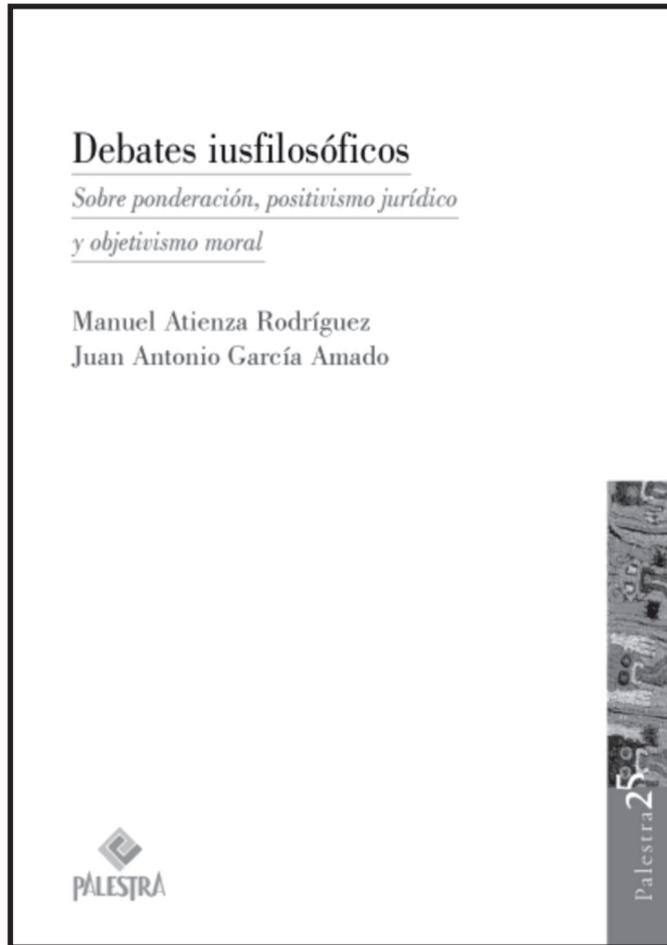


DEBATES IUSFILOSÓFICOS

Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral

Manuel Atienza Rodríguez* y Juan Antonio García Amado**



*Julia Castro Sánchez****

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante. Es director de la revista *Doxa* y del Máster en Argumentación Jurídica que organiza el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante desde hace más de una década. Fue vicepresidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, y ha sido nombrado *doctor honoris causa* por diversas universidades latinoamericanas. Es autor de libros y artículos que versan sobre ámbitos como la teoría de los enunciados jurídicos, el marxismo jurídico, la bioética, la teoría y la técnica de la legislación, la ética judicial y la argumentación.

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. Es director del Máster de Formación Permanente en Argumentación Jurídica de la Universidad de León y Tirant Formación. Ha publicado, entre otros, los libros *Teorías de la Tópica Jurídica* (1988), *Hans Kelsen y la Norma Fundamental* (1996), *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (1997), *Escritos de Filosofía del Derecho* (1997), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales* (2001). Ha impartido cursos y conferencias en numerosas universidades de Europa y América.

*** Graduada en Derecho (2019) y en Criminología (2022) por la Universidad de Alicante. Ha realizado cursos de especialización sobre Derecho Constitucional: Una mirada de cine (2016) y Evaluación del riesgo en violencia de género (2021). Obtuvo un máster en Derecho de daños (2021) en la misma universidad con premio extraordinario. Trabajó como investigadora junior para el proyecto de investigación AEQUALITAS - Manifestaciones de desigualdad en el actual sistema de justicia penal (2020). Actualmente es profesora ayudante LOU, doctoranda en el departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal y miembro del grupo de Estudios de Política Criminal, Derecho Penal y Criminología de la misma universidad. Correo electrónico: julia.castrosanchez@ua.es

Cómo citar esta reseña: Castro Sánchez, Julia. 2023. Reseña de *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*; de Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado. *Revista de estudios jurídicos Cálamo*, n.º 18: 152-156.

En los actuales tiempos de crisis y decadencia de la universidad, donde la discusión académica es, ciertamente, una *rara avis*, resulta refrescante encontrar una obra como la presente. Su lectura se ve beneficiada por el talento retórico de ambos autores, quienes con un estilo dinámico y un tanto provocativo se ocupan de tres tópicos fundamentales de la filosofía del Derecho: la ponderación, el positivismo jurídico y el objetivismo moral. Resulta especialmente valioso el hecho de que las cuestiones sean abordadas en forma de polémica desde dos concepciones *iusfilosóficas* diferenciadas: el positivismo, defendido por Juan Antonio García Amado, y el postpositivismo, por Manuel Atienza. Tal planteamiento permite al lector formarse una idea de dos de los más relevantes paradigmas del Derecho en la actualidad, y, al mismo tiempo, advertir la importancia que despliega la argumentación en la disciplina jurídica.

La discusión comienza con un texto de Manuel Atienza (“A vueltas con la ponderación”); en el que, tras presentar variados ejemplos de ponderación de muy diversos órganos judiciales, plantea las preguntas que servirán de hilo conductor a lo largo de la discusión: 1) ¿en qué consiste la ponderación? 2) ¿cuándo hay que ponderar? ¿está justificado hacerlo?, ¿puede evitarse? 3) ¿es la ponderación un procedimiento racional?

En un intento de síntesis de su postura podríamos afirmar que para Atienza la ponderación es un problema que se le presenta al juez cuando, para resolver un caso, no puede partir directamente de una regla, porque 1) no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas) 2) existe una regla pero, por alguna razón, la misma resulta inadecuada (hay una laguna axiológica en el nivel de las reglas) o 3) simplemente, es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso (2021, 28). Asume la dificultad de la respuesta al problema de su justificación y reconoce la imposibilidad de justificarla en abstracto (2021, 29). Por otro lado, advierte que evitar recurrir a la ponderación cuando resulta necesaria y resolver el problema en el nivel de las reglas supone incurrir en formalismo indebido. Y, por último, afirma que hay criterios de racionalidad de la ponderación; en realidad, los mismos

que la racionalidad jurídica en términos generales: la universalidad, la coherencia, la adecuación a las consecuencias, la apelación a la moral social y a la moral justificada. Precisamente estos criterios, entiende, son los que permiten ver el Derecho como una empresa racional, en la que no sólo hay respuestas finales, sino también respuestas correctas.

Frente a esta postura, García Amado (“Sobre ponderaciones: debatiendo con Manuel Atienza”) tras caracterizar la ponderación, a partir de ejemplos desenfadados acerca de discusiones irresolubles de la vida cotidiana, retoma el tópico en el contexto de un caso de tortura a un terrorista y llega a la conclusión de que la ponderación se apoya únicamente en posiciones morales subjetivas. Para ilustrarlo, selecciona, de los propuestos por Atienza, el conocido Caso Gürtel, y da a entender que únicamente puede llegarse a un acuerdo por la vía interpretativa. Critica, además, la ligereza a la que se presta el recurso a la ponderación (2021, 70) y entiende que, en el fondo, se trata de una cuestión discrecional, lo que le lleva a denunciar el riesgo de arbitrariedad que presenta la ponderación. Y esta tesis de la discrecionalidad, tanto del cuándo como del cómo ponderar, no es más que la otra cara de la negación de la racionalidad del procedimiento, entendiéndose que una ponderación no es más que una valoración subjetiva.

Seguidamente, Atienza contesta al comentario de García Amado en forma epistolar (“Carta sobre la ponderación”), exponiendo los argumentos de manera más personal, si se quiere, aunque en el fondo, como el propio autor reconoce, cambia la manera de exponer, pero no su contenido. Retoma el problema de la derrotabilidad y de las excepciones, a propósito del supuesto de la prohibición de tortura (2021, 87), no sin antes acusar a su interlocutor de cometer ciertas falacias y de invertir del principio de caridad en la interpretación; es decir, de buscar siempre la peor interpretación posible de lo que el otro ha dicho o escrito.

Frente al planteamiento de García Amado en el que diferenciaba claramente la interpretación y la ponderación, Atienza concluye que, en el fondo: la ponderación es un tipo específico de interpretación

en que el punto de partida estaría constituido por principios y no por reglas como en la interpretación en general (2021, 91).

Atienza admite el riesgo de arbitrariedad que representa el método ponderativo y que denuncia García Amado. Sin embargo, considera que el mismo no se combate oponiéndose *in toto* a la ponderación, sino manteniendo una actitud crítica con su uso: negándose a que se pondere cuando no debería hacerse y a que se haga de una manera inadecuada. Esta difícil tarea pasa por buscar un equilibrio entre la dimensión autoritativa y valorativa del Derecho, entendiendo que “un juez debe ser justo, no justiciero. El otro lado de la medalla es que la vinculación del juez no es sólo a la letra de la ley sino a sus razones subyacentes: esto último es, precisamente, lo que debería alejarle del formalismo” (2021, 96).

En “Respuesta a la epístola de Manuel Atienza”, continúa García Amado con la cuestión de la derrotabilidad de la prohibición de tortura y seguidamente defiende, de nuevo, su postura a la luz del caso Gürtel. Finalmente, plantea la esencial cuestión de cuándo hay una laguna axiológica, terminando por declarar su escepticismo en materia moral (2021, 119).

En “Contestación a la carta de Juan Antonio García Amado”, Atienza deja el debate abierto y concluye que la discusión de fondo remite a otro tema: la concepción del Derecho de cada uno, lo que constituye el siguiente tópico. La discusión sobre el positivismo jurídico se articula a través de un diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado moderado por Benjamín Rivaya, quien plantea la *vexata quaestio* de la contraposición entre el *iusnaturalismo* y el positivismo jurídico.

Los autores llegan a algún acuerdo, en lo que respecta, por ejemplo, a la caracterización del *iusnaturalismo* (como concepción del Derecho que propugna

el derecho natural como parte esencial de cualquier sistema jurídico, esté o no reflejado en las normas positivas del sistema) y el *iuspositivismo* (como concepción del Derecho definida por (1) la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y (2) la tesis de las fuentes sociales del Derecho). Sin embargo, afloran las discrepancias al abordar la concepción postpositivista¹ del Derecho. García Amado le imputa la negación de las dos tesis del positivismo, mientras Atienza expone que el postpositivismo sí comparte la tesis de las fuentes sociales, pero matiza que la diferencia reside en que esta concepción no reduce el Derecho a su dimensión autoritativa, sino que atiende además a su dimensión valorativa, lo que efectivamente sí conduce a la negación de la tesis de separación conceptual entre Derecho y moral.

Por otro lado, disienten en la valoración del positivismo jurídico. Mientras para García Amado es la concepción adecuada desde la cual observar el Derecho, Atienza lo tilda de obstáculo epistemológico que no permite atender a la realidad del Derecho en toda su complejidad. Al menos, sí hay concierto en identificar el desacuerdo central que distingue ambas posturas: la cuestión de si puede separarse el Derecho y la moral, al identificar el Derecho y al llevar a cabo, en el Derecho, un razonamiento de tipo justificativo, lo que remite a su diferencia de fondo: su concepción del Derecho.

Para García Amado el Derecho es un “objeto’ consistente en un conjunto de normas de naturaleza peculiar que conforman lo que llamamos sistemas u ordenamientos jurídicos, en virtud de ciertas relaciones internas a dichos sistemas y reguladas por esos mismos sistemas. Ese ‘objeto’ se utiliza en determinadas prácticas, que son prácticas jurídicas” (2021, 147). Para Atienza el Derecho no es un objeto a describir o un conjunto de normas, sino una práctica: una actividad con la que se trata de alcanzar determinados objetivos, de satisfacer ciertos valores, como la escritura de una

1 Aquí encontramos una discrepancia nominal y conceptual que es preciso aclarar: si bien ambos autores están de acuerdo en que las concepciones no positivistas del Derecho niegan la separación conceptual entre Derecho y moral, hay desacuerdo en cuanto a la denominación de tales concepciones y sobre el alcance de la negación de la tesis de la separación. Amado llama *iusmoralismo* a una concepción del Derecho no positivista que supone la unión conceptual entre Derecho y moral; de modo que, para el *iusmoralismo* “si es Derecho es justo y si es injusto (o muy injusto) no es Derecho” (2021, 192). Atienza, por su parte, se desmarca de tal caracterización (2021, 237) y denomina a su concepción postpositivista. Precisa que, para esta concepción la relación entre Derecho y moral no es ni de separación ni de unión, sino que se trata de una relación más compleja, como se verá más adelante. Consecuentemente, acepta que el Derecho puede ser injusto y que, de hecho, muchas veces lo es. Lo que no puede darse, aclara, es un sistema jurídico que prescindiera de cualquier noción de justicia (2021, 237).

novela (para emplear el famoso símil de Dworkin), o como la construcción de una catedral (como sugirió Nino) o como una empresa de navegación (un símil de Ihering) (2021, 125).

A continuación, Benjamín Rivaya pregunta si existen criterios morales objetivos que puedan utilizarse como instancia para juzgar el Derecho, y si esos son los derechos humanos, desembocando el grueso de la cuestión en la relación entre constitución y objetivismo moral. García Amado lo tiene claro y apela a la tolerancia y el pluralismo: las constituciones pluralistas y democráticas no pueden estar comprometidas con una moral determinada, porque estas amparan el derecho a tener convicciones morales y pueden entonces avalar tanto una solución como la contraria. Sin embargo, Atienza, si bien admite que las constituciones no avalan una determinada moral, considera que es un hecho que dejan fuera una serie de posiciones morales y fijan unos mínimos morales pues “el pluralismo constitucional moralmente justificado no equivale a tolerancia indiscriminada” (2021, 173). Por ello, entiende Atienza que el objetivismo no solo es compatible con los valores del pluralismo y de la tolerancia, sino que lo que conduce a la tolerancia es precisamente el objetivismo, y no el relativismo moral.

La discusión conduce, irremediablemente, al tópico del objetivismo moral. Este último debate comienza con un comentario de García Amado, “Objetivismo moral y Derecho: argumentos para el debate con Manuel Atienza”. En primer lugar, realiza unas precisiones conceptuales (enunciado descriptivo, enunciado moral, valores morales, normas morales) y un repaso a distintas concepciones de teoría de la justicia. Caracteriza, *grosso modo*, el objetivismo moral y dos de sus variantes: el realismo moral y el constructivismo. También se ocupa de delinear el núcleo de las corrientes escépticas, así como enunciar algunas de sus modalidades: imperativismo, emotivismo, relativismo individual, relativismo cultural...

Una vez realizadas tales clarificaciones se adentra en las relaciones entre las concepciones de la moral y el concepto de Derecho. En la actualidad, explica, la gran división en teoría del Derecho se presenta entre concepciones positivistas y postpositivistas; diferenciándose

unas de otras, precisamente, en la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, afirmada por las primeras y negada por las segundas (2021, 190). Desde el bando primero, esboza ciertos reproches a la postura de Atienza: una objeción al objetivismo mínimo (2021, 202), una crítica a la unidad de la razón práctica (2021, 211), a la concepción procedimental propia del constructivismo de la comprobación de corrección de los juicios morales (2021, 212), y un rechazo a la analogía del Derecho y la medicina.

Atienza, en García Amado y el objetivismo moral, se defiende de las objeciones tildando de ideológica la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Entiende que la relación entre Derecho y moral es más compleja que la esbozada por García Amado, pues responde a lo que el filósofo español Gustavo Bueno llamó conceptos conjugados. En aras de defender el objetivismo moral se introduce en la noción de razonabilidad y enuncia, y perfila, de nuevo, la tesis de la unidad de la razón práctica: las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas, necesitan de un apoyo (una premisa) moral, pues las razones morales son las únicas razones últimas que cabe esgrimir en el discurso práctico (2021, 241). Por último, realiza una aclaración importante: el objetivismo moral no lleva al activismo judicial. No hay ninguna conexión conceptual ni empírica entre una cosa y la otra (2021, 247).

Tras la lectura del texto resulta evidente la importancia de la Filosofía del Derecho y la argumentación jurídica. La presentación de las posturas de los autores, así como la introducción de ideas de pensadores de la talla de Schauer, Toulmin, Alexy, Dworkin, Ferrajoli y Nino, a la luz de la jurisprudencia española y latinoamericana, en forma de combinación exitosa entre teoría y práctica, no puede hacer más que mostrar el magisterio de los dos autores. Y es que, a pesar de las discrepancias, hay un importante nexo común: la idea de que una formación en filosofía del Derecho resulta esencial para el desarrollo de cualquier profesión jurídica. Además, el debate tiene un valor adicional: ofrecer material práctico de cómo identificar, imputar y rebatir falacias o la acusación de las mismas.

También es preciso reconocer el valor de la edición por Palestra Editores. Ha sido, ciertamente, una buena idea

reeditar el libro de 2012, *Un debate sobre la ponderación*, añadiendo los tópicos del positivismo jurídico y el objetivismo moral, pues, como se desprende del debate, su interrelación hace incomprensible una cosa sin la otra y hay una constante remisión de unos tópicos a otros. Sin embargo, falta (como me advirtió Lucas Misseri) la “Dúplica a Manuel Atienza sobre el objetivismo moral y Derecho”, texto al que el lector podrá acudir para ver cómo continúa –y no acaba, aunque las posturas cada vez parecen más cercanas– la discusión.

A pesar del talento retórico de ambos autores, Atienza convence más que Amado. Este último, al reducir los límites de la racionalidad práctica presenta, inexorablemente, una visión reduccionista del Derecho. Y es que, paradójicamente, la metodología positivista no favorece, sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza, seguridad jurídica y no arbitrariedad: en la medida en que las posiciones en favor de ciertas soluciones jurídicas no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos sometidos al control de una discusión crítica, como es el procedimiento ponderativo, al jurista le quedan dos opciones poco alentadoras. O bien se escuda en distinciones conceptuales aparentemente neutras, lo que da vía libre para, arbitrariamente, proponer soluciones

divergentes mediante construcciones conceptuales distintas; o bien, asume que no hay escapatoria a la arbitrariedad. Y, precisamente, la ideología de la separación lleva a una visión parcial del fenómeno jurídico que tiene como consecuencia lógica el no plantearse una cuestión fundamental: la transformación social a través del Derecho.

En definitiva, se trata de una obra cuya lectura resulta altamente recomendable para cualquier persona que se interese por la filosofía del Derecho contemporánea, e imprescindible para quienes busquen un modelo académico; pues, en la misma, se perfila una inusual capacidad de distinguir la discusión teórica de la consideración personal, que no puede producir más que admiración y placer intelectual. Ambos consiguen, mediante su polémica amistosa y desenfadada, acceder con facilidad a una serie de temas complejos, reafirmando por la vía de los hechos que los mejores teóricos son los que hacen fácil lo difícil y no difícil lo fácil.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza Rodríguez, Manuel y Juan Antonio García Amado. 2021. *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Lima: Palestra Editores.