

JUAN MORESO, J., PRIETO SANCHÍS, L., FERRER BELTRÁN, J.: *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, 184 pp.

Rafael Ramis Barceló

Universitat Pompeu Fabra – Universitat de les Illes Balears

Fecha de recepción 15/05/2011 | De publicación: 24/06/2011

El vigesimoquinto número de la imparable colección de libros de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo ofrece un debate central en la teoría del derecho y permite identificar, incluso con ejemplos accesibles, algunos de los puntos más polémicos en el actual debate en el seno del positivismo jurídico.

Los contertulios son distinguidos representantes de la Filosofía jurídica analítica en España: José Juan Moreso, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universitat Pompeu Fabra y actualmente Rector de la misma; Luis Prieto Sanchís, catedrático de Filosofía del Derecho en la

Universidad de Castilla la Mancha; y finalmente, Jordi Ferrer Beltrán, Profesor Titular de la misma disciplina en la Universitat de Girona.

El tema a debatir es el de los desacuerdos en el derecho, examinado desde una óptica intrajurídica y positivista, es decir, visto desde el derecho y no desde la moral, y con una óptica que, de entrada, se muestra poco receptiva a la ética. Con todo, el positivismo jurídico incluyente, que profesa Moreso, admite la existencia de una cierta apertura del derecho hacia la moral.

La identificación de la postura de este profesor resulta uno de los puntos más complejos, de entrada, pues pretende singularizar su posición de la de Dworkin, pero también de la de Waluchow, uno de los más afamados defensores del positivismo incluyente de la actualidad. Para este último, la validez de las normas jurídicas puede depender de consideraciones morales, mientras que para Dworkin, crítico severo del positivismo, la identificación del derecho necesariamente incluye las consideraciones morales.

En escritos anteriores, Moreso se había preocupado de mostrar que el discurso moral tiene conceptos “densos” que normalmente se integran en las Constituciones. Este tipo de conceptos morales se deslizan en los textos jurídicos, pero pueden considerarse descriptivos y, por lo tanto, no implican una objetividad epistemológica de la moral. De ahí que, desde una perspectiva estrictamente realista, tales conceptos

no se tomen como realidades, sino como meros estándares que los jueces aplican.

Sin embargo, hay algunos casos en los que los jueces aplican estos estándares morales y dan soluciones distintas a cada problema. Cuando esto ocurre, puede decirse que hay desacuerdos jurídicos (*legal disagreements*) y que los jueces ejercen de esta manera su discrecionalidad¹. En sus dos escritos, Moreso intenta solucionar los problemas inherentes a una teoría que explique la naturaleza de estos desacuerdos, para examinar si sólo son desacuerdos jurídicos o, si también son de otra índole, aunque disfrazados bajo el manto del derecho (p. 13).

Como resume el propio Moreso: “El primero es el siguiente: si se acepta una determinada teoría del significado que está en mejores condiciones que otras de dar cuenta de los desacuerdos en el derecho, entonces hay una respuesta a

¹ Véase J. J. Moreso: «En defensa del positivismo jurídico incluyente», en P. Navarro y C. Redondo (eds.): *La Relevancia del Derecho: Ensayos de Filosofía Jurídica, Moral y Política*, (Barcelona: Gedisa, 2002), fundamentalmente pp. 94-101.

una objeción que mostraría la implausibilidad de algunas conclusiones a las que conduce dicha teoría. El segundo trata de mostrar que la teoría puede sobrevivir al hecho indiscutible de que los sistemas jurídicos son sistemas de reglas junto con procedimientos que establecen mecanismos mediante los cuales las decisiones de algunas autoridades, en determinadas condiciones, son decisiones *finales* y dichas decisiones, más allá de los desacuerdos respecto del contenido de las reglas, son vinculantes para todos los órganos del sistema” (pp. 13-14).

Moreso centra su análisis en una contraposición entre el positivismo jurídico incluyente y el realismo. Para ello se vale de la contraposición entre lo que él llama la “doctrina Julia Roberts” y la “tesis del obispo Hoadly”. En este contexto, lo que Moreso denomina “doctrina Julia Roberts²” es la defensa de la tesis de que los jueces, e incluso los Tribunales Supremos, se pueden

equivocar. Y la “tesis del Obispo Hoadly” defiende que el derecho lo dictan los jueces y, por tanto, no hay margen para el error judicial.

Para Moreso, tal y como aclara en sus ponencias, la doctrina del “Obispo Hoadly” no dejaría espacio para las discrepancias en el derecho (p. 15), mientras que sólo la doctrina “Julia Roberts” puede dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. Es decir, “si dos jueces pueden equivocarse, entonces hay, al menos en algunos casos, una respuesta a las discrepancias, y los desacuerdos son posibles” (p. 15).

Moreso, así pues, parece haber admitido que para dar cuenta de los desacuerdos jurídicos es necesario adoptar una postura constructivista para que el discurso moral y político, a la postre, alcance juicios morales que puedan tener ciertas pretensiones de objetividad. Como explica Prieto Sanchís en su ponencia, parece ser que Moreso ha convenido con la exposición de Waldron, abandonando el convencionalismo jurídico. De esta forma,

² Véase J. J. Moreso: “La doctrina Julia Roberts y la objetividad del derecho” en *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 175-181.

Moreso parecería admitir que hay propiedades esenciales de las cosas y que es necesario comprometerse con la teoría causal de la referencia de Kripke y Putnam, que “es compatible con el realismo moral y que ofrece un modo especialmente perspicuo de sostener la vinculación entre el Derecho y la moralidad” (p. 119).

Prieto Sanchís aduce algunas importantes salvedades a este discurso esencialista, pues considera que es elitista: hay una serie de sujetos que, por sus especiales habilidades, son capaces de llegar a dichas esencias (p. 135). A partir de estas consideraciones, este profesor intenta mostrar cómo el discurso esencialista tiene importantes problemas para resultar compatible con una teoría constitucional de los derechos fundamentales.

Finalmente, en su escrito, Jordi Ferrer establece una serie de puntualizaciones al discurso de José Juan Moreso y se muestra partidario de una concepción del error judicial en el marco

de una teoría iusrealista (p. 149). Sus comentarios parten de un análisis esquemático y muy claro de la primera ponencia del catedrático catalán y pretenden mostrar cómo la adecuación a la realidad social del momento es una forma admisible de interpretar una norma jurídica (p. 157).

Jordi Ferrer distingue (pp. 158-159) entre el “realismo jurídico moderado” (es posible sostener la posibilidad conceptual del error judicial, cuando la decisión judicial no se adecua a los patrones interpretativos admitidos en esa comunidad en ese momento histórico) y el “realismo jurídico radical” (que sostiene que el derecho es lo que cada uno de los jueces dice que es).

Para Ferrer el realismo radical “no deja espacio conceptual para el error judicial y, por tanto, los desacuerdos sobre el derecho serían siempre fingidos (hipócritas), puesto que en realidad esconderían desacuerdos ideológicos, o fallidos (desacuerdos irrecusables) (p. 177).

La idea del profesor Ferrer, formulada desde el realismo moderado, esconde una curiosa paradoja. Su propósito es la defensa del realismo jurídico y la negación de que la identificación del derecho necesariamente incluye las consideraciones morales. Para él, los desacuerdos jurídicos (que no los errores judiciales) en realidad esconderían desacuerdos de otra índole. Esa es la misma opinión que, en un sentido muy diferente, sostienen filósofos como MacIntyre³, para quien los desacuerdos jurídicos provienen de los desacuerdos morales y éstos, en el fondo, esconden en el fondo desacuerdos ideológicos y políticos.

Para MacIntyre, defensor de una postura iusnaturalista, la resolución de los desacuerdos jurídicos está subordinada a la resolución previa de los

desacuerdos morales, que esconden discrepancias ideológicas o políticas. En este sentido, el iusnaturalismo y el realismo jurídico podrían darse la mano contra el interés de la doctrina iuspositivista incluyente, que toma los elementos de la teoría política liberal para dar cuenta de los desacuerdos jurídicos (y morales).

O sea, que tanto para (algunos de) los realistas jurídicos como para (algunos de) los iusnaturalistas, el positivismo incluyente tiene exactamente el mismo problema en su identificación y justificación de los desacuerdos jurídicos. Ambos consideran que los desacuerdos jurídicos no existen, sino que son ficciones ideológicas. Para los realistas radicales no pueden existir los desacuerdos jurídicos porque los jueces crean el derecho en todos y cada uno de los casos y los iusnaturalistas como MacIntyre consideran que no hay desacuerdos jurídicos, porque éstos sólo son una consecuencia de los desacuerdos morales, que aparecen por falta de consideraciones axiológicas.

³ A. MacIntyre, "Aquinas and the extent of moral disagreement" en id. *Ethics and Politics, Selected Essays, Volume 2*, (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), pp. 64-82, y L. S. Cunningham (ed.): *Intractable Disputes About the Natural Law. Alasdair MacIntyre and Critics*, (Indiana, Notre Dame University Press, 2009).

En todo caso, dejo sólo apuntada esta idea, porque resulta obvio que mí no me corresponde participar en el interesante debate, sino dar cuenta de él. El libro que lo recoge, como la gran mayoría de los de la Fundación Coloquio

Jurídico Europeo, tiene una gran actualidad y merece la atención de cualquier persona interesada en la Filosofía jurídica. Ojalá este debate continúe en el futuro.