

IUSPOSITIVISMO, OBJETIVISMO MORAL Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Legal Positivism, Moral Objectivism, and the Constitutional State *

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO**

Fecha de recepción: 30/06/2021
Fecha de aceptación: 01/11/2021

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 7-31
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21658>

RESUMEN Una teoría iusmoralista no puede dejar de basarse en el objetivismo moral, mientras que una teoría iuspositivista puede ser defendida por objetivistas y no objetivistas. Se examinan las consecuencias que el iusmoralismo tiene para la teoría de la validez de las normas jurídicas y para su aplicabilidad en los casos concretos y se revisan las asimetrías y aporías a que conduce cualquier teoría iusmoralista. Finalmente, se subraya que los iusmoralistas discrepan entre sí radicalmente sobre los contenidos de la moral verdadera y del derecho justo y que sólo un enfoque iuspositivista es compatible con el Estado constitucional y democrático de derecho.

Palabras clave: iusmoralismo, objetivismo moral, iuspositivismo.

ABSTRACT A legal moralist theory of law cannot but be based on moral objectivism, while a legal positivist theory can be defended equally by objectivists and non-objectivists. The consequences that legal moralism has for the theory of the validity of legal norms and for their applicability in particular cases are examined, and the asymmetries and aporias to which a moralist theory of law leads are surveyed. Finally, it is emphasized that legal moralists radically disagree on the contents of true morality and just law and that only a legal positivist approach is compatible with the constitutional and democratic rule of law.

Keywords: legal moralism, moral objectivism, legal positivism.

1. IUSMORALISMO Y VALIDEZ JURÍDICA

La literatura iusfilosófica de orientación antipositivista tiene un severo problema de etiquetas. Unos se dicen neoconstitucionalistas, mientras que otros, que abominan de determinados excesos judiciales jaleados por el

* Para citar/citation: García Amado, J. A. (2022). Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 7-31.

** Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León (España). Facultad de Derecho, Campus de Vegazana s/n, 24071 León (España). Email: jagara@unileon.es
Número ORCID ID: 0000-0003-3096-4428

neonaturalismo, se autodenominan postpositivistas. Iusnaturalistas confesos ya apenas hay; camuflados bajo variados ropajes, puede que sí. A mí como denominación común para todas esas corrientes de pensamiento jurídico tan cercanas me gusta usar la de iusmoralismo¹, que es la que guarda mayor simetría con la de iuspositivismo.

El iusmoralismo es iusnaturalista o no iusnaturalista. Todo iusmoralismo pone la moral verdadera, o una parte de ella, como elemento definitorio de cualquier auténtico derecho, al margen de cuál sea el tipo de objetivismo moral que la respectiva doctrina iusmoralista cultive y de cómo solucione la cuestión ontológica y epistemológica de los valores morales de contenido objetivo. Quiere decirse que, para los iusmoralistas, una propiedad que define todo verdadero o pleno derecho es la de que sus normas no resulten incompatibles con las de la moral verdadera. En tanto que normas de todo sistema jurídico, esas normas moral-jurídicas (originadas en el terreno ontológico de la moral y, como tales, conocidas por la razón) se integran en los sistemas jurídicos como parte funcionalmente superior de todos ellos. Dicha superioridad de las normas moral-jurídicas sobre las positivas o legisladas tiene dos efectos: las normas moral-jurídicas condicionan la validez en abstracto de las normas jurídico-positivas y condicionan también su aplicabilidad en cada caso concreto².

Esa tesis que acabo de mantener es rechazada a veces por los autodenominados postpositivistas, alegando que es una tesis demasiado radical o contundente. Estos que se llaman postpositivistas afirman a veces que no hay más derecho que el derecho positivo y que esas pautas normativas derivadas de los contenidos objetivos de los valores morales ciertos no son parte del derecho, sino componente ineludible del razonamiento judicial, que debe seguirlos y aplicar el derecho positivo de modo compatible con ellos. De ese modo, la clave pasa del campo de la validez al de la aplicabilidad de las normas jurídico-positivas y lo que se está indicando entonces es que los contenidos de la moral objetivamente correcta pueden y deben derrotar a las prescripciones jurídico-positivas y que eso no sólo es moralmente adecuado, sino jurídicamente debido. Tendríamos, entonces, que no

-
1. Iusmoralismo me parece la expresión más simétrica a la de iuspositivismo. Iuspositivistas son los que afirman la separación conceptual entre derecho y moral y iusmoralistas son los que sostienen algún tipo de unión conceptual entre derecho y moral. No se quiere decir que los iusmoralistas se den a ningún tipo de moralismo, en el sentido peyorativo del término, igual que los iuspositivistas no tienen por qué tener por justo ese derecho cuya condición no hacen depender de que posea ninguna propiedad moral definitoria de lo jurídico. He usado esa expresión, iusmoralismo, por ejemplo, en García Amado, 2015.
 2. Al respecto, García Amado (2015).

es que el derecho positivo ceda ante una parte no positiva del derecho, sino que es el derecho mismo el que queda subordinado a la moral. No hay dos partes del derecho, la positiva y la suprapositiva, jerárquicamente ordenadas y con prevalencia de la segunda, sino dos sistemas normativos, el jurídico y el moral, con prevalencia del segundo sobre el primero.

Por cierto, ese modo de ubicar la prioridad de la moral fuera del campo ontológico de la validez y de colocarla en el terreno práctico de la aplicabilidad de las normas vuelve incoherente el uso de la alexiana idea de pretensión de corrección que esos postpositivistas adoptan más o menos acríticamente. Si no es en el ámbito ontológico o de lo que sea el derecho donde se da la superposición de lo moral sobre lo formalmente jurídico, entonces no tiene sentido afirmar que un sistema jurídico cuyas normas sean fuertemente injustas o que una norma jurídica cuyo contenido sea gravemente inmoral son deficientemente derecho porque no satisfacen la pretensión de corrección. Si la moral o la justicia juegan por fuera del concepto de derecho o de las propiedades identificativas de lo jurídico, la pretensión de corrección no puede predicarse ni de los sistemas jurídicos ni de sus normas, sino nada más que de las decisiones jurídicas aplicativas y, además, no se estaría negando tampoco la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, tan cara a los postpositivistas³.

3. En verdad, de lo que más cerca están estos autoidentificados como postpositivistas es del llamado realismo clásico, con precursores de la talla de Michel Villey y con cultivadores como Javier Hervada o Álvaro D'Ors. Dice Javier Hervada que “[E]l rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno” (Hervada, 1988, p. 7). “Interesa la justicia, porque su objeto coincide con el objeto del arte del jurista. Pero es preciso advertir desde el principio que la justicia no es la virtud específica del jurista. Su virtud específica es la prudencia —la *iuris prudentia*—, porque lo propio del jurista es un *saber* —práctico—, operación de la mente, no es un operar obra de la voluntad, que es el sujeto de la justicia. Con todo, la coincidencia de objetos indica la relación íntima entre la justicia y el arte del derecho” (*ibid.*, p. 8). “No se puede hacer una teoría del derecho sin referirse a la ley, pues la ley tiene una importancia de primer orden para dicha teoría (...) [L]a ley es derecho, fenómeno jurídico, pero no es *el* derecho. El derecho es lo justo, la cosa justa, lo suyo de cada uno. La ley es derecho por su estrecha relación con el derecho” (*ibid.*, p. 15). “La ley es muchas veces medida del derecho, medida de lo justo (...) En una palabra, la ley es *regla o norma del derecho*” (*ibid.*, p. 16). “La juridicidad o esencia de lo jurídico reside en el derecho, en lo justo, y consiste en la relación de débito o deuda, que comporta una exigibilidad. Por eso la ley no es jurídica por razón de sí misma —por ser mandato—, sino por su relación con el derecho. La ley es jurídica por actuar como regla —causa y medida— del derecho, es decir, cuando genera o regula una relación jurídica o relación de justicia” (*ibid.*, p. 16). “[E]s verdad que el jurista ha de interpretar la ley, ha de buscar su sentido y ha de atenerse a lo

Por todo ello, voy a seguir refiriéndome al iusmoralismo más coherente, que es el que coloca en el terreno de la validez el debate sobre si la moral es una propiedad definitoria de lo jurídico. Téngase en cuenta que vamos a usar el término validez como sinónimo de juridicidad. Una norma válida es aquella que es plenamente derecho, auténticamente jurídica, porque tiene todas las propiedades definitorias de las normas jurídicas. Así que las condiciones de validez o juridicidad plena de una norma no serán las mismas para una norma moral-jurídica que para una norma jurídico-positiva.

Una norma jurídico-positiva será válida, en primer lugar, si cumple con las condiciones puestas por el respectivo sistema jurídico para la creación de una norma de tal tipo (legal, reglamentaria, jurisprudencial, convencional...), condiciones que estarán referidas a órgano normador, procedimiento, competencia y jerarquía normativa, en cuanto que puede tenerse por inválida la norma cuyo contenido sea antinómico con el de otra norma de rango positivo superior. Llamaremos a éstas condiciones positivas de validez.

que la ley prescribe; pero no puede olvidar que su función de intérprete de la ley la tiene en función de lo justo —la ley es regla del derecho— en el caso concreto. El término de su arte no es decir lo que la ley prescribe, sino decir lo justo” (*ibid.*, p. 17).

De Álvaro D’Ors podrían citarse muchos escritos de orientación equivalente, pero merece la pena que veamos en el siguiente texto suyo de 1953 algunas consecuencias de la relativización de lo legal como supremo valor jurídico: “Para la mentalidad legislativa, la ley, que constituye un deber ser normado, es lo primario, y el ser real de la conducta se reduce a un cumplimiento o incumplimiento de esa norma. Ahora bien, esa norma legal es una excitación del legislador, y de ahí que todo lo jurídico se pueda reducir, en esa concepción, a un sistema lógico de deber ser. Y una expresión especialmente agudizada de esa mentalidad se manifiesta en el campo del derecho criminal mediante el postulado *nulla poena sine lege*. Según esta formulación, no podría tratarse como antijurídico y considerarse, en consecuencia, como digno de alguna pena o sanción todo acto no previsto por una norma legal. Por lo tanto, si en un pueblo el hurto fuera desconocido, como dicen que fue durante mucho tiempo en Menorca, y por primera vez surgiera aquel acto que las leyes de aquel país no habían sentido la necesidad de sancionar, el ladrón, según tal principio del derecho penal, debería quedar impune. Pero hoy quizá sea más dudoso que un tal aforismo tenga un valor absoluto. En especial, la realidad de los crímenes de guerra —sin implicar con esto una opinión favorable sobre la conducta de los jueces de Nüremberg— ha demostrado aspectos de la realidad que parecían insospechados. Y es que este aforismo es un producto de la época liberal, la cual fue, en el orden jurídico, extremadamente legalista. La libertad se traducía para el hombre liberal en una reducción convencional de lo injusto, algo así como cuando los jugadores de naipes convienen en no reputar como inconveniente más que las trampas específicamente determinadas al comenzar la partida. Como en tantos otros extremos de la concepción liberal, la libertad es concebida como libertad para la voluntad primaria, es decir, eventualmente, como libertad para el mal no-penado” (D’Ors, 1953, pp. 304-305).

En segundo lugar, una norma *jurídico-positiva* será válida, para el iusmoralismo, si su contenido no es opuesto a o incompatible con cualquier norma moral-jurídica. Pongamos un ejemplo. Si es una norma moral-jurídica la que impone el respeto del derecho a la dignidad humana y si la norma jurídico-positiva N permite o manda hacer algo contrario a la dignidad humana, N no será válida o no será derecho del todo, y no lo será aun cuando en ese sistema jurídico no hubiera ninguna norma más alta que fijara expresamente el sometimiento de la legislación al valor de la dignidad humana. A estas condiciones de validez las llamaremos morales.

Por su parte, una norma *moral-jurídica* será válida (jurídicamente) si es moralmente válida. Y como para el objetivismo moral sólo es auténtica norma moral la objetivamente válida o verdadera, podemos reformular tranquilamente el enunciado anterior de este modo, en el fondo más preciso: una norma moral-jurídica será válida (jurídicamente) si es moral. Así que, las normas morales (objetivamente correctas) son normas jurídicas porque son normas morales. Si todas las normas morales no se aplican como jurídicas será porque no se dan en la práctica jurídica sus condiciones de aplicabilidad, no porque no sean derecho por ser morales.

Las normas moral-jurídicas tienen condiciones morales de validez, pero no condiciones jurídico-positivas de validez. Aquí está la *asimetría* que preside el pensamiento iusmoralista. *La validez o juridicidad plena de una norma jurídico-positiva está condicionada por su compatibilidad con las normas (o ciertas normas) de la moral, pero la validez de una norma moral-jurídica no se halla condicionada por su compatibilidad con las normas del derecho positivo.*

Las normas moral-jurídicas son por definición indisponibles para el legislador (al menos para el legislador humano), mientras que las normas jurídico-positivas no existirían propiamente como tales (aunque tengan apariencia externa de juridicidad) si contrarían la moral verdadera. La ley jurídica, para el iusmoralismo, está estructuralmente limitada por la moral, pero la moral no está estructuralmente limitada por la ley jurídica. Las normas moral-jurídicas son jurídicas porque son morales, mientras que las normas jurídico-positivas han de ser morales para ser plenamente jurídicas.

Para el iusmoralismo, las normas moral-jurídicas son, dentro de todo sistema jurídico, jerárquicamente superiores a las jurídico-positivas. Así como, dentro del subsistema de las normas jurídico-positivas, las normas legales han de ser compatibles con las normas constitucionales para ser válidas, en el sistema en su conjunto las normas del subsistema positivo, incluidas las normas constitucionales, han de ser compatibles con las normas moral-jurídicas para ser válidas, o para serlo por completo.

Las consecuencias de lo anterior son apabullantes: las normas de la constitución jurídico-positiva sólo son auténticas normas jurídicas, sólo tienen plena validez jurídica, si no contravienen las normas moral-jurídicas. En consecuencia, la verdadera o más alta constitución jurídica no es la constitución jurídico-positiva, sino la constitución moral, por así decir: la moral verdadera. El poder constituyente no es poder soberano, pues sobre él impera la moral “constituida”, que condiciona la validez jurídica completa de las normas que el constituyente elabore. El iusmoralismo actual, en todas sus versiones, disfraza ésta, que es poco menos que una verdad analítica dentro de tal teoría, mediante un recurso bien conocido, el de sostener la fusión plena entre constitución positiva y constitución moral, a base de mantener que la constitución positiva se encuentra impregnada de la moral verdadera, en cuanto que tiene su esencia en los principios y que estos principios constitucionales, sean expresos o implícitos, son el trasunto o trasposición de la moral verdadera o constitución moral a las constituciones positivas⁴.

Evidentemente, esa idea tiene varios efectos muy desconcertantes y da pie a más de cuatro incongruencias. Entre los efectos desconcertantes se halla el de que tal iusmoralismo solamente puede presentar como constituciones jurídicas las de nuestro ámbito cultural liberal-occidental, pues difícil parece mantener que, por ejemplo, en las constituciones o leyes fundamentales de Arabia Saudita o de Egipto, tan contrarias a la española, alemana, colombiana, argentina, etc., están contenidos los principios de la moral verdadera. O la moral verdadera manda la igualdad en derechos de mujeres y hombres y la libertad religiosa sin discriminación entre creyentes de una u otra fe o de ninguna, o no manda tales cosas, pero no tiene sentido pensar que lo manda así la moral verdadera en España o Buenos Aires, pongamos por caso, pero no en Arabia Saudita.

Las incongruencias se suelen presentar cuando los mismos adalides del iusmoralismo coquetean con la multiculturalidad o con el pluralismo jurídico, pretendiendo que son plenamente derecho las normas de ciertos pueblos originarios, al margen de que cuadren o no con las normas moral-jurídicas, que sí parece que condicionan la validez de las normas jurídico-positivas elaboradas por las instituciones legislativas del Estado. Es bien complicado ser antipositivista jurídico y pluralista jurídico o denostador de los derechos estatales frente a los derechos “originarios” y sin parar mientes en cuánto de morales son los contenidos de éstos. Porque si lo que como condición de validez se exige para los derechos estatales se omite para los

4. Así, Dürig, 2003; Zagrebelsky, 2011, pp. 114 y ss.

derechos de otro origen y anclados en otras tradiciones, la teoría jurídica se vuelve teoría de la ley del embudo⁵.

Si no puede haber iusmoralismo sin objetivismo moral, el ismoralismo o es universalista o peca de incongruente y superficial. Las normas moral-jurídicas han de ser comunes por ser las de la moral objetivamente correcta, por lo que no puede haber unas para mi barrio y otras en otro.

Cuando hablamos de que las normas moral-jurídicas son las normas de la moral verdadera, expresamos una obviedad sobre la que, no obstante, más abajo habrá que extenderse, al hablar del objetivismo moral. Baste por el momento indicar que si un iusmoralista se estuviera refiriendo a la moral de cada ciudadano o de cada juez como fuente de las normas moral-jurídicas, ese iusmoralista devendría un anarquista radical; y si a lo que alude es a las normas de la moral grupal o moral positiva, se torna un relativista cultural extremo. Y ni lo uno ni lo otro se concilia con las pretensiones de todos los iusmoralismos que son y han sido y que nada más que pueden entenderse como ligados a un objetivismo moral que se tome bien en serio⁶.

2. IUSMORALISMO Y APLICABILIDAD DE LAS NORMAS

La aplicabilidad de las normas se predica siempre en relación con los casos. Por aplicabilidad hay que entender, en este contexto, el que una norma deba ser la que se aplique a un concreto caso a la hora de resolver dicho caso conforme a derecho y no de cualquier manera o arbitrariamente. Así pues, a los efectos expositivos que aquí importan, podemos definir la aplicabilidad como la condición (puesta por otras normas del propio sistema jurídico) que posee la norma con la que un caso debe ser resuelto para que esa resolución sea jurídica o plenamente jurídica.

Según la teoría iusmoralista, si para la solución del mismo caso concurren una norma jurídico-positiva y una norma moral-jurídica, si sus soluciones para tal caso son incompatibles y si, además, no queda lugar a dudas del mayor peso de la norma moral-jurídica, entonces la norma aplicable a ese caso es la norma moral-jurídica. Tendríamos que la norma jurídico-positiva ahí derrotada puede no ser inválida, si es que en sus términos generales no es inconciliable con ninguna norma moral-jurídica, pero que dicha incompatibilidad sí se da en el concreto caso, en el que,

5. O convierte el iusmoralismo en aliado de la filosofía política comunitarista, lo que significaría que la unión conceptual entre derecho y moral que el iusmoralismo afirma sería unión con una moral culturalmente relativa, no universalista.

6. Por todos, Atienza, 2017.

excepcionalmente, la solución de la norma jurídico-positiva válida resulta injusta o marcadamente inmoral.

Las normas moral-jurídicas son aplicables por definición cuando vengán al caso, aunque una norma moral-jurídica puede ceder ante otra norma moral-jurídica concurrente que ofrezca para el asunto una solución más justa. Ésa es la esencia de la idea alexiana de ponderación. Por su lado, las normas jurídico-positivas son siempre, para los iusmoralismos, de aplicación condicionada a que no compitan con una norma moral-jurídica que proponga para el caso una solución fuertemente más justa, bien pesadas todas las razones morales y contando entre ellas cosas tales como la seguridad jurídica o la legitimidad de la norma jurídico-positiva.

Los resultados que sobre el papel caben al combinar, en cualquier sistema jurídico, las normas moral-jurídicas del gusto de los iusmoralistas y las jurídico-positivas, en lo referido a la validez y aplicabilidad de estas últimas, son estos cuatro:

- (a) Una norma jurídico-positiva puede ser no válida y no aplicable.
- (b) Una norma jurídico-positiva puede ser válida y no aplicable.
- (c) Una norma jurídico-positiva puede ser no válida y aplicable.
- (d) Una norma jurídico-positiva puede ser válida y aplicable.

La alternativa (a) (norma jurídico-positiva no válida y no aplicable al caso) alude a una norma positiva que en sus términos generales es ya opuesta a una norma moral-jurídica (por eso no es válida) y cuya injusticia se traslada también a la solución del caso concreto que se juzga, por lo que tampoco es aplicable.

La variante (b) (norma jurídico-positiva válida y no aplicable al caso) se corresponde con la situación descrita, la de una norma jurídico-positiva que en sí no es injusta, pero que para el caso preciso es derrotada por una norma moral-jurídica.

En la opción (d) se menciona la situación que no es problemática para el iusmoralista, pues norma jurídico-positiva y norma moral-jurídica prescriben para los hechos enjuiciados la misma solución, que será a la vez plenamente legal y plenamente justa. Dicho de otro modo, si existiera una laguna normativa por falta de tal norma jurídico-positiva, la solución jurídicamente debida sería la misma, pues la brindaría la norma moral-jurídica⁷.

7. Ya sabemos que, para el iusmoralismo, las lagunas se dan en el sistema de las reglas o de las normas jurídico-positivas, no en el sistema total, pues del conjunto de las normas moral-jurídicas se extrae, por vía de ponderación, solución jurídica correcta y única (o casi) para cualquier caso. Por eso niega el iusmoralismo actual la discrecionalidad judicial o la reduce

Lo llamativo está en la alternativa nombrada en (c), la de una norma jurídico-positiva *no válida y, sin embargo, aplicable al caso*. Esto, al menos sobre el papel o en sede puramente analítica, ocurriría cuando una norma jurídico-positiva que no vale por ser injusta en sus términos generales, para un caso sí resultaría de aplicación posible, pues, excepcionalmente, su solución para ese caso coincide con la que ofrece la norma moral-jurídica que venga al caso. ¿Cuál norma se estaría aplicando en verdad?

La cuestión es ociosa, pero nos sirve para mostrar, resaltada, la que podríamos llamar la suprema aporía del iusmoralismo: *las únicas normas válidas y aplicables son las moral-jurídicas*. En efecto, si las normas moral-jurídicas son jurídicamente válidas por definición y si las normas jurídico-positivas nada más que valen en cuanto compatibles con las otras, ninguna validez jurídica se consume *plenamente* si no es como validez moral: las normas jurídico-positivas necesitan, para su validez, cumplir condiciones intrasistemáticas o positivas y, además, encajar con las moral-jurídicas, mientras que éstas no precisan satisfacer ninguna condición “jurídica”, sólo ser lo que son, normas morales.

Si ni siquiera hace falta que la constitución jurídico-positiva las nombre o las mencione, ya que las que no estén en la constitución expresas han de presumirse o bien válidas de todos modos o bien implícitas en la constitución, estamos ante el perfecto y total imperio de la moral en el derecho o de la moral como derecho. El derecho positivo es un aditamento redundante o que sirve sólo para que el legislador autónomamente regule las cuestiones moralmente poco relevantes. Todo el derecho es de la moral, salvo un terreno pequeñito y bastante estéril que, en nuestros sistemas, se deja al legislador democrático y al “principio” de soberanía popular. El derecho positivo gobierna con autonomía los territorios moralmente indiferentes o moralmente irrelevantes; nada más. Sobre las cuestiones de importancia moral podrá el legislador decir lo que quiera y bajo la forma que desee, pero lo que va a misa es el veredicto de la moral, que es el que, según el iusmoralismo, tienen que salvaguardar los jueces en nombre del también llamado principio de unidad de la razón práctica. Para el iusmoralismo de siempre, y aún más el actual, los tribunales constitucionales son guardianes de la moral verdadera, porque nada más que ésa es la constitución auténtica o profunda, y los jueces ordinarios son vigilantes a pie de obra para que nada se le escape a la señora del castillo, que es la moral correcta.

a mínimos marginales, porque el sistema jurídico se ha vuelto perfecto al agregarle la moral verdadera. Puede que los jueces sean torpes, pero el sistema jurídico en sí es omnisciente y omnipotente y por eso Hércules es el mítico guardián de la Verdad Jurídica.

Si para que una norma sea aplicable al caso ha de ser conforme con las normas moral-jurídicas, las únicas aplicables por definición y siempre que vengan a cuento son las normas moral-jurídicas, que nunca pueden ser derrotadas por las jurídico-positivas a secas y que cuando lo son por otras normas moral-jurídicas (en el típico caso alexiano de ponderación de principios), no lo son por un acto de autoridad normativa, sino que se trataría de interna y pacífica acomodación mediante sus “pesos” respectivos. El iusmoralismo actual es una extrema manifestación de armonicismo metafísico, una religión secular con todos los caracteres estructurales de la religiosidad de toda la vida, aunque algunos iusmoralistas se digan ateos.

Así que en ese caso curioso señalado en (c), en que una norma jurídico-positiva no válida por injusta en su tenor general resulta aplicable en un caso por ofertar una resolución justa del mismo, en realidad no se estaría aplicando dicha norma jurídico-positiva, sino la moral-jurídica correspondiente, que, con su irradiación, convierte en solución plenamente jurídica la coincidente con una norma que antes se dijo inválida, igual que otras veces torna en inaplicable la norma que como válida se calificaba.

Es muy probable que toda esta construcción que hago sea tildada de extrema, desmedida. Creo de buena fe que simplemente extrae con analítico rigor las consecuencias últimas de las tesis iusmoralistas en boga. Pero estamos acostumbrados a que los propios autores borren el rastro de estas inapelables consecuencias analíticas de sus tesis a base de difuminar ideas y expresiones. La táctica retórica consiste en convertir en gradual lo binario y en empático lo lógico. Veamos.

Se dice, por ejemplo, que no hay que razonar en términos de todo o nada, sino caso a caso y con una especie de sistema móvil de contenidos variables. Así, no es que de las normas válidas y aplicables se pueda predicar un listado fijo de propiedades definitorias, sino que lo que sea derecho habrá que verlo en cada caso y para cada caso y combinando en cada uno, en la proporción debida, los elementos positivos y los suprapositivos, tal como, repito, recomiendan mejor que nadie los muy conservadores autores del llamado realismo clásico. Otras veces se hará ver que la clave no está en un objeto externo llamado derecho, sino que el derecho es actividad, esa actividad es argumentativa y, por tanto, los contenidos del derecho para cada caso serán los respaldados por los mejores argumentos en esa oportunidad.

La disolución de lo jurídico es extrema y el empoderamiento de los jueces se vuelve máximo, pero con un curioso matiz: el iusmoralista teórico de turno no nos está diciendo que debemos respetar como correctas las valoraciones o ponderaciones judiciales avaladas por muy buenos argumentos, sino por los mejores argumentos posibles, que son siempre los del profesor

iusmoralista de turno. En realidad, el iusmoralismo no empodera tanto a los jueces como a los profesores, erigidos en gurús u oráculos que quieren enseñar a los demás a argumentar para que argumenten como ellos y vean como única solución correcta de cada caso la solución suya. Una curiosa mezcla de intersubjetividad y solipsismo.

Otra manera, la más afamada, de diluir lo binario en gradual es la de Alexy, al hablar de pretensión de corrección. Tanto los sistemas jurídicos en su conjunto, como cada una de sus normas y como cualesquiera sentencias para los casos, tienen su esencia ontológica en una pretensión de corrección. Nada es del todo jurídico si no lleva en su seno la pretensión de corrección, que es de corrección moral objetiva; o si, llevándola, la frustra. Teleología de raíz aristotélico-tomista, pero no aplicada a los seres humanos o sus sociedades, sino a los objetos y las cosas. Como cuando la vieja doctrina cristiana nos contaba o nos cuenta que toda cópula sexual entre adultos en edad fértil lleva aneja una pretensión de reproducción y que la práctica sexual con preservativo o entre personas del mismo sexo no es que no sea sexo, sino que no lo es en plenitud, porque no satisface la pretensión reproductiva inmanente a la sexualidad plena y santa.

Esa ductilidad de un derecho que es descrito como ideal contrafáctico y de la mano de pretensiones de corrección que pueden cumplirse en más o en menos es lo que permite al iusmoralista desactivar las objeciones analíticas más elementales. Así, si uno les pregunta qué pasa con las normas aquellas del machista derecho de familia franquista o con las de Arabia Saudita que discriminan del todo a las mujeres, le responden que esas normas, formalmente jurídicas y como tales aplicadas en su lugar y su tiempo, no son derecho del todo, pero tampoco dejan por completo de serlo y que lo que sucede es que no satisfacen al cien por cien la pretensión de corrección, aunque más inmorales todavía podríamos imaginarlas y entonces la satisfarían todavía menos.

3. OBJETIVISMO MORAL Y POSITIVISMO JURÍDICO

3.1. Por qué un iusmoralista no puede dejar de ser objetivista moral y por qué en la práctica debe asumir una visión iuspositivista si es constitucionalista y es democrata

No cabe congruentemente ser iusmoralista y no ser objetivista moral, en cualquiera de las variantes del objetivismo, pero sí es perfectamente posible ser objetivista moral y iuspositivista. No habrá, pues, iusmoralistas

relativistas o escépticos en cuestiones metaéticas, pero sí existirán iuspositivistas objetivistas y iuspositivistas relativistas y escépticos en metaética.

Debemos comenzar con la definición de objetivismo moral. Como dice Schafer-Landau, la pregunta capital versa sobre si hay “verdades morales objetivas”, en el sentido de independientes de nuestras opiniones y conocimientos. El “objetivismo ético es la doctrina que afirma que ciertos estándares morales son objetivamente correctos y que ciertas pretensiones morales son objetivamente verdaderas” (Schafer Landau, 2012, p 290). “El objetivismo moral mantiene que los juicios morales son normalmente verdaderos o falsos en un sentido moral o universal, que algunos de ellos son verdaderos y que las personas a veces aceptan justificadamente juicios morales verdaderos (y rechazan otros que son falsos) sobre la base de evidencia accesible a cualquier persona razonable y bien informada” (Gowans, 2021).

Para el objetivismo, los juicios morales, o muchos de ellos, son en sí verdaderos o falsos, con total independencia de las creencias u opiniones de quienes los formulen. Por tanto, yo puedo decir con absoluta y sincera convicción que X es justo y puede ser erróneo tal juicio mío o acertado tal juicio mío. Las posibilidades de que dicho juicio sea verdadero o falso son independientes de cualquier dato subjetivo, de cualquier dato atinente a mi persona (mi formación, mis preferencias, mis intereses, mi biografía...)⁸. Y, por supuesto, la verdad o falsedad de los juicios morales es también independiente del grado de convencimiento subjetivo sobre ellos.

Si yo tomo en mi mano un lápiz y digo “este lápiz pesa cincuenta gramos”, ese juicio mío y el enunciado que lo expresa serán verdaderos solamente si tal lápiz pesa cincuenta gramos; si tiene cualquier otro peso, serán falsos. De la misma manera, si yo afirmo “Es injusta la pena que se ha impuesto a Juan por su delito”, juicio y enunciado serán verdaderos, según el objetivismo, si es verdad que es injusta la pena que a Juan se le ha impuesto por ese delito. En ambos casos yo digo lo que creo u opino, pero el que sea verdadero o falso lo que pienso y digo no depende en nada de

8. “Según el punto de vista objetivista comúnmente llamado fiscalismo, los colores son propiedades microfísicas de las superficies. Son propiedades plenamente objetivas de objetos materiales que se dan al margen de cualquier relación con nuestra experiencia de los colores (...). Similantemente, el objetivista en materia de valores sostiene que las propiedades valorativas son propiedades plenamente objetivas de las cosas valorables y que tales cosas poseen con independencia completa nuestras respuestas subjetivas y basadas en sentimientos (...) Esas clásicas formas de objetivismo están vinculadas de manera crucial a la idea de percepción moral que solemos llamar intuicionismo y que simplemente implica que tenemos una facultad para el sentido moral o la intuición racional con la que percibimos los valores y actuamos determinados por ellos” (D’Arms *et al.*, 2006, p. 188).

mí, sino de la correspondencia entre mi juicio y el mundo que es y subsiste con completa independencia de mis creencias.

El objetivismo moral sería una doctrina irrelevante en la práctica si no fuera unido al cognitivismo. El cognitivismo afirma que el contenido objetivamente cierto y verdadero de los valores, de las calificaciones que aplican dichos valores a acciones o estados de cosas y del contenido prescriptivo derivado de todo ello no sólo existe objetivamente e independientemente de las creencias, sino que puede ser conocido. Ahí pasamos de lo ontológico a lo epistemológico y lo que el cognitivismo tiene que señalar es cuál es el método, modo de razonar o facultad mediante los que podemos los humanos alcanzar el conocimiento de las verdades morales objetivas. El recurso más socorrido es el de la intuición moral, pero hay toda una panoplia de teorías al respecto, en las que aquí no puedo detenerme.

Hay variedades y subclasificaciones del objetivismo moral, pero las dos principales y que más nos interesan aquí son el realismo moral y el constructivismo. El realismo moral explica que el contenido objetivo de los valores morales, como justicia, bien o dignidad, existe “ahí afuera”, en sí y por sí, del mismo modo que ahí afuera y en sí y por sí existen los árboles o los planetas. Dentro del realismo moral, el naturalismo indica que los hechos morales son hechos naturales, cognoscibles del mismo modo en que se conocen los hechos de los que se ocupan las ciencias naturales. En cambio, para los realistas no naturalistas, los hechos morales no son “naturales” en ese sentido, sino que se mueven en otras esferas supraempíricas o ideales del ser y pueden y deben conocerse por otras vías. Según el realismo moral no naturalista, en la línea de Moore, “las propiedades morales son *sui generis* e irreductibles” a cualesquiera otras y, como insistía Moore, el bien es el bien y no hay más que hablar⁹.

Así pues, en cuanto teoría objetivista y cognitivista, el realismo permite pensar en algo así como en una peculiar versión de la verdad de los juicios morales en cuanto verdad como correspondencia entre el contenido del juicio moral y un mundo de “cosas” o entidades morales preconstituidas al juicio mismo, objetivas e invariables, y ello al margen de cómo se solucione el problema epistemológico acerca del camino para alcanzar el conocimiento cierto de esos hechos morales objetivos. Así es como entre los filósofos del derecho iusmoralistas se apela al derecho natural, conocido mediante la razón humana, o a la justicia del caso concreto, averiguada mediante una facultad especial y particularmente apta para los juristas, como sería la prudencia, tal como la invocan contemporáneamente aque-

9. Véase, por ejemplo, Pigden, 1991, pp. 421 ss.

llos representantes del denominado realismo clásico o ciertos de los que se identifican como postpositivistas¹⁰.

Hay una variante del objetivismo y cognitivismo que no encaja con el realismo moral y que tiene una gran influencia en el iusmoralismo contemporáneo: el constructivismo moral¹¹. El constructivismo se dice que tiene su precursor lejano en Kant y su paternidad cercana en John Rawls. Los constructivistas piensan que los juicios morales son susceptibles de verdad o falsedad objetivas, pero no en razón de la correspondencia con el contenido predeterminado de los valores, de los hechos morales. El constructivismo no afirma que existan hechos morales determinantes o contenidos de los valores que estén predeterminados al razonamiento valorativo, sino que mantiene que un juicio moral es objetivamente verdadero si, bajo condiciones discursivas ideales y garantías de la total imparcialidad de los razonadores, habría un acuerdo pleno sobre su contenido. Verdadero es el juicio moral con cuyo contenido podrían y deberían estar de acuerdo todos los sujetos racionales que reflexionaran y debatieran sobre la cuestión respectiva bajo condiciones que aseguraran que ninguno se guía por sus intereses puramente egoístas o está determinado por sesgos, prejuicios, miedos o deficiente información. Y teniendo en cuenta, además, que ese modelo contrafáctico en la práctica se proyecta sobre el mundo de la vida, es decir, sobre el horizonte de conocimientos e ideas propios de cada época, razón por la cual el juicio moral que es racionalmente verdadero hoy puede tenerse por racionalmente falso dentro de cincuenta años.

El iusmoralista no puede dejar de ser objetivista y cognitivista moral. Un iusmoralista que no fuera objetivista diría que hay una unión conceptual entre el derecho y la moral personal de cada ciudadano o cada juez, lo que a efectos prácticos nos pondría ante un anarquista que propugna que nadie debe reconocer como derecho objetivo norma ninguna que no encaje con su idea subjetiva de lo justo. Salvo que buceemos en el interesantísimo tema histórico del iusmoralismo anarquista, nada de esto encontramos entre los iusmoralistas al uso.

La otra posibilidad consistiría en algo así como un iusmoralismo enraizado en el relativismo cultural. Algo de esto se puede sospechar en Dworkin¹², sin bien el estilo superficial y evasivo de este autor no permite

10. Aunque en éstos suele darse una mezcolanza un tanto asistemática entre la invocación de la prudencia, como virtud que permite el conocimiento cierto de lo justo para el caso concreto, y la apelación al constructivismo ético, que a continuación vamos a mencionar.

11. Para una excelente introducción al constructivismo metaético, véase Bagnoli, 2021.

12. Y se lo hizo ver Dyzenhaus cuando le argumentó que si de todo sistema jurídico forma parte un conjunto de principios morales subyacentes que dan su coherencia y su sentido

sostener con claridad ni tal cosa ni su contraria, y de ahí su éxito entre güelfos y gibelinos. Ahora bien, ese iusmoralismo relativista tendría serias dificultades a la hora de hacer uso de ideas como la de pretensión de corrección, tan cara a Robert Alexy, o de poner en el frontispicio de todo sistema jurídico auténtico o pleno ideas densas de dignidad humana, de justicia o de derechos humanos. En resumen, un iusmoralismo relativista perdería pie al hacer la crítica de la supuesta insensibilidad moral del iuspositivismo y resultaría bien extraño verlo sostener algo así como una unión conceptual entre derecho y verdad moral relativa.

El iusmoralismo más serio y más fuerte de nuestro tiempo, como el de Alexy o Atienza, entre muchos, se acoge expresamente al objetivismo moral, y en particular al de orientación constructivista¹³. Y aquí viene la cuestión más candente y retadora: en nuestros Estados, que por imperativo constitucional no son moralmente confesionales, cómo podemos pedirle o exigirle al juez que considere que por encima de la ley democráticamente legitimada está la moral verdadera y decirle que esos imperativos de la moral objetivamente correcta deben derrotar a los imperativos legales o hasta a los enunciados constitucionales cuando sea fuerte el contraste entre las razones morales y las jurídico-positivas y cuando, por tanto, en la ponderación la ley sea vencida por el peso marcadamente mayor de las razones morales.

Que *nuestros Estados constitucionales no son moralmente confesionales* no significa que no haya razones morales fuertemente ancladas en nuestras constituciones, sino que *esa moral constitucional es una moral de mínimos, de límites, no una densa moral de máximos o de programa social completo*. Naturalmente que es por razones morales por lo que nuestras constituciones prohíben la tortura o elevan a derechos fundamentalísimos la libertad de expresión o la educación, entre tantos otros. Pero lo que las constituciones prohíben y mandan es nada más que el importante marco dentro del cual cabe lo que las constituciones tácitamente permiten al no

último a sus normas positivas, habrá que pensar que al derecho sudafricano de los tiempos del apartheid le subyacían principios morales de cariz racista o supremacista; y que la única manera de sobreponerse a esa lectura relativista o comunitarista consistiría en que Dworkin con claridad dijera que esos principios no son los de cada sistema jurídico, sino principios de una moral universal, de corte iusnaturalista o vinculada a alguna otra variedad de objetivismo moral. Véase, Dyzenhaus, 2010; también Raz, 1994, pp. 223 ss.

13. Si bien hay que decir que abunda el sincretismo de autores antipositivistas que sencillamente toman de cada lado lo que les parece más vendible y sin parar mientes en la profunda inconsistencia teórica con que adornan su teoría. Así, no es raro que veamos a algunos hacer un divertido cóctel entre Aristóteles y Habermas, entre Finnis y Alexy o entre Javier Hervada y Rawls, entre el auditorio universal y la virtud individual de la prudencia, entre el intuicionismo y la ponderación, etc., etc.

prohibirlo ni mandarlo. Y ese espacio es el espacio que las constituciones dejan en nuestras sociedades a la política, el mismo espacio que da sentido y juego a los derechos políticos.

Para lo que en sí no es inconstitucional por contrariar lo constitucionalmente mandado o prohibido, el calificativo que rige, constitución en mano, es el de legítimo o ilegítimo. Por debajo de sí misma pone la constitución la legalidad, pero no la legalidad por meras razones formales, sino la legalidad constitucionalmente dotada de legitimidad, en cuanto que expresión del principio democrático y de soberanía popular. Una constitución de máximos o de programa completo, una constitución que se entienda ante todo como un “sistema objetivo de valores” y cuyo control de constitucionalidad se conciba como control de optimización de esos valores, traducidos a principios, es una constitución que se autocontradice o se socava a sí misma al dejar sin objeto su propio modelo de legitimidad. Ese modelo sólo se torna efectivo si el control de constitucionalidad es nada más que control de mínimos constitucionales, no control de la máxima realización posible, en cada norma legal y en cada caso, de los valores morales constitucionalizados y pesados como principios. En realidad, una constitución así vendría a tener un solo precepto efectivo: la justicia debe imperar como suprema norma de cada caso y todas las normas jurídico-positivas, incluidas las de la constitución “semántica” e institucional, sólo deben ser aplicadas cuando no contraríen palmariamente el mandato de hacer lo justo en cada ocasión.

El iusmoralismo es incompatible con las constituciones del Estado constitucional y democrático de derecho por esa razón de que reemplaza la constitución real y completa por una constitución moral postulada y fingida. Pero no sólo por eso, sino también por otra razón de tanta o mayor importancia, la de que sustituye la igualdad de los ciudadanos por una división cuasiestamental entre ciudadanos en la verdad moral y ciudadanos en el error.

A mí o a usted, en cuanto ciudadanos, no nos está permitido participar en la producción de una norma legal que valide la tortura como medio de prueba procesal, pero sí nos permite la constitución escoger entre una extensa gama de sistemas y normas morales y vivir cada cual según su creencia en lo que no dañe patentemente a otros. En estos Estados constitucionales caben en igualdad de derechos los que piensan que el aborto voluntario es en todo caso un crimen moral horrendo y los que creen que nada de inmoral hay en abortar intencionadamente en las primeras semanas de gestación; los que opinan que el matrimonio nada más que es tal y está moralmente justificado si es a dos y quienes consideran que ninguna objeción moral hay contra el matrimonio a tres o a cuatro; quienes estiman

que es inmoral el sexo entre hermanos adultos o entre padres e hijos adultos y que el derecho debe prohibirlo o hasta penarlo, y los que no ven tal inmoralidad; los que consideran que drogas como la cocaína causan grave daño a las personas y su autonomía y que por eso debe estar prohibido al menos su tráfico y aquellos que dan peso mayor a la autonomía personal y opinan que no es moralmente adecuado el paternalismo estatal que subyace a esas prohibiciones y que cada uno ha de ser plenamente dueño de su vida y responsable del modo en que elige vivirla. Y así podríamos prolongar los ejemplos hasta el infinito.

Un concepto moralizante y denso de constitución llevará normalmente a pensar que sobre cada una de esas cuestiones han de decidir los jueces constitucionales revisando la correspondiente decisión legislativa, para ver si en las normas legales se optimizan los valores y principios y se consigue lo objetivamente mejor desde el punto de vista moral, que será también lo jurídicamente mejor a todos los efectos. Pero de ese modo se cae en una especie de sangrante paradoja constitucional. Por una parte, se nos dice en las constituciones que los ciudadanos valemus igual, creamos lo que creamos sobre esos asuntos, y que cada cual, desde su personal creencia moral, es libre para votar y contribuir a formar las mayorías parlamentarias que dirán cuál de las opciones de igual valor se impone como ley. Pero, a la vez, se nos está indicando que de las alternativas en disputa sólo una es constitucional, mientras que la otra está permitida en cuanto pensada, dicha o votada, pero que en realidad no ha de poder realizarse porque no cuadra con el óptimo moral, que, al parecer, es el óptimo constitucional.

Es así como la igualdad moral de los ciudadanos se difumina y como la igualdad política se esfuma, pues la verdad moral no tendría más que un camino y los jueces constitucionales son en verdad garantes de la verdad moral, de la constitución moral-jurídica y no de la constitución jurídico-positiva. Casi un siglo preguntándonos si sobre el guardián de la constitución tenía razón Kelsen o la tenía Schmitt, y a la postre resultó que la tenía Santo Tomás y que el iusnaturalismo se hizo constitución y habitó entre nosotros, para que no fuéramos ni tan iguales ni tan libres ni tan soberanos individual o colectivamente como soñaron los padres del moderno constitucionalismo.

El constitucionalismo moderno logró una síntesis que marcó un hito civilizatorio y que podemos resumir del siguiente modo: *la moral es de cada uno y el derecho es de todos*, por lo que ni el derecho puede reprimir la creencia moral de ninguno ni la moral de ninguno debe suplantarse a la ley común a todos. Ese es el logro que está derribando el iusmoralismo, revestido de neoconstitucionalismo o arrogándose la superación irreversible del positivismo.

¿Qué puede hacer un objetivista moral que no quiera dejar de tomarse en serio la constitución de todos? En primer lugar, tener conciencia de que su objetivismo tiene perfecta cabida dentro de la constitución, igual que el relativismo. En segundo lugar, observar cuán profundos son los desacuerdos que en nuestros Estados constitucionales observamos también entre los que se tienen por objetivistas morales. De cada uno de los debates antes citados podemos encontrar las posturas más opuestas defendidas con planteamientos objetivistas y tanto desde el realismo moral como con argumentos de tinte constructivista. Eso no nos sorprenderá, pues es lo mismo que nos enseña la historia del iusnaturalismo, ése que hace cien años u ochenta defendía la sumisión de la mujer al varón y que ahora, en nombre del mismo derecho natural, propugna la radical igualdad de derechos entre mujeres y hombres.

En tercer lugar, el objetivista ha de darse cuenta de que nada hay de estructuralmente distinto entre el debate que sobre el bien y lo justo mantenga con un objetivista de convicciones contrarias a las suyas y la discusión que tenga con un relativista o, en general, un escéptico en materia metaética. Porque el decirse objetivista moral significa proclamar un grado muy profundo de convicción de la verdad de las propias ideas o, al menos, de la verdad a la que se aspira para las convicciones morales propias, pero eso no implica una posición de privilegio en los debates sociales, y en particular en los debates con relativistas morales y escépticos. Nada nos autoriza a pensar que las convicciones de Kelsen referidas a la injusticia del nazismo o del estalinismo fueran más ligeras o menos dignas de ser tomadas en consideración por el hecho de que Kelsen no las tuviera por tan indiscutiblemente verdaderas como indiscutiblemente verdadero es que el sol sale por el Este o que la molécula de agua está formada por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno.

La era del constitucionalismo es la primera en la que los objetivistas pueden convivir entre sí cuando piensan distinto sobre lo objetivamente correcto y convivir con los relativistas y escépticos en igualdad y sin discriminación de ninguno. Y esto sólo se mantiene así si ninguno hace trampas. O sea, si el objetivista no acaba por decir que iguales sí, pero bajo el imperio de los hechos morales objetivos, que siempre serán los suyos de cada objetivista, y si el relativista no absolutiza la ley para sustraerla al dictado de las mayorías cuando a ese relativista con poder la ley de hoy favorece.

Así pues, los dos grandes enemigos del Estado constitucional y democrático de derecho son el objetivista moral convertido en absolutista moral, que mancilla en su interés los valores constitucionales que dice que cultiva y pondera, y el nihilista, que no ve valor ninguno en el sistema constitucional de libertades en general y de libertades políticas en particular, y que

reemplaza el interés de todos en la ley común por el egoísta de su persona o grupo, al grito de “Yo, el Supremo” o de viva el *Volksgeist* o arriba el *gesundes Volksempfinden*¹⁴.

El objetivista que no se deje tentar por los cantos de sirena de un constitucionalismo actual, que es el enésimo caballo de Troya del absolutismo, está llamado a jugar un gran papel en los debates morales y políticos de nuestros Estados constitucionales. Un objetivista moral que asimile que el derecho no es de los que tienen razón porque comparten las razones suyas, sino que es de todos porque cada uno tiene sus razones, será el mejor activista de los derechos constitucionales como límites infranqueables frente a cualquier ponderación o similar malabarismo, y será quien pueda contribuir a la mejor dinámica legal dentro de una sociedad democrática que se tome en serio la deliberación social sobre lo justo como base de la legitimidad de la ley.

Más allá de esas razones generales, veamos ahora el encaje que pueden tener los objetivistas en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Hay que empezar por explicar algo que define la metaética objetivista. Para un relativista, dos juicios como “X es justo” y “X es injusto” no son aptos para ser objetivamente calificados como verdaderos o falsos y la validez o corrección de cada uno es relativa al sujeto o grupo social que lo enuncia, sin que haya cómo dilucidar cuál está en lo cierto y cuál yerra. En cambio, para un objetivista sólo uno de esos dos juicios contradictorios será objetivamente verdadero y el otro será necesariamente falso.

Un objetivista congruente siempre pretenderá para sus juicios morales corrección objetiva e incurrirá en algo así como contradicción performativa el objetivista que diga “para mí X es justo, pero admito que X puede ser injusto, ya que no hay cómo acreditar objetivamente la verdad de lo uno o de lo otro”. Dicho de otra forma, un objetivista que no pretenda corrección objetiva para sus juicios morales, porque piense que pueden estar condicionados por sus circunstancias personales, sus prejuicios o su experiencia individual, es en verdad un relativista. Porque no perdamos de vista que un relativista moral no es alguien que carece de convicciones morales, sino alguien que puede tenerlas bien intensas, pero que no pretende para ellas verdad, porque no piensa que haya ningún parámetro objetivo de medida para la verdad o corrección objetiva de tales juicios.

14. Lo curioso de este tiempo nuestro es que los populismos, cada día más lozanos, combinan las dos estrategias sin pudor, la absolutista y la nihilista, aprovechándose de la crisis posiblemente terminal de la teoría del derecho y de la teoría constitucional; o de que el derecho dejó de tomarse en serio cuando, curiosamente, alguien publicó un libro titulado *Los derechos en serio*.

Así que cabe que un relativista diga “Creo con toda convicción que X es justo, pero no creo que haya cómo demostrar la verdad de ese juicio mío a quien piense lo contrario”; pero no tiene sentido un objetivista que sostenga eso mismo o que diga “Creo personalmente que X es justo, pero sospecho que me equivoco y que lo que racionalmente se puede demostrar es que X es injusto”. La intensidad de las creencias morales del relativista y el objetivista puede ser la misma, en cuanto convicción personal, y lo que cambia es la pretensión epistémica que las acompaña, pues el objetivista piensa que esas convicciones, además de ser suyas por sus razones, son las verdaderas porque son racionalmente demostrables como tales.

Un Estado constitucional y democrático de derecho no es ni tiene por qué ser una república de escépticos. En él pueden convivir y de hecho conviven los objetivistas y los relativistas y escépticos de toda laya. Pero vamos a imaginar, a título de hipótesis de trabajo, un Estado tal en el que todos los ciudadanos sean objetivistas morales. Y lo primero que debemos decir es que aunque para un objetivista no puedan ser a la vez verdaderos los juicios “X es justo” y “X es injusto”, sí es muy fácil encontrar diferentes objetivistas que discrepen así sobre la justicia o injusticia de X. Por ejemplo, sobre cada una de esas cuestiones que antes traje a colación hay objetivistas que acogen como verdadera una tesis y otros que sustentan la verdad objetiva de la tesis contraria.

Completemos nuestra hipótesis de trabajo. En ese Estado E, cuyos ciudadanos son todos objetivistas, hay una división radical entre los que piensan que X objetivamente es justo y los que lo creen radicalmente injusto. Por poner un ejemplo más, supongamos que el debate trata sobre la justicia de la norma jurídico-positiva que legalice el contrato de maternidad subrogada o sobre la compatibilidad de tal permiso con la dignidad humana.

Si las dos partes son objetivistas morales y son antipositivistas jurídicos que afirman la derrotabilidad de las normas jurídico-positivas por obra del mayor peso de los principios que contra ellas concurren a veces, entonces cada parte entenderá que el legislador legisle en favor de una tesis o de la otra, pero querrá que el tribunal que ejerza el control de constitucionalidad de las leyes pondere y haga valer en contra o a favor de la ley en cuestión el principio que más pese. Cada parte considerará que la solución constitucionalmente debida o más correcta será la que se corresponda con lo que esa parte cree objetivamente justo u objetivamente acorde con el contenido cierto de la dignidad humana y pensará que es adecuado que el órgano que ejerza el control de constitucionalidad decida en consecuencia. Así que si la parte A valora, desde su objetivismo moral, que la dignidad humana es perfectamente conciliable con la maternidad subrogada y el legislador autoriza los correspondientes contratos, A creerá con firmeza que es moralmente

y constitucionalmente correcta dicha norma y estará en contra de que el órgano de control la declare inconstitucional. Si, por su lado, B considera con pretensión de verdad objetiva que es grave el daño que esa norma causa a la dignidad humana, defenderá su inconstitucionalidad y se escandalizará si el órgano de control no la anula.

¿Cómo solucionamos ese desencuentro entre quienes por igual se ven y se proclaman objetivistas morales y se tienen por capaces de demostrar con argumentos o pruebas racionales que la razón está objetivamente de su parte? Analicemos cómo pueden ellos mismos contemplar la cuestión y las salidas posibles.

En primer lugar, puede que, convencida cada parte de estar en posesión de la verdad y legitimada por ella, piense que es adecuado maniobrar para imponer sus puntos de vista, que cada una pensaría verdaderos e incompatibles con lo que se cree grave error moral y jurídico de los otros. Por ejemplo, cada parte podrá tratar de maniobrar a fin de influir sobre la decisión del órgano de control de constitucionalidad, sobre la elección de sus miembros, etc. Lo elevado del fin justificaría ciertos medios. Ese riesgo será particularmente agudo en el caso de esos objetivistas que tengan poder político. De ese modo se estaría recorriendo la peligrosa senda que va del objetivismo moral al absolutismo moral. No parece que esa vía sea compatible con nuestras constituciones, tomadas en su integridad, y parece un uso inconstitucional de los valores constitucionales, paradoja común en estos tiempos de populismo, puerilidad y descaro. Al absolutista moral (no al mero objetivista, por supuesto) la democracia le sobra y, por ello, en poca estima tendrá nuestras constituciones democráticas y la legalidad legítima que nace de la soberanía popular.

Como segunda alternativa podríamos pensar en el azar, en la aleatoriedad. La parte A y la parte B nada hacen para imponer torcidamente su punto de vista al órgano de control de constitucionalidad y asumen que si éste está también integrado por objetivistas morales que son además iusmoralistas negadores de la separación conceptual entre derecho y moral, dicho órgano decidirá la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en examen en función de que formen mayoría unos u otros objetivistas en pugna, de los que conforman el órgano. Pero si ésa es la salida, se presenta de inmediato la pregunta obvia: ¿por qué preferir como solución jurídica vinculante para todo el país la solución que emana de la coyuntural mayoría que se forme en el tribunal constitucional, en lugar de la mayoría democráticamente legitimada que creó la norma? No se olvide que no estamos ante un caso evidente de inconstitucionalidad por contradicción clara entre un enunciado constitucional y uno legal, sino frente a uno en el que todo depende de los contenidos con que cada cual cargue el valor constitu-

cional dignidad y del peso que en el caso les asigne. Y, en consecuencia, la cuestión es más obvia: ¿es conforme a la constitución preferir, en la duda, la decisión de la mayoría del tribunal constitucional en vez de la mayoría legítima del órgano que según la constitución tiene la potestad legislativa en representación de la ciudadanía?

Hay, por supuesto, una tercera salida, la consistente en que los objetivistas del grupo A y los objetivistas del grupo B asuman que, a efectos de que haya un derecho común para todos, para objetivistas y escépticos en metaética y hasta para objetivistas entre sí discrepantes, las normas las impongan a todos los parlamentos democráticamente legitimados y conforme al mecanismo de mayorías que nuestras constituciones proponen. Si en esto tan razonable están de acuerdo A y B, se vuelven inevitables dos importantísimas consecuencias.

La primera y crucial es que la moral verdadera no puede erigirse en propiedad definitoria de la validez y aplicabilidad de las normas jurídicas; o, al menos, no puede coherentemente pretenderse tal cuando se vive en un Estado moralmente no confesional y que garantiza todas las libertades de pensamiento, expresión y políticas. Esto no quiere decir que tengan los objetivistas del grupo A o del B que renunciar a esa su posición metaética, a su creencia en hechos morales o en soluciones morales objetivamente correctas y averiguables, sino que nada más que implica que deben renunciar a considerar que sea condición de juridicidad y de aplicabilidad de las normas de ese sistema jurídico su correspondencia o su no fuerte incompatibilidad con las normas de la moral que se tiene por verdadera. Y ahí tendríamos a un objetivista moral que, a los efectos, *se comporta como un iuspositivista*, al menos para el derecho de su Estado constitucional y democrático de derecho. Repito, se comporta así porque no quiere tornarse un absolutista moral, no desea maniobrar en contra del sistema de legitimidad constitucionalmente establecido y respeta los iguales derechos de los otros objetivistas de los que discrepa, aunque los considere víctimas de un grave error epistémico, error epistémico que nunca los hace ciudadanos de segunda, ni en lo individual ni en lo social ni en lo político ni en lo jurídico.

La segunda consecuencia es la de la irrelevancia teórico-jurídica de las adscripciones metaéticas. En el debate ético y metaético es de sumo relieve la contraposición entre objetivistas y no objetivistas, pero en la práctica política y jurídica que requieren nuestras constituciones y los Estados de derecho que ellas configuran carece de toda importancia esa diferencia entre los unos y los otros, pues, en tanto que ciudadanos iguales, la constitución no lo diferencia como titulares de derechos distintos ni permite afirmar que sea mayor el derecho o privilegiada a ningún efecto la posición de los objetivistas o de los escépticos. Y eso porque el respeto dentro de cada

grupo y entre los grupos sólo es posible si se hace entre todos un derecho común para todos, en lugar de convertir la actividad judicial y el control de constitucionalidad en la continuación de la guerra por otros medios, si se me permite esta adaptación ad hoc de la famosa frase de Clausewitz.

3.2. Por qué un iuspositivista puede ser o no un objetivista moral

Este apartado último puede y debe ser breve. Es sabido y aceptado¹⁵ que cabe ser iuspositivista, al concebir y teorizar el derecho, y objetivista moral en el plano de la metaética. El iuspositivismo no compromete a sus cultivadores ni con el escepticismo ni con la indiferencia ni con el cinismo en cuestiones morales. Yo puedo estar convencido de que la justicia, en su relación con la igualdad entre seres humanos dotados del atributo de la dignidad, es por completo incompatible con la discriminación entre mujeres y hombres. Eso lo puedo entender así tanto si soy relativista moral como si soy objetivista, sólo que en este último caso diré que mediante la razón podemos conocer todos el hecho moral de la igualdad y comprobar objetivamente que la discriminación por razón de sexo es inconciliable con tal valor moral de la igualdad; o, si soy un objetivista constructivista diré que la prueba de que es verdadero el juicio de que la discriminación por sexo es objetivamente injusta e incongruente con la dignidad de las personas está en que no es pensable que bajo condiciones ideales de reflexión y argumentación ninguna persona pueda consentir su propia sumisión a los de otro sexo y nada más que en razón de que uno sea varón o sea hembra.

Un iuspositivista puede ser uno de tales objetivistas de corte realista o constructivista. Le bastará asumir que las normas constitucionales o legales que en tal o cual país permitían o permiten la discriminación por razón de sexo (o de orientación sexual, o de raza o de creencia religiosa o de convicciones morales...) eran o son normas jurídicas objetivamente inmorales. No hay incoherencia ni contradicción en afirmar que hay normas jurídicas contrarias a la moral objetivamente correcta o en que hay normas morales contrarias al derecho válido y vigente. Lo verdaderamente extraño es que alguien afirme que las normas jurídicas que tiene por justas el objetivista de en frente no son en verdad jurídicas, o no lo son del todo, porque no satisfacen por completo la pretensión de corrección moral que es propia de

15. Véase, por ejemplo, Caracciolo, 2000. También García Amado, 2020, pp. 22 ss.

todo auténtico derecho, ese fantasmagórico atributo, propio del animismo, que Alexy predica del verdadero derecho, la pretensión de corrección¹⁶.

Si asumimos que la democracia es el sistema político que permite construir en paz y con *fair play* normas comunes para los que firme y honestamente cultivan creencias distintas sobre la justicia y la vida buena, ya se consideren objetivistas o relativistas, y que el respeto a las creencias de los otros objetivistas o de los relativistas impele a garantizar los derechos de las minorías y la reversibilidad de las decisiones legales, siempre que no se contraríen los mínimos constitucionalmente sentados, resulta que se nos aparece Kelsen y se impone la lectura de *Esencia y valor de la democracia*. Cuando un objetivista de nuestros días lea esa obra y diga que es errada por incompatible con los valores constitucionales, que suenen todas las alarmas: nuestras constituciones están amenazadas por el mismo mal que acabó con la de Weimar; nuestras constituciones están siendo atacadas por los que objetivamente son enemigos de la constitución de las libertades y la igualdad, nuestras constituciones están siendo combatidas por lo que objetivamente es la inmoralidad. Un objetivista moral enemigo de la libertad e igualdad de los que piensan distinto es un oxímoron, se trataría de un narciso que se aprovecha de la libertad para acabar con la de los otros y de la igualdad para imponer su ego.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2017). *Objetivismo moral y Derecho*. En Atienza, M. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Bagnoli, C. (2021). Constructivism in Metaethics. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.) <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/constructivism-metaethics/>
- Caracciolo, R. (2000). Realismo moral vs. positivismo jurídico. En *Analisi e Diritto*, 37-44.
- D'Ors, A. (1953). Principios para una teoría realista del Derecho En *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1953, 301-330.
- D'Arms, J. et al. (2006). Sensibility Theory and Projectivism. En Copp, D. (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory* (pp. 186-218). Oxford: Oxford University Press.
- Dürig, G. (2003). *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, Múnich: Beck, edición especial que reproduce el comentario original, de 1958.

16. Críticamente sobre la idea alexiana de pretensión de corrección, García Amado, 2014-2015.

- Dyzenhaus, D. (2010). *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality*. Oxford: Oxford University Press.
- García Amado, J. A. (2014-2015). Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. En *Eunomia*, 7, 6-40.
- García Amado, J. A. (2015). *Iusmoralismo(s)*. Quito: Cevallos.
- García Amado, J. A. (2020). Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza. En *Teoría & Derecho*, 27, 15-43.
- Gowans, Chr. (2021). Moral Relativism. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.)
<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/moral-relativism/>
- Hervada, J. (1988). Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. En *Dikaion*, 2, 7-19.
- Pigden, Ch.R. (1991). Naturalism. En Singer, P. (ed.), *A Companion to Ethics* (pp. 421-431). Oxford: Blackwell.
- Raz, J. (1994). Authority, Law, and Morality. En Raz, J., *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Schafer-Landau, R. (2012). *The Fundamentals of Ethics*. Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 2º edición.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

