

## Contenido e identificación del derecho y valoraciones. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 672 pp.

Victoria Iturralde Sesma  
Universidad del País Vasco  
ORCID ID 0000-0002-7264-496X  
[victoria.iturralde@ehu.es](mailto:victoria.iturralde@ehu.es)

Cita recomendada:

Iturralde Sesma, V. (2022). Contenido e identificación del derecho y valoraciones. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 491-496.  
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6832>

Recibido / received: 17/02/2022  
Aceptado / accepted: 11/03/2022

En primer lugar, quiero mostrar mi agradecimiento al profesor José María Saucá por la invitación a participar en el comentario de esta obra del profesor J.J. Moreso, referente inexcusable de la Teoría del Derecho, y que nos da la oportunidad de releer y tener una visión en conjunto de su obra. De los ensayos asignados (Parte I: 6, y Parte II: 8, 9, 17 y 18), y dada la variedad de cuestiones y transversalidad entre ellas, voy a centrarme en dos temas que se abordan en el ensayo 6 de la primera parte y el 9 de la segunda.

En el ensayo 6 (Los límites de la Tesis de la incorporación), el profesor Moreso se refiere a la tesis de Raz según la cual al derecho pertenecen no solo las normas basadas en fuentes (tesis de las fuentes), sino también todo aquello que está implicado por ellas (tesis de la incorporación). Sobre esta última, Moreso sostiene que la tesis de la incorporación necesita restricciones, en un doble sentido: debe restringirse a las consecuencias lógicas «relevantes» y, hay que sustituir, para las proposiciones no jurídicas, la verdad por la aceptabilidad. Este es un modo, dice, «de comprender las restricciones que surgen de la semántica y la pragmática del operador intencional “según el Derecho”» (Moreso, 2020, p.194).

En principio, comparto ambas tesis del profesor Moreso. Sin embargo, soy escéptica respecto a la idea de «consecuencia lógica». La expresión «consecuencia



lógica» aplicada al derecho tiene dos funciones principales. De un lado, es un «criterio de racionalidad» de las decisiones judiciales, puesto que está ampliamente aceptado que una decisión judicial está justificada desde el punto de vista de la forma si respeta las reglas de la lógica (justificación interna)<sup>1</sup>. De otro, establece qué enunciados «forman parte del derecho».

Afirmar que las «consecuencias lógicas» de las fuentes del derecho forman parte del derecho, presupone que hay una única lógica que establece cuáles son esas consecuencias. Ya Waismann señalaba la necesidad de afrontar el hecho de que nos encontramos con una pluralidad de lógicas (1968, [cit. por García Suarez, 1977, p. 339]; Cfr., Haack, 2007, pp. 11-14, 1980 y 1982); advertencia recogida por la Teoría del Derecho elaborando una lógica propia para los sistemas jurídicos, la lógica deóntica. Sin embargo, la lógica deóntica presenta algunos problemas no desdeñables, de los que me limitaré a mencionar algunos. Uno: la asunción generalizada de que las premisas tienen (solo) dos valores de verdad, si tenemos en cuenta que, para evitar del dilema de *Jørgensen*, el objeto de la lógica no son las normas, sino las proposiciones normativas. Dos: en cuanto a los axiomas de la lógica deóntica, la noción de permiso débil está lejos de ser un principio lógico-jurídico, sino que depende del ámbito del derecho al que se aplique (en nuestro derecho sólo es válido en el ámbito sancionatorio) (Cfr. Soeteman 1989, pp. 108-208; Haack, 2007, p. 17). Tres: las contradicciones normativas van más allá de las contradicciones deónticas: así, para que exista una antinomia en derecho no es necesario la coincidencia en la acción (a diferencia de lo que ocurre en lógica) –p.ej. si una norma establece la prohibición de discriminación y otra una diferencia salarial no justificada entre hombre y mujeres–. Cuatro: uno de los problemas de la notación lógica es la diferencia entre esta y el lenguaje natural. Por ejemplo, los mismos verbos del lenguaje natural (y jurídico) carecen de una traducción única en notación lógica y requieren ser expresados de manera distinta según su uso (Hintikka-Sandu, 2007, p. 31; Hintikka, 1979). Por otra parte, en el proceso de formalización nos vamos a encontrar problemas relativos a la «estructura» de las normas, como la representación de la negación (interna y externa), la conjunciones y disyunciones, el alcance de los cuantificadores, la representación de las normas condicionales, etc. Por último, hay que tener en cuenta que el proceso de formalización afecta no solo a las tradicionales fuentes del derecho, sino, también –incluso en los sistemas de *civil law*–, a las sentencias de determinados tribunales que son jurídicamente vinculantes (en España, el Tribunal de justicia de la Comunidad Europea, el Tribunal Constitucional y, en determinadas ocasiones, el Tribunal Supremo). Esto plantea el problema de determinar cuál es la «norma» dictada por el tribunal, cuestión que pocas veces se establece de manera clara.

En el Ensayo 9 de la Parte II (*La tavola rotonda di Pavia*), el profesor Moreso apunta dos sugerencias que hace Bobbio en su intervención en la mesa redonda de Pavía en 1966. La primera, se refiere a la aproximación científica al derecho que, según Bobbio, «queda en suspenso si no podemos distinguir claramente entre la existencia del Derecho y su valor». La segunda, atañe a la distinción entre la existencia del derecho y su valoración: «no es tan sencillo distinguir la existencia del derecho de su mérito o demérito, sino que la propia distinción depende de determinadas valoraciones». La posición primera, señala Moreso:

<sup>1</sup> Tal como establece Moreso: «La lógica por sí sola puede decirnos cuales son las premisas normativas aplicables si son verdaderos los enunciados descriptivos de los hechos del caso; pero en ambos casos la lógica “sirve para comprobar si el paso de las premisas a la conclusión es o no correcto”», (comillas mías) (1997, p. 25; Cfr. Bulygin, 1995, p. 25).

pone de manifiesto la dificultad de identificar el contenido del derecho sin recurrir a valoraciones y que ha llevado al positivismo jurídico contemporáneo a dos caracterizaciones: el positivismo jurídico exclusivo o excluyente, que insiste en la identificación del derecho sin recurrir a valoraciones, y el positivismo jurídico inclusivo o incluyente, que insiste en lo contrario (Moreso, 2020, p. 392).

En relación con la segunda, indica que «también sobre esta cuestión la separación entre los derechos y los valores es cuestionable» (Moreso, 2020, p. 392).

Si bien el profesor Moreso en este ensayo se limita a «tratar de mostrar que hay conceptos en los cuales es muy difícil separar su contenido descriptivo de su dimensión evaluativa» (2020, p. 392) –idea que comparto–, realizaré algunas observaciones sobre ambos aspectos.

### Juicios de valor

Cuando a mediados del siglo XIX surgen las ciencias sociales, la metodología que sirvió como modelo fue la de las ciencias naturales. Estas, su vez estaban dominadas por una perspectiva positivista basada en la utilización de técnicas específicas (la observación, la medición, la experimentación y la comparación), y la objetividad significaba dejar los valores fuera del conocimiento científico.

Hoy, desde una epistemología post-empirista, hay que decir que determinados juicios de valor son inherentes al conocimiento científico (ciencias naturales), puesto que los hechos no pueden ser separados de las teorías, que no hay un lenguaje observacional neutro y que los datos y los hechos tienen significado no en base a la observación directa, sino a través interpretaciones teóricas complejas. Determinados juicios de valor, por tanto, son inherentes a la actividad científica, puesto que todo discurso mínimamente interesante es interpretativo. Pero, al decir esto, como señala Moulines:

no estamos diciendo que no hay más distinciones que hacer bajo el rubro «interpretación». Las interpretaciones de la física teórica no son de la misma naturaleza que las de la historia política, por supuesto; pero también dentro de la propia física teórica hay que hacer distinciones: no es lo mismo una interpretación de los fenómenos físicos continuista que una atomista, por ejemplo; y así sucesivamente. Hay aquí toda una serie de gradaciones y ramificaciones a tomar en cuenta (Moulines, 1991, p. 38).

Si esto es así en las ciencias naturales, en las ciencias sociales la influencia de los juicios de valor es inevitable, fundamentalmente a través de: la selección de los problemas, la determinación del contenido de las conclusiones, la identificación de los hechos, y la evaluación de los elementos de juicio (Nagel, 1974, p. 437).

Ahora bien, no todos los juicios de valor son del mismo tipo. Siguiendo a Nagel (1974, pp. 443-446), pueden distinguirse dos clases: «juicios de valor en sentido fuerte y juicios de valor en sentido débil». Los primeros son aquellos que tienen la función de hacer una apreciación positiva o negativa de un determinado objeto, natural o cultural, y pueden referirse a cosas, personas, entidades lingüísticas, etc.; apreciaciones que son explicadas a través de predicados como «bueno», «justo», «correcto», «mejor» (Villa, 1997, p. 456). Este tipo de juicios de valor pueden ser morales, políticos, etc.

Los juicios de valor en sentido débil incluyen los siguientes (Nagel, 1974, pp. 442-4521): a) juicios de valor caracterizadores, esto es, valoraciones técnicas,

definiciones de estándares cuantitativos y parámetros de aceptabilidad empírica que expresan convenciones (p.ej. «Un buen ordenador tiene que tener 32 GB de memoria RAM»); b) enunciados en los que los términos valorativos aparecen en una posición atributiva («Esto es un buen x [p.ej. ordenador]»), en el sentido de que es «x es un buen ejemplo de una determinada clase»), y c) enunciados que tienen una posición externa respecto del discurso teórico, porque intervienen «antes» de que comience la investigación (p.ej. enunciados sobre los motivos para llevar a cabo un determinado tipo de investigación, con exclusión de otros) y después de que aquella haya sido realizada (p.ej. decisiones acerca de las aplicaciones que van a darse a un resultado teórico).

Puesto que los juicios de valor en sentido débil están presentes en toda actividad científica, sobra hacer hincapié en ello cuando nos referimos al derecho. Por tanto, lo que nos interesa son los juicios de valor en sentido fuerte.

### La identificación del derecho

Volviendo al derecho, concretamente en la cuestión de la «identificación», el mismo Bobbio indica que, dada la omnipresencia de juicios de valor, no es tan sencillo distinguir la existencia del derecho de su mérito o demérito. Decir esto significa poner en cuestión la «tesis de la separación conceptual» entre derecho y moral (puesto que es un caso de la distinción entre hechos y valores, y esta no es tajante).

En primer lugar, como el mismo Moreso señala en otro lugar (2015, pp. 67-82), la idea de la conexión necesaria entre derecho y moral (reverso de la tesis de la separación), está relacionada con seis tesis distintas: 1) conexión semántica: *lex iniusta non est lex*; 2) conexión semántica cualificada: *lex iniustissima non est lex*; 3) conexión ontológica: la existencia del derecho tiene valor moral; 4) conexión normativa: la pretensión de autoridad (el punto de vista interno implica una adhesión a las normas jurídicas por razones morales. Sin este punto de vista moral no se podría decir que un sistema jurídico positivo existe); 5) conexión identificativa: el derecho incorpora necesariamente la moralidad, al incluir las fuentes del derecho conceptos y consideraciones morales; 6) conexión justificativa: sólo las razones morales justifican las decisiones jurídicas.

La tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral alude únicamente a los sentidos 1 y 2 señalados por Moreso, y es una tesis estrechamente vinculada con la tesis de las fuentes sociales, puesto que, si se asume que la existencia del derecho está determinada exclusivamente por hechos sociales complejos, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y, por tanto, no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)<sup>2</sup>. De otro lado, hay que tener en cuenta que se trata de una regla conceptual, esto es, la estipulación de un criterio de uso del término «derecho» para determinar qué es y que no es derecho, o, en palabras de Bayón:

un tipo de práctica social compleja que resulta ser enormemente relevante para nuestras vidas, que justifica nuestro interés en contar con un término específico que denote precisamente esa clase de práctica y no otra cosa; para cumplir esa función podríamos estipular un término cualquiera, pero como el uso del término “derecho” en el lenguaje ordinario resulta ser incomparablemente más cercano al propuesto la tesis social que a cualquier otro criterio alternativo, optar por una estipulación diferente

<sup>2</sup> Bayón la denomina «Tesis de la no conexión identificatoria entre derecho y moral», y se refiere a la «existencia y contenido» (Bayón, 2002, p. 39).

implicaría una revolución lingüística sin beneficio alguno y con costes considerables (Bayón, 2002, pp. 38-39).

Por tanto, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral puede afirmarse sin realizar juicios de valor en sentido fuerte.

### El contenido del derecho

Comparto la idea del positivismo incluyente de que el contenido del derecho no puede establecerse sin realizar juicios de valor. Ahora bien, hay que determinar qué juicios de valor son admisibles y cuales quedan excluidos.

Si tomamos el punto de vista de los órganos de aplicación, la realización de juicios de valor en sentido fuerte es imprescindible para dar respuesta a diversas cuestiones que se le pueden plantear al juez: interpretativas, problemas de lagunas, antinomias, de determinación de los hechos, etc. Puesto que resultaría muy extenso referirme a cada uno de ellos, voy a limitarme brevemente a los juicios de valor en la interpretación.

Los problemas interpretativos dan lugar a situaciones de elección entre dos o más interpretaciones, entre las que el juez (u otro órgano de aplicación del derecho) debe pronunciarse estableciendo que: «la interpretación  $x$  es mejor que la interpretación  $y$ ,  $p$  o  $q$ , en base a las razones  $r_1, r_2, r_3, \dots$ ». Pero, hay que subrayar dos cosas.

En primer lugar, el rango de interpretaciones admisibles varía según los enunciados objeto de interpretación: no es lo mismo la interpretación de términos cuantificadores («El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros», art. 159.1 CE), que de aquellos que son ambiguos y permiten un número limitado de interpretaciones (p. ej. «régimen electoral general» [STC 38/1983, de 16 de mayo])<sup>3</sup>, o de términos vagos (p.ej. «injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves», art. 208 C.P.), o de términos como «justicia» o «igualdad» (art. 1 CE), que pueden considerarse no ya vagos, sino «conceptos esencialmente controvertidos» (Gallie, 1955-1956).

En segundo término, no puede sostenerse un escepticismo interpretativo. En este sentido, comparto con Moreso la idea de que:

no todo lo que el Derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas [...]. En mi opinión –y expuesto de modo muy tentativo– al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones: a) las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales, y b) las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos (Moreso, 2008, p.193).

Considero que a estas habría que añadir: (a) el área de certeza de los términos (aun admitiendo que no hay una separación nítida entre núcleo de certeza y área de penumbra) y, (b) los conceptos métricos o cuantitativos (a los que se refiere el profesor Moreso en la Parte I. 2 «La incorporación de la moral en el razonamiento

<sup>3</sup> Lo que se discute es si la expresión «régimen electoral general» que utiliza el art. 81.1 de la C.E. para acotar, con otros objetos, la materia reservada a la Ley Orgánica, comprende tan sólo el régimen jurídico de las elecciones para designar a los parlamentarios que han de componer el Congreso y el Senado, o si se refiere a «lo que es primario y nuclear en el régimen electoral», aplicable, por tanto, a cualquier proceso electoral.

judicial»). No se trata de defender una suerte de criterio literal (ingenuo) de interpretación, sino poner de relieve que hay dos características del lenguaje (aplicable tanto al lenguaje común como jurídico), la convencionalidad y la autonomía semántica<sup>4</sup>, que delimitan las interpretaciones posibles (Barberis, 2000, p.14). Por tanto, no pueden denominarse «interpretaciones» a adjudicaciones de significado completamente diferentes a su significado convencional (sea este del lenguaje común o un significado técnico-jurídico). En resumen, que la determinación del contenido del derecho implique la realización de juicios de valor en sentido fuerte, no significa que se pueda realizar cualquier juicio de valor normalmente implícito (como la injusticia de la norma o de su aplicación al caso concreto –cuestión que está en fondo de las construcciones principialistas–). Esto da lugar a un particularismo jurídico incompatible con los Estados constitucionales.

## Bibliografía

- Barberis, M. (2000). Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise. *Analissi e diritto*, pp. 1-36.
- Bayón, J.C. (2002). El contenido mínimo del Positivismo jurídico. En V. Zapatero (ed.) *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. II (pp. 33-54). Universidad de Alcalá.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and Interpretation of Law. En L. Gianformaggio–S.L. Paulson (eds.) *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 11-35), Giappichelli.
- Gallie, B. (1955-1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, LVI, pp. 167-198.
- García Suarez, A. (1977). Lógicas alternativas. *Teorema*, 7(3-4), pp.339-346.
- Haack, S. (2007). On Logic in the Law: “Something, but not All”. *Ratio Juris*, vol. 20 (19), pp.1-13.
- Haack, S. (1982). *Filosofía de las lógicas*. Cátedra.
- Haack, S. (1980). *Lógica divergente*. Paraninfo.
- Hintikka, J. y Sandu, G. (2007). ¿Qué es la lógica? En M.J. Frapolli (comp.) *Filosofía de la lógica* (pp.15-54). Tecnos.
- Hintikka, J. (1979). “Is”, Semantic Games and the Semantical relativity. *Journal of Philosophical Logic*, vol. 10, pp. 95-115.
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC
- Moreso, J.J. (2015). Los límites de la tesis de la incorporación. *Doxa*, 38, pp. 265-282.
- Moreso, J.J. (2008). Teoría del derecho y neutralidad valorativa. *Doxa*, 31, p. 177-200.
- Moreso, J.J. (1997). *Normas jurídicas y estructura del derecho*. Fontamara.
- Moulines, C.U. (1991). Hechos y valores. Falacias y metafalacias. *Isegoria*, 3, pp. 26-42.
- Nagel, E. (1974). *La estructura de la ciencia*. Paidós.
- Soeteman, A. (1989). *Logic in law*. Kluwer.
- Villa, V. (1997). Legal Theory and Value Judgments. *Law and Philosophy*, 16, pp. 447-477.
- Waismann, F. (1968). *How I See Philosophy*. Macmillan.

<sup>4</sup> Convencionalidad en el sentido de que en una determinada comunidad lingüística hay reglas vigentes que gobiernan su uso y, que en la medida en que existen estas reglas, hay una manera correcta e incorrecta de emplearlas e interpretarlas. La autonomía semántica significa que (exceptuando la comunicación interpersonal), el significado no depende ni de las intenciones del emisor ni de la comprensión de un oyente particular.

## Dos acotaciones al último libro de José Juan Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 672 pp.

Juan Ruiz Manero  
Universidad de Alicante  
ORCID ID 0000-0003-1343-1021  
[juan.ruiz@ua.es](mailto:juan.ruiz@ua.es)

Cita recomendada:

Ruiz Manero, J. (2022). Dos acotaciones al último libro de José Juan Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 534-538.  
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6836>

Recibido / received: 22/02/2022  
Aceptado / accepted: 14/03/2022

El último libro de José Juan Moreso (2020) reúne trabajos que fueron publicados entre 2013 y 2019<sup>1</sup>. Que a lo largo de solo seis años Moreso haya sido capaz de generar veintidós textos por completo independientes, en los que se ocupa de (casi) todos los temas que son objeto de reflexión filosófico-jurídica en la hora presente y de (casi) todos los autores que han tomado pertinentemente posición sobre ellos, es una ilustración (casi) apabullante de la asombrosa (no casi asombrosa, sino asombrosa sin más) capacidad de trabajo de Moreso, y de la amplitud de sus intereses intelectuales.

Son, probablemente, las dos circunstancias anteriores las que han llevado a José María Sauca a no encargar una simple reseña (o varias) del texto de Moreso, sino a dividir ese texto entre varios comentaristas o discutidores, a cada uno de los cuales se ha encargado el examen de algunos ensayos recogidos en el libro. Hay que tener en cuenta que, aunque en general los ensayos tengan una naturaleza mixta, en alguno de ellos predomina claramente la exposición del estado de la cuestión que le da título, en tanto que otros están destinados a discutir tesis específicas. En general, los ensayos incluidos en la primera parte –variedades– son de naturaleza temática y predominantemente descriptivos del estado de la cuestión, en tanto que los incluidos en la segunda parte del libro –Variaciones– se dedican a autores determinados y discuten algunas de sus tesis más características. Pero no siempre es así. No es así

<sup>1</sup> Con una sola excepción, el trabajo titulado «La ciencia jurídica, el positivismo jurídico y el liberalismo político en crisis (A. Calsamiglia)», fue publicado por primera vez en el año 2000 con el título de «In memoriam: Albert Calsamiglia» (Moreso, 2000).

por lo que hace a todos los ensayos incluidos en *Variedades*, pues hay entre ellos ensayos que no tratan de reflejar el *status quaestionis*, sino de tomar una posición propia; y tampoco es así en todos los ensayos recogidos en *Variaciones*, pues hay también entre ellos los que no pretenden discutir, sino simplemente dar cuenta de lo sostenido por el autor examinado.

En todo caso, me voy a ocupar aquí de dos ensayos en los que Moreso toma posiciones propias: los ensayos 3 y 12.

## Diálogo judicial

El ensayo 3 lleva por título «El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio» y se ocupa de la cuestión del lugar que las decisiones de tribunales supremos o constitucionales extranjeros o tribunales internacionales ha de tener, si alguno, en el razonamiento de los jueces cuando aplican su propia constitución en su propia jurisdicción. Conviene distinguir, desde luego, entre tribunales internacionales que aplican normas de derecho internacional y tribunales extranjeros que aplican la Constitución de su país. El problema se plantea solo en este segundo caso. En el caso del derecho internacional, como dice Moreso (2020, p. 102), «las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de Convenios y Tratados internacionales hace del uso del derecho internacional una práctica necesaria, en virtud de nuestras constituciones». Pero, por lo que hace al derecho extranjero, sobre todo al derecho constitucional, algunos autores sostienen que estos «préstamos» o «trasplantes» constitucionales son de imposible justificación porque, al reconocer poder de generación de normas a un órgano que no forma parte de la misma comunidad política, involucran renunciar al autogobierno que es condición *sine qua non* de la justificación de decisiones relativas al uso de la coerción estatal<sup>2</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos «trasplantes» no significan, necesariamente, considerar las normas generadas por tribunales extranjeros como investidas de autoridad en algún sentido central, en el que sí lo están las normas generadas por tribunales nacionales, esto es, pertenecientes a la misma comunidad política. Quiero decir lo siguiente: las normas del propio sistema jurídico, cuando adoptan la forma de reglas, operan, por seguir la terminología del último Hart (1982), como razones perentorias e independientes del contenido. «Razones perentorias» o «razones protegidas» –usando ahora la terminología equivalente de Raz (1979)– quiere decir razones que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida (en el contexto de la aplicación del derecho, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla) y una razón de segundo orden para excluir que la determinación de qué acción realizar se base en el resultado de una deliberación independiente del destinatario de la regla sobre las razones en pro y en contra de realizar la acción (en el mismo contexto, para que el contenido de la resolución se base en la apreciación por parte del órgano aplicador sobre cuál sea la mejor resolución a dictar). Las normas que adoptan la forma de reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales de su propio sistema excluyan como base de su resolución su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal el contenido de la regla. El carácter «independiente del contenido» afecta al por qué los órganos jurisdiccionales de su propio sistema deben considerar a esas mismas reglas como razones «perentorias» o «protegidas». Y, en este sentido, se supone que los órganos

<sup>2</sup> Es el caso de Carlos Rosenkratz, actual vicepresidente de la Corte Suprema argentina y de Antonin Scalia, que fue miembro muy destacado del Tribunal Supremo de Estados Unidos desde 1986 hasta su muerte en 2016.

jurisdiccionales de su propio sistema deben considerarlas así por razón de su fuente, esto es, de la autoridad normativa de ese mismo sistema que las ha dictado.

Muy distinta es la situación cuando «se toman prestadas» o «se trasplantan» normas que fundamentan decisiones emanadas de un órgano no perteneciente al propio sistema, esto es, de un tribunal extranjero (supremo o constitucional, en los ejemplos que interesan). En estos casos, las normas que fundamentan la decisión del tribunal extranjero no pueden operar, en las decisiones de un tribunal nacional, como razones perentorias e independientes del contenido. Antes, al contrario, si se trasplantan o toman prestadas de otro sistema jurídico es precisamente por una cualidad de su contenido (por cuanto este contenido expresa correctamente el balance de principios aplicables al caso, no sólo desde el punto de vista del derecho extranjero de referencia, sino, también, y, sobre todo, desde el punto de vista del sistema jurídico en el que se incardina el tribunal que lleva a cabo el «préstamo» o «trasplante»). Y si no operan como razones independientes del contenido, tampoco lo hacen como razones perentorias, pues la razón que justifica el «préstamo» o «trasplante» no es la autoridad del órgano extranjero que la dictó sobre el tribunal que la toma en préstamo, sino el que la norma extranjera refleja, a juicio del órgano que la toma en préstamo, el balance correcto entre los principios relevantes del sistema correspondiente a este último órgano.

Esto ayuda a plantear adecuadamente la cuestión de la justificación de estos préstamos o trasplantes y a desechar objeciones como las planteadas por Rosenkrantz y Scalia. Porque las objeciones de Rosenkrantz y Scalia parecen considerar a los fundamentos de las decisiones adoptadas por órganos extranjeros como autoritativas para órganos del propio sistema en el mismo sentido en que lo son, para estos órganos, los fundamentos de las decisiones adoptadas por órganos superiores del propio sistema. Solo así puede entenderse la tajante afirmación de Scalia, que Moreso cita (2020, p. 99), según la cual «los materiales jurídicos extranjeros contemporáneos nunca pueden ser relevantes para ninguna interpretación de –para atribuir significado a– la Constitución de los Estados Unidos». Ello parece presuponer que la única manera en que un «material jurídico» puede ser relevante para atribuir significado a otro material jurídico –en el caso del que nos ocupamos, a la Constitución de los Estados Unidos– es si el primer material jurídico –en este caso, las sentencias de un tribunal extranjero– debiera operar, para interpretar la constitución americana, como proveedor de razones perentorias e independientes del contenido, esto es, de razones que se imponen por encima de los juicios acerca de su adecuación que sostenga el órgano estadounidense que interpreta su propia Constitución. Ello implicaría, reconocer al tribunal extranjero de que se trate como poseedor de autoridad práctica sobre el tribunal estadounidense, esto es, como situado jerárquicamente por encima de este último. Y ello es claramente disparatado. La única autoridad que puede reconocerse a un tribunal extranjero es una autoridad teórica –que refleja mejor que el tribunal nacional las razones que este último debe tomar en cuenta– y una autoridad caso por caso, esto es, que tal cosa sucede en el caso presente, pero no tiene por qué suceder en casos futuros. Pero, si se dan estas dos condiciones, es completamente sensato que el tribunal nacional asuma el fundamento de la decisión adoptada por un tribunal extranjero.

Análogas consideraciones se aplican, en mi opinión, a las objeciones de Rosenkrantz en contra de los «préstamos» o «trasplantes» constitucionales. Dice Rosenkrantz,

si aceptamos la idea de que se supone que cumplimos con las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar los “préstamos” o “trasplantes”

constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros (citado por Moreso, 2020, p.101).

De nuevo aparece en Rosenkrantz la idea que constituía, también, la base del rechazo por parte de Scalia de tales «préstamos» o «trasplantes»: la idea de que la aceptación de los mismos involucra considerar a algún tribunal ajeno a la propia jurisdicción como provisto de alguna superioridad jerárquica sobre los órganos de aplicación del derecho correspondientes a esta última, esto es, considerar al tribunal extranjero como autoridad práctica en el seno de la propia jurisdicción. Y ello resulta, sin duda, vale la pena repetirlo, disparatado. Pero esto no ocurre, reitero, si el tribunal extranjero de referencia es considerado como autoridad teórica, y ello caso por caso. En este supuesto, lo que implica tomar en cuenta el fundamento de la decisión de un tribunal extranjero es, simplemente, no renunciar a la ilustración que el tribunal extranjero puede aportar sobre las razones que el tribunal nacional debe tomar en cuenta. Posibilidad de ilustración nada extraña si atendemos a que una buena parte de los casos constitucionales controvertidos a los que un alto tribunal ha de dar respuesta no corresponden a los elementos idiosincrásicos de su sistema jurídico – que, por supuesto los hay, también en materia constitucional–, sino a la cultura constitucional común que los diversos sistemas constitucionales democráticos comparten.

### Dos lecturas de la ponderación

El ensayo 12 lleva por título «Dos lecturas de la ponderación (R. Alexy y M. Atienza)». Este ensayo es la última manifestación, por ahora (que yo sepa), de una línea argumental en la que José Juan lleva algún tiempo insistiendo. En diversas ocasiones José Juan Moreso ha defendido, frente a la ponderación, una estrategia que considera «parcialmente diversa» de enfocar los casos de conflicto entre principios constitucionales, a la que denomina especificacionismo (y también, en algunas ocasiones, expansionismo). En mi opinión, Moreso tiene sustantivamente razón, pero el especificacionismo no es nada distinto de la ponderación adecuadamente entendida, de la ponderación como relativa no a casos individuales, sino a casos genéricos. Y ello es lo que explica que, tras contraponer en algunos textos ponderación y especificación, Moreso opte ahora por referirse ambas estrategias como «dos lecturas de la ponderación».

Y es que, si de entrada queremos llevar a cabo una ponderación relativa a casos individuales, no podemos referirnos a esos casos individuales, sino seleccionando –de entre el número potencialmente ilimitado de propiedades que presenten– como relevantes algunas de esas propiedades. Y, al seleccionar ciertas propiedades como relevantes, transformamos los casos individuales en instancias, en ejemplos de casos genéricos constituidos por la combinación de esas propiedades relevantes. Me explico: cabe, naturalmente, que nos percatemos de la existencia de un conflicto entre principios constitucionales, a la luz de un caso individual en el que resulten aplicables, *prima facie*, principios incompatibles. Pero, estos principios son *prima facie* aplicables en función de las características que consideremos relevantes de estos mismos casos. Y, al seleccionar ciertas características o propiedades como relevantes, los estamos tratando ya no como casos individuales, sino como casos genéricos.

Y es que aquí ocurre como con la subsunción de casos en normas. Cabe, desde luego, la subsunción de casos individuales en normas –y ordinariamente se trata de ello en las operaciones de aplicación del derecho–. Pero, un caso individual puede subsumirse en una norma en atención, y solo en atención, a que el conjunto de propiedades que presente el caso individual constituya una instancia del conjunto

de propiedades mencionadas en el caso genérico. Dicho con un ejemplo muy clásico: la pregunta de si he paseado esta mañana en un vehículo, sabiendo que he paseado en la bicicleta que alguien me prestó la semana pasada, solo puede contestarse fundadamente, si previamente contestamos a la pregunta de si las propiedades de la especie «bicicleta» son subsumibles en las del género «vehículo». Dicho de otra forma: la subsunción individual se fundamenta siempre en alguna subsunción genérica.

### Bibliografía

- Hart, H.L.A. (1982). *Commands and Authoritative Legal Reasons*. En Hart H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (pp. 243-268). Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC.
- Moreso, J.J. (2000). In Memoriam: Albert Calsamiglia. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9, 15-31.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.