

OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO. ARGUMENTOS PARA EL DEBATE CON MANUEL ATIENZA

MORAL OBJECTIVISM AND LAW. ARGUMENTS FOR A DEBATE WITH MANUEL ATIENZA

Juan Antonio García Amado
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

RESUMEN

Este es el texto que inicia un debate sobre Derecho y objetivismo moral. La polémica arranca del comentario que Juan Antonio García Amado hace al artículo de Manuel Atienza, titulado «Objetivismo moral y Derecho». Critica García Amado que Atienza, en la senda de Dworkin, considere que existe la respuesta correcta para los casos judiciales porque los jueces pretenden dicha respuesta correcta. Argumenta García Amado que una pretensión no es prueba de la realidad de lo pretendido. También cuestiona la tesis de Atienza de que sea de naturaleza moral la obligación que los jueces tienen de aplicar Derecho, añadiendo que, aunque así fuera, eso no le daría la razón al iusmoralismo. Afirma García Amado que las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. En tercer lugar, García Amado pone en duda la utilidad del constructivismo de Atienza como respaldo de su objetivismo moral. Y, finalmente, plantea objeciones a la comparación de Atienza entre el Derecho, entendido como práctica argumentativa, y la medicina.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, iuspositivismo, discrecionalidad, decisión judicial, única respuesta correcta, argumentación jurídica.

ABSTRACT

This article begins a debate about law and moral objectivism. The controversy arises from Juan Antonio García Amado's comment to Manuel Atienza's article entitled «Moral Objectivism and Law». García Amado criticizes that Atienza, following Dworkin, considers that the correct answer exists for judicial cases because the judges claim that answer is correct. García Amado argues that a claim does not demonstrate the reality of what is intended. He also questions Atienza's thesis that judges have a moral duty to apply the law, adding that, even if it were, that would not give reason to iusmoralism. García Amado affirms that moral reasons for eventually complying with the rules do not make all the rules moral. Third, García Amado questions the utility of Atienza's constructivism as support for his moral objectivism. And, finally, he raises some objections to Atienza's comparison between law, understood as an argumentative practice, and medicine.

KEY WORDS

Moral objectivism, iuspositivism, discretion, judicial decision, the only correct answer in law, legal reasoning.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.001

OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

Sumario: 1. Precisiones conceptuales. 2. El valor de los enunciados morales. Realismo moral y objetivismo moral. Constructivismo. 2.1. Realismo moral. 2.2. Objetivismo moral. 2.3. Constructivismo. 2.4. Corrientes escépticas. Breve mención. 3. Concepciones de la moral y concepto de Derecho. Iuspositivismos *vs.* iusmoralismos. 3.1. El eje del debate: la separación conceptual entre Derecho y moral. 3.2. ¿Es inevitable ser iusmoralista en teoría jurídica si se es objetivista en ética? 3.3. ¿Es posible ser iusmoralista sin ser objetivista? 3.4. ¿Tienen moral los no objetivistas? 4. Elementos para el debate con el iusmoralismo objetivista de Manuel Atienza. 4.1. El objetivismo mínimo de Atienza. Un ejemplo con algunas implicaciones. 4.2. Pretender es tener; o de cómo el que la sigue la consigue. 4.3. Todos estamos moralmente obligados a aplicar las normas morales y los jueces están jurídicamente obligados a aplicar las normas jurídicas. 4.4. Maneras de darse la razón a uno mismo. 4.5. Derecho y medicina, la comparación favorita de Manuel Atienza. Notas. Bibliografía.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES

Supongamos que yo hago estas dos afirmaciones:

A¹: «La luna es el único satélite natural de la tierra».

A²: «La esclavitud humana es injusta».

A¹ es un enunciado que describe un estado de cosas o situación del mundo empírico, del mundo de los hechos. Tal enunciado será verdadero si hay una correspondencia entre lo que en él se dice y los hechos reales del mundo: si la luna es un satélite natural de la tierra¹ y si la luna es el único satélite natural de la tierra, A¹ es un enunciado verdadero.

A² es un enunciado moral. Los enunciados morales califican conductas, sujetos, normas, relaciones, eventos o estados de cosas² mediante términos morales como bueno y malo, justo e injusto, equitativo e inicuo y similares. Para ello se presuponen dos cosas: valores morales y normas morales.

Valores morales son, pongamos por caso, la justicia, el bien (lo moralmente bueno), la libertad, la solidaridad, la equidad, etc. Los valores morales se predicán de conductas, sujetos, normas, relaciones o estados de cosas. Así, se dice, por ejemplo, que una conducta C es justa o no es justa (es injusta). La correspondencia con un valor moral es una propiedad que tienen las conductas, eventos o estados de cosas. Quiere decirse que un valor moral V^m tiene unos contenidos propios y específicos C¹...Cⁿ, y que una conducta o estado de cosas, etc. participará positivamente de ese valor V^m si tiene esas propiedades definitorias

del mismo. Si, por ejemplo, una propiedad definitoria alternativa del valor moral solidaridad consiste en que un sujeto esté dispuesto a renunciar a grados relevantes de su bienestar para aliviar el sufrimiento o la necesidad de otro u otros sujetos y si José está dispuesto a renunciar a grados relevantes de su bienestar para aliviar el sufrimiento o la necesidad de otro u otros, entonces podremos decir, con sentido moral, que José es solidario.

Todo valor moral tiene su correspondiente contravalor: justo-injusto, bueno (moralmente)-malo (moralmente), equitativo-inicuo, solidario-insolidario...

Las normas morales contienen mandatos dirigidos a la realización de valores morales o a la abstención de los correspondientes contravalores. Son las normas morales las que establecen la obligación de realizar los valores morales y la obligación de abstenerse de realizar los contravalores morales.

Las normas morales pueden tener diferentes grados de abstracción o concreción. Las más generales son las que simplemente establecen la obligación de realizar el valor o no realizar el contravalor. Ejemplos: la norma moral que manda ser justos (o no ser injustos) o la que manda ser solidarios (o no ser insolidarios). Otras normas morales concretan el deber de atenerse a esos valores en supuestos concretos que caen bajo su contenido. Así, si uno de los supuestos en los que se expresa el valor moral solidaridad consiste en renunciar a partes relevantes del bienestar propio para evitar el sufrimiento de otro u otros, habrá una norma moral que mande renunciar a partes relevantes del bienestar propio para evitar el sufrimiento de otro u otros. El que así lo haga *cumplirá* la norma y *realizará* el valor.

Si decimos que la esclavitud humana es injusta estamos calificando así sobre la base de que la esclavitud es un estado de cosas incompatible con el valor justicia y que encaja en el contravalor injusticia. En el enunciado «la esclavitud humana es injusta» todavía no ha aparecido una norma moral que pretenda dirigir nuestra conducta. Tal norma aparece cuando enunciamos: «No se debe esclavizar a humanos». Presente o supuesta esa norma que prohíbe esclavizar, podremos decir que si X esclaviza a Y, X incumple la norma moral que prohíbe esclavizar a otro y que, además, realiza una conducta incompatible con el valor justicia.

Todo valor moral da pie a una norma moral que manda en abstracto cumplir ese valor³ (y evitar cumplir su contravalor) y a toda la serie de normas morales que mandan realizar todos y cada uno de los supuestos de ese valor. Imaginemos que el valor moral solidaridad se concretara únicamente en dos supuestos posibles de aplicación: la renuncia al bienestar propio para ayudar a los que sufren y la expresión sincera de afecto a quien esté deprimido. Aparecerían entonces tres normas morales: una, la que manda ser solidario; las otras, la que mandan renunciar al bienestar propio para ayudar a los que sufren y la que manda expresar sinceramente afecto a los que estén deprimidos. La correspondiente norma abstracta que manda cumplir los contenidos del valor moral de que se trate es útil porque siempre pueden aparecer supuestos encuadrables en ese valor y que no hayan sido todavía «tipificados» en normas concretas, en reglas morales.

Sobre la base de normas morales se califican deónticamente solo asuntos (conductas, eventos, estado de cosas, normas...) dependientes de la elección humana, pues las normas

morales (como todas las normas) sirven para dirigir la conducta de las personas. En cambio, sobre la base de valores morales pueden calificarse valorativamente eventos o estados de cosas no dependientes de comportamientos de las personas. Así, puede decirse que no es justo que la vida humana sea tan corta o que ciertos animales tengan que matar a otros y comérselos para subsistir, o que no es justo que un terremoto haya destruido una ciudad entera y causado miles de muertes.

Adicionalmente, se habla también de virtudes morales. Una virtud moral la posee el sujeto que tiene el hábito de comportarse en consonancia con un valor moral y en cumplimiento de las normas morales⁴. Así, se podrá decir que tiene la virtud moral de la solidaridad quien habitualmente es solidario y lo es por convicción, y que carece de esa virtud quien habitualmente es insolidario o no lo es por convicción, sino por algún tipo de cálculo instrumental o irreflexivamente. Pero de la virtud moral no diremos más aquí.

2. EL VALOR DE LOS ENUNCIADOS MORALES. REALISMO MORAL Y OBJETIVISMO MORAL. CONSTRUCTIVISMO

Un enunciado como A^1 , que versa sobre hechos⁵, puede ser verdadero o falso. La ciencia se constituye sobre la base de la distinción entre enunciados fácticos verdaderos y falsos. ¿Y los enunciados morales como A^2 («la esclavitud humana es injusta»)? Debemos empezar por la distinción entre realismo moral y objetivismo moral.

2.1 REALISMO MORAL

Para el *realismo moral*, los valores morales tienen un contenido objetivo predeterminado a cualquier creencia o a cualquier contenido mental y, por tanto, completamente independiente de las creencias de los sujetos individuales o de las mayorías sociales. El valor justicia tiene un contenido ontológicamente necesario, prefigurado y subsistente en algún orden del ser o en alguna dimensión del mundo. Existe objetivamente el contenido de lo justo, igual que existe objetivamente el contenido químico del agua, aun cuando sea diferentes los modos de existencia de esas dos realidades «objetivas». Por tanto, el enunciado «la esclavitud humana es injusta» será tan apto para ser calificado como verdadero o falso como el enunciado «el agua es una sustancia cuya molécula está formada por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno». En ambos casos, para saber si el enunciado es verdadero o falso hay que cotejarlo con la realidad subsistente, con independencia de cualquier juicio subjetivo. La molécula del agua se compone de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno con total independencia de que un sujeto o la humanidad entera lo sepa o lo crea, igual que el contenido del valor justicia será el que es con total independencia de que un sujeto o la humanidad entera lo sepa o lo crea. La tierra, desde que existe, ha girado alrededor del sol, aunque durante miles de años se creyera lo contrario; y si la esclavitud se opone al contenido del valor justicia, así habrá sido siempre, aunque durante miles de años se creyera otra cosa⁶.

En resumen, el realismo moral es aquella teoría metaética que afirma que los valores morales tienen un contenido propio y necesario y plenamente independiente de las creencias o de cualesquiera contenidos mentales de los sujetos individuales o de las opiniones socialmente dominantes sobre el contenido de esos valores. Justo es lo justo e injusto es lo injusto, al margen por completo de lo que a mí me parezca o le parezca a todos o a la mayoría de mis contemporáneos o de quienes vivieron hace doscientos años o vivan dentro de doscientos más. Por eso, cualquier enunciado moral mío o de otro sujeto será verdadero o falso exactamente igual que cualquier enunciado empírico, y por eso tal valor de verdad del enunciado moral no cambiará en función de quién lo enuncie o de la época o el lugar en que se enuncie.

El realismo moral sería una doctrina sin relevancia práctica ninguna para nuestros juicios morales si no fuera de la mano del cognitivismo moral. Así pues, el realismo moral expresa una tesis ontológica que se une a una tesis epistemológica, que es el cognitivismo. El realismo moral afirma que el contenido de los valores morales existe y subsiste por sí mismo, independientemente de las creencias humanas, mientras que el cognitivismo es la doctrina que sostiene que el contenido de los valores morales puede ser conocido. Pues, al menos sobre el papel, cabría sostener que el contenido de los valores morales es el que es, en sí y con independencia de las creencias, pero que no puede ser conocido con una mínima certeza. Como el cognitivismo afirma que sí cabe ese conocimiento con suficiente certeza, el resultado de la unión de realismo y cognitivismo es la siguiente tesis conjunta: el contenido de los valores morales es el que es, ese contenido existe y subsiste por sí mismo y, además, ese contenido puede ser conocido por los seres humanos con suficiente certeza. En relación con la vía para el conocimiento del contenido verdadero de los valores morales, los realistas suelen señalar que es la intuición, ya una intuición «en bruto», por así decir, ya una intuición metódica o reflexivamente guiada o cultivada.

En la tradición iusfilosófica, un buen ejemplo de realismo moral lo proporciona el iusnaturalismo.

Téngase en cuenta desde ahora mismo que también puede haber doctrinas cognitivistas no realistas. Tal sería el caso, muy actual, del constructivismo ético.

2.2. OBJETIVISMO MORAL

El *objetivismo moral* mantiene que es posible diferenciar entre juicios morales (o sus correspondientes enunciados) correctos o incorrectos, aun cuando ese carácter de correctos o incorrectos no dependa necesariamente de la correspondencia entre el contenido de esos juicios y el contenido preexistente e independiente de los valores morales. Esto quiere decir que todo realismo moral (unido al cognitivismo moral) es un supuesto de objetivismo moral, pero que no todo objetivismo moral es necesariamente fruto de un realismo moral. Puede haber, en suma, un objetivismo moral no vinculado al realismo moral. Así sucede cuando se afirma que la corrección o incorrección de un juicio moral no depende de su correspondencia con contenidos de valores morales que son contenidos por sí subsistentes,

prefijados y completamente independientes de las creencias, sino que depende de cierta calidad o condición de esas creencias, especialmente del modo en que han sido establecidas.

2.3. CONSTRUCTIVISMO

La variante más importante en nuestros días del objetivismo moral sin realismo moral es el constructivismo ético. Los constructivistas sostienen que son correctos o racionales o verdaderos⁷ aquellos juicios morales cuyo contenido sería aceptado por cualquier conjunto de personas con capacidad intelectual «normal» o suficiente y que razonaran conjuntamente, dialogaran o deliberaran bajo condiciones que aseguren la imparcialidad de cada uno. Dicho de otra manera: sean esas condiciones ideales las que sean⁸, correcto o racional sería aquel juicio moral que cualquiera consentiría si razonara bajo esas condiciones⁹. Y ese juicio moral sería racional o correcto no porque su contenido coincida con el contenido predeterminedo de algún valor moral, sino por el modo a través del cual ha sido alcanzado: en un razonamiento bajo esas condiciones ideales. Si nosotros no fuéramos parciales y nuestro razonamiento práctico no estuviera dominado por intereses, prejuicios y sesgos conscientes o inconscientes, sino que fuéramos seres perfectamente imparciales, elegiríamos determinadas opciones y no otras, y tales elecciones serían racionales no directamente porque su contenido coincida con la verdad, sino porque, al ser tomadas bajo tales condiciones epistémicas, su contenido sería el objetivamente correcto y nuestras preferencias no serían dependientes de nosotros mismos, de nuestra subjetividad o individualidad peculiar¹⁰.

Pongamos un ejemplo absurdo y caricaturesco simplemente para observar la peculiaridad estructural de un objetivismo moral sin realismo. Supóngase —insisto en lo absurdo del contenido del ejemplo— que se dijera que juicio moralmente correcto es aquel que cualquiera formule después de haber bebido tres copas de ron Zacapa y sea cual sea el contenido de ese juicio. Si tres copas de ron Zacapa producen ese efecto de generar juicios morales correctos, será correcto todo juicio moral formulado por una persona bajo el efecto de tres copas de ron Zacapa. Pero esos juicios no serán correctos porque su contenido coincida con el contenido prefijado de los valores morales, sino porque han sido realizados bajo esa condición habilitadora de la corrección, es decir, habiendo tomado tres copas del ron en cuestión.

Pues bien, lo que en el gráfico ejemplo anterior es el papel de las tres copas de ron Zacapa para el constructivismo moral es el papel de ciertas condiciones procesales de la deliberación, condiciones que aseguran la imparcialidad del juicio. Con un matiz muy importante: que, en tanto que resultado de un juicio al que se llega bajo condiciones de razonamiento imparcial, no cualquier contenido de ese juicio puede ser correcto, sino únicamente aquel que no sea «parcial», en el sentido de sesgado. Un ejemplo: si lo que se dirime en el debate moral correspondiente es si es justo que los negros puedan esclavizar a los blancos, solo puede esperarse como correcta o racional una respuesta negativa, ya que nadie (ni blancos ni negros) admitirá la justicia de su propia esclavitud si razona bajo condiciones de información perfectamente simétrica, plena libertad y plena igualdad. Un acuerdo sobre la justicia de cualquier esclavitud nunca sería posible bajo reglas de impar-

cialidad total del razonamiento, ya que, para ser fácticamente posible, semejante acuerdo requiere que alguien sea engañado, manipulado, discriminado u obligado a admitir aquello sobre lo que no ha podido reflexionar adecuadamente.

2.4. CORRIENTES ESCÉPTICAS. BREVE MENCIÓN

Frente al realismo moral y el objetivismo moral nos encontramos con un abanico de teorías metaéticas que podríamos clasificar conjuntamente como escépticas, como escepticismo metaético. Estas teorías tienen en común la negación tanto del realismo moral como del objetivismo moral, así como el corolario de ambas negaciones, a saber, que los juicios morales, a diferencia de los juicios empíricos, no pueden ser con propiedad calificados como verdaderos o falsos o como objetivamente correctos o incorrectos. Las variantes del no objetivismo moral son muchas: el imperativismo, para el que los juicios morales expresan el propósito o deseo del que los enuncia de reglamentar la conducta de los demás¹¹; el emotivismo, según el cual los enunciados morales expresan meramente emociones o gustos del que los enuncia¹²; el relativismo individual, a tenor del que los juicios morales son expresión del talante o la idiosincrasia del respectivo sujeto; el relativismo cultural, según el cual los juicios morales son dependientes de patrones culturales; etc.

Una distinción más que importa mencionar es la que diferencia entre éticas universalistas y no universalistas. Las éticas universalistas son las que sostienen que un enunciado moral verdadero o correcto o un enunciado moral falso o incorrecto lo son el cualquier lugar, en cualquier cultura y para cualquier persona. Por ejemplo, si es verdadero o correcto el enunciado «la sumisión forzosa de la mujer al hombre es injusta», ese enunciado será verdadero o correcto en cualquier lugar del mundo y sea cual sea la cultura que rijan o domine acá o allá. Por su parte, las éticas no universalistas son aquellas que niegan que exista un patrón único y universal de verdad, corrección o racionalidad de los enunciados morales, probablemente porque tales patrones de corrección varían según las personas, las culturas o las épocas, etc.

Todo realismo moral será universalista y parece que tendrá que serlo también todo objetivismo moral, realista o no. Y todo relativismo moral será, evidentemente, no universalista.

3. CONCEPCIONES DE LA MORAL Y CONCEPTO DE DERECHO. IUSPOSITIVISMOS VS. IUSMORALISMOS

Al hablar de Derecho, a nadie con dos dedos de frente se le va a ocurrir proclamar que un Derecho injusto es, bajo cualquier punto de vista, preferible a un Derecho justo. Hasta el legislador o el juez nazi más recalcitrante proclamará que prefiere leyes justas —que, naturalmente, entenderá a su manera—. Las preferencias subjetivas sobre un objeto no alteran la naturaleza de ese objeto. Que todos o casi todos prefiramos las playas con arena

fina no es motivo para negar la condición de playas a aquellas que la tengan gruesa. Siempre que se nos interrogue sobre si preferimos un Derecho justo o uno injusto, vamos a coincidir en la respuesta de que es preferible —o mejor— el justo. Ahora bien, eso no dice nada en relación con las diferencias cruciales sobre dos cuestiones: el concepto de Derecho que cada cual asume y el tipo de teoría metaética a la que cada uno se adscribe.

Como es sobradamente sabido, la gran división en teoría del Derecho se da entre concepciones iuspositivistas y iusmoralistas. Entre ambas, el elemento dirimente principal es el referido a la llamada tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, tesis que los iuspositivistas afirman y que los iusmoralistas niegan.

3.1. EL EJE DEL DEBATE: LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL

Para el iuspositivismo, la compatibilidad del contenido de las normas jurídicas con valores morales no es condición para que las normas jurídicas sean jurídicas; o, como suele decirse en la teoría jurídica, la moralidad o justicia de su contenido no es condición de validez de las normas jurídicas. Cabe aislar diferentes condiciones de validez de las normas jurídicas según el sistema jurídico de que se trate, pero la compatibilidad del contenido de esas normas con los valores morales o con su expresión en normas morales no es condición estructural o definitoria para que una norma puede ser jurídica. Esto quiere decir que una norma que sea jurídica a tenor de las otras condiciones puestas por el respectivo ordenamiento jurídico sigue siendo norma jurídica aun cuando su contenido sea o se repute injusto o inmoral, opuesto a —o incompatible con— algún valor moral. Así, las normas que en el Derecho romano permitían la esclavitud o las que en el Derecho civil del franquismo, en España, imponían la sumisión de la esposa al marido y, por ejemplo, no le permitían a ella enajenar sus propios bienes inmuebles si no era con autorización marital eran normas jurídicas de aquellos sistemas, aun cuando podamos tenerlas por palmariamente injustas.

Cuando el positivismo separa conceptualmente Derecho y moral está indicando únicamente que cada una de esas «cosas» es lo que es, y lo es con independencia conceptual de la otra, sin perjuicio de que entre esas dos «cosas» o realidades puedan existir, en el plano fáctico, múltiples relaciones e influencias. Es evidente que mi padre y yo somos seres humanos distintos y reconocibles como tales, individuos con una identidad propia, por mucho que yo lleve genes de mi padre o que sus ideas o la educación que me dio hayan podido influir en mi personalidad y destino. Igualmente, el hecho de que muchísimas normas morales doten de respaldo jurídico a ideales o concepciones morales o prevean la resolución de conflictos sociales conforme a patrones de justicia no está reñido con que las normas morales y las normas jurídicas sean conceptualmente independientes¹³. Por eso, para el positivismo, una norma moral no deja de ser norma moral (si lo es) porque su contenido sea antijurídico y una norma jurídica no deja de ser norma jurídica (si lo es) porque su contenido sea inmoral.

Me gusta explicar lo anteriormente expuesto con una comparación que me parece bien ilustrativa. Por mucho que tanta gente comparta el ideal de que amor y sexo deban darse

juntos para que nuestra vida alcance en esos aspectos su plenitud, no dejamos de reconocer como sexo el sexo sin amor y como amor el amor sin sexo, de idéntico modo que reconocemos como contenidos morales los que no están juridificados o que incluso son contrarios a las normas jurídicas y reconocemos como contenidos jurídicos los de las normas del Derecho que se oponen a valores morales. Así, si la esclavitud es injusta, sigue siendo injusta aunque una ley la permita, y si la ley, norma jurídica, la permite válidamente dentro del sistema en cuestión (por ejemplo, en el Derecho romano), la esclavitud sigue siendo una institución jurídica o práctica jurídicamente lícita, aunque sea inmoral.

Tal tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral es negada por todas las teorías jurídicas de corte antipositivista o iusmoralista. Por tanto, para las teorías iusmoralistas del Derecho no hay separación conceptual, sino unión conceptual o vinculación conceptual entre Derecho y moral. Una norma jurídica de contenido inmoral (o que supere cierto umbral de inmoralidad o injusticia) podrá aparecer como formalmente válida dentro del sistema jurídico respectivo y hasta ser efectiva e imponerse plenamente en esa sociedad, pero no será, para el iusmoralismo, verdadera norma de Derecho, sino otra cosa; algo así como puro dominio fáctico, poder sin respaldo jurídico, pretexto para el uso ajurídico de la coacción, etc. En consecuencia, parece que decir Derecho justo o decir Derecho no injusto (en el sentido de Derecho que no rebase un cierto umbral de injusticia) sería una especie de redundancia, dado que, para el iusmoralismo, si es Derecho es justo y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho.

Creo que podría afirmarse sin exageración que, si yo tomo los patrones de moralidad o justicia que personalmente asumo, que son básicamente los mismos que asumen mis congéneres en el momento actual y en esta cultura llamada occidental o liberal-occidental, y los aplico para calificar los sistemas (pretendidamente) jurídicos que formalmente existieron en el pasado o materialmente dominaron en el pasado o los que formalmente existen ahora o materialmente dominan ahora en otros lados, resulta que una grandísima parte de las normas de los «Derechos» de antaño y una enorme parte de los sistemas «jurídicos» actuales no constituirían verdadero Derecho, dada su evidente injusticia a tenor de los patrones de moralidad míos y de la cultura en la que vivo.

3.2. ¿ES INEVITABLE SER IUSMORALISTA EN TEORÍA JURÍDICA SI SE ES OBJETIVISTA EN ÉTICA?

Arribamos a la pregunta que aquí nos importa, la de cuáles son o pueden ser las relaciones entre objetivismo moral (realista o no realista), por un lado, y iuspositivismo o iusmoralismo, por otro. Téngase en cuenta que, una vez explicadas anteriormente las diferencias y relaciones entre realismo moral y objetivismo moral, en adelante me referiré únicamente al objetivismo moral.

Nada hay lógica o intelectualmente incompatible entre el iuspositivismo, entendido como teoría sobre lo que el Derecho es, y el objetivismo moral, entendido como teoría sobre los contenidos correctos de los juicios morales o, si se quiere precisar más, como teoría sobre los contenidos correctos de los juicios morales sobre (los contenidos de) las normas

jurídicas¹⁴. Ni un iuspositivista está intelectualmente compelido o lógicamente forzado a no ser objetivista moral ni un objetivista moral está compelido o forzado a ser iusmoralista. No hay, pues, una correlación necesaria entre iuspositivismo y antiobjetivismo moral, por un lado, y entre objetivismo moral y iusmoralismo, por otro.

Supongamos que yo soy un objetivista moral (realista moral o constructivista, *v.gr.*) y que estoy firmemente convencido de que un enunciado moral como «la esclavitud de seres humanos es (muy) injusta» es plenamente verdadero u objetivamente correcto inductivamente. Me presentan una norma formalmente válida y efectivamente vigente en el Derecho romano del siglo I d. C. o en un Estado actual, norma que permite la esclavitud, y surge la cuestión: ¿soy incongruente, incoherente con mi objetivismo moral, si afirmo que aquella norma de hace dos mil años o esta norma actual, ambas permisivas de la esclavitud humana en algún supuesto, no son auténticas normas jurídicas por su carácter injusto o injustísimo? ¿Alguien podría con razón afirmar que, puesto que soy un objetivista moral, y dado que desde mi objetivismo considero que es totalmente verdadero el enunciado «la esclavitud humana es (muy) injusta», no puedo admitir que sean Derecho aquellas normas vigentes en aquellos sistemas jurídicos en cuestión y plenamente efectivas en las sociedades por esos sistemas jurídicos reguladas? O demos la vuelta al asunto e imaginemos que yo afirmo que la norma que permitía, en tal o cual sistema, la esclavitud o que la permite hoy¹⁵ es plenamente jurídica; ¿me incapacita semejante afirmación sobre la juridicidad de esa norma para proclamar que es una norma jurídica absolutamente injusta o, incluso, para definirme a mí mismo como objetivista moral y mantener que, en consecuencia, es objetivamente correcto mi juicio sobre la injusticia de la esclavitud? No, de ningún modo. Puedo ser un objetivista moral y defender que las numerosas normas machistas y discriminatorias para la mujer que contenía el Derecho de familia o el Derecho de obligaciones del franquismo eran normas jurídicas válidas y que, además, eran objetivamente injustas y lo eran de conformidad con patrones objetivos de justicia, con patrones no relativos. Asimismo, puedo defender que era objetiva la injusticia de la norma penal franquista que castigaba el adulterio femenino y nada más que el femenino, sin que ese carácter injusto sea óbice para afirmar que tal norma fue, en aquel sistema jurídico, plenamente válida y eficaz.

Nada hay en el objetivismo moral, como doctrina metaética, que fuerce al que a él se adscribe a dar el paso al iusmoralismo como doctrina metajurídica, si así puede decirse. En modo alguno está arrastrado el objetivista moral a dar el salto y proclamar que no puede ser jurídica la norma de cuyo contenido pueda afirmarse con pretensión de objetividad que es inmoral o injusto. De idéntica forma, el iuspositivista no acepta que no pueda decirse que la norma jurídica N es objetivamente injusta; él, en virtud de la separación conceptual entre Derecho y moral, solo ha asumido que la validez jurídica de la norma es independiente de su validez moral (igual que la validez moral es independiente de la validez jurídica), pero no ha asimilado ni dado por sentado que no pueda sostenerse la objetiva inmoralidad o injusticia de la norma jurídicamente válida.

Mas hay un detalle absolutamente esencial y que no podemos perder de vista. *Si cargamos el propio concepto de Derecho de elementos morales, si entendemos que de la definición misma del Derecho forma parte que el Derecho es una herramienta para la consecución de la*

justicia o que tiene en su esencia misma la búsqueda de la justicia, entonces a través de esa misma definición determinamos dos cosas: que no se corresponda con la esencia de lo jurídico un Derecho al margen de la justicia y que esa justicia o moral constitutiva del Derecho no ha de poder ser cualquier moral coyuntural, ocasional o contingente, sino la moral objetivamente correcta.

De nuevo, una comparación con ánimo aclaratorio. ¿Forma parte la procreación de hijos de la esencia del matrimonio, de manera que no es verdadero y propio matrimonio aquel en el que los cónyuges, pudiendo reproducirse, excluyan la filiación? Si decimos, por ejemplo, que el matrimonio es la unión estable de dos personas basada en el sentimiento amoroso y cuyo fin es compartir la vida y tener hijos comunes, entonces es nuestra definición la que determina esa característica del matrimonio. Lo mismo ocurre cuando alguien define el Derecho como instrumento de la justicia. Si, en el caso del matrimonio, lo que se consigue es descalificar como auténticos matrimonios los que, siéndolo a efectos jurídicos y sociales, evitan tener hijos, en el caso del Derecho lo que se logra con definiciones así condicionadas o cargadas es descartar el carácter jurídico de una grandísima parte de las normas jurídicas y los sistemas jurídicos que en el mundo son y han sido.

Una analogía más. Suele clasificarse la cirugía en diversos tipos. Pero si alguien dijera que propiamente solo es cirugía la reparadora, aquella que arregla zonas del cuerpo dañadas o deformadas, tendríamos que asumir que no serían propiamente operaciones quirúrgicas algunas modalidades de cirugía que no curan un órgano, sino que lo amputan. Amputar una pierna gangrenada y que no tiene otro arreglo no sería cirugía, y no lo sería en virtud de esa definición y para quienes así definen, aunque todo el mundo vea cirugía también en operaciones tales, igual que todo el mundo ve Derecho en los sistemas jurídicos injustos y llama «Derecho» al Derecho nazi, al Derecho romano, al Derecho medieval o al Derecho de ciertos países actuales, como los de férrea confesionalidad islámica.

Lo que puede cambiar, si acaso, es la actitud psicológica del sujeto. Es fácil imaginar a un objetivista moral que, desde su seria y profunda convicción de que los juicios morales son objetivamente verdaderos o falsos u objetivamente correctos o incorrectos, se anime a pensar que cómo vamos admitir que puedan ser Derecho normas opuestas a la moral objetivamente correcta. Pero a lo mejor eso también tiene que ver con cuestiones tales como el temperamento o talante del respectivo objetivista o con la fuente en la que beba su objetivismo. Un iusnaturalista tomista es también un objetivista (objetivista realista), pero el trasfondo religioso de su objetivismo le impulsará a inadmitir que pueda haber verdadero Derecho que sea injusto en ese orden de la Creación, pues en ese orden quedó por Dios mismo establecido y grabado en la naturaleza del ser humano y de las sociedades lo que sea lo justo, lo que «naturalmente» y por sí sea Derecho, Derecho natural.

3.3. ¿ES POSIBLE SER IUSMORALISTA SIN SER OBJETIVISTA?

Lo que apenas cabe es que imaginemos a un iusmoralista no objetivista. Sería alguien que simultáneamente afirmaría, por un lado, que la norma formalmente jurídica que sea injusta no es verdaderamente jurídica y no obliga como tal norma jurídica, y, por otro

lado, que el contenido de lo justo o lo moral es relativo a personas, culturas o grupos y que, por tanto, los juicios morales no pueden tildarse de verdaderos o falsos o de objetivamente correctos o incorrectos. Pero en este punto debemos introducir algunos matices y diferenciaciones. Y para que se entiendan mejor tales matices, téngase en cuenta que negar la validez de una norma jurídica implica negarle obligatoriedad como Derecho, y que esto supone que no hay ninguna razón jurídica para que, como Derecho, la apliquen los jueces y demás funcionarios u operadores jurídicos. Si, por ejemplo, la norma penal N que castiga el delito D con la pena P no es válida por ser (muy) injusta, entonces los jueces penales no deben aplicarla para imponer P a la persona penalmente responsable que incurra en la conducta tipificada como D.

Un iusmoralista radicalmente relativista, que defiende que los juicios morales son relativos a cada persona y plenamente dependientes de circunstancias individuales (biografía, ideología, talante, intereses...), sin que exista ningún patrón con el que juzgar la mayor corrección de unos juicios u otros, es poco menos que inconcebible. O se trataría de un anarquista radical que vendría a indicar que para cada uno (y, por ejemplo, también para cada juez) solo son jurídicas las normas que él personalmente valora como no injustas. Habría, pues, sobre el papel, tantos posibles sistemas jurídicos como personas, pues del conjunto de todas las normas formalmente jurídicas dentro de un sistema jurídico cada individuo descartaría como no propiamente válidas aquellas que chocaran con sus personales convicciones sobre lo justo.

Algunos de los más afamados o importantes iuspositivistas del siglo XX han sido fuertemente relativistas en el plano de la ética, como es el caso de Kelsen¹⁶. Desde ese relativismo radical, no podían ser sino positivistas de un tipo u otro (positivismo normativista, positivismo empirista...), pero no iusmoralistas. Seguramente, esa es la razón por la que muy a menudo se ha considerado, en un salto erróneo, que no cabe ser objetivista moral y iuspositivista; pero eso no es cierto, lo que es poco menos que inimaginable es ser iusmoralista y relativista moral radical.

¿Puede haber iusmoralistas que sean relativistas culturales? Sí. El iusmoralista pone la compatibilidad con la moral como condición de la validez de las normas jurídicas, pero esa moral puede ser una moral no universalista. Así, muchos de los que en filosofía política se asumen como comunitaristas serían relativistas éticos. El comunitarista afirma que las pautas de lo moralmente bueno o lo justo no son ni individuales ni universales, sino relativas a cada comunidad cultural densa. El contenido de los valores morales viene dado por la configuración de cada cultura en cada época, por lo que los juicios morales de un sujeto serán correctos o incorrectos no por contraste con los contenidos universales de los valores morales, sino por contraste con los contenidos de esos valores en la respectiva cultura de ese sujeto. Así, mi juicio de que la esclavitud humana es injusta es correcto bajo el prisma de la cultura liberal-occidental en la que yo vivo y en la que he sido socializado, pero no lo sería ni para la cultura de la Roma clásica ni para la de la Europa medieval, etc. Y lo mismo ocurre, por poner otro ejemplo, con mi juicio de que es injusto que la mujer tenga menos derechos y menos poder que el hombre, juicio que sería correcto de acuerdo con los parámetros de mi cultura, pero no según los parámetros de una cultura islámica de hoy mismo.

Ese iusmoralista comunitarista y relativista cultural podría mantener que no es auténtica norma jurídica válida la que se oponga a los valores morales básicos de la respectiva cultura. Así, no sería norma jurídica válida la que aquí y ahora discrimine a la mujer frente al hombre ni, quizá, la que en un país de cultura islámica reconozca iguales derechos a mujeres y hombres. En cualquier caso, el supuesto común y esperable es el de iusmoralistas que sean objetivistas y universalistas, realistas o no. Esto es, que consideren que: *i)* hay, al menos en cada momento y circunstancia, juicios morales objetivamente correctos y objetivamente falsos, que es cognoscible lo verdadero y lo falso de los juicios morales y que lo es con arreglo a parámetros no dependientes de circunstancias individuales o de patrones culturales específicos¹⁷, y que *ii)* no es jurídica la norma formalmente perteneciente a un sistema jurídico o efectiva en él —o desde él— que sea contraria a esa moral objetivamente correcta y de valor o alcance universal. Para tal iusmoralismo, que es el dominante, el contenido de los valores morales es objetivo y es universal, independientemente de que tal contenido se vaya precisando y actualizando caso a caso y en función de las combinaciones de circunstancias en cada caso.

3.4. ¿TIENEN MORAL LOS NO OBJETIVISTAS?

¿Y qué sucede con las creencias morales del no objetivista moral? Un no objetivista no es alguien que carezca de creencias morales o que se proponga no tenerlas, dejarlas en suspenso o vivir y juzgar al margen de ellas. Apenas es posible imaginar a una persona adulta y mentalmente capaz que no tenga creencias sobre lo bueno y lo malo, sobre lo justo y lo injusto. El no objetivista es aquel que piensa que sus creencias morales o las de los demás pueden estar avaladas por razones más o menos serias, más o menos compartibles, más o menos acordes con el pensar general o más originales o peculiares, más afines a las tradiciones o más alejadas de ellas, etc., pero que no pretende para las creencias morales corrección objetiva o verdad plena. Cuando el no objetivista moral dice «la esclavitud humana es injusta» puede estar radicalmente convencido de que tal juicio suyo (o este enunciado en que se refleja) es correcto, pero entiende que no puede demostrarse de ningún modo que sea objetivamente correcto, como sí puede demostrarse que es objetivamente correcto el enunciado empírico «la luna es el único satélite natural de la tierra».

Hagamos unas comparaciones al respecto buscando una mayor claridad. Yo estoy firmemente convencido de que mi pareja es la mejor pareja del mundo y que sus virtudes o cualidades son las mejores que pueden adornar a una persona y, además, las que la hacen una pareja perfecta para cualquiera. Y puedo dar mil y una razones a favor de esa valoración mía de mi pareja, de tal creencia mía sobre ella. Ahora bien, eso no significa que yo crea —o tenga que creer que puedo demostrarle a cualquiera— que objetivamente mi pareja es la mejor pareja. Si fuera un objetivista amoroso (valga la analogía), pensaría que sí, que objetivamente es correcto o incorrecto, verdadero o falso mi enunciado «P, mi pareja, es la mejor pareja del mundo». Pero si no soy objetivista amoroso y un colega me insiste en que la mejor pareja del mundo no es P, la mía, sino M, la suya, admitiré que cada cual tendrá

sus muy buenas razones, pero que no hay manera de demostrar objetivamente cuál de los dos tiene razón.

Imaginemos que yo no soy un objetivista moral, bien porque no soy realista moral, bien porque no me resultan convincentes los métodos del constructivismo moral en ninguna de sus variantes, y creo que son meros expedientes mediante los cuales cada uno trata de presentar ciertas creencias suyas como aquellas que aceptaría todo ser humano razonable y no sometido a sesgos u obnubilaciones. E imaginemos que es firme mi personal convicción de que es muy injusto el Estado en el que vivo y que su ordenamiento jurídico está lleno de normas inicuas. ¿Serían más débiles mis razones, en cuanto impulsos para mi acción de oposición a sus normas y hasta de lucha para que esas normas sean desobedecidas y no sean eficaces, que las razones coincidentes de un objetivista moral? Creo que no. Porque en tal caso tendríamos que admitir que, en cuanto razones morales, serían más fuertes que las mías las de un objetivista moral que defendiera tales normas de ese Estado. Por esa regla de tres, deberíamos atribuir mayor firmeza o cualidad moral a las razones de los iusnaturalistas de todo pelaje que una y mil veces han propugnado la suprema y objetiva justicia de las normas de tantas dictaduras, como la franquista, la de la Argentina de Videla o la del Chile de Pinochet, por poner solo unos pocos ejemplos.

Recurriendo de nuevo a la analogía anterior, es como si se afirmara que es más débil mi amor a mi pareja si no soy un objetivista amoroso y no pienso que sea demostrable que mi pareja sea la mejor del mundo y que son superiores las razones amorosas de mi colega, objetivista amoroso, que sí cree que es objetivamente demostrable que su pareja (¡o la mía!) es la mejor del mundo.

4. ELEMENTOS PARA EL DEBATE CON EL IUSMORALISMO OBJETIVISTA DE MANUEL ATIENZA

Tomaré como base para la discusión que planteo en los siguientes apartados el trabajo de mi amigo Manuel Atienza titulado «Objetivismo moral y Derecho»¹⁸, sin perjuicio de otras posibles referencias.

4.1. EL OBJETIVISMO MÍNIMO DE ATIENZA. UN EJEMPLO CON ALGUNAS IMPLICACIONES

Lo primero que Atienza aclara es que el objetivismo que él defiende es un «[...] objetivismo ético de carácter mínimo que no implica el realismo moral, o sea, no postula la existencia de entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico» (13). Atienza ejemplifica los planteamientos de ese objetivismo del siguiente modo: «Cuando defiendo, por ejemplo, el carácter laico del Estado no estoy sencillamente mostrando una preferencia personal o una preferencia compartida por un determinado grupo

social, sino lo que pretendo decir es que eso es lo correcto, que a favor del Estado laico cabe esgrimir razones que cualquiera (cualquier persona razonable) tendría que aceptar».

Es muy de agradecer que Atienza no se haya procurado un ejemplo más cómodo —es decir, más fácil— para generar un acuerdo muy amplio. Puesto que está hablando de objetivismo ético —y tal es el que él propugna—, debemos entender su defensa del Estado laico frente al Estado confesional en el sentido de que el Estado laico es, en esa contraposición, el Estado objetivamente justo, mientras que el Estado confesional es el Estado objetivamente injusto. Eso, como mínimo, hará que, para Atienza, deba reputarse verdadero u objetivamente correcto el enunciado «el Estado laico es más justo que el Estado confesional». Dicho sea de paso, a mí también me parece que el Estado laico es más justo que el Estado confesional¹⁹. Atienza tiene claro que es objetiva la incorrección en que incurre el Estado confesional: «[...] la estricta neutralidad en materia religiosa es para mí un valor político-moral y por eso el Estado actúa incorrectamente cuando introduce alguna diferenciación de trato vinculado con las creencias (o la falta de creencias) religiosas de la gente» (13). No trata Atienza meramente de formular un juicio personal, una creencia o convicción suya, sino algo más: un juicio objetivamente acreditable como correcto, lo que viene a significar, en sus propias palabras, que «[...] cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con nosotros al pensar así, aunque de hecho no todas lo estén» (14).

Ahí vemos asomar uno de los problemas del constructivismo ético al que Atienza se adscribe, si no entiendo mal, que será analizado más adelante. Hay personas que, como él o como yo²⁰, nos consideramos razonables y pensamos que es más justo un Estado laico que uno confesional que dé trato preferente a los fieles de alguna religión o castigue o discrimine a los de otras o a los que no se afilien a ninguna. Y hay otras personas, en el mundo o en nuestro propio país, que no lo consideran así y que opinan que el Estado laico no es más justo que cualquier modelo posible de Estado confesional. Incluso entre nuestros colegas iusfilósofos los hay de esos y, para colmo, creo que se consideran a sí mismos, ellos también, objetivistas morales. Mi pregunta sería: ¿descartamos que esos conciudadanos sean personas razonables? Atienza ha dicho que, desde su objetivismo (aunque sea un objetivismo «débil»), se entiende que «cualquier persona razonable» tendría que estar de acuerdo con nosotros sobre cosas tales como la superioridad objetiva, desde el punto de vista de la justicia, del Estado laico sobre el confesional. Si decimos que los que discrepan de nosotros no son personas razonables, podría pensarse que los tildamos de una manera discutible y de una forma que, además, no sé si resulta muy acorde con la libertad religiosa e ideológica que la Constitución proclama, aun cuando quizá este es un argumento jurídico-positivo y no puramente moral.

Además, una parte considerable de los Estados que hoy en día existen en el mundo no son Estados laicos y, por tanto, sus sistemas jurídicos contienen normas que restringen la libertad religiosa, favorecen a los fieles o instituciones de una determinada confesión religiosa y que aun castigan a quienes no profesan esa religión oficial o, de algún modo, obran contra sus preceptos y dogmas. Como Atienza no solamente es un objetivista moral, según su propia explicación, sino que además se opone con fuerza al iuspositivismo y a la separación conceptual entre Derecho y moral, habremos de concluir, creo, que él considera que

las normas de esos Estados que consagran y desarrollan esos aspectos de la confesionalidad no son auténticas normas jurídicas o lo son de un modo constitutivamente imperfecto.

4.2. PRETENDER ES TENER; O DE CÓMO EL QUE LA SIGUE LA CONSIGUE

Manuel Atienza emplea un argumento nada infrecuente entre iusmoralistas, a saber, que sin el objetivismo moral son «difícilmente comprensibles» algunos aspectos de la práctica jurídica (14). Y explica el argumento de un modo que alberga fuertes resonancias dworkinianas: «Por ejemplo, un juez no estaría motivando propiamente su decisión si después de dar las razones por las cuales considera probado que han sucedido ciertos hechos y las razones que le llevan a interpretar de cierta manera las normas jurídicas que considera se aplican al caso, razones que presenta para condenar a X a la pena P o para resolver que no es Y, sino Z el propietario del bien en litigio B, añadiera a ello que su decisión no pretende ser la decisión correcta sino, simplemente, una a favor de la cual se pueden dar razones que a él le parecen aceptables (y que también —imaginemos— le parecieron aceptables a la mayoría del tribunal)» (15).

Según ese modo de pensar, si una persona religiosa que habla de su credo con gran fe y convicción o un teólogo que glosa los textos sagrados de una confesión pretenden con gran seriedad que su dios existe, su dios existe objetivamente; y si alguien justifica con gran firmeza, convicción y esmero que él realmente vio una nave interestelar llena de alienígenas, tenemos en eso una prueba o un fuerte indicio de que los alienígenas deben existir «objetivamente». Y si ese creyente religioso, ese teólogo o ese sujeto convencido de que hay marcianos dijera que las razones que aporta y que basan su convicción son razones no suficientemente demostrativas y que simplemente son las que a él le parecen aceptables, estarían incurriendo en algo parecido a una contradicción performativa o, al menos, no estarían fundamentando con propiedad sus asertos. Si un anacoreta anuncia que se va a meditar a una cueva del desierto porque ha percibido claramente una llamada de Dios que le incita a ello, ese anacoreta motiva bien su decisión, pero si dice que simplemente cree que Dios le ha llamado a hacer eso o si muestra algún tipo de duda sobre si esa estancia en las grutas será la mejor opción, es un anacoreta que motiva fatal sus decisiones vitales.

¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme? ¿Desde cuándo las pretensiones son constitutivas de la realidad de lo pretendido? ¿Acaso que yo pretenda con radical seriedad que P es el amor de mi vida es la prueba de que existe objetivamente el amor de la vida de cada uno y de que P es el mío? ¿Que los jueces motiven sus decisiones con la pretensión de que sean objetivamente correctas es una demostración de que existe para cada caso la decisión objetivamente correcta o la única decisión correcta? ¿Que yo pretenda que P es objetivamente la mejor pareja que yo pueda tener es prueba de que existe objetivamente en algún apartado del orden del ser o del orden de la Creación la pareja perfecta para cada cual o la pareja perfecta para mí? Y si digo que creo que tengo razones aceptables, aunque quizá falibles por causas que ignoro, que hacen que P sea mi mejor pareja, ¿no estoy dando razones válidas para emparejarme con P o casarme con ella? ¿De verdad no se puede ser congruentemente juez sin ser objetivista moral y no se puede

sentenciar sin que, en cada caso, el juez esté convencido de que su decisión es la única objetivamente correcta y por razones no meramente aceptables? ¿Tan engreídos queremos a nuestros jueces para que el Derecho cumpla la sagrada misión que le asignan los iusmoralistas que lo elevan a vía sacramental hacia lo justo?

4.3. TODOS ESTAMOS MORALMENTE OBLIGADOS A APLICAR LAS NORMAS MORALES Y LOS JUECES ESTÁN JURÍDICAMENTE OBLIGADOS A APLICAR LAS NORMAS JURÍDICAS

Y a ese argumento sigue, en Atienza, otro argumento que en el iusmoralismo suele ligarse al anterior: que la obligación que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas es una obligación moral. Atienza lo expresa de la siguiente manera: «En cualquier justificación judicial (incluso cuando se trata de casos que no involucran el manejo de términos con connotación moral) hay que presuponer, al menos, una premisa (implícita) de carácter moral que enuncia la obligación para el juez de aplicar ciertas normas, las de su sistema. Esa obligación no puede tener carácter jurídico, pues, aunque el propio sistema jurídico establezca la obligación para los jueces de aplicar el Derecho, siempre será posible seguir preguntándoles por qué aceptan esa obligación, y la respuesta, en último término, no puede basarse más que en razones morales. De manera que un juez que comprende realmente en qué consiste justificar —motivar— sus decisiones y que asume esa obligación erigiría también, al menos en muchas ocasiones, la pretensión de que su decisión es moralmente correcta: objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho, y también con la moral que justifica aplicar ese Derecho» (15). Un párrafo así requiere un desmenuzamiento cuidadoso. Analicémoslo.

Nos dice Manuel Atienza que en toda justificación judicial hay que presuponer una premisa de carácter moral que enuncia la obligación para ese juez de aplicar las normas del sistema jurídico, pero que esa obligación «no puede tener carácter jurídico», aun cuando haya también en el sistema jurídico una obligación con el mismo contenido. Y esto es así porque, si preguntamos por qué los jueces aceptan esa obligación jurídica, la respuesta no puede basarse más que en razones morales. No lo entiendo, y trataré de explicar por qué no lo entiendo.

Todo sistema jurídico contiene normas que declaran que, a tenor de dicho sistema y, por tanto, desde el punto de vista jurídico específico que es propio del mismo, los jueces o determinados funcionarios están obligados en ciertas ocasiones a aplicar las normas de dicho sistema y no otras normas —por ejemplo, las de otros sistemas—. Así, según el sistema jurídico español vigente, los jueces españoles tienen que decidir la mayoría de los pleitos que juzgan aplicando normas del Derecho español y no, por ejemplo, normas del Derecho ruso o normas de un club de amigos o normas de la moral budista. Como cualesquiera otros destinatarios de normas jurídicas que estipulan obligaciones, los jueces pueden decidir acatar o no acatar esas normas jurídicas que están jurídicamente obligados a aplicar en virtud de ciertas reglas del sistema jurídico respectivo. Las razones que cada juez pueda tener para acatarlas pueden ser muy diversas —por ejemplo, desde la convicción moral de

que será mejor y más justa la sociedad en la que el juez aplique las normas jurídicas o de que son justas las normas jurídicas de ese sistema jurídico en el que él ejerce su profesión de juez hasta razones de conveniencia personal, temor, cálculo económico, etc.—. Un juez que, supongamos, aplique en sus fallos las normas jurídicas en lugar de violentarlas y lo haga porque teme ser condenado por prevaricación, sancionado disciplinariamente o perjudicado en su ambición de ascender a puestos más altos en la escala judicial no está determinado por razones morales, salvo que llamemos morales a razones de cualquier tipo y digamos, por ejemplo, que son razones morales las que impulsan a quien iba a atracar un banco pero se abstiene de hacerlo por miedo a que el personal de seguridad le pegue un tiro. Que prácticamente todas las razones relacionadas con la acción puedan ser susceptibles de calificación moral no convierte a todas esas razones en razones morales.

También puede un juez decidir que no aplica las normas del sistema jurídico que, según ese mismo sistema, está obligado aplicar, y tal decisión puede deberse a razones morales — por ejemplo, que estima que esas normas que debe aplicar son injustas o que lo es el sistema entero—, pero también a razones de otra clase; por ejemplo, el deseo de congraciarse con algunos grupos sociales y de recibir beneficios o favores de ellos.

En suma, contra lo que Atienza sostiene, no veo a qué viene su afirmación de que la razón que hace al juez aceptar la obligación de aplicar las normas jurídicas es una razón moral. Será una razón moral cuando lo sea y no será moral esa razón cuando no lo sea. Exactamente igual que podrá ser una razón moral o una razón no moral la que mueva al juez a inaplicar esas normas. Pero, además, aunque fuera verdad que los jueces aplican las normas jurídicas por razones morales, tal cosa no daría la razón al iusmoralismo al tratar de rebatir la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y, menos todavía, sería un argumento a favor del objetivismo moral que proclaman iusmoralistas como Atienza. Muchos de los comportamientos económicos de las personas están movidos por razones morales, pero eso ni es base ninguna para afirmar que la moral es un componente objetivo de la economía y que toda «ley» económica debe ser pasada por el filtro de la moral para ser una verdadera «ley» económica ni, menos todavía, es un argumento en favor del objetivismo moral. Y permítaseme otra comparación más chusca, pero creo que bastante gráfica: si usted hace el amor con José o Josefa por razones morales (porque lo/la aprecia y quiere darle esa alegría, porque sabe que eso aumentará la autoestima de él o ella, que anda triste...) o si se abstiene de esa práctica sexual por razones morales (por ejemplo, porque siente que con eso puede dañar en algo a José o Josefa o porque teme que su acción sea por él o ella sentida como un abuso...), ¿habrá usted de pensar que la moral es parte constitutiva y definitoria de toda práctica sexual que propiamente lo sea y, de propina, tendrá que hallar en tan sorprendente descubrimiento un dato a favor del objetivismo moral como componente necesario de la ciencia sexológica?

Suena extraño que Atienza afirme que la obligación que el sistema jurídico establece para que los jueces de ese sistema apliquen sus normas «no puede tener carácter jurídico», ya que «[...] siempre será posible seguir preguntándose por qué los jueces aceptan esa obligación». Sencillamente, no entiendo qué tiene que ver el carácter o la calificación de una obligación con las razones de sus destinatarios para aceptarla. La obligación jurídica que

tiene el árbitro de fútbol de aplicar el reglamento en los partidos es una obligación jurídica, al margen de cuáles sean las razones de ese árbitro para ser árbitro o para asumir que debe arbitrar conforme a lo que establezca el reglamento. Y aunque muchos árbitros dijeran que son razones morales relacionadas con la justicia de los resultados futbolísticos las que los mueven a arbitrar según las normas del reglamento, eso no cambia en lo más mínimo la naturaleza de las normas del reglamento, su naturaleza jurídica, si es jurídica. Las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. Que algún sicario pueda encontrar alguna vez razones morales para cumplir las normas de su grupo mafioso no altera la naturaleza mafiosa de esas normas, no las moraliza.

Y una última cuestión sobre el párrafo que estamos examinando. Se nos dice que un juez que entienda qué es realmente justificar o motivar sus decisiones asumirá la pretensión de que su decisión sea objetivamente correcta de acuerdo con el Derecho y de acuerdo con la moral «que justifica aplicar ese Derecho». Pues bien, en mi opinión eso no será lo que tenga que asumir un juez por ser juez, sino lo que tendría que asumir Atienza si fuera juez, dado que para él toda verdadera justificación jurídica es una justificación en última instancia moral. Pero Atienza no lo asume —o no lo asumiría— porque sea una especie de presupuesto cuasitrascendental de toda justificación jurídica, sino porque él ya ha puesto por delante que no hay verdadera justificación jurídica sin justificación moral²¹. Una vez que ha metido la moral en todos los apartados de la definición de lo jurídico, cuando ve moral en todos los elementos de la teoría y la práctica de lo jurídico, Atienza no hace más que extraer lo que antes ha introducido; igual que el mago que saca el conejo de la chistera. Ambos, Atienza y el mago, insisten en que el conejo estaba allí desde siempre o en que llegó por sus propios medios, pero sabemos que no; sabemos que ni la chistera es la casa del conejo ni la moral verdadera vive en el auténtico Derecho.

Atienza no es iusnaturalista, pero, como los iusnaturalistas de toda la vida, primero cuela por la ventana lo que después saca tranquilamente por el portón del Derecho: la conclusión de que no hay más Derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera, moral verdadera que, casualmente, nunca es otra moral o la moral de los otros. Porque, como el propio Atienza nos recuerda al comparar su metaética con la de Paolo Comanducci, lo propio del objetivista moral es creer que sus razones morales son las razones objetivamente correctas. Por eso, cuando el objetivista moral se hace iusmoralista ya sabemos a qué moral se va a parecer el verdadero Derecho: a la moral del objetivista moral de que se trate, con el sorprendente efecto de que discrepan grandemente los objetivistas morales al señalar cuál es la moral correcta y cuál es, por tanto, el Derecho auténtico.

4.4. MANERAS DE DARSE LA RAZÓN A UNO MISMO

Atienza no se adscribe al realismo moral²², sino al constructivismo ético al estilo de Alexy o Nino. Acoge la idea de Alexy según la cual el enunciado «x debe ser realizado» «es verdadero si eso es a lo que se llegaría en un discurso racional» (23) en el que se respetasen las reglas de la argumentación racional sintetizadas por el propio Alexy²³ Atienza lo resu-

me de este modo: «Los criterios que puede ofrecer el objetivista moral a favor de que un determinado juicio moral (normativo o de valor) es objetivo son los que proporcionaría una argumentación racional sobre el tema; lo que respalda una pretensión de corrección es que eso es lo que aceptarían todas las personas razonables. Esa, como se sabe, es la base de todos los constructivismos de inspiración kantiana: lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, como fruto de una discusión en la que se respetaran determinadas condiciones que, según cada autor (por ejemplo, Rawls o Habermas), pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad» (33).

En suma, un juicio moral verdadero es aquel que toda y cualquier persona aceptaría si se cumpliesen las condiciones ideales de la reflexión racional. Yo puedo plantearme la duda de si es verdadero u objetivamente correcto el juicio « x es justo» o si lo es el juicio « x es injusto»; encuentro razones a favor de lo uno y de lo otro y me muevo en la duda. Yo, en mis circunstancias de todo tipo, seguramente no soy capaz de elevarme o abstraerme suficientemente para que el fruto de mi reflexión pueda verse como resultado de un pensamiento radicalmente imparcial y para nada sesgado ni condicionado por intereses o peculiaridades mías. Cierto que puedo asumir que si, en lugar de ser yo y ser aquí y así, fuéramos un grupo de seres bien maduros y racionales, nos reuniéramos con tiempo ilimitado para intercambiar puntos de vista y razones y nuestro diálogo estuviera regido por reglas que asegurasen que nadie engaña ni manipula ni coacciona a ningún otro y que nada se decide sobre cuál de los dos enunciados que analizamos es el enunciado moral verdadero hasta que estemos de acuerdo todos y cada uno de nosotros, entonces ese, el así acordado, sería el enunciado moral verdadero.

Otra posibilidad sería que yo dudara si es objetivamente correcto o no el enunciado moral « x es justo» y que fuera yo un hombre de fe religiosa. Entonces, quizá me preguntaría no qué me parece lo correcto a mí, ser pecador y limitado, sino qué sería lo correcto según Dios. Así que me pongo a esperar que Dios me hable y me resuelva con su suprema autoridad racional mi dilema moral. Si en verdad me habla, problema solucionado; al menos para mí, aunque la multitud de ateos siga mostrándose escéptica y reacia a aceptar mis divinas razones. Pero si no me habla, solamente me queda preguntarme qué decidiría Dios, Suprema Perfección, si Él fuera el que tuviera que decidir, y no yo, pobre humano manchado por el Pecado Original. Así que procuro hacer abstracción completa de todos esos pecados míos y de todas las limitaciones que oscurecen mi intelecto y acortan mi voluntad y me pregunto, haciendo un genuino esfuerzo, cuál sería el veredicto de Dios sobre si x es justo o no.

Francamente, y aunque suene escandaloso para según qué creyentes de según qué credos, es más común que el religioso acabe concluyendo que lo que Dios diría es diferente de lo que a él le parecería mejor que el hecho de que un constructivista ético concluya que el auditorio universal o la comunidad ideal de habla le quitan la razón a él. Como es uno mismo, con sus sesgos, intereses y prejuicios, el que se plantea qué es lo que consideraría moralmente correcto una ideal comunidad de dialogantes bajo condiciones procedimentales perfectas, es uno mismo también el que se contesta. Y se contesta que sí. Del mismo modo

que no conozco a ningún jurista que tuviera claras sus valoraciones en un caso y que las alterara después de ponderar aplicando los test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no me he topado con ningún constructivista ético al que el auditorio ideal le haya quitado la razón, uno que, al preguntarse qué decidirían cualesquiera sujetos racionales, concluya que decidirían algo distinto de lo que a él personalmente le parecía razonable ya antes de hacerles hipotéticamente la pregunta a esos argumentantes virtuales.

En esto, los constructivistas son como todos, pues a nadie le gusta concluir que es irracional ni reconocer que los racionales valorarían de modo completamente distinto que uno mismo. En otras palabras, más claras: cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir... lo mismo. Seguro que ahí está la explicación de que con tanta frecuencia veamos a cinco magistrados ponderar con el mismo método las mismas normas y los mismos hechos en un mismo caso y que terminen en votación de tres contra dos; o que entre iusfilósofos objetivistas morales de corte constructivista haya un acuerdo pleno sobre los fundamentos de la teoría y una discrepancia radical sobre lo que es justo o injusto y, en consecuencia, sobre qué normas del Derecho son plenamente jurídicas y cuáles no. Ahora mismo podría citar a algún estimado latinoamericano, colega de Atienza y mío, cuyo iusmoralismo es perfectamente acorde con el de Atienza y que cita también con fruición a Alexy o Nino, amén de a Aristóteles, pero que coincidiría bien poco con Atienza a la hora de señalar enunciados morales objetivamente correctos e incorrectos o de indicar qué normas son plenamente jurídicas y cuáles no llegan a tales por su carácter tan injusto.

4.5. DERECHO Y MEDICINA, LA COMPARACIÓN FAVORITA DE MANUEL ATIENZA

Atienza termina su artículo refiriéndose a la relación entre objetivismo moral y positivismo jurídico. Reconoce que «[...] el objetivismo moral no tendría, en principio, por qué ser incompatible con el positivismo jurídico» (36). Es una cuestión sobre la que ya me he pronunciado antes. Así que voy a ocuparme del último apartado del artículo de Atienza que sirve de base a este comentario porque hay en él otras cuestiones que también salen a relucir.

Atienza sostiene en esta obra y en muchos de sus escritos de los últimos tiempos que «[...] el Derecho es una práctica social que no puede entenderse separada de objetivos y de valores morales» (37). Esa es otra decisión definitoria de Atienza que condiciona su teoría del Derecho, que será, así y necesariamente, teoría de una práctica.

Si no tergiverso la tesis de Atienza —de ningún modo es mi intención hacerlo—, podremos concluir que el Derecho es lo mismo que la práctica jurídica²⁴, salvo que estemos dispuestos a afirmar cosas tales como que la práctica jurídica es la práctica de la práctica en que el Derecho consiste. En esa práctica que el Derecho es habrá instrumentos o herramientas tales como normas jurídicas, normas morales o moral-jurídicas (según el punto de vista iusmoralista), jurisprudencia, tesis científico-dogmáticas sobre tales o cuales normas e

instituciones, etc., pero nada de eso forma parte de la esencia de lo jurídico, esencia que estriba en que es una práctica particular. ¿Cuál? Si sumamos lo que en este artículo dice Atienza y lo que pormenorizadamente mantiene en otros importantes trabajos suyos, creo que podríamos afirmar que, para él, el Derecho es una práctica argumentativa que tiene como razón de ser la solución justa (o, al menos, no fuertemente injusta) de ciertos conflictos sociales. Como aquí afirma, «[...] hay un mínimo de satisfacción de los valores de la práctica requerido para poder decir que estamos en esa práctica» (37), y «[...] el Derecho es una práctica social que no puede entenderse separada de los objetivos y de valores morales» (37).

La comparación favorita de Atienza es el símil que él propone entre el Derecho y la medicina. Hay normas jurídicas que son deficientes para esa práctica, quizá moralmente deficientes y, por tanto, poco aptas para que en la práctica jurídica se satisfagan los valores morales que la guían, igual que hay medicamentos que no tienen los efectos curativos deseables, diagnósticos médicos no certeros o intervenciones quirúrgicas no acertadas. Pero eso es una cosa, y otra, para Atienza absurda, sería «[...] la construcción de un conocimiento médico que no asuma el valor de la salud» (39). La medicina es una práctica que se guía por el valor de la salud y otros asociados a ese valor principal, mientras que el Derecho sería una práctica que se guía por el valor de la justicia y otros a ella ligados. Llamar Derecho a un orden jurídico injusto sería un sinsentido similar a denominar medicina a un conocimiento médico no orientado a la mejora de la salud.

En efecto, si queremos comparar el Derecho, entendido como práctica social que busca la solución justa de conflictos, con la medicina, entendida como práctica social que busca la curación o el alivio de enfermedades, y lo queremos así porque hemos empezado por definir el Derecho como práctica social guiada por la justicia, pues santo y bueno, nada que objetar. Es como si yo insisto en la similitud entre una pantera y una planta carnívora porque son seres vivos que se procuran alimento por un impulso de supervivencia. Lo que hay de común en su práctica alimenticia me permite una feliz comparación y a punto estaré de definir a los seres vivos como prácticas alimenticias o como prácticas de supervivencia.

Pero las analogías entre las panteras y las plantas carnívoras o entre el Derecho y la medicina llegan hasta donde llegan y dan para lo que dan. Y de las analogías cada uno toma lo que quiere para sus juegos teóricos o invierte las analogías usadas por el rival teórico. Podríamos aquí decir, por ejemplo, que en las facultades de medicina se han estudiado miles y miles de diagnósticos erróneos y de tratamientos inútiles y que lo uno y lo otro pasó por ciencia médica en la teoría y se aplicó en la práctica médica, igual que en las facultades de Derecho del franquismo se estudiaba el Derecho de familia de la época y en los tribunales se aplicaban sus inicuas normas. Eso sí, ningún profesor de medicina ha dejado nunca de creer que lo que daba sentido a su ciencia y a la práctica médica era la búsqueda de la salud ni ha dejado ningún jurista de pensar que estaba en juego la justicia como faro y guía de lo jurídico. No se me ocurre apenas ningún jurista franquista que no hubiera suscrito la tesis de que el Derecho es, antes que nada, una *praxis* para la resolución justa de conflictos²⁵.

Claro que todos queremos que el Derecho dé buena salida a los conflictos sociales y que la medicina dé buena solución a las enfermedades de nuestros cuerpos. Pero no por eso deja de ser Derecho el Derecho injusto ni deja de ser medicina la medicina errada. Los

errores de la práctica también son parte de la misma práctica. La mecánica de automóviles, en cuanto práctica, se ejerce tanto cuando el operario consigue arreglar el coche de turno como cuando fracasa o causa una avería mayor. Y eso no cambia por mucho que píamente insistamos en que la práctica mecánica adquiere su sentido bajo la guía del valor reparación o del valor buen funcionamiento.

Más allá de esas consideraciones algo frívolas, hay diferencias no desdeñables entre el Derecho y la medicina. Comparar la práctica de la medicina y la del Derecho porque ambas tienen un propósito que las guía, la sanación en la medicina y la justicia en el Derecho, viene a ser como comparar el fútbol y la guerra porque en ambos se busca la victoria; o como equiparar el comer y el defenderse frente a un agresor que quiere matarnos porque en ambas cosas hay un fin último que tiene que ver con la conservación de la vida y, precisamente, sobre la base del valor de la vida; o, por trazar una analogía más, de las mil posibles: es como si comparamos la práctica de la medicina y la de la religión porque la primera busca la sanación del cuerpo, atribuyendo valor a la salud, y la segunda pretende la salud del alma, atribuyendo valor a la santidad. Y, para culminar, concluimos que ahí está la prueba de que Dios existe.

A mi modo de ver, hay una diferencia capital entre la práctica de la medicina y la práctica del Derecho en las sociedades actuales organizadas como Estados constitucionales, democráticos y sociales de Derecho. En la medicina rige en cada tiempo un concepto unívoco o casi unívoco de la salud y de la enfermedad, de modo que se trata de buscar los medios (tratamientos, medicamentos, cirugías...) apropiados para curar la enfermedad de que se trate. Nadie duda de que quien tiene un cáncer de pulmón está enfermo o de que lo está el que padece tuberculosis o malaria y de que el objetivo del médico solo puede ser dar con el tratamiento o la cura que permita al paciente reponerse de ese mal y recuperar la salud. Creo que a nadie en sus cabales se le ocurriría someter a votación entre todos los mayores de edad de un país si el cáncer de pulmón merece o no ser considerado como una enfermedad susceptible de tratamiento médico y, si la respuesta fuera positiva, proponer que se votara también sobre cuál es el mejor medicamento que debería administrarse a los pacientes.

En cambio, en el Derecho las cosas son muy distintas. Ciertamente, podemos, bajo una óptica funcional, explicar que la función o la razón de ser del Derecho y de otros sistemas normativos —como la moral o los usos sociales— es conseguir el mejor orden social posible en cada momento. Y tampoco es inadecuada, sino meramente trivial, la afirmación de que quienes hacen el Derecho buscan que el orden social que así se garantiza sea el más justo posible, el más tolerable y menos dañino para los integrantes de la sociedad de que se trate.

La diferencia clave con la medicina radica en otros importantísimos elementos. Para empezar, en que, así como en cada momento histórico rige un acuerdo muy general entre los médicos y en los grupos sobre qué es y qué no es enfermedad, en las sociedades contemporáneas occidentales, en nuestros Estados democráticos de Derecho, no hay tales acuerdos poco menos que indiscutibles sobre los «males sociales», sino precisamente desacuerdos tenidos por legítimos y cuya resolución, siempre provisional y revisable, se deja a la decisión mayoritaria de los ciudadanos. Nadie que no esté mal de la cabeza, y menos un médico, pondrá en duda que un cáncer de pulmón o la malaria son enfermedades, pero no

existe tal consenso de base sobre si el aborto voluntario es moralmente un crimen repugnante en todo caso o si en algunos supuestos o dentro de determinado plazo no tiene tacha moral alguna; o sobre si la maternidad subrogada merece una condena moral por atentar contra la dignidad de la gestante y se hace, por ello, moralmente merecedora de una prohibición jurídica, o si, por el contrario, es una actividad que ni adolece de inmoralidad en todos o algunos casos ni merece en justicia ser prohibida por la ley. Y así podríamos seguir hasta el infinito.

Lo que en la medicina son acuerdos constitutivos, en el Derecho son desacuerdos básicos que dan su sentido a lo jurídico bajo un esquema de legitimación democrática. El médico debe, desde el punto de vista de su ciencia, amputar la pierna gangrenada, aun cuando la mayoría de la sociedad creyera que al cortar una pierna se cercena una parte del alma del paciente y se lo condena así a las tinieblas para toda la eternidad. Ningún médico pensará que lo que con arreglo al saber médico convenga depende del voto o del sentir del paciente o de la mayoría social²⁶. Al médico compete dictaminar, según su ciencia y según el estado de la ciencia, si la pierna está gangrenada y si su amputación es o no necesaria para salvar la vida de ese paciente, y no es imaginable que acuda a votaciones populares o encuestas de opinión pública para determinar lo uno o lo otro. Y más aún, un médico que pensara que bien le está al paciente morir por la gangrena, pues se la mandó Dios como castigo por sus malas acciones, o que creyera que el alma está en las piernas y que más vale salvar el alma que el cuerpo y que, por ello, es mejor no operar, no cumpliría en verdad como médico si no diagnosticara y operara según la ciencia, sino de acuerdo con su conciencia moral.

¿Y el juez? El juez no es quién para diagnosticar los padecimientos o las necesidades sociales. El juez no es un científico de la sociedad, como el médico lo es de los cuerpos humanos o el veterinario²⁷ lo es de los cuerpos animales. El juez no es un sujeto social e institucionalmente encargado de diagnosticar los padecimientos del grupo social y de decidir según su ciencia los tratamientos pertinentes. Ese es el legislador, quien, en democracia, tampoco se legitima por sus conocimientos científico-sociales o político-sociales, sino por estar respaldado por el voto de la mayoría de los electores.

¿Es bueno o malo que los ciudadanos fumen tabaco dentro de los bares, que puedan beber libremente alcohol o fumar hachís o administrarse unas dosis de cocaína? ¿Es bueno o malo que las mujeres puedan abortar con libertad dentro de los dos o tres primeros meses de su embarazo? ¿Es bueno o malo que los sujetos puedan decir públicamente ciertas frases que expresan aversión a determinados grupos rivales? ¿Es bueno o malo que la herencia se grave con impuestos, sean altos o bajos? ¿Es mejor que los casados puedan divorciarse cuando quieran y sin necesidad de explicarle nada al juez o que solo quepa el divorcio cuando concurre alguna causa legalmente tasada y según cálculos de conveniencia para la estabilidad de las relaciones familiares? ¿Es positivo que los hijos menores de parejas separadas o divorciadas vivan solamente con uno de los progenitores, o es preferible la llamada custodia compartida? ¿Conviene o no conviene que una persona pueda casarse a la vez con otras dos o más, en régimen de poligamia o poliandria, o es preferible que los matrimonios legalmente admitidos y con sus efectos correspondientes no sean más que de dos personas? ¿Son los dieciocho años una buena edad mínima para votar en las elecciones políticas o es

mejor reducir o elevar esa edad? ¿En qué edad es conveniente situar la mayoría de edad penal? En una ciudad en la que faltan hospitales y escuelas, ¿qué construimos antes y con qué prioridad, dada la escasez de los recursos: un hospital o una escuela? ¿La velocidad máxima para la circulación de vehículos en las autopistas y autovías está bien en 120 kilómetros por hora o es mejor subirla o bajarla? ¿Es deseable permitir jurídicamente la práctica de la prostitución femenina o masculina, regulándola, o conviene más prohibirla o dejarla sin regulación específica?

Sobre cada una de esas cuestiones y muchísimas otras que podríamos mencionar hay opiniones discrepantes entre los ciudadanos y, por supuesto, también entre los jueces en tanto que ciudadanos. Los médicos no discrepan respecto de que el cáncer de pulmón sea una enfermedad, una grave enfermedad que pone en riesgo la vida del paciente, y los ciudadanos nada dicen ni tienen que decir al respecto. Pero los ciudadanos, y también los jueces, discrepan sobre si la prostitución de hombres o de mujeres es un mal social que amerita un tratamiento jurídico represivo o si es un tipo de relación interpersonal, tal vez un contrato de servicios, apto para una regulación no represiva, o si no es ni lo uno ni lo otro. Y discrepan sobre si se debe o no se debe prohibir cualquier comercio de hachís para el consumo libre de los ciudadanos, sobre si es o no justo gravar las herencias, sobre si hay o no hay razones de más peso para permitir el matrimonio a tres o para no admitirlo, etc., etc. Por eso hay democracia y para eso existen los derechos políticos en nuestras constituciones contemporáneas: para que tales asuntos que hay que decidir con carácter general²⁸ tengan una regulación, se vota en democracia a los parlamentarios y se vota en los parlamentos. ¿Alguien puede imaginarse que la resolución de tales cuestiones se dejara a la decisión de los jueces, movidos por la justicia y sin más traba que ese propósito de hacer justicia? Sería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla. En algunos países, y en particular en Latinoamérica, ya se le está dando la puntilla.

Repito: el médico, en su función de velar por la salud de los pacientes, no se atiene a lo que le indica la sociedad, sino a las pautas de su ciencia o de las ciencias que alimentan la práctica médica con sus saberes (biología, genética, química, bioquímica, estadística...). Pero al juez que lo sea, y que lo sea conforme a los patrones constitucionales del Estado de Derecho, no le compete velar por la justicia en el grupo social o por la dignidad de las personas o la ecuanimidad de las relaciones sociales, etc. Y tampoco tiene de su parte ninguna ciencia que le muestre en cada momento con suficiente fiabilidad qué es lo justo en relación con el consumo de estupefacientes o alcohol, lo ecuanime en materia de gravámenes de herencias o lo digno en tema de divorcio, de prostitución o de maternidad subrogada. Sobre todo eso, repito, los ciudadanos y los propios jueces tienen puntos de vista divergentes, y todos pueden aportar excelentes razones en pro de sus preferencias. De ahí que, según nuestras constituciones, la ponderación vinculante la hace el legislador, dentro de unos límites también constitucionalmente marcados y bajo supervisión de quienes ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, que son guardianes o protectores de la constitución, no dueños de ella ni portavoces de alguna misteriosa alma oculta de la constitución o voceros de una metafísica pretensión de corrección de los sistemas jurídicos.

Que un cáncer es malo, que es una enfermedad que puede y suele matar al paciente y que ciertos tratamientos son adecuados o no para tratar de atajarlo es algo que no depende de la opinión social; pero sí es socialmente discutido y discutible que las herencias deban ser gravadas o no, que la maternidad subrogada sea o no compatible con la dignidad de la mujer o que, valorativamente, la prostitución sea o no equiparable a un trabajo más y deba regularse como tal. Sobre esto, el ciudadano que vaya a heredar, que busque un vientre de alquiler o que esté pensando en prostituirse o en acudir a prostitutas o prostíutos no debe depender de lo que opine un juez o de lo que este crea que dicta la ciencia social o la «ciencia de la moral», sino de lo que diga el legislador al que ese mismo ciudadano pudo votar.

En un Estado constitucional y democrático que proteja las libertades, no todos los puntos de vista sobre el cáncer de pulmón merecen el respeto de la ciencia médica, pero todas las opiniones sobre la maternidad subrogada o sobre el impuesto sobre las herencias o sobre la regulación o no de la prostitución o sobre los límites de velocidad en carretera o sobre el consumo de alcohol, tabaco o hachís son acreedoras del mismo respeto, dado que todos los que opinan una cosa u otra y expresan tales opiniones están bajo el amparo de las primeras libertades constitucionales: de credo o conciencia, de opinión, de expresión... Y esa discrepancia es la que da sentido a los derechos políticos como derechos individuales de los ciudadanos: cada uno ha de poder y puede votar al partido que prometa convertir en ley sus preferencias morales y para cada uno ha de ser posible fundar partidos acordes con sus ideas, concurrir a las elecciones políticas, manifestarse y realizar actos colectivos de cariz político y electoral, etc.

Un juez que anteponga su conciencia moral a la ley, sea cual sea el tipo de ética o metaética que cultive, es un juez que falta al respeto a sus conciudadanos y que se alza contra la legitimación democrática del Derecho; no quiere ser juez de un Estado de Derecho, sino de un Estado de la moral que va a ser siempre su moral, la de ese juez o esa jueza. Es un juez que emplea la ley al servicio de sus fines personales y sus preferencias. Como aquel médico que amputa o no la pierna gangrenada no en función del dictamen de la ciencia médica, sino según sus personales convicciones sobre el lugar del alma, o como un cirujano testigo de Jehová que rechace las transfusiones para sus pacientes y haga pasar por medicina lo que no es más que su elección subjetiva. El juez que anteponga su moral a la ley de todos, por muy objetivista que se quiera, no es un juez auténtico. Como juez es un impostor y, dentro del orden constitucional, un golpista.

Cosa diferente, como es obvio, es la discrecionalidad de la que cada juez dispone al aplicar las normas jurídicas —que son vagas en sus términos, contradictorias a veces— o al colmar lagunas normativas. Pero si, para colmo, negamos la discrecionalidad judicial y nos proclamamos partidarios de la única respuesta correcta en Derecho, dando por sentado, de propina, que la única repuesta correcta en Derecho puede ser la única respuesta moralmente correcta y aun cuando sea *contra legem*, opuesta al sentido claro de la norma jurídico-positiva para el caso, estamos contribuyendo a dinamitar las estructuras más básicas del Estado constitucional de Derecho. Que queramos hacerlo en nombre de los valores constitucionales no será disculpa, sino mayor escarnio. Porque no se ve qué valor constitucional puede justificar en serio que un tribunal ordinario o un tribunal constitu-

cional inapliquen en tal o cual caso o anulen con efectos *erga omnes* el régimen de divorcio legalmente establecido o el sistema impositivo para las herencias o los límites de velocidad para los coches o lo que la ley diga sobre si se puede o no se puede consumir vino en los almuerzos. ¿O es que ya nos hemos olvidado de que las primeras normas protectoras de los obreros y de sus condiciones de trabajo fueron anuladas por algunos tribunales supremos porque vulneraban la libertad que da sentido a los contratos como expresión de la autonomía de la voluntad? ¿Tanto, tantísimo, estamos dispuestos a retroceder al desprestigiar la ley y relativizar su obligatoriedad para los jueces?

No albergo la más mínima duda respecto a las buenas intenciones y el recto talante moral y político de mi amigo Manuel Atienza, a quien en todo tengo por símbolo de la honestidad y la buena fe. Pero a lo mejor podría repensar algunas tesis y comparaciones como esta de la medicina y el Derecho, pues dan alas a los enemigos del Estado de Derecho, a los que detestan la democracia y sueñan con cirujanos de hierro que apliquen las «debidas» cirugías sociales al margen de la ley, del sentir y del voto de las mayorías. Si todos los jueces del mundo tuvieran la formación, la buena intención y la independencia de juicio de Manuel Atienza, yo me quedaría tranquilo de todos modos. Pero no debe olvidarse que mucho de lo que él proclama y aconseja prende en países sin verdadera carrera judicial y entre jueces con muy escasa independencia y lúbricos sueños de poder y dominio. Puestos a invocar virtudes aristotélicas de las que tanto gustan a mi amigo Manolo, y una vez que echamos mano de la prudencia como buena actitud para los juristas, seamos prudentes también con lo que para la práctica jurídica defendemos y enseñamos, pues nunca se sabe con seguridad en qué manos va a caer este artículo mío o aquel libro de Atienza.

Y si nos empeñamos en recurrir a analogías médicas, diré que yo quiero vivir en un Estado en el que los jueces se parezcan más al enfermero que aplica, también según su experiencia y con márgenes de discrecionalidad, el tratamiento que el médico prescribe, a sabiendas de que en democracia los diagnósticos no los hace la judicatura y las recetas las extiende el legislador. Así sea.

NOTAS

1. Siempre en el contexto de una teoría científica que dote de significado científico a expresiones como «satélite natural».
2. No pretendo que esta enumeración de «cosas» a las que se aplican calificativos morales como «justo» o «injusto» sea exhaustiva.
3. Tal vez ese tipo de normas morales son los principios morales. Así, el principio de dignidad sería la norma moral que manda genéricamente realizar el valor dignidad y el principio de justicia sería la norma moral que manda genéricamente realizar el valor justicia.
4. En palabras de Rosalind Hursthouse y Glen Pettigrove, «[...] una virtud es un buen rasgo de carácter. Es una disposición bien grabada en quien la posee [...] para captar, esperar, valorar, sentir, desear, escoger, actuar y reaccionar de cierta manera característica. Poseer una virtud es ser cierta clase de persona con una cierta mentalidad compleja. Un aspecto significativo de esa mentalidad es la aceptación de buen grado de un rango diferenciado de consideraciones como razones para la acción. Una persona honesta no puede

ser simplemente distinguida como alguien que, por ejemplo, realiza tratos honestos y no engaña. Tales acciones no son las de una persona honesta si se deben meramente a que el agente piensa que la honestidad es lo más conveniente o porque teme ser descubierto y no porque reconozca como la razón relevante que “obrar de otra manera sería deshonesto” (Hursthouse y Pettigrove, 2008).

5. Aunque tales enunciados sobre hechos hagan uso de categorías como «satélite natural», que son construcciones teóricas, expresiones lingüísticas para describir hechos. Lo mismo ocurre si decimos que el tigre es un mamífero, por ejemplo.

6. Afirma Hopster que «[...] bajo un punto de vista realista, decir que un juicio moral pretende ser objetivo es decir que dicho juicio pretende tener un valor de verdad independiente de las actitudes. Los juicios morales no son como juicios que expresan un gusto, sino más parecidos a juicios de hecho. Hay hechos respecto de los que hay verdad y falsedad, bueno o malo, y esos hechos son objetivos, en el sentido de independiente de las actitudes. Considérese la pretensión de que la tierra gira alrededor del sol: esa pretensión es verdadera, expresa un hecho y su verdad de hecho es independiente de lo que el agente piensa o siente sobre él. Similarmente, los realistas morales sostienen que las verdades morales o los hechos morales son completamente independientes de las actitudes de cualquier agente» (Hopster, 2017: 764).

7. Aunque muy a menudo los constructivistas prefieren reservar la calificación de verdaderos para los enunciados empíricos directamente contrastables con la realidad. Los juicios morales, según los constructivistas, no tienen esa condición, es decir, ese carácter contrastable con una realidad empírica o supraempírica a ellos preestablecida, lo que no es óbice, según el constructivismo, para que de otra manera pueda diferenciarse con plena objetividad entre juicios morales correctos e incorrectos, acertados o erróneos, racionales o irracionales.

8. Piénsese en modelos ideales como la habermasiana situación ideal de habla o la rawlsiana posición originaria bajo el velo de ignorancia o en una situación en la que se cumplieran a rajatabla las condiciones y reglas de la argumentación racional enumeradas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*.

9. Posiblemente el más conspicuo constructivista en el ámbito de la iusfilosofía en español ha sido Carlos Santiago Nino. Interpretando a Rawls en clave kantiana y en la línea de lo que ha dado en llamarse el constructivismo kantiano, Nino sostuvo, en la estela de Rawls, que puede caracterizarse de este modo «[...] la verdad en materia moral: un juicio moral es verdadero cuando él deriva de un principio que sería aceptado en la posición originaria, vale decir él deriva de un principio general universal, público, final, etc., que sería aceptado unánimemente en condiciones de imparcialidad, racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, etc.» (Nino, 1988: 91).

10. Como explica Scanlon (2001: 233) glosando a Rawls: «Este punto de vista constructivista ofrece una explicación de la objetividad de nuestras pretensiones sobre la justicia, en el sentido de que son correctas o incorrectas “independientemente de nosotros”».

11. Así, el enunciado «x es justo» equivale a: «Haz x».

12. Así, «x es justo» equivaldría a: «Me gusta x».

13. De la misma manera que una norma moral puede surgir o reforzarse a partir del efecto «educativo» de una norma jurídica sin que por ello esa norma moral deje de ser moral cuando lo es o desde que lo es. Si la norma jurídica que prohíbe fumar en locales públicos ha tenido el efecto de hacer que mucha gente vea que es inmoral fumar en locales públicos, eso nada cambia la diferencia entre esa norma jurídica y esa norma moral, aunque una y otra califiquen negativamente (una como antijurídica y otra como inmoral) la misma conducta (fumar en locales públicos), y aunque la norma moral, supongamos, haya estado en buena parte de su alcance o eficacia basada en la norma jurídica previa.

14. Similarmente, y con rotundidad, Caracciolo (2000: 37 ss.).

15. Prescindamos aquí del tema de si el actual Derecho internacional de los derechos humanos permitiría o no defender la validez de una norma de algún Estado de nuestros días que consintiera la esclavitud en algún supuesto. Más allá de las muy complejas disquisiciones sobre las relaciones actuales entre Derecho internacional y Derechos estatales, al tratar de la posible validez de una norma nacional por su cotejo con una norma de Derecho internacional estaríamos argumentando con el Derecho positivo, no hablando de la validez o invalidez en virtud de la relación entre normas jurídico-positivas y normas morales.

16. Al respecto, es de imprescindible lectura Sendín Mateos (2017).

17. El constructivismo ético trata precisamente de diseñar procesos hipotéticos de razonamiento moral en los que se garantice la imparcialidad de quienes razonan moralmente a base de aislar o bloquear las circunstancias morales o grupales que puedan nublar la imparcialidad de los juicios.

18. Se citará por Atienza (2017a: 11-39). Las páginas entre paréntesis en el texto remiten a esta edición. Ese importante artículo ha sido publicado también en Atienza (2017b: 193-219).

19. Al margen de que sea o no sea yo un objetivista moral, cuestión sobre la que deliberadamente no quiero pronunciarme en este escrito. Sí asumo la condición de iuspositivista.

20. O como Paolo Comanducci, con quien debate Atienza en el artículo que estoy tomando como base.

21. Desde ahí hemos de entender también la afirmación de que «[...] una teoría del Derecho puede ser meramente descriptiva» (16), si bien añade que las teorías descriptivas del Derecho, propias de los positivistas, «son teorías claramente desenfocadas», pues «[...] la función de una disciplina práctica no puede ser otra que la de contribuir a hacer avanzar la práctica e que se trate; y eso, a su vez, no es posible sin interiorizar sus valores, sin asumir el punto de vista interno y, claro está, normativo» (39). Por supuesto que una teoría del Derecho puede ser meramente descriptiva, igual que, pongamos, una teoría de los usos sociales puede ser meramente descriptiva o una teoría de las reglas del juego de la brisca o de las siete y media puede ser meramente descriptiva. Ahora bien, si hemos sentado antes que nada el axioma de que el Derecho es una *praxis* de naturaleza esencialmente moral o nos hemos apuntado a la tesis de «la unidad de la razón práctica», entonces somos nosotros los que no podemos asumir la existencia de una teoría jurídica puramente descriptiva. El problema no lo tiene la teoría, lo tienen los iusmoralistas que definen así el Derecho y que, por ello, no pueden admitir que sea descripción teórica del Derecho lo que no implique valoración moral del Derecho. Que este tipo de iusmoralistas no puedan hacer teoría descriptiva del Derecho no quiere decir que no sea posible y deseable una teoría descriptiva del Derecho. Tampoco los teólogos pueden explicar el mundo sin Dios y para ellos no tienes sentido la ontología o la física sin la teología, pero ese no es un problema de la ontología, de la física o de la teoría científica en general, sino un problema de los teólogos.

22. Aunque un poco, sí. No se apunta a un realismo moral fuerte, pero sí admite algún elemento de lo que quizá podría llamarse un realismo moral mínimo. *Vid.* las páginas 34-35 de la obra que estoy comentando. Esa particular síntesis de constructivismo y elementos de realismo queda expresada así: «[...] la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas» (36). Para Atienza, el elemento ontológico o sustantivo que se suma a lo puramente procedimental se halla en la dignidad humana y la consiguiente necesidad moral de asegurar a cada ser humano la satisfacción de sus necesidades básicas.

23. En cuanto a Nino, Atienza nos recuerda: «Para Nino un juicio moral del tipo de “debe moralmente hacerse *x*” es verdadero si el principio al que alude fuera aceptable en determinadas condiciones (equivalentes en el fondo a la del discurso racional habermasiano-alexiano)» (23).

24. De entre las muchas citas posibles, me permito traer a colación esta: «En términos generales, lo que separa al positivismo normativista del enfoque del Derecho como argumentación sería: ver el Derecho

como una realidad ya dada (un conjunto de normas) y no como una actividad, una práctica, que transcurre en el tiempo, entender, en consecuencia, que los elementos integrantes del Derecho son normas, enunciados, y no (también) las fases o momentos de esa actividad; considerar como el objeto de la teoría del Derecho la descripción de una realidad (previamente dada) y no la contribución al desarrollo de una empresa, de tal manera que la teoría (como ocurre en la concepción “interpretativa” del Derecho de Dworkin) se fundiría con la práctica» (Atienza, 2013: 25).

25. Y supongo que si a Castán Tobeñas, pongamos por caso, le hubieran explicado lo del constructivismo o le hubieran hablado de la habermasiana situación ideal de habla, habría concluido sin pestañear que cómo no iban esos hipotéticos sujetos racionales, puestos en el contexto ideal que asegura la imparcialidad, a ver los contenidos imperecederos del Derecho natural, de ese Derecho natural que tanto a hombres y a mujeres hacer ver cuál es el rol social bien diferente de unos y de otras. Por eso, a los iusnaturalistas de hoy, mismamente argentinos, les cuesta poquísimos camuflarse de alexyanos y fingirse de la cuerda ideológica de Atienza, aunque su iusnaturalismo sea más rancio que el de Tomás de Aquino, pero sin adjudicar al auditorio universal o la comunidad ideal de habla ni uno solo de los contenidos que, según Atienza, aprobarían sin pestañear esos sínodos ideales.

26. Lo cual es por completo independiente del hecho de que la ley jurídica pueda prohibirle al médico practicar la amputación sin el consentimiento del paciente o hacerle al niño sin consentimiento de los padres la transfusión imprescindible para que el menor no muera.

27. Supongo que, coherentemente, Manuel Atienza pensará que, en cuanto actividad práctica guiada por valores, el Derecho es también como la veterinaria.

28. Sería absurdo y lamentable que, a igual herencia e iguales circunstancias, una herencia se gravase y otra no dentro del mismo sistema o subsistema jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- (2017a): «Objetivismo moral y Derecho», en R. Ortega García (coord.), *Problemas constitucionales contemporáneos*, México: Fontamara, 11-39.
- (2017b): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta, 2017.
- CARACCILO, Ricardo (2000): «Realismo moral vs. Positivismo jurídico», *Analisi e Diritto*, 37-44.
- HOPSTER, Jeroen (2017): «Two Accounts of Moral Objectivity: from Attitude-Independence to Stanspoint-Invariance», *Ethical Theory and Moral Practice*, 20, 763-780.
- HURSTHOUSE, Rosalind y Glen PETTIGROVE (2018): «Virtue Ethics», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta, (ed.) [en línea] <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/ethics-virtue/>>.
- NINO, Carlos Santiago (1988): «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa*, 5, 87-105.
- SCANLON, Thomas (2001): «The Appeal and Limits of Constructivism», en J. Lenman y Y. Shemmer (eds.), *Constructivism in Practical Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 226-242.
- SENDÍN MATEOS, José Antonio (2017): *La filosofía moral de Kelsen*, Madrid: Marcial Pons.

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.