

GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

GARCÍA AMADO AND THE MORAL OBJETIVISM

Manuel Atienza

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de Alicante (España)

RESUMEN

El artículo forma parte de un debate sobre Derecho y objetivismo moral. Manuel Atienza centra la réplica a García Amado básicamente en las siguientes tesis: *a)* hay posturas morales, como la defensa de la esclavitud, para las que cabe dar razones concluyentes; *b)* la identificación e interpretación del Derecho no pueden hacerse en muchos casos sin recurrir a juicios morales; *c)* el Derecho puede ser injusto, pero no podría existir un sistema jurídico que prescindiera por completo de cualquier noción de justicia; *d)* el objetivismo moral es compatible con el positivismo jurídico; *e)* un no objetivista moral puede tener convicciones morales tan firmes como un objetivista; *f)* los juicios morales no son tan demostrables como los juicios empíricos, pero sí se pueden fundamentar de un modo análogo; *g)* normas como las inspiradas en la ley islámica son Derecho válido en muchos países, pero no lo serían en los sistemas de Estado constitucional, porque atentan contra principios básicos del mismo; *h)* justificar una decisión judicial supone la pretensión de que la decisión es correcta, y que exista tal pretensión es importante para entender que cuando se evalúa una decisión judicial se haga acudiendo a criterios que presuponen esa pretensión de corrección; *i)* las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas, necesitan apoyarse en una premisa moral; *j)* el Derecho incorpora un elemento de idealidad o de moralidad interna, además del elemento autoritativo; *k)* la presuposición de condiciones discursivas ideales, propia del constructivismo, es imprescindible para una teoría del discurso racional; *l)* es inevitable que en ocasiones los jueces tengan que ponderar, pues están sometidos a la Constitución y deben velar por la dignidad de las personas; *m)* el objetivismo moral no lleva al activismo judicial; *n)* los jueces no gozan de discrecionalidad en sentido fuerte y la tesis de la única respuesta correcta es una llamada al juez para que se esfuerce en encontrar la respuesta correcta.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, unidad de razón práctica, positivismo jurídico, decisión judicial, pretensión de corrección.

ABSTRACT

This article is part of a debate about law and moral objectivism. Manuel Atienza's response focuses on the following thesis: *a)* there are moral positions, such as the defense of slavery, for which conclusive reasons may be given; *b)* the identification and interpretation of law cannot be done in many cases without appealing to moral judgments; *c)* law may be unfair, but there could not be any legal system completely unconnected to any notion of justice; *d)* moral objectivism is compatible with legal positivism; *e)* a moral non-objectivist can have as strong moral convictions as an objectivist; *f)* moral judgments are not as demonstrable as empirical judgments, but they can be based on an analogous manner; *g)* norms such as those inspired by Islamic law are valid law in many countries, but they would not be valid in constitutional state systems, because they violate its basic principles; *h)* to justify a court decision implies that the decision is correct, and such presumption is important to understand that when a court decision is evaluated this should be done according to criteria which presuppose their correctness; *i)* legal reasons are not justifying reasons by themselves, they need to be based on moral premises; *j)* law incorporates an element of internal ideality or morality, in addition to the authoritative element; *k)* the presupposition of ideal discursive conditions, characteristic of constructivism, is essential for a theory of the rational discourse; *l)* it is unavoidable that sometimes judges have to weigh, since they are subject to the Constitution and must ensure the dignity of people; *m)* moral objectivism does not lead to judicial activism; *n)* judges cannot decide with discretion in the strong sense and the thesis of the only correct answer is a call to the judge to make an effort to find the correct answer.

KEY WORDS

Moral objectivism, practical reason, judicial decision, discretion, claim to correctness.

GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

Manuel Atienza Rodríguez

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante (España)

1.

Siempre que he leído un texto de Juan Antonio García Amado (o que he asistido a alguna de sus intervenciones orales) he tenido una misma y doble sensación: la de aprender mucho y la de disfrutar también mucho con el humor (que, si hubiera que calificarlo de alguna manera, sería recurriendo a expresiones como «no contenido», «desenfadado» o alguna otra por el estilo) del que invariablemente hace gala. Es lo que me ha ocurrido también con este texto, «Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza», y ello a pesar de que las chanzas, los sarcasmos, etcétera que pueblan sus páginas sean en este caso más bien a mi costa. O sea, el lector del trabajo que precede a este texto es llevado a pensar, me parece, que yo soy un ejemplo de persona (iusfilósofo) honesta, que actúa (escribe) de buena fe, pero también un poco tonta, puesto que no he sido capaz de darme cuenta de una serie de obviedades que, precisamente, constituyen la materia prima que desencadena en esta ocasión la vena jocosa de García Amado.

Si ese trato no me resulta ofensivo, ello no se debe a que yo sea un individuo con cierta tendencia al masoquismo; no creo ser ese tipo de persona. Se debe simplemente a que no me parece ofensivo que alguien pueda decirte en algún momento que lo que pretendes hacer o has hecho, o lo que has pensado o estás pensando (y quizás respecto a una cuestión de gran trascendencia para ti) es una completa estupidez, puesto que nosotros mismos somos conscientes de vez en cuando de haber obrado o pensado así: tontamente. ¿Quién no ha pensado alguna vez: «¿cómo he podido ser tan tonto para no darme cuenta de que...»? Además, yo también pienso de Juan Antonio García Amado que él es una persona honesta, y que todo lo que escribe y dice sobre filosofía del Derecho es de buena fe, por equivocado que en ocasiones me haya parecido. De manera que, para contestar a las anteriores críticas, voy a empezar por hacer un elenco de lo que en su escrito aparecen como obviedades que yo no he sabido ver. Más exactamente, voy a empezar señalando cuáles serían esas verdades de Perogrullo desde la perspectiva de un lector que se aproxima al texto de buena fe, pero sin poseer todos los datos contextuales; quiero decir, lo que un lector puede haber interpretado como un grueso error por mi parte podría no coincidir —o no coincidir del todo— con lo que García Amado ha querido decir, porque él parte de ciertos presupuestos que quizás muchos lectores desconocen.

2.

Veamos entonces en qué habrían consistido esos errores groseros. Los numero para facilitar luego la labor de su análisis. Y no los presento de manera sistemática; quiero decir que los enuncio siguiendo el hilo de la exposición de García Amado y sin preocuparme por las posibles reiteraciones. Debo aclarar también que Juan Antonio no me atribuye a mí directamente los seis primeros errores del elenco, pero insisto en que tengo la impresión de que, de alguna manera, el lector es inducido a pensar que sí los cometo. Ahí van:

1) Haber pensado que no hay una diferencia relevante entre un enunciado como A1: «La luna es el único satélite natural de la tierra» y otro como A2: «La esclavitud humana es injusta» (apartado 1).

2) No haber comprendido la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, o sea, que una norma de contenido injusto o inmoral puede ser Derecho válido y que una norma, por muy justa que sea, no por ello es una norma jurídica; ese error lo habría cometido —según García Amado— porque «[...] para el iusmoralismo [y yo sería uno de esos autores iusmoralistas], si es Derecho es justo, y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho» (apartado 3.1).

3) Pensar (puesto que es una consecuencia de lo anterior) que «[...] una grandísima parte de las normas de los “Derechos” de antaño y una enorme parte de los sistemas “jurídicos” de ahora no constituirían verdadero derecho, dada su evidente injusticia» (apartado 3.1).

4) No entender que el iuspositivismo no es lógica o intelectualmente incompatible con el objetivismo moral (apartado 3.2).

5) No entender que un no objetivista no es alguien que carezca de creencias morales, sino alguien que piensa que un juicio moral (por ejemplo, «la esclavitud humana es injusta») no se puede «[...] demostrar de ningún modo que sea objetivamente correcto, como sí se puede demostrar que es objetivamente correcto el enunciado empírico “la luna es el único satélite natural de la tierra”» (apartado 3.4).

6) No entender (consecuencia de lo anterior) que si, frente a una afirmación como la anterior, «la esclavitud humana es injusta», alguien sostuviera cualquier otra —por ejemplo, «la esclavitud humana es justa»—, no habría manera de demostrar objetivamente quién de los dos tiene razón (apartado 3.4).

7) No darme cuenta de que apelar a la razonabilidad como criterio de corrección carece de sentido. Es más, a juicio de García Amado —y según sus propias palabras—, el hecho de calificar como «no razonable» a alguien que discrepa de nosotros en cuestiones morales «[...] no sé si es muy acorde con la libertad religiosa e ideológica que la Constitución proclama» (apartado 4.1).

8) Pensar que, en la medida en que no respetan el principio de laicidad, las normas (en materia religiosa) que emiten los numerosos Estados no laicos que existen en el mundo «[...] no son auténticas normas jurídicas o lo son de un modo constitutivamente imperfecto» (apartado 4.1).

9) Pensar que motivar (justificar) una decisión judicial presupone la pretensión de que esa decisión es objetivamente correcta (apartado 4.2).

10) Lo anterior (o sea, si se asume 9) lleva a tener que pensar que «[...] 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 fuerte indicio de que los alienígenas deben de existir “objetivamente”». Pero —objeta a la anterior simpleza García Amado—: «¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme?» (apartado 4.2).

11) Suponer que nuestros jueces son tan engreídos como para considerarse a sí mismos objetivistas morales, o sea, como para no sentenciar «[...] sin estar convencido el juez en cada caso de que su decisión es la única objetivamente correcta y por razones no meramente aceptables» (apartado 4.2).

12) Afirmar que en toda justificación judicial hay que presuponer una premisa de carácter moral, cuando lo cierto es que las razones que un juez pueda tener para acatar las normas de su sistema pueden ser muy diversas: pueden tener carácter moral o pueden ser, por ejemplo, razones de conveniencia personal, temor, cálculo económico etcétera. A no ser, claro está, 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» (apartado 4.3).

13) Suponer que porque, en el marco de cierta actividad (el Derecho o la economía), muchos comportamientos están movidos por razones morales, entonces la moral pasaría a ser un componente objetivo de esa actividad (del Derecho o de la economía) (apartado 4.3).

14) Suponer que la obligación de los jueces de cumplir las normas de su sistema no puede tener ya carácter jurídico, sino que se trata de una obligación moral, cuando: «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» (apartado 4.3).

15) No darme cuenta de que mi modo de proceder (al sostener que los jueces erigen una pretensión de corrección) es el mismo que el de «los iusnaturalistas de toda la vida», aunque yo pretenda no serlo: «[...] 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» (apartado 4.3).

16) No darme cuenta del engaño que supone adherirse al constructivismo moral, o sea, sostener que lo objetivamente correcto sería aquello a lo que tendrían que llegar por consenso quienes participaran en un diálogo racional. Pues eso no sería más que una forma de darse la razón a uno mismo (hacerse trampas en el solitario): «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» (apartado 4.4).

17) No darme cuenta de una diferencia clave entre la medicina y el Derecho: «[...] 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» (apartado 4.5).

18) No darme cuenta (consecuencia de lo anterior) de lo siguiente: «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 veterinario lo es de los cuerpos animales» (apartado 4.5).

19) Como consecuencia de los dos anteriores errores: no darme cuenta de que la solución a problemas del tipo de cómo regular la prostitución, el impuesto sobre sucesiones o el matrimonio compete a los legisladores y no a los jueces. Si no fuera así, si se dejara a la decisión de los jueces la resolución de esos problemas (como dejamos que sean los médicos los que decidan cómo tratar el cáncer de pulmón), «[S]ería el final del Estado constitucional y democrático de Derecho, se le estaría dando la puntilla». Y añade: «En algunos países, y en particular en Latinoamérica, ya se le está dando la puntilla» (apartado 4.5).

20) No darme cuenta (el error anterior visto desde otro ángulo) de que «[...] 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.». Puesto que sobre esas cuestiones «[...] tienen puntos de vista divergentes los ciudadanos y los propios jueces, y todos pueden aportar excelentes razones en pro de sus preferencias», según nuestras constituciones «[...] la ponderación vinculante la hace el legislador» (apartado 4.5).

21) No darme cuenta de que el juez no puede anteponer su conciencia moral a la ley, cualquiera que sea el tipo de ética o de metaética que cultive. «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» (apartado 4.5).

22) No comprender que, cuando las normas son vagas, contradictorias o dejan lagunas, los jueces tienen que ejercer su discrecionalidad y no pensar que existe una única respuesta correcta en Derecho. La creencia en la existencia de una única respuesta correcta contribuye 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» (apartado 4.5).

3.

Y ahora vayamos a los comentarios.

Ad 1) Como he dicho, García Amado no me atribuye directamente la distracción consistente en no distinguir entre un enunciado descriptivo y otro valorativo o normativo. Pero resulta que, en un artículo que escribí hace ya años (y cuyo origen es una ponencia que presenté en Santo Domingo, en un congreso al que también él asistió), texto dedicado a criticar el escepticismo moral (y a defender el objetivismo), yo partía de ejemplos que pueden ser considerados semejantes a los que propone García Amado: una cosa es afirmar que «el mundo en el que vivimos es injusto» y otra que «el mundo tiene hoy más de 7000 millones de habitantes» o que «la República Dominicana está situada en una isla del Caribe». Allí aclaraba que la primera afirmación no tenía exactamente la pretensión de ser verdadera, pero sí objetivamente correcta. Y señalaba en estos términos lo que entendía por objetividad: «Objetividad significa que a favor de esos enunciados pueden darse razones concluyentes; que cabe, en relación con los mismos, una argumentación racional y que, por consiguiente, nuestros enunciados morales pueden resultar fundados o infundados (o más o menos fundados o infundados) de manera semejante, pero no idéntica, a como los enunciados científicos o, en general, los enunciados descriptivos pueden calificarse como verdaderos o falsos»¹.

¿Hay, entonces, alguna diferencia con lo escrito por García Amado? Parece que sí. Los dos distinguimos entre esos dos tipos de enunciados, pero la distinción que yo hago es menos tajante que la suya, puesto que yo veo una analogía entre unos y otros —es decir, hay por mi parte cierto intento por buscar algunas coincidencias (o semejanzas) entre ellos—, mientras que el propósito de García Amado es más bien el contrario: subrayar la diferencia. Concretando más, cabría decir que yo pretendo que, en favor de la corrección de un enunciado moral (al menos, de algunos de ellos), es posible dar razones concluyentes, mientras que él lo niega. O, todavía con más precisión: él aceptaría que, si nos pusiéramos de acuerdo (o en la medida en que exista ese acuerdo) en relación con los valores o los fines últimos, podríamos encontrar razones concluyentes (para concluir que el mundo actual es injusto o que la esclavitud es injusta), pero que si, por ejemplo, alguien sostuviera que la desigualdad profunda entre los seres humanos (como la que representa la esclavitud o las enormes diferencias en términos económicos de nuestras sociedades) es un componente esencial de la justicia, entonces ya no habría ninguna razón concluyente para sostener que «el mundo actual es injusto» o que «la esclavitud es injusta».

Pero, ¿es aceptable esta última forma de ver las cosas? Yo creo que no, que se trata de una postura insostenible. Por supuesto, hay racistas, esclavistas y neoliberales en nuestro mundo. Pero los valores (entendida la palabra en sentido descriptivo, es decir, lo que alguien o un grupo considera como fines últimos) en que se basan quienes defienden la esclavitud o la desigualdad radical carecen de justificación moral y racional. O, dicho de otra manera, las razones que pretenden darnos (que nos dan) en favor de esa posición no tienen, ni mucho menos, la fuerza de las razones en favor de la postura contraria. Sin entrar en detalles, para justificar esta última posición (la injusticia de la desigualdad radical)

cabría construir un razonamiento como el siguiente: defender la esclavitud o la desigualdad extrema entre los seres humanos significa negar la dignidad humana, o sea, no aceptar que los seres humanos —o los seres racionales— no pueden ser tratados meramente como medios, como instrumentos. Negar la dignidad humana significa renunciar a formar parte de una comunidad moral. Si renunciáramos a eso, renunciaríamos a participar en prácticas que, al menos desde la Ilustración, consideramos que forman parte de nuestra humanidad. Aquí, el escéptico moral podría decir que no hay nada que nos impida renunciar a ese tipo de valores, es decir, que esa renuncia no es una imposibilidad fáctica, y al sostener esto, naturalmente, tiene razón. Pero me parece que eso no dice nada contra la consideración de que hay razones de mucho peso (razones concluyentes, pues, al tener más peso que las otras, determinan el resultado de la deliberación) para afirmar que «el mundo en el que vivimos es injusto» y que «la esclavitud es injusta». De manera *semejante* (no idéntica) a como las hay para afirmar que la tierra es redonda (por muchos «terraplanistas» que haya) o que somos producto de la evolución (aunque mucha gente siga creyendo en la verdad del relato bíblico de Adán y Eva).

Ad 2) No solo creo comprender en qué consiste la tesis positivista de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral, sino que me parece claro que, a ciertos efectos, es una tesis verdadera. No tengo ninguna duda de que las normas franquistas que discriminaban a la mujer eran Derecho válido en la época y, al mismo tiempo, normas injustificables desde una perspectiva moral; de la misma manera, la renta básica universal me parece un derecho humano fundamental (en el sentido moral de la expresión), pero sé muy bien que no se trata de un derecho jurídico. Ocurre, sin embargo, que esa separación no puede trazarse siempre o desde todas las perspectivas. Por ejemplo (y al menos en los Derechos del Estado constitucional), la identificación y la interpretación del Derecho no puede hacerse en muchos casos sin recurrir a juicios morales. Un solo ejemplo: ¿pudo el Tribunal Constitucional español decidir que la Constitución no se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo sin recurrir a una argumentación moral (aunque no fuera de manera explícita —los magistrados del Constitucional, incluso los partidarios del Derecho natural, parecen haber asumido completamente los dogmas del positivismo jurídico—)? Yo creo que no, como he tratado de mostrar en algún trabajo. Y tampoco cabe obtener una adecuada visión funcionalista del Derecho si nos empeñamos en separarlo nítidamente de la moral: el Derecho no podría cumplir algunas de sus funciones características sin el recurso a la moral, y la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos (al menos en sociedades como las nuestras) puedan perseguir valores morales (como la autonomía). Ese tipo de consideraciones son las que me han llevado a pensar que Derecho y moral son —para emplear la terminología de Gustavo Bueno— «conceptos conjugados», lo que no quiere decir, por cierto, que se trate de un mismo tipo de realidad o que el Derecho sea sencillamente un aspecto de la moralidad. No voy por ahí.

Ad 3) Ya he contestado a eso en el anterior apartado. El Derecho puede ser (con cierta frecuencia es) injusto; esa es una tesis compartida por todos los autores a los que cabe denominar «postpositivistas», y también, me parece, por muchos iusnaturalistas (incluido Tomás de Aquino). No sé lo que puede pensar un «neoconstitucionalista» o alguien que

responda a la caracterización de lo que García Amado llama «iusmoralismo». Pero lo que sí sé es que yo no soy ni un neoconstitucionalista (según lo que los autores genoveses entienden por tal) ni un iusmoralista (en el sentido en el que Juan Antonio García Amado utiliza la expresión). Debo hacer, sin embargo, una precisión (o mejor, dos) respecto de lo anterior. Un sistema jurídico que prescindiera completamente de cualquier noción de justicia (que fuera pura arbitrariedad) no podría existir (como sistema jurídico) o no podría perdurar. Pero eso es algo que también los iuspositivistas más juiciosos defienden: el famoso «contenido mínimo de Derecho natural» de Hart. Tampoco en los Derechos del Estado constitucional podrían darse los casos más llamativos de normas injustas dotadas de validez jurídica, pues el sistema incluye como criterios de validez nociones de raigambre inequívocamente moral como la dignidad humana; y es imposible manejar esa noción (por incorporada que esté en una norma de Derecho positivo) sin partir de alguna teoría moral.

Ad 4) La compatibilidad entre objetivismo moral y positivismo jurídico es algo obvio, y así lo he manifestado muchas veces (incluido el trabajo que García Amado usa como principal blanco para sus críticas). Lo que también he señalado con frecuencia es que la seña de identidad más característica del positivismo jurídico es la ideología de la separación. Por ello, los positivistas que han sido también objetivistas en teoría moral (pienso, claro, en Bentham o en Austin) partieron de una radical separación entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia (o teoría de la legislación o jurisprudencia censoria, o como se la quiera llamar), de manera que el objetivismo moral no afectaba propiamente a su concepción del Derecho. En este aspecto, no tengo ninguna discrepancia con García Amado.

Ad 5) En el trabajo criticado por García Amado ponía mucho énfasis en señalar que un no objetivista moral (en el plano de la moral prescriptiva o moral sustantiva) podía tener convicciones morales tan firmes como un objetivista, y que la distinción se sitúa en el plano de la metaética, de la ética teórica. O sea, un no objetivista (imagino que es el caso de García Amado, aunque —para mí, sorprendentemente— nos diga en su texto que no quiere pronunciarse sobre eso: ¿no lo ha hecho?) considera que un juicio de moral sustantiva (como «la esclavitud es injusta») no se puede «demostrar» de manera que resulte un juicio «objetivamente correcto». Pues bien, yo no creo que en favor de esos juicios pueda construirse un razonamiento que sea exactamente del mismo tipo que el que se utilizaría en las ciencias formales o en las ciencias empíricas, pero sí (como he señalado en Ad1) un razonamiento análogo, en el sentido de que esos juicios (si no siempre, muchas veces) pueden fundamentarse suficientemente. Dicho de otro modo: para mí la racionalidad no es exclusivamente la racionalidad científica.

Ad 6) Ya he contestado a eso. Quien piense que «la esclavitud es justa» se equivoca, al igual que, en mi opinión, se equivoca también quien piense que no tenemos ningún procedimiento racional para decir que se equivoca. Remito a lo que ya dije en Ad 1) y a lo que sigue.

Ad 7) Me doy cuenta de que «razonabilidad» es una noción difícil o, quizás mejor, imposible de definir (según lo que normalmente entendemos por definir), pero al mismo tiempo creo que no podemos prescindir de ella. Alguna vez me he ocupado de analizarla, pero no quiero entrar aquí en eso, puesto que, para mis propósitos, me parece que basta

apelar a la idea intuitiva que cualquier lector de este texto tiene de lo que es una persona razonable; no creo que muchos hayan decidido prescindir en su vocabulario de esa expresión, «persona razonable», y tampoco creo que entre estos últimos se encuentre García Amado. Pues bien, y siguiendo con el ejemplo que él pone, ¿resulta difícil de entender que digamos que es irrazonable una persona que defiende un Estado basado en el fundamentalismo religioso, el ISIS? ¿De verdad cree García Amado que por calificar de irrazonables a los partidarios del ISIS (hay españoles que lo son) podríamos estar comportándonos de manera contraria a la libertad religiosa e ideológica que nuestra Constitución proclama? Es cierto que él no está pensando en ese tipo de persona, sino —digamos— en un católico partidario de lo que ahora se denomina «laicidad positiva». ¿Pero resulta difícil de entender que se califique a esta última postura de irrazonable porque atenta contra la igualdad de trato en materia religiosa (un valor que seguramente el partidario de la laicidad asume)? ¿Y tendría realmente alguna razón, el que así es calificado, para considerar que se está yendo contra su libertad religiosa e ideológica? No lo creo en absoluto.

Ad 8) Ya he contestado, al menos en parte, a ese presunto error. Las normas inspiradas en la *sharía* o ley islámica son Derecho válido en muchos países. Pero no lo serían en los sistemas del Estado constitucional porque atentan contra principios básicos de los mismos. Y, por lo que se refiere al caso español, la norma constitucional (y sus desarrollos) que establece un trato ventajoso para la religión católica es, sin duda, Derecho positivo, pero me parece, al mismo tiempo, que bien puede calificarse de Derecho «imperfecto», en la medida en que es incompatible con los principios y valores del constitucionalismo. La consecuencia que extraigo de ahí no es que, por lo dicho, no sean vinculantes para los jueces, pero sí que esa circunstancia puede jugar un papel a la hora de interpretar esas normas y, desde luego, a la hora de proponer un cambio constitucional.

Ad 9-11) Sí, yo creo que motivar (justificar) —digamos, en sentido pleno— una decisión judicial presupone la pretensión de que la decisión es correcta. Creo que esto es también lo que suelen presuponer los jueces (aunque no todos), porque ellos —como la gente en general— son, por lo común, objetivistas éticos. A mí me parece bastante lógico: si un juez, pongamos por caso, condena a alguien a una pena de diez años, es razonable que piense que eso es lo objetivamente correcto y no simplemente una decisión en favor de cuya adopción puedan aportarse razones aceptables, pero que quizás no sean mejores que las que existan para tomar otra decisión. Esto, por cierto (no en referencia a los jueces, sino a la gente en general), es lo que pensaba también Mackie², y de ahí que su defensa del escepticismo moral (en cuanto tesis ontológica) asuma la forma de «una teoría del error». O sea, Mackie trató de mostrar que la idea de objetividad, que está incorporada en nuestro lenguaje moral y en los conceptos morales que usamos, es falsa, que no se corresponde con el mobiliario del mundo.

Bueno, por supuesto que una cosa es pretender que algo es correcto y otra que lo sea. De todas formas, que exista de hecho esa pretensión (como digo, si no siempre, al menos con frecuencia) es importante para entender que, cuando se evalúa una decisión judicial, se haga acudiendo a criterios (universalidad, coherencia, etcétera) que presuponen esa pretensión de corrección.

Hay, por otro lado, consecuencias importantes que se siguen de partir o no de esa pretensión de corrección (de que existen respuestas correctas en el Derecho). Recuerdo ahora un trabajo de MacCormick en el que ponía de manifiesto que eso incidía en la forma en la que un tribunal (me parece que la Cámara de los Lores) organizaba internamente la toma de decisiones: asumir la pretensión de corrección suponía incrementar el tiempo dedicado a la deliberación, mientras que, si se excluía esa pretensión, el acento se ponía en que la decisión (a la que se habría llegado sin mayor deliberación, mediante la votación) estuviera redactada con la suficiente claridad y precisión.

Ad 12) El hecho de que toda justificación judicial presuponga una premisa de carácter moral es una consecuencia de la tesis de la unidad de la razón práctica, de que las razones morales sean las razones últimas y de carácter imparcial que cabe esgrimir en el discurso práctico. Sobre eso se ha discutido mucho. Por ejemplo, a propósito de si la regla de reconocimiento hartiana (el criterio para determinar cuál es el Derecho válido en un sistema) puede aceptarse por razones que no sean morales, como sostuvo el propio Hart y sostiene ahora García Amado. Yo creo que no es así y que la postura correcta es la de autores como Nino: las razones jurídicas no son, por sí mismas, razones justificativas; necesitan un apoyo (una premisa) moral. Desde luego, es una cuestión compleja que seguramente requeriría una larga discusión. Aquí voy a limitarme a hacer dos comentarios. El primero es que hay una diferencia crucial (que García Amado no desconoce) entre los motivos (explicativos) de las acciones y las razones (justificativas). Por eso, el temor de resultar herido es un motivo —en el ejemplo que él pone— para no atracar el banco, pero no una razón con fuerza justificativa, y aquí estamos tratando del razonamiento justificativo. Y lo mismo cabría decir, me parece, de quienes (los jueces que) acatan las normas del sistema por conveniencia, temor, etc. Ahora bien —segundo comentario—, es posible que haya jueces así, o sea, jueces que rechacen plantearse la cuestión de cómo *justificar* el deber de aplicar las normas de su sistema o, si se quiere, que consideran como una razón válida para ello apelar a la conveniencia personal, al temor... Yo aquí diría algo muy parecido a lo que Juan Antonio García Amado dice de los jueces activistas que anteponen *su* conciencia moral a la ley: que no actúan como «auténticos jueces», sino más bien como «impostores».

Ad 13-14) Efectivamente, la existencia en su seno de razones morales no convierte sin más a una actividad en una región de la moral: es lo que ocurre con el Derecho o con la economía. Pero si fuera cierto que la existencia de razones morales tiene un carácter necesario en esa actividad o en algún aspecto central de ella (por ejemplo, de la justificación de una decisión judicial), entonces sí puede afirmarse que la moral es un componente objetivo de esa actividad, del Derecho, lo cual no significa que justificar jurídicamente (judicialmente) una decisión sea lo mismo que justificarla moralmente.

Ad 15) Yo no soy un filósofo del Derecho iusnaturalista, y tampoco soy un positivista jurídico. No creo, por supuesto, que exista nada a lo que pueda llamarse con propiedad Derecho natural, entre otras cosas porque el Derecho no tiene nada de natural, sino que es un artificio, una creación humana, y que varía con las sociedades y con el tiempo. No soy tampoco un absolutista moral y creo también que mis convicciones morales no se parecen nada a las de los autores que solemos calificar con ese rótulo. Pero no soy tampoco un

furibundo anti-iusnaturalista y no tendría ningún inconveniente en coincidir con estos autores en algunas tesis relevantes sobre la manera de entender el Derecho. De todas formas, mis posibles coincidencias no vendrían por ahí, por donde se sugiere en el apartado 15, simplemente porque, como ya he señalado antes, nunca se me ha ocurrido sostener «[...] que no hay más Derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera». Lo repito: el Derecho puede ser injusto, y «verdadera» es una calificación que deberíamos reservar para los enunciados descriptivos, no para los prescriptivos o evaluativos (los característicos de la moral). Lo que sí sostengo es que en el Derecho (más exactamente, en algunos aspectos que son centrales en la práctica jurídica —como el razonamiento justificativo judicial—, no en todo lo que podríamos llamar la vida del Derecho; esta es una de mis diferencias con Alexy) se erige una pretensión de corrección, de manera que el Derecho incorpora también un elemento de idealidad, de valoración, de moralidad interna o como se le quiera llamar, además del elemento autoritativo. Que esto sean capaces de verlo los autores iusnaturalistas, pero no los positivistas (o muchos de ellos), no dice nada contra los primeros, sino contra los segundos.

Ad 16) En este punto (y en parte también en el anterior) García Amado utiliza contra —digamos— la teoría del discurso un argumento que, yo diría, es uno de sus favoritos: según él, se trata de una construcción tramposa, de un ardid, para revestir de apariencia de objetividad lo que no son más que opiniones subjetivas, arbitrarias. Bueno, concedo, sin más, que uno puede apelar al consenso racional de una manera torticera, al igual que un juez puede recurrir a la ponderación con el propósito (que, a su vez, puede ser más o menos claro en su mente) de dar un marchamo de justificación a una decisión realmente injustificable. Pero que un instrumento pueda usarse mal no significa necesariamente que, por ello, debamos prescindir de él; en ocasiones, deberíamos considerar esas desviaciones como un aviso para ser cautelosos, para mantener una actitud crítica —desconfiada, si se quiere— con su uso. En particular, yo creo que no podemos prescindir ni del discurso racional ni de la comunidad ideal de hablantes; lo necesitamos, sin ir más lejos, si queremos dar sentido al texto de García Amado que aquí estoy discutiendo. Pues yo creo que, cuando esgrime todos los argumentos que hemos visto para mostrar que mi defensa del objetivismo moral se basa en un error (o en un conjunto de errores), inevitablemente está apelando a esa comunidad ideal: lo que quiere decir es que cualquier persona racional que juzgara de manera imparcial, con suficientes conocimientos en la materia, etcétera, tendría que pensar exactamente igual que él. Y esa es también la presuposición que yo me hago en los comentarios que ahora estoy escribiendo. La pregunta que hay que hacerse, entonces, es esta: ¿las condiciones requeridas para que tenga lugar un discurso racional y quepa hablar de una comunidad ideal de hablantes son tan exigentes como para pensar que no pueden jugar el papel de orientar nuestras prácticas (servir como un criterio de corrección) porque se basan en rasgos antropológicos a los que no pueden aproximarse los seres humanos que participan en esas prácticas? Pues bien, yo creo que, efectivamente, no es fácil que se den esas condiciones (por ejemplo, que en una discusión con otro o en una deliberación consigo mismo, un sujeto esté verdaderamente abierto a entender y aceptar los argumentos que contradigan sus planteamientos iniciales, que pongan en riesgo sus intereses personales, etc.), pero tampoco imposible. Y creo también que no tiene sentido plantear esas condicio-

nes ideales (y la pretensión de corrección a ellas aparejada) en relación con muchos aspectos de la práctica jurídica (por ejemplo, con el discurso de un abogado de parte), pero sí en relación con la justificación que lleva a cabo un juez o en un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del Derecho. No me cabe ninguna duda de que ese es el caso, por ejemplo, del texto de García Amado, y no descarto en absoluto que, en alguno de esos momentos en los que también él hace el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes, llegue a la conclusión de que sus opiniones sobre el objetivismo moral y el positivismo jurídico estaban equivocadas. Es, por otro lado, bastante natural que eso (esos cambios de opinión) no ocurra con facilidad en relación con problemas sobre los que uno ha reflexionado mucho o que tengan que ver con convicciones profundas de carácter moral, etc. Pero, en mi opinión, eso no dice nada contra las virtualidades del discurso racional.

Ad 17) Aquí se me ofrece un ejemplo claro para mostrar la capacidad de modificar las opiniones que puede tener el discurso racional, pues, sin duda, García Amado retirará esa crítica cuando advierta que la diferencia clave que él veía entre el Derecho y la medicina es exactamente la misma de la que yo partía. Me limito a reproducir un párrafo de mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*: «Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el Derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el Derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de Derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos»³. Etcétera.

Ad 18) En efecto, el juez no es un científico —como, en mi opinión, tampoco lo es un dogmático del Derecho—. He defendido desde siempre la tesis de que la dogmática es una técnica (exactamente, una *tecno-praxis*: una combinación de técnica social y filosofía práctica), no una ciencia; y lo mismo vale para la actividad judicial. La diferencia con la medicina es que las técnicas médicas tienen ahora (en realidad, desde hace no mucho) una sólida base científica. Pero de ahí no se sigue, de todas formas, que el juez no tenga que preocuparse por los padecimientos o las necesidades sociales. Yo no creo que se necesite ser un científico social para reparar, pongamos por caso, en que es necesario contar con una vivienda digna, y de darse cuenta de cuándo esa necesidad no está cubierta. Me parece que a un juez que deba resolver un caso de desahucio puede exigírsele que sea consciente de eso (de la existencia de esa necesidad básica no satisfecha), si bien él tendrá que atenerse a los límites que establece su sistema a la hora de dictar una resolución al respecto. Seguramente, en este punto, García Amado y yo no discrepamos.

Ad 19-20) Lo que se plantea aquí es la diferencia entre la legislación y la jurisdicción, diferencia que, en mi opinión, guarda cierto paralelismo con la que existe en medicina entre la epidemiología y la medicina clínica. Es una distinción completamente necesaria, pero es posible que, también en este caso, García Amado tienda a presentarla en términos

más tajantes que como yo lo hago. Hace poco discutí sobre esta misma cuestión con Ferrajoli⁴, que defiende, al respecto, me parece, la misma posición que García Amado. Lo que vienen a sostener ambos es que el juez no puede orientarse por criterios de justicia (digamos, de justicia sustantiva), pues esto compete en exclusiva al legislador. Creo que se equivocan: la libertad de la que goza el legislador es, por supuesto, mucho más amplia que la que caracteriza a la jurisdicción, puesto que los jueces están sometidos precisamente a las leyes y a la constitución. Pero eso no quiere decir, por ejemplo, que el juez no haya de velar por la dignidad de las personas; un simple ejemplo: para aplicar o no la cláusula de orden público, un juez puede tener que pronunciarse sobre si tal institución del Derecho extranjero —estoy pensando ahora en la maternidad subrogada— es o no compatible con la dignidad humana. O que no tenga, en algunos casos, que ponderar. Como sobre esto último Juan Antonio y yo hemos discutido en otras ocasiones por extenso, no voy a añadir aquí nada más. Pero reitero: es inevitable que, en ocasiones, los jueces tengan que ponderar.

Ad 21) Lo que aquí tengo que decir es algo parecido a lo anterior. El juez no puede ser un activista, no puede saltarse los límites que le impone el Derecho. Ahora bien, como mi concepto de Derecho es algo más amplio que el de García Amado, podría haber casos que él calificara como de activismo judicial y que en mi opinión no lo serían. Lo que sí me importa aclarar, en todo caso, es que el objetivismo moral no lleva al activismo judicial. No hay ninguna conexión conceptual —y tampoco, creo, empírica— entre una cosa y otra: no me parece que entre los jueces activistas haya más objetivistas que relativistas morales.

Ad 22) Yo no creo que los jueces gocen de discrecionalidad en sentido fuerte porque, en el caso de que exista una laguna en el nivel de las reglas, deben recurrir a principios y llevar a cabo un razonamiento ponderativo que no supone discrecionalidad, en el sentido de que no significa utilizar criterios ajenos al Derecho y no controlables racionalmente. Ya he comentado antes algo sobre la tesis de la única respuesta correcta. Creo que es una tesis más bien banal; lo que significa es que, después de haber deliberado suficientemente sobre el caso de que se trate (o sea, no a bote pronto), el juez va a encontrarse *casi* siempre con que, en relación con las dos opciones por las que ha de optar (condenar o absolver; decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, etc.), hay en favor de una de ellas mejores razones que en favor de la otra; o sea, raramente va a encontrarse con un caso de puro empate, aunque esa posibilidad no ha de quedar completamente excluida: por eso lo del «casi». Y por eso, también, sostener esa tesis no solo no pone en riesgo los valores constitucionales, sino que contribuye a que puedan ser satisfechos. O sea, la tesis es una llamada al juez para que se esfuerce por encontrar esa respuesta correcta y, en consecuencia, asuma la obligación de una motivación exigente de sus resoluciones.

4.

Cierro con un comentario general. Como en otras ocasiones⁵, creo que mis discrepancias de fondo con Juan Antonio García Amado derivan de que partimos de ideas distintas del Derecho. Él ve el Derecho simplemente como un conjunto de normas con tales y

cuales características; y de ahí su manera de plantear el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral (que solo haría referencia a las normas de uno y otro tipo). Yo lo veo, además de como un sistema normativo, fundamentalmente como una actividad dirigida a cumplir ciertos fines y valores; y eso explica que no pueda separarse radicalmente de la moral, pues esos fines y valores son, en parte, comunes. He repetido también muchas veces que mi razón fundamental para no ser positivista es de carácter histórico: el positivismo jurídico me parece una concepción demasiado pobre, que no es capaz de dar cuenta de los Derechos del Estado constitucional y que no suministra, en consecuencia, criterios que puedan guiar la práctica de los operadores jurídicos. Creo que eso se echa de ver, de manera muy particular, en relación con la argumentación jurídica. Como algunos positivistas jurídicos han reconocido (pienso en Luis Prieto o en Fernando Atria), el positivismo jurídico es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación⁶. Y el caso es que, a no ser que se renuncie al dogma fundamental del positivismo jurídico (el de la separación metodológica entre el Derecho y la moral) y se asuma alguna forma de objetivismo moral, es imposible suplir esa carencia.

NOTAS

1. Atienza (2013: 79).
2. *Vid.* Mackie (1977).
3. Atienza (2017: 189).
4. El texto, «Los jueces crean Derecho», los principios jurídicos y la ponderación», puede encontrarse en mi blog: lamiradadepeito.blogspot.com.es
5. Cfr. Atienza y García Amado (2012).
6. *Vid.* Prieto Sanchís (2000); y Atria (1999).

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2013): *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*, Madrid: Pasos Perdidos.
- (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- «Los jueces crean Derecho», los principios jurídicos y la ponderación» [en línea] <lamiradadepeito.blogspot.com.es>.
- ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO (2012): *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- ATRIA, Fernando (1999): «Del Derecho y el razonamiento jurídico», *Doxa*, 22, 79-119.
- MACKIE, John (1977): *Ethics. Inventing right and wrong*, Londres: Penguin.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): «Tribunal constitucional y positivismo jurídico», en *Doxa*, 23, 161-195.

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2020.