

Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido

Rules, Defeaters, and Untouchables of Law: Moreso in the Search for the Lost Balance

José Chávez-Fernández Postigo

Autor:

José Chávez-Fernández Postigo
Universidad Católica San Pablo, Perú
jchavezfernandez@ucsp.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-1121-8983>

Recibido: 01/07/2023

Aceptado: 02/04/2024

Citar como:

Chávez-Fernández Postigo, José (2024). Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 543-562. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.20>

Agradecimientos:

Quiero agradecer al Prof. José Juan Moreso por las pacientes conversaciones que tuvo la gentileza de mantener conmigo durante las dos jornadas dedicadas a la discusión de su libro *Lo normativo: variedades y variaciones*, CEPC, 2020 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en marzo de 2023, además de haberme alentado posteriormente a perfilar y a indagar sobre la preocupación central de este ensayo. Agradezco también a los Prof. Armando Romero Muñoz y Piero Ríos Carrillo por sus comentarios críticos a un primer borrador de este, y a la Prof. Stephany Cerpa Talavera, por su apoyo en la organización del material para el trabajo, todos ellos miembros del grupo de investigación que dirijo: «Filosofía del Derecho y Razonamiento jurídico». Finalmente, expreso mi agradecimiento en particular a uno de los árbitros anónimos de la revista cuyos comentarios y objeciones han resultado de vital importancia para algunas precisiones en el trabajo.

Financiación:

Este artículo ha sido financiado por el Concurso Interno de Proyectos por los 25 años de la Universidad Católica San Pablo, organizado por la Dirección de Investigación de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Proyecto: «Aspectos de la relación entre el derecho y la moral en la determinación jurídica: derrotabilidad y equidad en el derecho». (Código interno: 2022-25 años-P32).

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 José Chávez-Fernández Postigo

Resumen

Moreso se ha referido a «los intocables del derecho» para aludir –desde su original imagen del derecho– a cierto aspecto de la dimensión institucional de los sistemas jurídicos, por la que, precisamente debido a razones morales, algunas de sus decisiones institucionales no estarían sujetas a una lectura moral, ni ser directamente derrotadas por razones de carácter moral. El objetivo de este trabajo es esbozar la tesis de que Moreso acierta en plantear esta suerte de inmunidad institucional que clausura los sistemas a su permanente lectura moral, pero que ésta podría hallar no solo una mejor justificación sino ciertos matices, si estos «intocables institucionales» se complementasen con algunos «intocables morales» para el derecho –por así decirlo–, justificados en última instancia en una antropología algo más robusta pero no por ello incompatible con nuestros Estados Constitucionales de Derecho, y en una teoría de la acción moral humana que justifique la equidad no solo como un mecanismo o técnica, sino sobre todo como una virtud, tesis propias de la tradición aristotélica.

Palabras clave: Moreso; *defeaters*; intocables del derecho; Aristóteles; prudencia; equidad.

Abstract

Moreso has referred to «the untouchables of law» to allude –within his original «image» of Law– to a certain aspect of the legal systems' institutional dimension for which, precisely due to moral considerations, some of their institutional decisions would not be subject to a moral reading, nor would they be directly defeated by reasons of a moral nature. This paper's objective is to suggest the thesis that Moreso is right in defending a sort of institutional immunity that

prevents legal systems from a permanent moral reading, although this thesis could find not only a better justification but also some nuances if these legal «institutional untouchables» are complemented with some legal «moral untouchables» –so to speak–, ultimately grounded in a more robust anthropology that, nonetheless, is not incompatible with our Constitutional States governed by the Rule of Law, and in a theory of moral action that justifies equity not only as a mechanism or technique but, above all, as a virtue, these typical of the Aristotelian tradition.

Keywords: Moreso; defeaters; untouchables of law; Aristotle; prudence; equity.

1. INTRODUCCIÓN

José Juan Moreso puede ser considerado ya, sin duda, entre los grandes maestros de la filosofía del derecho regional latina. Pero es también un prolífico autor que dialoga incansablemente tanto con la iusfilosofía de tradición analítica y anglosajona contemporánea, como con los clásicos latinos y griegos, y lo hace con la mayor naturalidad, hasta hacerlo parecer un asunto sencillo. Es precisamente en ese mismo espíritu de diálogo y apertura en el que trato de inspirarme para escribir este trabajo.

En él, partiré de la imagen que Moreso ha ido perfilando a lo largo de los últimos años respecto de que el derecho sería una suerte de estancia o edificio de una sola planta donde habitarían tanto las reglas como sus *defeaters*¹, conductos que permitirían tanto a la autoridad como al ciudadano recurrir equilibradamente a una lectura moral del derecho respetuosa de sus instituciones convencionales, algunas de ellas, auténticos «intocables» del derecho.

El objetivo de este ensayo es defender la tesis de que Moreso ofrece un avance importante frente al desequilibrio de dos extremos sobre la controvertida tesis de la «derrotabilidad del derecho»² que –expresados muy gruesamente esta vez– podríamos denominar, por un lado, «formalismo jurídico»³, y, por otro, «activismo judicial»⁴; o desde otra perspectiva, quizá menos susceptible de caricaturizaciones: una «jurisprudencia de reglas» frente a una «jurisprudencia de razones» (Moreso, 2020a, pp. 164-166; Laporta, 2007, pp. 83 y ss.; Schauer, 1987, pp. 847-878).

Dicho avance hacia el equilibrio, sin embargo, puede ser sometido a observaciones, y requiere formulaciones alternativas: trataré de evidenciar que los «intocables institucionales» podrían complementarse con algunos «intocables morales», justificados en última instancia en una antropología algo más robusta que la que Moreso parece

1. El sentido del término es de Moreso, pero la expresión la acuñó John Pollock, y es objeto de cierto debate especializado al que no conviene ingresar aquí. Al respecto, véase, García Yzaguirre, 2022, pp. 72 y ss.

2. Para una síntesis del estado de la cuestión, véase, Rodríguez, 2021, pp. 735 y ss.

3. Sobre la controversia respecto de los rasgos característicos del llamado «formalismo jurídico», véase, Cabra Apalategui, 2011, p. 69; o Llano Alonso, 2009, pp. 35-48.

4. Sobre la ambigüedad del término y los elementos nucleares, véase, Atienza, 2018, pp. 39-47; o Vega López, 2018, pp. 129 y ss.

dispuesto a considerar y en una teoría de la acción moral consecuente con dicha antropología que justifique la equidad no solo como un mecanismo o técnica, sino, antes bien, como una virtud moral, tesis propias de la tradición aristotélica⁵.

Para lograr mi cometido asumiré una perspectiva iusfilosófica, aunque no, analítica. Esto que puede ser una limitación para abordar algunas sutilezas de las distinciones y de los argumentos de Moreso, puede resultar también una ventaja, dado que permitirá observar el problema desde un ángulo diferente, con pretensión de mayor perspectiva. En todo caso, el itinerario será como sigue. En primer lugar (2), haré un breve resumen de la imagen del derecho de Moreso, poniendo el acento en los elementos que permitan luego esbozar mi propuesta. En segundo lugar (3), me referiré, por un lado, al diálogo que sostiene Moreso con Juan Carlos Bayón, y, por otro, al que sostiene con Verónica Rodríguez Blanco, destacando las aparentes vulnerabilidades de la imagen moresiana del derecho, primero respecto de lo que llamaré aquí «la debilidad de su dimensión institucional», y luego respecto de «la debilidad de su dimensión moral», sobre las que me permitiré hacer una breve valoración. En tercer lugar (4), formularé el esbozo de una respuesta a los problemas que me parecen no resueltos tras la discusión, y que abren caminos a nuevas indagaciones profundizando precisamente los diálogos a los que Moreso nos tiene gratamente acostumbrados. Finalmente (5) cerraré el ensayo con un par de breves reflexiones conclusivas.

2. MORESO Y UN BREVE RETRATO DE SU IMAGEN DEL DERECHO

Como es sabido, el profesor Moreso ha ido desarrollando una «imagen» original del derecho⁶. En este modelo –y a diferencia del común enfoque que se ha consolidado tras la crítica de autores como Dworkin (2002, pp. 65 y ss.), Alexy (2007, pp. 63 y ss.) o Atienza y Ruiz Manero (2007, pp. 23 y ss.) al modelo complejo de reglas de Hart (2004, pp. 99 y ss.) – para Moreso (2020a, pp. 173-186)⁷ el derecho no sería una suerte de edificio de dos plantas: una primera, donde se encuentran las reglas, y otra distinta donde estarían disponibles los principios, capaces de expulsar a las primeras de su recinto. Sino que el derecho se parecería más a un edificio de una sola planta donde cohabitarían tanto las reglas como sus *defeaters* –o causas de revocación⁸–, que operarían

5. Me he detenido con cierto detalle sobre las tradiciones iusfilosóficas en general y sobre la aristotélica en particular en Chávez-Fernández Postigo, 2023b, pp. 36-59.

6. Una síntesis lúcida de la imagen del derecho de Moreso, véase, Bayón, 2022, p. 540.

7. En un sentido semejante, véase, Moreso, 2020b, p. 87. Un antecedente de esta imagen unitaria, aunque, como veremos, con los aspectos institucionales no lo suficientemente destacados, puede apreciarse en Dworkin, 2014, pp. 491 y ss.

8. A su juicio: «Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles)». (Moreso, 2020b, p. 50).

a modo de «gárgolas» que permiten la modificación de las reglas para su aplicación o su desplazamiento a través del uso de argumentos morales.

Aunque no es la preocupación de este trabajo, esta imagen podría ser entendida también como una peculiar forma de positivismo jurídico incluyente⁹. Sintéticamente, para Moreso (2020b, pp. 54-55) las expresiones morales presentes en el derecho no deberían interpretarse según las convicciones morales de los jueces, o según las de los legisladores que les dieron forma autoritativa, o las provenientes de meras convenciones sociales. Para Moreso:

«[...] la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho» (ibídem, p. 60).

A través de esta imagen del derecho Moreso pretende lograr un equilibrio que sacrifica en parte la certeza cuyo diseño ofrecen las instituciones jurídicas, en aras de un mayor respeto por la autonomía moral de los sujetos (ibídem, p. 50). Asumiendo que las reglas por las que nos gobernamos padecen lo que con Schauer (2004, pp. 89-92), llamamos «infrainclusión» y «sobreinclusión», Moreso (2020b, pp. 51-53) plantea que la incorporación de algunos *defeaters* permitiría a los agentes que han de aplicarlas, acudir a las razones subyacentes en algunos casos con el objeto de matizarlas o eludir las.

No obstante, dado que el derecho constaría de reglas sustantivas –que ordenan el comportamiento general– y de reglas procesales –que definen autoridades, procedimientos y consecuencias–, si la interpretación de dichas reglas en tensión se mantuviese siempre abierta a la controversia no habría un punto de apoyo suficiente para acuerdos ni para desacuerdos sociales. Este conjunto de consideraciones lleva a Moreso a decantarse por la tesis de que en el derecho habría «algunas pocas partes intocables [...] algunas reglas cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral» (ibídem, p. 410)¹⁰. Se trataría de auténticos «intocables» institucionales del derecho, instituciones impermeables u opacas a la lectura moral de su contenido, no obstante justificarse a través de razones morales (ibídem, p. 410-411), por lo que los intocables

9. Sobre el positivismo jurídico incluyente de Moreso no nos detendremos aquí. Véase, Moreso, 2022a, pp. 33-54. Impugna la nitidez de esta clasificación con agudos argumentos García Jaramillo, 2023, pp. 10 y ss.

10. Admite que su propuesta implicaría una aceptación restringida para estos casos de la fórmula de Raz sobre la tesis social fuerte: «[...] una teoría del derecho es aceptable únicamente cuando sus criterios (*test*) para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos de conducta susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y cuando es aplicada sin recurrir a argumentos morales». (Raz, 1985, p. 58).

del derecho hallarían anclaje –y solo así podrían ser comprendidos– en una teoría más amplia sobre cómo interactúa el derecho con la moral.

Si bien la teoría de los setos institucionales –de los *defeaters*– se encuentra todavía en desarrollo, Moreso (2022b, pp. 569-570) –respondiendo en parte a las observaciones de Bayón (2022, p. 540)¹¹– ofrece un bosquejo de, al menos, cinco elementos que tendría que contener. Muy brevemente: i) una caracterización articulada de autoridades y de jerarquías normativas que establezca el grado de opacidad de las reglas a sus razones subyacentes respecto de las diversas autoridades; ii) una precisa delimitación de los intocables del derecho (Moreso, 2020b, p. 410): los que serían, al menos, las reglas sustantivas que contienen decisiones autoritativas individuales, las reglas procesales que definen las autoridades, y aquellas reglas también procesales que establecen cuáles son las decisiones finales del sistema; iii) una noción más clara de *defeaters* jurídicos, de su comportamiento en el razonamiento jurídico y una taxonomía que clarifique, por un lado, lo que comparten los mecanismos del derecho que activan el acceso a las razones subyacentes y, por otro lado, los diversos modos lógicos de revocación de las reglas a los que dan lugar¹²; iv) una justificación adecuada del control de constitucionalidad de las leyes y de sus límites; y, v) siguiendo a Rawls¹³, una doctrina de la razón pública para establecer qué tipo de razones son susceptibles de ofrecerse en el foro público¹⁴.

Para Moreso, ese sería el lugar que:

«[...] ocupa la moralidad en el razonamiento judicial, otorgado por una imagen del derecho que lo concibe como un conjunto de reglas con razones, con *defeaters*, que abren los senderos adecuados para, por los lugares señalados, acceder al razonamiento moral. [...] [L]a relación de la moralidad con el derecho no es insular ni continental, es por así decirlo *peninsular*» (Moreso, 2022b, p. 570).

Me parece que así descrito, queda más o menos claro el lugar de los «intocables» institucionales del derecho en su teoría de los *defeaters*, pero queda todavía por esclarecer a qué se refiere Moreso cuando alude a la moralidad o a los argumentos morales. Me ocuparé de ello en seguida.

Moreso (2020b, p. 236) reconoce que la cuestión respecto de la objetividad moral tiene relación con problemas metafísicos, semánticos, epistemológicos y sobre la teoría de la acción humana, pero se ocupa sobre todo de los primeros. Postula (ibídem, p. 243) que la cuestión principal sobre la moralidad no es la ontológica, sino la de si existe un espacio para la objetividad en cuestiones morales, a lo que responde afirmativamente, sosteniendo un cognoscitivismo o realismo ético que podríamos calificar de moderado

11. Para Bayón esta caracterización es oscilante y varía entre una que devalúa por completo el elemento institucional del derecho y otra que no lo hace tanto, aunque, a su modo de ver, ambas son, por ello, reprochables.

12. Un primer detalle de este punto en: Moreso, 2020a.

13. Se refiere a Rawls, 1999.

14. Un ejercicio de ello aplicado a la práctica y justificación del diálogo judicial en: Moreso y Valentini, 2021, pp. 545-583. Para una defensa de la tesis de la completitud, véase: Moreso, 2023, pp. 17 y ss.

o matizado. Éste implica el rechazo tanto del relativismo contextual o «indexical», como del relativismo genuino (ibídem, pp. 250-251). Mientras que el primero sostiene que formulaciones del tipo «torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente» son incompletas –indexicales–, hasta que no señala para quién serían correctas o incorrectas; el segundo sostiene que ese tipo de expresiones serían verdaderas de acuerdo con algunas perspectivas o circunstancias, y falsas en relación con otras.

Para Moreso, para ser plausible, «el relativismo moral debería mostrar que en los casos de discrepancias morales [...] nadie entre quienes discrepan padece de defecto cognitivo alguno» (ibídem, p. 251). A su modo de ver, precisamente la piedra de tropiezo de ambos relativismos consistiría en la imposibilidad de poder explicar cómo son viables los genuinos desacuerdos morales en los que ninguno de los antagonistas se equivoca¹⁵.

Sin embargo, a juicio de Moreso, el justificado rechazo al relativismo moral no debiera llevarnos a aceptar un objetivismo moral absoluto, sino que en el foro de la razón pública habría espacio para un «objetivismo moral pluralista: el objetivismo de las razones morales que nadie, en condiciones tales que le permitan apartar los prejuicios y sesgos que nublan su visión adecuada de las cosas, rechazaría» (ibídem, p. 257). Dado que, al fin y al cabo, en la línea trazada por Rawls, para Moreso:

«[...] la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor. De ese modo argumentamos a menudo para fundamentar un ámbito especialmente protegido, el ámbito de los derechos humanos, como la esfera que delimita un espacio público razonable de convivencia y cooperación mutua. En dicho ámbito, caben múltiples formas de vida valiosas moralmente y es este pluralismo precisamente el que hace la vida en común merecedora de ser vivida» (ibídem, p. 256).

Ahora bien, ello no significa que en cuestiones de metaética Moreso se identifique completamente con Rawls¹⁶. Respondiendo a los comentaristas y críticos de su último libro compilatorio confiesa:

«[...] al comienzo de mi trayectoria yo era en metaética, más bien un escéptico, algún tipo de expresivista. Poco a poco me convencí, mi estudio de la obra de John Rawls explica mucho de ello, de que nuestra práctica como seres sensibles a razones y a juicios de reproche y elogio, presupone algún tipo de objetividad, me convertí en algo como un constructivista. Sin embargo, ahora le doy vueltas a una objeción al constructivismo para la que no hallo una réplica satisfactoria, que puedo explicar muy rápidamente diciendo que un constructivista debería aceptar un condicional subjuntivo como el siguiente: «si en condiciones ideales aceptáramos que es correcto torturar a los bebés para divertirse, entonces dicho comportamiento sería correcto». Ahora me inclinaría, tal vez, por lo que Ronald Dworkin, Tom

15. Para Moreso: «[...] El relativismo como una doctrina global es, efectivamente, una concepción muy inestable que probablemente se autodestruye. La proposición con arreglo a la cual todo es relativo es o bien absolutamente verdadera o bien relativamente verdadera. Si lo primero, entonces no todo es relativo; si lo segundo, entonces el relativismo no puede ser una doctrina global» (Moreso, 2020b, p. 254.). Rodríguez Blanco, por su parte ha matizado que el problema del relativismo moral no sería solo lógico. Véase Rodríguez Blanco, 2022, p. 514.

16. Aun que no deje de remitirnos con frecuencia a él, por ejemplo: Rawls, 2000, pp. 243 y ss.

Nagel, Derek Parfit y Tim Scanlon han defendido, un realismo moral no-naturalista sin compromiso metafísico» (Moreso, 2022b, p. 559)¹⁷.

Para Moreso (2020a, pp. 173-186) si bien esta concepción moral no tiene parentesco, al menos directo, con la tradición aristotélica, sugiere que su imagen del derecho no distaría demasiado de la de Aristóteles. Sostiene que la tesis de asumir que los *defeaters* son «mecanismos de acceso a las razones que subyacen a las normas», permite compatibilizar opacidad y transparencia en el derecho: «reglas generales que guían el comportamiento tanto de los destinatarios como de los aplicadores, y *defeaters* que establecen excepciones a las reglas generales y que permiten acudir, de un modo controlado, a las razones que justifican tener esas reglas» (Moreso, 2020b, p. 588).

Finalmente, comentando a Suárez¹⁸ –tras las primeras intuiciones de Garzón Valdés (1993, pp. 117 y ss.) al respecto– Moreso (2020b, pp. 582 y ss.) alude a la «epiqueya» o equidad aristotélica en favor de su propia imagen del derecho, refiriéndose a que, dada la particularidad de los casos concretos, las normas jurídicas –no obstante, la necesidad de su generalidad– deben adaptarse a ellos¹⁹. A Moreso, las ideas de Suárez le sugieren «un buen inicio para trazar una taxonomía de los *defeaters* jurídicos, de aquellos casos en los que las leyes cesan de obligar por equidad o *epiqueya*» (ibídem, p. 586)²⁰. Dicho brevemente –y ya sin la necesidad de invocar la autoridad de Suárez o

17. Para Moreso «[...] [e]sta posición sostiene que las cuestiones ontológicas son internas a su propio ámbito y, en la medida en que no colisionan con otros ámbitos –en especial con el ámbito de las ciencias empíricas– su validez interna es suficiente para su verdad, sin que sea necesario postular externamente su existencia y comprometerse ontológicamente» (Moreso, 2020b, p. 240). Luego se extiende detallando la relevante posición de Parfit, aunque sin comprometerse necesariamente con ella (ibídem, pp. 240-242, y pp. 137-140). Véase, Parfit, 2011, pp. 464 y ss. Para una defensa del constructivismo ético, Moreso, 2009, pp. 101-110; y desde luego: Nino, 1987, pp. 20 y ss.

18. Por ejemplo: «Por esto interpretación –en un sentido más estricto– se llama aquella que se hace mediante la virtud especial de la equidad, de la cual trata SANTO TOMÁS. ARISTÓTELES la llamó *epiqueya*; no porque haya tenido lugar en la ley un verdadero error que después se enmienda por la interpretación cambiándose así la ley; sino que se llama enmienda de la ley en cuanto a la apariencia externa y al sentido general de las palabras. Pues la ley habla en general y no puede con sus fórmulas abarcar todos los casos particulares, y así, en apariencia, parece abarcar algunos que en realidad no abarca; y como la epiqueya es la que declara esto, por eso se la llama enmienda de la ley» (Suárez, 1967, p. 96).

19. Por ejemplo: «[...] cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. Esta es también la causa de que no todo se regule por la ley, de modo que es necesario un decreto. Pues de lo que es indefinido, la regla también lo es, y como la regla de plomo usada en las construcciones lesbias, que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra; así también los decretos se adaptan a los casos». (Aristóteles, 1985, p. 265 / *EN*, V, 1137b, 25-30).

20. Taxonomía muy sugerente que esboza en las páginas siguientes, pero sobre la que no conviene detenerme en esta ocasión.

Aristóteles— para Moreso «La introducción de *defeaters* en el derecho pretende restaurar la equidad» (ibídem, p. 85).

3. UN PAR DE CUESTIONES DISPUTADAS O EL EQUILIBRIO PUESTO A PRUEBA

Si bien se podría presentar diversas objeciones o matices a los sofisticados argumentos de Moreso²¹, me concentraré en dos que están estrechamente relacionadas con el objetivo de este trabajo. Expondré la primera en términos semejantes a los de Bayón, y la llamaré: la crítica acerca de la debilidad de la dimensión institucional del derecho, o más brevemente, la de la «debilidad institucional». Expondré la segunda en una formulación emparentada a la de Rodríguez Blanco, y la llamaré: la crítica acerca de la debilidad de la dimensión moral del derecho, o más sintéticamente, la de la «debilidad moral». Soy responsable de plantearlas como contrarias y en paralelo —con toda seguridad voy más allá de la intención de sus autores— pero creo que formularlas así se justifica si puede enriquecer el bosquejo de mi propuesta (4).

Por un lado, Bayón (2022, pp. 540-541)²² reconoce que —no obstante, la cercanía teórica a Dworkin²³— Moreso toma distancia del antipositivismo dworkiniano intentando defender una imagen del derecho que destaque más claramente el elemento institucional. Pues bien, a Bayón (ibídem, pp. 541 y ss.) le parece que este esfuerzo en cualquiera de sus versiones algo oscilantes no lo consigue.

Creo que los principales argumentos de Bayón podrían resumirse así. En primer lugar, los intocables institucionales de Moreso serían insuficientes para salvaguardar un grado satisfactorio de certeza en el derecho, o, dicho de otro modo, para que el derecho no quede desbordado por las razones pretendidamente morales que lo erosionan. En segundo lugar, los *defeaters*, si bien abren el sistema a las razones subyacentes a las reglas, estas razones no tendrían por qué ser entendidas como morales —en el sentido de objetivamente morales—, sino que podrían ser comprendidas antes bien como convenciones sociales —incluso siguiendo una interpretación posible del propio Aristóteles—, como aquellas que «el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y [...] hubiera sabido». Podría decirse, entonces, que lo que critica Bayón en la imagen del derecho de Moreso es la debilidad de la dimensión institucional de su propuesta.

Por otro lado, Rodríguez Blanco (2022, p. 514) coincide sustancialmente con Moreso en su crítica al relativismo moral, pero le reprocha la falta de claridad en la elaboración de la propuesta de su objetivismo moral modesto, uno que resultaría compatible con un relativismo moral también moderado: una objetividad moral moresiana

21. Se puede revisar con detalle, por ejemplo, el amplio diálogo que la revista *Eunomía* (22, 2022) ofrece entre Moreso y sus comentaristas sobre las tesis aquí defendidas.

22. Su propia posición es desarrollada en otros trabajos, por ejemplo: Bayón, 2000, pp. 87-117.

23. Véase, por ejemplo: Moreso, 2021, pp. 179-184.

lograda –a juicio de Rodríguez Blanco– a través del solapamiento de subjetividades, es decir, en realidad, una objetividad construida de intersubjetividades.

Para Rodríguez Blanco (ibídem, pp. 514-516)²⁴ el problema crucial es que, frente a los desacuerdos morales, no ideales o «nocionales», sino reales –aquellos donde hay poderosos intereses y pasiones concretas en juego, por así decirlo–, la propuesta reflexiva o intersubjetiva de Moreso parecería inviable de poder practicarse. Para ella, Moreso no responde a la pregunta acerca de cómo la razón práctica ha de comportarse en dichos casos concretos considerando la complejidad humana real –de carne y hueso, digamos– en todos sus matices. Si bien Rodríguez Blanco no se refiere al conjunto de la imagen del derecho de Moreso, podría interpretarse que su crítica se enfoca en la debilidad de la dimensión moral de su propuesta.

Por su parte, Moreso responde a ambos. Respecto de lo que he llamado la crítica de la debilidad institucional, Moreso (2022b, pp. 566-567) propone distinguir entre la importancia que las instituciones convencionales del derecho tienen respecto del marco o límite de las razones subyacentes a las reglas, y la importancia que la genuina moralidad tendría para establecer el contenido de estas razones. Por otro lado, a su juicio, la dimensión institucional del derecho quedaría fortalecida en su propuesta, si se desarrolla un diseño como el que está en marcha –también institucional– de qué jueces, respecto de qué reglas y de qué formas limitadas pueden acceder lícitamente a través de los *defeaters* a las razones subyacentes a las reglas.

Respecto de lo que he llamado la crítica de la debilidad de la moral, Moreso (ibídem, p. 563) responde explicando en qué consistiría ese relativismo moderado compatible con su objetivismo moral modesto. Por un lado, a su juicio habría deberes morales incompatibles que han sido determinados por los compromisos previos que asumimos, como ocurre con algunas prácticas obligatorias específicas de cada religión, por ejemplo. Por otro lado, habría cierta inconmensurabilidad de los valores por la que, en determinados casos, no habría la posibilidad de determinar con claridad cuál es el correcto entre dos cursos de acción incompatibles que actualizan distintos valores en juego.

A través de este diálogo, Moreso parece persistir en lograr un importante, aunque difícil equilibrio. Por un lado, defiende la fortaleza de la institucionalidad del derecho, pero no hasta el punto de que la misma resulte excesivamente restrictiva con la autonomía de los ciudadanos como agentes morales. Por otro lado, defiende el objetivismo moral, pero solo uno moderado²⁵, de tal manera que pueda justificarse tanto la dimensión institucional como la pluralidad propia de la autonomía moral de los sujetos.

Dicho gruesamente, se trataría de algo más o menos así: ni la reducción del derecho a las instituciones convencionales, ni un objetivismo moral absoluto, todo ello

24. Un desarrollo de su propuesta puede verse, por ejemplo, en: Rodríguez Blanco, 2014, pp. 59-69, y 171 y ss.

25. Algo bastante semejante, me parece, ensaya Atienza, por ejemplo: Atienza, 2022, pp. 136-137; también: Atienza, 2017, pp. 193 y ss. Para un análisis de dicha versión del objetivismo moral, véase Misseri, 2023, pp. 304 y ss.

justificado por razones subyacentes propias de un objetivismo moral moderado, y plasmado en una imagen del derecho como un solo edificio que contiene reglas y *defeaters* que confieren caminos acotados por instituciones intocables para recurrir a los argumentos morales. Así las cosas, me parece que Moreso sale mejor librado de la crítica sobre la debilidad institucional de su imagen del derecho, que de la debilidad moral de la misma. Lo cual no debería sorprender a nadie, dada su expresa afinidad con el positivismo jurídico incluyente. Trataré de justificar brevemente lo que afirmo.

Pienso que en la cuestión entre Moreso y Bayón sobre si son convencionales o genuinamente morales las razones subyacentes que en determinados casos pueden matizar o desplazar a las reglas, la respuesta resulta contingente²⁶. A veces se trata de principios convencionales por su forma lingüística, pero también por su contenido: pensemos, en aquellos principios constitucionales que fueron legítimas decisiones del constituyente y que vinculan al legislador, por ejemplo, en aquellos que se enfocan en defender la forma republicana o monárquica de gobierno tal como se le concibe en un momento histórico particular. A veces, sin embargo, como señala bien Moreso, parece que la convencionalidad o positividad alcanza apenas a la decisión formalizadora del constituyente, pero no a su contenido: pensemos, por ejemplo, en el principio que protege la vida humana del no agresor, cuyo valor parece tener una amplia autonomía frente a las fórmulas autoritativas que lo hayan cristalizado lingüísticamente, sin que dicha formalización pueda ser considerada prescindible para la interpretación normativa abstracta o para la determinación concreta del derecho en cuestión, desde luego²⁷.

No obstante, creo que tiene razón Moreso en algo fundamental: la evaluación sobre la derrotabilidad de una regla por un principio o una razón subyacente –incluso si se le considera completamente convencional–, se evalúa, en última instancia, a través de razones morales, aunque normalmente formalizadas por instituciones convencionales. Y por eso mismo, tiendo a pensar que los intocables del derecho, lo son, ciertamente, pero solo limitadamente o *prima facie*. Podría haber casos muy excepcionales donde se les desafíe con poderosas razones, ya sea por la autoridad, ya sea por el ciudadano, pienso en algún caso auténtico de lo que podríamos denominar «injusticia extrema»²⁸, en los términos de Alexy.

26. Para una idea bastante semejante, véase, Cianciardo, 2008, pp. 33 y ss. Más recientemente: Etcheberry, 2020, pp. 71 y ss.

27. Para una defensa de la relevancia de la formulación autoritativa de los derechos –su formalización– respecto de sus consecuencias jurídicas, véase, Zambrano, 2013, pp. 87-118.

28. Un interesante debate sobre esta tesis en los trabajos: Alexy, 2013, pp. 97-110; Finnis, 2014, 85-109; y Alexy, 2017, pp. 314-341. Refiero y propongo una respuesta al problema de la injusticia extrema y del derecho injusto en: Chávez-Fernández Postigo, 2021, pp. 125-158, por lo que no es pertinente detenerme aquí. Dicho sea de paso, Moreso parece aceptar con Dworkin que la disputa respecto del derecho injusto es una de tipo meramente verbal: (Moreso, 2020b, p. 405. Más a profundidad sobre el problema en: Moreso, 2017, pp. 101 y ss. Para dejar hablar a otro iuspositivista en este asunto, creo que lleva razón más bien Jorge Luis Rodríguez respecto de que la disputa sobre el derecho injusto no es, necesariamente, una mera cuestión de palabras: Rodríguez, 2021, pp. 174 y ss.

Por otro lado, me parece que en la cuestión entre Moreso y Rodríguez Blanco, el problema no se resuelve muy fácilmente de la forma en que propone Moreso. Interpreto –con bastante libertad, debo admitir– las objeciones de Rodríguez Blanco en el sentido de que una objetividad de intersubjetividades de carácter ideal o nocional resulta insuficiente para resolver razonablemente los genuinos conflictos morales –es decir, no conflictos teóricos o meramente lógicos– que se dan frente a complejas situaciones concretas donde las personas en juego están convencidas de que su punto de vista moral es el correcto, y la solución al caso compromete de manera relevante desde su integridad moral hasta su integridad corporal. En ese sentido me parece que la pluralidad y autonomía moral que busca con justa razón Moreso puede defenderse desde compromisos con una moral objetiva de anclaje en la realidad, pero más al estilo propio de la tradición aristotélica²⁹, y sin la necesidad de compromisos ontológicos tan robustos como los que propone, por ejemplo, Enoch (2011, pp. 50 y ss.)

4. UN CAMINO ALTERNATIVO O LA BÚSQUEDA DEL JUSTO MEDIO

Como no dispongo del espacio para ensayar una respuesta articulada a las dos cuestiones paralelas que he formulado a través de las ideas de Bayón y de Rodríguez Blanco, en este acápite haré algo mucho más modesto: apenas el esbozo de un argumento que contribuya a encontrar caminos alternativos de respuesta a dichas cuestiones.

Tiendo a pensar que el anclaje que busca Moreso para lograr el equilibrio entre instituciones y razones se lograría mejor si fuera posible plantear no solo algunos o varios intocables del derecho –aunque excepcionalmente «tocables», como sugerí–, sino también algo así como unos pocos «intocables de la moral» para el derecho, algo semejante a lo que Finnis (1992, pp. 39 y ss.) ha llamado «absolutos morales»: ciertas –pocas, aunque importantes– prohibiciones morales o líneas rojas que operan en el sistema jurídico, sobre todo, a nivel de su contenido de razonabilidad, y no de su formalización lingüística³⁰.

Estas prohibiciones que no admiten excepciones en razón de las intenciones del agente de la acción o de las circunstancias en las que la realiza, se justificarían en lo irrazonable de actuar directamente contra ciertos bienes o fines humanos básicos concretos (Finnis, 2000, pp. 252-253) –no meras abstracciones o ideales–, bienes que se aprehenden por evidencia analítica, aunque son susceptibles de ser justificados con

29. Véase, por ejemplo: George, 2002, pp. 171 y ss. Moreso ha dialogado fructíferamente con posturas que en la tradición aristotélica beben de las ideas de George sobre el pluralismo. Por ejemplo, ha comentado el libro de Simón Yarza, 2017, en: Moreso, 2020b, pp. 654-664.

30. Para una defensa de esta tesis, véase, Massini-Correas, 2006b, pp. 61 y ss. Para Aristóteles hay acciones y pasiones que no admiten término medio o correcto, dado que son «malas en sí mismas, no por sus excesos ni por sus defectos. Por tanto, no es posible nunca acertar con ellas, sino que siempre se yerra» (Aristóteles, 1985, p. 171 / *EN* II, 1107a 10-15).

pretensión de razonabilidad, en última instancia, en el modo de ser propio de todo ser humano, y que podrían rastrearse también a través de una exploración sobre las causas esenciales por las cuales los seres humanos somos, precisamente, «sensibles a las razones», como gusta decir acertadamente Moreso (2022b, p. 559). Ejemplos de estos absolutos morales podrían ser tanto la prohibición de la destrucción deliberada de la vida humana no agresora³¹, como la prohibición de la tortura de niños por pura diversión, este último, me parece, admitido por Moreso (2015, p. 214)³².

Desde luego, plantear la existencia de principios jurídicos de contenido moral indisponible para la autoridad a causa de razones morales, no implica concebir que estos puedan deducirse falazmente de meros hechos naturales o puedan resultar reductibles a alguna manifestación de dichos hechos³³. Ni siquiera implica que puedan deducirse de una comprensión metafísica «enfática» de la persona humana, en los términos críticos de Alexy (2010, pp. 89 y ss.)

La tradición aristotélica no pretende lograr juicios morales objetivos a través de la adecuación de la razón a una realidad absolutamente independiente del conocimiento humano –un hecho del mundo, por así decirlo–, sino, antes bien, a una realidad teleológica o finalista precisamente práctica, en tanto que captada y formulada en cuanto prescriptiva por la razón práctica (Massini-Correas, 2015, pp. 99-100)³⁴. Es cierto que se busca arribar a conclusiones deónticas o prácticas a partir de premisas teóricas sobre aquella estructura ontológica que nos hace humanos y sus fines, y también sobre la naturaleza de las cosas o del mundo, pero eso no ocurre ni primera ni exclusivamente a partir de dicho tipo de conocimiento, no obstante, su importancia para determinar materialmente el contenido concreto de los preceptos. La razonabilidad práctica parte, antes bien, del primer principio moral que puede formularse como «debe hacerse el

31. Finnis lo expresa como «el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior» (Finnis, 2000, p. 253).

32. Cabe precisar que estos «absolutos morales» pueden expresarse lingüísticamente de diversas maneras y no se les plantea aquí como específicas formulaciones no derrotables de carácter indeterminado. De hecho, este trabajo pretende ser un alegato, todavía rudimentario, a favor de la equidad clásica, como superadora de la derrotabilidad, como se verá luego. Cabe precisar también que se les concibe «absolutos» no por razones meramente conceptuales, sino por razones propiamente morales o valorativas. En ese sentido los derechos o bienes jurídicos que pueden determinarse a partir de ellos y de las disposiciones jurídicas aplicables en cada caso concreto no son concebidos como potencialmente en conflicto unos con otros. Para mi propia justificación de una postura no conflictivista puede verse: Chávez-Fernández Postigo, 2012, pp. 130 y ss. Por dichas razones me parece que, por ejemplo, las sugerentes observaciones que Bayón le formula a la propuesta de Atienza no son aplicables a la tesis que intento defender aquí. Véase: Bayón, 2023, pp. 69 y ss., y la bibliografía allí citada.

33. Véase, por ejemplo, Finnis, 2011, p. 147. En un sentido semejante, por ejemplo, Kalinowski, 1979, p. 155 y ss. Moreso, por su parte, destaca la defensa que Cohen hace de principios morales no reductibles a hechos naturales (Moreso, 2020b, p. 239). Para dicha defensa: Cohen, 2003, pp. 214 y ss.

34. No puedo detenerme aquí en este delicado asunto, pero García Huidobro problematiza y defiende detallada y muy solventemente esta tesis clásica de aparente circularidad. Véase García Huidobro, 1995, pp. 90 y ss. En todo caso, llama la atención la ausencia de alguna versión de esta tradición cuando Moreso se ocupa prolijamente del realismo moral y del relativismo moral. (Moreso, 2020b, pp. 85 y ss.)

bien y evitarse el mal» o de algún otro modo semejante, el que se capta por evidencia y no por razonamiento alguno³⁵.

En todo caso, parece difícil negar la necesidad de elaborar una teoría o una concepción, no solo de la persona en su existencia real y social –yendo más allá del mero sujeto ideal racional y moralmente autónomo³⁶–, sino también de la acción humana y de sus especificaciones, de sus hábitos y de sus pasiones, donde pueda justificarse, además, la necesidad del razonable pluralismo que Moreso exige con razón³⁷.

Dicho de otro modo: si tanto el derecho como sus dinámicas interpretativa-abstracta y determinativa-concreta son actividades humanas susceptibles de evaluación moral y pasibles de «prejuicios y sesgos que nublan [la] visión adecuada de las cosas» (Moreso, 2020b, p. 257), no parece razonable elaborar una teoría de ellas prescindiendo de una concepción o teoría de los aspectos morales de la compleja acción humana³⁸. Pero esta teoría o concepción supone un esfuerzo –nadie lo propone ni como sencillo, ni como incontrovertido– por desentrañar la naturaleza o el modo propio del ser humano que hace posible dicha acción, más allá de su sensibilidad a las razones.

Creo que la robustez de dicha antropología y de sus consecuencias para la moral objetiva no deberían prejuzgarse como incompatibles con el pluralismo propio de nuestros Estados constitucionales de Derecho, más allá de que, ciertamente, pudieran resultar, en algunos puntos, algo más incómodas o limitantes –al menos para un importante sector de la sensibilidad contemporánea– que una moral de fundamento menos fuerte, modesto o mínimo. En todo caso –valgan verdades– en favor de ambos tipos de objetivismo moral o de algún otro –y más allá de su tradición de filiación kantiana o aristotélica³⁹–, ante el genuino desacuerdo moral, no se puede ofrecer más que buenas razones siempre abiertas al debate público. Desde luego la defensa integral de una antropología como la propuesta aquí está bastante lejos de ser pacífica y no puedo emprenderla ahora⁴⁰.

En cualquier caso, desde la tradición aristotélica sería imposible concebir que cualquier esfuerzo metódico o taxonómico –dicho gruesamente: técnico en el sentido de meramente estratégico– por resolver el problema de la determinación o aplicación del derecho –de sus reglas y de sus razones subyacentes– al caso concreto, pueda lograrse razonablemente prescindiendo del concurso de algunas de las virtudes humanas en

35. Para una valiosa síntesis de la diferencia entre los aportes de Aristóteles y de Tomás de Aquino respecto de esta tesis, véase, García Huidobro, 2002, pp. 59 y ss., y la bibliografía allí citada.

36. Desde luego, sin comprometerse con algo semejante a lo que planteo, son perfectamente válidas las críticas en ese sentido de Martha Fineman, 2008, pp. 1-23. Sobre la tesis de Fineman y mi propuesta al respecto, véase, Chávez-Fernández Postigo, 2023a.

37. Vigo ha ensayado recientemente un abordaje del asunto desde la tradición aristotélica. Véase, Vigo, 2022.

38. Moreso parece reconocerlo, al menos, implícitamente. Véase, Moreso, 2020b, p. 236.

39. Aquí hago alusión a las dos concepciones más relevantes de la racionalidad práctica que identifica Alexy (2004, p. 133).

40. Me ocupo de ello en Chávez-Fernández Postigo, 2012, pp. 90 y ss.

general⁴¹ y de dos virtudes en particular: la prudencia y la equidad, a las que me referiré muy brevemente esta vez⁴².

Por un lado, la prudencia –la frónesis aristotélica⁴³–, es concebida, en términos de Kalinowski (1982, pp. 126-128), como «una puesta a punto de nuestro intelecto (razón)». Se trata de un hábito intelectual pero también moral –una peculiar virtud, tanto racional como volitiva– que predispone a la persona para pasar razonablemente, integrando su compleja dimensión racional-emocional, de los principios –sin duda, también aquellos que expresan absolutos morales, aunque no solo ellos– o reglas más generales, y de los hechos particulares de cada situación, a la concreción de la acción singular pretendidamente correcta. Si hablamos específicamente de su relación con el derecho –de la prudencia jurídica–, la interpretación y la determinación o aplicación del derecho –tanto en su contexto de descubrimiento como en el de su justificación– serían operaciones inviables si no se cuenta con la prudencia como virtud –o al menos, con juicios de tipo prudencial– ordenando y sintetizando el imperativo que implica lo justo (*ius* o *dikaion*) en cada caso concreto⁴⁴.

Por otro lado, la equidad –la epiqueya aristotélica⁴⁵–, es concebida, en términos de Massini-Correas, como «una modalidad especial de la prudencia, que puede denominarse *perspicacia*» (Massini-Correas, 2008, pp. 101-102), la que es susceptible de ser entendida, al mismo tiempo, como una dimensión ulterior o más perfecta de la justicia legal –la parte de la virtud de la justicia que consiste en dar abstractamente a través de la ley a cada uno lo suyo (*ius* o *dikaion*)–, y que habilita al decisor para el discernimiento que implica matizar los términos generales de dicha disposición jurídica en orden a la determinación del derecho en una situación particular, evitando la manifiesta o grave injusticia que se cometería si se aplicase sin dicho matiz o tal adecuación.

41. Algunos dan un paso más –y en un sentido no les falta razón– para afirmar que «Desde una perspectiva neoaristotélica, son las virtudes, y no los principios, los elementos centrales de una teoría del razonamiento práctico» (Amaya, 2013, p. 179). Sobre la importancia de la conexión entre la jurisprudencia de las virtudes y las contemporáneas teorías del derecho natural (Amaya, 2021, pp. 267-277).

42. Me he detenido extensamente sobre ellas en otro lugar: Chávez-Fernández Postigo, 2017, pp. 84 y ss.

43. Para Aristóteles «la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre» (Aristóteles, 1985, p. 275 / ENV 1140 b /); para más adelante afirmar que «la prudencia es normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no» (ibídem, 1143a / p. 283).

44. No es posible detenerme aquí en este asunto. Para un estudio pormenorizado, véase, Massini-Correas, 2006a, pp. 30 y ss. Quizá haga falta señalar que muchas veces se alude a la prudencia, pero desde concepciones del término muy diferentes. Por ejemplo, se puede apreciar el modo estratégico o técnico en que Bayón parece concebirla en: Bayón, 1991, p. 128.

45. Para Aristóteles, «lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta» (Aristóteles, 1985, ENV, 10, 1137b / p. 265). Luego añade: «queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser diferente» (ibídem, 1137b – 1138a / p. 266.)

En el orden de ideas de dicha tradición, si bien la equidad puede entenderse metodológicamente –en el sentido de que la razón práctica procede metódicamente–, se desnaturaliza si se le concibe como un mero mecanismo, técnica o estrategia de solución –como por momentos pareciera sugerir Moreso– donde se establecen intocables institucionales y *defeaters*, aun cuando se justifiquen en razones genuinamente morales⁴⁶. Si bien no puedo desarrollar esta idea aquí, me parece que es precisamente una teoría de la acción moral humana y de sus virtudes asociada a una teoría de la naturaleza humana y sus fines en los términos de la tradición aristotélica lo que podría explicar por qué es perfectamente posible –como bien sugiere Moreso (2020b, pp. 557-563, 588-589)⁴⁷– que las causas de justificación en el derecho penal y los vicios del consentimiento guarden una estrecha relación con la práctica de la equidad.

Lo sostenido en este acápite me lleva a pensar que un modelo taxonómico de *defeaters* con intocables institucionales resulta una postura sin duda más equilibrada que los extremos formalistas y activistas. Sin embargo, podría resultar algo inestable –moralmente débil, y por eso mismo, también institucionalmente frágil–, si no se sostiene en respuestas antropológicas plausibles algo más densas o estructuradas, y consecuentemente, sobre una teoría de la acción humana que dé cuenta satisfactoriamente de cómo operan en los hechos –y cómo deben operar– las virtudes intelectuales y morales en la interpretación y en la determinación del derecho tanto por las autoridades como por los ciudadanos. Dicho muy sintéticamente –y con algo de retórica– quizá lo que habría de buscarse, más que un equilibrio o ponderación sistemático de elementos en tensión, sea un justo o término medio entre dos extremos, precisamente aquello en lo que para Aristóteles implica la virtud moral⁴⁸.

46. Desde luego, la equidad tampoco es susceptible de confundirse en sus argumentos de prudencia con los de las éticas utilitaristas, como pareció entender, por ejemplo, Garzón Valdés, 1993, p. 126. Lo que no significa que, en lo personal, comparta las tres líneas críticas de Chiassoni a Garzón Valdés respecto de que este habría hecho una lectura excesivamente caritativa del clásico español (Chiassoni, 2007, pp. 84 y ss.) Por otro lado, si bien es posible entender el bien y el valor como sinónimos –básicamente cuando se trata de entender el segundo término a través del foco de significado del primero–, si se reduce la virtud como hábito del bien al valor, se rompe la conexión con la teoría de la acción humana y con la antropología de corte metafísico que esta supone en la concepción de Aristóteles y de su tradición, lo que pareciera ocurrir con estudios exhaustivos como los de Vega López (2014, pp. 42-72 o 2013, p. 250). Sobre el sentido analógico del término *phýsis*, (Aristóteles, 1998, / V, 3, 1014b 16 ss.) Me parece que esta es una parte importante de las razones por las cuales Vega interpreta a Aristóteles como un autor ni positivista ni iusnaturalista, Vega López, 2011, pp. 281-317.

47. Con más detalle sobre el primer punto: Moreso, 2001, pp. 525-545.

48. Para Aristóteles la virtud moral «se refiere a las pasiones y acciones, y en ellas hay exceso, defecto y término medio [...] La virtud, entonces, en un término medio, o al menos tiende al medio» (Aristóteles, 1985, p. 170 / 1106b 15-30).

5. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Para terminar, quisiera destacar solamente que en la tradición aristotélica la equidad no es el mecanismo mediante el cual las autoridades jurisdiccionales aplican un sistema jurídico de razones que derrotan reglas o uno de reglas más o menos impermeables a sus razones morales. Dicha tradición existe en Occidente antes de que concibiéramos al derecho como un sistema formalmente inmune a la moral, y ha sobrevivido al redescubrimiento de la naturaleza esencialmente moral y problemática de lo jurídico. Es un patrimonio intelectual y cultural del que no debiéramos privarnos al momento de enfrentar con ideas renovadas la búsqueda del tan anhelado equilibrio en la interpretación y en la determinación del derecho.

Creo que una jurisprudencia de la justicia y de la equidad –con algunas instituciones muy firmes o casi intocables, y con una taxonomía de *defeaters*, todo ello justificado por razones genuinamente morales– puede ser planteada como una vía razonable o equilibrada en dicho esfuerzo –como el justo medio entre formalismo y activismo, por así decirlo–, pero siempre que no se tome la decisión de prescindir del rol decisivo de las virtudes intelectuales y morales humanas en dicha empresa. Aunque me parece que esto último implica también un esfuerzo por desentrañar una antropología finalista consistente de base –tan robusta como fuere necesario–, al menos como punto de partida para esa discusión sobre lo que es bueno, virtuoso, justo o equitativo para la persona humana en nuestros contemporáneos Estados constitucionales de Derecho. En ese sentido, este trabajo no pretende ser más que una propuesta para dicho diálogo abierto y necesario.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Seña, J. M., 2.^a ed. Gedisa, Barcelona.
- ALEXY, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Bernal Pulido, C., 2.^a ed. en castellano. CEPIC, Madrid.
- ALEXY, R. (2010). «¿Derechos humanos sin metafísica?», en *La institucionalización de la razón*. Comares, 79-94.
- ALEXY, R. (2013). «Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis». *The American Journal of Jurisprudence*, (58), 97-110. <https://doi.org/10.1093/ajj/aut009>
- ALEXY, R. (2017). «The Ideal Dimension of Law», en Duke, G. y George, R P. (Eds.). *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, 314-341. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.012>
- AMAYA, A. (2013). «Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica», en González de la Vega, R. y Lariguet, G. (Coords.). *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas perspectivas*. Temis, Bogotá, 177-194.
- AMAYA, A. (2021). «Virtue and Natural Law», en Crowe, J. y Youngwon Lee, C. (Eds.), *Research Handbook on Natural Law*, 267-277. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4238943>

- ARISTÓTELES (1985). *Ética Nicomáquea / Ética Eudemia*, trad. Pallí Bonet, J. Gredos, Madrid.
- ARISTÓTELES (1998). *Metafísica*, Trad. García Yerba, V., 2.^a ed. Gredos, Madrid.
- ATIENZA, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta, Madrid.
- ATIENZA, M. (2018). «Siete tesis sobre el activismo judicial». *Grand place: pensamiento y cultura*, (10), 39-47.
- ATIENZA, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta, Madrid.
- ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4.^a ed. Ariel, Barcelona.
- BAYÓN, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. CEC, Madrid.
- BAYÓN, J. C. (2000). «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía*, (13), 87-117.
- BAYÓN, J. C. (2022). «El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones». *Eunomía*, (22) 539-557. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6837>
- BAYÓN, J. C. (2023). «¿Hay derechos absolutos? Proporcionalidad, autoridad y dignidad», en Díaz, E. y F. Laporta (Dir.). *Leer a Manuel Atienza*, CEPCC, Madrid, 65-86.
- CABRA APALATEGUI, J. M. (2011). «Antiformalismo y argumentación jurídica». *Derechos y libertades*, (24), 67-91.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Palestra, Lima.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. (2017). *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revalorización del logos de lo razonable*. Aranzadi, Pamplona.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. (2021). «Las consecuencias jurídicas de los defectos morales del derecho: una propuesta a partir del debate entre Alexy y Finnis». *Prudentia Iuris*, (92), 125-158. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021>
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. (2023a). «Vulnerabilidad y dignidad: un diálogo con la teoría de Martha Fineman». *Dikaion*, (31), e32118. <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.18>
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J. (2023b). «Dignidad humana e injusticia extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (48), 36-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>
- CHIASSONI, P. (2007). «Entre formalismo y *theological reading*: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la interpretación de la ley». *Doxa*, (30), 79-87. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.11>
- CIANCIARDO, J. (2008). *Una introducción a los principios constitucionales*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- COHEN, G. A. (2003). «Facts and Principles». *Philosophy & Public Affairs*, (31), 211-245. <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2003.00211.X>
- DWORKIN, R. (2002). *Los derechos en serio*. Trad. Guastavino, M., 5.^a reimp. Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, R. (2014). *Justicia para erizos*. Trad. Pons, H., FCE, Buenos Aires.
- ENOCH, D. (2011). *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism*. Oxford University Press.
- ETCHEVERRY, J. B. (2020). *Constitución, principios y positivismo jurídico*. Astrea, Buenos Aires.
- FINEMAN, M. A. (2008). «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition». *Yale Journal of Law and Feminism*, (20), 1-23.

- FINNIS, J. (1992). *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*. Trad. García Norro, J. J., EIUNSA, Barcelona.
- FINNIS, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Trad. Orrego C., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- FINNIS, J. (2011). «Is and Ought in Aquinas», en *Reason and Action. Collected Essays*. (Vol. I). Oxford University Press, 144-146. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199580057.003.0010>
- FINNIS, J. (2014). «Law as a Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's «Ideal Dimension»». *The American Journal of Jurisprudence*, (59), 85-109. <https://doi.org/10.1093/ajj/auu007>
- GARCÍA HUIDOBRO, J. (1995). *Objetividad ética*. Edeval, Valparaíso.
- GARCÍA HUIDOBRO, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. UNAM, México.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2023). «El compromiso con lo normativo en la obra de J. J. Moreso: un zorro que quiso ser erizo». *Dikaion*, (32), 10 (e32120). <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.20>
- GARCÍA YZAGUIRRE, V. (2022). «Excepciones en las normas jurídicas. Una propuesta de análisis conceptual». *Diritto & questioni pubbliche*, (22), 61-84.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993). *Derecho, Ética y Política*. CEC, Madrid.
- GEORGE, R. P. (2002). *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*. EIUNSA, Barcelona.
- HART, H. (2004). *El concepto de derecho*. Trad. Carrió, G. 2.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KALINOWSKI, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Trad. Marí, E. Eudeba, Buenos Aires.
- KALINOWSKI, G. (1982). «Aplicación del derecho y prudencia», en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*. Trad. Arias, C. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 123-141.
- LAPORTA, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta, Madrid.
- LLANO ALONSO, F. (2009). *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MASSINI-CORREAS, C. I. (2006a). *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho*. 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- MASSINI-CORREAS, C. I. (2006b). *Ley natural y su interpretación contemporánea*. EUNSA, Pamplona.
- MASSINI-CORREAS, C. I. (2008). *Filosofía del derecho. Tomo III: El conocimiento y la interpretación jurídica*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- MASSINI-CORREAS, C. I. (2015). *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*. Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Sao Paulo.
- MISSERI, L. E. (2023). «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana». *Doxa*, (46), 297-319. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.17>
- MORESO, J. J. (2001). «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)». *Doxa*, (24), 525-545. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.19>
- MORESO, J. J. (2009). *La constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- MORESO, J. J. (2015). «Objetividad moral sin realismo robusto. Comentarios sobre Enoch». *Discusiones*, (16), 191-219. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2015.2423>

- MORESO, J. J. (2017). «Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral (Homenaje a Andrés Ollero)». *El derecho: diagramas conceptuales*. Universidad Externado de Colombia, 101-134.
- MORESO, J. J. (2020a). «Towards a Taxonomy of Normative Defeaters», en S. Berthea (Ed.). *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*, Routledge, 173-186.
- MORESO, J. J. (2020b). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC, Madrid.
- MORESO, J. J. (2021). «Dworkin en Barcelona. Crónica de su última visita», en L. García Jaramillo (Ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trotta, Madrid, 179-184.
- MORESO, J. J. (2022a). «El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (56), pp. 33-54. <https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21657>
- MORESO, J. J. (2022b). «Nuevas variaciones para mis críticos». *Eunomía*, (22), 558-573. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6838>
- MORESO, J. J. (2023). «Cristina Lafont sobre la completitud de la razón pública». *Revista Derecho del Estado*, (55), pp. 15-31. <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.03>
- MORESO, J. J. y VALENTINI, C. (2021). «In the Region of Middle Axioms: Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-Level Principles». *Law and Philosophy*, (40), 545-583. <https://doi.org/10.1007/s10982-021-09409-7>
- NINO, C. S. (1987). *El constructivismo ético*. CEC, Madrid.
- PARFIT, D. (2011). *On What Matters. Volume One and Two*. Oxford University Press.
- RAWLS, J. (1999). *A Theory of Justice, Revised Edition*. Harvard University Press.
- RAWLS, J. (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy*. Harvard University Press.
- RAZ, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. Trad. Tamayo y Salmorán R., 2.ª ed., UNAM, México.
- RODRÍGUEZ, J. L. (2021). *Teoría analítica del Derecho*. Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Hart Publishing, Oxford.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V. (2022). «Los desacuerdos genuinos morales y el relativismo. Un diálogo entre Bernard Williams y J. J. Moreso. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones». *Eunomía*, (22), 513-517. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6834>
- SCHAUER, F. (1987). «The Jurisprudence of Reasons. A *Law's Empire* reviewing». *Michigan Law Review*, (85), 847-878. <https://doi.org/10.2307/1289016>
- SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Trad. Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. Marcial Pons, Madrid, Barcelona.
- SIMÓN YARZA, F. (2017). *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*. CEPC, Madrid.
- SUÁREZ, F. (1967). *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (t. I).
- VEGA LÓPEZ, J. (2011). «Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural». *Anuario de Filosofía del Derecho*, (27), 281-317.
- VEGA LÓPEZ, J. (2013). «La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica». *Doxa*, (36), 229-273. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.11>

- VEGA LÓPEZ, J. (2014). «La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas». *Observatório da Jurisdição Constitucional*, (7), 42-72.
- VEGA LÓPEZ, J. (2018). «Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial». *Doxa*, (41), 123-150. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07>
- VÍGO, R. L. (2022). *La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones*. Palestra, Lima.
- ZAMBRANO, P. (2013). «Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», en J. B. Etcheverry (Coord.). *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*. UNAM, México, 87-118.

