.

Moreso procura compatibilizar la dimensión institucional del derecho con la justificación de la existencia de razones subyacentes y, en esta línea, refutar el argumento de la “ignorancia relativa”. La incorporación del razonamiento moral en el razonamiento jurídico no puede quedar reducida a una posibilidad remedial, sino que tiene valor intrínseco: la incorporación de conceptos valorativos en el derecho activa nuestra deliberación moral, es la forma apropiada de tratar a los destinatarios de las normas, esto es, como agentes morales.

De este modo, fortalece nuestro espacio público y nuestra condición de ciudadanos en una democracia. Lo que nos debemos unos a otros, y también aquello que estamos justificados en reprocharnos unos a otros, opera en el reconocimiento mutuo de todos como agentes morales, como personas capaces de dar razones a favor de sus acciones o en contra de las acciones de otros. Entonces, el mundo presupuesto por el argumento de la ignorancia relativa no es mejor que nuestro mundo porque nuestro mundo es un mundo de agentes morales y el otro parece que sería un mundo de autómatas.<sup>35</sup>

## 4. El derecho como práctica *parcialmente* convencional y su identificación

Para Bayón, en su discusión con Moreso, la remisión que realizan a menudo las normas jurídicas a las razones *subyacentes* no es una remisión a consideraciones *genuinamente* morales, sino a las razones del legislador, es decir, a razones *convencionales*. Toda vez que el derecho es un artificio humano que

32 Ruiz Manero, Juan, “Algunas pretensiones en conflicto en el derecho”, *Análisis e Derecho*, (2015), p. 78.

33 “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigen una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica ‘mecánica’”. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 160.

34 Sobre este concepto volveremos adelante. Así traduce Moreso *defeaters*. Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., p. 50 (véase también, pp. 87 o 471); aunque casi siempre utiliza el anglicismo original. Para una aproximación a la explicación y taxonomía de los *defeater* jurídicos, véase Josep Joan Moreso “Towards a taxonomy of normative defeaters”, S. Berteau (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, London, Routledge, 2020.

35 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., p. 2.

procura orientar nuestra conducta y resolver los conflictos a partir de reglas públicas, cognoscibles antes de su aplicación, cuya formulación determina los comportamientos por los que está justificada una sanción, para Bayón<sup>36</sup> estas razones subyacentes deben ser las razones del *legislador* y no aquellas que normativamente justifican mejor dicha práctica. Las razones del legislador son de naturaleza convencional. Las razones *subyacentes podrían o no ser entonces genuinas razones morales*. A juicio de Bayón, esta forma de concebir las razones subyacentes como razones *convencionales* y no como razones morales es una condición para preservar la dimensión institucional del derecho.

El derecho, para Moreso, es una práctica solo *parcialmente* convencional. Esta tesis también lo aleja del planteamiento central del positivismo jurídico y lo acerca a concebir el derecho desde el punto de vista que defendió Dworkin<sup>37</sup> al sustentar que la filosofía del derecho debía privilegiar la perspectiva de los jueces.<sup>38</sup> Este punto de vista permite captar la naturaleza argumentativa de las prácticas jurídicas, en contra de una perspectiva como la positivista representada por el “punto de vista externo” en virtud de la cual es posible construir un análisis filosófico del derecho descriptivo de la práctica jurídica y neutral respecto de polémicas jurídicas sustantivas concretas. Dworkin rechaza la máxima positivista conforme a la cual, a nivel conceptual, la existencia y el contenido del derecho es una cuestión de hechos sociales. Para explicar los fundamentos de los derechos hay que apelar a factores morales. Toda descripción de un fenómeno jurídico es interpretativa y comporta, por tanto, el deber de extraer su mejor sentido.

Suscribo la posición de Moreso relativa a que, en el razonamiento jurídico, debe distinguirse el *marco* del *contenido* de las razones subyacentes. Las *convenciones* trazan el *límite* de estas razones, pero su contenido es de carácter moral y no convencional.<sup>39</sup> Las razones morales son imprescindibles para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social convencional, pero no todas las normas jurídicas pueden revocarse en atención a las razones subyacentes, que son fundamentalmente morales.

No es posible identificar el derecho de una forma moralmente no comprometida. Con Dworkin, debe adoptarse un punto de vista interno, con compromisos valorativos. Lo anterior, no obstante, no implica impedir que podamos distinguir la práctica que *de hecho es* el derecho respecto de aquello que *debería ser* en la práctica. Adoptar la tesis de la neutralidad valorativa de la teoría del derecho nos incapacita para comprender el razonamiento jurídico como un

36 Bayón, “El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho”, *op. cit.*

37 Ronald Dworkin, ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos?, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 32 (2010); *El imperio del derecho*, trad. T. Céspedes, Barcelona, Gedisa, 2022.

38 A su juicio, las perspectivas externas del derecho son pobres y defectuosas, y resultan menos importantes o relevantes en la práctica. Dworkin, *El imperio del derecho*, *op. cit.*

39 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, *op. cit.*

razonamiento genuinamente práctico, conectado con el razonamiento moral. Como ejemplifica Moreso, las reglas del derecho no son como las reglas del ajedrez que pueden ser comprendidas sin ningún razonamiento valorativo.<sup>40</sup>

La interpretación jurídica, y constitucional en particular, no puede quedar reducida a un ejercicio lexicográfico, como pretenden los textualistas. Esta compleja tarea, sobre todo en las etapas originarias en la creación de precedentes y líneas jurisprudenciales específicas, trasciende la determinación de los usos, reales y posibles, de las expresiones del derecho. Como advierte Moreso, el análisis lexicográfico es el comienzo, importante pero no definitivo, de la interpretación del derecho y de la construcción de aquello que establecen (exige, prohíben o permiten) sus disposiciones. La construcción objetivamente verdadera de la respuesta al problema jurídico por la manera de amparar la adopción igualitaria o el suicidio asistido, por ejemplo –es decir, la construcción de la respuesta correcta–, exige otra labor además de la lexicográfica, toda vez que se deben articular necesariamente diferentes razonamientos prácticos y conocimientos de medicina y psicología.

Hay que enfatizar en este punto que la posición de Moreso no conduce a una disolución del derecho en la moral, pervirtiendo así su naturaleza autoritativa e institucional. Defender la articulación del derecho y la moral no implica exigir una coincidencia plena entre ambos. Académicos estadounidenses que criticaron duramente a su Corte Suprema por el fallo *Bush vs Gore*,<sup>41</sup> no concluyeron, sin embargo, sustentando que Bush era un presidente ilegítimo y que, por tanto, su mandato debía ser revocado. En un Estado democrático medianamente bien ordenado las cosas funcionan según como establezcan las instituciones, así uno tenga buenos argumentos para sustentar la tesis opuesta. Esto es lo que implica defender la dimensión institucional del derecho.

Como expresamente indica Moreso: “las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral”.<sup>42</sup> Dos tesis medulares de su arquitectura teórica explican el lugar que ocupa la moralidad en el razonamiento judicial: los *defeaters* y los “intocables del derecho”. Su imagen del derecho la ilustra un conjunto de reglas con *defeaters*,<sup>43</sup> es decir, con exclusiones a través de las cuales

40 *Idem*.

41 Como quienes contribuyen en: Dworkin, *El imperio del derecho*, op. cit.

42 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., p. 59.

43 La obra de Moreso contribuye a la estructuración de una teoría de los *defeaters* jurídicos al esbozar argumentos para determinar cómo operan las barreras institucionales en el razonamiento jurídico. Dicha teoría debería poder: 1) caracterizar el rol de las diversas autoridades jurídicas en este ámbito. El grado de *protección*, de opacidad, de las reglas jurídicas no es el mismo para todas las autoridades. Una caracterización que articule adecuadamente la jerarquía de *autoridades* con la jerarquía *normativa*. 2) Delimitar las reglas que no están sujetas a la *lectura moral* y que impiden el acceso a las razones subyacentes. 3) Definir con claridad los “*defeater* jurídicos” y su comportamiento en el razonamiento jurídico. 4) Caracterizar y justificar el control judicial de constitucionalidad. 5) Plantear una doctrina de la razón pública para determinar qué tipo de razones pueden esgrimirse en el foro público.

el razonamiento en su aplicación (sobre todo en sede judicial<sup>44</sup>) recurre al razonamiento moral. Los *defeaters*, por ejemplo, las causas de justificación en el derecho penal, los vicios del consentimiento en el derecho privado, las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados, así como los principios constitucionales, habilitan el acceso a las razones subyacentes de fundamentación del derecho. Mediante los *defeaters* se incorpora entonces el razonamiento moral en el razonamiento general de aplicación del derecho *excepto* en algunos casos que constituyen los “intocables del derecho”.<sup>45</sup> Los intocables serían las subreglas contenidas en los precedentes judiciales, las reglas administrativas y procesales que identifican los órganos creadores y aplicadores de normas (parlamento, tribunales, etc.), y las reglas que establecen cuáles son las decisiones judiciales definitivas (que delimitan la *cosa juzgada*).<sup>46</sup>

Conforme a esta segunda tesis medular de su arquitectura teórica, el proceso de identificar algunas partes del derecho no puede remitir a la argumentación moral, sino que debe realizarse de forma completamente opaca a su justificación. Una convicción presente en su trayectoria es que un buen modo de reconstruir los sistemas de normas es concebirlas como conjuntos que contienen todas sus consecuencias lógicas, como conjuntos estructurados mediante la relación de consecuencia lógica. Para ilustrarlo se sirve de una idea de von Wright según la cual las normas derivadas están *escondidas* u *ocultas* entre las normas promulgadas. Es decir, suscribe la idea de que un sistema normativo contiene no solo las normas explícitamente promulgadas por la autoridad, sino también las que son consecuencia de ellas.<sup>47</sup> Si una norma nos obliga a los motociclistas a usar el casco todos los días de la semana, nos obliga (sin decirlo explícitamente) a usarlo los domingos tarde en la noche cuando hay menos vehículos circulando.

El derecho, para Moreso, está integrado por reglas con *razones*, es decir, reglas concebidas como “razones protegidas”,<sup>48</sup> opacas a su justificación y con “causas de revocación”. En ciertos casos, cuando se debe acceder a las razones *subyacentes*, se reduce la opacidad del derecho.<sup>49</sup>

44 Y, así, autorizan a los jueces en casos determinados a aplicar el derecho acudiendo a las razones que justifican las reglas, lo cual, en vez de afectarlo negativamente, son una de sus principales virtudes. En este sentido: Shiffrin, “Inducing moral deliberation”, *op. cit.*, y Moreso, *El derecho: diagramas conceptuales*, *op. cit.*

45 *Lo normativo: variedades y variaciones*, *op. cit.*, pp. 300 y ss.

46 *Ibid.*, pp. 410 y ss.

47 Del mismo modo, von Wright afirma: “Las órdenes, las prohibiciones y las facultades derivadas de un corpus de prescripciones podríamos decir que son tan ‘deseadas’ por la norma-autoridad como las órdenes, las prohibiciones y las facultades originales del corpus. Las normas derivadas están, de modo necesario, integradas con las originales en el corpus. Están ahí, aunque no hayan sido expresamente promulgadas. Su promulgación se oculta en la promulgación de otras prescripciones”. Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, pp. 157-158 (traducción propia).

48 En términos de Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

49 Para Bayón, la concepción del derecho que sustenta Moreso presta una atención insuficiente a su dimensión institucional. Esta es, curiosamente, la misma crítica que Moreso dirige a Dworkin. Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, *op. cit.*, p. 399.



Los intocables constituyen parte del andamiaje institucional que hace del derecho algo distinto de la moralidad pública. Se trata de ciertas reglas cuya identificación no remite a la argumentación moral. No se identifican como parte del sistema jurídico recurriendo a la argumentación moral y no pueden estar sometidas a la “lectura moral”<sup>50</sup> para dotarlas de contenido normativo definitivo. No permiten el acceso a sus razones subyacentes. La inclusión en las fuentes del derecho, es decir la constitución, las leyes y los precedentes judiciales<sup>51</sup> de los estándares o *defeaters* permiten revocar, superar o derrotar<sup>52</sup> la aplicación de las reglas según las razones que las justifican.

Entonces, no solo la justificación, sino además la identificación del derecho remite, a través de los *defeaters*, a la argumentación moral con excepción de algunos “intocables” respecto de los cuales el razonamiento moral no determina su contenido. Suscribir, con Dworkin, la tesis de que el derecho es la moralidad pública institucionalizada es relevante porque Moreso, si bien la comparte en lo fundamental, así como la arquitectura teórica donde se inscribe, se aparta (además de la tesis de la unidad del valor) de una implicación de dicha tesis que le presta una atención insuficiente a la dimensión institucional del derecho. Para preservar esta dimensión hay que reconocer que algunos aspectos del derecho no están sujetos a la lectura moral como queda claro desde la tesis de los “intocables”.

Si bien la Constitución española consagra la universalidad del derecho al voto, por ejemplo, un juez no podría, y ni siquiera el Tribunal Constitucional, otorgarles este derecho a los extranjeros no ciudadanos que por años han desarrollado su vida en el país y tienen raíces demostrables, por moralmente injustificada que se considere esta restricción. El Tribunal podría, como indica Moreso, analizar la constitucionalidad de las leyes que consagran los requisitos para adquirir la nacionalidad y facilitar así el logro de la universalidad del voto el cual, de todas formas, corresponde al legislador.<sup>53</sup> Este sería un caso de regla donde no cabe lectura moral, de regla opaca a las razones morales subyacentes a las que darían entrada en nuestro derecho las cláusulas abstractas de la parte dogmática de la Constitución.

En una conversación con Moreso, planteó que la tesis de los intocables podría ampliarse a aquellas formulaciones constitucionales claras en las que se dan dos condiciones: 1) integran constituciones de sociedades razonablemente de-

50 Ronald Dworkin, “La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria”, en L. García Jaramillo y M. Carbonell, (eds.), *Derechos, libertades y jueces*, 2 ed., Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2015.

51 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., p. 37.

52 *Ibid.*, p. 567.

53 *Ibid.*, p. 519.

mocráticas; 2) decidir en su contra solo puede hacerse violentando totalmente el texto, lo que representa vulnerar la legitimidad. Por eso sostenía que ciertos cambios solo pueden hacerse reformando la Constitución. Un ejemplo de irrespeto a la tesis de los intocables sería la sentencia del Tribunal Constitucional ecuatoriano, del 12 de junio de 2019,<sup>54</sup> que aprobó el matrimonio igualitario a pesar de la consagración constitucional expresa del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer (art. 67).<sup>55</sup>

## 5. Dimensión institucional del derecho y tesis de la incorporación

Debe darse cuenta de cuáles son las restricciones que impone la dimensión institucional respecto del uso del razonamiento moral, de su incorporación en el razonamiento jurídico. Moreso responde negativamente a la cuestión de si en el Estado constitucional el contenido del derecho debe ser identificado sin recurrir a consideraciones morales, con lo cual se aleja de alguna versión incluso *soft* del positivismo. Tres tesis medulares en la obra de Moreso: el razonamiento moral para identificar y no solo para justificar el derecho, los *defeaters* y los *intocables* del derecho, lo alejan del positivismo jurídico en cualesquiera de sus versiones.

En este punto resulta fundamental la “tesis de la incorporación” conforme a la cual: “Cuando las fuentes del Derecho (la Constitución, las leyes, los precedentes judiciales, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral”.<sup>56</sup> Esta tesis es compatible con aquella de las fuentes sociales del derecho –de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de su origen en determinadas fuentes sociales– toda vez que es a partir de lo que establecen las fuentes que se identifica lo jurídico, de acuerdo con el uso de la argumentación moral.

Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de la tesis de la incorporación? La relación de la argumentación moral y el derecho (su proceso de identificación, interpretación y construcción para determinar lo que requieren sus normas) solo

54 Corte Constitucional del Ecuador, sentencias 10-18-CN y 11-18-CN.

55 Entre otras consideraciones fundamentales, la diferencia entre esta decisión y la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana, que autorizó los “contratos solemnes y formales” entre parejas del mismo sexo, radica en la construcción dogmática que antecedió las subreglas jurisprudenciales sobre la libertad, la dignidad y la igual consideración y respeto fruto de la interpretación sistemática de la Constitución. En ese contexto, luego de centenares de decisiones individuales de amparo y muchas otras de constitucionalidad –además de exhortos al legislativo–, una interpretación textualista y aislada de la disposición sobre el matrimonio estaría en desarmonía con el texto constitucional en conjunto.

56 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., p. 37.

puede ser imposible, necesaria o contingente. La primera posibilidad podemos desvirtuarla como se ha desvirtuado la teoría que la sustentaba: el positivismo jurídico.<sup>57</sup> No queda ninguna razón poderosa para que, en el marco del Estado constitucional, sobreviva la tesis de la naturaleza imposible de la relación entre la argumentación moral y la determinación del contenido del derecho. Es difícil imaginar un sistema jurídico contemporáneo en Occidente donde nunca se deba recurrir a la argumentación moral para determinar el contenido de sus disposiciones. Esta es una tesis empírica y particular. Otra tesis más ambiciosa, normativa y general, sostendría que la existencia del derecho no puede comprenderse sin algún fundamento moral, independientemente del contexto. Esta tesis se sustenta en argumentos como el esgrimido por Dworkin de concebir el derecho como una práctica interpretativa que permite satisfacer el derecho a la igual consideración y respeto, y realiza de esta forma el ideal del “derecho como integridad”. Este ideal hace eco de la “moral aspiracional” capaz de sustentar la fidelidad al derecho, sustentada por Lon Fuller, otro defensor, desde la “moralidad interna del derecho”, de la tesis de que la existencia del derecho reclama algún valor moral.

La naturaleza de la tesis de la incorporación no podría calificarse como necesaria independientemente de la verdad de esta, toda vez que resulta factible concebir un sistema jurídico defectuoso, integrado también con normas que generen algún tipo de discriminación, fallen los frenos y contrapesos, y concentren demasiado poder en cabeza del presidente o el parlamento; normas que gocen de los atributos de legalidad, vigencia, eficacia y legitimidad –en el sentido de su proceso de formación–. Incluso la tesis de la pretensión de corrección del derecho de Alexy admite que el derecho injusto es derecho. La naturaleza de la tesis de la incorporación es entonces contingente porque solo las normas “extremadamente” injustas dejarían de ser derecho.

Reconocemos la existencia de casos difíciles en el derecho y que estos se presentan muchas veces por colisión entre principios o por leyes manifiestamente injustas, y defendemos por tanto que en algunos casos específicos una pregunta jurídicamente relevante es “¿esto es justo?” (el estándar de Earl Warren para abordar algunos de los casos que llegaban a su conocimiento). Este planteamiento no allana el camino para la arbitrariedad judicial. El respeto al carácter autoritativo del derecho y a la historia consolidada de su desarrollo mediante precedentes, no implica decidir sobre lo constitucionalmente prohibido, sino aprovechar las herramientas institucionales y normativas del derecho, lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente posible, para hacer realidad en mayor medida las promesas del Estado constitucional.

57 Atienza y Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del derecho*, op. cit.

## 6. “...siendo amigos ambos, es más honrado poner la verdad por delante”<sup>58</sup>

### Ferrajoli

Aunque la obra de Ferrajoli ha sido objeto de estudio,<sup>59</sup> fuente de algunas ideas y motivo de admiración<sup>60</sup> para Moreso, no ha estado presente en la determinación de los rumbos ni en la fundamentación de problemas puntuales dentro de su propia obra. La distancia entre modelos teóricos es más palpable a medida que las preocupaciones de Moreso, como se mencionó, se han acercado más hacia problemas de teoría “no ideal”. Una de las cuestiones más sustantivas, medulares de su enfoque general, es la aplicación del derecho y el razonamiento judicial. Ferrajoli sostendrá que el poder judicial, a diferencia de cualquier otro poder público,

... no sólo no exige sino que ni siquiera admite una legitimación del tipo representativo o consensual, sino solo una legitimación del tipo racional y legal. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, podemos decir a propósito de la jurisdicción, invirtiendo el principio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*, que vale por el contrario para la legislación.<sup>61</sup>

La posición de Ferrajoli es tradicionalista y simplifica los problemas del razonamiento judicial.

Ferrajoli es un Beccaria contemporáneo.<sup>62</sup> Representa, a mi juicio, una versión formalista –si bien actualizada a la mejor versión actual del positivismo jurídico, respecto de Kelsen por ejemplo– de la defensa de Beccaria a un tipo de juez, como lo concibiera Montesquieu –uno de sus autores más influyentes, precisamente–.<sup>63</sup> En esta consideración de la función judicial, Ferrajoli se articula, con matices pero esmeradamente, en el paradigma representado por

58 Idea de la *Ética a Nicómaco* (I, 5. 1096<sup>a</sup> 13-17) que se ha popularizado por la locución latina: “*Amicus Plato, sed magis amica veritas*”. Dice Aristóteles: “Con que quizá sea mejor examinar, y plantearse como problema, en qué sentidos se dice el bien en general, pese a que una indagación de esta índole resulta ardua por el hecho de que nuestros amigos han introducido las Formas. Aunque quizá parecería mejor, e incluso necesario para salvaguardar la verdad, dejar de lado los asuntos familiares sobre todo porque somos filósofos. Pues, siendo amigos ambos, es más honrado poner la verdad por delante”. Aristóteles (349 a. C.), *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 2014.

59 Desde su primer libro, *Teoría axiomatizada del diritto* (1970), que no recibió tanta atención como *Diritto e ragione* (1989), ni como su *magnum opus*, *Principia iuris* (2007).

60 Por ejemplo, Josep Joan Moreso, “An italian path to legal positivism: Ferrajoli’s garantismo”, T. Spaak y P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

61 Luigi Ferrajoli, “Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal”, *Jueces para la democracia* 4 (1988), p. 5. Véase también su trabajo: “Crítica al creacionismo judicial”, en G. Priori (ed.), *Justicia y proceso en el siglo XXI*, Lima, Palestra, 2019, pp. 721-740; y, desde una perspectiva más general, véase “Constitucionalismo y jurisdicción”, de su obra en tres volúmenes *Escritos sobre derecho penal*, N. Guzmán (coord.), vol. 2: *Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

62 Sobre “La actualidad del pensamiento de Cesare Beccaria” para Ferrajoli, véase *Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, op. cit., § 49.

63 Manuel Alberto Leyva y Larisbel Lugo, “La influencia de Beccaria en el Derecho Penal moderno”, *Revista Derecho Penal y Criminología* XXXVI, 101, 2015.

Montesquieu y Beccaria. En su constitucionalismo garantista es panglosiano,<sup>64</sup> es decir, adolece de un “optimismo desmesurado e ingenuo” (RAE) con la idea de la Ilustración en virtud de la cual, como lo expresara Montesquieu (1844),<sup>65</sup> el juez es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” y su deber fundamental consiste, entonces, en aplicarla. Considera que si tenemos un sistema constitucional operativo, nuestro respeto a los derechos, que configuran el núcleo de la justicia, se producirá por sí mismo. Para Moreso, en cambio, los derechos constitucionales no son condición necesaria ni suficiente del respeto a las garantías específicas que ellos mismos consagran. Pueden ser una condición contribuyente. No son necesarios en el sentido de que, por ejemplo, en Países Bajos el derecho a la alimentación no está consagrado en la Constitución, pero esto no supone un problema. En México está consagrado, pero hay una alta tasa de desnutrición.

En la versión que construye del constitucionalismo principialista, para plantear la oposición y defender su constitucionalismo garantista, Ferrajoli erige un “hombre de paja”. Construye su perspectiva crítica desde tres ejes:<sup>66</sup> la conexión conceptual entre el derecho y la moral, la importancia de los principios (la diferencia entre principios y reglas), y la ponderación como modo de aplicar los derechos constitucionales. Ferrajoli presenta de forma exagerada estos ejes del constitucionalismo principialista para erigirlos en versiones de sí mismas más fácilmente derrotables.

La discrepancia epistemológica entre Moreso y Ferrajoli estriba en esta línea en que el profesor italiano afirma que la teoría del derecho es de naturaleza formal, toda vez que sus definiciones de “derechos fundamentales” o “norma”, entre otras, nos dicen *qué son* y no *cuáles es justo que sean* los derechos establecidos como fundamentales, así como las normas jurídicas. Considera Ferrajoli que a la teoría del derecho no hay que pedirle que justifique estos derechos ni que nos diga cuáles es justo que se establezcan como fundamentales: “La teoría del derecho sólo tiene que establecer las reglas de utilización de estos conceptos y de los términos que los designan —de ‘derechos fundamentales’, así como de todos los demás conceptos y términos teóricos”.<sup>67</sup>

Sobre la ponderación, ya desde *Diritto e Ragione*, sustentaba estar de acuerdo en que algunas veces hay que aplicar las normas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Pero, afirma, no se pesan las normas sino los hechos, lo cual no queda del todo claro. La ceguera de Ferrajoli hacia algunos aspectos de la argumentación judicial se evidencia en su defensa de un sistema penal sin pena mínima para ningún delito. Uno de los ejemplos que plantea para sustentar su posición es el hurto famélico. Afirma que si alguien roba para

64 Josep Joan Moreso, “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, *Doxa* 31 (2008).

65 Para una interesante revisión de la interpretación tradicional de esta metáfora véase K. Schönfeld, “*Rex, lex et iudex*: Montesquieu en ‘La bouche de la loi’ re-revisited”, *European Constitutional Law Review* 4, 2 (2008).

66 Moreso, “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, *op. cit.*

67 Ferrajoli, “Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal”, *op. cit.*, p. 177.

comer es razonable que el juez pueda no imponer ninguna pena. Se trata de una posibilidad, pero no es claramente la que han seguido los códigos. Este tipo de hurto aparece como un caso de estado de necesidad. Es una causal de justificación. Un caso donde el derecho ofrece al aplicador un instrumento para determinar si imponer un castigo en las circunstancias del caso concreto protegería en realidad el bien jurídico. En lugar de apelar al estado de necesidad requiere apelar a un sistema en el que no haya límite mínimo a las penas, otorga en realidad más discrecionalidad a los jueces, en contravía incluso a lo que se podría derivar de su propia concepción de la función judicial.

Otro aspecto del pensamiento de Ferrajoli ajeno a la obra de Moreso es el escepticismo en materia moral y la falta de una teoría, o de un planteamiento coherente y articulado, sobre la autoridad en el derecho. Si bien Ferrajoli considera que es posible razonar sobre cuestiones morales –como sustentaría Guastini cercano al emotivismo–, rechaza la metafísica. Considera que sobre los juicios más básicos no es posible razonar.

Respecto de problemas como estos, la afinidad intelectual de Moreso se refleja más con la obra de Dworkin,<sup>68</sup> por ejemplo, al suscribir la tesis de que el derecho es la institucionalización de la moralidad pública, lo cual reforzaría su adscripción al antipositivismo. Esta es la primera de dos tesis de la perspectiva jurídica dworkiniana que suscribe. La segunda es la tesis de los desacuerdos teóricos generalizados sobre cómo han de ser establecidas las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas.<sup>69</sup> En palabras de Dworkin:

Podríamos entender que el derecho no es algo distinto de la moral sino una de sus partes. Ésta es la forma correcta de concebir la teoría política: como parte de la moral entendida en términos más amplios, pero distinguible y con su propio fundamento, porque es aplicable a unas estructuras institucionales específicas. Podríamos pensar en la teoría del derecho como una parte especial de la moralidad política, caracterizada por un ulterior refinamiento de las estructuras institucionales.<sup>70</sup>

Luego, en su obra definitiva, describió una concepción del derecho como una rama de la moral:

Es necesario comprender en términos generales la moral como un sistema que responde a una estructura arbórea: el derecho es una rama de la moralidad política, la cual constituye en sí misma una rama de una moral personal más general, que a su vez es una rama de una teoría todavía más general a propósito de lo que significa vivir bien.<sup>71</sup>

68 Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit.; Josep Joan Moreso, "Dworkin en Barcelona. Crónica de su última visita", L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021.

69 Sobre la tesis de los desacuerdos teóricos y de cómo cuestiona la naturaleza convencional del derecho, a partir del ejemplo del rechazo del Tribunal Constitucional español del recurso de amparo impuesto en contra de la modificación parlamentaria del Código Civil para autorizar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, véase Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit., pp. 402 y ss.

70 Ronald Dworkin, *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 45.

71 Dworkin, *Justicia para erizos*, op. cit., p. 20.

## 6.1. Escuela genovesa

¿Qué sentido tiene lo que hacemos, si se parte de sustentar que no existen criterios jurídicos ni morales que nos permitan evaluar nuestros propios juicios acerca del contenido autoritativo del derecho? A partir de una estancia de investigación, Moreso entabló amistad con los principales miembros de la, así llamada, Escuela genovesa de Teoría del Derecho. No obstante, nunca suscribió una de sus tesis más representativas: el escepticismo en materia interpretativa. Respecto de otra tesis importante para esta Escuela, en la primera etapa de su trabajo académico Moreso consideró que la mejor versión de la metaética conducía a algo cercano al escepticismo en la moral. Abandonó esta idea gracias al estudio de la obra de Rawls, a la cual había llegado por tratarse de la crítica más importante –aunque entonces no tan bien conocida– al utilitarismo de Bentham. Rechaza entonces el relativismo y el escepticismo sobre la moral, como el que defendieron Ayer y Stevenson, así como Mackie.<sup>72</sup>

Moreso recibió la influencia del escepticismo moral por cuatro vías: 1) por su director de tesis, Hernández Marín: un empirista radical, o fiscalista,<sup>73</sup> que sustenta que la naturaleza del mundo real solo está integrada por condiciones físicas. La existencia de algo que no parece físico en principio, como lo moral, social o psicológico es, de cualquier forma, físico o sobreviene en físico. 2) Por su lectura de Bentham, radical también en estas cuestiones, cuyo utilitarismo podría considerarse metaéticamente fundado en el emotivismo,<sup>74</sup> toda vez que no existe ninguna justificación al principio de utilidad, sino que es así porque nosotros lo aceptamos en la medida en que produce los mejores resultados posibles. Así como por dos tradiciones académicas, escépticas en materia moral, que fueron importantes en su formación: la representada por 3) Bulygin en Buenos Aires y por 4) Guastini en Génova.

Sin embargo, Moreso dejó atrás hace décadas el pensamiento escéptico. La razón originaria proviene de su lectura de Rawls quien, al rehabilitar la razón práctica en la filosofía contemporánea, como dice Miguel Ángel Rodilla, elaboraba una filosofía moral y política normativa con argumentos muy semejantes a los que se defendían en filosofía de la lógica y de la epistemología.<sup>75</sup> Después, fueron muy influyentes las posiciones normativamente robustas y no escépticas de Ernesto Garzón Valdés y Carlos Nino.

El escepticismo en materia moral, como el que adscribió Kelsen para fundamentar la democracia y los derechos humanos –dada la imposibilidad de en-

72 Sobre el no cognoscitivism moral y la teoría del error, véase el capítulo 8 de la parte I de Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*.

73 Sobre esta doctrina, véase Daniel Stoljar, “Physicalism”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. <https://plato.stanford.edu/entries/physicalism/> (1.2.22).

74 Véase la primera parte de J. J. C. Smart y Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.

75 Miguel Ángel Rodilla, *Leyendo a Rawls*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.

contrar un criterio externo para evaluar la veracidad de las proposiciones en estas materias al interior de sociedades diversas—, contiene un fatal error de razonamiento. Desde el paradigma de los derechos humanos existen razones, por ejemplo, para que los gobiernos democráticos no sometan a tratos crueles o degradantes a los detenidos bajo su custodia. Esta idea presupone una concepción de la dignidad humana que suministra razones decisivas a favor de no autorizar a ningún funcionario a torturar a un detenido, por ejemplo, para obtener un testimonio o una evidencia. Pero un escéptico en materia moral consideraría que no hay razones decisivas ni para prohibir ni para autorizar la tortura y, ante la ausencia de estas razones, no hay cómo justificar dicho proceder, ni su contrario. En sentido similar, Dworkin calificó el escepticismo de autodestructivo. La afirmación: “Todas las proposiciones morales son falsas” plantea una proposición moral, la cual resultaría siendo falsa si la proposición “Todas las proposiciones morales son falsas” fuera verdadera, la cual no lo es.

Los escepticismos interpretativo y ético ofrecen una perspectiva muy distorsionada del derecho como ciencia y como disciplina, es decir, de cómo irradia y configura en realidad las relaciones sociales.<sup>76</sup> A los escépticos en materia moral e interpretativa habría que cuestionarles si las proposiciones que formulan aquello que defienden no están sujetas al control racional, ¿cuál es el sentido de hacer lo que hacen? ¿Para qué hacerlo? La tesis escéptica es inestable, se condena a sí misma al ostracismo en la academia y en sus posibles influjos prácticos.

Sustenta que el ámbito normativo puede estar sujeto al control racional, que el ámbito práctico está sujeto a las razones y, en contra de los escépticos en materia ética, considera que nuestra práctica como evaluadores morales carece de sentido si no presuponemos algún tipo de objetividad. Su posición metaética, desde el escepticismo que suscribió en la primerísima etapa de su trabajo, transitó desde posiciones más expresivistas hacia posiciones más constructivistas. Sobre todo, a concepciones que aceptaran el objetivismo ético, es decir, la posibilidad de razonar acerca de posiciones prácticas. La posición de los padres del positivismo jurídico en el siglo XX, Kelsen, Ross y, tal vez, Hart, sustenta la imposibilidad de la razón práctica.

El Estado constitucional que se rige por una constitución con vocación normativa y un claro contenido axiológico integrado por derechos fundamentales, impone que el intérprete, y típicamente el intérprete judicial que resuelve casos difíciles que surgen de la aplicación de una constitución de tal tipo, deba necesariamente operar con principios. Otorgar a los principios o derechos fundamentales un contenido normativo definitivo vinculante implica la ne-

---

76 Moreso responde a la “objeción de la indeterminación radical” cuando sustenta su crítica al escepticismo en materia de interpretación jurídica. Véase su texto “Estado de derecho”, en Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*, op. cit.



cesidad de realizar ponderación y, así, valoraciones. Para que las valoraciones que implica hacer la aplicación de la constitución no sean la imposición de meras preferencias subjetivas, hay que aceptar la racionalidad en el ámbito práctico, es decir, de una cierta objetividad.

Moreso suscribe un *realismo moral no naturalista sin compromiso metafísico*, como han defendido Dworkin, Nagel, Parfit y Scanlon, en virtud del cual las cuestiones ontológicas son internas a su propio ámbito y, siempre que no entren en conflicto con otros ámbitos, como las ciencias empíricas, su validez interna es suficiente para establecer su verdad sin que sea necesario postular externamente su existencia ni asumir un compromiso ontológico. Para Moreso, la cuestión medular de la moralidad, en lugar de la cuestión ontológica, es si hay un espacio para la objetividad en asuntos morales. Nadie pone en cuestión que haya un espacio para la objetividad en virtud de la cual se defienda la verdad de que dos más dos es igual a cuatro, a pesar de que para algunos aquello que la fundamenta es la existencia platónica de los números, mientras que para otros se trata de construcciones o ficciones humanas. Si desde hace 25 siglos sigue abierta la discusión sobre la naturaleza ontológica de las entidades matemáticas, por qué esto no impide o torpedea la investigación ni el progreso en dicho campo.

A pesar de las profundas y complejas diferencias entre posiciones,<sup>77</sup> Moreso considera posible defender una postura ecuménica en metaética que pueda dar cuenta de la objetividad de nuestra práctica moral. Su posición metaética está determinada por la defensa de un grado no superlativo, más bien mínimo, de objetivismo moral.<sup>78</sup> Contribuye así con la tarea fundamental de la metaética, es decir, con la justificación de la objetividad de nuestra práctica moral de ponderar, reconocer o reprochar comportamientos y atribuir responsabilidad a los agentes morales. Este esfuerzo de argumentación y persuasión no solo tiene naturalmente efectos académicos, sino profundas consecuencias prácticas en, por ejemplo, la discusión acerca de si cierto discurso debe censurarse por violar derechos subjetivos.

Ahora bien, vencer en esta discusión contra el escepticismo no le otorga al objetivista una victoria definitiva frente al escéptico. Lo que se afirma en virtud del realismo moral es que unos juicios morales son verdaderos y otros falsos, es decir, que es posible atribuirles valor de verdad. Esta posibilidad marca un punto de partida, no de llegada, toda vez que aún hay que investigar y trabajar arduamente para esgrimir argumentos que sustenten una u otra alternativa. La defensa de la objetividad es la defensa de un espacio para las razones

77 El mejor muestrario se encuentra, quizá, en Tristram McPherson y David Plunkett (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*, New York, Routledge, 2018.

78 Atienza defiende una tesis afín en su trabajo: "Objetivismo moral y derecho", en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2018.

decisivas. Según la fuerza de las razones y la depuración de los prejuicios y estereotipos, tras una deliberación en condiciones adecuadas, se podrá o no alcanzar el objetivo que pretende el agente que sustenta objetivamente una posición determinada.

La discusión que plantea la tesis de la incorporación remite a la cuestión de la objetividad de la moral y, por lo tanto –en ocasiones–, del derecho. Las razones jurídicas dentro del Estado constitucional incluyen razones morales, tanto por consagración expresa, típicamente, de las disposiciones constitucionales iusfundamentales, como porque razones morales constituyen criterios para establecer la validez jurídica de las normas. Ejemplo de lo primero son los artículos que consagran la dignidad humana, la igualdad formal y material, o la solidaridad; y ejemplo de lo segundo es la declaratoria de inconstitucionalidad de medidas aberrantemente injustas que, por ejemplo, en virtud de la libertad de empresa de los privados sobre el manejo de estos residuos prohíben a los pobres recoger, transportar y almacenar basuras para reciclarlas y obtener así algunos recursos para subsistir.<sup>79</sup> Si recurrir a la argumentación moral es imperativo para determinar lo que el derecho establece cuando alguna de sus fuentes incluye conceptos y consideraciones morales, el derecho solo puede ser objetivo si la moralidad y el razonamiento moral son objetivos.

## 7. A manera de cierre

*Philosophical analysis, animated by literary imagination, does not solve our problems. For that we need sound economic planning, historical and scientific knowledge, psychology and psychotherapy, and multidisciplinary cooperation of many sorts. But philosophy can help us understand ourselves and see where the problems lie, and it can also help us to identify some not so productive ways to respond to them. In its methods philosophy also embodies part of the solution: a decent, respectful, rational and imaginatively engaged way of relating to other people.*

Martha Nussbaum  
*Acceptance Speech, 2021 Holberg Prize*  
Chicago, junio 4 de 2021

En algún discurso donde clasificó a sus discípulos, ahora colegas, como zorros o erizos, Moreso no eludió la responsabilidad de clasificarse a sí mismo en dicha categoría. Afirmó sentirse más bien un zorro (aunque tal vez un zorro que habría querido ser un erizo). Dos razones cercanas a la clasificación que hiciera

<sup>79</sup> Ejemplo tomado de las leyes 142 de 1994 (establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios) y 1259 de 2008 (instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros) de Colombia, y la Sentencia T-291 de 2009 de la Corte Constitucional que adoptó dos tipos de órdenes, a saber: puntuales para resolver las acciones de tutela y complejas para resolver los problemas que la sentencia evidenció respecto del tratamiento a los recicladores como comunidad vulnerable.

el propio Berlin considero que sustentan esta clasificación: la amplitud de sus intereses temáticos, y la diversidad de autores y tradiciones, que configuran su trayectoria, pero, sobre todo, la creencia de que el valor está fragmentado, es decir, su rechazo a la tesis dworkiniana de la unidad del valor. En la línea de Berlin y Bernard Williams, Moreso tendría dudas acerca de que el reino de los valores se pueda someter a una unidad. Hay valores que compiten entre sí. No son, en todo caso, dudas de naturaleza escéptica las que plantea Moreso respecto del discutible éxito de la ambición dworkiniana.

Tomarnos en serio como seres razonables, sensibles a razones, implica que además de posible sea ineludible dar respuesta fundada, y con la máxima aspiración posible a la objetividad, a cuestiones normativas. Pero, contra Dworkin, es posible que esta operación no encaje en una unidad perfecta. Cuando en un Estado constitucional, y en el marco de una sociedad pluralista, un parlamento o un tribunal adopta una decisión para proteger un valor, algunas veces ello implica una “pérdida irreparable”<sup>80</sup> de otro valor. En la solución de un “caso difícil” que implica un conflicto entre valores, optar por uno constituye algunas veces una pérdida porque el otro valor, por el que no se opta, sigue siendo importante y “valioso”. Esta posibilidad de “conflicto y tragedia”<sup>81</sup> no se puede eliminar del todo de la vida personal o social.

Respecto de lo que estaría de aceptar la tesis dworkiniana de la unidad del valor, Moreso estaría entonces más cerca de reconocer la tesis de la inconmensurabilidad de Berlin en virtud de la cual hay valores que no se pueden comparar (¿ponderar?) por lo que solo queda realizar una elección “radical”, la cual no se sustenta en una razón última. Algunas veces –no siempre– el control judicial de constitucionalidad plantea un dilema trágico y no es posible saber cuál de las dos alternativas es moralmente correcta. Tal vez no haya una respuesta definitiva a la cuestión de si fue correcto que Gauguin o Picasso abandonaran a sus hijos para concentrarse en el desarrollo de su talento, en Tahití o en el sur de Francia.<sup>82</sup>

Moreso afinó recientemente la clasificación del zorro al que le habría gustado ser erizo con otra categoría, tomada del modo como se calificaba a sí mismo John Gardner: “Soy una especie de ardilla intelectual (algo que va más allá del zorro) que no presto atención a cómo logro las pequeñas verdades que voy acumulando en estas páginas. Puede ser incluso que las arranque bajo las mismas narices de un erizo”.<sup>83</sup>

80 Isaiah Berlin, *La búsqueda del ideal*. Discurso, 1989, en <http://ru.ffyl.unam.mx/handle/10391/5507> (5.2.22), discurso impartido al recibir un premio en Turín, en 1988, en <http://ru.ffyl.unam.mx/handle/10391/5507> (5.2.22). Sobre este punto pueden consultarse: Bernard Williams, *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, y William Galston, *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

81 Isaiah Berlin, “Two concepts of liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

82 El ejemplo de Gauguin en Tahití proviene de Moreso, quien lo toma de Bernard Williams.

83 John Gardner, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. vi.

Como ilustra el epígrafe de Nussbaum, Moreso ha llevado a cabo una importante labor de análisis filosófico, animado también por la imaginación literaria, que nos toma en serio como seres morales sensibles a razones. Su trabajo nos ayuda, más que el desarrollado desde otros paradigmas, como el escepticismo y el positivismo, a entender dónde radican los verdaderos problemas y, en el camino, a desechar pseudoproblemas para observar formas productivas y no tan productivas de resolverlos. Tomarnos en serio como seres morales sensibles a razones constituye también, como dice Nussbaum, parte fundamental de la solución: trabajar desde una forma decente, respetuosa, racional e imaginativamente comprometida de relacionarnos entre nosotros.

Su filosofía del derecho no pierde de vista que también, desde teorías no ideales, debe comprometerse con la solución de problemas reales. La postura de Moreso evoca una conversación cuando Ronald Dworkin le dijo a John Gardner que pensaba que la filosofía del derecho “debería ser interesante”, es decir, debería ser de interés para disciplinas tanto más o menos abstractas como ella misma, así como para abogados y jueces. Gardner increpó a Dworkin: “¿No lo ves? ¡Ese es tu problema!”.<sup>84</sup>

## Referencias

- Alexy, Robert, “El no positivismo incluyente”, *Doxa* 36 (2013). DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.01>
- Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.
- Aristóteles (349 a. C.) *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 2014.
- Atienza, Manuel, “Objetivismo moral y derecho”, en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2018.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009.
- Audard, Catherine, “Rawls en Europa”, *Praxis Filosófica. Nueva Serie* 21 (2005).
- Bayón, Juan Carlos, “El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022). DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6837>
- Berlin, Isaiah, *La búsqueda del ideal*. Discurso, 1989, en <http://ru.ffyl.unam.mx/handle/10391/5507> (5.2.22).

---

<sup>84</sup> Ronald Dworkin, “Hart’s postscript and the character of political philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 1 (2004), pp. 36-37.

- Berlin, Isaiah, "Two concepts of liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1093/019924989X.003.0004>
- Chalmers, David, "Does conceivability entail possibility?", en Tamar Szabó Gendler y John Hawthorne (eds.), *Conceivability and Possibility*, New York, Oxford University Press, 2002.
- Chalmers, David, "The Two-dimensional Argument Against Materialism", en B. McLaughlin (ed.), *Oxford Handbook of Philosophy of Mind*, Oxford, Oxford University Press, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199262618.003.0019>
- Coleman, Jules, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies* 11, 1 (1982). DOI: <https://doi.org/10.1086/467696>
- Dworkin, Ronald (ed.), *A Badly Flawed Election: Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York, New Press, 2002.
- Dworkin, Ronald, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies* 24, 1 (2004). DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/24.1.1>
- Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. M. Iglesias, Barcelona, Marcial Pons, 2007. DOI: <https://doi.org/10.2307/jj.2321952>
- Dworkin, Ronald, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, ¿pueden ser filósofos?", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 32 (2010).
- Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. H. Pons, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- Dworkin, Ronald, "La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria", en L. García Jaramillo y Carbonell, M. (eds.), *Derechos, libertades y jueces*, 2 ed., Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2015.
- Dworkin, Ronald, "La teoría jurídica de adentro hacia afuera", en L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021.
- Dworkin, Ronald, *El imperio del derecho*, trad. T. Céspedes, Barcelona, Gedisa, 2022.
- Ferrajoli, Luigi, "Justicia penal y democracia. El contexto extra-procesal", *Jueces para la democracia*, 4 (1988).
- Ferrajoli, Luigi, *Escritos sobre derecho penal*, N. Guzmán, coord., vol. 2: *Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

- Ferrajoli, Luigi, "Crítica al creacionismo judicial", en G. Priori (ed.), *Justicia y proceso en el siglo XXI*, Lima, Palestra, 2019.
- Galston, William, *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511613579>
- García Amado, Juan Antonio, "¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen?", en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Gardner, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199695553.001.0001>
- Gargarella, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- Hart, H.L.A., *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967. DOI: <https://doi.org/10.1525/9780520312296>
- Leyva, Manuel Alberto y Larisbel Lugo, "La influencia de Beccaria en el derecho penal moderno", *Revista Derecho Penal y Criminología* XXXVI, 101, 2015.
- McPherson, Tristram y David Plunkett (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*, New York, Routledge, 2018. DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315213217>
- Montesquieu, "De la constitution d'Angleterre", chapitre VI, livre XI: "Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution", en *De L'esprit des lois*, Paris, Lavigne, 1844 [1748].
- Mora Sifuentes, Francisco, "'Los intocables del derecho'. Entrevista a Josep Joan Moreso", *Ciencia Jurídica* 5, 9 (2016). DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v5i1.183>
- Moreso, Josep Joan y Pablo Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Moreso, Josep Joan, *La teoría del Derecho de Bentham* (tesis Doctoral), Barcelona, PPU, 1993.
- 30 Moreso, Josep Joan y Pompeu Casanovas (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

- Moreso, Josep Joan, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer, 1998. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-94-015-9123-2>
- Moreso, Josep Joan, "In defense of inclusive legal positivism", en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, Turín, Giappichelli, 2001.
- Moreso, Josep Joan, "El positivismo jurídico y la aplicación del derecho", *Doxa* 27 (2004). DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.03>
- Moreso, Josep Joan, "Ferrajoli o el constitucionalismo optimista", *Doxa* 31 (2008). DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.18>
- Moreso, Josep Joan, *Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Moreso, Josep Joan, Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, Ciudad de México, Fontamara - Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- Moreso, Josep Joan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- Moreso, Josep Joan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, 2 ed. ampliada, Lima, Palestra, 2014.
- Moreso, Josep Joan, *La planta noble de La Mercè. Idees i ideals per a la universitat del present*, Barcelona, Edhasa, 2015.
- Moreso, Josep Joan, *Ethica more iuridico incorporata*, Ciudad de México, Fontamara-Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2016.
- Moreso, Josep Joan, *El derecho: diagramas conceptuales*, Bogotá, Universidad Externado, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, 2017. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv18msspx>
- Moreso, Josep Joan, "Towards a taxonomy of normative defeaters", S. Berteau (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, London, Routledge, 2020. DOI: <https://doi.org/10.4324/9780429293412-11>
- Moreso, Josep Joan, "De secesione. Los escondites de la vía catalana", *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política* 10, 18 (2021). DOI: <https://doi.org/10.5209/tolu.74910>
- Moreso, Josep Joan, "An italian path to legal positivism: Ferrajoli's garantismo", T. Spaak y P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108636377.026>
- Moreso, Josep Joan, *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021.

- Moreso, Josep Joan, "Dworkin en Barcelona. Crónica de su última visita", L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021.
- Moreso, Josep Joan, "El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56 (2022). DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21657>
- Moreso, Josep Joan, "Nuevas variaciones para mis críticos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 22 (2022). DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6838>
- Moreso, Josep Joan, "Las virtudes de la niebla. Conversando con Juan Ruiz Manero". Conferencia impartida en el seminario Internacional: *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje al profesor Juan Ruiz Manero*, Universidad de Alicante, 5 de marzo de 2022, en [https://www.academia.edu/72617732/LAS\\_VIRTUDES\\_DE\\_LA\\_NIEBLA\\_CONVERSANDO\\_CON\\_JUAN\\_RUIZ\\_MANERO](https://www.academia.edu/72617732/LAS_VIRTUDES_DE_LA_NIEBLA_CONVERSANDO_CON_JUAN_RUIZ_MANERO)
- Rawls, John, *Liberalismo político*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Rawls, John, *Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, ed. Erin Kelly, Cambridge, Harvard University Press, 2001. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv31xf5v0>
- Raz, Joseph, *The authority of law: Essays on law and morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253457.001.0001>
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- República de Colombia, Ley 142 de 1994.
- República de Colombia, Ley 1259 de 2008.
- República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-291 de 2009.
- Rodilla, Miguel Ángel, *Leyendo a Rawls*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006.
- Rodríguez, Jorge Luis, *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Ruiz Manero, Juan, "Algunas pretensiones en conflicto en el derecho", *Analisi e Diritto*, (2015).



- Scanlon, Thomas, "Tres pensamientos sobre Ronnie", en L. García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*, Madrid, Trotta, 2021.
- Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009. DOI: <https://doi.org/10.4159/9780674054578>
- Shiffrin, Seana, "Inducing moral deliberation", *Harvard Law Review*, 123 (2010).
- Schönfeld, K., "Rex, lex et judex: Montesquieu en 'La bouche de la loi' re-visited", *European Constitutional Law Review* 4, 2 (2008). DOI: <https://doi.org/10.1017/S1574019608002745>
- Smart, J. J. C. y Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511840852>
- Stoljar, Daniel, "Physicalism", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. <https://plato.stanford.edu/entries/physicalism/> (1.2.22).
- von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963.
- Vorländer, Karl, *Kants Leben*, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 1986.
- Waluchow, Wilfrid, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Williams, Bernard, *Moral Luck. Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- Williams, Bernard, *La fortuna moral*, trad. S. Marín, Ciudad de México, UNAM – Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1993.