

LOS INTOCABLES DEL DERECHO. ENTREVISTA A JOSEP JOAN MORESO^{1*}

Francisco M. MORA SIFUENTES^{2**}

Resumen: Josep Joan Moreso (Tortosa, España, 1959) es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona de la que fue Rector (2005-2013). Después de escribir su tesis doctoral sobre la teoría jurídica de Jeremy Bentham en la Universidad Autónoma de Barcelona, realizó sendas estancias de investigación en la Universidad de Buenos Aires, en el Balliol College de Oxford o en Génova. Ha sido profesor en las Universidades Autónoma de Barcelona y de Girona. Sus líneas de investigación e interés se han centrado en problemas relativos al concepto de Derecho, los desacuerdos teóricos, la teoría de la interpretación jurídica, la dinámica e identidad de los sistemas jurídicos, la fundamentación del constitucionalismo, entre otros. El profesor Moreso es reconocido por defender las tesis del “positivismo jurídico inclusivo” siendo uno de los protagonistas de la filosofía del Derecho contemporánea en nuestro entorno. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valparaíso, Chile y la Universidad Antenor Orrego, de Trujillo, Perú. Desde el año 2013 es Profesor Adjunto de la Universidad Diego Portales, Chile. Entre sus contribuciones destacan: *Constitución. Un modelo para armar* (2012); *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (1997); *La teoría jurídica de Bentham* (1992).

Palabras Clave: Positivismo Jurídico Inclusivo, Incorporacionismo, Constructivismo moral, Filosofía del Derecho Contemporánea, Neoconstitucionalismo

Abstract: Josep Joan Moreso (Tortosa, Spain, 1959) is Professor of Legal Philosophy at the University Pompeu Fabra, Barcelona, of which he was Rector (2005-2013). After finishing his Ph.D. dissertation on Jeremy Bentham's Legal Theory at Autonomous University of Barcelona, he became Visiting Fellow in the Universities of Buenos Aires, Oxford, Balliol College, and Genoa. He taught in the Autonomous University of Barcelona and the University of Girona. His research interest has been focused on issues related to the concept of law, theoretical disagreements, legal interpretation, dynamics and identity of legal systems, and foundations of constitutionalism, among others. Professor Moreso is well-known for his defense of the thesis of “Inclusive Legal Positivism” as well as for playing a leading role in our contemporary legal philosophy. Moreover, the University of Valparaíso, Chile and the University Antenor Orrego, of Trujillo, Peru, conferred Honorary Doctorates on him. Since 2013 is Visiting Reader at the University Diego Portales, Chile. These are some of his publications: *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation* (Kluwer, 1998); ‘Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism’ (2012); ‘Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality’ (2012).

^{1*} Quiero dejar constancia de mi gratitud al Prof. J. J. Moreso por su enorme generosidad y diligencia para responder esta entrevista. Nuevamente agradezco a los editores de *Ciencia Jurídica* por acoger en sus páginas el presente proyecto; especialmente a la Dra. Teresita Rendón Huerta por impulsar estos temas.

^{2**} Asesor e investigador en la Coordinación General Jurídica del Gobierno del Estado de Guanajuato. Candidato SNI-Conacyt. Coordinador del libro: *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, México, DJC 71, Fontamara-IEEG, 2014. Profesor de asignatura en la Universidad de Guanajuato e Iberoamericana, Plantel León. Contacto: mora.sifuentes@gmail.com

Key Words: *Inclusive Legal Positivism, Incorporationism, Moral Constructivism, Contemporary Legal Philosophy, Neo-Constitutionalism.*

Francisco M. Mora Sifuentes (FMMS): Para comenzar, podría decirnos ¿qué le llevo a estudiar Derecho? Y por otra parte, ¿hubo algún hecho particular que lo impulsará a comenzar su formación en el ámbito de la filosofía jurídica?

Josep Joan Moreso (JJM): Antes que nada quiero decir que me siento honrado y halagado por esta entrevista en la que mi entrevistador, tan amable, ha seleccionado de forma tan oportuna e inteligente algunas cuestiones centrales de la filosofía jurídica actual y, también, por supuesto, de mi trayectoria intelectual.

En realidad, comencé a estudiar la carrera de Derecho a finales de los años setenta del siglo pasado, en la España de la transición democrática. Dudaba si estudiar filosofía u otra carrera de humanidades, pero la curiosidad por comprender mejor los fundamentos y la naturaleza del cambio político que se estaba llevando a cabo fue, con seguridad, lo que me llevó a las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Desde el bachillerato había tenido interés por la filosofía, pero lo que decantó la balanza, y la balanza estaba equilibrada porque sopesé preparar las oposiciones a la judicatura –incluso cuando cursaba el último año de la carrera obtuve una beca para preparar dichas oposiciones, una beca recién convocada por primera vez por la nueva Generalitat de Cataluña, una beca a la que renuncié para dedicarme a la filosofía del Derecho–, lo que decantó la balanza fue la claridad perspicua y la inteligencia de las clases mi profesor de la materia *Filosofía del Derecho*, en quinto curso, Rafael Hernández Marín, desde hace casi treinta años catedrático de la materia en la Universidad de Murcia. Con él aprendí los rudimentos de la filosofía analítica, aprendí lógica proposicional y lógica de predicados, una cuestión que por sí sola ya merece mi agradecimiento perpetuo.

FMMS: Me gustaría que nos comentara brevemente cuál era el clima durante sus estudios de licenciatura y doctorado, ¿cómo era la Cataluña de por entonces?, ¿advertía atisbos de la actual tensión con Madrid o España en general?

JJM: Durante los estudios de licenciatura había mucha incertidumbre, se aprobó la Constitución en 1978, pero en 1981 tuvimos el intento de golpe de Estado con la ocupación del Congreso de los Diputados por parte del Coronel Tejero y el capitán general de Valencia ordenó que los tanques patrullaran la ciudad. Los jóvenes universitarios queríamos un cambio democrático que se materializó plenamente con los gobiernos socialistas de Felipe González: la modernización del país, las libertades, el ingreso en la Unión Europea, la universalización de la educación y de la sanidad. Fueron los mejores años de la historia de nuestro país para desmentir al poeta Gil de Biedma que unas décadas antes había escrito estos tristes versos:

*De todas las historias de la Historia
sin duda la más triste es la de España,
porque termina mal.*

Entonces, la verdad, no se advertían las tensiones futuras entre Cataluña y España. Es cierto que el año 1984 la Audiencia Territorial (el máximo órgano judicial en la Cataluña de entonces) decidió no procesar al Presidente Jordi Pujol, al que la fiscalía atribuía ciertos delitos económicos relacionados con la gestión de Banca Catalana, una institución financiera que quebró en esos años y que él había presidido y un asunto del que recientemente hemos sabido que era sólo el origen de una trama de irregularidades y delitos económicos cometidos por él y su familia. Este hecho creó cierta tensión, pero se superó. Si tuviera que decir el momento de mayor encuentro entre catalanes y el resto de españoles diría que fue durante los juegos olímpicos de 1992 en Barcelona. Había banderas catalanas y banderas españolas (la final de fútbol, que ganó España, se jugó en el Camp Nou que, por una vez, se llenó de alegría y de banderas españolas conjuntamente). Fue el gran éxito del alcalde Pasqual Maragall. Una Barcelona abierta al mundo, en una Cataluña orgullosa de estar en España, una España orgullosa de integrar a Cataluña. El desencuentro es posterior, comienza en la segunda legislatura, con mayoría absoluta, de José María Aznar, entre el año 2000 y el 2004. Ese es, en mi opinión, el origen de lo que ahora vivimos, que es más conocido y sobre lo que no insistiré.

FMMS: Sus primeros pasos en la academia están vinculados al grupo del profesor Albert Calsamiglia en Barcelona. ¿Qué papel jugó el citado profesor en su formación y carrera académica? ¿qué supuso la pérdida del profesor Calsamiglia, un profesor relativamente joven, para la filosofía jurídica española?, ¿la Carta a un amigo filósofo que le escribió –publicada en *El País*–, le hizo replantearse de algún modo sus presupuestos como analítico? ¿a qué otros profesores considera sus maestros y por qué?

JJM: Como le decía en la primera pregunta, mi primer maestro y mi director de tesis fue Rafael Hernández Marín. Pero él se marchó a Murcia en 1988, el año en que yo defendí mi tesis doctoral. Y, en la Universidad Autónoma de Barcelona, me quedé –por así decirlo– algo huérfano. En ese momento, Albert Calsamiglia, catedrático desde hacía poco en la Universidad de Barcelona, formó un grupo, junto con Jorge Malem, de jóvenes interesados en la filosofía del Derecho. Un grupo que era, fundamentalmente, un grupo de lectura. Si no recuerdo mal el primer libro que leímos fue *Law's Empire* de Ronald Dworkin. Me uní a ese grupo y comencé una relación de colaboración y amistad con Albert Calsamiglia que fue creciendo hasta su lamentable muerte en el año 2000, precisamente el año que yo me incorporé como catedrático a la Universitat Pompeu Fabra (Universidad que él había contribuido a formar en 1990 y a donde fueron casi todos los jóvenes de ese grupo de la década anterior). La relación con él, y su influencia en mi trayectoria académica y en mi formación, fue crucial. Su apertura intelectual, su generosidad, su desvelo constante para conectarnos con los mejores centros de filosofía del Derecho del mundo, sus invitados en la Universitat Pompeu Fabra: Ernesto Garzón Valdés, Eugenio Bulygin, Carlos Santiago Nino, fueron claves para mi desarrollo intelectual. Por lo tanto, la pérdida de Albert fue doblemente dolorosa para mí: perdí, como todos, a uno de los iusfilósofos españoles más brillantes de su generación y, a la vez, yo perdí a un amigo, un amigo que me había llamado de Girona a la Universitat Pompeu Fabra para colaborar en su proyecto, que tuve que continuar ya sin contar con su contribución. La carta a la que se refiere, que no sé cómo ha sabido rescatar y lo felicito por ello, respondía a una comunicación muy intensa que desarrollamos el último año de su vida, el año de su enfermedad, es uno de los testimonios de esa relación. Nos comunicábamos por carta (ya en la forma de correo electrónico) porque yo pasé los meses de abril a julio

en una estancia de investigación en la Universidad italiana de Génova (el moriría a fines de julio precisamente). El hecho de que me escribiera esa carta guarda relación con muchas de nuestras conversaciones filosóficas en las cuales, él insistía y yo estaba de acuerdo, en que la filosofía analítica contemporánea no debía olvidarse de que, aparte de comprender los fundamentos de nuestra estructura conceptual con la que comprendemos el mundo, la filosofía desde siempre ha tratado de enseñarnos cómo debemos vivir. Y, como es natural, esta segunda tarea era la que más le importaba en ese momento. Que me lo escribiera muestra que sabía que en mí tenía un interlocutor, un amigo filósofo. Me emocionó recibirla y por eso, un año después, la entregué a Silvia, su viuda, y a algunos de sus amigos, y la enviamos a El País para la publicación.

Mis maestros han sido, por fortuna, muchos. Ernesto Garzón Valdés que, aunque residía y reside en Bonn, viajaba a menudo a Barcelona y nos enseñó más que nadie que la tarea filosófica es una tarea fundada en el diálogo permanente. Nos enviaba sus borradores de trabajos para que los comentáramos y así nos atreveríamos a hacer lo mismo con él. Imaginaba simposios, workshops, seminarios varios, no hay iniciativa iusfilosófica de esos años en España en la que él no esté o bien encabezándola o bien entre bambalinas. En 1990 pasé los meses del invierno austral en Buenos Aires, para trabajar con Eugenio Bulygin y Carlos Nino. Allí devine uno de los denominados *Bulygin's boys and girls* (que después han sido y son muchos pero que comenzamos Daniel Mendonca, Pablo Navarro, Cristina Redondo, Jorge Rodríguez y yo), con la ayuda de Carlos Alchourrón y con la presencia constante de Eugenio aprendimos todo lo que pudimos de los sistemas normativos. Carlos Santiago Nino fue también muy influyente, en Buenos Aires y en Barcelona, hablaba de doctrinas que oíamos por primera vez: la teoría causal de la referencia, el valor epistémico de la democracia, era un discutiador literalmente invencible (que, también, lamentablemente murió a los 50 años). En el año 1990, con la creación de la Universitat Pompeu Fabra, se incorporó a Barcelona Riccardo Caracciolo, y entre el humo de sus cigarrillos con interminables cafés, a veces whisky y música de jazz, nos iniciaba a la comprensión de las más intrincadas cuestiones filosóficas. En 1995 estuve dos trimestres en Oxford y mi supervisor fue Joseph Raz, un profesor exigente que me abrió la comprensión del núcleo de las cuestiones más relevantes en la filosofía práctica anglosajona del momento. En esos años, también influyó poderosamente en todos nosotros la lucidez analítica de Riccardo Guastini en Barcelona y en Génova (ya dije que en dos mil pasé un trimestre en su Universidad), aunque nunca acepté el escepticismo interpretativo de la escuela genovesa y para entonces ya había abandonado el otro escepticismo genovés, el escepticismo moral, mi trayectoria no es comprensible al margen de sus enseñanzas y de las de Paolo Comanducci, ahora rector de la Universidad de Génova. Durante esos años también se inició la relación con dos iusfilósofos muy influyentes en los últimos años, Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, a los que he tenido el privilegio de discutir en publicaciones diversas, en español, italiano, alemán e inglés. En España, Elías Díaz y, también, Gregorio Peces-Barba, habían procurado una apertura más que necesaria para abandonar el iusnaturalismo tomista, que demasiadas veces había sido usado para legitimar la dictadura. Los discípulos de Elías, Francisco Laporta y Manuel Atienza (en esos años, aunque ayudaron también lo suyo, Liborio Hierro y Virgilio Zapatero ocupaban cargos de responsabilidad política en los gobiernos socialistas), junto con Albert Calsamiglia, hicieron una labor inmensa y, claro, influyeron también en mi trayectoria de manera crucial. También han influido colegas más cercanos a mi generacionalmente, con los que he discutido hasta la saciedad. Ha sido una ex-

perencia muy gratificante desde el punto de vista intelectual, mis contribuciones no serían lo que son sin el fruto de ese legado. Ya he nombrado a los *Bulygin's boys and girls*, añadiría ahora a personas como Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel, Javier de Lucas, Luis Prieto Sanchís, Juan Ramón de Páramo, Juan Carlos Bayón, Bruno Celano, Pierluigi Chiassoni, Timothy Endicott, Fernando Atria, Rodolfo Vázquez, Carlos Rosenkrantz, Roberto Gargarella, Juan Antonio García Amado, José Martínez de Pisón, Josep Aguiló, Jerónimo Betegón, Marina Gascón, María José Añón, Josep M. Vilajosana. Y después llegaron los más jóvenes de los que ahora aprendo también mucho: Jordi Ferrer, Alfonso García-Figueroa, Daniel González-Lagier, Marisa Iglesias, Isabel Lifante, Pablo de Lora, José Luis Martí, Juan Antonio Pérez Lledó, José Luis Pérez Triviño, Ángeles Ródenas, Neus Torbisco. Como ve, la lista es muy larga y seguro he olvidado algunos nombres que deberían estar. Pero sirve para lo que quiero hacer notar, el gran cambio que trajo, gracias al trabajo de nuestros maestros, la transición a la filosofía jurídica latina, como ahora comienza a decir Manolo Atienza, es la creación de una verdadera comunidad iusfilosófica.

FMMS: Comencemos con su obra iusfilosófica. La primera etapa de su trabajo está volcada a la figura y teoría jurídica de Jeremy Bentham. A la distancia, ¿qué valoración le merece esa monografía y, fundamentalmente, qué elementos de la obra benthamita le siguen pareciendo de actualidad para el teórico del Derecho? ¿Piensa que el auge de los *moral rights* en teorías como la dworkiniana han sepultado definitivamente un proyecto como el de Bentham y su confianza en el Derecho codificado o en el Parlamento?

JJM: La obra de Bentham es inmensa y, por ello, creo que sigue teniendo elementos de gran actualidad para la teoría jurídica actual. Recientemente he publicado un trabajo, (Moreso, J.J. 'Jeremy Bentham: luces y sombras', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 47 (2014): 221–248), en el que trato de hacer una valoración más pausada de la contribución de Bentham. Pienso que sus ideas sobre la lógica deóntica, fundadas en una original ontología y filosofía del lenguaje, y su teoría general de las normas siguen siendo claves para estas cuestiones. Si uno contempla el panorama de la filosofía moral actual y, también, el de la filosofía política, puede apreciar que el utilitarismo sigue siendo una opción atractiva. Vale la pena considerar como ejemplo la influyente obra de Peter Singer, un benthamiano contemporáneo en tantos sentidos. Sin embargo, como usted apunta, la obra de John Rawls en filosofía política y la de Ronald Dworkin en filosofía jurídica han centrado el debate contemporáneo y los dos, de buen comienzo, han considerado el utilitarismo como una doctrina práctica insatisfactoria. Yo mismo comparto, por las razones que ellos aducen, esta valoración. No obstante, la confianza en la primacía de la ley, la claridad y la precisión de las leyes, la *dignidad de la legislación*, para decirlo con Jeremy Waldron, sigue en la discusión contemporánea de la mano del conocido como *positivismo jurídico ético o normativo* (que, según algunos, era la posición de Bentham también). No comparto plenamente esta posición, pero creo que el ideal que anida tras ella ha de ser compatible con el ideal que subyace al *positivismo jurídico incluyente*, al que nos referiremos después. De hecho, con Bruno Celano, con el que guardo una muy grande afinidad intelectual y personal, hemos comenzado a trabajar hace

muy poco en algo que puede ser un paper sobre algo que denominamos como *Normative Inclusive Legal Positivism*.

FMMS: Cuando comencé a estudiar filosofía del Derecho me resultaba raro que un mismo autor manejara tesis opuestas a lo largo de su vida. Sin embargo, me fui dando cuenta de que no era infrecuente: Ihering, Radbruch o Kelsen (por no hablar de Wittgenstein en el ámbito de la filosofía general) son autores de los que se habla en “etapas”. Esa fue mi primera impresión sobre su trabajo. Es decir, *prima facie* me parecía un tanto extraño su tránsito de positivista-benthamita a defensor del objetivismo moral y de su incorporación en el Derecho. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Existe continuidad o cambio en su pensamiento; cómo podría explicarlo?

JJM: Sería presuntuoso por mi parte afirmar que hay dos etapas en mi pensamiento y compararme así con estos grandes pensadores a los que hace referencia. Ahora bien, es cierto que comencé mis primeros pasos convencido de que la metaética más plausible llevaba a algo como el escepticismo en moral. Probablemente debido al hecho de que durante la elaboración de la tesis doctoral debí leer mucha filosofía moral y, también, metaética, mi posición cambió. No recuerdo exactamente cuándo, tal vez fue un cambio paulatino que recorre toda la última década del siglo pasado. La razón de dicho cambio tuvo que ver fundamentalmente, y en ello es crucial mi lectura y estudio de la obra de John Rawls, con que la filosofía moral no usaba argumentos ni elaboraba tesis de un modo distinto a la del resto de la filosofía. Que hay desacuerdos profundos en todas las ramas de la filosofía: por ejemplo en filosofía de la lógica, ¿hay proposiciones que carecen de valor de verdad?, en ontología, ¿existen las entidades abstractas, los números, los significados, las razones y los valores?, en epistemología, ¿qué queremos decir cuándo afirmamos que sabemos que una determinada proposición es verdadera? Y que ese es el núcleo de la filosofía. La suerte de la filosofía moral no es distinta de la suerte del resto de ramas de la filosofía. Nuestra filosofía, diciéndolo con lo que ahora se denominan argumentos *mooreanos*, no puede hacer de menos el hecho de que sabemos que hoy lloverá o no lloverá en Barcelona, que tres más dos es igual a cinco, que hubo un atentado terrorista en noviembre de 2015 en París o que es moralmente incorrecto torturar a los bebés para divertirse. En este sentido, existe discontinuidad en mi pensamiento, porque antes consideraba el ámbito normativo no sujeto al control racional y ahora considero, por el contrario, que el ámbito práctico está sujeto a las razones.

FMMS: La defensa de cierto objetivismo moral (mínimo) se ha convertido en una de las señas de identidad de su trabajo. ¿Podría explicar en qué consiste dicho objetivismo? ¿En qué se diferencia su propuesta del constructivismo ético de Carlos Nino? ¿Cuáles son las ventajas que presenta para problemas clásicos como, por ejemplo, la fundamentación o defensa de los derechos humanos? ¿Cuáles son sus eventuales desventajas o flancos de crítica?

JJM: Estas preguntas nos llevan al corazón de la metaética, me temo. El objetivismo moral que defiendo sostiene que hay juicios morales verdaderos, aquellos que aceptarían los agentes morales racionales y razonables. Esta es, claramente, una posición constructivista en moral. Cercana a la de Carlos Nino, es claro, él trató de presentarla como una vía intermedia entre las posiciones de John Rawls y Jürgen Habermas. No tengo objeciones de fondo a su propuesta. Ahora bien, creo que la tarea fundamental de la metaética estriba en justificar la

objetividad de nuestra práctica moral, de nuestra práctica de elogiar y censurar los comportamientos, de atribuir responsabilidad a los agentes morales que son seres sensibles a las razones. El constructivismo puede, en este sentido, ser un lugar de encuentro para filósofos de diversas sensibilidades metaéticas, realistas naturalistas (como David Brink o Peter Railton), realistas naturalistas subjetivistas (como el realismo disposicional de David Lewis), realistas no-naturalistas (como Russ Schafer-Landau, Ralph Wedgwood o David Enoch, aunque estos son los más críticos con el constructivismo, pero podrían aceptarlo como un modo de acceso al conocimiento de estas entidades no-naturales que presuponen), las doctrinas de la sensibilidad (como John McDowell o David Wiggins) o incluso los expresivistas (como Simon Blackburn o Allan Gibbard), basta que todos acepten que nuestra práctica moral presupone un *punto de vista común*, desde el cual juzgamos las acciones humanas. Tal vez el origen de estas divergencias en metaética, más que ontológico o epistémico, sea de naturaleza semántica, discrepan acerca del significado de los predicados morales: sean *ligeros* como ‘bueno’ o ‘correcto’, sean *densos* como ‘honrado’, ‘valiente’, ‘cruel’, etc. Pero creo que esta discrepancia es compatible con una perspectiva *ecuménica* en metaética, capaz de dar cuenta de la objetividad de nuestra práctica moral. Al fin y al cabo, nada dificultó la investigación y progreso en las matemáticas el hecho de que la discusión sobre la naturaleza ontológica de las entidades matemáticas siga abierta desde hace dos mil quinientos años: abierta entre platónicos, nominalistas (hoy defensores de la teoría del error: ficcionalistas, por ejemplo) y tantas posiciones intermedias.

Es cierto, por otra parte, que algunos autores (entre los que destaca Hans Kelsen) pensaron que el mejor fundamento del liberalismo político, la democracia y los derechos humanos era una doctrina escéptica en materia moral. Pero creo que este argumento contiene un espectacular *non sequitur*. La doctrina de los derechos humanos, por ejemplo, presupone que hay razones para que los gobiernos no establezcan una censura previa a las publicaciones. Esta idea presupone una concepción de la libertad de expresión que suministre razones decisivas a favor de no autorizar el control previo de las publicaciones por parte del gobierno. Por otra parte, si somos escépticos en materia moral, pensamos consecuentemente que no hay razones decisivas para prohibir la censura, como no las hay para autorizarla. Y si no hay razones decisivas, no hay modo de justificar dicho proceder, ni su contrario. La idea, muy difundida, de que el escepticismo ético lleva a la tolerancia es también errónea. La tolerancia es una posición moral que dice que, en determinado ámbito, hemos de aceptar acciones, modos de vida, opiniones, distintas de las que nosotros preferimos. El escepticismo es incapaz de fundar esta posición puesto que para los escépticos ninguna posición moral, ni la del tolerante ni la del intolerante, tienen fundamento.

En este sentido, creo que la doctrina moral de los derechos humanos presupone el objetivismo ético. Veo a esta posición más ventajas que desventajas. Ahora bien, esto no otorga a nadie una ventaja de partida: en el espacio de la objetividad moral, sólo tenemos la fuerza de las razones. Y, claro, es posible que determinados sesgos de nuestra concepción de los derechos humanos (sesgos occidentales, machistas, burgueses o lo que se quiera) nublen nuestra

visión adecuada de las cosas. El espacio de la objetividad es el espacio de las razones, no el espacio de nuestros prejuicios.

FMMS: Relacionada con la anterior pregunta, ¿podría explicarnos su propuesta de positivismo jurídico inclusivo? si se es convencionalista, ¿puede este tipo de positivismo ser “positivismo propiamente dicho”? ¿cuál es el alcance de la tesis de la incorporación, esto es, es una tesis de teoría del Derecho o es verdadera para determinados sistemas jurídicos, i. e., los constitucionales?, ¿en qué momento de desarrollo se encuentra y, a su juicio, cuáles son los límites de la incorporación?

JJM: Comencemos por la tesis de la incorporación que yo he presentado del siguiente modo:

Quando 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.

Trato de contestar a las dos relevantes cuestiones que me plantea: en primer lugar, si esta tesis es compatible con el convencionalismo que a veces se atribuye como un rasgo esencial al positivismo jurídico y, en segundo lugar, a si esta tesis es verdadera necesariamente de todos los sistemas jurídicos o es, por el contrario, un rasgo contingente de algunos sistemas jurídicos.

Por convencionalismo se entiende una doctrina referida a muchas concepciones diversas entre sí. De hecho, a partir del influyente libro de David Lewis *Convention* (1969), se ha intentado una lectura convencionalista de las tesis principales contenidas en *The Concept of Law* (1961) de H.L.A. Hart. Ni yo estoy en condiciones ni este es el lugar de hacer un balance de dicha literatura. Por ello restringiré mi propósito: ¿es compatible la tesis de la incorporación con la tesis de las fuentes sociales del Derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del Derecho depende de su origen en determinadas fuentes sociales? Ya puede apreciarse que del modo que yo he formulado la tesis de la incorporación tal compatibilidad es posible. El uso de la argumentación moral para la identificación del Derecho viene adoptado precisamente a través de lo que establecen las fuentes. Soy consciente de que este no es el único uso de la noción de *incorporacionismo* en la literatura actual, en concreto se aparta del uso que hace Matthew Kramer en sus influyentes aportaciones, y está más cerca del uso de Jules L. Coleman y, en realidad, mi caracterización del positivismo jurídico inclusivo es muy cercana a la realizada por Will Waluchow en sus trabajos. Al contestar a la próxima pregunta, trataré de precisar en qué sentido mi caracterización sigue siendo positivista y en qué sentido las tesis de la incorporación tiene límites, es decir que algunas de las convenciones (en sentido amplísimo, sin comprometerme ahora con ninguno de los sentidos de ‘convención’) han de ser aisladas de la moralidad para cumplir con su función institucional.

Como he defendido en muchos lugares, y tal como parece formulada, la tesis de la incorporación es una tesis contingente de los sistemas jurídicos. En el universo de la modalidad, una relación –en este caso entre la identificación del Derecho y la argumentación moral- sólo puede ser necesaria, contingente o imposible. Supongamos que podemos rechazar, aunque en la respuesta a la siguiente pregunta volveré a ello, que la relación sea, como quiere el positivismo jurídico exclusivo, imposible. Quedan dos alternativas: o bien es necesaria o bien

es contingente. Es cierto que hay buenos argumentos para defender que no es imaginable un sistema jurídico en el que nunca sea usado un argumento moral para determinar el contenido de lo requerido por el Derecho. Ahora bien, esta es una tesis distinta de la que sostiene que la existencia del Derecho no puede comprenderse sin algún fundamento moral, que la existencia del Derecho instancia algún valor moral. Aunque esta tesis (defendida con diversos razonamientos por Lon Fuller, Joseph Raz, Ronald Dworkin, por ejemplo), sea verdadera todavía es imaginable un sistema jurídico totalmente formalista (y el formalismo tiene su *appeal*, recordemos los trabajos de Norberto Bobbio, de Frederick Schauer o, entre nosotros, de Francisco Laporta), legalístico, que establezca mediante predicados empíricos y precisos los deberes y derechos de los ciudadanos, que obviamente descansa sobre alguna pretensión de corrección, sobre alguna noción de autoridad. En mis escritos he usado muchas veces el ejemplo de la obligación en el Derecho Romano arcaico (un ejemplo traído a este debate por Fernando Atria), una obligación que se contraía por el hecho de decir unas palabras determinadas: si uno se equivocaba al pronunciarlas no contraía la obligación, si uno decía las palabras con una espada en el cuello, contraía la obligación. He aquí un sistema de obligaciones sin remisión a la moralidad. Un sistema sumamente defectuoso, es claro, pero un sistema posible. Si son posibles estos supuestos entonces la tesis de la incorporación es contingente. Sigo creyendo que, aunque altamente improbables en nuestra época, sistemas jurídicos así son posibles. Digo esto de nuestra época, porque por fortuna la cultura de las democracias constitucionales está en expansión y los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales son sistemas abiertos a la moralidad, dado que contienen declaraciones de derechos que sólo pueden ser interpretadas, sólo puede decirse lo que establecen, atendiendo a lo que dicen y a lo que presuponen, y entre lo que presuponen se hallan sin duda consideraciones de carácter moral.

FMMS: La filosofía del Derecho de los últimos 50 años no se entiende sin Ronald Dworkin. ¿Cómo valora en general su figura y su participación en los debates iusfilosóficos? ¿cuáles son sus contribuciones más relevantes a la filosofía jurídica? Por otra parte, ¿qué planteamientos de su obra le parecen menos convincentes? Por ejemplo, en su trabajo “*Los intocables del Derecho*” se aparta de una lectura dworkiniana en relación con la tesis de los desacuerdos teóricos –restringiéndola– a fin de sostener que la identificación de ciertas reglas *no deben* remitir a la argumentación moral (la tesis fuerte de las fuentes sociales, por tanto, sería a su juicio verdadera para esas reglas). ¿Podría explicitar un poco más su propuesta a este respecto? ¿es posible operar esa restricción si uno es coherentista en epistemología moral?

JJM: Considero la contribución de Ronald Dworkin la más importante a la filosofía jurídica posterior a H.L.A. Hart. Ha sido, y será por muchos años, fuente de inspiración de muchas de las ideas relevantes en nuestra disciplina. Haber notado que la determinación del contenido del Derecho requiere de una poderosa concepción de la interpretación y haber insistido en que los desacuerdos, las discrepancias entre los juristas, se deben a diversos modos de concebir los presupuestos (lo que denomina *grounds*) del Derecho ha abierto una veta inagotable para la teoría jurídica. Es cierto, sin embargo, que en la filosofía jurídica latina (que incluye la filosofía jurídica de todos los países de lengua románica) la filosofía de Dworkin es, a menudo, vilipendiada (ello ocurre también, pero muy esporádicamente, en el mundo anglosajón, véase el caso de Brian Leiter por ejemplo). Creo que ello se debe a un cierto miedo al *moralismo*, que en nuestros países históricamente ha sido dominado por el conser-

vadurismo católico más rancio, al que se contrapone una defensa del escepticismo moral y del relativismo. Ya me he referido a ello. Cuando se combina con el escepticismo interpretativo, de matriz genovesa habitualmente y muy influyente por cuanto puedo apreciar entre los jóvenes iusfilósofos latinoamericanos, produce una visión claramente distorsionada de la práctica jurídica. Si no hay ni criterios jurídicos ni criterios morales de evaluación de nuestros juicios acerca del contenido del Derecho, acerca de lo que el Derecho establece, ¿qué sentido tiene la práctica jurídica? La interpretación del Derecho se convierte en una tarea lexicográfica, detenida en establecer cuáles son los usos, reales y posibles, de las expresiones del Derecho, de las fuentes que de acuerdo a esta teoría son sólo los textos, las disposiciones. Las normas son el resultado de operaciones que ya no son controlables racionalmente, son evaluativas y dependen de las meras preferencias del que las realiza. En mi opinión, el análisis lexicográfico es el comienzo, no banal, de la tarea de la interpretación del Derecho, pero en ningún caso es el final. Determinar lo que el Derecho establece requiere a menudo otras capacidades aparte de las del lexicógrafo, requiere embarcarse en una tarea de reconstrucción de lo que el Derecho presupone en la que convergen razonamientos prácticos de diverso nivel, junto con conocimientos de las ciencias sociales también, la economía, la ciencia política o la sociología.

Lo que me parece menos convincente de la teoría jurídica dworkiniana es su insuficiente, en mi opinión, atención a la dimensión institucional del Derecho. Estoy de acuerdo con él en que el Derecho es la institucionalización de la moralidad pública, dicho ahora algo genéricamente. Pero, según creo, si nos tomamos en serio esta idea, entonces habrá que reconocer que algunos aspectos del Derecho no están sujetos a la lectura moral, constituyen el pivote institucional que hace del Derecho algo distinto, precisamente, de la moralidad pública y, también, del debate político. Pondré algunos ejemplos: la Constitución española establece (en el artículo 68.1) que el Congreso de los diputados tendrá un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados y, aunque esta disposición es controvertida, es un Congreso con bastantes menos miembros que el de los países de nuestro entorno y tamaño, parece claro que esta controversia no afecta a su significado, si se quiere ampliar el número de Diputados al Congreso habrá que reformar la Constitución. Aquello que establece una decisión judicial firme tampoco está sujeto a la lectura moral, la existencia en los sistemas jurídicos del llamado *recurso de aclaración*, no permite reabrir el caso, sino sólo que el mismo órgano que dictó la sentencia aclare algún extremo que era oscuro para permitir su ejecución. Y, según creo, tampoco están sujetas a la lectura moral las normas que establecen cuáles son las decisiones que cuentan con la fuerza de *res iudicata*. En el trabajo al que usted hace referencia, traigo a colación el siguiente caso: cuando la Corte Suprema estadounidense en *Bush v. Gore* (531 US 98 (2000)) decidió que el método establecido por la Corte Suprema de Florida para recortar las papeletas del voto conllevaba una violación de los derechos constitucionales, la decisión fue muy controvertida y muchos consideraron que era una decisión errónea desde el punto de vista del Derecho Constitucional, él mismo Dworkin editó un conjunto de ensayos para criticar dicha decisión (*A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York: The New Press, 2002). Sin embargo, hasta donde yo sé, nadie consideró que la sentencia de la Corte no debía ser obedecida y que, por lo tanto, el Presidente Bush era un Presidente ilegal, aunque la decisión judicial que autorizó su procla-

mación fuese constitucionalmente inválida. Algunas veces, por paradójico que parezca, los procedimientos jurídicos requieren la aplicación de reglas inválidas.

Este tipo de reglas son las que denomino precisamente *los intocables* del Derecho, aquellos elementos que anclan la dimensión institucional del Derecho y cuya identificación no puede depender del recurso a la argumentación moral, esto es lo que creo que queda de verdad en el positivismo jurídico exclusivo. Lo diré de otro modo: en el espacio de la moralidad pública las razones que pueden ser aducidas no están limitadas por *setos* institucionales; en cambio, el Derecho cuenta con procedimientos que establecen fronteras institucionales a aquello que puede ser decidido. Ni siquiera estoy seguro que esta idea no pueda, de algún modo, armonizarse con la concepción dworkiniana de la interpretación, de hecho cuando en 2011 Ronald Dworkin visitó la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona para una jornada de debate sobre su libro *Justice for Hedgehogs*, mostró interés por estas ideas y, en su respuesta, sugirió que podían ser armonizadas con su concepción general.

Sin embargo, su última cuestión acerca de cómo estas ideas son compatibles con un enfoque coherentista en epistemología moral es muy pertinente y no tiene una respuesta fácil. En realidad, en mi trabajo sobre Dworkin, que estamos comentando comienzo con la conocida frase de las *Investigaciones filosóficas* de Ludwig Wittgenstein a la pala que se dobla en la roca dura, una vez se han agotado los fundamentos. Una referencia de claro sabor fundacionalista. Lo más que aquí puedo decir es que incluso en los enfoques coherentistas no todos los elementos de un modelo ofrecen la misma resistencia a ser revisados. Pensemos en la metáfora de la red, los elementos del centro de la red son más difíciles de revisar que los elementos de los extremos de la red. Pensemos, por ejemplo, en las historias de ficción que son compatibles con Sherlock Holmes, aunque no sean historias narradas por Conan Doyle, como ocurre en algunas series actuales de televisión. Sherlock Holmes, tal vez, puede ser situado en el Londres actual y seguir siendo Sherlock Holmes. Pero, ¿sigue siendo Sherlock Holmes si en lugar de vivir en Baker Street, vive en la calle Muntaner de Barcelona? Y, tal vez, estamos de acuerdo que si una serie está protagonizada por un Sherlock Holmes que ya no es detective ni ejerce como tal, sino que es profesor de matemáticas en la Universidad, entonces aunque se llama Sherlock Holmes ya es otro carácter de ficción. Creo que esta cuestión nos llevaría a la *vexata quaestio* de la identidad de los sistemas jurídicos. Me temo que debemos dejarla para otra ocasión.

FMMS: En la introducción de la tercera edición de *The Concept of Law*, Leslie Green apunta que “el lector natural” del libro sería aquél que tenga inquietudes filosóficas, como el propio Hart, sobre esta importante institución social y política. Y sin embargo, a renglón seguido, destaca que precisamente ese no es su lector actual sino alguien que está en busca de auxilio práctico –sobre cómo interpretar una Constitución, por ejemplo–. En alguna ocasión usted señaló que el gran déficit de la teoría del Derecho positivista es su teoría de la interpretación jurídica. ¿Ello lo condena al ostracismo en la época del ‘Derecho como argumentación’? ¿qué podemos o, incluso, qué debemos seguir rescatando de la teoría práctica de las normas hartiana?

JJM: Me parece muy oportuna su referencia a la introducción de Leslie Green a la tercera edición de *The Concept of Law*, es una introducción llena de sugerencias interesantes, escrita

con tanta inteligencia como agudeza. Y creo que Green lleva razón en lo que dice. Pero podemos matizar un poco esta afirmación. En el capítulo VII del libro hay cosas muy interesantes que pueden aprenderse sobre la interpretación del Derecho y, en general, en los diversos ensayos de Hart podemos aprender mucho sobre el razonamiento jurídico (pensemos en un libro como *Punishment and Responsibility*). Mi afirmación de que el gran déficit de la teoría jurídica positivista es su teoría de la interpretación jurídica también puede ser matizada (pensemos en el capítulo IV de *On Law and Justice* de Alf Ross). Tal vez lo más cuestionable de la teoría positivista del razonamiento jurídico es el amplio lugar que otorga a la discrecionalidad judicial. Esto es claro en Hart, pero también lo es en los autores más recientes. Pensemos en el espacio preponderante de la discreción judicial en una concepción tan detallada de la interpretación jurídica como la de Riccardo Guastini. O, y se trata de un autor que no comparte ni el escepticismo moral ni el escepticismo interpretativo, en la posición de Joseph Raz: cuando el Derecho usa conceptos o consideraciones morales remite necesariamente a la discreción de los jueces. Esta posición está en claro contraste con la práctica jurídica, los propios jueces cuando integran un Tribunal y deben decidir cuestiones controvertidas (el Tribunal Constitucional español acerca de si el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene acomodo constitucional, por ejemplo; o la Corte Suprema americana sólo hace unos meses acerca de si el Derecho a contraer matrimonio con una persona del mismo sexo es un Derecho constitucional) no consideran que están dando preferencia a sus concepciones políticas e ideológicas, y por lo tanto (como ha argüido Brian Leiter) o bien están en un error (creen que hay respuestas jurídicas y no las hay) o son unos cínicos (mienten a sabiendas tratando de imponer su ideología). Antes de aceptar una conclusión tan triste, creo que es nuestro deber de filósofos elaborar una teoría del razonamiento jurídico capaz de salvar este escollo. En este sentido, en nuestro ámbito cultural, el esfuerzo de décadas en esta dirección de Manuel Atienza es admirable. En una teoría completa del razonamiento jurídico, por otra parte, hay lugar para teoría práctica de las normas de Hart y hay lugar para la concepción interpretativa de Dworkin, según creo. Mostrar cómo es nuestra responsabilidad como filósofos del Derecho.

FMMS: En la disputa meta-teórica sobre si la teoría del Derecho ha de ser general y descriptiva, tal y como Hart insistió en el *Postscript a The Concept of Law*; o si, por el contrario, no puede sino ser “valorativa” y “particular –para jugar con otro par de conceptos–, como han planteado por ejemplo John Finnis, Mark Murphy, Jeremy Waldron o Ronald Dworkin, ¿de qué lado se queda? ¿el tipo de teoría del Derecho que practica usted es más bien cercana a estos últimos? ¿qué nos jugamos en esta disputa?

JJM: En el debate actual en la teoría jurídica hay al menos dos tesis, independientes entre sí, que se relacionan con la neutralidad valorativa y que según creo merece la pena distinguir. Según la primera de ellas, el análisis del concepto de Derecho, la determinación de cuál sea la naturaleza del Derecho puede ser llevada a cabo sin recurrir a consideraciones valorativas. La teoría del Derecho debe reconstruir los rasgos más sobresalientes de esa práctica que llamamos Derecho y este análisis conceptual comporta únicamente una tarea descriptiva. Podemos enunciarla así:

La explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva y para llevarla a cabo no hace falta recurrir a consideraciones valorativas.

La segunda tesis de la neutralidad valorativa establece que el contenido del Derecho, aquello que el Derecho requiere, ha de ser establecido sin recurrir a consideraciones valorativas. Puede ser formulada del siguiente modo:

La determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas.

Quiero insistir en que estas dos tesis son independientes entre sí. Es cierto que ambas tesis han sido asociadas al positivismo jurídico y algunos de los autores positivistas han vindicado ambas (tal vez Norberto Bobbio en su famoso ensayo sobre el positivismo jurídico de 1965, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*). Pero, y este es un dato sorprendente de esta polémica, mientras H.L.A. Hart sostiene la primera tesis y niega la segunda; Joseph Raz sostiene la segunda y rechaza la primera.

Yo, por mi parte, sostengo que las dos versiones de la tesis de la neutralidad han de ser rechazadas. La segunda, no insistiré sobre ello, es incompatible con la tesis de la incorporación que defiendo. La primera creo que, aunque defendida explícitamente por H.L.A. Hart, es una tesis que tomó auge en el momento en que muchos autores pensaban (Bertrand Russell, A.J. Ayer, Hans Kelsen, Alf Ross) que la racionalidad práctica era imposible. El mismo Hart pretende explicar la naturaleza del Derecho como un fenómeno distinto, pero correlacionado con, la coacción y la moralidad. Ello no puede hacerse sin asignar alguna función a la práctica del Derecho, aunque sea la mínima función de guiar y evaluar el comportamiento (varios artículos de Stephen Perry dedicados a la metodología hartiana muestran este extremo con claridad, a mi juicio) y para hacerlo hay que embarcarse en algunas consideraciones valorativas (si estas consideraciones valorativas son también de carácter moral es algo controvertido, véase el relevante libro de Julie Dickson en 2001, *Evaluation and Legal Theory*). Lo que es compatible con la defensa de una jurisprudencia de carácter general, que no dependa totalmente de un sistema jurídico concreto. En este sentido, la afirmación de Dworkin conforme a la cual la teoría jurídica es sólo la parte silente de la aplicación del Derecho contiene seguramente una exageración. Es la parte silente de la aplicación del Derecho pero es mucho más y la indagación filosófica acerca de la naturaleza del Derecho tiene sentido, en mi opinión, como una cuestión general.

Por último, lo que nos jugamos en esta disputa es, en mi opinión, lo siguiente: insistir en la neutralidad valorativa de la teoría del Derecho nos inhabilita para la comprensión del razonamiento jurídico como un razonamiento genuinamente práctico, conectado con el razonamiento moral. Las reglas del Derecho no son como las reglas del ajedrez que pueden ser comprendidas sin ningún razonamiento valorativo, ni el Derecho es una práctica autónoma como lo es la regla del ajedrez, el Derecho pretende regular aspectos centrales de la vida de sus destinatarios.

FMMS: Usted ha propuesto un método “especificacionista” para la aplicación de los principios (derechos fundamentales). Según éste, la mejor manera de entender la ponderación es

como una actividad previa a la subsunción y, con ello, busca solventar la deriva particularista que conlleva la teoría de Robert Alexy. El profesor Bruno Celano ha argumentado –convincientemente a mi juicio– que su esquema no escapa al argumento particularista. ¿Cuál es su posición al respecto? ¿Tienen razón quienes sostienen que en el Estado constitucional, la distinción reglas-principios se desvanece porque no hay lugar para las reglas? ¿Son conceptualmente compatibles reglas y principios/particularismo y generalismo?

JJM: Hay muchas cuestiones involucradas en estas preguntas. Trataré de elaborar un resumen de mi posición capaz de contestarlas o, al menos, de suministrar algunas líneas para responderlas.

Tenemos dos posiciones extremas: el *enfoque subsuntivo* y el *enfoque particularista*. El primero sostiene que justificar una decisión en el ámbito práctico consiste en proveer una pauta que correlaciona un caso genérico con una solución normativa y mostrar que el caso enjuiciado es una instancia del caso genérico de la pauta. Para determinar, por ejemplo, si debo acudir a la cena de esta noche a casa de mis amigos Federico y María, puedo aducir la pauta según la cual se deben cumplir las promesas y el hecho de que ayer les prometí que iría hoy a cenar a su casa. Es lo que se conoce habitualmente como *subsunción*. Es un enfoque atractivo y está en el núcleo de lo que entendemos como aplicación del Derecho. Ahora bien, ¿qué ocurre si esta tarde mi hija Julia se pone enferma y debo llevarla al hospital? Ahora hay otra pauta que me obliga a socorrer a mi hija cuando lo precisa. Cumplir con ambas pautas es fácticamente imposible. En este caso, el enfoque subsuntivo ha de sostener que una de las pautas es invariablemente más importante, porque para decirlo con Immanuel Kant, *obligationes non colliduntur*. El enfoque particularista, en cambio, sostiene que hasta que no estamos ante un caso particular no sabemos cuál son las propiedades relevantes y nunca de antemano es posible establecer la pauta que debemos seguir.

Entre estos dos enfoques hay un rango de posiciones intermedias. En diversos trabajos he clasificado las posiciones intermedias (valiéndome de una idea de Russ Schafer-Landau) en aquellas que tratan de mantener el alcance de los principios sacrificando su fuerza y aquellas que tratan de mantener la fuerza de los principios sacrificando su alcance. La estrategia más conocida en teoría jurídica de la primera versión es el *proporcionalismo* de Robert Alexy. He presentado algunos aspectos que me resultan insatisfactorios de este enfoque y he defendido una estrategia *especificacionista* (defendida por autores relevantes como Thomas Scanlon, Susan Hurley o Henry Richardson, una estrategia a menudo usada en el ámbito de la bioética). No es éste el lugar para entrar en los detalles de esta posición. Pero sí de explicar que esta posición concede mucho al particularismo: concede que no es posible establecer de antemano las pautas aplicables a todos los casos posibles. Ahora bien, para un universo de casos determinado y para un conjunto de pautas aplicables es posible elaborar un modelo que resuelva unívocamente todas las situaciones. He mostrado como es ello posible en diversos supuestos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y, también, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mi respuesta a Bruno Celano, al que debo más que a nadie haber desarrollado estas ideas que se iniciaron en una larga conversación hace ya cerca de veinte años paseando por la ciudad de Palermo, entonces es que hay espacio para un universalismo subsuntivo de carácter contextual y, en este sentido (en la misma línea en la que han venido trabajando muchos autores: Richard Holton, Sean McKeever con Michael

Ridge o Pekka Väyrynen), pienso que hay un espacio para un principialismo sensible al particularismo por decirlo de algún modo.

Con esta posición, ya puede comprenderse que la distinción entre principios y reglas me parece una distinción más bien de grado: las reglas ofrecen razones cuasi-decisivas, los principios razones *pro tanto*. Ahora bien en los sistemas jurídicos de nuestras democracias constitucionales hay espacio para ambos tipos de pautas y es una exageración sostener que en ellos no hay ya espacio para las reglas. Las disposiciones, por ejemplo, que establecen un plazo para presentar la declaración de la renta o para contestar una demanda, ofrecen razones cuasi-decisivas. Sostener lo contrario, en mi opinión, no ayuda a la adecuada comprensión de la democracia constitucional, en la cual la dignidad de la legislación es un aspecto central del ideal de Estado de Derecho, del ideal de ser gobernados por las leyes y no por los seres humanos.

FMMS: Qué opinión le merece la marcada atención que los iusfilósofos están prestando a la llamada “constitucionalización” del Derecho o al Derecho del Estado Constitucional en nuestro entorno. Desde mi punto de vista la etiqueta está teniendo tanta profusión que no sé si conserve algún tipo de poder explicativo ¿qué piensa al respecto?, ¿es el neoconstitucionalismo una teoría del Derecho o es una ideología?

JJM: Lleva razón en que la profusión del llamado ‘neoconstitucionalismo’ y los muchos sentidos con los que se usa claramente producen algunas confusiones y exageraciones, como decía. De hecho, hasta donde sé, el vocablo ‘neoconstitucionalismo’ fue usado por primera vez en el contexto del grupo de filosofía del Derecho de la Universidad de Génova (me parece que por Susanna Pozzolo, que dedicó a ello su tesis doctoral) para sostener que se trata de una ideología, en el sentido de que se trata de una doctrina normativa disfrazada de teoría jurídica.

Sea como fuere, considerar que la Constitución ha de permear todo el sistema jurídico me parece valioso desde el punto de vista normativo. Que haya un debate filosófico sobre el mejor modo de comprender este fenómeno, que está presente en la práctica de nuestros jueces, nuestros legisladores, nuestros profesores de derecho, nuestros abogados; y algunos se sientan más cómodos con el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli y otros con el principialista de Manuel Atienza es lo normal en filosofía y estos debates enriquecen nuestra comprensión del fenómeno.

FMMS: Uno de sus trabajos más significativos es el de “*Derechos y justicia procesal imperfecta*” porque animó una discusión muy fructífera sobre la fundamentación del constitucionalismo. Entre otras cosas, ese trabajo sacó a la luz la “tesis contextual” defendida por Juan Carlos Bayón y ahora reconocemos de manera clara que existen varios diseños institucionales. Con base en su concepción de la objetividad de la moral y la posibilidad de un discurso racional sobre los valores constitucionales, usted sigue manteniendo, no obstante, la primacía de la Constitución sobre la legislación, la importancia de *Judicial Review* o la necesidad de unos derechos indisponibles al juego democrático. Es decir, no se ha apartado en lo esencial de lo que se conoce como un diseño institucional de constitucionalismo fuerte. ¿Es correcta dicha impresión? Si el diseño de constitucionalismo débil se justifica en aquellos

contextos con una tradición consolidada de respeto a los derechos de los individuos y las minorías; ¿no considera que dicho diseño estaría al alcance de pocos países, en el sentido de que pocos superarían ese test? Y relacionado con lo anterior: ¿qué opinión le merece el constitucionalismo popular de Larry Kramer y la propuesta *departamentalista* de interpretar la constitución?

JJM: Lleva razón en todo lo que dice. Sigo creyendo que el constitucionalismo fuerte es un modelo adecuado para muchos países en el mundo, para España y para los países latinoamericanos, por ejemplo. Pero, como usted amablemente recuerda, en mi trabajo (que tiene ya casi veinte años) decía que la justificación de *judicial review* era dependiente del contexto en el que se iba a introducir o mantener. Una idea que efectivamente después desarrolló con maestría Juan Carlos Bayón y que puede hallarse también en Jeremy Waldron, como es sabido. Ahora, sin embargo, todos somos más conscientes de que hay que distinguir el control de la constitucionalidad por los jueces, de la idea de la supremacía judicial, que otorga a los jueces la última palabra en las cuestiones constitucionales. Y en la literatura se extiende, como versión del constitucionalismo débil, sin supremacía judicial, el denominado *Common Law Model of Constitutionalism* (porque es el de Canadá, Nueva Zelanda, Australia y Gran Bretaña después de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos). Creo que nos falta conocimiento empírico para tener una opinión formada al respecto, conocimiento más cabal de las consecuencias de las decisiones de nuestros Tribunales en ambos modelos. Tiendo a creer que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha realizado una tarea magnífica mediante sus decisiones en los recursos de amparo, haciendo que los derechos constitucionales llegaran a las salas de los Tribunales y los jueces ordinarios. La tarea de control de constitucionalidad de las leyes ha sido más controvertida, pero diría que en la mayoría de casos sus decisiones han sido razonables y bien recibidas por la comunidad jurídica, aunque no en todos los casos (lo que nos llevaría a cuestiones más de detalle, como aquellas que tienen que ver con los métodos de designación de los miembros del Tribunal). Es cierto, como recuerda Waldron, y estaba en el centro del debate que iniciamos en nuestro ámbito Juan Carlos Bayón y yo, que cuánto más instaurada está la cultura de los derechos y más respeto hay hacia las minorías, menos se echa en falta el control de constitucionalidad, tal vez por ello casi nadie lo reclama en Holanda por ejemplo. Pero la mayoría de países no son como Holanda, como usted recuerda y, por lo tanto, sigo creyendo que en muchas ocasiones el constitucionalismo fuerte, con primacía judicial, está justificado.

Entonces, mi opinión acerca del constitucionalismo popular es que su contribución es bienvenida en la medida en que nos obliga a ser más conscientes de la tensión que subyace a nuestro ideal de autogobierno democrático. El autogobierno presupone, a la vez, que podamos decidir sobre cuáles son nuestros derechos y cuál es su alcance y que estos derechos sean honrados y respetados por nuestros procedimientos de decisión. Hacer compatibles ambos aspectos es uno de los retos mayores del ideal que anida en la democracia constitucional. El constitucionalismo popular y el llamado *departamentalismo* de las áreas del gobierno insisten en el primer aspecto (como lo hizo Juan Carlos Bayón en España o Roberto Gargarella en Latinoamérica) y, tal vez, marginan algo el segundo; los más comprometidos con el constitucionalismo fuerte (como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli –en otros aspectos

tan alejado de Dworkin– o yo mismo) no debemos ignorar la atendida objeción democrática que encierra el primer aspecto.

FMMS: Una pregunta sobre la situación de la filosofía del Derecho en nuestro entorno. Pienso que nuestra producción está “afectada” o “dominada” por cierto *imperialismo anglosajón*. ¿Qué piensa de la propuesta de una filosofía del Derecho para el Mundo Latino promovida desde Alicante? ¿O es más próximo en este punto a Francisco Laporta, quien parece menos convencido hacia cualquier forma de “parroquialismo” en el ámbito del conocimiento?

JJM: Dado que, como esta entrevista ha puesto de manifiesto, tiendo a tener una actitud –filosófica y, me temo, también personal– más bien *ecuménica* y no soy nunca un extremista, creo que hay un grano de verdad tanto en lo que sostiene Manuel Atienza como en lo que sostiene Francisco Laporta. Me explico: en las últimas décadas hemos conseguido crear una gran comunidad iusfilosófica *latina* (que abarca los países de habla hispana, portuguesa, italiana y francesa) y hemos desarrollado un ámbito de discusión, a menudo con problemas y presupuestos comunes. Debemos fortalecer esta comunidad y, en este sentido, el Congreso que se celebrará en mayo de 2016 en Alicante me parece una idea magnífica (de hecho formo parte de su Comité Asesor). Ahora bien, no veo como esto no ha de ser compatible con el reconocimiento de la obviedad de que, en este mundo global, la filosofía del Derecho –como cualquier otra rama del saber– es una disciplina global y universal y que el inglés es la *lingua franca* del saber, como un día lo fue el latín (un día del que los que hablamos lenguas románicas ahora sentimos nostalgia). Por lo tanto, debemos participar de la discusión global (como de hecho hacen también Atienza y Laporta), publicar en inglés, animar a nuestros jóvenes a enviar sus trabajos a las mejores revistas de la disciplina, en castellano y en inglés, asistir a los congresos y seminarios en inglés. Quiero decir debemos ser parte de la filosofía jurídica global sin perder los rasgos que nos configuran como una comunidad con identidad propia. Mi estancia en Oxford y mi conocimiento de la cultura iusfilosófica anglosajona hacen que algunas veces diga, si se me permite la broma, que ellos también son *parroquianos*, lo que pasa que son de la parroquia del centro. Más en serio, hoy se dice con este horrible *palabro* que en el mundo actual debemos ser *glocales*. Pues bien, tal vez este es un buen ideal para nosotros los filósofos del Derecho de lengua romance, el glocalismo.

FMMS: Me gustaría que nos hablara un poco de su labor como editor. Podría comentar a los lectores, por un lado, cómo se gestó el libro *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* y qué recuerdo guarda de esa empresa en la que tradujo a grandes clásicos. Por otra parte, qué valoración le merece la labor realizada desde la *Colección Filosofía y Derecho* que dirige con Jordi Ferrer, ¿está satisfecho con lo logrado? ¿qué sigue en dicho proyecto?

JJM: Estaré encantado de comentar, por supuesto, mi labor como editor. El libro *El ámbito de lo jurídico* tiene un momento en el que fue concebido. Hace ya casi veinticinco años, el profesor Pompeu Casanovas y yo (entonces jóvenes profesores titulares en la Universidad Autónoma de Barcelona) almorzamos con Victoria Camps, catedrática de Filosofía Moral en dicha Universidad de la que ahora es Profesora Emérita, y que era también la directora de la colección de Filosofía de la editorial Crítica de Barcelona (entonces parte del grupo

Grijalbo, ahora en Planeta) y fue ella la que nos animó a editar un libro con textos de los clásicos contemporáneos de filosofía del Derecho. Nos pareció una gran idea, aunque Pompeu Casanovas tenía unos orígenes filosóficos distintos a los míos (más formado en la filosofía continental que en la analítica, después ha evolucionado hasta devenir uno de los principales cultivadores de eso que se denomina *Derecho y Tecnología*) convinimos en que el eje central de la antología consistiría en mostrar, como en un espejo, cómo se veían unos autores a otros, en la misma tradición o en una distinta. Por ello hay un texto de Ihering sobre Savigny, uno de Hart sobre Ihering, uno de John Stuart Mill y otro de Karl Olivecrona sobre Bentham, uno de Hans Kelsen sobre John Austin, también Hart sobre el realismo jurídico americano, sobre Kelsen, sobre Alf Ross y Kelsen sobre Alf Ross, Ross sobre Kelsen y sobre Hart y, finalmente, Ronald Dworkin sobre H.L.A. Hart. Lo pasamos bien con este proyecto, éramos jóvenes llenos de ilusión y nos complacía colaborar de este modo. Después, en los tribunales de tesis doctoral de los que he formado parte y en múltiples publicaciones de jóvenes iusfilósofos de lengua española, he tenido el placer de advertir cómo el primer acceso que tuvieron a algunos de estos autores fue mediante el libro que editamos. Es lo mejor que podía pasarle al libro, sin duda.

Si *El ámbito de lo jurídico* fue —si vale aquí el símil— un amor de juventud, la colección *Filosofía y Derecho* es un amor de madurez. Con Jordi Ferrer (después se añadió como codirector Adrian Sgarbi) y con el apoyo entusiasta de Juan José Pons, pusimos en marcha la colección en la editorial *Marcial Pons*. Hemos publicado ya casi un centenar de libros, noventa y dos para ser exactos. Comenzamos publicando en español *Playing By the Rules* de Frederick Schauer, en 2004, el último libro publicado es una colección de artículos sobre particularismo editados por el joven Pau Luque, investigador en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. La colección tenía dos objetivos: por un lado, la traducción al español de obras claves en la filosofía jurídica contemporánea (están, aparte de Schauer, Jules Coleman, Ronald Dworkin, Riccardo Guastini, Neil MacCormick, Joseph Raz, Jeremy Waldron, por ejemplo) y, por otro, la publicación de monografías originales en español, sujetas al sistema de evaluación por pares internacionalmente reconocido. Creo que, con todo ello, hemos contribuido a alcanzar lo que nos propusimos: enriquecer nuestra reflexión sobre el Derecho con una mirada filosófica atenta a los presupuestos conceptuales de la práctica jurídica y del razonamiento jurídico.

FMMS: Para concluir: ¿qué cinco libros, estima, son indispensables (o “intocables”) para todo filósofo del Derecho? y, fundamentalmente, ¿qué consejo daría a quienes están comenzando su carrera en el ámbito de la filosofía del Derecho y, en general, a quienes tengan interés en abordar el fenómeno jurídico desde sus dimensiones morales y política?

JJM: Es difícil elegir cinco libros precisamente. Pero me aventuro: la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen sigue siendo necesaria, *The Concept of Law* de H.L.A. Hart, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* de Norberto Bobbio, *A Theory of Justice* de John Rawls y *Taking Rights Seriously* de Ronald Dworkin. Cuando yo hice mi tesis doctoral, habría añadido *On Law and Justice* de Alf Ross y, dados mis orígenes de analítico de estricta observancia, *Norm and Action* de Georg Henrik von Wright y *Normative Systems* de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Sigo pensando que son tres libros fundamentales, de los que he aprendido y todavía aprendo muchas cosas. Pero si hay que elegir, creo que los cinco

elegidos son más perdurables. Incluyo a John Rawls convencido de que la filosofía práctica, de la cual la filosofía del Derecho es una rama, no es ya la misma después de esta grandiosa construcción: se trata, en mi opinión, de la mejor obra de filosofía práctica en cientos de años, comparable a los clásicos de la filosofía política (no estoy sólo en esta opinión que fue expresada también, por ejemplo, por H.L.A. Hart y por Gerald Cohen).

Mis consejos para alguien que se inicia en la filosofía del Derecho son tres: en primer lugar, adquirir una buena formación filosófica básica y para ello estudiar un buen curso de lógica proposicional y lógica de predicados (daré como ejemplo un texto que a mi me parece especialmente útil para tal efecto, E. J. Lemmon, *Beginning Logic*, Boca Raton-London-New York-Washington, DC: Chapman & Hall, 1965) un buen curso de filosofía del lenguaje (Manuel García Carpintero, *Las palabras, las ideas y las cosas*, Barcelona: Ariel, 1996) un buen curso de epistemología (Jonathan Dancy, *An Introduction to Contemporary Epistemology*, Oxford: Wiley-Blackwell, 1985), un buen curso de ontología (Francesco Berto, Mateo Plebani, *Ontology and Metaontology. A Contemporary Guide*, London: Bloomsbury, 2015), un buen curso de argumentación (Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2013), un buen curso de metaética (Alexander Miller, *An Introduction to Contemporary Metaethics*, Cambridge: Polity Press, 2003) y un buen curso de filosofía política (Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, 2 ed., Oxford: Oxford University Press, 2002).

A partir de ello, en segundo lugar, le recomendaría que antes de comenzar el estudio de algún tema, leyera la voz o las voces de la estupenda *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, de acceso gratuito en Internet.

Y, por último, le recomendaría que estuviera atento a las publicaciones más relevantes de los juristas en los temas que a él le interesan y a las decisiones de algunos Tribunales especialmente relevantes (el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de su país, la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo).

Con esta preparación está en disposición, creo, de abordar con posibilidades de éxito cualquiera de los temas de la filosofía jurídica actual.

* * *

BIBLIOGRAFÍA SELECTA DE JOSEP JOAN MORESO³

- _____, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución: segunda edición ampliada*, Lima, Palestra, 2014.
- _____, *Ethica more iuridico incorporata*, México, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2012, México, Fontamara, 2013.
- _____, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- _____, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006.
- _____ y Vilajosana, J.M. *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- _____, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1998.
- _____, *Normas jurídicas y estructura del derecho*, México, Fontamara, 1997.
- _____, *La indeterminación y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (C.E.P.C.), 1997.
- _____ y Navarro, Pablo E. *Orden jurídico y sistema jurídico: una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC, 1993.
- _____, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, P.P.U., 1992.
- _____ y Ferrer Beltran, J.J., Papayannis, D. (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- _____ y Redondo, C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons. Ed. Jurídicas y Sociales, 2007.
- _____ y Casanovas Romeu, P. (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1994.
- _____, 'Los intocables del Derecho', en: José M. Saucá (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, C.E.P.C., 2015, 91-104.
- _____, 'The Uses of Slippery Slope Argument' en T. Bustamante, C. Dahlman (eds.), *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation, Law and Philosophy*, Dordrecht, Springer, 2015, chapter 4.
- _____, "Bentham's Deontic Logic", Guillaume Tusseau (ed.), *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham. Essays on Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, London, Routledge, 2014, 71-80.

³ FMMS: En la selección consideré aquellos trabajos que estimo ayudan a comprender mejor la presente entrevista y el itinerario intelectual del profesor J. J. Moreso. Asimismo, he privilegiado los trabajos publicados en castellano en los últimos cinco años.

- _____, 'La justificación del control de constitucionalidad de Kelsen', en: Ramírez Cleves, Gonzalo A. (ed.), *Ecos de Kelsen: Vidas, obra y controversias*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2012, 354-378.
- _____, 'Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality' en: Ferrer Beltran, J., Battista Rati, G. (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 225-237.
- _____, 'Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe', en: Kudlich, H., Montiel, J.P., Schuhr, J. C. (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Berlín, Dunker & Humblot, GmbH., 2012, 145-164.
- _____, 'Iuspositivismo y desacuerdos jurídicos', Luque Sánchez, P., Ratti, G.B. *Acordes y desacuerdos*. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 229-240.
- _____, 'Introducció'. H.L.A. Hart. *El concepte de dret*, Girona, Edicions de la ele geminada, 2012, 13-33.
- _____, 'Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias', *Anuario de Filosofía del derecho*, XXXI, 2015, 55-72.
- _____, 'Nino y Dworkin sobre los conceptos de Derecho', *Análisis Filosófico*, 35 (1), 2015, 111-131.
- _____, 'Virtù, particularismo e applicazione del diritto'. *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 4, 2015, 65-81.
- _____, 'Jeremy Bentham: luces y sombras', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 2014, 221-248.
- _____ y Queralt, J. 'Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el derecho y la moralidad', *Isonomía*, 41, 2014, 143-174.
- _____, 'Donde la pala se nos dobla. De nuevo sobre metaética y política', *Teoría Política*. III., 2013, 287-299.
- _____, 'Consistencia mediante jerarquía', *Análisis Filosófico*, XXXIII (1), 2013,
- _____, 'The importance of being George, or What Legal Authorities Can and Cannot do (for Conceptual Reasons)', *Analisi e diritto*, 2013, 45-53.
- _____, 'Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli'. *Anuario de filosofía del derecho*, XXIX, 2013, 161-180.
- _____, 'La ciudadela de la moral en la corte de los juristas'. *Ex Legibus*, 5, 2013, 43-61.
- _____, 'Alexy und die Arithmetik der Abwägung', *Archiv für Rechts- und SozialPhilosophie*, 98, 2012, 411-420.
- _____, 'Positivism jurídico, relativismo moral y liberalismo político', *Teoría política*, 2012, 103-100.
- _____, 'Bentham's Deontic Logic', *Analisi e diritto*, 2012, 237-245.

_____, “La ciudadela moral en la corte de los juristas”, *Anuario de filosofía del derecho*, XXVIII, 2012, 119–140.

_____, ‘Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism’, *Ratio Juris*, 25 (1), 2012, 31–46.

_____, ‘Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli’, *Doxa*, 34, 2012, 183–199.