



# UN ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LAS CONCEPCIONES METAÉTICAS EN LAS TEORÍAS DE LUIGI FERRAJOLI Y MANUEL ATIENZA

*Félix F. Morales Luna*

Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante y profesor asociado del  
Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

*Categoría Profesores*

El objeto de este trabajo es contribuir a esclarecer una discusión entre dos referentes de la Filosofía del Derecho actual: Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza. A pesar de las extendidas coincidencias entre ambos, discrepan sobre la mejor concepción que pueda dar cuenta de los Estados Constitucionales de Derecho: si el positivismo jurídico o un paradigma post-positivista. El origen de la discusión es identificado con algo previo: su rechazo o aceptación, respectivamente, del objetivismo moral; es decir, que sus discrepancias teóricas son un reflejo de sus distintas concepciones metaéticas. En esta línea, se aborda la posición de cada uno de los autores sobre el punto discutido, identificando los argumentos en los que se sostienen. Una vez sistematizados, tales argumentos son sometidos a una evaluación analítica para determinar si se trata de una discrepancia tan solo aparente o, más bien, de una genuina controversia que ha de ser resuelta argumentativamente. El análisis de este debate permite suministrar criterios para esclarecer las exigencias metaéticas que subyace al trabajo con el Derecho en los actuales Estados Constitucionales.

## **I. Introducción**

Las transformaciones ocurridas en el Derecho, desde la segunda mitad del siglo pasado, han sido notables. Los niveles de barbarie que conoció la civilización obligaron a reinventar los mecanismos de protección de la persona humana. Entre tales transformaciones, tal vez la más destacada sea el redimensionamiento del rol normativo de la Constitución y, con ello, de las categorías sustantivas que reconoce. Desde entonces, el Derecho ha asumido una innegable carga moral cuyo contenido y realización exige remitirse a razones sustantivas y no solo formales.

En el ámbito de la teoría del Derecho, estas transformaciones han dado lugar a intensos debates en relación con la mejor reconstrucción teórica posible que dé cuenta de los cambios verificados en la práctica jurídica. La trascendencia de los debates determinan que estemos ante

un cambio de paradigma en el modo como asumimos el Derecho. En estricto, la discusión ha girado en torno a la necesidad de superar el positivismo jurídico para asumir una concepción más idónea para los sistemas constitucionales actuales.

Los principales cuestionamientos al paradigma positivista recaen sobre una de sus tesis definitorias: la separación conceptual entre el Derecho y la moral. A entender de sus críticos, una concepción que asume la separación conceptual entre el Derecho y la moral, resulta inadecuada para dar cuenta de sistemas jurídicos como los actuales, definidos por los elementos morales que reconoce. Es por ello que los esfuerzos de quienes reclaman la superación del paradigma positivista se han orientado a desarrollar categorías conceptuales que este desconoce o que no es capaz de explicar, y que enfatizan la dimensión moral y sustantiva de los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, destacan trabajos sobre los principios jurídicos, la ponderación, la derrotabilidad o la argumentación jurídica.

En este nuevo escenario, donde aún se percibe la tensión entre los defensores de un paradigma que se resiste a ser superado y quienes pugnan por su superación, los juristas buscan posicionarse en el debate, sea ratificándose en el positivismo jurídico y sus tesis, sea superándolas. Este debate impacta incluso sobre temas clásicos de la discusión iusfilosófica, que se prestan a ser analizados bajo nuevos argumentos. En esta línea, considero de particular interés un debate suscitado entre dos innegables protagonistas de la filosofía del Derecho actual: Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza.

Ambos constituyen referentes en las discusiones actuales, y sus obras son constantemente citadas tanto en debates académicos como en las decisiones de los operadores jurídicos, con particular acogida en los países latinoamericanos. Son reconocidos por su importante aporte para dar cuenta del Derecho en los sistemas constitucionales, sin perjuicio de los desarrollos que han realizado en el ámbito de los derechos fundamentales o de la democracia.

Lo que llama la atención en relación con ellos es que pretenden dar cuenta del Estado Constitucional del Derecho desde paradigmas teóricos distintos, lo que ha supuesto el principal tema de sus debates. En efecto, mientras que Ferrajoli se reconoce como positivista, Atienza considera necesario superar esta concepción. Avanzando hacia el detalle de qué tesis específicamente es la que funda la discrepancia, considero que es la referida a la concepción metaética asociada a cada una de estas posiciones. Mientras que el positivismo jurídico ha sido comúnmente asociado con el rechazo al objetivismo moral, quienes reclaman asumir un nuevo paradigma postpositivista consideran imprescindible que para dar cuenta del Derecho actual se requiere asumir un objetivismo moral, aunque sea mínimo.

Así planteado el desencuentro, el objetivo de esta investigación es presentar las razones sostenidas por estos autores en la discusión para intentar esclarecerla y, confiando en la utilidad de un análisis argumentativo, plantear algún nivel de acercamiento entre sus posiciones.<sup>1</sup> Se espera que el aporte de este trabajo, trascendiendo el concreto debate entre ambos, contribuya a esclarecer las tesis metaéticas que subyacen a las posiciones en las discusiones de la teoría del Derecho y permita tomar conciencia de las profundas implicancias éticas —que usualmente pasan inadvertidas— del trabajo con el Derecho actual.

---

<sup>1</sup> Una compilación de trabajos en los que se debate sobre el constitucionalismo, a partir de un trabajo de Luigi Ferrajoli, y del que he tomado gran parte de los argumentos presentados en este estudio se encuentra en el número 34 de la Revista Doxa, editada en Alicante, el 2011.

## 2. El planteamiento de Luigi Ferrajoli y la crítica de Manuel Atienza

Luigi Ferrajoli es uno de los más importantes e influyentes filósofos del Derecho de la actualidad. Heredero y partícipe de la tradición analítica italiana, ha producido una obra vasta y profunda, que ha sido muy difundida en el mundo latino.

En su producción destaca *Principia iuris*, obra culminante de profundo rigor intelectual en la que sistematiza y condensa su teoría del Derecho y la democracia. En ella, si bien desarrolla una teoría pretendidamente general del Derecho, los conceptos más elaborados y complejos adquieren toda su fuerza explicativa sólo a la luz del modelo constitucionalista (Prieto 2008: 326).

El modelo normativo del que principalmente se ocupa Ferrajoli es el Estado Constitucional del Derecho que se caracteriza por la introducción y encumbramiento de categorías sustantivas (principalmente los derechos fundamentales) que trastocan el modo como se produce y valida el Derecho. De ahí que en este modelo de Estado no existan poderes soberanos «pues el ejercicio de todos ellos viene sometido a requisitos formales acerca del *quién* y del *cómo* se manda y, sobre todo, a requisitos materiales o sustantivos acerca de *qué* puede o debe mandarse» (Prieto 2008: 328).

Para Ferrajoli, el Estado Constitucional, la democracia o los derechos fundamentales no solo son objetos de estudio o meros temas de preocupación académica. En él se advierte un genuino compromiso con tales categorías y sus garantías de protección. Exigiendo tomarlas en serio, construye un modelo sumamente denso y vigoroso de constitución normativa, oponiéndose, por ejemplo, al modelo de constitución propuesto por Kelsen, que presenta extremas cautelas sobre la incorporación de principios o derechos, que constituyan límites materiales a la acción del legislador (Prieto 2008: 326).<sup>2</sup> En el constitucionalismo, según la reconstrucción de Ferrajoli, por el contrario, «para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar *normas sustanciales sobre la producción* [...] Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de la paz y similares» (2003: 230).

No obstante, un punto que ciertamente le vincula a Kelsen y que le ha supuesto un gran frente de críticas, es el del paradigma teórico desde el que intenta reconstruir conceptualmente las categorías del Estado Constitucional: el positivismo jurídico. En efecto, la teoría del Derecho de Ferrajoli intenta conciliar dos tradiciones pretendidamente enfrentadas: el positivismo jurídico y el constitucionalismo. Lejos de pensar que el constitucionalismo conlleva inevitablemente el abandono y superación del paradigma positivista considera, más bien, que el constitucionalismo puede y debe ser visto como la más sofisticada y plena realización del paradigma positivista. A su entender, el impacto del constitucionalismo en los sistemas jurídicos habría determinado únicamente la superación del denominado positivismo clásico o *paleopositivismo* (asociado al Estado Legislativo de Derecho), caracterizado por la reducción de la validez normativa a un aspecto formal. Por el contrario, el neopositivismo o positivismo crítico, que para Ferrajoli sería

---

<sup>2</sup> Recuérdese, por ejemplo, la siguiente afirmación de Kelsen: «Las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como "libertad", "igualdad", "justicia", etc.» (1999:33). Al respecto, véase también Kelsen (2001: 79 y ss).

propio del Estado Constitucional de Derecho, complementa la noción formal de validez con una de carácter sustantivo. Desde este nuevo enfoque positivista, la plena validez de una norma en un sistema jurídico constitucionalizado no la determina su simple vigencia o existencia sino que requiere satisfacer, adicionalmente, criterios sustantivos incorporados principalmente en los derechos fundamentales.

Su vinculación con el positivismo jurídico le compromete con una de sus tesis centrales como es la separación conceptual entre el Derecho y moral, postulado que a entender de muchos no resultaría idóneo para reconstruir y trabajar con sistemas jurídicos plenamente cargados de contenidos morales característicos del constitucionalismo. Si a ello le sumamos el carácter formal, estipulativo y axiomatizado de su teoría, tendríamos como resultado una divergencia entre un objeto de estudio con una inmensa carga sustantiva (el constitucionalismo) y los instrumentos formales con los que se le pretende explicar.

Aunque el compromiso de Ferrajoli con los derechos fundamentales y con los valores reivindicados por el constitucionalismo ha sido compartido y celebrado por los juristas neoconstitucionalistas, lo que genera las mayores resistencias a sus postulados es su empeño en anclar la reconstrucción teórica del constitucionalismo en el positivismo jurídico. Las siguientes líneas de Atienza resumen las críticas que le dirige a la teoría del Derecho de Ferrajoli: «la teoría sería mejor –más completa y más coherente- si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) Derecho natural. Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos» (2008b: 165).

Es el costo que estaría pagando Ferrajoli, por el empleo del método axiomático para dar cuenta de categorías sustantivas que se resisten a ser definidas en términos puramente formales pues tales definiciones presentarían una versión empobrecida, debilitada o artificial de éstas. Por ello, concluye Atienza, «la obra de Ferrajoli (en especial, *Principia Iuris*) se asemeja a una máquina formidable en la que, de una forma un tanto sorprendente, se han utilizado algunas piezas obsoletas y que dificultan su buen funcionamiento» (2008c: 213).

El insatisfactorio tratamiento de los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli lleva a Atienza a plantear una crítica de fondo. Dado que Ferrajoli afirma que los derechos fundamentales no son más que convenciones jurídicas desligadas de cualquier pretensión de objetividad de carácter moral, se pregunta Atienza «¿se puede, a partir de una concepción relativista y no cognoscitivista de la ética, fundamentar que la noción ético-política de “derechos fundamentales” se identifica con los valores de igualdad, paz, democracia y tutela de los más débiles? ¿No tienen esos valores un carácter objetivo y universal?» (2008c: 213).

La crisis del positivismo jurídico ha puesto en cuestión la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, así como la concepción metaética que le subyace. Si antes la separación entre Derecho y moral aseguraba un conocimiento cierto y pretendidamente científico de los sistemas jurídicos, hoy dicha tesis dista mucho de ser defendible. La extendida presencia de conceptos valorativos en las constituciones de nuestros actuales sistemas jurídicos, y la centralidad e importancia que se les asigna en la aplicación del Derecho a los casos concretos, ha hecho realidad los mencionados temores de Kelsen.

¿Hemos de asumir irremediamente que ante estos términos valorativos solo cabe el subjetivismo del aplicador pues sobre ellos no podría darse un conocimiento objetivo y racional que permitiera, por ejemplo, preferir alguno de ellos en caso de conflicto? Preguntas como ésta han merecido extensos desarrollos por parte de los juristas quienes se empeñan en acreditar

que la presencia de los valores en el Derecho, antes que problemas a ser evitados, constituyen garantías de justicia en los sistemas jurídicos pues sobre ellos sería posible un debate racional que permita arribar a soluciones justificadas y no meramente a posiciones subjetivas y relativas.

Lo que empezó como una discusión metateórica sobre qué teoría da mejor cuenta de las prácticas jurídicas actuales se ha trasladado a una discusión metaética sobre cuál es la concepción ética que ha de ser asumida para dar cuenta de los sistemas jurídicos constitucionalizados. Quienes, como Ferrajoli, reivindican el positivismo jurídico, suelen rechazar el objetivismo moral y el cognoscitismo ético. Por el contrario, quienes como Atienza exigen superar el positivismo jurídico como paradigma teórico desde el cual dar cuenta de los estados constitucionales, reivindican el objetivismo moral —al menos, en sentido mínimo— y el cognoscitismo ético.

El debate que enfrenta a Atienza y Ferrajoli resulta desconcertante, principalmente, por el amplio elenco de coincidencias que media entre ambos autores al punto que, señala Atienza, «mi acuerdo con Ferrajoli es prácticamente completo por lo que se refiere a las tesis que podríamos llamar “sustantivas”. Y también lo es en cuanto al objetivo que debe cumplir una teoría del Derecho: contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales de los individuos, hacer que las “promesas” constitucionales se conviertan en realidades» (2011: 85). Sin embargo, le exige asumir una teoría moral que, sin tener que construirse sobre bases absolutistas, tendría que ser una teoría objetivista de la moral pues sería lo más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del Derecho como instrumento indispensable para concretar los valores de la igualdad y solidaridad (2008b: 165).

Está fuera de toda duda el genuino compromiso de ambos autores con los derechos fundamentales y con los valores que el constitucionalismo reconoce, protege y realiza. Por ello, habrá que atender detenidamente a sus posiciones en el debate para identificar de qué se discute exactamente y si es una genuina controversia que pudiera resolverse de forma argumentativa. Las interrogantes en torno a las cuales planteo el siguiente análisis argumentativo serán las siguientes: ¿en qué consiste la discusión en el nivel metaético entre Atienza y Ferrajoli? ¿Qué se entiende por objetivismo moral y cognoscitismo ético? ¿Es coincidente o no la concepción metaética de estos autores?

### **3. Análisis argumentativo de las concepciones metaéticas de Ferrajoli y Atienza**

#### **3.1. El anti-objetivismo y no-cognoscitismo ético de Ferrajoli**

En su obra, Ferrajoli no define con precisión una determinada concepción metaética con la que se identifique.<sup>3</sup> Ésta, más bien, puede ser caracterizada a partir de su teoría jurídica, es decir, el positivismo jurídico y, en particular, su tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Su defensa de esta tesis explica su decidido rechazo al objetivismo y al cognoscitismo en materia ética, pues estas posiciones promueven, a su entender, una conexión intrínseca entre Derecho y moral, en el sentido fuerte del término.<sup>4</sup>

3 No obstante, la posición metaética de Ferrajoli se suele identificar con el relativismo axiológico (lo que será puesto en cuestión más adelante) y el no cognoscitismo ético. Al respecto, véase Atienza 2008b: 161 y 2008c: 216.

4 Aunque no media una relación conceptual entre el positivismo jurídico y el no objetivismo ético, la asociación entre el positivismo jurídico y el rechazo al objetivismo ha sido asumida como esencial en la Filosofía del Derecho italiana. Así, distinguiéndose de los iusfilósofos anglosajones, destacaba Bobbio que al menos como era entendido el objetivismo

En efecto, destaca Ferrajoli que un objetivista no se limita a suscribir tesis triviales que podrían darse por descontadas en la relación entre Derecho y moral (como que toda ley es susceptible de calificación moral, que toda ley lleva aparejada una subjetiva pretensión de justicia, que es justo que las leyes tengan contenidos que consideramos apreciables o que en la interpretación jurídica intervienen elecciones orientadas por elecciones morales). Su posición va mucho más allá para sostener «que los principios constitucionales, poco importa si todos o algunos, incorporan ya no una determinada moral, aunque compartida por nosotros, sino la moral o la justicia en algún sentido objetivo de la palabra» (201 Ib: 338).

Con ello, el objetivismo desconoce aportes fundamentales legados por la modernidad a la cultura jurídica como es el principio positivista de la legalidad y el principio liberal de la no interferencia del Derecho en la esfera moral de las personas. Entiende Ferrajoli que estos principios solo están garantizados si se asume la tesis de la separación entre Derecho y moral.

Para ello precisa que por separación entre Derecho y moral se entienden dos pares de tesis, uno descriptivo y otro prescriptivo, que definen la relación entre estas esferas. Según las tesis descriptivas: a) la validez de una norma jurídica no implica su justicia, por lo que puede haber normas válidas consideradas extremadamente injustas; y b) la justicia de una norma no implica su validez, por lo que una norma, aun siendo extremadamente justa, podría no existir válidamente. Según las tesis prescriptivas, por su parte, en el plano ético político no se justifica: a) la producción de normas dirigidas únicamente a afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de una determinada moral; ni b) imponer a los ciudadanos la adhesión moral o la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional (201 Ib: 337).

Estas tesis prescriptivas de la separación entre el Derecho y la moral constituyen postulados del principio de laicidad y un corolario del liberalismo político. De ahí que Ferrajoli suscriba la posición de Chiassoni para quien:

[L]a separación entre Derecho y moral representa un precioso legado de la ilustración jurídica y permanece como un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano del término, debido a que fundamenta la autonomía del Derecho de los juicios morales y de los juicios morales del Derecho positivo, y confía las elecciones morales no ya a la adhesión a una supuesta ontología objetiva y heterónoma sino a la autodeterminación espontánea y a la responsabilidad individual. (Ferrajoli 201 Ib: 337)

De este modo, antes que suscribir una determinada concepción metaética de tipo intuicionista o emotivista, Ferrajoli reivindica, más bien, el objetivismo lógico y la antimetafísica. Esta posición, según señala, se basa en las siguientes dos tesis:

- a) Los principios o los valores morales no son cosas, fenómenos o entidades en algún sentido objetivas. Por ello, reserva la calificación de verdadero únicamente a las tesis lógicas y empíricas.
- b) Las elecciones morales y juicios políticos no son, en absoluto, fruto de emociones irracionales sino que pueden (y deben) ser racional y responsablemente argumentados en coherencia con los fundamentos y con los valores de la libertad, la igualdad, el respeto a la persona, la paz, la democracia, los derechos de libertad y los derechos sociales.

---

en el continente, uno no podía coherentemente ser al mismo tiempo positivista jurídico y creyente en la objetividad de reglas morales. Al respecto, véase Falk y Shuman (1961).

Ahora bien, Ferrajoli distingue dos sentidos —fuerte y débil— en el que se emplean las categorías *objetivismo moral*, *cognoscitivismo ético* y *verdad moral*; sin embargo, no comparte ninguna de ellas pues considera que la versión fuerte es «inaceptable y ciertamente incompatible con la tesis de la separación», mientras que la versión débil, aunque llegue a ser compatible con la tesis de la separación, «resulta fuertemente equivocada, errónea y engañosa en el plano filosófico» (2011b: 338).

En su versión fuerte, el objetivismo moral asume la hipótesis metafísica de la existencia empírica de un mundo de valores morales objetiva o naturalmente vinculante. Así, esta versión del objetivismo moral: a) alude a una suerte de ontología de los valores con referencia a la cual; b) es posible argumentar como verdaderos los juicios y las tesis morales, incluso los expresados por los principios constitucionales. La primera de estas tesis contradice la separación en sentido asertivo, derivando de ella la tesis anti-iuspositivista según la cual la extrema injusticia de una norma excluye su validez jurídica. La segunda tesis, por su parte, contradice la separación en sentido prescriptivo, pues implica no aceptar ni tolerar, por falsos, los juicios contrarios a los que se corresponden con tales valores.

Un ejemplo de esta versión fuerte de objetivismo moral, para Ferrajoli, lo representa la ética católica basada justamente sobre la idea de que existe un sistema objetivo de valores que es establecido y querido por Dios. En un escenario así, ninguna tesis ético-cognoscitivista está en capacidad de impugnar una tesis ético-cognoscitivista distinta pues ambas tesis son propuestas como verdaderas, es decir, como objetivas en el sentido *fuerte* de la expresión. En la base de tal discusión subyacen valores opuestos, pero asumir una de las dos tesis como *verdadera* implica asumir la tesis opuesta como *falsa* y, por ello, como intolerable.

Ferrajoli advierte que no es posible asumir simultáneamente esta versión del objetivismo moral y una posición liberal sin incurrir en una evidente aporía. En efecto, asumir la existencia de verdades morales que pueden ser conocidas implica el absolutismo moral y la intolerancia con las posiciones morales distintas. Lógicamente, si se rechaza el absolutismo moral —tesis liberal— no es posible adherirse al objetivismo en sentido fuerte. De ahí que, a su entender, quienes le critican desde el objetivismo ético, como sustento metaético del constitucionalismo principalista, y que reivindican los principios liberales y la tolerancia, no podrían decirse objetivistas en este sentido.

Por ello desarrolla un segundo sentido —débil— en el que puede ser entendido el objetivismo moral: como sinónimo de racionalismo ético, es decir, de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas. De ahí que, destaca, sus partidarios no por casualidad le denominan *objetivismo moral mínimo* aunque le parece mejor una terminología como la de Chiasonni quien le denomina *objetivismo ético racional*. Este objetivismo ya no hace referencia a una razón sustancial en sentido fuerte que procure un conocimiento objetivo y por ello verdadero de los principios y los juicios morales sino a una razón instrumental en sentido débil acerca de la relación de medio a fin en el ámbito moral en el que se insertan nuestras acciones (2011b: 339).

Esta versión débil del objetivismo, precisa Ferrajoli:

[E]s exactamente compartida con mi anticognoscitivismo ético que no se identifica para nada con el puro emotivismo sino que exige que las tesis éticas, incluso no siendo ni verdaderas ni objetivas, se sustenten en argumentaciones racionales basadas sobre las lecciones de la historia y sobre la experiencia en torno a qué valores merecen ser perseguidos, así como los fines y la idoneidad de las acciones recomendadas o de las normas establecidas para realizarlos. (2011b: 340)

Lo anterior le permite sostener que la obviedad de una tesis moral como «es moralmente inaceptable torturar niños por diversión» no la convierte en verdadera sino que es trivialmente justa precisamente por las razones obvias que cualquiera estaría en capacidad de ofrecer como fundamento. Estas razones, enfatiza, sustentan su justicia, mas no su verdad.

En esta versión débil del objetivismo ético, el desacuerdo de Ferrajoli con los objetivistas resulta ser meramente terminológico. Así, apelando a la riqueza del vocabulario para usar en cada ocasión el término apropiado, se cuestiona:

¿[D]iremos que son verdaderas, o bien, con mayor corrección, que son justas porque racionalmente argumentadas o bien fundamentadas respecto a nuestros valores morales, las tesis que la paz es preferible a la guerra, o que es intolerable que los seres humanos sean torturados o, incluso, en relación con los valores estéticos, que la Capilla Sixtina de Miguel Ángel es una obra maestra del arte? (2011b: 343)

En suma Ferrajoli exige no confundir el objetivismo y el cognoscitivismo con la fundamentación racional de la ética. A su entender, ello se daría por asumir erróneamente que la única alternativa al cognoscitivismo y al objetivismo moral es el relativismo emotivista o que el único modo de superar el irracionalismo en la ética fuera el tener que fundamentar la moral en criterios de verdad de sus tesis. En sus términos: «la verdad no coincide para nada con la argumentación racional: aquella es el valor en sustento de las cuales son argumentadas racionalmente las tesis asertivas, pero la argumentación racional puede tener como objeto también tesis preceptivas o valorativas, de tipo moral, estético o de cualquier otro tipo» (2011b: 343).

Ferrajoli admite sin reparos el carácter racional de las discusiones en torno a posiciones que involucren juicios de valor o categorías morales. Como ejemplo de ello pone la propia discusión generada en torno a su obra en el que ha alternado con objetivistas éticos. Al respecto, dice Ferrajoli:

[C]ada uno de nosotros piensa, obviamente, que las tesis que sostienen son argumentables racionalmente y nadie piensa que no lo son las tesis distintas y tal vez opuestas a las sostenidas por los propios interlocutores. De ahí se sigue que ninguno de nosotros puede calificar las propias tesis como verdaderas y las tesis opuestas como falsas, sino afirmar que estas últimas no son argumentables racionalmente. (2011b: 343)

Todo esto le lleva a identificar el origen del desencuentro en las distintas concepciones de verdad que tendrían los participantes en el debate pues, si cada uno reconoce que las posiciones distintas a las propias son también racionalmente argumentables, señala, corresponde renunciar a la identificación entre verdad y justificación racional. Así, concluye:

[E]n el origen de nuestras discrepancias está la diversidad de nuestras asunciones de base, que en este caso son nuestras concepciones de la verdad: de un lado, la idea ético-cognoscitivista de la justificación racional de las tesis morales como verdad; de otro, una concepción de la verdad más restringida, como valor solo predicable de las aserciones lógicas o empíricas, por lo cual, son excluidas, aunque sean racionalmente justificadas, las tesis morales. (2011b: 343)

Por lo expuesto, la posición de Ferrajoli se puede resumir en las siguientes ideas:

- a) Distingue dos sentidos (fuerte y débil) de objetivismo moral.
- b) En su versión fuerte, el objetivismo ético asume una tesis ontológica (existen los valores morales) y semántica (pueden ser calificados como verdaderos o falsos).
- c) En su versión débil, el objetivismo ético es sinónimo de racionalismo ético, es decir, de fundamentación y argumentación racional de las tesis éticas.
- d) Rechaza la versión fuerte del objetivismo porque es incompatible con la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, que garantiza el principio de legalidad y la autonomía de las personas. Conlleva el absolutismo y la intolerancia.
- e) Rechaza la versión débil del objetivismo porque es engañosa pues los acuerdos racionales no son verdaderos.
- f) Advierte los dos siguientes errores argumentativos: a) asumir que la única alternativa al cognoscitivismo y al objetivismo moral es el relativismo emotivista, y b) asumir que el único modo de superar el irracionalismo en la ética es fundamentar la moral en supuestos criterios de verdad.

### 3.2. El objetivismo moral (mínimo) y el cognoscitivismo ético de Atienza

El objetivismo moral, concepción metaética reivindicada por Manuel Atienza como condición necesaria para dar cuenta cabal y trabajar con el Derecho de los Estados constitucionales, ha de verse necesariamente en relación con su conocida exigencia de superación del positivismo jurídico. Aunque constituye un proceso intelectual complejo, centraré el análisis en su ensayo «Dejemos atrás el positivismo jurídico», escrito con Juan Ruiz Manero, en el que sintetiza los argumentos en los que justifica la exigencia de superación del paradigma positivista.

Este ensayo constituye el gran sustento metateórico de los autores. En él saldan cuentas con el positivismo jurídico, paradigma que asumieron y del que reconocen su importancia y utilidad. Sin embargo, preguntándose por la teoría del Derecho que vale la pena elaborar en los actuales sistemas constitucionales, constatan que:

[E]l positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico [...]. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional [...] porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social. [...] [E]l Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico para que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar. (Atienza y Ruiz Manero, 2009: 152)

Recuerdan los autores que, en todas sus variantes, el positivismo jurídico se define por la tesis de las fuentes sociales del Derecho («el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos») y la tesis de la separación entre el Derecho y la moral («el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma»). Así planteadas, a su entender, ambas tesis no sólo son irrelevantes sino que constituyen un obstáculo para el desarrollo de una teoría y dogmática adecuada a las condiciones del Estado Constitucional. Consideran que el carácter descriptivista de esta teoría y su concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta producto de actos prescriptivos inhabilitan al positivismo jurídico para intervenir en discusiones hoy

centrales como la que suscitan los conflictos entre los principios o las excepciones implícitas en las reglas.

Aunque en este ensayo los autores no se refieren explícitamente a la necesidad de asumir un objetivismo moral como concepción metaética que permita trabajar con las categorías morales reconocidas en los estados constitucionales en el marco de una teoría del derecho postpositivista, esta exigencia es desarrollada en otros trabajos de los autores. Así, por ejemplo, en el ensayo *¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?*, Atienza, tras caracterizar al positivismo y fundamentar la necesidad de su superación, esboza algunas consideraciones sobre cómo, en su opinión, debería encararse la construcción de una nueva teoría (o filosofía) del Derecho para los países latinos de Europa y América.

Señala Atienza que un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países:

[B]ien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho. (2008a: 311)

De este modo, intentando rescatar ciertos elementos útiles de cada una de las grandes tradiciones en torno a cuyos postulados se ha intentado definir el Derecho, Atienza recupera del iusnaturalismo, su concepción metaética: el objetivismo moral. Sin embargo, sobre la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, advierte que:

[S]i bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso –añade– las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero no obviamente como posición descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. (2008a: 312)

Por ello, concluye que la alternativa debería ser:

[U]n objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles. (2008a: 312)

Este planteamiento se ve de algún modo detallado en el pequeño ensayo «Cuento de Navidad», en el que Atienza presenta un hipotético diálogo entre un objetivista y un no cognoscitivista. Asumiendo el rol de objetivista, aclara algunos aspectos de su concepción metaética. Refiere que el objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser fundamentados de un modo objetivo, no del mismo modo que los juicios científicos o descriptivos, pero sí mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos.

Se presume que quien defiende unos principios lo hace de un modo sincero, con una genuina pretensión de corrección en cuanto a tales principios o valores. Sin embargo, tal actitud favorable a la corrección de los principios que alguien asume no impide que tal persona esté abierta a discutir sobre ellos y a considerar cualquier argumento que pudiera hacerle cambiar de posición sobre tales principios.

De ahí que este objetivismo es uno de tipo *mínimo* porque no asume certezas definitivas en materia moral, únicamente considera correctos ciertos valores o principios por las razones en las que se fundamenta y que todos quienes participen en una discusión en torno a ellos pudieran considerar como aceptables. Sin embargo, es un objetivismo derrotable si en la discusión se presentan mejores argumentos que aquellos en los que se fundaba la corrección de tales valores. Sería análogo al falibilismo popperiano en relación con las teorías científicas: serán aceptadas en tanto no se acredite su error o sea refutada, por lo que su aceptación nunca puede ser plenamente acreditada, solo presuntivamente admitida. Al igual que este falibilismo, que considera posible que todo conocimiento podría, en principio, ser erróneo, el objetivismo moral en sentido mínimo considera que toda asunción moral podría, en principio, no ser correcta. Sin embargo, ello solo se daría tras una discusión racional en la que argumentativamente pudiera concluirse dicha incorrección. Hasta entonces, rige la pretensión de corrección que asume quien defiende tales principios.

El objetivismo de Atienza tampoco se identifica con la imposición de valores o principios a quien pudiera no compartirlas. Ello, pues la tolerancia es uno de los principios morales que considera objetivamente fundados. La discusión en torno a tales principios siempre debe estar abierta, descartando cualquier posibilidad de imponerlos autoritativamente sin que medien argumentos de corrección. Sin embargo, ello no excluye que, estando objetivamente fundados, se puedan imponer las reglas que garantizan la protección de tales valores. Para ello recurre al ejemplo de la tortura: aunque hubiera alguien que no considerase incorrecta dicha práctica, salvo algún caso extremo, no podría impedirle expresar su posición, sin embargo, ello no impide imponer jurídicamente la prohibición de la tortura.

Finalmente, Atienza considera que la resistencia al objetivismo no sería sino consecuencia de un eventual problema con los términos empleados en la discusión. Así, al intentar refutar el argumento del no cognoscitivista cuyo rechazo al objetivismo estriba en el empeño de hablar de principios verdaderos y falsos y no, simplemente, de principios correctos e incorrectos, señala el objetivista que solo sería un desacuerdo de palabras. Lo esencial, a criterio del objetivista:

[E]s aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que, por ejemplo, cuando tú dices que la tortura es peor que el comportamiento que consiste en no torturar o que cuando yo afirmo que la tortura es moralmente mala y que no puede justificarse una norma que permita la tortura, nuestros juicios no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones. (2009: 116)

Tal es la seguridad en su posición, que el objetivista, a modo de singular autocrítica, sentencia «yo diría que los objetivistas en materia de moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial» (2009: 116).

Por lo expuesto, la posición de Atienza se puede resumir en las siguientes ideas:

- a) Entiende el objetivismo ético como alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral y no como un recurso al Derecho natural.
- b) Rechaza el relativismo (salvo en su tesis descriptiva) y el no cognoscitivism ético porque:
  - i) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); y ii) es autofrustrante.
- c) A diferencia del relativismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan una pretensión de corrección. A diferencia del absolutismo, el objetivismo ético asume que los juicios de valor incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico) pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.
- d) El objetivista no asume que los juicios morales tengan valor de verdad, pero sí cree que son principios y juicios que pueden ser fundamentados de un modo objetivo, mediante criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos.

Refiriéndose a la concepción metaética de Ferrajoli, Atienza destaca las siguientes ideas:

- a) Para Ferrajoli, el objetivismo moral es indistinguible del absolutismo moral y conduce inevitablemente a la intolerancia.
- b) Que el constitucionalismo no anti-positivista reivindique el objetivismo moral termina por convertirle en la versión actual del legalismo ético en la forma de un constitucionalismo ético, según el cual la validez constitucional de una norma equivaldría a su justicia, de manera que, según los constitucionalistas no positivistas, no podría haber normas constitucionales injustas.

Atienza replica estas críticas con los siguientes argumentos:

- a) Si Ferrajoli tuviese razón en cuanto a que el objetivismo conduce al absolutismo y este a la intolerancia, la crítica no solo le afectaría a Atienza sino que le enfrenta a autores *constructivistas* como Rawls, Habermas o Nino, a *prescriptivistas* como Hare, a *utilitaristas* como Singer, etc. Por ello, se pregunta Atienza «¿es razonable pensar que todos ellos, al apartarse del relativismo moral, han sido tan ingenuos como Ferrajoli parece suponer? ¿No será quizás que, al afirmar lo que afirma, Ferrajoli está en realidad desconociendo lo que ha sido la filosofía moral de los últimos cuarenta o cincuenta años?» (Atienza 2011: 77).
- b) Atienza no incurre en el imputado constitucionalismo ético, pues ha admitido la posibilidad de que puedan darse normas constitucionalmente válidas pero injustas. En concreto cita el caso de dos normas constitucionales españolas como la del tratamiento dado a la religión católica (pues discrimina a los creyentes de otras religiones y a los ateos) y la del principio de igualdad ante la ley (que al estar referido a los españoles desfavorece en relación con ciertos derechos a los extranjeros).

Así, a pesar de las grandes coincidencias, Atienza discrepa de Ferrajoli en la forma como este reconstruye muchas instituciones de la práctica jurídica actual, pues ofrecerían una visión distorsionada y empobrecida del nuevo paradigma del que se pretende dar cuenta. En términos de Atienza:

[P]ara la construcción de una teoría adecuada para los Derechos del Estado Constitucional hay una parte del recorrido a hacer en la que conviene ir de la mano de Ferrajoli, pero luego yo diría que no hay más remedio que abandonarle, porque Ferrajoli se queda a mitad de camino: da el paso del «paleo-positivismo» al «positivismo crítico», pero la reducción del Derecho a un fenómeno de autoridad y el relativismo (o no objetivismo) ético hacen que su teoría se quede corta. (2011: 85)

## 4. Propuesta de aproximación de las posiciones

### 4.1. Ordenando la ética

Las cuestiones morales, de por sí complejas, aumentan su dificultad con el extendido número de confusas categorías, escuelas y etiquetas con las que se identifican a los autores y posiciones en los debates. Aunque las categorías resultan útiles para identificar con una mayor precisión las posiciones en un desencuentro, el poco rigor en su empleo añade una innecesaria complejidad al análisis de los problemas. Por ello, a fin de determinar si este debate entre Ferrajoli y Atienza es genuino o meramente terminológico, conviene definir con la mayor precisión posible algunas de las categorías recurrentes en el debate.

El debate se centra en la asunción o el rechazo del objetivismo moral. A partir de esta categoría será posible definir otras tantas asociadas a ella como el relativismo, el absolutismo, el escepticismo o el cognoscitivismo.

A pesar de que el objetivismo moral es un lugar común en los debates éticos, no es sencillo encontrar una precisa definición de su significado. Tomemos como una definición de partida la propuesta por Abbagnano, quien entiende por objetivismo «cualquier doctrina que admita la existencia de objetos (significados, conceptos, verdades, valores, normas, etc.) válidos independientemente de las creencias y de las opiniones de los diferentes sujetos» (1998: 865). En el ámbito específico de la teoría del Derecho, Bulygin identifica el objetivismo moral con «la posición según la cual los juicios morales son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos» (2007: 83).

Así planteadas, estas definiciones no son funcionales para una precisa caracterización del objetivismo moral, por lo que será necesario afinar la definición. Para ello me valdré de una distinción propuesta por Álvarez para las teorías morales. Esta autora distingue los siguientes tres niveles desde los que es posible evaluar una tesis moral:

- a) El nivel ontológico, referido a la existencia (y de qué tipo) de las entidades morales y los juicios de valor (por ejemplo, si dependientes o independientes de nuestras creencias);
- b) El nivel epistemológico, referido a la posibilidad de conocer tales entidades o los juicios de valor en los que se expresan; y,
- c) El nivel semántico, referido a las posturas acerca del significado de los juicios morales, su función y su condición de verdad (2002: 48).

A partir de lo anterior, Moreso (2011: 185 y ss.) plantea la siguiente definición del objetivismo moral, distinguiendo sus tesis ontológicas, epistemológicas y semánticas:

- a) *Tesis ontológica*: «Hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)».
- b) *Tesis epistémica*: «Los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas».
- c) *Tesis semántica*: «Los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad».

Por oposición, las antítesis de estas tesis son, respectivamente, las siguientes:

- a) *Subjetivismo moral*: Los principios morales y juicios de valor son dependientes de las creencias, actitudes y sentimientos de cada persona que los expresa.<sup>5</sup>
- b) *Escepticismo moral*: «No hay un modo justificado de acceder al contenido de un conjunto privilegiado de pautas morales válidas».
- c) *No cognoscitivismo moral*: «los juicios morales no son aptos para la verdad y la falsedad».

No obstante lo expuesto, si bien estos planos pueden delimitarse analíticamente, en la práctica mantienen muchas relaciones y superposiciones lo que hace difícil asociar de modo definitivo cierta teoría con tal o cual nivel. Es el caso, por ejemplo, del relativismo moral que se define tanto en el nivel ontológico como epistémico. Ontológicamente, diluye la objetividad de las posiciones morales en distintos contextos de evaluación, de tal forma que ya no podríamos hablar de una objetividad fuerte sino disminuida, en mayor o menor medida, según el ámbito contextual en el que serán evaluadas las posiciones morales. No obstante, salvo que dicho contexto sean las convicciones personales de cada agente participante en un debate moral, el relativismo llega a ser una expresión del objetivismo.

Como tesis epistémica, el relativismo se define más bien como equivalente al escepticismo moral, es decir, como un corolario epistémico del subjetivismo. Según esta tesis, si los juicios morales son dependientes de las creencias de cada sujeto, lo que puede ser bueno o correcto para alguien no tiene por qué serlo para otro, por lo que no es posible contar con un criterio que permita universalizar las posiciones morales a fin de trascender la subjetividad.

Otra categoría recurrente en el debate que no se advierte en las definiciones propuestas es el absolutismo moral, posición objetivista según la cual la convicción sobre la existencia y el carácter verdadero de ciertos valores, implica asumir que los juicios morales son inviolables (por lo que sería moralmente incorrecto admitir excepciones a la prohibición de violar los propios juicios) y absolutos (es decir, que el carácter inviolable de los propios juicios morales es racionalmente incuestionable) (Fishkin 1986: 80-81).

Ahora bien, la mencionada interrelación entre los niveles ontológicos, epistémicos y semánticos hace que la asunción de alguna concepción en alguno de estos niveles condicione

<sup>5</sup> A entender de Moreso, la antítesis de la tesis ontológica del objetivismo moral sería el *relativismo moral*, entendido como la teoría que «asume la existencia de varios conjuntos de pautas morales, válidas según el contexto de evaluación en el que se sitúen». Considero que esta definición es compatible con el objetivismo, pues predica una objetividad contextual de los valores morales. Más bien sería antónima del absolutismo, posición objetivista que no admite límites o restricciones determinadas, por ejemplo, por algún contexto. Por ello, asumo que, en el nivel ontológico, el objetivismo es opuesto al subjetivismo, y dentro del objetivismo puede distinguirse, a su vez, un objetivismo absoluto (absolutismo) y uno relativo (relativismo). Es decir, lo objetivo como opuesto a lo subjetivo y lo absoluto como opuesto a lo relativo.

Eventualmente podría darse un relativismo que, no dependiendo de mayor contexto que la propia subjetividad de cada individuo, equivaldría al subjetivismo; sin embargo, ello no es el caso a partir de la definición propuesta por Moreso.

la posición en relación con los demás. Ello puede explicar muchos de los problemas en torno al uso del término *objetivismo moral* pues este se suele asociar a una cierta concepción moral en el plano ontológico: el realismo moral. En efecto, como tesis ontológica, el realismo moral afirma la existencia en el mundo de hechos morales que son los que permiten afirmar la verdad de las normas morales. Así pues, el realismo como objetivismo ontológico conlleva el cognoscitivismo ético (los enunciados referidos a tales entidades son aptos para la verdad). Sin embargo, aclara Moreso, de ello no necesariamente se sigue que rechazar el realismo implique asumir el no cognoscitivismo (pues, como dice, tampoco los colores integran la concepción absoluta del mundo y, en cambio, los enunciados acerca de los colores son aptos para la verdad) o que rechazar el realismo o el no cognoscitivismo implique rechazar el objetivismo moral (Moreso 2002: 98-99).

Por ello, afirma que la objetividad moral es compatible con un amplio espectro de posiciones filosóficas sustantivas, de tal forma que nada obliga a aceptar las cosas como pares dicotómicos, creando falsos dilemas en los que la negación de uno de ellos implicaría necesariamente afirmar su opuesto, o viceversa.

#### **4.2. El objetivismo moral mínimo**

En cada uno de los distintos niveles del objetivismo moral es posible plantear matices a las tesis estándar sin por ello incurrir en la asunción de la antítesis. Así, por ejemplo, en el plano ontológico, es posible rechazar una metafísica de entidades morales (como predicaría el realismo naturalista), sin por ello asumir que todo depende de los sentimientos y creencias de cada sujeto que emite un juicio de valor, como predicaría el subjetivismo. Entre una posición y otra es posible asumir la objetividad de ciertas pautas morales que toda persona que intervenga en un debate sobre cuestiones morales elegiría en determinadas condiciones ideales.

En esta posición, los valores son algo objetivo pero no como entidades que existan naturalmente y que deban ser descubiertas sino como el producto de alguna elección entre los participantes de un debate sobre cuestiones morales. Como dice Moreso, será el contexto de evaluación el que determine cuáles han de ser tales valores, y que dichos contextos pueden venir dados por distintas circunstancias como las creencias y actitudes de una persona en concreto, las creencias y actitudes de un grupo humano determinado, o por las tesis que sostienen diversas teorías morales (2011: 187).

Sin embargo, advierte Mackie, decir que existen valores objetivos no equivale a decir sencillamente que existen ciertas cosas que todo el mundo valora ya que el que varias personas coincidan en sus apreciaciones o valoraciones subjetivas solo da por resultado principios convencionales o valores intersubjetivos mas no valores objetivos, ya que la intersubjetividad no equivale a la objetividad. La objetividad tampoco se reduce a la simple posibilidad de universalizar algo pues habría quien se sintiese muy dispuesto a universalizar sus juicios o sanciones prescriptivas reconociendo al mismo tiempo que tales prescripciones y sanciones no son más que decisiones suyas (2000: 25-26).

La objetividad, afirma Mackie, habría de residir en tipos de cosas, acciones o estados de cosas, de forma tal que los juicios que dieran cuenta de ellos pudieran ser universalizables (2000: 26). Así, el objetivismo defiende la existencia de juicios morales con valor prescriptivo intrínseco (Álvarez 2002: 77).

Por lo expuesto, en el nivel ontológico, es posible rechazar el objetivismo en sentido fuerte (asociado al realismo o naturalismo) y asumir un objetivismo (que podría decirse mínimo) entendido como la posibilidad de dirimir los desacuerdos morales apelando a algún criterio común que, considerado racionalmente, pudiera ser universalizado. Esto se correspondería con un constructivismo ético que, en el plano ontológico, afirma que lo correcto es el resultado de un consenso racional entre una serie de participantes (García Figueroa 2009: 38). Es lo que Bayón denomina la pretensión de objetividad, es decir, «que quien sostiene un juicio moral pretende o presupone que los demás, si consideraran la cuestión «de un modo razonable», si llegaran a adoptar lo que denominamos «la perspectiva adecuada», llegarían a la misma conclusión que nosotros» (1991: 213).

El empeño de Ferrajoli por rechazar el objetivismo se debería a que considera que este solo puede ser entendido de una única manera (como realismo moral), prefiriendo emplear una categoría distinta para dar cuenta del acuerdo racional en cuestiones morales que comparte plenamente.

A entender de Fishkins (1986: 80-81), el objetivismo moral mínimo se caracteriza por asumir que los juicios morales son objetivamente válidos (es decir, que su aplicación coherente a todos se apoya en consideraciones que todos deberían aceptar, si contemplan el problema al que se enfrentan desde la perspectiva moral adecuada), se aplican universalmente (es decir, que se aplican coherentemente a todos, de forma que los casos relevantes similares se tratan similarmente) y que los propios juicios morales se aplican a otros como a uno mismo. Lo que distingue esta concepción del absolutismo es que en el objetivismo mínimo, los propios juicios morales no son absolutos (por lo que su inviolabilidad no es racionalmente incuestionable) ni inviolables (por lo que sería objetivamente correcto exceptuarlos en alguna ocasión).

La posibilidad de arribar a acuerdos racionales en torno a principios y valores aceptados como correctos dadas unas determinadas condiciones ideales, expresa una tesis epistémica que es corolario de la tesis ontológica del objetivismo moral en sentido mínimo. En efecto, en el nivel epistémico, el objetivismo moral también es compatible con una multitud de distintas epistemologías como el intuicionismo o el constructivismo, que proponen distintos modos de aproximarse al conocimiento ético. Son todas ellas posiciones objetivistas en tanto que comparten la convicción en torno a algún procedimiento que permita conocer o justificar posiciones morales, por tanto, rechazan el escepticismo moral.

Como señala Moreso, algunas veces el objetivismo moral es aceptado solamente en el interior de un sistema moral y, considerando que hay muchos sistemas morales, la elección de los axiomas (de los principios y valores básicos del sistema) de dichos sistemas es una cuestión que puede ser planteada desde una estrategia epistemológica de tipo coherentista. En sus términos, «si se adopta una estrategia coherentista en moral, entonces ya no hay valores y principios últimos en un sistema y todos los principios están, por lo tanto, sujetos a revisión a la luz de nuevos y mejores argumentos» (2002: 99).

Esto se corresponde con la tesis epistémica del constructivismo que afirma que el consenso racional es el medio para conocer lo correcto (García Figueroa 2009: 38). Bajo este planteamiento, la objetividad ya no se presupone dada por el *punto de vista universal* sino por la referencia a un *punto de vista adecuadamente construido*.

Esta epistemología puede decirse también mínima, como su tesis ontológica correspondiente, porque no postula un procedimiento de tipo empírico que se correspondería con la existencia de entidades naturales de índole moral. La epistemología propuesta por el constructivismo es mínima porque emplea la razón para justificar un acuerdo entre los participantes, pero no

tiene carácter definitivo o absoluto porque siempre es posible revisar los acuerdos en caso se planteen mejores razones que aquellas en la que estos se sustentan.

Por lo hasta aquí expuesto, es posible analizar si las recíprocas imputaciones hechas entre Ferrajoli y Atienza se pueden justificar. Como se recordará, para Ferrajoli, el que Atienza asuma el objetivismo podría hacer de él un absolutista y, con ello, un intolerante. Por su parte, para Atienza, el que Ferrajoli rechace el objetivismo le haría un relativista. De lo expuesto considero inconsistentes ambas imputaciones. Me explico.

Resulta insostenible asociar a Atienza con el absolutismo o con la intolerancia. La declarada adhesión de Atienza al objetivismo mínimo (en el nivel ontológico), tal como ha sido definido, implica que no comparte rasgos determinantes del realismo o del absolutismo como el atribuirle a los juicios de valor el carácter de inviolables y absolutos. Atienza no descarta el poder exceptuar la aplicación de ciertos principios en casos concretos si las circunstancias así lo exigen, sin incurrir por ello en alguna incorrección ética. En el ámbito de la filosofía del Derecho, el Derecho natural es la más clara expresión de este absolutismo y es frontalmente rechazado tanto por Atienza como por Ferrajoli.

En cuanto al relativismo, el análisis puede ser planteado bien desde la ética descriptiva o bien desde la normativa. Desde un plano descriptivo, de ética sociológica, el relativismo ético consiste en sostener que distintas sociedades, grupos humanos o personas difieren o han diferido en lo que consideran bueno o justo, y en las pautas morales que observan. En este plano, el relativismo es trivialmente verdadero aunque en muchos casos, dice Nino, las diferencias en los juicios morales no se deben a diferencias en los principios valorativos básicos que se adoptan, sino a diferencias en las circunstancias fácticas relevantes o en las creencias acerca de cuál son esas circunstancias fácticas (Nino 2003: 377). Ni Ferrajoli ni Atienza (quien lo señala expresamente) cuestionan la veracidad del relativismo descriptivo.

En el plano de la ética normativa, el relativismo ético consiste en afirmar que lo que es bueno y justo para un individuo o sociedad, puede no serlo para otro, aun cuando se encuentren en las mismas circunstancias relevantes (Nino 2003: 377). Se expresa mediante frases como *esta acción es buena para mí, pero no necesariamente para otro* y llega a plantear un problema relevante que, de no ser resuelto, deviene irremediablemente en el escepticismo en cuanto a que no hay forma racional de determinar cuál de dos juicios morales enfrentados es válido. Ello, dice Atienza, además de ser autofrustrante, imposibilita reconstruir aspectos relevantes de la práctica jurídica en el constitucionalismo.

Sin embargo, destaca Nino, en la filosofía moral contemporánea hay un cierto acuerdo en que la razón tiene un papel relevante en el discurso moral. Esto se expresa, por ejemplo, en el hecho que muchos juicios morales dependen de creencias fácticas cuya verdad o falsedad es empíricamente demostrable; en que una de las formas de ofrecer razones en contra de un juicio moral consiste en mostrar que, una vez universalizado, tiene consecuencias que el que formula tal juicio no está dispuesto a aceptar; o que muchas proposiciones morales que la gente sostiene están determinadas por confusiones conceptuales y lógicas que pueden ser racionalmente esclarecidas. Esto permite engarzar el objetivismo ontológico, basado en la coherencia, con el objetivismo epistémico, basado en la racionalidad (2003: 377-382).

Tanto Atienza como Ferrajoli coinciden en la posibilidad de que los debates sobre cuestiones morales se sustenten sobre argumentaciones racionales; es decir, que no son escépticos sobre el rol que la razón pueda cumplir para esclarecer los desacuerdos éticos ni sobre la posibilidad de lograr acuerdos compartidos sobre lo que es moralmente correcto en específicos debates sobre cuestiones éticas.

Por ello, no considero que a Ferrajoli se le deba calificar de relativista, salvo que se aluda la tesis descriptiva que, como se ha señalado, es trivialmente verdadera y definitivamente no si se asocia el término al puro escepticismo epistémico en la moral. Por ello coincido con Moreso, cuando exige distinguir dos significados de relativismo para determinar con cuál de ellos podríamos identificar a Ferrajoli. En un primer significado, relativismo equivale a escepticismo, es decir, a la ausencia de juicios de valor para justificar cualquier juicio de valor frente a su opuesto. En un segundo significado, realismo equivale a prudencia epistémica, es decir, «a la disposición a revisar nuestros juicios a la vista de las razones de otros, apertura de miras, sensibilidad hacia la evidencia empírica». Este segundo significado es el que mejor caracteriza a Ferrajoli pues, por ejemplo, como se pregunta Moreso «¿cómo argumentar a favor de la democracia si no hay ningún criterio que haga preferible tomar las decisiones de modo democrático que hacerlo de otro modo?» (2011: 191).

De lo hasta aquí expuesto puede decirse que tanto Atienza como Ferrajoli pueden decirse objetivistas, en un sentido mínimo, tanto en el plano ontológico como epistémico. Ontológicamente, su opción es objetivista en sentido mínimo en tanto que opuesta al puro subjetivismo o al realismo naturalista, mientras que en el nivel epistémico, el término más adecuado sería el racionalismo. Esto implica que lo que se asume como pautas morales válidas en las que se sustenta un cierto sistema moral son asumidas como correctas desde una compleja fundamentación coherentista y tanto ellas como las posiciones que de ellas se deriven están sujetas a una constante revisión ante el cotejo de mejores argumentos que aquellos en los que se sustentan. De ambos podría decirse, pues, que asumen un *objetivismo ético, en sentido mínimo, racionalista*.

### 4.3. Verdad y justificación

Llegados a este punto, resta analizar la tesis semántica del objetivismo (que equivale al cognoscitivismo ético) según la cual, los juicios morales son aptos para la verdad o falsedad. En la línea de identificar versiones mínimas del objetivismo, en este plano dicho planteamiento implicaría sustituir la calificación de verdadero o falso por categorías que hagan las veces, en correspondencia con el objetivismo ontológico y epistémico mínimo de los niveles anteriores.

Antes bien, es posible asumir criterios distintos de la verdad como correspondencia para asumir un criterio de verdad como coherencia, como consenso o como corrección procedimental. Sin embargo, destaca Pintore, si bien estas nociones resultan relevantes y útiles, no sirven para dotar al Derecho de un valor de verdad, contribuyen a proveerlo de valores y, con ello, a su justicia. En el caso de la coherencia y de la corrección procedimental, tales valores conciernen especialmente a su constitución interna y, en el caso del consenso, a su valor externo que exige el enraizamiento del Derecho en el principio democrático (2005: 223). Por todo ello, a diferencia de los niveles anteriores, es posible afirmar que el nivel epistémico del término *objetivismo moral* es el que menos se presta a una *minimización*.

En esta línea, Habermas afirma que mientras que la verdad de una proposición expresa un hecho, no hay, en el caso de los juicios morales, nada equivalente a que un estado de cosas «sea el caso». Las pretensiones de validez morales carecen de la referencia al mundo objetivo, característica de las pretensiones de verdad. De esta forma, están privadas de un punto de referencia que trascienda la justificación (2007: 283).

Al respecto, señala Hare que no es que los enunciados evaluativos que expresan juicios de valor no sean aptos para la verdad sino que este criterio no agota su significado. En efecto, refiere que los enunciados puramente descriptivos presentan los siguientes elementos:

- a) Un elemento sintáctico, que a su vez determina
- b) Su fuerza ilocucionaria (el que sean enunciados descriptivos), que a su vez requiere
- c) Que tengan condiciones de verdad, y tienen
- d) Estas condiciones de verdad particulares

Los enunciados que expresan valores cuentan, por su parte, con un elemento adicional: el evaluativo. Así, al igual que los descriptivos, estos presentan:

- a) Un elemento sintáctico, que a su vez determina
- b) Su fuerza ilocucionaria (el que sean enunciados evaluativos), que a su vez requiere
- c) Que tengan condiciones de verdad, y tienen
- d) Estas condiciones de verdad particulares

Sin embargo, además de eso, la fuerza ilocucionaria requiere:

- a) Que sean evaluaciones; y esto, a su vez, significa que deben poder seguir teniendo esa fuerza ilocucionaria evaluativa aun cuando las condiciones de verdad cambien (Hare 1999: 66).

Es por ello, concluye, que:

[D]escribir es diferente que evaluar. Como el evaluar se hace siempre de acuerdo con unos criterios, siempre habrá condiciones de verdad; pero las condiciones de verdad no agotan el significado y, por consiguiente, lo que queda del significado (el elemento evaluativo) es suficiente para ocasionar una contradicción entre las dos partes aun cuando estén usando las palabras con significados descriptivos distintos. (1999: 66)

Así, en el caso de los juicios morales, en el plano semántico es posible decir de ellos que están o no justificados, mas no que sean verdaderos o falsos, salvo que nos valgamos de alguna teoría de la verdad, tan alejada de la verdad como correspondencia, que termine desdibujándola. De ahí que, a menos que se asuma un objetivismo moral de tipo realista, cualquier otra versión del objetivismo que no se base en hecho habrá de ser una de tipo no cognoscitivista en el nivel semántico.

No obstante, como bien señala Hare, «los términos “cognitivista” y “no cognitivista” son engañosos porque parecen implicar que uno puede saber o no que un enunciado moral es verdadero». Por ello, concluye que:

[L]a cuestión importante es si uno puede pensar racionalmente acerca de las cuestiones morales. Dicho de otro modo, ¿existen modos correctos e incorrectos de realizar nuestro razonamiento moral? Esta importante cuestión queda escondida por quienes hablan de cognitivismo y no cognitivismo, y de saber si los enunciados morales son verdaderos o no. (1999: 62-63)

#### 4.4. La ética sin verdad

Lo anterior nos permite completar el perfil de nuestros autores en relación con el objetivismo. Tanto Atienza como Ferrajoli asumirían el objetivismo ontológico (en un sentido mínimo, como opuesto al puro subjetivismo, mas no en el sentido realista o naturalista) y epistémico (que he denominado como racionalista) mas no semántico, por lo que en este nivel serían no cognoscitivistas. El que Atienza se considere un cognoscitivista ético, y que más bien le reproche a Ferrajoli el no serlo, se debería a que no está asociando esta categoría con los criterios de verdad o falsedad (pues expresamente ha señalado que no afirma la verdad de los juicios morales) sino más bien con los de justificación, en tanto que resultado de un acuerdo racional sobre alguna cuestión ética.

A pesar de lo plausible de esta convicción por la justificación de las cuestiones morales, no resulta conveniente emplear la expresión «cognoscitivismos» que está asociada a la verdad. En efecto, la persistencia de Ferrajoli por defender la asociación del término con la verdad como correspondencia y, con ello su rechazo a la posibilidad de asociar a la ética con la verdad, se basa en los sólidos fundamentos desarrollados por la escuela analítica italiana y, en particular, por Uberto Scarpelli.

Evocando el título de uno de los principales libros de Scarpelli, *L'etica senza verità*, Ferrajoli destaca el no cognoscitivismos scarpelliano como:

[U]na herencia preciosa y actual en la sociedad de nuestros días; de un lado, por el carácter de ésta cada vez más complejo, pluralista y multicultural, y, del otro, por las nuevas formas de dogmatismo, de intolerancia y casi de racismo que en ella se manifiestan a causa de las pretensiones fundamentalistas de algunas éticas y culturas que se proponen como la «verdadera» ética, o la «verdadera» religión o la «verdadera» cultura, superior a todas las demás. (2007: 111)

El no cognoscitivismos de Scarpelli está asentado en la gran división entre proposiciones descriptivas y prescriptivas, garantizadas por la Ley de Hume, a la que asume como una tesis de afirmación de la libertad en cada situación existencial. Así, del expreso conocimiento con que cuenta cada persona en una determinada situación no se deriva, de manera lógicamente vinculante, un curso de acción a seguir, el que sólo puede ser asumido como un compromiso subjetivo. Por ello, afirma Scarpelli, «ningún principio directivo vale para el hombre si el hombre no lo hace suyo con una elección» (1980: 110). De ahí que la Ley de Hume debe ser aceptada «no ya porque el hombre es libre (y la Ley de Hume respeta su libertad) sino porque queremos hacerlo libre», es decir, «porque consideramos en nuestra ética el valor de la libertad» (Scarpelli 1980: 110). En suma, asentar la metaética en la libertad de las personas sirve para fundar la conciencia y la responsabilidad de las decisiones morales.

En Scarpelli, la fundamentación lógica de proposiciones prescriptivas depende siempre de proposiciones prescriptivas iniciales que no pueden ser fundamentadas de forma lógica, es decir, la racionalidad de la ética descansa en principios que no pueden ser, a su vez, asumidos racionalmente. La fundamentación de la ética sólo podría darse de forma relativa, condicionada bien a la aceptación de las reglas iniciales de justificación de sus normas o a la existencia de ciertas actitudes del interlocutor en el modelo argumentativo. Por ello, destacaba Scarpelli, la decisión inicial de aceptación de un sistema de lenguaje prescriptivo, aunque sustentado en razones y argumentos, depende siempre de las preferencias y aspiraciones del sujeto.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Esta dependencia de la justificación de las cuestiones morales en las elecciones personales es advertida por Guastini para quien, aunque los juicios morales puedan ser racionalmente argumentados sobre la base de principios que

Sin embargo, esta apelación a las elecciones personales no deber ser entendida como un rechazo de todo valor, desprecio por la razón o un abandono al escepticismo cognoscitivo o al nihilismo moral; evidencia, más bien, el deber moral e intelectual de explicitar los propios fundamentos y asumir posiciones éticas de forma coherente con ellos.<sup>7</sup> Tal posición, recuerda Jori, es el fruto del reconocimiento de los límites objetivos de las capacidades de la razón, cuyo desconocimiento no sólo produce errores epistemológicos sino también monstruosidades morales (1994: 183, 189). Se trata de una ética que coloca en el ápice del razonamiento práctico la responsabilidad y la elección individual (Pintore 1990: 97).

## 5. Conclusiones

- a) No existe un significado unívoco de la expresión *objetivismo moral*. Es un concepto que se expresa en distintos niveles de análisis y, en cada uno de ellos, admite una gradualidad de posiciones. La falta de distinción entre ellos origina muchos problemas en el uso de la expresión.
- b) Siguiendo a Moreso, el objetivismo moral expresa una posición metaética en el plano ontológico (existe un conjunto privilegiado de principios morales válidos con independencia de cualquier contexto), epistémico (los seres humanos disponemos de acceso epistémico confiable a este conjunto privilegiado de pautas morales válidas), y semántico (los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad).
- c) Tanto Ferrajoli como Atienza coinciden en que las cuestiones morales pueden ser sometidas y resueltas mediante una discusión racional. Para ambos, los debates éticos son genuinos y pueden ser racionalmente discutidos y acordados pues expresan algo más que meras preferencias subjetivas.
- d) Considerando los niveles y gradualidad del objetivismo moral, Ferrajoli y Atienza serían objetivistas morales en el plano ontológico y epistémico mas no en el plano semántico.
- e) Semánticamente, asumirían posiciones que conllevarían la justificación racional de los debates y decisiones sobre las cuestiones morales, mas no su verdad.
- f) Hay buenas razones para reservar el cognoscitvismo moral a una concepción de verdad como correspondencia. El que la ética no tenga verdad pone el énfasis en la libertad y responsabilidad individual, evitando las imposiciones de dogmatismos que reivindicuen una ética pretendidamente verdadera.
- g) Entre Ferrajoli y Atienza no hay desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas, salvo en la terminología. Por ello, estipulando categorías que se correspondan con sus posiciones

pueden, a su vez, ser argumentados en referencia con otros principios, se llegará a un punto en el que estarán los principios últimos. Estos, destaca, no podrán ser argumentados racionalmente pues son dependientes de emociones. Al respecto, véase Atienza (2004). Sobre el rol de la subjetividad de las personas en un modelo ético constructivista de tipo dialógico, véase Habermas(2003: 15-32).

7 Ello explica un llamado como el de Zagrebelsky a instaurar lo que denomina una «ética de la duda» que apele a la responsabilidad del sujeto. En sus términos:

[L]a duda contiene [...] un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: «¿Será *realmente* verdad?» [...]. La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás.(2010: 9-10)

en el debate, de ambos podría decirse que son objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico; racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivistas en el plano semántico. En suma, asumen un objetivismo ético, mínimo, es decir, racionalista.

## 6. Bibliografía

ABBAGNANO, Nicola

1998 *Diccionario de Filosofía*. Traducción de Alfredo N. Galletti. Tercera edición. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

ÁLVAREZ, Silvina

2002 *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ATIENZA, Manuel

2011 «Dos versiones del constitucionalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 73-88.

2009 «Cuento de Navidad». *Analisi e Diritto*, número 29, pp. 115-118.

2008a *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

2008b «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y Juan José MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 133-165.

2008c «Tesis sobre Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 213-216.

2007 «Argumentación y Constitución». En AGUILÓ, Josep, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, pp. 113-181.

2004 «Entrevista a Riccardo Guastini». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 27, pp. 457-473.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2009 «Dejemos atrás el positivismo jurídico». En ATIENZA Manuel y Juan RUIZ. *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 127-156.

BAYÓN, Juan Carlos

1991 *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BULYGIN, Eugenio

2007 *Il positivismo giuridico*. Milán: Giuffrè.

CELANO, Bruno

2009 «Jusnaturalismo, positivismo jurídico y pluralismo ético». En CELANO Bruno *Derecho, justicia, razones: Ensayos 2000-2007*. Traducción de Andrea Greppi y Francisco Laporta. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 127-150.

CHIASSONI, Pierluigi

2011 «Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 101-120.

FALK, R. y S. SHUMAN

1961 «The Bellagio Conference on Legal Positivism». *Journal of Legal Education*, XIV, pp. 213-228.

FERRAJOLI, Luigi

2011a *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. I. Teoría del Derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.

2011b «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 311-361.

2008a «Principia iuris. Una discusión teórica». Traducción de Maximiliano Aramburo, Ali Lozada y Félix Morales. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 393-433.

2008b «La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y José Juan MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 25-69.

2007 «Ética y metaética laica en el pensamiento de Uberto Scarpelli». Traducción de Adrián Rentería Díaz. En: SCARPELLI, Uberto. *Ética jurídica sin verdad*. México D.F.: Fontamara, pp. 111-129.

2005 «Pasado y futuro del Estado de Derecho». Traducción de Pilar Allegue. En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Segunda edición. Madrid: Trotta, pp. 13-29.

2003 «Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero». *Isonomía*, número 19, pp. 227-240.

2000 *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

FISHKIN, James

- 1986 «Las fronteras de la obligación». Traducción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, pp. 69-82.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

- 2009 *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

HARE, R.M.

- 1999 *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*. Traducción de Joan Vergés Gifra. Barcelona: Ariel.

HABERMAS, Jürgen

- 2007 *Verdad y justificación*. Traducción de Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Trotta.

- 2003 *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Traducción de Ramón Vilà Vernis. Barcelona: Paidós.

HABERMAS, Jürgen y Hilary PUTNAM

- 2008 *Normas y valores*. Traducción de Jesús Vega y F. Gil Marín. Madrid: Trotta.

JORI, Mario

- 1994 «Uberto Scarpelli, giurista e filosofo». *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. Giuffrè. Abril / Junio, IV Serie. LXXI, pp. 181-199.

KELSEN, Hans

- 2001 *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

- 1999 *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie. Segunda edición. Madrid: Tecnos.

MACKIE, J. L.

- 2000 *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*. Traducción de Tomás Fernández Aúz. Barcelona: Gedisa.

MORESO, José Juan

- 2011 «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 183-199.

- 2002 «En defensa del positivismo jurídico inclusivo». En NAVARRO, Pablo E. y María Cristina REDONDO (comps.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.

NINO, Carlos Santiago

2003 *Introducción al análisis del Derecho*. Undécima edición. Barcelona: Ariel.

PINTORE, Anna

2005 *El Derecho sin verdad*. Traducción de Garrido Gómez y Del Hierro. Madrid: Dykinson.

1990 *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2008 «Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 325-353.

SCARPELLI, Uberto

1980 «La meta-etica analitica e la sua rilevanza ética». *Rivista di Filosofia*, LXXI, pp. 319-353.

1954 «Ética e linguaggio». *Rivista di Filosofia*, XLV, pp. 170-195.

ZAGREBELSKY, Gustavo

2010 «Contra la ética de la verdad». Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta.



## COMENTARIOS

*Eduardo Hernando Nieto*

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú

La modernidad y el individualismo se inician junto con el método científico basados en la tesis de la separación hecho – valor y la neutralidad valorativa (*free value*), esto con la finalidad de acabar con cualquier visión teleológica como las que se podrían encontrar en la filosofía política clásica y en el derecho natural. Pero, ¿qué peligros trae este subjetivismo valorativo?, ¿acaso no podría también relativizar mis propios valores? El siglo XX, especialmente después de la segunda guerra mundial, trajo a la luz este problema que impedía emitir juicios de valor y donde la democracia liberal, por ejemplo, no podría afirmar su superioridad frente al socialismo o cualquier forma de totalitarismo, precisamente por esta subjetividad valorativa. En este sentido, autores como Perelman. Habermas, entre otros, empezaron a proponer una moral constructivista que pudiera generar un mínimo ético capaz de superar estas dificultades y afirmar, ahora sí, la superioridad de la democracia liberal y el constitucionalismo. Esto, sin abandonar su crítica a la metafísica antigua y al iusnaturalismo.

Precisamente, los autores evaluados por el profesor Morales (Atienza y Ferrajoli) son herederos de este contexto y por ello aparece claro su compromiso con cierto objetivismo ético, el cual será materia de su análisis.

Un párrafo inicial de este análisis llamó mi atención, «El intento de integrar positivismo y constitucionalismo es la gran apuesta de Luigi Ferrajoli». Ciertamente, este no es el objetivo del texto, pero ya que se menciona, una justificación sería necesaria; sin embargo, esto no es claro al final del texto. Desde mi punto de vista, el llamado positivismo crítico con el que también se conoce a tal propuesta es en el fondo más crítico que positivista, precisamente porque en la práctica lo constitucional antecede a lo positivo. Algo así como el famoso dogma liberal que afirma la prioridad de la justicia sobre el bienestar.

Así pues, en sintonía plena con autores como Guastini o Commanduci, por la forma en que Ferrajoli define la Teoría del Derecho, su postura no solo es similar a la de un neoconstitucionalista, sino que es todavía más afín con la de un neoconstitucionalista ideológico, y lo es porque resulta un deber moral obedecer la Constitución o todo lo que se encuentre en la Constitución porque es justo, y lo es porque es constitucional.

Ferrajoli afirma que el propósito de la Teoría del Derecho es corregir las antinomias y las lagunas del Derecho, teniendo por consiguiente un sentido normativo o prescriptivo. En este sentido, es claramente similar a las tesis neoconstitucionalistas que tienen la misma lectura normativa del Derecho. Justamente, para un auténtico positivista, un modelo de Teoría del Derecho debe ser explicativo, no normativo, ya que lo normativo corresponde a lo ideológico o doctrinario, como diría Guastini.

Por otro lado, es interesante el aporte analítico con el que se construye el argumento del profesor Morales: conceptualizar y precisar términos que nos puedan aclarar las perspectivas y propuestas de estos dos filósofos contemporáneos. Pero, ¿cuál sería el impacto práctico de tal análisis? Es decir, ¿los desarrollos que encontramos aquí expresados nos pueden ayudar a conocer mejor el objeto de estudio, el pensamiento iusfilosófico de Ferrajoli y Atienza? La respuesta es que sí, pero si es cierto lo que dicen los no positivistas hoy, que el derecho es una actividad práctica, ¿cuál sería entonces la relevancia del análisis que nos propone el profesor Morales respecto a la aplicación del derecho a un caso concreto?, ¿diferirían en sus resultados si fuese un caso que cae en manos del juez Ferrajoli o del juez Atienza?

Por lo conocido por la obra de estos autores, y por lo expuesto por el propio profesor Morales, existe una convergencia entre ambos respecto a su concepción ética, identificada desde el auge del liberalismo contemporáneo con la famosa moral kantiana y el aún más famoso consenso sobre el mal (fundamento del «coto vedado» de Garzón Valdez o la propia esfera de lo indecible en el lenguaje Ferrajoliano). Un liberal, como diría la filósofa política Judith Skhlar, sería aquél que no puede causar ni aceptar que se cause dolor a otro ser humano. Si partimos de esta definición es obvio que Ferrajoli, Atienza y muchos otros más (pienso en el recientemente fallecido Ronald Dworkin o Robert Alexy) jamás tolerarían excepciones a este «mínimo moral», vale decir, no podrían aceptar una regla que diga «No se puede torturar a menos que se trate de un terrorista con información privilegiada cuyo conocimiento evitaría la muerte de miles de personas».

¿Que se podría decir de tal enunciado?, ¿puede calificarse como justo, como falso o verdadero, o como justificable? Por otro lado pregunto, respecto al objetivismo moral (mínimo) que se plantea en distintos niveles (ontológico, epistemológico y semántico) y que se afirma que es compartido por ambos autores analizados, exceptuando el caso del nivel semántico, ¿hasta qué punto lo semántico puede separarse de lo ontológico y lo epistemológico? Entiendo que la idea es precisamente reconocer el mínimo ético, pero al mismo tiempo no imponer en los hechos una verdad única o una única respuesta correcta. Así, respecto al enunciado antes señalado, obviamente Ferrajoli y Atienza considerarían inaceptable tal disposición, precisamente por no ser compatible con el mínimo ético. Entonces, el enunciado «No se puede aceptar una norma que permita la tortura», ¿no sería acaso calificada por ellos como verdadero?, y por tanto sería pertinente preguntarse, ¿es factible realmente esta distinción que parece un intento por acomodar el discurso a sus propias intenciones?

*Rocío Villanueva Flores*

Directora Académica de Relaciones Institucionales y profesora del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

## **I. Sobre el constitucionalismo argumentativo o principialista y el constitucionalismo normativo o garantista**

En varios países de América Latina se advierten interesantes cambios en los ordenamientos jurídicos que permiten afirmar que estos están transitando del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho. A la experiencia jurídica de las actuales democracias

constitucionales se le conoce como constitucionalismo o neoconstitucionalismo.<sup>1</sup> Estos cambios no tienen que ver necesariamente con la aprobación de una nueva Constitución, como en el caso peruano, sino con la forma de entenderla y de «practicarla».

La discusión filosófico-jurídica iniciada hace algún tiempo -pero aún vigente- es si el positivismo jurídico puede dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo o si se requiere de un nuevo paradigma: el postpositivismo (Aguiló 2010). Los autores a los que se refiere el texto de Félix Morales sostienen posiciones distintas al respecto. Por un lado, Ferrajoli afirma que el constitucionalismo es la versión acabada del positivismo jurídico (Ferrajoli 2002: 8), mientras que Atienza sostiene que el positivismo jurídico ya agotó su ciclo histórico y que para dar cuenta del constitucionalismo es preciso cambiar de paradigma jurídico (Atienza y Ruiz Manero 2009: 151-152). A los autores que defienden esta última posición se les conoce como postpositivistas, constitucionalistas o neoconstitucionalistas. En las siguientes páginas me referiré a ellos como postpositivistas.

Ferrajoli entiende que el positivismo jurídico es aquel modelo o paradigma que reconoce «como Derecho a todo un conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia» (Ferrajoli 2011c: 16). En opinión del profesor italiano los postpositivistas brindan una noción restringida del positivismo jurídico, identificándolo con la idea de primacía de la ley estatal, antes que con la idea de positividad del Derecho. Por eso es que presentan al constitucionalismo, no como un paradigma de un positivismo más desarrollado, sino como una negación del positivismo jurídico (Ferrajoli 2011c: 19-21).

El positivismo de Ferrajoli, que él denomina constitucionalismo garantista o positivismo reforzado, rechaza los siguientes tres elementos que caracterizan al postpositivismo o, como él lo denomina, al constitucionalismo principialista o argumentativo:

- a) La conexión necesaria entre el Derecho y la moral
- b) La contraposición entre principios y reglas como normas estructural y cualitativamente diversas
- c) El rol asignado a la ponderación de principios, en contraposición a la subsunción, en la actividad jurisdiccional (Ferrajoli 2011c: 21-28)

Según Ferrajoli, su rechazo a estos elementos obedece a que dan lugar a los siguientes peligros:

- a) Al absolutismo moral conexo con el constitucionalismo concebido como cognoscitismo ético
- b) Al debilitamiento del rol normativo de las constituciones y, por lo tanto, de la jerarquía de las fuentes
- c) Al activismo judicial así como al debilitamiento tanto de la sujeción de los jueces a la ley cuanto de la certeza del Derecho (Ferrajoli 2011c: 28)

El texto de Félix Morales se centra en el primero de los peligros mencionados por Ferrajoli.

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli está en contra del uso de esta última expresión pues considera que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de Derecho (2011c: 18). Un texto ya clásico que ilustra la serie de cambios o hechos que se dan en los ordenamientos jurídicos «constitucionalizados» o «en proceso de constitucionalización» es el de Riccardo Guastini, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» (2003: 49-73).

## 2. La propuesta de Félix Morales para conciliar las posiciones metaéticas de Atienza y Ferrajoli

Lo primero que quiero resaltar es que tanto Atienza como Ferrajoli son autores liberales. Sin embargo, el primero de ellos defiende una concepción objetiva de la moral y, a diferencia del segundo, considera que hay una relación necesaria entre el Derecho y la moral. En opinión de Ferrajoli, la posición de Atienza es antiliberal y conduce a la intolerancia (Ferrajoli 2011c: 30-31).

Félix Morales, a través de una aproximación analítica centrada en la estipulación de las categorías morales en juego, sostiene que las posiciones de Atienza y Ferrajoli están más cerca de lo que ellos consideran. Para demostrarlo, parte de su texto está dedicado a establecer qué debe entenderse por «objetivismo moral», habida cuenta de que, por un lado, no existe un significado unívoco de esa expresión y que, por el otro, es posible plantear «grados» de objetivismo moral. El desacuerdo entre Atienza y Ferrajoli sería, según Morales, meramente terminológico pues no existirían desacuerdos en cuestiones éticas y metaéticas.

Ambos autores serían objetivistas en sentido mínimo en el plano ontológico, racionalistas en el plano epistémico y no cognoscitivistas en el plano semántico (Morales 2013: 24). De forma muy resumida, ello sería así porque «tanto Atienza como Ferrajoli coinciden en la posibilidad de que los debates sobre cuestiones morales se sustenten sobre argumentaciones racionales; es decir, que no son escépticos sobre el rol que la razón pueda cumplir para esclarecer los desacuerdos éticos ni sobre la posibilidad de lograr acuerdos compartidos sobre lo que es moralmente correcto en específicos debates sobre cuestiones éticas» (Morales 2013: 22).

Ambos autores aceptarían que los valores morales no corresponden a entidades que existen naturalmente, sino que más bien son el resultado de un consenso o acuerdo racional entre una serie de participantes. Asimismo, concordarían en que los juicios morales son susceptibles de justificación racional, que no son absolutos (Morales 2013: 18), que pueden ser calificados como correctos o incorrectos y que existe algún procedimiento –que no es empírico– que permitiría justificar posiciones morales (Morales 2013: 18).

Por lo tanto, Morales plantea que Atienza no es un absolutista ni Ferrajoli un relativista moral (Morales 2013: 19-20). Coincido con la primera afirmación de Morales; sin embargo, considero que Ferrajoli no es un objetivista moral en sentido mínimo y que sus planteamientos conducen al relativismo moral.

Para sustentar mis afirmaciones tengo que referirme, aunque sea de manera breve, al concepto de objetivismo moral mínimo así como a los planteamientos de Atienza y Ferrajoli en torno al Derecho y a la relación entre éste y la moral.

## 3. El objetivismo moral mínimo y la relación entre el Derecho y la moral

Los defensores del objetivismo moral mínimo consideran que hay un «conjunto privilegiado (o valores, razones, pautas) morales válidos con independencia de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias)» (Moreso 2011, Atienza 2008a).<sup>2</sup> Dado que se trata de un objetivismo moral mínimo, es compatible «con que

2. Según este autor para los objetivistas morales, en atención a la tesis de la unidad de la razón práctica, es contradictorio afirmar que conforme al Derecho uno debe hacer *p* y, conforme a la moral, uno debe abstenerse de hacer *p*.

esas pautas sean aquellas que elegirían personas en determinadas condiciones ideales, por ejemplo, y no suponen necesariamente ninguna metafísica de entidades no-naturales» (Moreso 2011: 188).

Atienza defiende un objetivismo moral mínimo porque sostiene que los juicios morales pueden ser fundamentados de un modo objetivo, a través criterios racionales que permitan decir de ellos que son correctos o incorrectos, categorías equivalentes en el terreno moral, a verdadero y falso en el campo de la ciencia (Atienza 2009b: 115-118). Tales juicios morales incorporan una pretensión de corrección y son razones últimas (en el razonamiento práctico) «abiertas a la crítica y, por tanto, falibles» (Atienza 2008a).

Además, el constitucionalismo principialista o argumentativo de Atienza plantea que la relación entre el Derecho y la moral es necesaria. En efecto, para los postpositivistas no cualquier contenido –como decía Kelsen- puede ser Derecho (Kelsen 2001 [1934]: 83). Si el Derecho debe tener un determinado contenido (Aguiló 2011: 61), debe reconocer derechos fundamentales, entonces es preciso defender una relación necesaria entre el Derecho y la moral. Como se sabe, la tesis contraria, es decir la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral es una de las ideas centrales del positivismo jurídico (Hart 1980) y ello explica que sea asumida tan fervorosamente por Ferrajoli.

Según Atienza, el Derecho no sólo tiene una dimensión autoritativa sino una dimensión de valor o contenido de justicia «que se plasma en las notas de interdicción de la arbitrariedad y de garantía de los derechos fundamentales» (Atienza 2011: 82). En esa medida, de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, cuando las constituciones «reconocen» derechos, la autoridad normativa –el constituyente- «no pretende autoridad, sino que afirma que se trata de dominios en los que ella misma no puede intervenir legítimamente mediante actos de autoridad» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 150). Para conocer lo que son los derechos fundamentales (y no sólo para identificar cuáles son) se necesita tanto el concepto de norma como el de valor, asumiéndose que los derechos se tienen para dar cumplimiento a valores de especial importancia (Atienza 2008b: 215-216).

De otro lado, y a diferencia de los positivistas, para Atienza el Derecho de los estados constitucionales no puede verse sólo como un sistema de normas sino como una práctica social compleja, es decir, el Derecho no es «simplemente una realidad que está ya de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 152). Esta práctica social (constitucional) consiste «en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc.» (Atienza y Ruiz Manero 2009: 152). Esa práctica no se reduce sólo a la actividad judicial pues también incluye «la de los abogados, legisladores, la administración, los particulares o incluso las prácticas teóricas de los dogmáticos o filósofos del Derecho» (Atienza 2001: 76). Para los postpositivistas, los valores y fines han sido incorporados en la Constitución «en la forma de principios regulativos de la acción política legítima» (Aguiló 2001: 451) y, por ello, la práctica social debe estar orientada a la garantía de los derechos fundamentales.

Aunque la práctica social no incluye sólo a los jueces, los postpositivistas sostienen que en los estados constitucionales aquéllos tiene un rol fundamental porque tienen en sus manos la solución de los casos difíciles, por ejemplo, en relación a los límites del derecho a la vida o a la libertad personal. Esto «remite necesariamente a la justificación de los derechos y, por tanto, a un discurso de tipo moral» (Atienza 2009a: 177). Citando a Nino, Atienza afirma que el razonamiento jurídico está abierto a razones morales (Atienza 2008b: 215).

Por su parte, Ferrajoli sostiene que el constitucionalismo principialista o argumentativo de Atienza es antiliberal y conduce a la intolerancia. En su opinión, «paradójicamente, acabará por debilitar al constitucionalismo en el plano moral y jurídico» (Ferrajoli 2011c: 30), pues traerá como resultado el absolutismo moral, es decir la imposición una supuesta moral verdadera (Ferrajoli 2011c: 30-31).

Como se ha dicho, el constitucionalismo garantista es para Ferrajoli un positivismo reforzado porque los derechos fundamentales estipulados en las constituciones determinan que la producción jurídica no sólo deba respetar requisitos formales sino sustanciales. En el positivismo reforzado se positiviza el «deber ser» (Ferrajoli 2011c: 24-25).

Para Ferrajoli el principio de la separación entre el Derecho y la moral «no quiere decir en absoluto que las normas jurídicas no tengan un contenido moral o “alguna pretensión de corrección”» (Ferrajoli 2011c: 28). La tesis de la separación entre el Derecho y la moral tampoco supone negar «que, en el ejercicio de la discrecionalidad interpretativa generada por la indeterminación del lenguaje legal, el intérprete es a menudo guiado por opciones de carácter moral» (Ferrajoli 2011c: 28).

Sin embargo, a pesar de las aparentes coincidencias con Atienza, Ferrajoli no puede ser considerado como un objetivista moral en sentido mínimo porque no admite que haya un conjunto privilegiado de pautas morales en virtud de las cuales puedan, por ejemplo, evaluarse los contenidos de los sistemas jurídicos. Como afirma Moreso, aunque en Ferrajoli haya un espacio para la argumentación racional, no hay un criterio para establecer cuáles son las mejores razones (Moreso 2011: 191). Si bien es posible ser un objetivista moral en sentido mínimo y un positivista jurídico,<sup>3</sup> ése no parece ser el caso de Ferrajoli, quien afirma:

También las normas y los juicios (a nuestro parecer) más inmorales e injustos son considerados «justos» por quien produce tales normas y formula tales juicios, y expresan por ende, contenidos «morales», que, aunque (a nosotros nos) parezcan desvalores, son considerados valores por quien los comparte. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal contiene, al menos para su legislador, una (subjetiva) «pretensión de corrección» (Ferrajoli 2011c: 28, 2011b: 338).

Un planteamiento como éste es incompatible con el objetivismo moral en sentido mínimo.<sup>4</sup> Aunque Ferrajoli desarrolla un concepto de Constitución que contempla una noción estructural y una noción axiológica, en la que incluye una serie de condiciones, como el reconocimiento de derechos (Ferrajoli 2011a); en ausencia de tales condiciones materiales la Constitución seguirá siendo Constitución, antidemocrática, pero Constitución (Ferrajoli 2011b: 332).

Los postpositivistas no calificarían como justa una norma constitucional que negara, por ejemplo, la igualdad, por más que la mayoría de la población estuviera de acuerdo con ella. No obstante, debo señalar que los postpositivistas admiten que las constituciones pueden tener normas injustas (Atienza 2001: 77) o que los jueces en ocasiones dictan decisiones injustas. No podría ser de otra manera puesto que no se trata de ordenamientos jurídicos perfectos, cuya práctica es –sin excepción– correcta. Eso sería imposible porque las constituciones son obra de los seres humanos, imperfectos, y porque los involucrados en la práctica social también lo son (humanos e imperfectos). Por ello, es que se refieren a la «pretensión de

<sup>3</sup> Ver el caso de Hart (Atienza 2008a).

<sup>4</sup> Soy totalmente consciente de la diferencia entre la tesis descriptiva del relativismo moral y la tesis conceptual, que es la que aquí interesa: «hay varios conjuntos de pautas morales y no hay criterio para elegir entre ellos» (Moreso 2011: 187).

corrección» del Derecho, una pretensión de corrección objetiva (Alexy 2005), que se plasma en el reconocimiento de los derechos fundamentales. De ahí que, podamos pensar en normas jurídicas o decisiones judiciales injustas que no pierden por ello su carácter jurídico.<sup>5</sup>

La noción de Constitución postpositivista es más exigente que la del positivismo inclusivo, en el que podría ubicarse a Ferrajoli (Moreso y Vilajosana 2004: 199-200). En efecto, las constituciones del Estado Constitucional (Aguiló 2001) tienen –como se ha señalado– un «determinado contenido», no cualquier contenido. De ahí que se sostenga que contienen normas necesarias e inderogables porque no es posible concebir un Estado Constitucional que no reconozca, por ejemplo, los derechos a la dignidad personal, a la igualdad o a la libertad de expresión (Aguiló 2010: 27, 2011: 61).

Otra diferencia, aunque menos relevante para el debate entre Atienza y Ferrajoli, tiene que ver con los sistemas jurídicos que estudian positivistas y postpositivistas. Como señala García Figueroa, los postpositivistas se ocupan sólo de los sistemas normativos de los estados constitucionales y por eso no están comprometidos con la búsqueda de un concepto universal de Derecho, a diferencia de los iusnaturalistas y positivistas jurídicos (García 2011: 126-127, Atienza 2008a: 305).

Los postpositivistas no se ocupan de los ordenamientos normativos de las dictaduras y me parece que tampoco de lo que ocurre en países como Hungría, cuya constitución no cumple las exigencias del constitucionalismo.<sup>6</sup> Probablemente estén dispuestos a aceptar que estos sistemas son jurídicos en los términos del positivismo jurídico. En cambio, como he señalado al iniciar este comentario, plantean que el positivismo debe ser superado porque no es útil para dar cuenta de los ordenamientos jurídicos de las actuales democracias constitucionales, cuyas constituciones reconocen derechos fundamentales y en las que hay una práctica constitucional orientada a la garantía de esos derechos. Dado que Ferrajoli cuestiona tres rasgos definitorios del constitucionalismo principalista o argumentativo resulta difícil conciliar su posición con la de Atienza.

Para terminar, quiero aludir a quienes en el Perú participan de lo que los postpositivistas llaman «práctica social», la misma que debe tender a consolidar una práctica política y jurídica respetuosa de los derechos fundamentales (Aguiló 2008: 74). Lo quiero hacer para recordar que los involucrados en esa práctica social no suelen estar familiarizados con la metaética ni con los debates entre positivistas y no positivistas.

Aunque por razones distintas, coincido con Ferrajoli en que es necesario tener cierta cautela para evitar los peligros de regresión a una concepción premoderna del Derecho y de la cultura jurídica. En los pocos debates que se están desarrollando en el ámbito universitario sobre el postpositivismo, éste suele ser rápidamente confundido con el iusnaturalismo. No siempre resulta fácil hablar de objetivismo moral mínimo, de moralización del Derecho o de la relación necesaria entre el Derecho y la moral, sin ser tildados de iusnaturalistas. Esa dificultad constituye un desafío para los teóricos o filósofos del Derecho postpositivistas, involucrados en la práctica constitucional del país.

Por eso es que trabajos como el de Félix Morales son indispensables para esclarecer conceptos claves de este debate. Creo indispensable, asimismo, que quienes estamos de acuerdo con los planteamientos postpositivistas insistamos tanto en la dimensión valorativa del Derecho –y sus implicancias en el razonamiento y en la práctica constitucional– cuanto en el carácter artificial del Derecho (el Derecho es puesto por los seres humanos). De este

<sup>5</sup> Alexy, siguiendo a Radbruch, señala que sólo la injusticia extrema no es Derecho (2008).

<sup>6</sup> Sobre la Constitución de Hungría véase el Diario Oficial de la Unión Europea de 5 de julio de 2011, C 33 E/17.

modo, reforzaremos la idea de que el constitucionalismo no supone un rechazo al liberalismo político ni una vuelta al iusnaturalismo y que no supone negar, como afirma Atienza, el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas (Atienza 2008a: 313).

#### 4. Bibliografía

AGUILÓ, Josep

2011 «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 55-72.

2010 «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras». En LINFANTE VIDAL, Isabel. *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 13-35.

2008 «Tener una constitución, darse una constitución y vivir en constitución». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 28, pp. 67-86.

2001 «Sobre la constitución del Estado constitucional ». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 24, pp. 429-458.

ALEXY, Robert

2008 «Una defensa de la fórmula de Radbruch». *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, número 5, pp. 75-96.

2005 *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2011 «Dos versiones del constitucionalismo». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 73-88.

2009a «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico». En ATIENZA, Manuel, Luigi FERRAJOLI y Juan José MORESO. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 157-182.

2009b «Cuento de Navidad» *Analisi e Diritto*, número 29, pp. 115-118.

2008a «¿Es el positivismo una teoría aceptable del Derecho?». *Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

2008b «Tesis sobre Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, pp. 213-216.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO

2009 «Dejemos atrás el positivismo jurídico» *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima: Palestra, pp. 126-156.

FERRAJOLI, Luigi

2011a *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. I. Teoría del Derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta.

2011b «El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 311-361.

2011c «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 15-54.

2002 «Juspositivismo crítico y democracia constitucional» *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 16, pp. 7-20.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

2011 «Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. Notas a propósito del constitucionalismo de Luigi Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 121-138.

GUASTINI, Riccardo

2003 «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano» En CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 152-183.

HART, Herbert L.A.

1980 «El nuevo desafío del positivismo jurídico» Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo. *Sistema*, número 36, pp. 3-18.

KELSEN, Hans

2011 [1934] *Teoría pura del derecho*. Traducción de Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez. Trotta: Madrid.

MORALES LUNA, Félix

2013 *Un análisis argumentativo de las concepciones metaéticas en las teorías de Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP.

MORESO, José Juan

2011 «Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli» *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 183-199.

MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep María

2004 *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons: Madrid.



## RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco los comentarios de la profesora Rocío Villanueva y del profesor Eduardo Hernando a mi trabajo pues permiten enriquecer el debate, destacando aspectos que pudieron ser obviados o que requieren ser precisados y a los que me referiré en esta réplica. Antes de ello, creo pertinente explicitar la motivación que orientó mi trabajo, que servirá de marco para las respuestas a mis comentaristas.

El trabajo se origina en una inquietud respecto a si el nuevo paradigma del postpositivismo exige asumir una determinada concepción metaética. De ser así, ello implicaría otro elemento de superación del paradigma positivista asociado al no cognoscitivismo ético. La complejidad de este objetivo hacía recomendable centrar el análisis en algún autor con una posición definida en el tema que, además, se prestase a la polémica. Atendiendo a sus razones y a la de sus críticos, sería posible identificar las posiciones y argumentos relevantes con los que dar respuesta al problema original.

Luigi Ferrajoli resultaba ser la mejor opción para el análisis. La complejidad de su teoría le vuelve un autor inclasificable y su intento por asumir las categorías sustantivas reivindicadas por el constitucionalismo, pero manteniéndose fiel a las categorías conceptuales de la tradición positivista, le ha abierto no pocos frentes de crítica. No obstante, su disposición y capacidad para el debate de sus planteamientos le vuelve un autor imprescindible en este contexto.

Manuel Atienza, del otro lado, constituye la perfecta contraparte en el debate. Su declarada superación del positivismo jurídico le evita los problemas de compatibilizar dicha tradición jurídica con el constitucionalismo, a los que se enfrenta Ferrajoli. Esta conversión le permite contar con una perspectiva privilegiada desde la que expresa con claridad y contundencia sus argumentos en defensa de las tesis centrales del nuevo paradigma y de rechazo a las del positivismo jurídico.

Adicionalmente, este modo de encarar el problema planteado pretende mostrar lo fructífero de un análisis de tipo argumentativo para comprender un debate, identificando los puntos específicos del desencuentro. En el caso de los autores trabajados, consideré de particular utilidad el análisis argumentativo por lo desconcertante que resultaba constatar un supuesto desacuerdo metaético en medio de grandes acuerdos en otros niveles del discurso. Suponía que dicho desacuerdo podía ser solo aparente, lo que se evidenciaría explicitando las tesis sostenidas por cada uno de ellos.

Antes de referirme a las observaciones planteadas por los comentaristas, creo necesario destacar también que el desacuerdo metaético entre Ferrajoli y Atienza guarda relación con muchos otros temas en los que ambos polemizan que, sin embargo, no llegaron a ser abordados en el trabajo comentado.<sup>1</sup> Como bien lo han destacado mis comentaristas, no he pretendido (ni me hubiera sido posible) analizar en el trabajo todos los desacuerdos entre ambos autores. Tomé este particular desencuentro como banco de ensayo para el análisis argumentativo,

---

<sup>1</sup> Como la integración entre el positivismo jurídico y el constitucionalismo, la distinción entre principios y reglas, la importancia de la argumentación jurídica y el recurso a la ponderación, o la separación entre Derecho y moral.

confiando en que las conclusiones sobre el tema puntualmente abordado (¿existe entre ellos un desacuerdo metaético?) contribuya al análisis de los otros. Me centraré por ello en las observaciones que guardan directa relación con el problema analizado.

En el trabajo destaco las amplias coincidencias que, en el plano metaético, existen entre Atienza y Ferrajoli, a pesar de reconocerse en posiciones distintas. En efecto, al atender a las razones en las que fundamentan sus posiciones, las diferencias se desvanecen, revelándose como solo aparentes, dando paso a significativas convergencias en torno a lo que identifico como el objetivismo moral en sentido mínimo. A mi entender –y esto no fue suficientemente explicitado en el texto– este objetivismo moral mínimo sería la opción metaética requerida por la práctica de los estados constitucionalizados.

Sobre este punto, Rocío Villanueva discrepa en mi calificación de Ferrajoli como un objetivista moral en sentido mínimo. En sus términos: «Ferrajoli no es un objetivista moral en sentido mínimo y (...) sus planteamientos conducen al relativismo moral». Añade que “Ferrajoli no puede ser considerado como un objetivista moral en sentido mínimo porque no admite que haya un conjunto privilegiado de pautas morales en virtud de las cuales puedan, por ejemplo, evaluarse los contenidos de los sistemas jurídicos».

Entiendo que nuestra discrepancia se origina en una noción distinta de objetivismo moral. Villanueva se apoya en una definición de objetivismo planteada por Moreso de la que también parto, aunque luego la preciso para entender el objetivismo (en el plano ontológico) en un sentido mínimo, es decir, como opuesto al subjetivismo. Aun así, manteniéndonos en la definición de Moreso, es necesario destacar que la primacía de los derechos fundamentales, así como su justificación axiológica, no es un concepto ajeno a la Teoría del Derecho de Ferrajoli (2001) que, incluso, le han supuesto no pocas críticas desde los postulados iuspositivistas (Pintore 2001). Al justificar axiológicamente la universalidad de los derechos fundamentales, Ferrajoli rechaza, por ejemplo, los argumentos del relativismo cultural por considerarlos falaces (2001: 362 y ss.).

Debo reconocer, ciertamente, que la posición metaética que atribuyo a Ferrajoli contrasta con la extendida calificación de relativista que le dan muchos autores. Tal vez una desventaja de asumir posiciones en relación con autores vigentes es que estos pueden definir con una declaración todo un análisis externo y previo en relación con sus postulados. Así, consultando una estupenda y extensa conversación entre Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero (2012), el autor italiano explicita, ante los requerimientos del contertulio, su opción metaética, a la que llega a calificar como un relativismo racionalista (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73). Esto, sin embargo, requiere una mayor explicación.

Preguntado por el fundamento de sus valoraciones ético-políticas, Ferrajoli es enfático en subrayar su no cognoscitismo como la posición metaética que le define, y que no considera «en absoluto incompatible con el reconocimiento de los valores ético-políticos sobre los que se fundamentan los ordenamientos de nuestras democracias constitucionales» (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 59). Añade que «mi metaética anticognoscitivistista entraña solo que esos valores no consisten en la “verdad” sino en fundamentos ético-políticos o de “justicia”: fundamentos, por lo demás, que he tenido muchas veces ocasión de identificar con la paz, la igualdad, la dignidad de la persona y la protección de los más débiles».

Hasta este punto, Ferrajoli destaca solo su rechazo a la existencia de una única moral que pueda decirse, por tanto, verdadera; de ahí su rechazo del cognoscitismo y objetivismo moral. Esto no le impide afirmar la defensa de los valores en los que cada persona fundamenta su

noción de justicia. Si algo es descartado en su opción metaética sería la posición de quien considera que los valores éticos son o bien el fruto de preferencias inmotivadas (que denomina el relativismo emotivista) o bien entidades metafísicas con alguna realidad natural (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 67).

Tras de ello, Ferrajoli admite su incomodidad ante expresiones como «relativismo moral» por considerarla «altamente equívoca», por lo que solo se reconoce en la ya indicada expresión «anticognitivismo (o anticognoscitivismo) ético» por la que entiende «la fundamentación, racionalmente motivada y argumentada, aunque no “verificada”, de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto normativas, en base a [nuestra concepción de] la justicia, más bien que en base a la verdad» (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 67).

No obstante, tras la estipulación de las expresiones «objetivismo» (posición que sostiene, en primer lugar, que los juicios morales son racionalmente fundamentables o justificables y, en segundo lugar, que la afirmación de que un juicio moral está racionalmente justificado excluye la justificabilidad racional del juicio opuesto) (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 69-70) y «relativismo» («posición que, o bien negara la posibilidad de justificación racional de los juicios morales, o bien definiera “justificación racional” de tal modo que la justificación racional de un determinado juicio moral no implicara la no justificabilidad racional del juicio opuesto») (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 70) que le propone Ruiz Manero, Ferrajoli se reconoce como objetivista en lo referido a la primera parte de la definición, mas no en lo referido a la segunda parte. En cambio, niega ser relativista en lo referido a la primera parte de la definición, aunque sí se considera como tal en relación con la segunda parte (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73).

Convendría, por lo tanto, prescindir por un momento de las categorías, para atender a las tesis metaéticas en las que se reconoce Ferrajoli. Así, asume el autor las siguientes dos tesis:

- a) Los juicios morales están racionalmente justificados, porque resultan derivables de asunciones morales, a su vez argumentables racionalmente.
- b) Las tesis morales opuestas a las propias son racionalmente justificables, solo que no lo son respecto a las asunciones morales primitivas.

En contra, Ferrajoli rechaza las siguientes afirmaciones:

- a) Los juicios morales no son racionalmente justificables.
- b) La justificación racional de un juicio moral propio excluye la justificabilidad racional del juicio opuesto sostenido por otros (Ferrajoli y Ruiz Manero 2012: 73).

De ahí que, retomando las categorías, se reconozca en una posición intermedia entre el relativismo y el objetivismo ético, es decir, el ya mencionado relativismo racionalista.

Está claro que el acuerdo en torno a expresiones como «objetivismo» o «relativismo», para calificar una determinada posición metaética, dependerá de lo que entendamos por cada una de ellas. Mi calificación de Ferrajoli, como objetivista en sentido mínimo, tanto en el plano ontológico como epistémico, mas no en el semántico, termina siendo coincidente con la que el propio autor expresa en la comentada entrevista, y la eventual diferencia de términos se explica en la diferente estipulación que se hace de ellos. Lo que define la opción metaética de Ferrajoli es que considera a las opciones éticas como algo más que meras preferencias subjetivas de quien las sostiene, sin llegar a asumirlas como entidades de una realidad natural. Considera

que dichas opciones se pueden justificar y debatir racionalmente, razones que están expuestas a una constante revisión, y rechaza que las mismas sean susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas.

¿Es este relativismo racionalista de Ferrajoli, compatible con la opción metaética de Atienza? Como está dicho en el trabajo comentado, considero que sí. Ambos sitúan las opciones éticas más allá del relativismo emotivista y del realismo naturalista, asumen la justificación racional de las opciones éticas y niegan que dichas opciones puedan ser calificadas como verdaderas o falsas. De ahí nuestra coincidencia con Chiassoni cuando afirma que el constitucionalismo garantista de Ferrajoli es una postura objetivista (aunque lo es en forma débil). Por lo que «la teoría moral defendida por Atienza no es, paradójicamente, tan diferente de la adoptada por Ferrajoli, de forma que su crítica del no-objetivismo ferrajoliano parece infundada» (Chiassoni 2011: 108 y 120).

No obstante, sí es posible advertir una diferencia en la metaética de ambos autores, que tiene que ver con la actitud que cada uno de ellos tiene hacia la razón y su capacidad para lograr acuerdos sobre problemas éticos. La confianza de Atienza en este punto, contrasta con las reservas de Ferrajoli quien, advierte Chiassoni, «manifiesta, sin recelos una visión realista, desilusionada, de los alcances y límites de esta forma débil de racionalismo ético» (Chiassoni 2011: 108 y 120).

Con este panorama quiero referirme a algunos de los comentarios planteados por Eduardo Hernando a mi trabajo. Básicamente, me cuestiona por el efecto práctico que tendría el análisis que realizo. Resulta ser una observación muy pertinente. En lo personal no tengo dudas que, si Atienza y Ferrajoli integrasen un tribunal que tuviera que decidir sobre casos difíciles, ambos resolverían en idéntico sentido, aunque muy probablemente con fundamentos distintos. Lo primero expresaría las coincidencias de sus respectivas opciones metaéticas y lo segundo sería producto de su actitud hacia la razón.

Ciertamente ambos autores rechazan el absolutismo moral, por lo que no veo por qué, ante eventuales razones que así lo sugieran, no puedan admitir alguna excepción a la norma propuesta por Hernando sobre la tortura. Negarse a revisar las propias posiciones morales, incluso las más sólidas, es una actitud contraria al racionalismo que les caracteriza. Es claro que el caso planteado es uno excepcional y, de concurrir alguna razón, tendría que ser parte de aquél mínimo moral sugerido por Hernando.

Avanzando sobre los efectos prácticos del análisis realizado, más allá de la puntual posición metaética de estos dos autores, es posible inferir del debate ciertos rasgos necesarios para actuar en la práctica jurídica de un estado constitucionalizado. Esta práctica jurídica, como lo sugiere Moreso, exige asumir el objetivismo moral que le permita contar con el diseño institucional más apto para la defensa de los derechos humanos, lo que no se garantizaría en un modelo asentado sobre bases escépticas o relativistas (Moreso 2009: 92). Pero este objetivismo lo debe ser en un sentido mínimo, lo suficiente para hacer posible el debate racional en torno a problemas éticos, que no persiga la búsqueda de una verdad moral que termine excluyendo las distintas posiciones en el debate, sino que permita lograr acuerdos aceptables con base en razones revisables en función de nuevas circunstancias.

El modelo de Estado Constitucional de Derecho exige repensar todas las posiciones y categorías diseñadas en función de los modelos precedentes, bien para reafirmarlas, superarlas o reformularlas. El reto, ciertamente compartido por Atienza y Ferrajoli, es que el Derecho se constituya como un instrumento eficaz de la defensa y realización de los derechos de la

persona, en el marco de las garantías institucionales que definen al Derecho. Este trabajo pretende ser un aporte puntual en esta dirección, explicitando las coincidencias entre autores situados en paradigmas aparentemente opuestos, lo que nos permite identificar un mínimo común en torno al cual construir los fundamentos que exige el actual modelo de los estados constitucionales.

### **Bibliografía**

CHIASSONI, Pierluigi

2011 «Un baluarte de la modernidad. Notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista». *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 34, pp. 101-120.

FERRAJOLI, Luigi

2001 «Los fundamentos de los derechos fundamentales». En DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 287 – 381.

FERRAJOLI, Luigi y Juan RUIZ MANERO

2012 *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.

MORESO, José Juan

2009 *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

PINTORE, Anna

2001 «Derechos insaciables». En DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 243 – 265.