

El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

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

Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-9639-4387
juancarlos.bayon@uam.es

Cita recomendada:

Bayón, J. C. (2022). El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 539-557.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6837>

Recibido / received: 13/03/2022
Aceptado / accepted: 13/03/2022

Que un volumen de las dimensiones –treinta y un ensayos–, diversidad temática, rigor y brillantez de *Lo normativo: variedades y variaciones* (Moreso, 2020) reúna textos que, con unas pocas excepciones, José Juan Moreso ha escrito en el breve lapso de apenas seis años permite hacerse una idea de la extraordinaria fecundidad, envergadura y relevancia de su obra iusfilosófica. Quien la conozca no puede por menos de admirar esa facilidad suya, tan difícil, para desenredar y presentar con claridad los términos de problemas complejos, su buen criterio a la hora de decidir en cuáles merece más la pena fijar nuestra atención y su creatividad y originalidad para apuntar por qué vías habría que orientar su solución. Todo ello acompañado siempre por la envidiable amplitud, profundidad y solidez de su formación filosófica y por la elegancia de su escritura. Que nuestro amigo José María Sauca haya tenido la feliz iniciativa de convocarnos para comentar el más reciente de sus libros me brinda la oportunidad de expresar, antes de cualquier otra consideración, mi admiración por el trabajo de José Juan, uno de los filósofos del derecho –y no pienso sólo en los españoles– de los que personalmente más he aprendido y continuo aprendiendo.

De los muchos hilos temáticos, bien trenzados, que José Juan presenta al lector en este libro, concentraré aquí mi atención sólo en uno. Desde hace al menos dos décadas¹ –y emancipándose progresivamente del marco teórico en el que se desarrollaba su trabajo en los comienzos de su trayectoria, como nos recuerda Bruno Celano (2020b) en su hermoso prefacio a *Lo normativo: variedades y variaciones*–, José Juan ha ido articulando, puliendo y precisando una concepción o, si queremos decirlo así, una «imagen»² del derecho que al día de hoy aparece ya muy perfilada a partir de varios de los ensayos recogidos en el libro³ y que puede formularse de una manera muy sintética: el derecho es un conjunto de reglas con razones, de reglas con *defeaters*⁴, de suerte que, a través de esos *defeaters*, se produciría la incorporación de la moral al derecho. De ese modo, salvo en unos pocos casos (los que llama José Juan los «*intocables* del derecho»⁵), la identificación del derecho remitiría a la argumentación moral. Lo que además define su posición teórica y acaba de singularizarla dentro de nuestro panorama iusfilosófico es que él la presenta como una forma de positivismo jurídico (positivismo jurídico *incluyente*), una caracterización cuya consistencia pone en duda buena parte de quienes, como él, asumen que en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la moralidad⁶. Pero no es de esto de lo que pretendo ocuparme: si la posición de José Juan puede considerarse o no con propiedad una forma de positivismo jurídico depende, naturalmente, de qué tesis específicas se consideren definitorias del mismo, una cuestión sobre la que me parece, además, que el punto de vista del propio José Juan ha ido evolucionando con el tiempo. Así que no entraré en este tipo de consideraciones.

Mi interés va en otra dirección. José Juan ha criticado a Dworkin y marcado distancias con la teoría jurídica dworkiniana –de la que en muchos aspectos está sin embargo muy próximo– reprochándole que presta una atención insuficiente a la dimensión institucional del derecho⁷. Pues bien, creo que el modo en el que José Juan presenta y desarrolla su concepción del derecho en términos de esa combinación de reglas y *defeaters* tampoco acaba de prestar la atención suficiente a dicha dimensión institucional. O para ser más preciso: trataré de mostrar en este comentario que su posición se ha ido presentando a lo largo del tiempo –y se presenta por tanto a lo largo del libro– de un modo inestable, oscilando en realidad entre dos «imágenes» globales del derecho que no me parecen equivalentes. Ninguna de las dos, en última instancia, toma en mi opinión suficientemente en cuenta la dimensión institucional y autoritativa del derecho, pero de una de ellas, la que reduce a un mínimo verdaderamente exiguo las disposiciones del derecho que no estarían abiertas a la «lectura moral»⁸, pienso que cabe decir que la devalúa casi por completo. Es cierto que, por momentos, junto a esa imagen más extrema José Juan nos presenta otra más matizada, que parece ensanchar el espacio de lo que no queda abierto a la

¹ Creo que en la evolución de sus ideas acerca la cuestión a la que me voy a referir los puntos de inflexión fueron Moreso (2001a) y Moreso (2001b).

² De «imagen» habla expresamente el propio José Juan: vid. por ejemplo Moreso (2020, pp. 87, 470-471).

³ Esa imagen del derecho recorre muchos de los trabajos reunidos en Moreso (2020): puede encontrarse sobre todo en los ensayos 1, 2, 4 y 5 de la primera parte («Variedades») y 10, 13, 14, 16, 17 y 18 de la segunda («Variaciones»).

⁴ En algún momento José Juan apunta tentativamente una posible traducción al castellano de ese término [p. ej., «causas de revocación»: vid. Moreso, (2020, p. 50, o p. 53)], pero, ante la dificultad innegable de encontrar una que resulte enteramente satisfactoria, usa casi siempre la expresión «*defeater*». Así lo haré yo también.

⁵ Que es exactamente el expresivo título del ensayo 10 de las Variaciones [donde aclara que le fue sugerido por Jordi Ferrer: vid. Moreso, (2020, p. 399, n. 1)].

⁶ Aunque, afortunadamente, casi nunca en términos tan acerbos como los de la crítica que en este sentido formuló Dworkin (2006 [2002]) a la versión del positivismo incluyente de Coleman.

⁷ Especialmente en el ensayo 10 de la segunda parte (Variaciones).

⁸ Y que el lector encuentra, pongamos por caso, en Moreso (2020, pp. 410-411).

lectura moral y, muy especialmente, introduce la idea fundamental de que en virtud de la estructura institucional del derecho las normas tendrían distintos grados de opacidad para los diferentes decisores⁹. Pero, aun con esas muy relevantes matizaciones, entiendo que José Juan sigue dando un sentido y un alcance a la tesis según la cual en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la argumentación moral que no toma suficientemente en cuenta la dimensión institucional y autoritativa del derecho.

1. Razones subyacentes y dimensión autoritativa del derecho: las «razones del legislador»

La imagen del derecho como un conjunto de reglas con razones (de reglas con *defeaters*) que propugna José Juan se construye a partir del marco conceptual que desde Schauer (1991) asume y da por descontado buena parte de la teoría del derecho contemporánea y que, por ello, puede ser recordado aquí de manera muy sucinta. Las reglas se basan en generalizaciones, que son siempre selectivas: los casos genéricos que integran su supuesto de hecho se delimitan seleccionando como relevantes ciertas propiedades que puede presentar un caso individual. Pero presuponemos que las reglas se dictan en atención a un conjunto de razones, que son las que en último término determinan qué es o no relevante para justificar cómo se decide un caso individual (serían las razones o justificaciones «subyacentes» a las reglas). Como la generalización-selección que operan las reglas no puede llegar a recoger todas aquellas –y sólo aquellas– combinaciones de propiedades relevantes en relación con las razones subyacentes que puedan estar presentes o ausentes en cada uno de los casos individuales subsumibles en el caso genérico que regulan, las reglas siempre padecen de infra y sobreinclusión en relación con dichas razones subyacentes. Una «jurisprudencia de reglas» sería entonces la que al aplicarlas lo hiciera sistemáticamente de un modo completamente opaco a sus razones subyacentes (un modo de aplicación «formalista», solemos decir), mientras que una «jurisprudencia de razones» sería la que, al hacer a las reglas sistemáticamente transparentes a las razones subyacentes, no les conferiría en realidad relevancia alguna en el razonamiento práctico. Hoy día buena parte de la teoría del derecho coincide en afirmar que una práctica jurídica que adoptase cualquiera de esos dos modelos extremos de toma de decisiones sería injustificable y que, además, ninguno de los dos da cuenta adecuadamente de cuál es la realidad de nuestras prácticas jurídicas. La alternativa –a la vez más justificable desde el punto de vista normativo y descriptivamente más acertada– sería entonces una «jurisprudencia de reglas con razones», lo que en realidad se puede entender de modos considerablemente distintos dependiendo de la respuesta que se dé a dos cuestiones: la primera, si en esa imagen del derecho como un conjunto de reglas con razones tiene cabida a pesar de todo un cierto número, mayor o menor, de reglas opacas a las razones subyacentes (y cuáles serían y por qué habría que entender que su aplicación excluye o impide el acceso a esas razones); la segunda, en qué términos precisos se ha de dar cuenta de la diferencia que introducirían en el razonamiento práctico las reglas que no son opacas a las razones subyacentes (de manera que en la justificación de las decisiones dichas reglas no acaben resultando en realidad superfluas, lo que supondría que la pretendida «jurisprudencia de reglas con razones» colapsase sin más en una mera «jurisprudencia de razones»).

Pero, antes de eso, me parece que la cuestión crucial y que ha de abordarse en primer lugar en un planteamiento de este tipo es qué hemos de entender por «razones subyacentes» y, en consecuencia, cómo se supone que habríamos de

⁹ En la línea, por ejemplo, de lo mantenido en Moreso (2020, pp. 59 o 569).

identificarlas. José Juan da por sentado que las razones subyacentes son razones morales¹⁰ y que por tanto su identificación se lleva a cabo a través del razonamiento moral. Pero antes de abrazar esa conclusión creo que vale la pena explorar otra posibilidad. Es aquella hacia la que, por cierto, creo que apunta aquel pasaje de la *Ética a Nicómaco* (1137b)¹¹ en el que Aristóteles alude a ese instrumento no rígido que sería la «regla de plomo de los arquitectos lesbianos» —«que se adapta a la forma de la piedra (...) como los decretos (...) se adaptan a los casos»— y que José Juan ha citado en repetidas ocasiones¹² para introducir su idea del derecho como un conjunto de reglas con *defeaters*. Como se recordará, en ese pasaje Aristóteles nos dice que una regla universal, «que toma en consideración lo más corriente», no puede tener en cuenta todos los aspectos relevantes de las acciones humanas, de manera que al «hablar de un modo universal» «no es posible hacerlo rectamente»; y por eso, añade,

cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, *aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido*¹³.

Esa alusión a lo que «el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y (...) hubiera sabido» sugiere que las razones subyacentes a cuya consideración debería estar abierta, en su caso, la aplicación de las reglas habrían de ser precisamente las «razones del legislador»¹⁴. En esta misma idea se basaba el análisis de la noción de derrotabilidad que elaboró en su día Carlos Alchourrón (2010 [1996]). A la pregunta de cómo identificar excepciones implícitas respecto de una formulación normativa respondía Alchourrón con una concepción disposicional según la cual una cierta circunstancia C, no contemplada por el legislador en la formulación del texto normativo, contaría como excepción implícita «si es verdad que, de haber considerado a C, la habría introducido como excepción»¹⁵, lo que supone —señalaba Alchourrón— que «el propósito del enfoque disposicional consiste en establecer el contenido conceptual de los textos normativos considerando el punto de vista valorativo del legislador» (Alchourrón, 2010 [1996], p. 168).

¹⁰ Lo afirma de manera expresa y terminante, por ejemplo, en Moreso (2020, p. 49 o p.131) (aunque por supuesto esa tesis, nuclear en la posición de José Juan, está presente en múltiples lugares a lo largo del libro). En el pasado su opinión al respecto no parece haber sido siempre tan rotunda. Por ejemplo, en Moreso (2001b), un trabajo verdaderamente seminal respecto a estas cuestiones, junto a afirmaciones en la línea de lo que ahora sostiene sin reservas (como la que podía leerse en la p. 541: «es obvio que las razones subyacentes han de ser de naturaleza moral»), se encontraban también otras que aún dejaban espacio para algún matiz: así, por ejemplo, afirmaba allí José Juan que los términos en los que se expresan las causas de justificación presentes en el Derecho penal «remiten *casi* inevitablemente a la argumentación moral» (p. 540; la cursiva es mía); o que «*en muchos de los casos* de aplicación de las causas de justificación, la justificación jurídica *corre cercana* a la justificación moral» y que «*en muchos casos*, las razones subyacentes son de carácter moral» (p. 545; las cursivas son mías).

¹¹ Sigo la traducción de Araújo, M. y Marías, J., en Aristóteles (1989), en cuyas pp. 86 y 87 se contienen todos los fragmentos que cito.

¹² Vid. Moreso (2020, pp. 162, 464, 514-515, 539, 567).

¹³ La cursiva evidentemente es mía. Creo que vale la pena señalar que —salvo error por mi parte— en ninguna de las ocasiones en las que José Juan nos recuerda este célebre pasaje aristotélico hace mención de este último fragmento en particular.

¹⁴ Por supuesto hablo aquí de «legislador» en sentido lato y sería más exacto hablar de las «razones de la autoridad normativa». Pero con esta aclaración, y meramente por comodidad, seguiré utilizando casi siempre la expresión «razones del legislador».

¹⁵ Y añadía de inmediato (ibid.) que contaría como no-excepción implícita si, en caso de haberla considerado, no la habría introducido como excepción. Como con ese enfoque disposicional habría circunstancias cuyo estatus como excepción —dice Alchourrón— quedaría indeterminado (no se darían las condiciones ni para afirmar que constituyen una excepción implícita ni para afirmar que constituyen una no-excepción implícita), ello genera problemas específicos en cuanto a la identificación del contenido del derecho y el modo y alcance con que quedaría indeterminado, que aquí no pretendo —ni creo que sea preciso— abordar.

Naturalmente puede ponerse en duda que quepa dar un sentido inteligible a la idea misma de «el punto de vista valorativo del legislador»¹⁶. Pero si cupiese dárselo, parece claro que razones morales y razones del legislador serían cosas distinguibles: basta con dar por sentado que una cosa es lo moralmente correcto y otra lo que una determinada autoridad normativa pueda considerar que es correcto. Si las razones subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado son distinguibles de las que deberían serlo (esto es, de las auténticas razones morales, de las razones moralmente correctas), es obvio que podrá haber un grado mayor o menor de coincidencia o divergencia entre ellas. Y si de ciertas razones se puede decir con sentido que son las razones del legislador será porque cuenten con el anclaje institucional apropiado (cualquiera que haya de ser la forma en que se entienda esta imprecisa –por metafórica– manera de hablar), de modo que las razones subyacentes estarían determinadas convencionalmente y su identificación no dependería meramente del recurso a la argumentación moral. Todo lo cual, claro está, permitiría entender que, a diferencia de cómo ve las cosas José Juan, el rechazo del formalismo –es decir, el rechazo de una mera «jurisprudencia de reglas»– no tiene por qué ir necesariamente acompañado de la aceptación de la idea de que en una «jurisprudencia de reglas y razones» la identificación del derecho remite a la argumentación moral. En efecto, se podría rechazar el formalismo sosteniendo que la aplicación de todas las reglas dictadas por la autoridad normativa de un modo completamente opaco a sus razones o justificaciones subyacentes ni es justificable normativamente como forma de lealtad inteligente a una autoridad legítima ni, en el plano descriptivo, es una imagen acertada de cómo opera realmente nuestra práctica jurídica. Pero si pudiera decirse con sentido que esas razones subyacentes son las razones del legislador, convencionalmente determinadas, podríamos desconectar o independizar esa superación del formalismo de la idea de que en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la argumentación moral.

Pero José Juan no contempla –o descarta– la posibilidad de tomar este camino, del que entiendo que piensa que no nos lleva a ninguna parte o que, en todo caso, no nos llevaría adonde pretende. O bien no nos llevaría a ninguna parte, porque nuestras convenciones no permitirían identificar nada que, en un sentido inteligible, quepa llamar las «razones del legislador» (y por consiguiente no determinan –no pueden determinar– que sean esas supuestas razones del legislador las que hayamos de tomar en cuenta como las razones subyacentes a cuya consideración, en su caso, habrían de estar abiertas en cuanto a su aplicación las reglas dictadas por las autoridades normativas). O bien, alternatively, ese camino no nos llevaría adonde pretende, porque quien hable de razones subyacentes convencionalmente determinadas distinguibles de las morales no estaría viendo –o hasta cabría decir que se estaría empecinando en no querer ver– que son precisamente nuestras convenciones las que determinan que en sistemas jurídicos como los nuestros debamos entender que esas razones subyacentes son las razones morales (lo que por supuesto es precisamente la tesis distintiva del positivismo incluyente). Creo que merece la pena explorar ambas respuestas con algo más de detenimiento, entre otras cosas para preguntarnos si –como me aventuro a sugerir– no habrá acaso cierta tensión entre ellas.

¹⁶ El propio Alchourrón apuntaba de inmediato que la idea suele aparecer «ligada a las conjeturas sobre las intenciones de las autoridades normativas, con todos los conocidos inconvenientes de tales referencias» (Alchourrón, 2010 [1996], p. 170).

2. ¿Es posible la identificación convencional de las razones subyacentes?

Me parece difícil prescindir de la idea fundamental de que la legislación es el cambio deliberado del derecho guiado por alguna razón¹⁷, de que las reglas que dicta el legislador son expresión de una valoración o, si se quiere, presuponen una cierta ponderación de valores. De ahí que, como dice Raz, carecería de sentido dar poder legislativo a una persona u órgano colegiado «si no se asume que el derecho que crea es el que pretende crear» (Raz, (2009 [1996]), p. 274), lo que tendría como consecuencia que «la interpretación de acuerdo con la intención legislativa es requerida por cualquier teoría de la autoridad que quepa concebir de manera realista» (Raz, (2009 [1996]), p. 298). Pero este no es en modo alguno un punto de vista pacífico. En ocasiones se objeta que la legislación no debe ser concebida en absoluto como una empresa comunicativa, por lo que la interpretación en derecho diferiría profundamente de la interpretación conversacional ordinaria, de manera que, a diferencia de lo que ocurre en esta, en el derecho la interpretación no pasaría de ningún modo por la recuperación de una pretendida intención comunicativa del legislador como emisor¹⁸. O incluso que la presuposición de que las reglas poseen un propósito o razón subyacente es una mera idealización que no tiene por qué corresponderse con la realidad¹⁹. No estoy seguro de que puntos de vista como estos puedan integrarse coherentemente en el modo en que entendemos nuestras prácticas e instituciones y, muy en particular, en el modo en que entendemos la autoridad. Si, por decirlo de nuevo con Raz, no asumimos de alguna manera que el derecho que el legislador crea es el que pretende crear, dejaría de estar claro por qué debería importarnos –por qué, de hecho, nos importa tanto– a quiénes damos poder legislativo (si son democráticamente elegidos, si son o no –y en qué sentido– representativos de la ciudadanía, etc.) (Raz (2009 [1996]), p. 275). Pero donde reside el problema de fondo, naturalmente, es en que para hacer inteligible la idea de razones subyacentes como «razones del legislador» es preciso aclarar en qué sentido estaríamos hablando –o incluso cabría hablar– de «intención legislativa», una noción notoriamente polémica que me parece que José Juan ve con sumo recelo. La pregunta, por lo tanto, sería si podemos entender esa noción de algún modo que haga viable la idea de que las razones subyacentes a un sistema jurídico dado están determinadas convencionalmente.

¹⁷ Esta idea fundamental –y para mí obvia– está en la base de la reconstrucción de la noción de «propósito legislativo» (*legislative intent*) que ha llevado a cabo Richard Ekins: vid. Ekins (2012), especialmente cap. 5.

¹⁸ Vid., por ejemplo, Hurd (1990) o Greenberg (2011). Más matizada es la opinión de Bruno Celano, para quien, a pesar de las diferencias en el uso que se hace del lenguaje en el derecho y en la comunicación ordinaria, no sería posible prescindir por completo de la idea de que, con todo, la legislación es también comunicación, de manera que el modo en que deban conciliarse sus aspectos comunicativo y no comunicativo sería «un problema abierto» que –reconoce– le provoca «perplejidad» (Celano, 2020a, pp. 41-42).

¹⁹ Lo sostiene Bouvier (2004), que apunta que es «perfectamente imaginable la situación de un Poder Legislativo que sancione leyes continuamente sin entender qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger» (p. 403), de manera que no cabe descartar la «posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, a ciegas, sin conocimiento de propósitos, o sin la previsión de ciertos fines u objetivos a proteger o alcanzar» (pp. 399-400). Que tal cosa sea «imaginable» o concebible no creo que nos deba llevar a pensar que esa «posibilidad» se actualiza –en todo o en parte– en la realidad de nuestras prácticas de autoridad.

2.1. Intención del legislador, propósito de la ley e identificación convencional de las razones subyacentes

La idea de «intención legislativa» puede ser entendida de muy distintas formas, que conducen a otras tantas maneras de comprender a qué podríamos referirnos al hablar de «razones del legislador». La menos prometedora –y que ha sido objeto de contundentes críticas²⁰ que permiten considerarla ya definitivamente desacreditada– es la que identificaría esa «intención legislativa» con estados mentales reales de algún o algunos individuos, lo que desencadena de inmediato un cúmulo de problemas bien conocidos y difícilmente superables. No estaría claro exactamente qué contenido intencional tendríamos que considerar relevante (¿su «intención comunicativa», esto es, lo que el legislador quiso decir? ¿a qué supuestos quiso o no ver aplicada la norma que ha emitido? ¿qué objetivo buscaba o quería conseguir al emitirla?), ni por qué, incluso si pensáramos en una autoridad normativa unipersonal, tendríamos que dar por hecho que habrá tenido la intención que nos parece relevante con su contenido correspondiente. Por supuesto está menos claro aún en qué sentido cabría hablar de intenciones no ya de un individuo, sino colectivas²¹. Ni tampoco es fácil de entender la idea de intenciones contrafácticas (a menos que se conceda que tan pronto hablamos de tal cosa ya estamos dejando de pensar en intenciones como estados mentales reales). Y todo ello por no hablar del problema epistémico, de la dificultad de aclarar cómo serían identificables esas intenciones. Pues bien, tengo la impresión de que si José Juan no contempla la posibilidad de entender las razones subyacentes como «razones del legislador» es porque piensa que esta noción nos remite de modo inexorable a una ingenua concepción intencionalista de la interpretación²², entendida precisamente como la búsqueda –que ya deberíamos saber que está condenada al fracaso– de una supuesta «intención del legislador» concebida en los términos descritos.

Pero hay otra manera de entender de qué estamos hablando cuando aludimos a las razones del legislador o la intención legislativa, que no trata –infructuosamente– de identificar algún estado mental real («la intención») de algún o algunos individuos («el legislador»), sino de identificar el propósito de la ley, en el entendimiento de que, al menos dentro de ciertos márgenes o hasta un cierto límite, dicho propósito puede ser establecido a la luz de nuestras convenciones interpretativas²³. De ese modo, al decir que las razones del legislador –esto es, las razones subyacentes a sus reglas– son tales o cuales no pretenderíamos estar descubriendo, tras haber dado por supuesta su existencia, alguna clase de dato empírico (un hecho psicológico o estado mental de alguien, sea exactamente el que sea y de quién o de quiénes sea), sino atribuyendo un propósito a la ley en virtud de nuestras convenciones interpretativas (propósito que, por cierto, puede o no coincidir con distintos tipos de intenciones – como estados mentales reales– que, eventualmente, podría de hecho haber tenido un emisor unipersonal de una norma o un número mayor o menor de los individuos que hayan podido tomar parte en el procedimiento de su emisión)²⁴. Identificar los

²⁰ Entre muchos, vid. Dworkin (1986, pp. 313-327); o Waldron (1999 [1995], pp. 119-146).

²¹ Hay desde luego sofisticados intentos de dar sentido a la idea de intención de un órgano legislativo pluripersonal a partir de la noción de «agencia colectiva», como por ejemplo el de Ekins (2012). Pero creo que al tomar esa senda ya no se está pensando en la «intención legislativa» como algún estado mental real susceptible de ser descubierto o constatado (*intention*), sino más bien como un propósito (*intent*) que atribuimos a la legislación a partir de ciertos presupuestos convencionales.

²² Vid., por ejemplo, Moreso (2020, pp. 54-55).

²³ En este sentido encuentro particularmente esclarecedores MacCallum (1968 [1966], especialmente pp. 242-247, 250) y 265; y Raz (2009 [1996], especialmente pp. 286, 288 y 298).

²⁴ A la hora de establecer el propósito de la ley, esas convenciones ciertamente pueden atribuir o no alguna relevancia –con el alcance y en las condiciones que sea– a manifestaciones expresas acerca del sentido que habría de darse a la norma finalmente promulgada que estén contenidas en los trabajos preparatorios, antecedentes legislativos, discusiones parlamentarias, etc. Que exista una convención

propósitos de la ley a partir de las normas promulgadas, de los precedentes y de las convenciones interpretativas existentes sería entonces articular un conjunto coherente de principios del que quepa decir plausiblemente que daría razón de ese conjunto de normas, esto es, que subyace al mismo como su justificación.

En realidad, no hay por qué suponer que las cosas sean muy distintas en el plano de la interpretación conversacional ordinaria. Un hablante no puede inteligiblemente «querer decir» con lo que dice sino aquello que, dadas las convenciones operantes y presupuestas en el contexto en que lo dice, debe esperar que el auditorio entienda que quiere decir²⁵. El significado de una enunciación (*utterance meaning*, *speaker meaning*), como algo distinto del significado –acontextual– de un enunciado (*sentence meaning*), queda entonces fijado u objetivado por las convenciones operantes y presupuestas en un contexto de uso específico, no por las intenciones reales que haya podido tener el hablante, ya sean comunicativas (en el sentido de que al decir lo que dijo tuvo realmente la intención de decir –«quiso decir»– algo diferente, porque malinterpretó las convenciones correspondientes) o, por supuesto, no comunicativas (lo que el hablante quería conseguir diciendo lo que dijo). El propósito de la ley, en este sentido objetivado, es distinguible de las eventuales intenciones –como estados mentales reales– de las autoridades normativas que la emiten, del mismo modo que lo es el significado de una enunciación de las eventuales intenciones reales de quien la profiere.

Este paralelismo entre la interpretación en derecho y en la comunicación ordinaria a veces es puesto en duda aduciendo que, a diferencia de lo que ocurriría en esta última, en nuestras prácticas jurídicas, dado su carácter «no cooperativo», simplemente no hay un conjunto asentado (y no conflictivo, esto es, bien articulado y ordenado) de convenciones interpretativas capaz de desempeñar un papel análogo al de las máximas o implicaciones conversacionales que operan en la comprensión de la comunicación ordinaria²⁶. Pero esto nos aboca a una posición escéptica en materia de interpretación jurídica que, ciertamente, José Juan no comparte, como con toda claridad queda expuesto, por ejemplo, en su luminoso texto sobre el Estado de derecho contenido en el libro como ensayo 5 de la primera parte (Variedades), donde responde a la «objeción de la indeterminación radical» que en ocasiones se formula contra el ideal del imperio de la ley recordando, de la mano de Savigny, que «los cánones interpretativos han de ser comprendidos no separadamente sino conjuntamente, como proporcionando un resultado interpretativo de manera integrada» (Moreso, 2020, p. 166).

Con todas estas consideraciones a la vista creo que podría resultar interesante reexaminar los términos en los que Dworkin presentaba su tesis de la «lectura moral» de la constitución²⁷. En particular me gustaría destacar aquí tres puntos. El primero, que Dworkin sostenía que «la lectura moral no es apropiada para todo lo que contiene una constitución» (Dworkin, 1996, p. 8). Así como hemos de entender –nos decía en referencia a la Constitución de los Estados Unidos– que las cláusulas que reconocen derechos en términos abstractos y con lenguaje valorativo invocan principios morales y por tanto su interpretación y aplicación requiere llevar a cabo un juicio moral, debemos entender también que la interpretación y aplicación de disposiciones como

semejante puede considerarse, por diversas razones, deseable o indeseable. Pero si existe, es en virtud de esa convención por lo que aquellas manifestaciones resultarán relevantes, no porque en sí mismas deban considerarse evidencia suficiente o incluso privilegiada que nos revele una pretendida «intención del legislador» entendida como un estado mental real.

²⁵ Como dice Raz, muy expresivamente, «[e]n el ciclo de la convención y la intención, la convención va primero» (Raz, 2009 [1996], p. 286).

²⁶ Vid. por todos, Poggi (2020, especialmente pp. 312-315).

²⁷ En Dworkin (1996, especialmente pp. 2-15).

las contenidas en el art. II (sobre la edad mínima para ser Presidente) o en la Tercera Enmienda (sobre la prohibición de acuartelar tropas en domicilios privados en tiempos de paz) no requiere ni consiente lectura moral alguna. Lo que es tanto como decir (aunque naturalmente no son estos los términos en los que Dworkin lo decía) que si hemos de considerar aquellas cláusulas abstractas como *defeaters* o «válvulas» que dan entrada a las razones morales en el razonamiento jurídico, hemos de considerar también que reglas como las mencionadas en último lugar deben ser aplicadas de forma opaca a esas razones morales.

El segundo punto que me gustaría resaltar es cómo responde Dworkin a la pregunta de cuál es la razón por la que hemos de asumir que ciertas cláusulas constitucionales requieren una lectura moral y que otras, en cambio, no la consienten. Y la respuesta de Dworkin es que hemos de asumirlo porque eso es lo que en uno y otro caso hay que entender, a la luz de elementos de naturaleza convencional, que ha querido la autoridad normativa (el constituyente). Por supuesto que Dworkin, el gran delbelador del originalismo como filosofía de la interpretación constitucional, no se refiere en absoluto a intenciones como estados mentales reales de los constituyentes. Lo que nos dice es que aquí «la historia resulta crucial», porque «hemos de saber algo sobre las circunstancias en las cuales alguien habló para tener una idea apropiada de lo que quiso decir al hablar como lo hizo»²⁸, de manera que lo que, «tomando en cuenta prácticas jurídicas y políticas pasadas», «presumiblemente» pretendieron decir los constituyentes es lo que nos lleva a entender que al formular distintas disposiciones constitucionales en los términos en que lo hicieron querían en unos casos invocar un principio moral y en otros emitir una regla cerrada a la lectura moral (Dworkin, 1996, p. 10). Estamos hablando por tanto de un propósito objetivado, atribuido a la autoridad normativa en virtud de ciertas convenciones, al margen y con independencia de cualquier información que pudiéramos tener, si es que la tenemos, acerca de las intenciones reales de los constituyentes²⁹.

Y en tercer lugar creo que no está de más recordar el papel central que ocupa en la concepción dworkiniana la idea de integridad. Allí donde ha de llevarse a cabo la lectura moral –nos dice Dworkin– no se trata de entender sin más que esas cláusulas abstractas expresan lo que haya que considerar que son juicios morales correctos: la identificación de su contenido requiere articular el conjunto de principios que mejor se adecue o sea más consistente con el modo en que está configurada institucionalmente la práctica jurídica concreta en el seno de la cual se lleva a cabo la interpretación (el lenguaje con el que se han formulado las normas, los precedentes, las convenciones interpretativas asentadas...) (Dworkin, 1996, pp. 10-11). Así que, para empezar, la presencia en el ordenamiento de ese tipo de cláusulas abstractas que –se nos dice– invocan principios morales no abriría de manera directa o inmediata el razonamiento jurídico al razonamiento moral: lo abriría a la toma en consideración

²⁸ Dworkin (1996, p. 8); y, subrayando la homogeneidad con lo que ocurre en la comunicación ordinaria, añade: «del mismo modo que nuestro juicio acerca de lo que dicen amigos y extraños se apoya en información específica acerca de ellos y del contexto en el que hablan» (Dworkin, 1966, p. 10).

²⁹ Dworkin es concluyente: «Miramos a la historia para responder a la pregunta de qué es lo que [los constituyentes] quisieron *decir*, no a la pregunta diferente de qué *otras* intenciones tuvieron. Por ejemplo, no necesitamos determinar qué esperaban o habrían deseado que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su propósito, en ese sentido, no forma parte de nuestro estudio. [...] Somos gobernados por lo que dijeron nuestros legisladores [...] no por cualquier información que pudiéramos tener acerca de cómo ellos mismos habrían aplicado o interpretado esos principios a casos concretos» (Dworkin, 1996, p. 10). Las cursivas son del original.

del conjunto de principios o razones del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación³⁰.

Tengo la impresión de que si se asumen estas tres precisiones ya nos estamos acercando a una imagen del derecho que vendría a sostener que las razones subyacentes a cuya consideración debe estar abierta en muchos casos la aplicación de las reglas son las «razones del legislador», convencionalmente determinadas (y también, por cierto, que son precisamente esas razones del legislador las que requieren que ciertas reglas hayan de ser aplicadas de forma opaca a las razones subyacentes). Una imagen, diría yo, que presta una atención a la dimensión institucional y autoritativa del derecho mayor que la resulta de la que nos presenta José Juan.

2.2. ¿Cabe hablar de identificación convencional de las razones subyacentes en presencia de desacuerdos?

Para José Juan, me parece, la idea misma de razones subyacentes determinadas convencionalmente resulta inviable porque tropezaría con un problema de fondo que a su modo de ver sería insalvable. El acceso a las razones que justifican las reglas –nos dice– nos aboca a conceptos controvertidos, sobre los cuales es un hecho que nuestra comunidad jurídica está dividida y muchas veces discrepamos. Pero la existencia misma de esos desacuerdos acerca de los presupuestos que subyacen a las reglas nos mostraría que no es posible decir con sentido que tales presupuestos están determinados convencionalmente. José Juan parece asumir sin reservas la idea de que las convenciones no pueden ser controvertidas, de que en ausencia de acuerdo no puede haber pautas convencionales, porque sencillamente no sería posible discrepar acerca de algo que, precisamente, se supone constituido por el acuerdo (Moreso, 2020, pp. 403, 476, 533 y 536).

No estoy seguro de que debamos dar por bueno un punto de vista semejante. Esta es una cuestión que desde luego no es posible abordar aquí en toda su complejidad, dado que, en último término, nos remite nada menos que al espinoso problema filosófico de qué es lo que supone el seguimiento de reglas. Pero baste con decir que, en mi opinión³¹, lo que se requiere para poder afirmar que existe una regla convencional no es el pleno acuerdo por parte de la comunidad acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas, sino un trasfondo de criterios de corrección compartidos de los que los participantes tienen un conocimiento tácito y que se muestra en el acuerdo acerca de ciertos casos paradigmáticos. Que los participantes tienen un conocimiento tácito de los criterios de corrección compartidos implica que para poder afirmar que la regla convencional existe no se requiere –ni seguramente tal cosa es posible– que los participantes sean capaces de articular y explicitar exhaustivamente esos criterios, lo que es tanto como decir que no tienen que resultarles perfectamente transparentes. Y eso permitiría entender que, aun habiendo acuerdo sobre ese trasfondo de criterios de corrección (que sería la auténtica condición necesaria y suficiente para poder afirmar que la pauta convencional existe),

³⁰ Otra cosa, por supuesto, es que se sostenga además –como ciertamente sostiene Dworkin– que en el proceso mismo de articulación del conjunto de principios del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación ya intervienen inevitablemente de alguna manera juicios morales; o que «a menudo» (Dworkin, 1996, p. 11) será posible articular conjuntos diferentes de principios de los que quepa decir que satisfacen en igual medida esa exigencia de adecuación y se entienda una situación semejante no como un caso de indeterminación del derecho, sino como un supuesto en el que la identificación del mismo requiere llevar a cabo un razonamiento moral emancipado ya, a partir de ese punto, de condicionantes institucionales.

³¹ Sobre este punto me permito reenviar a Bayón (2002). Vid. también Perot y Rodríguez (2012, pp. 172-173); Rapetti (2019, pp. 218-220 y 258-259); y Scataglini (2021, pp. 65-69).

pueda no haberlo sobre algunas de sus aplicaciones correctas (esto es, sobre qué es lo que requiere la regla en un caso dado). De ese modo, nuestros desacuerdos acerca de qué es lo que requiere una pauta convencional no tendrían por qué ser considerados necesariamente desacuerdos espurios (en el sentido de que el mero hecho de nuestro desacuerdo pondría de manifiesto, por sí mismo, que no hay tal pauta convencional). Antes bien, nuestras controversias acerca de lo que requiere una pauta convencional podrían ser entendidas como discusiones acerca de cuál de las respuestas enfrentadas supone una articulación más coherente de ese trasfondo de criterios de corrección compartidos. Y, en suma, el hecho indubitable de que tenemos desacuerdos acerca de qué requerirían las razones o justificaciones subyacentes a un sistema jurídico no mostraría de manera concluyente que no pueden estar determinadas convencionalmente.

Me temo, de hecho, que suponiendo lo contrario –esto es, sosteniendo que las convenciones no pueden ser controvertidas– José Juan podría estar socavando las bases de su propia posición como positivista incluyente. Para un positivista incluyente, en efecto, la identificación del contenido del derecho puede depender de razones morales cuando las fuentes sociales las incorporen, de manera que esta conexión del derecho con la moralidad no sería ni necesaria ni imposible, sino contingente. Pero habría que precisar qué es lo que entendemos que ha de suceder para poder decir que se ha producido esa incorporación, cuáles serían en concreto los hechos sociales que permitirían afirmar que esa posibilidad de conexión con la moralidad se ha materializado respecto a un sistema jurídico determinado. José Juan sostiene en ocasiones³² que el hecho social relevante para poder afirmar que se ha producido dicha incorporación es la inclusión en las fuentes del derecho –la Constitución, las leyes y los precedentes judiciales– de esos estándares o *defeaters* (como las causas de justificación en el derecho penal, los vicios del consentimiento en el derecho privado, las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados...) que habilitarían el acceso a las razones subyacentes, que permitirían «revocar, superar, derrotar» (Moreso, 2020, p. 567) la aplicación de las reglas en atención a las razones que las justifican. Pero para que la aplicación de las reglas quede abierta a la consideración de las razones subyacentes no me parece que sea necesaria la inclusión expresa de esos *defeaters* en los textos legales³³. Ni tampoco, sobre todo, me parece que dicha inclusión sea suficiente para entender que el derecho remite a la moral y de ese modo la incorpora. Los hechos sociales relevantes, creo, serían en todo caso nuestras convenciones interpretativas: la existencia, si es que existe, de una convención según la cual entenderíamos que esos textos legales que incluyen *defeaters* nos remiten precisamente a la moral. Pero no me parece que sobre un entendimiento semejante reine en absoluto el acuerdo en nuestra comunidad jurídica: con frecuencia se entiende que a lo que remiten esos estándares o *defeaters* formulados en textos legales es a la moral positiva³⁴; o –planteando las cosas de un modo que se me antoja más preciso– al conjunto de

³² Por ejemplo, Moreso (2020, p. 37).

³³ Es sabido, por ejemplo, que el estado de necesidad fue admitido inicialmente en Alemania como causa de justificación «supralegal» (hasta su inclusión en 1975 en el § 34 StGB); o que la prohibición del abuso de derecho está acogida tanto en ordenamientos (como el nuestro) en los que está formulada explícitamente por la ley como en otros (el italiano o el francés, por ejemplo) en los que no está prevista legislativamente.

³⁴ Jeremy Waldron, por ejemplo, ha sostenido que a la hora de identificar el contenido de una cláusula como la que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes no se trata de llevar a cabo una «lectura moral», porque estándares como ese no apelan a la moral crítica, sino a la moral positiva («a hechos sociales y no meramente al juicio moral individual»), por lo que se trataría de «sacar a la luz [*elicit*]» algún tipo de «conciencia común» que compartimos (vid. Waldron, 2010, pp. 314-315). En la misma línea, entre nosotros, García Amado sostiene que estándares como el del «buen padre de familia» u otras cláusulas generales similares apelan a pautas o parámetros socialmente aceptados, no a lo moralmente correcto, sino a «lo que comúnmente se tiene por tal» (García Amado, 2020, pp. 492-494).

principios o razones del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación³⁵. Así que, si las convenciones no pueden ser controvertidas (si, por razones conceptuales, no cabe decir que hay una pauta convencional a menos que haya un completo acuerdo acerca de lo que requiere), entonces el problema para el positivista incluyente que asuma tal cosa es que, a la vista de ese desacuerdo, parece que no podría afirmar que existe en nuestra comunidad jurídica la convención cuya existencia, justamente, ha de dar por descontada para sostener que en nuestro sistema jurídico se ha producido la incorporación de la moral al derecho.

3. ¿No se trataría en cualquier caso de un razonamiento moral?

Cuando hablamos de la conexión del derecho con la moralidad podemos estar refiriéndonos a distintas formas o sentidos en los que se produciría esa conexión y, por tanto, a diferentes formas de entender la afirmación de que la moral ocupa un lugar en el razonamiento jurídico. A mi juicio —y entiendo que también al de José Juan— hay entre el derecho y la moral una conexión justificatoria: hacen falta razones morales para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social convencional. Afirmar que existe esa conexión justificatoria equivale a entender que las pautas convencionales no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas. Y si es así, se puede afirmar que el razonamiento jurídico justificatorio ha de contener una premisa de carácter moral y, en ese preciso sentido, bien puede decirse que es un razonamiento abierto a las razones morales.

Como digo, creo que en esto José Juan y yo estamos de acuerdo. Pero espero que también lo estemos en que aceptar que hay entre el derecho y la moral esta clase de conexión justificatoria no implica que haya de existir entre ambos una conexión identificatoria: esto es, que una cosa es que hagan falta razones morales para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social (si se quiere: para separar o aislar en el razonamiento práctico una esfera institucional-convencional y decidir conforme a ella) y otra, distinta de la anterior y que no se sigue de ella, que se haya de acudir al razonamiento moral para identificar qué es lo requerido con arreglo

³⁵ Y que, insisto en ello, no tienen por qué coincidir con lo que se haya de considerar razones morales correctas. Piénsese en uno de los ejemplos de *defeater* a los que con mayor frecuencia recurre José Juan, el estado de necesidad (como la más general de las causas de justificación en derecho penal): para determinar qué cuenta como mal mayor y qué como mal menor no parece que nos remita a la moral (*simpliciter*), sino a lo que el legislador haya valorado como tales. En este sentido también me parece ilustrativo considerar de qué distintos modos puede entenderse que opera, en tanto que *defeater*, un principio como el de la buena fe. José Juan da cuenta con aprobación de cómo la Corte Suprema del Canadá —en su sentencia *Bhasin v. Hrynew*, de 2014— lo entendió como un «requerimiento de justicia», de manera que para identificar su contenido habríamos de razonar —nos dice José Juan— «en los términos de la mejor teoría moral y política que dé cuenta de dicha dimensión de la justicia» (Moreso, 2020, pp. 80-81). Pero no es así como se ven las cosas en otras jurisdicciones en el ámbito del *common law*. En el derecho inglés, por ejemplo, tradicionalmente no ha existido una exigencia general de buena fe aplicable a todos los aspectos del derecho de contratos, sean del tipo que sean y desde su formación hasta su cumplimiento, un concepto que la House of Lords —en *Walford v. Miles* (1992)— consideró intrínsecamente adverso [*inherently repugnant*] al principio de libertad contractual y a la posición antagónica de las partes en la contratación. De ese modo, por ejemplo, se entiende que en las relaciones contractuales comerciales no hay más deberes de actuar «de buena fe» que los especificados expresamente en el contrato o los que quepa entender implícitos en el mismo a tenor de la voluntad de las partes. Así que, cuando el Reino Unido hubo de proceder en 1994 a la transposición de una Directiva europea sobre términos abusivos en contratos de consumidores (Directiva del Consejo 93/13, de 5 de abril de 1993), que definía como «abusivos» los términos contrarios a la buena fe, el legislador no supo encontrar otra salida que reproducir literalmente los términos de la Directiva, promulgándose así una norma interna —la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation*, de 1994— que contenía un concepto que no se entendió en absoluto que remitiera a «requerimientos de justicia» que hubiesen de ser identificados «en los términos de la mejor teoría moral», sino que tenía que seguir siendo interpretado en la línea de los principios tradicionales del derecho inglés en la materia. Sobre este caso —y las lecciones teóricas que conviene extraer de él—, vid. Teubner (1998).

a –o de conformidad con– esa práctica social³⁶. Cuando José Juan afirma que a través de los *defeaters* se produciría la incorporación de la moral al derecho, de manera que –salvo en esos pocos casos que llama los «intocables del derecho»– la identificación del derecho remitiría a la argumentación moral, está sosteniendo que entre el derecho y la moral hay, además de una conexión justificatoria, también una conexión identificatoria (al menos en sistemas jurídicos como los nuestros, puesto que, a diferencia de la anterior, este segundo tipo de conexión sería contingente). Creo que conviene enfatizar la diferencia que hay entre aceptar que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto a las razones morales en el sentido de la conexión justificatoria y aceptarlo en el sentido de la conexión identificatoria.

Pero hay en todo caso una segunda estrategia argumental que podría seguirse para sostener –dejando ahora claro que de lo que estamos hablando es de la conexión identificatoria, esto es, del razonamiento que hemos de desplegar para la identificación de lo requerido por el derecho– que el razonamiento jurídico se abre inevitablemente a las razones morales, incluso si se acepta que las razones subyacentes a cuya consideración estaría abierta la aplicación de las reglas jurídicas están determinadas convencionalmente. Esta línea argumental vendría a sostener que necesariamente hay que acudir al razonamiento moral para identificar lo requerido por una práctica social como la que constituye al derecho, sean cuales sean las convenciones interpretativas existentes, porque sencillamente no es posible la identificación «no comprometida» del contenido de una práctica semejante, sino que requiere por el contrario interpretación, en un sentido que inevitablemente implicaría la asunción por parte de quien interpreta de genuinos juicios valorativos, lo que, en definitiva, vendría a suponer el colapso de la distinción entre descripción y valoración.

Que la identificación de lo requerido por una práctica social no se alcanza a través de la mera observación desde un punto de vista puramente externo es algo que, a estas alturas, podemos dar sin más por sentado. Por el contrario, que la adopción del punto de vista interno necesaria para captar el sentido o intencionalidad que los participantes en la práctica dan a sus acciones no pueda sustanciarse en la formulación de juicios «no comprometidos» (*detached*), sino que haya de pasar inevitablemente por la genuina asunción de valoraciones (de «juicios comprometidos»), es en cambio una tesis notoriamente polémica que no sé si José Juan aceptaría y cuya discusión, en todo caso, resulta sin duda demasiado compleja como para adentrarse ahora en ella. De todos modos, creo que ni siquiera dando por buena esa tesis se podría llegar a sostener –y me parece claro que José Juan no lo hace– que sea imposible distinguir entre la práctica como es y la práctica como (moralmente) debería ser, entre el contenido de la práctica que constituye al derecho y lo que moralmente debería ser tal contenido. Como sabemos –y nos recuerda José Juan (Moreso, 2020, p. 519)–, ni siquiera Dworkin pretende tal cosa: la integridad impide llegar siempre a «finales felices»³⁷ en la identificación del derecho, es decir, hay razones de moralidad política para no disolver el derecho en la moral, de manera

³⁶ Me parece que es precisamente a esta diferencia a la que apuntaba Carlos Nino al decir que «el razonamiento jurídico muestra una estructura escalonada en dos niveles»: en el primer nivel –decía Nino– «se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por el derecho positivo» y esas razones no pueden ser sino morales; pero «la práctica social que constituye al derecho no procede sólo de ciertos textos», sino «[t]ambién, y especialmente, consiste en convenciones interpretativas de esos textos», de manera que, si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aun imperfecta, del orden jurídico, «[l]a necesidad de preservar una práctica jurídica moralmente justificada implica también la necesidad de preservar sus convenciones interpretativas», con lo que el razonamiento jurídico pasa a su segundo nivel, en el que se trata ya «de aplicar ese orden jurídico para justificar acciones o decisiones» (Nino, 1994, pp. 140-141 y 146).

³⁷ Dworkin (1996, pp. 10-11 y 39).

que el razonamiento encaminado a identificar el contenido del derecho topa con fronteras institucionales convencionales no sujetas a «lectura moral».

4. «Razones del legislador» y reglas opacas a las razones subyacentes

Si todas las reglas jurídicas pudieran ser revocadas, superadas o derrotadas³⁸ en atención a las razones subyacentes y, como José Juan, asumiéramos que esas razones son razones morales, entonces el contenido del derecho como un conjunto de «reglas con *defeaters*» sería extensionalmente equivalente al contenido de las razones morales a las que esos *defeaters* darían entrada en el sistema. Se habría consumado la disolución del derecho en la moral. Pero por supuesto no es esa la imagen del derecho que quiere presentarnos José Juan, que insiste expresamente en que «las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho [intervenga] activamente la argumentación moral» (Moreso, 2020, p. 59). Si se parte de la base de que las razones subyacentes son razones morales, decir que hay en el derecho reglas que no están abiertas o sujetas a la «lectura moral» es tanto como decir que hay reglas que son opacas a las razones subyacentes. Y la pregunta decisiva, llegados a este punto, es cuáles serían entonces esas reglas opacas a las razones subyacentes y por qué hemos de considerarlas como tales.

Como apunté desde el comienzo, creo que en las respuestas que nos va dando José Juan a esta pregunta a lo largo del libro –las que ha ido dando a lo largo del tiempo– hay una cierta oscilación o indecisión. En algún momento –como cuando presenta su idea de «los intocables del derecho»– su posición me parece verdaderamente extrema: las únicas reglas («algunas pocas partes» del derecho, nos dice) «cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral», que «han de poder identificarse de un modo que sea totalmente opaco a su justificación», serían las reglas sustantivas individuales contenidas en las decisiones judiciales y administrativas, las reglas procesales que identifican quiénes son los órganos creadores de normas y las que identifican los órganos aplicadores y establecen cuáles son las decisiones judiciales finales (Moreso, 2020, p. 410). Tan sólo eso: ninguna regla sustantiva general y sólo algunas reglas procesales. Pero no siempre su respuesta ha sido esa. Antes –antes en el tiempo y antes también en la ordenación de los capítulos del libro– había sostenido que «[m]uchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes» (Moreso, 2020, p. 59) y, de hecho, en diferentes pasajes incluye expresamente entre tales supuestos algunos que ciertamente no tienen cabida en ese reducidísimo elenco de «los intocables del derecho». Por ejemplo –y en la línea del Dworkin que nos recuerda que la integridad impide llegar siempre a «finales felices» en la identificación del derecho–, a José Juan no se le pasa por la cabeza poner en duda que, con arreglo a los arts. 13 y 23 CE, «cualquier jurista competente diría que un extranjero que no ha adquirido la nacionalidad española no tiene derecho a votar en las elecciones generales» (Moreso, 2020, p. 519), por mucho –nos dice– que quepa sostener que esa regulación es injusta. Así que este sería un caso de regla respecto de la que no cabe lectura moral, de regla opaca a las razones morales subyacentes a las que se supone que darían entrada en nuestro derecho las cláusulas abstractas de la parte dogmática de la Constitución. O también ha sostenido en algunos momentos³⁹ (aunque no estoy seguro de que al día de hoy esté dispuesto a seguir manteniéndolo) que ha de ser igualmente opaca a las razones morales subyacentes la aplicación de las normas que establecen plazos, porque –nos dice– «[a]lgunas veces la precisión y la estabilidad institucional [que comporta esa aplicación opaca] están en condiciones de superar los

³⁸ Esta es, recuérdese, la forma en la que se expresa Moreso (2020, p. 567).

³⁹ Vid., por ejemplo, Moreso (2020, pp. 59 o 77).

beneficios de la justicia formal y, también, los que produce la equidad» (Moreso, 2020, p. 77).

Ninguno de estos dos ejemplos de reglas que José Juan admite en distintos momentos que deberíamos considerar opacas a las razones morales subyacentes encaja entre «los intocables del derecho». Y creo que convendría preguntarse por qué —en el marco de una imagen global del derecho como la que nos propone José Juan— deberíamos considerarlas de ese modo, por qué habríamos de admitir que su aplicación no nos remite a la argumentación moral. Que la pregunta es insoslayable tal vez resulte aún más patente en el caso del segundo ejemplo, puesto que si lo que se nos está diciendo es que hemos de considerar opaca la regla porque hay veces en las que el valor de la precisión, la certeza, la estabilidad institucional, etc. supera al de la equidad y la justicia formal, entonces una respuesta como esa se me antoja inconsistente: decir que la regla se aplica de un modo opaco a las razones morales subyacentes cuando algunas de esas razones superan a otras es tanto como decir que la regla no es opaca en absoluto, que podrá ser «revocada, superada o derrotada» cuando los valores o razones morales sustantivos o materiales que pudieran verse menoscabados por su aplicación estricta superen a los valores morales formales o institucionales que esa aplicación estricta salvaguardaría. Si la aplicación de la regla requiere considerar ese balance, entonces nos remite a la argumentación moral y no cabe decir de ella que sea opaca a las razones subyacentes. Dicho de otro modo, si las razones subyacentes son, como sostiene José Juan, razones morales, entonces no parece fácil justificar por qué deberíamos considerar que en ejemplos como los aludidos estamos ante reglas opacas a las razones subyacentes: porque si decimos que es por razones institucionales, desde el punto de vista moral la decisión correcta es la que resulte en cada caso del balance de todas las razones relevantes, de las que aquellas razones institucionales, cuando entran en juego, son únicamente una parte⁴⁰.

Ahora bien, si se acepta que tiene sentido trazar la distinción entre las razones subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado (convencionalmente determinadas) y las que deberían serlo (las razones morales correctas), que pueda no haber buenas razones morales para decidir sobre la base de reglas completamente opacas es una cosa, y que no pueda haberlas en algún caso desde el punto de vista de las «razones del legislador» —tal y como quedan identificadas a partir de las correspondientes convenciones interpretativas—, otra bien distinta. Me parece, de hecho, que en nuestra práctica jurídica no son insólitas ni tan escasas las reglas que asumimos que deben aplicarse como «generalizaciones atrincheradas» porque entendemos que las «razones de la autoridad normativa» requieren precisamente eso. Como dice Schauer (2012, p. 87), la derrotabilidad —entendida aquí como la no opacidad de una regla a las razones subyacentes— es «una característica del modo en que un sistema de toma de decisiones elige tratar sus reglas». Y puede elegir tratarlas como opacas a las razones subyacentes porque, tomando en cuenta lo que típicamente está en juego en una clase de casos, la autoridad normativa privilegie en ellos la certeza o la previsibilidad sobre otro tipo de consideraciones. O puede suceder que, aun entendiendo en principio que cierto conjunto de reglas ha de quedar abierto

⁴⁰ Así es como ve las cosas Bruno Celano (2015), planteando la cuestión en unos términos a los que en algún momento José Juan se refiere con aprobación. La racionalidad limitada, la asignación del poder decisorio o la exigencia de certeza y predecibilidad, nos dice Celano, son razones que pueden justificar recurrir a la decisión basada en reglas; pero esos son valores entre otros y deben ser ponderados con ellos (Celano, 2015, p. 182); y por eso, concluye, «[s]e trata de ver caso por caso [...] si recurrir al *decision-making* basado en reglas es oportuno», de manera que «es razonable que un sistema de reglas prevea mecanismos —*defeaters*— que permitan suspender la aplicación de la regla y que justifiquen la reconsideración» (2015, p. 184). José Juan —aun manifestando su discrepancia con la concepción particularista del razonamiento moral de Celano— expresa su acuerdo con esta conclusión en Moreso (2020, p. 561).

en su aplicación a la consideración de las razones subyacentes, pero no queriendo dejar completamente librada a la apreciación de los órganos aplicadores la identificación de qué es lo que esas razones exigen, la autoridad normativa opte no ya por formular –o mejor, por formular únicamente– los mecanismos que habilitan el acceso a las razones subyacentes en los términos de máxima apertura que tienen los *defeaters*, sino por dejar además concretada para grupos de casos su ponderación o valoración de lo que esas razones subyacentes justificarían (de manera que sería autofrustrante para los propósitos de la autoridad permitir que esas concreciones pudieran abrirse a la reconsideración por parte de los órganos aplicadores de la ponderación que con ellas se ha llevado a cabo). Esto es, por ejemplo, lo que ocurre en derecho penal con la formulación por el legislador de causas de justificación específicas y lo que se suele denominar su efecto oclusivo (o de cierre)⁴¹. Tiene toda la razón José Juan cuando subraya, como lo ha hecho en muchas ocasiones⁴², cuán diferente del nuestro sería un derecho penal sin causas de justificación. Pero nuestros sistemas penales no incluyen únicamente, junto a las reglas generales que tipifican ciertas conductas como delito y les anudan una pena, causas de justificación formuladas en términos de máxima genericidad –la más genérica de todas ellas, el estado de necesidad– que, como *defeaters*, permiten establecer excepciones a aquellas reglas en los casos («recalcitrantes») en los que una conducta típica deba considerarse no obstante justificada a la luz de las razones subyacentes. Incluyen también causas de justificación específicas en las que el legislador, ante singulares conflictos de bienes de solución difícil o controvertida, dirime la polémica dándoles una respuesta concreta que, expresando la valoración o ponderación de bienes del legislador, cierra para el juez la posibilidad de acudir a la causa de justificación genérica para sopesar de manera diferente esos mismos bienes. En suma, me parece que lo que da sentido a estas formas de opacidad es entender que las razones subyacentes que el razonamiento jurídico toma en cuenta son las razones de la autoridad normativa: son precisamente esas «razones del legislador» las que requieren que ciertas reglas hayan de ser aplicadas de forma opaca a las razones subyacentes.

5. De los «intocables del derecho» a la toma en consideración de la posición institucional de los diferentes decisores

En varias ocasiones José Juan dice de los *defeaters* que «funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por [los] que el razonamiento de aplicación del derecho [...] puede acudir al razonamiento moral» (Moreso, 2020, pp. 87 o 471). Pero yo diría que en la imagen que nos da José Juan con su idea de «los intocables del derecho» (en la que son verdaderamente exiguas las partes del mismo cuya identificación no remitiría a la argumentación moral) los *defeaters*, más aún que como vías de entrada o incorporación de la moral al derecho, operan en realidad como pasadizos o conductos de salida por los que se esfuma o se nos escapa casi todo lo que implica la dimensión institucional y autoritativa del derecho. A mi modo de ver, prestar la debida atención a esa dimensión institucional y autoritativa del derecho requeriría asumir, en primer lugar, que la cuestión de si una regla debe aplicarse o no de un modo totalmente opaco a las razones subyacentes no queda remitida a la argumentación moral. Y, en segundo lugar, que cuando entendemos (como seguramente sucede con la mayor parte de las reglas del ordenamiento) que no deben ser aplicadas de ese modo completamente opaco a las razones subyacentes, la identificación de estas tampoco remite sin más a la argumentación moral. Porque, tanto en un caso como en otro, creo que se está prestando una atención insuficiente a la dimensión autoritativa del derecho cuando se entiende que las razones

⁴¹ Vid., por todos, Molina Fernández (2000) y Tomás-Valiente Lanuza (2009, especialmente pp. 88-117).

⁴² Ya desde Moreso (2001b) y, por ejemplo, en Moreso (2020, pp. 461-462 o 536).

subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado son las razones moralmente correctas y no, precisamente, las «razones de la autoridad» (que están determinadas convencionalmente).

En cualquier caso, y con independencia del modo en que se entienda cuáles son y cómo se identifican las razones subyacentes, es cierto que en otros momentos José Juan presta una atención mucho mayor a la dimensión institucional y autoritativa del derecho. Es lo que sucede cuando subraya que no todos los aplicadores del derecho tienen autorizado en igual medida el acceso a las razones subyacentes, que la estructura institucional de nuestros sistemas jurídicos hace que las reglas sean «más opacas para unos decisores que para otros»⁴³. Esta precisión resulta sin duda fundamental, entre otras cosas para no olvidar que en nuestros sistemas jurídicos no todos los *defeaters* a los que se refiere José Juan están situados en el mismo plano desde el punto de vista de la jerarquía normativa: muchos están recogidos en la ley – e incluso tal vez algunos en reglamentos –, pero otros están formulados en la constitución. Y si hay un rasgo capital de la dimensión institucional y autoritativa del derecho este es sin duda la jerarquía normativa, que resulta de la jerarquización de las autoridades que emiten las distintas normas. Pero José Juan no desarrolla por completo las implicaciones que tendría la estructura institucional del derecho a la hora de hacer o no opacas determinadas reglas para los diferentes aplicadores. Cuando introduce esta idea fundamental, la ilustra recordándonos cuál es la situación en la que en este sentido se encuentran los órganos administrativos y cuál la del juez ordinario que –en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como el nuestro– puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pero no inaplicar (ni por supuesto invalidar) una norma de rango legal en atención a razones subyacentes a cuya consideración daría acceso un *defeater* formulado en la constitución. Esto, sin embargo, no termina de aclarar qué espacio entendemos que deja nuestra estructura institucional al juez ordinario para hacer una interpretación de la ley de conformidad con la constitución. Cuáles sean las posibilidades y límites de la interpretación conforme es sin duda una interesantísima –y polémica– cuestión, cuya exploración y desarrollo nos daría una idea más precisa del sentido exacto en el que entendemos que la estructura institucional del derecho consiente o no al juez ordinario acudir en la aplicación de la ley a las razones subyacentes invocadas por cláusulas constitucionales.

Pero, sobre todo, José Juan no es muy explícito respecto al modo en que nuestra estructura institucional limitaría para los jueces constitucionales la posibilidad de acudir a la lectura moral al identificar el derecho. Sí que da por sentado, como ya hemos visto, que en la constitución hay reglas respecto de las cuales no cabe para nadie llevar a cabo una lectura moral, reglas que, en ese sentido, serían para todos los aplicadores del derecho (incluidos los jueces constitucionales) opacas a las razones subyacentes a las que se supone que darían entrada en nuestro derecho cláusulas abstractas de la propia constitución. Pero no sé si deja tan claro en qué posición se supone que sitúa nuestra estructura institucional a los jueces constitucionales frente al legislador, esto es, hasta qué punto podría el juez constitucional invocar la lectura moral de esas cláusulas constitucionales abstractas para revisar e invalidar las ponderaciones llevadas a cabo por el legislador. Y esa, me parece, es una pregunta cuya respuesta depende de cómo entendamos la relación entre la constitución y la ley, de cuál sea el espacio que pensamos que deja la constitución para la decisión legislativa. Depende, en suma, de si pensamos en la constitución como lo que algunos han llamado «constitución total»⁴⁴, que implícitamente contendría ya la solución de todos los conflictos y en la que, por tanto,

⁴³ Moreso (2020, p. 569) (vid. también p. 59)

⁴⁴ Vid., por ejemplo, Kumm (2009)

podría decirse de algún modo que ya estaría contenido *in nuce* el sistema jurídico completo; o si, por el contrario, entendemos que la constitución deja abiertos una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles»⁴⁵, de manera que, si la decisión legislativa cabe en alguno de ellos, por razones institucionales esa decisión habría de tener para el juez constitucional la opacidad de la que nos habla José Juan. Todo lo cual, en definitiva, nos muestra la importancia de tener siempre presente que –como nos recuerda Lars Vinx– «la elección de un concepto de derecho es [...] inseparable de cuestiones de teoría política relativas a la mejor forma de gobierno» (Vinx, 2007, p. 28).

Bibliografía

- Alchourrón, C.E. (2010 [1996]). Sobre derecho y lógica. En C.E. Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (edición y estudio introductorio de J.J. Moreso y J.L. Rodríguez) (pp. 155-175). Marcial Pons.
- Aristóteles (1989). *Ética a Nicómaco* (trad. de M. Araújo y J. Marías) (5ª ed.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Bayón, J.C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. E. Navarro y M. C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Gedisa.
- Bouvier, H. (2004). Reglas y razones subyacentes. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 393-424.
- Celano, B. (2015). *Rule of Law* y particularismo ético. En P. Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral* (pp. 151-186). Marcial Pons.
- Celano, B. (2020a). *Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, titrattazioni (poche, non molto importante, tranne una) e repliche di Bruno Celano*. Vol. II de M. Maldonado y P. Luque (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*. Marcial Pons.
- Celano, B. (2020b). Prefacio: *Lost in the Stars*. En Moreso (2020), 13-20.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution* (pp. 1-38). Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2006 [2002]). Thirty Years On. En R. Dworkin, *Justice in Robes* (pp. 187-222). Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- García Amado, J.A. (2020). Estándares jurídicos (*lex artis*, buen padre de familia, persona razonable...): qué son y para qué sirven. En M.P. García Rubio y J.J. Moreso (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho* (pp. 481-495). Reus.
- Greenberg, M. (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. En A. Marmor y S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 217-256). Oxford: Oxford University Press.
- Hurd, H.M. (1990). Sovereignty in Silence. *Yale Law Journal*, 99(5), 945-1028.

⁴⁵ En expresión feliz del propio José Juan en una obra muy anterior a la que aquí se comenta: vid. Moreso (1997, pp. 167-181).

- Kumm, M. (2006). Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 7(4), 341-369.
- MacCallum, G.C. (1968 [1966]). Legislative Intent. En R.S. Summers (ed.). *Essays in Legal Philosophy* (pp. 237-273). Berkeley/Los Angeles: University of California Press.
- Molina Fernández, F. (2000). El estado de necesidad como ley general: Aproximación a un sistema de causas de justificación. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª época), nº extraordinario 1, 199-260.
- Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2001a). In Defense of Inclusive Legal Positivism. En P. Chiassoni (ed.). *The Legal Ought* (pp. 37-64). Giappichelli.
- Moreso, J.J. (2001b). Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 525-546.
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Ariel.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*. Edizioni ETS.
- Perot, P.M. y Rodríguez, J.L. (2012). Desacuerdos acerca del derecho. En P. Luque Sánchez y G.B. Ratti (eds.) *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan* (pp. 155-177). Marcial Pons.
- Rapetti, P.A. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Raz, J. (2009 [1996]). Intention in Interpretation. En J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason* (pp. 265-298). Oxford University Press.
- Scataglini, M.G. (2021). *Seguimiento de reglas: el «aguijón pragmático» en la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Schauer, F. (2012). Is Defeasibility an Essential Property of Law?. En J. Ferrer y G.B. Ratti (eds.). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 77-88). Oxford University Press.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. *Modern Law Review*, 61, 11-32.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2009). *El efecto oclusivo entre causas de justificación*. Comares.
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (1999 [1995]). Legislator's Intentions and Unintentional Legislation. En J. Waldron, *Law and Disagreement* (pp.119-146). Clarendon Press.
- Waldron, J. (2010). *Torture, Terrors, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. Oxford University Press.