

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

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

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

Cita recomendada:

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

## Juicios de valor

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

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

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

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

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

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

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

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

### La identificación del derecho

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

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

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

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

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

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

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

### El contenido del derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Bibliografía

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

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