

PREFACIO:
LOST IN THE STARS
Bruno CELANO¹

*There are more things in heaven and earth, Horatio,
Than are dreamt of in your philosophy.*

WILLIAM SHAKESPEARE
Hamlet (1.5, 167-168).

El itinerario recorrido por J.J. Moreso, en calidad de académico, presenta una profunda afinidad con la experiencia del filósofo, como la describe Platón en el libro VII de la *República*. Este es el relato platónico:

—Después de eso —proseguí— compara nuestra naturaleza respecto de su educación y de su falta de educación con una experiencia como ésta. Representate hombres en una morada subterránea en forma de caverna que tiene la entrada abierta en toda su extensión a la luz. En ella están desde niños con las piernas y el cuello encadenados, de modo que deben permanecer allí y mirar sólo delante de ellos, porque las cadenas les impiden girar en derredor la cabeza. Más arriba y más lejos se halla la luz de un fuego que brilla detrás de ellos; y entre el fuego y los prisioneros hay un camino más alto, junto al cual imagínate un tabique construido de lado a lado, como el biombo que los titiriteros levantan delante del público para mostrar, por encima del biombo, los muñecos.

—Me lo imagino.

¹ Professore Ordinario de Filosofia del Diritto. Università degli Studi di Palermo.

—Imagínate ahora que, del otro lado del tabique, pasan sombras que llevan toda clase de utensilios y figurillas de hombres y otros animales, hechos en piedra y madera y de diversas clases [...]

—Extraña comparación haces, y extraños son esos prisioneros.

—Pero son como nosotros. Pues en primer lugar, ¿crees que han visto de sí mismos, o unos de los otros, otra cosa que las sombras proyectadas por el fuego en la parte de la caverna que tienen frente a sí?

—Claro que no, si toda su vida están forzados a no mover las cabezas.

—¿y no sucede lo mismo con los objetos que llevan los que pasan del otro lado del tabique?

—Indudablemente.

—Pues entonces, si dialogaran entre sí, ¿no te parece que entenderían estar nombrando a los objetos que pasan y que ellos ven?

—Necesariamente.

[...]

—¿Y que los prisioneros no tendrían por real otra cosa que las sombras de los objetos artificiales transportados?

—Es de toda necesidad.

—Examina ahora el caso de una liberación de sus cadenas y de una curación de su ignorancia, qué pasaría si naturalmente les ocurriese esto: que uno de ellos fuera liberado y forzado a levantarse de repente, volver el cuello y marchar mirando a la luz y al hacer todo esto, sufriera y a causa del encandilamiento fuera incapaz de percibir aquellas cosas cuyas sombras había visto antes. ¿Qué piensas que respondería si se le dijese que lo que había visto antes eran fruslerías y que ahora, en cambio, está más próximo a lo real, vuelto hacia cosas más reales [...]? ¿no piensas que [...] considerará que las cosas que antes veía eran más verdaderas que las que se le muestran ahora?

—Mucho más verdaderas.

—y si se le forzara a mirar hacia la luz misma, ¿no le dolerían los ojos y trataría de eludirla, volviéndose hacia aquellas cosas que podía percibir, por considerar que éstas son realmente más claras que las que se le muestran?

—Así es.

—y si a la fuerza se lo arrastrara por una escarpada y empinada cuesta, sin soltarlo antes de llegar hasta la luz del sol, ¿no sufriría acaso y se irritaría por ser arrastrado y, tras llegar a la luz, tendría los ojos llenos de fulgores que le impedirían ver uno solo de los objetos que ahora decimos que son los verdaderos?

—Por cierto, al menos inmediatamente.

—Necesitaría acostumbrarse, para poder llegar a mirar las cosas de arriba. En primer lugar miraría con mayor facilidad las sombras, y después las figuras de los hombres y de los otros objetos reflejados en el agua, luego

los hombres y los objetos mismos. A continuación contemplaría de noche lo que hay en el cielo y el cielo mismo, mirando la luz de los astros y la luna más fácilmente que, durante el día, el sol y la luz del sol.

—Sin duda.

—Finalmente, pienso, podría percibir el sol, no ya en imágenes en el agua o en otros lugares que le son extraños, sino contemplarlo cómo es en sí y por sí, en su propio ámbito.

—Necesariamente.

—Después de lo cual concluiría, con respecto al sol, que es lo que produce las estaciones y los años y que gobierna todo en el ámbito visible y que de algún modo es causa de las cosas que ellos habían visto.

—Es evidente que, después de todo esto, arribaría a tales conclusiones.

[...]

—Pues bien, querido Glaucón, debemos aplicar íntegra esta alegoría a lo que anteriormente ha sido dicho, comparando la región que se manifiesta por medio de la vista con la morada-prisión y la luz del fuego que hay en ella con el poder del sol; compara, por otro lado, el ascenso y contemplación de las cosas de arriba con el camino del alma hacia el ámbito inteligible, y no te equivocarás en cuanto a lo que estoy esperando [...], lo que a mí me parece es que lo que dentro de lo cognoscible se ve al final, y con dificultad, es la Idea del Bien. Una vez percibida, ha de concluirse que es la causa de todas las cosas rectas y bellas, que en el ámbito visible ha engendrado la luz y al señor de ésta, y que en el ámbito inteligible es señora y productora de la verdad y de la inteligencia [...].

—Comparto tu pensamiento, en la medida que me es posible [...].

—Pero esto, me parece, no es como un voleo de concha, sino un volverse del alma desde un día nocturno hasta uno verdadero; o sea, de un camino de ascenso hacia lo que es, camino al que correctamente llamamos «filosofía».

(*República*, 514a-521c).²

Hay, sin embargo, diferencias significativas.

- (1) El ambiente en el cual Moreso, un nuevo Kaspar Hauser, sin saber cómo, se halla, no es una caverna oscura, mal iluminada por un fuego lejano, sobre cuyas paredes se agitan sombras confusas,

² Platón, *República*, en *Diálogos*, IV, trad. de Conrado Eggers Lan, Madrid: Gredos, 1986, pp. 338-348. Uso aquí el relato platónico como una descripción de la experiencia del filósofo, pero se trata de una simplificación. Como tantos otros mitos platónicos, también este presenta elementos de complejidad que abren el camino hacia niveles cada vez más sofisticados de interpretación. Aquí me quedo en la superficie.

sino un paralelepípedo neofuncionalista, hecho de redes y planos que se intersectan ortogonalmente, inundado de una luz cegadora, en el cual hay pocas cosas, de formas simples y elegantes, netamente definidas en sus contornos por la luz blanca que ocupa todas las porciones del espacio. Un ambiente en cuyo interior cada uno, cómodamente sentado en su sillón de madera trenzado con tiras de tejido negro, inmovilizado y abrumado por la perfección y el esplendor de lo que tiene delante, tiene la impresión de ver con claridad absoluta todo lo que hay que ver.

- Este ambiente es la construcción de C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Normative Systems* (1971): un cristal de luz condensada.
- (2) Moreso, inmerso en esta nitidez deslumbrante, lee la *República* de Platón, topándose al comienzo del libro VII, con el relato referido más arriba. La mirada de Alchourrón y Bulygin es extraordinariamente aguda, pero también lo es la mirada de Moreso. Moreso lee (*República*, 515c-d) que, para los prisioneros en la caverna, la verdad (*to alethes*, de *aletheia*, no la ocultación: lo que aparece, lo que se manifiesta) son las sombras de las cosas: los prisioneros toman por verdaderas las «fruslerías» (y esto hace miserable su condición). Cae en la cuenta, sin embargo, de una cosa extraña. En el ambiente en el que se halla no hay sombras confusas proyectadas sobre una pared oscura, de acuerdo; pero —de aquí lo extraño— las cosas que hay *no tienen sombra alguna*.

Con perplejidad, Moreso comienza a sospechar que el lugar donde se encuentra es un ambiente cerrado, iluminado artificialmente, y que hay un exterior, y que en el exterior hay tantas cosas para ver, más allá de los escasos objetos (de las formas —empieza entonces a pensar Moreso— *demasiado* simples) presentes en el cristal en el que está preso, iluminado de lo que Platón denomina «sol» —que es, al mismo tiempo, lo que hace visible todo lo demás, y que es en sí mismo máximamente visible (aquello en virtud de lo que deviene posible ver y, eminentemente, lo que puede ser visto, lo visible por excelencia, *República* 508b; pero esta estructura, reflexiona Moreso con insistencia, en *Normative Systems* —a diferencia de, por ejemplo, en el *Tractatus Logico-Philosophicus*; 5.6331— no la hay).

Es similar a descubrir que el mundo en el que vivimos, y que nos parece real, es en realidad *Matrix*. Moreso se convence de que

la realidad auténtica —la realidad «verdadera» (pero este uso de «verdadero» es ya una señal de la debilitación de una cierta intransigencia teórica y lingüística)— está fuera de aquel cristal funcionalista; y que es mucho más luminosa e interesante que cualesquiera de las cosas de las que hasta el momento ha tenido conocimiento. Y que en el mundo real, allí fuera, las cosas son lo que son (pero incluso este uso de «ser» es sospechoso), y se manifiestan (*aletheia*, de nuevo), en virtud de un principio —un principio, como dice Platón (*República*, 508b, 509b-c, 517c), gracias al cual las cosas son y se manifiestan (son «verdaderas»), y son comprensibles (en virtud del cual, es decir, deviene posible *comprender*, «es señora y productora de la verdad y la inteligencia», dice la traducción española), pero que está, en sí misma, «más allá de la esencia («ousía»)). (Pero es, no obstante, inteligible: ¡aquello en virtud de lo cual deviene posible comprender puede él mismo ser comprendido!). Y esta «hipérbole demoníaca (*daimonia hiperbole*)» (traducción española modificada) lo atrae y lo seduce.

- (3) Advierte una sensación de claustrofobia. Impaciente, se libera de las cadenas, se levanta, se gira —la «conversión del alma» de la que habla Platón— y se apresta, ansioso y esperanzado, hacia la salida. Hacia la luz del sol, y hacia las cosas así como son verdaderamente.
- (4) Moreso, que ha leído tanto la *República* como el segundo libro de la *Metafísica* de Aristóteles («como los ojos de las aves nocturnas...» *Metafísica*, 993b9-11), teme no alcanzar a ver nada una vez en el exterior, deslumbrado por la luz del sol. Sabe que sus ojos tendrán necesidad, para acostumbrarse, de un poco de tiempo. Pero vale la pena, piensa. Las cosas que son por sí mismas más claras, manifiestas («lo que es primero por sí mismo», en términos aristotélicos), son para nosotros, al inicio, difíciles de ver: llegan más tarde. Las cosas que para nosotros llegan primero son en realidad derivadas de, y reconducibles a, estos principios.

Moreso cae en la cuenta, con una cierta emoción, de que esta idea aristotélica está de acuerdo con la distinción del siglo xx, bien conocida por él, entre «el contexto de descubrimiento» —el recorrido de aquello que para nosotros llega primero, los datos o los asuntos en los cuales la indagación tiene el inicio, conduce a

aquello que constituye la explicación (y que, en este sentido, «llega primero») —y «contexto de justificación»— esto es, la reformulación de una invención teórica en la forma de un conjunto de principios explicativos (lo que en el orden del descubrimiento llega después) y sus consecuencias (lo que en el orden del descubrimiento es previo). Pero la distinción del siglo xx, Moreso es bien consciente de ello, es muy problemática. Para él ha sido, por largo tiempo, un suelo firme: le parecía que capturaba algo importante y profundo. Caer en la cuenta de su fragilidad ha sido más bien desmoralizador. Le ha quedado la impresión que debía contener un fondo de verdad; pero cuál podía ser, no le era nada claro. Tal vez, piensa ahora Moreso, que la distinción aristotélica —la distinción entre principios (*arjai*, *Gründe*, *Grounds*) y aquello que en ellos se funda, y es derivado de ellos (aquello que subsiste «en virtud de» estos principios)— pueda alcanzar a captar aquel fondo de verdad (y pueda entonces, a diferencia de la distinción del siglo pasado, mantener la promesa: *deliver the goods*, como se dice en la jerga filosófica anglosajona).

- (5) Después de poco tiempo, finalmente, los ojos de Moreso se acostumbran al nuevo ambiente. Moreso está anonadado (y frustrado). Allí fuera hay tantas, tantísimas cosas. Pero el sol no está. Las cosas están inmersas en una luz crepuscular, visibles apenas. Los contornos son inciertos, confusos, huidizos. Moreso tiene la impresión de que las formas de estas cosas son varias, interesantes, bellas. Pero se trata sólo de una impresión: quizá es solo su imaginación o, más aún, puro y simple *wishful thinking*. En efecto, no se alcanza a ver bien —y, en consecuencia, no se alcanza a distinguir entre lo que es real, «verdadero» y los productos de la imaginación. ¿Esta cosa es realmente así, o bien creo solo verla (tal vez solo por qué espero que sea así)? Fuera de la caverna no hay nada verdadero sino sombras.

Normative Systems es un cosmos bien ordenado, en el cual todo elemento tiene una forma, una función, relaciones con los otros elementos, bien determinadas. Es cierto: una de las tesis principales de Alchourrón y Bulygin es que es posible que el derecho sea imperfecto, incompleto (que contenga lagunas). Pero el edificio que han construido, orientado a mostrar la posibilidad de las imperfecciones, es en sí mismo perfecto.

En particular: (a) los sistemas normativos cubren «universos de casos», generados mediante una combinatoria que agota el espacio lógico, a partir de «universos de propiedades» que son, como asumen Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 22-23, 26), lógicamente independientes unas de las otras («atomismo lógico») (y lo mismo vale para el «universo de acciones» que el sistema normativo califica deónticamente; 1971, p. 35). Pero esto, Moreso cae en la cuenta, no es realista. Incluso Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 22-23) son conscientes de ello, y apuntan (1971, pp. 23, 35) la posibilidad de superar esta dificultad mediante la introducción de «postulados semánticos (meaning postulates)» (R. Carnap). Pero esta idea es también ella misma problemática, tributaria de una concepción de la analiticidad no muy plausible. Incluso la posibilidad de universos de casos generados (no ya a partir de universos de propiedades) por «divisiones» (Alchourrón y Bulygin 1971, p. 26), que consiente la definición de universos que comprenden un número infinito de casos, hereda esta aporía (incluso los casos de una división son lógicamente excluyentes, exhaustivos, *non-empty*; Alchourron y Bulygin 1971, p. 27). (b) La lógica de *Normative Systems* es, presumiblemente, monótona. Pero tampoco eso es realista. No parece que las normas —las normas morales y las normas jurídicas, tal y como las conocemos— se adecuen a la ley del refuerzo del antecedente. Parece más acertado, piensa Moreso, ver los sistemas (¿pero son realmente sistemas?) normativos como conjuntos de reglas acompañadas de *defeaters*.

Un cosmos bien ordenado, entonces: (i) universos de casos que «se comportan bien» (formalmente irreprochables, *well behaved*); (ii) normas inderrotables que se aplican mediante el *modus ponens*, o mediante la subsunción, a los casos individuales que caen bajo los casos genéricos pertenecientes a estos universos. Sería hermoso (tal vez) si el mundo —el mundo verdadero, aquí fuera— fuese hecho de este modo. Pero la verdad es que en realidad no se alcanza a ver bien.

Una vez fallido el proyecto logicista de una regimentación lógica y una sistematización exhaustiva de lo normativo —la aspiración originaria de la lógica deóntica—, no queda más que proceder a tientas, empíricamente. De aquí, la «variedad de lo

normativo»: las diversas —no desconectadas, pero en última instancia irreduciblemente plurales— formas de la normatividad son una familia dispersa, un mosaico de historias intrincadas que se entrecruzan unas con las otras. Están censadas y descritas una por una, a la manera de un entomólogo que censa y describe las especies diversas de los insectos. Tal vez, se pregunta ahora Moreso, ¿la investigación filosófica no es otra cosa que historia natural?

De aquí también la elección de la forma de las variaciones sobre los temas —también estos, conectados los unos con los otros— pero, en última instancia, irreduciblemente plurales. La idea del bien —y, con ella, la posibilidad de comprender aquello en virtud de lo cual deviene posible comprender— no está. ¡Lástima!

Palermo, julio de 2020.

AGRADECIMIENTOS

Este libro se debe a la generosa, como son siempre sus acciones, invitación de Francisco J. Laporta, que me animó a recopilar algunos de mis últimos trabajos para la colección *El Derecho y la Justicia* que, con Elías Díaz, dirige con tanto acierto en el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*. En 1997, hace ya veinte largos años, publiqué en la colección mi libro *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, un libro que era una reelaboración de mi segundo ejercicio de cátedra que me permitió acceder a la cátedra de la Universitat de Girona en 1996. De hecho, Laporta fue el presidente de la Comisión que tuvo a bien proponerme para dicha posición académica. Me hace feliz publicar en el Centro esta obra, ya de madurez me temo, y sumarla a ese otro libro que era una obra de juventud.

También estoy muy agradecido a Bruno Celano que ha aceptado escribir este inmerecido prefacio al libro, que es casi un poema filosófico. En 2009, siempre orquestados por Laporta, fui invitado a escribir el prólogo a su libro publicado en la misma colección, *Derecho, justicia, razones* y, por lo tanto, esta publicación diez años más tarde, produce una simetría que me es grata. Reitero lo dicho en otras ocasiones, la amistad filosófica y personal con Bruno es una de las mejores cosas que me ha ocurrido en mi vida académica y, también, en mi vida privada.

El ensayo 19 de la segunda parte, de las *Variaciones*, fue escrito con José Luis Martí para un homenaje *cordobés* a Ernesto Garzón Valdés. A mi

amigo querido José Luis gracias, de nuevo —*rursum*—, por permitirme incluir aquí este ensayo escrito a cuatro manos.

Dos evaluadores anónimos de la editorial leyeron el manuscrito e hicieron comentarios por los que quedo en deuda con ellos, una deuda de naturaleza insalvable, me temo.

El trabajo forma parte del proyecto RETOS del Plan Nacional concedido por la Agencia Estatal de Investigación, «Constitucionalismo global y aplicación del Derecho,» DER2016-80471-C2-1-R y se ha beneficiado también de la ayuda del AGAUR de la Generalitat de Catalunya Projectes 2017 SGR 00823.

Los ensayos aquí incluidos fueron, en su mayoría, publicados en diversos libros colectivos y revistas académicas. Han sido revisados, algunas veces levemente modificados también, para ser incluidos aquí. Agradezco la autorización de los editores de estas publicaciones que han hecho posible este proyecto. Es justo y necesario acreditar su procedencia:

VARIEDADES:

Ensayo 1: «Ethica more iuridico incorporata», en Pau Luque Sánchez, Francesca Scamardella (eds.), *Gli argomenti del costituzionalismo. La tensione tra etica e diritto* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2014), pp. 51-84.

Ensayo 2: «La incorporación de la moral en el razonamiento judicial», en M. Vial-Dumas, D. Martínez Zorrilla (coords.), *Pensando al Juez*, (Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica-Marcial Pons, 2019), 95-112. Algunas secciones de este texto también se hallan en «Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law?», *Droit et Philosophie: Droit et indétermination* (M. Carpentier dir.), 9-1 (2017): 45-67.

Ensayo 3: «El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV (2018): 73-93.

Ensayo 4: «Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)», *i-Latina* 1 (2019): 1-42.

Ensayo 5: «Estado de Derecho», , en I. González, J. Queralt (eds.) *Filosofía política. Un manual* (pendiente de publicación en Barcelona: Ariel).

AGRADECIMIENTOS

Ensayo 6: «Los límites de la tesis de la incorporación». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 38 (2015): 265-282. Algunas secciones de este texto también aparecen en J.J. Moreso, Samuele Chilovi, «The Semantics and Pragmatics of According to the Law». En: Alessandro Capone, Francesca Poggi (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, (Dordrecht: Springer, 2016), 61-88.

Ensayo 8: «Realismo moral», *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2018 (URL: <http://www.sefaweb.es/realismo-moral/>).

Ensayo 9: «Una (relativa) refutación del relativismo moral». *Analisi e Diritto* (2009): 89-97.

VARIACIONES

Ensayo 1: «Von Wright sobre «Ad Impossibilia Nemo Tenetur», *Doxa*, 39 (2016): 85-95.

Ensayo 2: «La lógica como jurisprudencia generalizada», en Stephen E. Toulmin, *Los usos de la argumentación*, (Madrid: Marcial Pons, 2019), 11-26.

Ensayo 3: «Consistencia mediante jerarquía». *Análisis Filosófico*. XXXIII (1) (2013): 94-102. Una versión algo distinta fue publicada como «Consistency by Hierarchy» en *Analisi e Diritto*, (2013): 177-184.

Ensayo 4: «Ferrajoli sobre Kelsen: la aplicación de la lógica a las normas», en P. di Lucia, L. Passerini (a cura di): *Ferrajoli et alii. Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, (Torino: Giappichelli, 2020), 127-144

Ensayo 5: «*Ethica more iuridico incorporata*: Caracciolo», en P.E. Navarro, M. C. Redondo (eds): *La filosofía desde el derecho. Homenaje a R. Caracciolo*, (México: Fontamara, 2016), 73-84.

Ensayo 6: «Acerca de la *Logica Iuris* de Lorenzo Peña», *Eunomía* 15 (octubre 2018-marzo 2019), 389-400.

Ensayo 7: «Gavazzi y la coherencia de los sistemas jurídicos». Mazzarese, T. *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo de Giacomo Gavazzi*. (Torino: G. Giappichelli Editore, 2012), 38-48.

Ensayo 8: «¿Es el *Postscript* de Hart una versión del positivismo jurídico incluyente?», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 20 (2017): 93-100.

Ensayo 9: «Bobbio en la tavola rotonda di Pavia». Ansuátegui Roig, F.J., Iglesias Garzón, A. *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su vida y su obra* (Madrid: Dikynson, SL, 2011), 103-112.

Ensayo 10: «Los intocables del Derecho», en José M. Sauca (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 91-104. Una versión algo distinta es «The Untouchables of Law», *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 19 (2016): 496-504.

Ensayo 11: «In memoriam Albert Calsamiglia». *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 5 (2000): 13-31.

Ensayo 12: «Atienza: dos lecturas de la ponderación» en Josep Aguiló Regla, Pedro P. Grández Castro (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (Lima: Palestra, 2017): 205-220.

Ensayo 13: «Sobre la generalidad de las leyes: Liborio Hierro y Francisco Laporta», *Doxa, edición especial* (2017): 179-186.

Ensayo 14: «Imágenes del derecho», *Persona y Derecho*, 79 (2018/2): 115-131.

Ensayo 15: «Villa sobre los desacuerdos interpretativos. ¿Puedan ser genuinos y sin culpa?», *Diritto & Questioni Pubbliche XVII* (2017/2 diciembre), 325-344.

Ensayo 16: «Retorno a Villa Valeria. El constitucionalismo de Luis Prieto Sanchís» en P. Andrés Ibáñez, P. P. Grande Castro, B. Manciani

AGRADECIMIENTOS

Burgos, S. Pozzolo (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Libro Homenaje a Luis Pietro Sanchís*. (Lima: Palestra), 85-113.

Ensayo 17: «*Es gibt noch Richter in Berlin*. Comentarios a *La forma del Derecho* de F. Atria» en J. Gallego Saade (ed.), *El Derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del Derecho de Fernando Atria*, (Lima: Palestra, 2020), 673-716.

Ensayo 18: «Con la plomada de Lesbos. Celano sobre Rule of Law y particularismo», *Revista iberoamericana de argumentación*, 13 (2016): 1-23. También como «Con il piombino di Lesbo, Celano su *Rule of Law* e particularismo» trad. Andrea Barca, en M. Maldonado, P. Luque (a cura di): *Discussendo con Bruno Celano*. Vol. I. Contributi. (Madrid: Marcial Pons, 2020), 185-210.

Ensayo 19: Martí, José Luis; Moreso, J.J.: «Ernesto Garzón Valdés y Francisco Suárez», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba (Argentina)*, vol. VIII, n.2. Nueva Época II, (2017): 61-74.

Ensayo 20: «Rodolfo Vázquez sobre la justicia constitucional» en J. Cerdio, P. Larrañaga, P. Salazar (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, v. I, (México: UNAM, 2017), 201-228.

Ensayo 21: «Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad», *Revista latinoamericana de filosofía política*, VI (n.2) (2017): 1-31

Ensayo 22: «Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada. *Sub ratione boni*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, enero-abril (2019), 425-442.

INTRODUCCIÓN

Con muy pocas excepciones, los ensayos aquí recogidos fueron escritos en los últimos seis años, una vez abandonadas mis obligaciones como Rector de la Universidad Pompeu Fabra, que me dejaban menos tiempo para la lectura y el estudio reposados y que, felizmente, he recuperado. Sólo uno de los ensayos se remonta, en realidad, a veinte años atrás, es el ensayo 11, dedicado a la filosofía jurídica y política de Albert Calsamiglia que, en julio de este año 2020, hará veinte años que nos dejó, con sólo cincuenta y un años. Pero quería dejar acreditada mi deuda personal e intelectual con él, en la segunda parte del libro, en las *variaciones*, donde acredito la gran mayoría de mis vinculaciones con otros iusfilósofos, maestros, colegas y amigos.

Creo que el título del libro, *Lo normativo: variedades y variaciones*, merece una explicación. El fenómeno jurídico refleja un rasgo crucial: califica como no opcionales algunos comportamientos humanos, por ello está en relación con otros ámbitos, paradigmáticamente con la moral y la política, que hacen lo mismo. Está también en tensión con estos otros ámbitos. Por dicha razón, entre otras, el estudio de este fenómeno se presta a muchos enfoques diversos entre sí. Pero estos enfoques están, a su vez, entrelazados. Por ello, la idea de usar el término «variedades» para la primera parte del libro me surgió casi naturalmente. El *Diccionario de la Real Academia* dice en una de sus entradas que «variedad» significa «diferencia dentro de la unidad», pues bien esto es lo que quiero poner de manifiesto

precisamente, diferencias de enfoque y de acento, en una cuestión que conserva una unidad de fondo, la unidad de lo normativo.

Sin embargo, hay dos razones más para usar esta denominación. La primera es más seria y filosófica, la segunda más frívola. La más seria guarda relación con el hecho de que en la filosofía analítica, la filosofía que yo practico, la expresión en inglés «Varieties» ha alcanzado un gran prestigio y ha sido usada en multitud de contextos diversos. Hay dos libros con el término «Varieties» en el título que a mi me complacen de manera especial —aunque hay que dejar constancia de un valioso precedente de 1902 en William James, *The Varieties of Religious Experience* (New York: Longmans, Green and Co.)—. El primero es el de un filósofo que ha sido, para toda una generación de iusfilósofos, en especial entre los de lengua castellana, muy relevante. Se trata de Georg Henrik von Wright, el sucesor de Ludwig Wittgenstein en la mítica cátedra de filosofía de Cambridge, que en 1963 denominó uno de sus libros *The Varieties of Goodness* (London: Routledge & Kegan Paul). El segundo es el libro *The Varieties of Reference* (Oxford: Oxford University Press), publicado en 1982 de manera póstuma por John McDowell, amigo del autor, porque Gareth Evans había muerto prematuramente de cáncer pulmón en 1980, a los treinta y cuatro años de edad. Los dos autores querían precisamente mostrar que, respectivamente, la bondad y la referencia tienen muchas diferencias en la unidad. La razón más frívola evoca la última, la octava, de las acepciones que le da el diccionario de la RAE, «espectáculo teatral ligero en el que se alternan números de diverso carácter», es decir *varietés*. Aunque frívola, esta también es una razón, porque los nueve ensayos de la primera parte pueden ser leídos como un continuo de *varietés*.

Para la segunda parte he elegido el término «variaciones» que está semánticamente emparentado, es claro, con «variedades», pero que —de nuevo de acuerdo con el diccionario de la RAE— añade un nuevo matiz, «cada una de las imitaciones melódicas de un mismo tema». Aquí la analogía es obvia: los veintidós ensayos de la segunda parte no pretenden ser otra cosa que variaciones sobre temas que los autores tratados han desarrollado. A menudo, escribiendo estos ensayos, he escuchado la música de, por ejemplo, las *Variaciones Goldberg* de Johann Sebastian Bach (en las diversas versiones de Glenn Gould, más variaciones por tanto), o las *Variaciones Diabelli* (alguna versión de Alfred Brendel) de Ludwig van Beethoven, o las *Variaciones sobre un tema de Paganini* de Johannes Brahms, o la *Rapsodia sobre un tema de Paganini* de Sergei Rachmaninov. He de

advertir que carezco por completo, muy lamentablemente, de formación y talento musicales. Por otro lado, nada más lejos de mi intención que ni siquiera compararme con estos gigantes de la música. No obstante, lo que ellos hacen de modo brillante con composiciones de otros es lo que yo, mucho más torpemente, trato de hacer con contribuciones filosóficas de personas de las que tanto he aprendido.

Que el libro sea un conjunto de variedades y variaciones tal vez sirva de disculpa a las múltiples reiteraciones y redundancias que en él se encuentran. Confío en que, como ocurre con las variaciones musicales, los lectores sabrán apreciar las diferencias de matiz que se introducen en cada ensayo. Por otro lado, he releído de nuevo todos los trabajos y, aquí y allá, he corregido alguna frase, enmendado algún error y aclarado el alcance de algunos argumentos.

Por otra parte, escribo estas líneas mientras, como tantas personas en nuestro país y en el mundo, estoy confinado en mi domicilio para intentar detener la pandemia del coronavirus que nos asola y devasta. Esta situación activa importantes consideraciones jurídicas, morales y políticas. Tiempo habrá para ello. Pero ahora se trata de que las autoridades hagan caso a los expertos y que los ciudadanos obedezcamos a las autoridades y nos comportemos a la altura de nuestros deberes cívicos de fraternidad con todos los seres humanos del mundo.

Termino con una frase que le gusta repetir a Francisco J. Laporta, una frase de Francisco Giner de los Ríos, que fue catedrático de Filosofía del Derecho (y de Derecho Internacional) en la Universidad de Madrid y uno de los impulsores de la *Institución Libre de Enseñanza*, un proyecto —y no hay tantos en nuestra historia— del que podemos sentirnos orgullosos, y al que Laporta dedicó algunos de sus estudios de juventud, una frase que dice muy bien aquello que sentimos muchos de nosotros, una frase que ilumina nuestro camino: «lo que sabemos, lo sabemos entre todos».

Barcelona, Vila Olímpica,
marzo de 2020.

PRIMERA PARTE

VARIEDADES

*Les plus belles ames sont celles
qui ont plus de variété et de souplesse.*

MICHEL DE MONTAIGNE,
Essais, III, iii, 796
<http://bribes.org/trismegiste/montable.htm>

ENSAYO 1

*ETHICA MORE IURIDICO INCORPORATA*¹

Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought.

JOHN RAWLS, 1971, p.3.

1. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: ALGUNOS CASOS REALES, UNO HIPOTÉTICO Y UNA DE ROMANOS

En una sentencia de hacía casi una década, que ha sido muy comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas no vulnera la libertad religiosa de los no cristianos.² Al parecer a la mayoría de los miembros

¹ Este texto sirvió de trasfondo de la conferencia impartida en la Università Federico II de Napoli el 11 de noviembre de 2013 gracias a una invitación del profesor Angelo Abignente a quien quedo profundamente agradecido. También a todos los asistentes y, en especial, a María Cristina Redondo que, en su papel de *respondent*, formuló un conjunto de observaciones tan atinadas como pertinentes y a Pau Luque, sin el cual mi estancia en Napoli no habría sido posible. Versiones distintas de este texto inspiraron la conferencia Carlos S. Nino, impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2012 y las lecciones de la cátedra Ernesto Garzón Valdés impartidas en la ciudad de México en noviembre de 2012. Vd. Moreso 2013.

² Sentencia del THDH Lautsi y otros v. Italia (demanda n. 30844/06) de 18 de marzo de 2011.

del Tribunal les parece que el argumento de los representantes del Estado italiano según el cual «el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título» es convincente. No son relevantes ahora los aspectos técnico-jurídicos del caso: los artículos de sendos decretos italianos del tiempo de Mussolini que establecían el deber de la presencia de los crucifijos, los recursos presentados por la señora Lautsi en Italia, ni siquiera qué hizo a la Gran Sala del Tribunal acoger la posición del recurso de Italia revocando la decisión anteriormente tomada en el año 2009. Lo relevante es que parece, más allá de cuál sea la posición que consideremos adecuada, que lo que establece el Convenio europeo de derechos humanos no dirime la cuestión sin embarcarnos en una elucidación de lo que presupone e implica la libertad religiosa que parece abocada al uso de la argumentación político-moral.

Es lo que ocurre con la constitucionalización y la incorporación a los Tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral. Aunque no son las declaraciones de derechos el único síntoma de este mecanismo incorporacionista, dado que hay también el uso de conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes³ o el de dignidad humana, tal vez son el ámbito más relevante. Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral.

Veamos algunos otros ejemplos: el primero hipotético, los tres siguientes de la jurisprudencia constitucional de algunos países contemporáneos y un supuesto del Derecho romano.

Consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,⁴ se describe el Londres de 2013 como

³ Al que me refería, por ejemplo, en Moreso 2012a y que fue el origen de otra conferencia que se solapa parcialmente con ésta. Me refiero a la conferencia Carlos S. Nino (véase la nota 1) impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en septiembre de 2012 bajo la invitación de la decana Mónica Pinto, y que se benefició de las observaciones y comentarios de todos los asistentes, muy en especial de Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Ricardo Guibourg.

⁴ Kerr 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en

una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello,⁵ (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente Moreso 2008, 11; 2009a, 33 y 2010, 15-16 y en 2012a, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente.

⁵ En la STC 2/1987, de 21 de enero.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: «Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted». Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es «una sanción extrema» no considera que sea «inherentemente cruel».⁶ Sin embargo, la Corte consideró en 2002 que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁷ Y en 2005, la Corte consideró cruel la pena de muerte aplicada a los menores de edad.⁸

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fuede es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que «nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,⁹ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano —la *Lex Pompeia*— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un

⁶ *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁷ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

⁸ *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551, 125 S. Ct. 1183, 161 L. Ed. 2d., 1 (2005). Vd. también el reciente y lúcido análisis sobre la enmienda de Perry 2011.

⁹ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, «un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la Lex Pompeia para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis». Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fuate, el aislamiento en celda o la pena de muerte? Parece que nuestros textos jurídicos, los textos constitucionales, los legales, los precedentes judiciales, usan en ocasiones conceptos y argumentos morales.

Esto permite formular del siguiente modo lo que denominaré *la tesis de la incorporación* (TI):

(TI) 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.

En este ensayo trataré de mostrar la plausibilidad de la tesis de la incorporación y la implausibilidad de las concepciones que la rechazan. Para ello, trazaré un mapa de las posiciones posibles acerca de las relaciones entre la identificación del derecho y el uso de la argumentación moral. En la segunda parte, argüiré a favor de TI y trataré de mostrar que está en buenas condiciones para replicar a las objeciones que se le formulan.

2. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES

La tesis TI evoca la perdurable cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. La evoca, como ahora somos más conscientes, desde uno de sus prismas posibles. Nada dice acerca de si, en último término, la justificación de las acciones, por ejemplo de los jueces, debe ser moral o de si la existencia del derecho instancia, de modo necesario, algún valor moral.¹⁰

Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral. En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o bien son imposibles o bien son contingentes. Ello cubre todo el espacio lógico modal. De acuerdo con estas ideas y representando como es usual los operadores modales:¹¹

◇: «Posible»,
□: «Necesario»

y tomando los predicados «J» como «jurídico» y M como «identificado mediante la argumentación moral», podemos representar la tesis de acuerdo con la cual lo jurídico ha de identificarse necesariamente mediante argumentos morales como sigue:

$$\forall x \square (Jx \rightarrow Mx),$$

que es equivalente a¹²

$$\square \forall x (Jx \rightarrow Mx).$$

¹⁰ Muchos autores han insistido convincentemente en que en alguno de estos sentidos la relación entre el derecho y la moral es necesaria. Véase por ejemplo Alexy 1989, Garzón Valdés 1990, Nino 1994, Gardner 2001, Raz 2004. Vd. una presentación global en Vázquez 1998.

¹¹ Se trata de un argumento que presenté en Moreso 2012b, desarrollando y ampliando una distinción de Coleman entre dos modos de entender la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la negación interna y la negación externa de la tesis de la conexión necesaria (Coleman 1998b: 265), beneficiándome de tres tesis de la identificación del derecho trazadas por Kramer 2001 en su discusión con Dyzenhaus 2000.

¹² Lo es, en lógica modal, por la denominada fórmula de Barcan, vd. Hughes-Cresswell (1996: 244).

La interna negación de la anterior fórmula que dice que nunca puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, es decir que dicha relación es *imposible*, puede ser representada así:

$$\Box \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx),$$

Ahora bien, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria puede ser representada del siguiente modo:

$$\neg \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

una expresión lógicamente equivalente a

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx),$$

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de la moralidad. Por otra parte, la idea de la tesis de la incorporación, la idea de TI, es precisamente que algunas veces aquello que el derecho establece puede depender de los argumentos morales. Es decir:

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge Mx),$$

y la conjunción de estas dos últimas expresiones lógicas equivale a la afirmación de que la dependencia de argumentos morales de la identificación del derecho es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos cuyas fuentes remitan a la moralidad y con sistemas que no realicen dicha remisión.

3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA

Algunos autores han insistido en los últimos años (por ejemplo Nino 1994, Dworkin 2006) en que no hay un solo concepto de Derecho sino que el término «Derecho» designa una familia de conceptos y cuál va a resultar el privilegiado en un determinado contexto depende de nuestros intereses teóricos y prácticos. Podemos conceder este extremo y señalar que aquí

estamos interesados en aquel concepto de derecho de un país, de un sector determinado de la vida social, del derecho internacional, que se vincula con aquello que es obligatorio, prohibido o facultativo para sus destinatarios frente a determinadas acciones. Aquel concepto relacionado con los valores de verdad de nuestras proposiciones jurídicas referidas a aquello qué debemos, no debemos o podemos elegir hacer *jurídicamente*. Nos interesa este concepto porque nos interesa averiguar si entre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas se halla o no la adecuación a determinadas argumentaciones morales.

Para la concepción que sostiene que necesariamente la identificación del derecho depende del recurso a la argumentación moral la respuesta es clara. El valor de verdad de todas nuestras proposiciones jurídicas depende de que no sean inconsistentes con la moralidad. Este parece ser el punto de vista del iusnaturalismo clásico, de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino: las leyes injustas (contrarias a la moralidad) son jurídicamente *inválidas*.¹³ Es más controvertido si este es el punto de vista de los que se declaran antipositivistas en estos días (si es el punto de vista de Alexy 1992, Dworkin 2006, 2011 o Atienza y Ruiz Manero 2006 y Atria 2002, 2006 entre nosotros). Tomemos el caso del más persistente crítico del positivismo jurídico: Ronald Dworkin.

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde Dworkin 1986) reside en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (Dworkin 2006, 233): «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo incluyente (al que después me referiré), Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (Dworkin 2006, 194):

¹³ Agustín de Hipona (2012: I, v 11) lo decía así: «*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*» y Tomás de Aquino (2012: I-II q. 95 a. 2 c): «*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*».

Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar.

Me parece, dicho incidentalmente, que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad.¹⁴

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin (2011, cap. 19) ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política,¹⁵ y por otra que su concepción del derecho como una práctica interpretativa es compatible (y «esto es crucial» añade) con «no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello

¹⁴ Un intento de contestar la crítica dorkwiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en Leiter 2009, consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A Shapiro (2007) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en Moreso 2009b.

¹⁵ De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, Atienza-Ruiz Manero 2001. A los autores, como a Dworkin, les parece sin embargo —por razones parcialmente similares— que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, Atienza-Ruiz Manero 2007. Pero aquí la cuestión es la de si aceptan las consecuencias de la tesis de la conexión necesaria y parece que la respuesta es negativa.

que es el derecho y a aquello que debe ser» (Dworkin 2011, 407) y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)¹⁶ afirmar que dicha ley, por ejemplo, «era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado» (Dworkin 2011, 411). En cambio, afirma (Dworkin 2011, 411) que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: «es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho». Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal (Dworkin 2011, 412).

4. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE

En la literatura relevante la imposibilidad de la conexión se sostiene de dos modos, al menos, muy diversos entre sí. Uno procede de una posición escéptica en materia ética, con arreglo a la cual cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, una remisión *en blanco*, puesto que el objeto de la remisión es inexistente, dado que el escepticismo ético rechaza que haya razones morales objetivamente válidas, que puedan servir para determinar mediante la argumentación moral el contenido del derecho.¹⁷

Sin embargo, existe otro modo de defender la tesis de la conexión imposible, que comporta la misma lectura estricta de la tesis de las fuentes sociales del derecho atribuible al positivismo jurídico. Se trata del modo en que la ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004).¹⁸ Raz no es, en absoluto, un escép-

¹⁶ Dworkin no piensa así (Dworkin 1975 y 2011, 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aún si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

¹⁷ Esta es la posición, por ejemplo, de Bulygin 2006. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (1957), Ross (1958), Bobbio (1965) y el realismo jurídico americano (véase Leiter 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: Guastini 2006, Comanducci 2010 y Troper 2001. Entre nosotros Prieto Sanchís 1997, Escudero 2004.

¹⁸ Véase también Shapiro 1998, 2011:cap. 9 y Marmor 2002, 2011, cap. 4.

tico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218). La tesis es la siguiente (Raz 1979, 185):

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

El argumento de Raz en defensa de esta tesis, que como puede apreciarse está en contradicción con la tesis de la incorporación, es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones *protegidas*, es decir, razones para hacer aquello que la norma prescribe y razones de segundo orden para no obrar por razones distintas, razones que desplazan otras razones de primer orden que favorecen cursos de acción distintos. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

O sea tenemos dos formas de positivismo jurídico que sostienen la imposibilidad de la relación entre la identificación del derecho y el uso de los argumentos morales: una fundada en el escepticismo ético y otra fundada en una determinada concepción de la autoridad.

¿Qué sucede entonces, según estas concepciones, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos de las fuentes? Pues bien, la respuesta más habitual es que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324), por ejemplo, distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. También los escépticos en ética consideran, es claro, que en este caso los jueces tienen de modo inevitable discreción dado que no hay pautas previas que identificar y aplicar.