

DÚPLICA A MANUEL ATIENZA SOBRE OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO
REJOINDER TO MANUEL ATIENZA ON MORAL OBJETIVISM AND LAW

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

RESUMEN

El artículo forma parte de un debate sobre Derecho y objetivismo moral. García Amado da la réplica al texto de Atienza, comenta y matiza las diferencias y las coincidencias entre los dos, apuntando a la conveniencia de llevar a cabo un desarrollo más sistemático y profundo de las tesis metaéticas, como puede ocurrir con el constructivismo en la medida en que puede ser una vía interesante para el objetivismo moral. Defiende la tesis de que no son tan grandes las distancias como a primera vista puede parecer.

PALABRAS CLAVE

Objetivismo moral, decisión judicial, pretensión de corrección, unidad racionalidad práctica, constructivismo.

ABSTRACT

This article belongs to the debate about law and moral objectivism. García Amado gives the rejoinder to Atienza's text, comments and qualifies the differences and coincidences between them, pointing out the convenience of carrying out a more systematic and deep development of the metaethical theses, as it can happen with the constructivism in the measure that it can be an interesting approach for the moral objectivism. He defends the thesis that distances amongst them are not as great as they may seem at first sight.

KEY WORDS

Moral objectivism, judicial decision, claim to correctness, practical rationality unit, constructivism.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.003

DÚPLICA A MANUEL ATIENZA SOBRE OBJETIVISMO MORAL Y DERECHO

Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León (España)

1. Que Manuel Atienza se divierta con mi estilo o con el humor que a veces se escapa en mis escritos y en mis polémicas me parece muy bien, pero con absoluta franqueza afirmo que no ha lugar a que se plantee, ni de lejos, que trato de cuestionar su inteligencia o de insinuar que sus tesis sean poco fundadas. Jamás. Es grande mi admiración hacia su trabajo y mi respeto a su persona es radical. Y, además, es un amigo. Cosa distinta es que de él mismo haya aprendido ciertas técnicas y estrategias de debate, pues bien se sabe que Manuel no es de los que hacen prisioneros cuando discute de cuestiones teóricas y doctrinales, y a más de uno he visto salir de un salón llorando después de que recibir de su verbo ágil un par de estocadas dolorosas. Siempre he pensado que una de las muchas cosas que nos une a Manuel y a mí es una especie de concepción deportiva de nuestro oficio, similar a la que hace que, por ejemplo, los boxeadores se empleen en el ring con toda la contundencia de que son capaces, dentro de las reglas *del fair play* y de los límites del reglamento, y que al terminar el combate se den un sincero abrazo.

2. Enumera Manuel Atienza veintidós «errores groseros» que yo le estaría imputando a él, obviedades que se supone que vería cualquiera y que, al parecer, estaría yo indicando que él no capta. Pues no estoy de acuerdo con esa interpretación de mi escrito: debí de argumentarlo muy mal. Esto me suena como un nuevo tipo de estrategia retórica, que tal vez podríamos equiparar a la llamada falacia del hombre de paja, cuyo fin es que el adversario en el debate quede ante el auditorio como un ser malo y muy horrible. Y un servidor será horrible, seguro, pero no pretendí en ningún momento señalar o insinuar cosas tales como que Manuel Atienza no sepa ver la diferencia entre enunciados empíricos y no empíricos, que no sea capaz de comprender la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que no entienda que el objetivismo moral es compatible con el iuspositivismo (señalo, incluso, la página de su escrito inicial en que él mismo indica esa compatibilidad), etc., etc. En los tres primeros apartados de mi escrito no estaba pensando tanto en Atienza cuanto en un lector quizá no muy versado en las cuestiones metaéticas o en los debates iusfilosóficos de cariz ontológico, y a tal lector iban dirigidas mis explicaciones. Allí donde critico las

tesis de Atienza —es decir, a partir del epígrafe cuarto de mi texto—, mis consideraciones no pretenden ser acusaciones o descalificaciones, y lo que expreso sobre las consecuencias que, a mi modo de ver, tiene el iusmoralismo de Atienza y de otros son juicios absolutamente compatibles con la mejor consideración personal y académica.

Pero dejemos esta divertida esgrima, propia de oradores algo viciosos, y vayamos al grano.

3. En ninguna parte de mi texto he afirmado ni insinuado que sea yo un escéptico moral. He dejado incluso abierta la posibilidad de que pueda ser (o llegar a ser un día, cuando madure) un objetivista moral. Lo que en los primeros apartados traté de ilustrar, seguro que con poca finura, fue simplemente que, para los objetivistas morales —y, en particular, para el realismo moral—, los enunciados morales son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos de modo igual o similar a los enunciados empíricos. Pero eso no lo argüía «contra» Atienza; se trataba de una explicación destinada al lector algo novato en estos temas.

Lo que sí me ha encantado es la afirmación de Atienza de acuerdo con la cual «hay racistas, esclavistas y neoliberales en nuestro mundo». No soy neoliberal (lo otro tampoco, palabra), sino que me tengo por socialdemócrata; menos mal. También me resulta simpática su afirmación de que la renta básica universal le parece «un fundamental derecho humano». Otro día deberíamos disertar sobre objetivismo moral bien objetivo e ideología personal bastante subjetiva.

4. Ni por asomo se me ocurriría insinuar que Atienza no comprenda la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, ya lo he dicho antes. Sí me alegra que la tenga por certera. Su afirmación ulterior de que en muchos casos los jueces deciden o tienen que decidir sobre la base de argumentos que también pueden ser, en parte, morales en nada desmiente dicha separación *conceptual*, igual que en nada se opone a la separación conceptual entre Derecho y economía el hecho de que, en ocasiones, los jueces tengan en cuenta puntos de vista económicos al decidir dentro de los márgenes de su inevitable discrecionalidad. De la misma manera, no es óbice para aquella separación conceptual el hecho de que, como dice Atienza, «[...] la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos [...] puedan perseguir valores morales» como la autonomía. El Derecho también es condición para que los ciudadanos puedan perseguir valores económicos como la riqueza o la satisfacción de ciertas necesidades, y ello no supone la negación de la separación conceptual entre Derecho y economía.

5. No he dicho —y sigo sin decir— que la única racionalidad sea la racionalidad científica. Estaría dispuesto incluso a conceder que, como manifiesta Atienza, pueda haber juicios morales que se puedan «fundamentar suficientemente» o sobre los que quepa dar «razones concluyentes». Pero no estamos diciendo casi nada mientras no precisemos qué es el «fundamento suficiente» de un juicio moral o cuáles son las «razones concluyentes» de la corrección objetiva del mismo. Por eso llevo años insistiéndole con sinceridad a Manuel Atienza en que, mientras no se dedique largamente a hacer un desarrollo (aún más) sistemático y profundo de sus tesis metaéticas, tales tesis sonarán algo elementales al lector

apresurado, y hasta muy parecidas a las de otros iusmoralistas o antipositivistas (pospositivistas no sé si serían, la verdad) que prefiero no recordarle en detalle. Atienza sabe y vale mucho más que casi todos ellos (y ellas), pero es necesario que también sus tesis y frases nos parezcan sustancialmente diferentes¹, después de que él marque detenidamente la diferencia como podría y sabría hacerlo.

6. Yo también creo que quien piense que la esclavitud es justa se equivoca. Y Atienza está de acuerdo conmigo en que un Derecho esclavista no deja de ser Derecho si formalmente lo es y si como tal se aplica. Así que se difumina un poco el objeto de nuestra discusión, más allá de que a mí me sigue gustando hablar de iuspositivismo y él prefiere decirse pospositivista. Como también él abomina del neoconstitucionalismo, la cercanía entre nosotros cada día parece más sorprendente, aunque a cada uno le guste insinuar que fue el otro el que se aproximó.

7. No tengo el más mínimo inconveniente en calificar como irrazonable al conciudadano que prefiera un Estado confesional católico, musulmán o del tipo que sea. Y, ya puestos, también califico de irrazonable al que prefiera un matrimonio sin divorcio o una vida de celibato. Y podría aportar un millón de ejemplos más de preferencias que a mí, honestamente, me parecen irrazonables y que seguro que a Atienza también. Lo que no veo es la relevancia de esos calificativos y de tales acuerdos nuestros para el debate entre iuspositivistas y iusmoralistas (o pospositivistas, si se prefiere) y lo que afirmo seguidamente es que esos «irrazonables» que piensan así tienen el mismo derecho constitucional que nosotros a: *i*) expresar sus creencias; *ii*) defender las correspondientes opciones políticas dentro del marco constitucional; *iii*) proclamarse objetivistas morales y decir que tienen argumentos bastante conclusivos; y *iv*) afirmar que nos ven bastante irrazonables a nosotros. Y con todo esto no proclamo una fe relativista: simplemente declaro que sus derechos fundamentales valen exactamente igual que los nuestros y que debemos dirimir nuestras discrepancias en las urnas, dentro de los márgenes que a unos y otros nos deje el orden constitucional de libertades. Y que los jueces deben respetar el resultado de las urnas, al menos en lo que de claras tengan las normas que aprueba el parlamento legítimo. Si esto es así, el objetivismo moral es tan relevante en ética como indiferente en teoría del Derecho.

8. Dentro de la extensa nómina de acuerdos, comparto con Manuel Atienza la idea de que en los países confesionalmente islámicos constituyen Derecho válido las normas inspiradas en la *sharía* y de que dichas normas no podrían ser válidas aquí y ahora, en un Estado constitucional al estilo de los nuestros de aquí y de ahora. Y me parecen atrozmente injustas muchas de aquellas normas de allá —o antes, de aquí—. Siempre he considerado que esta es una tesis positivista. Si Atienza y yo la compartimos, pues alabados sean los dioses y no debatamos más sobre etiquetas. A lo mejor mis confusiones se deben a que, de joven, leí a Tomás de Aquino y lo de la corrupción de ley, y, de mayor, a Alexy y lo de la pretensión de corrección como elemento constitutivo de la validez jurídica. Queden cercanos, como corresponde, el aquinatense y el de Kiel, y encantado un servidor de andar más próximo a Atienza y a otros poco dados a vestir santos.

9. Si la tesis de la pretensión de corrección en la decisión judicial hace referencia a que un juez normal y corriente, honesto y bien intencionado trata de elegir, de entre las

decisiones que en el caso caben sin vulnerar las bases mismas de su oficio, la que le parezca lealmente la mejor, siguen nuestros acuerdos, y a este paso se nos terminan en cuatro días los debates. Es lo que yo mismo trataba de mostrar en mi escrito anterior a base de comparaciones y ejemplos más o menos chuscos. Lo contrario a un juez que elija la decisión que honradamente estime más correcta es un juez que no elija la decisión que honradamente estime más correcta o, incluso, que escoja la que considere incorrecta, y ese modelo, que yo sepa, nadie lo ha propuesto nunca, ni siquiera nórdicos o genoveses. Lo interesante es que a jueces distintos e igualmente honestos y competentes les parecen más correctas decisiones distintas. Por tanto, decirle a cada uno que se quede con la correcta o bien significa decirle a cada uno que decida lo que él considere mejor y sin hacer trampas y reflexionando bien, o bien no significa nada. Para ese viaje no hacía falta tanta alforja y, desde luego, nos sobraban las tontunas de Dworkin.

Pero, por cierto, también hay que volver a hablar de qué pasa cuando la decisión que al juez le parece moralmente más correcta no es ninguna de las que el sistema jurídico-positivo le permite. Queda pendiente.

10. Una discrepancia, al fin. Dice Manuel Atienza, siguiendo a Nino, que «[...] las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas» y que, por tanto, «[...] necesitan de un apoyo (una premisa) moral». Aquí repito, sintéticamente, lo que ya traté de indicar en mi anterior escrito: las razones jurídicas son razones justificativas jurídicas y las razones morales son razones justificativas morales. Pero si decimos que las únicas o las más auténticas razones justificativas son las razones morales, entonces las únicas razones justificativas son las razones morales. La llamada tesis de la unidad de la razón práctica consiste en decir esto último y quedarse la mar de satisfecho, al modo de Alexy, mismamente. Con lo cual, pareciera que la razón última de toda decisión jurídica (de resolución jurídica de un caso) tendría que ser una razón moral. A mí todo eso me suena artificioso, raro e inútil, y más si previamente hemos admitido cosas tales como que en un país islámico confesional las normas inspiradas en la *sharía* son Derecho válido, aunque moralmente nos repugnen, etc.

De todos modos, Manuel Atienza admite (en el punto Ad 13-14 de su texto) que no es lo mismo justificar jurídicamente (judicialmente) una decisión que justificarla moralmente.

11. Volvemos a coincidir: ni él ni yo creemos que exista algo así como el Derecho natural, pues dice Manuel que el Derecho «[...] es un artificio, una creación humana y que varía con las sociedades y con el tiempo». Esto es, si no estoy confundido, lo que se afirma en la segunda tesis que suele citarse como definitiva del iuspositivismo, la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho. Si la sumamos a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, antes admitida, se acorta bastante el debate y queda solo en cuestión de detalles.

Atienza señala que lo que no debe perderse de vista es que el Derecho incorpora también «una pretensión de corrección», «[...] un elemento de idealidad, de valoración, de moralidad interna o como se le quiera llamar, además del elemento autoritativo». Yo no sé qué quiere decir que el Derecho pretenda, que el Derecho sea sujeto activo de pretensiones,

igual que no entendería que una piedra pretendiera o que el producto interior bruto pretendiera, pero la idea no me es completamente extraña, pues creo que ya en mi más tierna juventud me hicieron estudiar aquello de que el Derecho es «un punto de vista sobre la justicia»², y también leí luego sobre la teoría trialista, la teoría tridimensional del Derecho y otras, todas las cuales decían que, en su esencia, el Derecho era varias cosas a la vez, uno y trino, cuerpo y alma y cosas así.

12. Estoy convencido de que, si hay alguna vía interesante en metaética para el objetivismo moral, es la del constructivismo. Es la que transita Atienza, aunque, en mi opinión, debería profundizar todavía más en ella. De eso está hablando en el punto Ad 16 y no son tan radicales mis discrepancias en ese plano metaético. Estoy de acuerdo con Atienza en que es intelectual y heurísticamente útil presuponer comunidades ideales de dialogantes imparciales y preguntarse qué acuerdos caben, y cuáles no, bajo condiciones discursivas ideales. Pero opino que la utilidad de tales expedientes estriba en excluir la racionalidad o razonabilidad de ciertas tesis morales (por ejemplo, la tesis de que la esclavitud pueda ser justa), mas que no sirven para resolver casos jurídicamente difíciles y tampoco casos que sean a la vez jurídicamente difíciles y moralmente complejos. Por ejemplo, y por citar cuestiones mencionadas por Manuel Atienza en este escrito suyo o en otros, no me parece que sirva para aportar «argumentos conclusivos» en pro de la superior justicia de un sistema de renta mínima universal o para dirimir si es más o menos acorde con la dignidad humana, como valor moral, permitir o prohibir la maternidad subrogada. Los grandes acuerdos que por esa vía podríamos fundamentar son los que ya están reflejados en muchas cláusulas de las constituciones de nuestro tiempo y nuestra cultura, como nos habría mostrado Rawls hace algunas décadas: prohibición de la esclavitud, abolición de la pena de muerte, igualdad de derechos de hombres y mujeres, libertades básicas en todo lo que no dañe patentemente su ejercicio a terceros, etc.

13. ¿Hay discrecionalidad judicial? ¿Le deja el sistema jurídico positivo al juez márgenes de elección entre alternativas que puedan ser compatibles con el respeto a lo que en sentido amplio podemos llamar la legalidad o el Derecho positivo? El iuspositivismo lleva más de un siglo diciendo que sí y Dworkin pareció afirmar una vez que no en su crítica al positivismo hartiano y con argumentos tan conocidos como estupefacientes. Si el juez tiene esos márgenes de decisión posible o de discrecionalidad, entonces qué duda cabe que usará razones de muy diversa índole a la hora de elegir y fundamentar la solución que le parezca mejor de entre las posibles. No veo aquí a Atienza negando la discrecionalidad judicial en ese sentido y rememorando las enigmáticas tesis de Dworkin y su Hércules íntimo y sí leo que afirma Atienza que la libertad del legislador es mucho más amplia que la que caracteriza a la jurisdicción, puesto que «[...] los jueces están sometidos precisamente a las leyes y a la constitución». Por mi parte, estoy totalmente de acuerdo en eso y en que, obviamente, los jueces deben valorar dentro del margen de maniobra o discreción que les dejen las leyes y la constitución, y cada uno buscará lo que de buena fe juzgue más defendible y mejor argumentable.

En el punto Ad 21 Manuel Atienza rechaza el activismo judicial, si bien sospecha que mi reproche del activismo judicial puede ser más exigente que el suyo. Seguramente es

verdad, pero el acuerdo básico lo tenemos, y más cuando él sostiene también que «[...] el objetivismo moral no lleva al activismo judicial» y que «[...] no hay ninguna conexión conceptual entre una cosa y la otra».

A lo mejor las diferencias son más expresivas que de fondo, no lo sé. Atienza acaba afirmando que no cree que los jueces gocen de discrecionalidad en sentido fuerte, pero si discrecionalidad en sentido fuerte significa que los jueces pueden hacer lo que les dé la real gana, sin límite legal ni constitucional, entonces un servidor nunca ha afirmado la discrecionalidad en sentido fuerte, igual que me parece que jamás la han defendido Hart o Ferrajoli, por ejemplo. Y dice Atienza también que la tesis de la única respuesta correcta «es una tesis más bien banal», ya que, a fin de cuentas, lo que acaba sucediendo es que el juez tiene varias opciones y se inclina por la que, honesta y lealmente, le parece avalada por mejores razones. En suma, que si la tesis de la única respuesta correcta sirve para pedirle al juez que, como parte de su *ethos* profesional, en lugar de jugarse el fallo a la carta más alta o a los dados, se esfuerce en buscar la que estime mejor y en argumentarla de la manera mejor posible, entonces tampoco en esto tendré apenas discrepancias con Manuel Atienza, y los que pensaban que era más honda la trinchera entre iuspositivismo y pospositivismo o iusmoralismo de bien acabarán sumidos en el desconcierto.

Y que conste que, al decir «iusmoralismo de bien», trato de indicar que estoy dispuesto a llegar a mil y un terrenos comunes y a conceder bastantes cosas al postpositivismo de Manolo, cosa que no haré con el iusmoralismo de otros cuantos que yo me sé y que no tienen ni su categoría ni su talante. Aclarado queda, por si acaso y para aviso de navegantes.

NOTAS

1. Escribía, por ejemplo, el profesor Javier Hervada lo siguiente: «Calificar el arte del derecho como prudencia está de acuerdo con su cualidad de ciencia práctica. Es, en efecto, la prudencia una virtud intelectual o dianoética, la virtud del correcto obrar moral. Ello nos pone de relieve que la actividad jurídica depende de dos virtudes que están en la base del oficio de jurista: la justicia y la prudencia» (Hervada, 1989: 93). O esto otro, que recuerda a cuando Manuel Atienza afirma que la dimensión autoritativa, la única que verían los iuspositivistas, es importante, pero no la única dimensión de lo jurídico, que tiene también una dimensión ideal o de moralidad interna: para el punto de vista positivista, «[...] el concepto fundamental es el de norma o ley —orden impuesto por el poder—, que se constituye así como el concepto clave del sistema jurídico y de la filosofía del Derecho. Todo el sistema se hace descansar en la norma y su problemática: la interpretación, la validez, la legitimidad, la coactividad, etc. A su vez, el Derecho es visto fundamentalmente como un fenómeno de poder, como un mandato que surge de la voluntad del legislador. El fenómeno jurídico se presenta así como un sistema de normas vinculante y coactivo. En todo caso, la realidad jurídica aparece como un sector de la vida social ordenado y valorado a la norma». En cambio, «[...] desde la perspectiva del jurista, la norma sigue siendo importante y la interpretación de la ley no deja de ser función muy relevante del jurista, pero el centro del sistema no es la ley, sino el Derecho, cosa distinta de la norma, pues es lo suyo de cada uno, aquello que, de varias formas, está atribuido a los diversos agentes sociales y hay que dar a quien le pertenece» (*ibidem*: 95). O atendamos a Legaz y Lacambra: «Evidentemente, el jurista no puede reconocer un Derecho donde no está constituido un sistema de legalidad, ni puede admitir como jurídica una norma que no sea reconducible a tal sistema. Pero el Derecho no es captado en su realidad ni entendido en su verdad si se prescinde de la libertad que,

a la par, consagra y organiza, si se ignora la vida social en la que encarna, si se olvida la justicia por la que únicamente tiene sentido hablar de su ser como Derecho» (Legaz y Lacambra, ³1972: 298).

2. Oigamos a Legaz y Lacambra: «Por consiguiente, la referencia a la justicia va implicada en la estructura misma de la realidad jurídica [...] La referencia a la justicia se da, pues, en la doble dimensión ontológica y óptica; y si bajo este último aspecto —en el que principalmente incide la “ciencia” jurídica— el concepto de Derecho muestra un necesario formalismo —en cuanto que admite “cualquier” punto de vista sobre la justicia— bajo el primero, el ontológico, metafísicamente abierto, no puede ser un concepto estrictamente formal, porque “la” justicia es un elemento integrante de la estructura de la esencia misma del Derecho” (Legaz y Lacambra, ³1972: 262-263). Y mírese esto otro: «Y de ahí que el Derecho y la justicia puedan considerarse como una forma especial de justificación de los actos que afectan a la convivencia, que por ser tales, precisarán no ya una justificación subjetiva, sino de una justificación objetiva, que no me satisfaga solo a mí, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta» (*ibidem*: 290). El Derecho, sigue explicando Legaz, «[...] en su dimensión normativa, en cuanto propone proyectos de vida social, no puede renunciar a su función de imponer una racionalidad de la misma, esto es —dicho en términos clásicos— a ser una “ordenación de la razón”» (*ibidem*: 291), porque «[...] el Derecho es realización de la justicia en la vida social».

BIBLIOGRAFÍA

- HERVADA, Javier (1989): *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona: Eunsa.
LEGAZ y LACAMBRA, Luis (³1972): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosch.