

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

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

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0003-1343-1021
juan.ruiz@ua.es

Cita recomendada:

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

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

El último libro de José Juan Moreso (2020) reúne trabajos que fueron publicados entre 2013 y 2019¹. Que a lo largo de solo seis años Moreso haya sido capaz de generar veintidós textos por completo independientes, en los que se ocupa de (casi) todos los temas que son objeto de reflexión filosófico-jurídica en la hora presente y de (casi) todos los autores que han tomado pertinentemente posición sobre ellos, es una ilustración (casi) apabullante de la asombrosa (no casi asombrosa, sino asombrosa sin más) capacidad de trabajo de Moreso, y de la amplitud de sus intereses intelectuales.

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

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

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

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

Diálogo judicial

El ensayo 3 lleva por título «El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio» y se ocupa de la cuestión del lugar que las decisiones de tribunales supremos o constitucionales extranjeros o tribunales internacionales ha de tener, si alguno, en el razonamiento de los jueces cuando aplican su propia constitución en su propia jurisdicción. Conviene distinguir, desde luego, entre tribunales internacionales que aplican normas de derecho internacional y tribunales extranjeros que aplican la Constitución de su país. El problema se plantea solo en este segundo caso. En el caso del derecho internacional, como dice Moreso (2020, p. 102), «las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de Convenios y Tratados internacionales hace del uso del derecho internacional una práctica necesaria, en virtud de nuestras constituciones». Pero, por lo que hace al derecho extranjero, sobre todo al derecho constitucional, algunos autores sostienen que estos «préstamos» o «trasplantes» constitucionales son de imposible justificación porque, al reconocer poder de generación de normas a un órgano que no forma parte de la misma comunidad política, involucran renunciar al autogobierno que es condición *sine qua non* de la justificación de decisiones relativas al uso de la coerción estatal². Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos «trasplantes» no significan, necesariamente, considerar las normas generadas por tribunales extranjeros como investidas de autoridad en algún sentido central, en el que sí lo están las normas generadas por tribunales nacionales, esto es, pertenecientes a la misma comunidad política. Quiero decir lo siguiente: las normas del propio sistema jurídico, cuando adoptan la forma de reglas, operan, por seguir la terminología del último Hart (1982), como razones perentorias e independientes del contenido. «Razones perentorias» o «razones protegidas» –usando ahora la terminología equivalente de Raz (1979)– quiere decir razones que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida (en el contexto de la aplicación del derecho, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla) y una razón de segundo orden para excluir que la determinación de qué acción realizar se base en el resultado de una deliberación independiente del destinatario de la regla sobre las razones en pro y en contra de realizar la acción (en el mismo contexto, para que el contenido de la resolución se base en la apreciación por parte del órgano aplicador sobre cuál sea la mejor resolución a dictar). Las normas que adoptan la forma de reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales de su propio sistema excluyan como base de su resolución su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal el contenido de la regla. El carácter «independiente del contenido» afecta al por qué los órganos jurisdiccionales de su propio sistema deben considerar a esas mismas reglas como razones «perentorias» o «protegidas». Y, en este sentido, se supone que los órganos

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

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

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

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

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

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

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

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

Dos lecturas de la ponderación

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

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

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

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

Bibliografía

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