CONTRA LOS JUSMORALISMOS Y OTROS CONTRAS

Against jusmoralisms and other cons

Autor: Juan Carlos Valdivia Cano*

REVISTA
LP Derecho

Juan Carlos Valdivia Cano
«Contra los jusmoralismos y otros contras».
Revista LP Derecho.
3 (2022): 10-34.

Recibido: 27/07/2022
Aprobado: 23/08/2022

* Abogado, doctor en derecho y exdecano de la Universidad Privada de Tacna. Actualmente es profesor de derecho en la Universidad Católica San María y en la Universidad Nacional de San Agustín, escritor con diversas publicaciones que combinan la filosofía y el derecho, tales como *"Cultura y Derecho", "La Caja de Herramientas", "Fundamentos de los derechos humanos (una visión heterodoxa)", "Now, historia, poder y resentimiento", "El caso de Adán: Ética moderna y moral tradicional en el Derecho Peruano"*, entre otras publicaciones.

https://orcid.org/0000-0003-0879-6149

Resumen

El objetivo de este ensayo es mostrar que en el ámbito jusfilosófico hispanoamericano se vincula indebidamente la moral al derecho, sin aclarar el sentido de aquella, a pesar de que, en el derecho moderno, sobre todo republicano, es decir, laico, esos ámbitos deberían estar separados. Algunas opiniones de renombrados juristas hispanos, explícitas o no, sobre el papel de la moral en relación con el derecho nos sorprendieron *sin duda* por esa razón. Por eso en este ensayo (un género literario filosófico concebido como la exposición de un punto de vista fundamentado) nos ocupamos de esas posiciones y del fondo de la discusión, o por lo menos de lo que para nosotros lo es. Pero la dificultad para darle una estructura, una cierta unidad sistemática a este, nos llevó a adaptarnos, a medida que redactábamos, a la forma que el propio contenido del texto nos iba proponiendo. El resultado es el que el lector tiene a la vista: la relación entre derecho, moral tradicional y eso que aquí llamamos ética moderna o «ética jurídica» como la denomina Neil MacCormick.

Palabras clave

moral tradicional, ética moderna, jusmoralismo, positivismo, neoconstitucionalismo.

Abstract

The objective of this essay is to show that in the Hispanic-American legal-philosophical field, morality is unduly linked to law, without clarifying its meaning, despite the fact that in modern law, especially republican law, that is, secular law, these fields should be

separated. Some opinions of renowned Hispanic jurists, explicit or not, on the role of morality in relation to the law surprised us, no doubt for that reason. That is why in this essay (a philosophical literary genre conceived as the exposition of a grounded point of view) we deal with those positions and the substance of the discussion, or at least what it is for us. But the difficulty in giving it a structure, a certain systematic unity to it, led us to adapt, as we wrote, to the form that the content of the text itself was proposing to us. The result is what the reader has in view: the relationship between law, traditional morality and what we call here modern ethics or «legal ethics» as Neil MacCormick calls it.

Keywords:

moral, ethics, legality.

I. Introducción

Un fantasma vuelve a recorrer el mundo jurídico hispanoamericano: el fantasma de «la moral», la moral en general, así, sin especificaciones. El problema es que esta palabra es retorcidamente polisémica y, a pesar de eso, o por eso mismo, no baja del plano de la ambigüedad o de la generalidad que, por ese carácter, es vacía de sentido específico. A veces se advierte expresamente la existencia de la mencionada polisemia, pero no se sacan las consecuencias como debería, y aquí, como en otras partes, es necesario ser consecuentes si se reconoce que la polisemia implica variados sentidos de una palabra: hay que dar a conocer cuál es el que adoptamos y aplicamos en la discusión y eso significa hacerlo expresamente, como lo intentamos aquí. Nuestra estrategia es muy simple: consiste en convocar a los que consideramos los mejores juristas de habla hispana (y a Robert Alexy por ser el jurista europeo más citado y reconocido en nuestra región y por haberse ocupado expresamente de nuestro asunto) para mostrar que, en nuestro campo de estudio, aún subsisten elementos muy importantes del derecho prerrepublicano (como la moral tradicional), lo que impone una revisión crítica que hay que hacer patente en la perspectiva de contribuir a la construcción de los cimientos de un verdadero derecho republicano.

II. Metodología

El enfoque a partir del cual se ha elaborado este trabajo es la crítica a la concepción tradicional del derecho, entendido como una especialidad científica, cuando no es ni siquiera una actividad cognitiva, sino una disciplina normativa o prescriptiva, reguladora de la conducta, fundada en valores y principios jurídicos y consecuentemente, utiliza procedimientos básicamente argumentativos e interpretativos (es decir, creadores de sentido) y no causales o empíricamente probatorios, pertinentes en las ciencias físicas o naturales u otras disciplinas cognitivas. Nuestras variables se sustentan en tres palabras clave: jusmoralismos, moral tradicional y ética moderna. Este trabajo, por tanto, responde a un estudio crítico de un tema en particular: la impertinente intromisión de la moral en el derecho republicano.

III. Núremberg

Después de la Segunda Guerra Mundial, y en particular a partir del juicio de Núremberg, en razón de la insuficiencia del positivismo jurídico y en crítica casi siempre certera contra el paradigma del estado legal de derecho y, sobre todo, del formalismo kelseniano, se dio un fenómeno de reivindicación de los principios y valores jurí-

dicos modernos y el carácter normativo y vinculante de las normas constitucionales, el control constitucional, los tribunales respectivos, etc. En Núremberg no se aplicó la ley, como se suponía que debía ser, sino los principios generales que existían desde la Revolución Francesa, pero con un carácter meramente programático, de buenos deseos jurídicos, algo distinto a lo que ocurre hoy después de la posguerra. Aquella dejó de ser un documento entre lírico y utópico y, en lo académico, en algunas facultades el curso de Derecho Constitucional, uno de esos que se consideraba en la malla curricular porque así se venía haciendo, adquiere algo de la importancia que merece, que es enorme si se la enfoca de manera crítica.

Desde esos días se ha venido consagrando la fuerza obligatoria de los principios y valores jurídicos, es decir, de los derechos constitucionales o humanos. Y eso está muy bien; lo que no está bien es el contrabando ideológico que se ha producido en forma simultánea. Para el positivismo kelseniano —se recuerda críticamente— es suficiente con que la norma esté bien creada formalmente para valer, o sea, que se cree de acuerdo con otras normas que prescriben cómo debe crearse dicha norma, hasta llegar a la *Grundnorm* («la gran norma») que solo es una «hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas»[1]. Se supone que la Norma Fundamental es una norma válida. Se supone, pero, sin embargo, la *Grundnorm* es solo una… hipótesis normativa. Kelsen creía que un sistema jurídico solo puede fundarse en normas e inventó la Grundnorm para no tener que hablar de principios y valores, para no salirse de las puras normas, porque para él el derecho es solo eso: normas estatales. Cualquier contenido puede ser norma y no importan los valores y los principios; por ejemplo, la norma que en la Alemania nazi dispuso el traslado de millones de judíos a los hornos crematorios era válida para ese «sistema». Para la ideología positivista, la justicia, los principios, valores y los juicios éticos son irracionales, emotivos, etc.: parecen decir que no pueden ser considerados jurídicamente idóneos porque esto implica una actividad racional que para los racionalistas es excluyente. Sin embargo, sin ser jusnaturalista o positivista, uno puede estar convencido de que no cualquier contenido puede ser legítimo: tiene que ser conforme a los valores o principios del sistema jurídico democrático.

Las valoraciones no son solo «racionales» sino volitivas y afectivas, y es la actividad principal en derecho. No concierne a la razón puramente formal, hecha de la abstracción de los factores irracionales; por ejemplo, la intuición, las emociones, las pasiones, la imaginación («la loca de la casa» se la ha llamado). Se olvida, o no se tiene en cuenta o se ignora, lo que Luis Díez Picazo (1973) recuerda claramente: «en el derecho opera una intuición de naturaleza extralógica que nos hace comprender que determinadas soluciones, aun adoptadas con la más absoluta corrección formal, pueden ser absurdas o injustas». La capacidad de valoración, de estimación, de apreciación no es solo asunto de razón sino también de sentimiento, afecto, deseo, vo-

1 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. (Lima: Ediciones Wisla, 1987), 39.

luntad, etc. El racionalismo hace abstracción de esos poderosos ingredientes.

IV. Malentendido

Los que hablan de «moral» generalmente se refieren —aunque no lo declaran— a la moral social, sin mencionarla expresamente, es decir, a la moral establecida, a la moral tradicional, a la moral judeocristiana mayoritaria. ¿A cuál otra podrían referirse, sino a esa que tiene un origen familiar, que se internaliza en la vida mental y que el psicoanálisis llama «superyó»? Otro nombre de la moral. Y se cree que esa moral es la única, la verdadera, la eterna, y de ahí los moralismos y la moralina. Y el afán de supeditación del derecho a esa moral. Sin embargo, existe una ética jurídica o moderna que no tiene que ver con «la moral» tradicional, tal como existe una ética samurái que no tiene que ver con el cristianismo.

V. Inmigrante turco

Alejandro Nava[2] ejemplifica la idea de valores universales, pero poniendo en el mismo saco la moral y el derecho, expresándola con la idea de que los inmigrantes turcos deben respetar las leyes y valores de la cultura alemana, y agregando que un turco no puede ser machista en Alemania, por ejemplo. Lo cual prueba esa confusión y, por otra parte, no demuestra la necesidad de la moral en la solución de problemas jurídicos y ni la universalidad de las normas alemanas. Solo menciona, sin definir, el vocablo «moral». No es novedoso, sin embargo, sostener que al residir en un país extranjero se deben respetar sus leyes, su Constitución, pero no las de carácter moral, que no le conciernen al derecho, si se trata de un Estado democrático y no un gobierno «modo ayatola».

El gobierno alemán no puede detener a un inmigrante turco y procesarlo por machista. Tendría que hacer lo mismo con los machistas alemanes. Pero el machismo no es un delito, salvo que termine en violencia o crimen. El Estado alemán solo puede sancionar la conducta de un extranjero que vaya contra el derecho alemán cuando se trate de un acto ilícito en el derecho alemán. No tiene poder para entrometerse en la conciencia de los inmigrantes, en «su» moral, precisamente porque no hay una moral universal: todas son particulares, específicas (y todas dignas de reconocimiento, salvo las que predican o practican el terrorismo).

Los valores occidentales no se pueden imponer, justamente por ser democráticos, creyentes en la tolerancia de los diversos puntos de vista, el pluralismo, etc. Solo el derecho puede aspirar a esa universalidad porque parte de lo que considera común a todos los seres humanos independientemente de su religión, su moral y sus creencias particulares. Y aun si llega ese día en que todos los países y Estados del mundo adopten y respeten los derechos humanos, no significa que se ha descubierto la verdad objetiva, o la moral objetiva, lo que es una contradicción. Una moral independiente de los seres humanos y por encima de ellos, una moral no subjetiva, no es posible. Además, se trata de derecho, no de moral; de acuerdos o consensos, no de verdades; es decir, de correspondencia con la realidad (salvo en relación a hechos). Y la moral es creación de los sujetos (aun si se le conside-

2 Jurista mexicano, discípulo de Robert Alexy, su mentor, con quien trabajó su tesis doctoral.

ra como revelación de Dios); son normas, no conocimientos.

VI. El problema

Lo primero que queremos recordar es que, desde su nacimiento en la Roma republicana, el derecho romano, que es el nuestro (por eso somos latinos, aunque no solo por eso), nació a partir de la diferencia y separación de la moral de la religión, como en la filosofía griega. Ni siquiera había aparecido el cristianismo. La moral es un orden distinto, cualitativamente distinto. Y nos preocupa el vocablo moral porque cuando se trata de países subdesarrollados mayoritariamente católicos, con una educación predominantemente acrítica, dogmática, repetitiva y tradicionalista —incluidas las facultades de derecho— la palabra moral no tiene, en este contexto, vinculación con el derecho, con los principios y valores jurídicos, sino con la religión judeocristiana novohispana.

Y no se debería confundir lo que la gran mayoría entiende por moral; lo que en esta parte del mundo se llama mayoritariamente «moral», que pretende un solo sentido general que se supone válido para todos: la moral judeocristiana. Lo que no significa que por ello los seguidores o creyentes la respeten y sean consecuentes. Lo que se ha internalizado muy bien colectivamente son sus prejuicios y supersticiones: la idea de infierno, culpa, pecado, castigo eterno, etc. La inmensa mayoría acata «la moral» aunque no la cumpla. Todos sabemos a qué le llamamos «moral» en esta parte del mundo cristiano. Aún vivimos volcados al pasado, la tradición, la Iglesia, el papa romano, las creencias de los antepasados; peleando por los abusadores como si se tratara de los salvadores, parafraseando a La Boétie (p. 164). Por estas razones creemos que genera confusión que, en relación con el derecho, se siga usando la palabra moral como una prótesis, como una muleta del derecho democrático y republicano en relación con una supuesta insuficiencia jurídica que requeriría del apoyo de «la moral» para ser completo, porque los valores y principios jurídicos son muy relativos, muy históricos, muy subjetivos, muy variables, muy terrenos, muy humanos. Quien promueve la intervención de la moral en la vida jurídica considera, lo reconozca o no, insuficiente al derecho. No cree en el derecho: cree más en «la moral».

VII. La pregunta

Se dice, por ejemplo, que la legitimidad, la equidad, la justicia, son valores morales, o que eso demuestra la moralidad del derecho (Vigo, Atienza, Nava, etc.). Estábamos seguros de que la legitimidad, la equidad, la justicia, eran valores jurídicos fundamentales y que no tenían nada que ver con ninguna moral externa o internalizada en el derecho, precisamente porque los seres humanos no podemos crear una moral universal para todos los hombres y épocas, una moral objetiva que exista independientemente de los seres humanos. Podemos ponernos de acuerdo; pero un acuerdo no es una verdad sino conciliación de puntos de vista diferentes, aunque no todos lo vean así. ¿Qué otra alternativa tenemos que no sea el objetivismo moral católico, cuyo único fundamento es la fe y la autocalificación y una prueba más del inevitable subjetivismo ético? Una vuelta al absolutismo moral premoderno, más que

al «constructivismo objetivista». Y en este punto concordamos con el positivista poskelseniano, por así llamarlo, Juan Antonio García Amado:

> Si el consenso racional que hipotéticamente avala la moral objetivamente verdadera o correcta está condicionado por las coordenadas culturales respectivas, por el correspondiente mundo de la vida, podemos tener racionalmente por norma moral verdadera hoy la que en otro tiempo y lugar es racionalmente considerada como falsa; y a la inversa. Entonces, puesto que la moral objetivamente correcta condiciona el derecho que pueda ser derecho y, por eso, un derecho contrario a la moral correcta no es derecho o no lo es perfectamente, tenemos que la moral condicionante de la juridicidad es una moral relativa a cada tiempo y lugar: aquella que en cada tiempo y lugar hipotéticamente alcanzaría el consenso del auditorio universal. Pues o hay tantos auditorios universales como culturas, con lo que los auditorios universales son relativamente universales, o la moral avalada por el auditorio es una moral objetiva al modo del objetivismo tradicional, no del constructivismo[3].

¿Cómo es que el derecho moderno, que suponemos autónomo o autosuficiente, que tiene sus propios principios, sus propios valores, sus propias reglas, sus propias instituciones, sus propias fuentes, etc., requiere de otro ordenamiento diferente, como la moral, como si no fueran suficientes los principios, reglas y valores jurídicos? Y si «la moral» significa solo principios y valores jurídicos o derechos humanos y nada más, como también se afirma, ¿para qué entonces hablar de moral dentro del derecho?, ¿para qué mencionarla siquiera, como palabra, en el ámbito jurídico democrático y republicano si provoca confusión?

VIII. Demasiado general

¿A qué moral se refieren? ¿Por qué la palabra moral si solo hablamos de derecho? No está claro. Parece como si el afán fuera contradecir a los positivistas y competir con el catolicismo que quiere mantener el monopolio de la «moral objetiva», que es la más subjetiva de todas. El derecho democrático, republicano o moderno es autónomo y autosuficiente, no requiere de «la moral» ni de otro código de conducta que no sea el derecho mismo, lo cual es una garantía para el ciudadano de a pie. Pero si no se refieren a la moral social, a la moral de la mayoría, que en nuestro contexto es la moral cristiano-católica que se acata, pero no se cumple, ¿a qué moral se refieren? La discusión se hace más compleja de lo que es por falta de presupuestos comunes y por culpa de las nociones ambiguas o indeterminadas e indefinidas.

IX. Una cuestión de método

No hay que exagerar, sin embargo, la polisemia y la indeterminación respecto al sentido de las palabras *moral* o *ética*. Si aceptamos la idea de que toda moral o ética están hechas de reglas o principios que intentan regular la conducta social de muchas formas, podemos exonerarnos de entrar en una discusión que tenga en cuenta todas

3 García Amado, 2016.

las morales o códigos de conducta que hay en el planeta. Por ejemplo, la ética samurái, o la moral social de los congoleses, o la hospitalaria ética de los esquimales, etc. Es una cuestión de fines y métodos.

Necesitamos tener en cuenta en la discusión solo lo que nos concierne directamente, o indirectamente, pero con alta incidencia en nuestra realidad: nos referimos a la moral católico-cristiano-andina que es abrumadoramente mayoritaria, por un lado, y, por otro, a la ética jurídica que configuran los valores o principios de nuestra Constitución por ser nuestra Constitución: se le puede llamar ética jurídica[4] o ética moderna, como me gusta llamarla. Se expresa en los llamados «derechos humanos», que no podríamos dejar de lado.

Desde la Independencia no hemos podido convertir en realidad la república democrática, representativa, descentralizada, etc., aquella que postula nuestra Constitución y que sigue siendo un anhelo legítimo y necesario en nuestros países. Creemos en valores y principios en el derecho y creemos que eso es lo fundamental. Por eso mismo lo jurídico excluye «la moral» en su sentido más conocido socialmente en las naciones iberoamericanas, inseparable de la influencia que configuró el particular catolicismo judeoislamizado en el mundo hispanoamericano. Por eso, para hablar o discutir acerca de la relación entre derecho y moral, basta con lo que aquí llamamos «moral tradicional» (católico-cristiana, o solo cristiana) y «ética jurídica» o «moderna», que está expresa y tácita en nuestra Constitución: libertad, dignidad, igualdad ante la ley, en primer lugar. Discutir teniendo en cuenta todos los variados códigos de conducta que hay es generar más confusión, innecesariamente. Por eso, examinamos únicamente esas dos. Por supuesto que se trata solo de un punto de vista, y todo punto de vista es subjetivo; esto quiere decir aquí «relativo a un sujeto», lo cual no significa que sea falso y debamos lamentarnos porque dicho punto de vista no es objetivo, verdadero, científico, etcétera.

X. Ambigüedad

Hicimos algún esfuerzo por entresacar lo que cada jurista (considerando algunos de los mejores en el mundo hispanohablante) entiende por «moral» y lo que hemos encontrado es cierta ambigüedad y una omisión. Es esta ambigüedad el centro de nuestra preocupación en este ensayo, la indeterminación y la indefinición del vocablo moral en la discusión sobre su relación con el derecho. Es quizá el único punto discordante con los juristas que citamos aquí, con quienes coincidimos y seguimos como nuestros maestros en muchos aspectos puntuales o genéricos.

Si lo que hay es ambigüedad respecto de lo que es la moral y del papel que juega en el derecho, esa ambigüedad abona a favor de la mentalidad conservadora y reaccionaria predominante en el mundo hispano-andino, por ejemplo, que parece creer que esa única moral «objetiva» debe gobernar al derecho. Eso llega a las cabezas con o sin educación jurídica como una pura defensa de la moral tradicional, que nos puede retrotraer al siglo XIII, si es que ya salimos de él. Nos referimos a las conclusiones que

4 MacCormick, p. 164.

podemos extraer de esta cita de Andrés Martínez Lorca:

> Para Tomás de Aquino la política se sitúa dentro de la filosofía moral, y ahí alcanza la hegemonía por la superioridad de su fin, el bien común […]. Pero su visión cristiana del mundo y su vinculación con la ontología aristotélica en especial su teleología, hacen impensable en él la consideración de la política como actividad autónoma al margen de la moral y la religión. La política, precisará en su comentario a la *Ética a Nicómaco*, es la ciencia principal solo en la realidad humana, no en términos absolutos. La teleología o *scientia divina* es hegemónica respecto de todas las demás ciencias pues considera el fin último de todo el universo[5].

Esta idea de la unidad de la política, la religión y la moral como teoría, terminó con Maquiavelo. La política se hizo autónoma. Lo cual se puede aplicar al derecho, que es sustancialmente político, asunto de poder, aunque no sea solo eso. En la concepción de Tomás de Aquino, el derecho humano o positivo está subordinado a la palabra revelada de Dios. Por supuesto que el derecho moderno, además del elemento «poder», no carece de principios y valores tan sustanciales como el poder, pero eso no tiene que ver con la moral o la religión. Como se sabe, el derecho moderno se llama así porque deja de lado el fundamento religioso moral del derecho tomista medieval y pasa a fundarse exclusivamente en la razón humana, emancipándose de la Iglesia, de la moral eclesiástica y adquiriendo autonomía plena: el principio republicano. Lo cual lo hace precisamente moderno.

La moral es premoderna; la ética jurídica democrática, moderna. Insistirán en que no se refieren a esa moral que llamamos tradicional, o a la «interioridad del yo», a la moral del maestro Alzamora. Pero no queda claro, a mi entender, a qué se refieren y por qué usar esa palabra (*moral*) si estamos todos en terreno jurídico. El derecho moderno no requiere de una moral externa para valer, ni de una moral intrusa que se internaliza en lo jurídico aun manteniendo su diferencia y preponderancia (como ocurre con el superyó freudiano en los individuos). Y no pueden recurrir a ninguna moral específica, y por ello el derecho tiene siempre más posibilidades de universalidad que cualquier moral, sin olvidar que las posibilidades no son aún realidades.

XI. Sentidos de la palabra *moral*

Aun los juristas con conciencia de la polisemia respecto de la palabra moral describen algo asépticamente sus diversos sentidos. Como Alejandro Nava, no señalan explícitamente y en forma clara cuál de esos sentidos es el que ellos utilizan cuando hablan de «moral», vinculando algo ambiguamente esa palabra a los principios jurídicos o a los derechos humanos, sin definirla clara y distintamente. Como cuando Alejandro Nava señala que la legitimidad vincula al derecho con la moral, o que la legitimidad demuestra la vinculación o necesidad de la moral en el derecho, sino interpreto mal. ¿Cuál es el aspecto moral de la legitimidad, valor jurídico por excelencia, asociado a la validez del derecho? ¿En qué sentido es moral? Esto no termina de estar claro.

5 Andrés Martínez Lorca, *La filosofía medieval. De al-Farabi a Ockham* (Buenos Aires: Bonalletra Alcompas, 2015), p. 114.

Adoptando la clasificación de Alejandro Nava, veamos los sentidos que usualmente se atribuyen a la palabra moral, haciendo la advertencia de que solo las frases en cursivas y entrecomilladas son de él. No insinuamos que él suscriba las ideas contenidas en esas frases; simplemente las describe y nosotros estamos básicamente de acuerdo con esa descripción, que tal vez no es exhaustiva, me imagino. Los comentarios son nuestros:

a) *«La moral como exigencia de justicia».* Desde que ingresamos a la Facultad de Derecho teníamos entendido que la justicia es una exigencia y un valor esencialmente jurídico, no moral. Nos referimos exclusivamente a la justicia humana —la del poder jurisdiccional— y no a la justicia divina u otras no humanas. Y si fuera así, ¿por qué vincular esa exigencia de justicia con «la moral»? ¿No es la exigencia de justicia un asunto exclusivamente jurídico y no «moral» en el sentido tradicional de la palabra? Tendría que aclararse el sentido que se le da, con las disculpas por la insistencia. Polisemia obliga. Valores jurídicos son la libertad, la dignidad, la no discriminación, etc. Valores morales, en nuestra cultura, son la humildad, la caridad, la bondad, la pobreza. Quienes vinculan al derecho con «la moral» ¿se refieren a uno de estos dos sentidos o a ninguno de ellos? ¿A cuál entonces?

b) «La moral positiva». Creo que se refiere a la moral social que se encarna efectivamente en la mayoría de la población en una etapa histórica (que es a lo que parece referirse Alejandro Nava); en nuestro caso, la moral judeocristiana trasplantada a lo que ahora son nuestros países. Si pensamos, por ejemplo, en México y Perú, a quienes Octavio Paz llamaba certeramente «hijos de la Contrarreforma» (de cepa católico-hispana), esa «moral» no se debería confundir con los valores jurídicos y con los derechos humanos, aunque algunos se empeñen en promover y difundir esa confusión. Nos referimos, una vez más, a la moral mayoritaria que se acata, pero no se cumple; que, en el terreno de las puras declaraciones (si no es en el de las poco cristianas realidades), sirve muy bien para oponerse y combatir con saña a los derechos humanos, por ejemplo, de las mujeres, homosexuales y demás sexos discriminados, por no ser «normales», «naturales», «morales» o «inferiores».

Un ejemplo: en el mismo seminario sobre Alexy que Alejandro Nava dictó con loable calidad y simpatía en el Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM[6], intervino un representante de esa «moral positiva» que es la de millones de latinoamericanos, preguntando (solo retóricamente, muy convencido de su respuesta) si permitir la adopción de niños por parte de parejas homosexuales, o legalizar la marihuana con fines lúdicos «¿no nos lleva a un libertinaje?». Hay que resbalarse o debatirse, entonces, entre el libertinaje y la represión estatal, adoptando sabiamente la moral de la mayoría, la moral de la grey. Dejamos de lado la flagrante

6 Alejandro Nava, «Alexy en serio». En «La filosofía jurídica contemporánea a través de sus autores». Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autonomía de México. Publicado el 3 de noviembre de 2015. Vídeo de YouTube, 86 minutos, https://www.youtube.com/watch?v=-KicfCN7JucQ

falacia en la que cae y que el maestro Manuel Atienza llama «de la pendiente resbaladiza». Una falacia para ocultar el miedo a la libertad. Lo del libertinaje es engañar muchachos; la falaz advertencia apunta contra la libertad.

Es claro que para el susodicho no cabía la más remota duda de que no se podía admitir esa adopción, ni esa legalización, pero por pura moralina, sin argumentos o razones jurídicas. El punto de discusión no es la posibilidad o factibilidad del libertinaje (libertinaje que, por lo demás, no es posible si no se posee una cultura refinada —como la de la nobleza francesa del siglo XVIII—, ninguna necesidad de trabajar, un castillo bien equipado y discreto y un buen número de empleados y sirvientes para llevar a cabo las filosóficas experiencias libertinas que no duraban solamente una noche de juerga), sino el respeto por los derechos de los demás, su dignidad y libertad, o sea, nuestros deberes jurídicos.

Como siempre ocurre en estos casos (en el Perú es la regla) el susodicho no se molestó en dar explicaciones jurídicas, solo porque para él la adopción por parejas homosexuales, o la legalización de la inocua y gaya marihuana, son, a priori, axiomáticamente malos, es decir, «pecados», es decir, conductas inmorales que un Dios único, omnipotente, omnisciente y absoluto castigará con el achicharramiento eterno en el cálido, demasiado cálido, ambiente infernal. Parece que, en la premoderna moral del citado, la adopción por parejas homosexuales es absolutamente inadmisible. Lo cual se entiende viniendo de un «hijo de la Contrarreforma». A esa moral —que se adopta sin reflexión crítica— debe subordinarse el derecho, aunque colisione con los derechos fundamentales a la igualdad (derecho de adopción) y a la libertad (fumar un digestivo y lúdico «porro»).

En el de la vacancia por «incapacidad moral» al expresidente Martín Vizcarra[7], se prefirió la literalidad de la palabra moral, perennizando la vieja exégesis posnapoleónica y no su sentido a partir de la ineludible interpretación histórica y sociológica: es decir, grave incapacidad física o mental que impide gobernar al presidente. Esto sirve también para constatar una circunstancia que habíamos mencionado antes respecto a lo que la mayoría entiende por «moral»: eso que los lleva a rechazar la adopción homosexual de niños y el consumo lúdico del cannabis. Con relación a la satanizada planta, sabemos que, si es por enfermedad, el Estado admite el consumo de aceite, pero no el cultivo de la planta, lo cual no es menos hipócrita y absurdo: el prejuicio moral es más poderoso que el derecho a la salud de la población.

¿Cómo explicar semejante incongruencia? Por «la moral», evidentemente: la planta es buena para curar, pero mala si se trata de hacerlo por placer. Porque el placer es malo moralmente, incluso típicamente pecaminoso, por así decirlo.

7 El 9 de noviembre del 2020 el Congreso debatió y aprobó la vacancia por incapacidad moral contra el presidente Martín Vizcarra y fue respaldada por 105 votos.

En otras palabras, no es «malo» curarse de una enfermedad con aceite de dicha planta, pero sí consumirla estando sanos. ¿Por qué? ¿Cuál es la razón jurídica? ¿Una persona verdaderamente sana puede apetecer lo que no le conviene? Entonces, no está sana. O la planta no es obra del demonio, que no es amante de la naturaleza sino creación de Dios, si se puede hablar así. Todo lo cual muestra también las diferencias y antagonismos que pueden darse respecto de lo que vale «la moral» misma, de lo que es bueno o malo. Por cosas como estas Spinoza, Nietzsche y Wilde, por ejemplo, la acusan de inmoral, cada uno a su manera, aunque con un aire crítico muy semejante.

c) Una «moral crítica» es casi simétricamente opuesta a la moral entendida como «moral positiva», efectiva o positivamente existente en una sociedad determinada: el citado ciudadano está convencido de que el derecho a la adopción de las parejas homosexuales (entre otras) es, *a priori*, de una inmoralidad tan grave que la hace inaceptable de *jure y de facto*. Es pecado ante Dios y el derecho no puede o no debe avalarla. Punto. Claro que no lo dice con esa franqueza ni con esa claridad. Pero el criterio moral no es un criterio jurídico —dicho sea perogrullescamente—, lo que lo hace inaceptable jurídicamente.

La homosexualidad, para ellos, es un virus; no debe contagiarse o transmitirse al adoptado. Este es un juicio moral, no jurídico, o mejor, un prejuicio muy sintomático y revelador de nuestra cultura, y no la verdad objetiva, si la hubiera. No se trata de los hechos sino de la interpretación de los hechos. El sentido está en el punto de vista del intérprete que lo crea, a partir de un referente real. Una «moral crítica» es una forma de inmoralidad o, tal vez con más exactitud, de inmoralismo. El inmoralismo se equipara equívocamente a la amoralidad, que, como se dijo, es la carencia total de código de conducta social. El inmoralista no carece de código de conducta, pero ese código no es la moral tradicional.

El inmoralismo es una actitud mental que no acepta ideas, conceptos, cosmovisiones, ideologías, creencias, sin beneficio de inventario, sin juicio crítico, sin reflexión, por más sagradas o mayoritarias que sean; especialmente las creencias adoptadas por la inercia de la tradición o el imperio de la costumbre. Se expresa mediante una actitud frontalmente crítica, incompatible con la «moral positiva» en nuestro contexto, la de la mayoría, la tradicional, la moral establecida, «la única verdadera».

No podemos aceptar ese punto de vista de los políticos que, incluso si no hay Dios, consideran deseable que la mayoría de la gente sea creyente porque tal creencia anima a una conducta virtuosa. En lo que concierne a los niños, muchos librepensadores adoptan esa actitud ¿cómo puede uno enseñar a los niños a ser buenos, preguntan, si no se les enseña religión? Y cómo les vamos a enseñar a ser buenos, respondo yo, sí habitual y deliberadamente se les miente acerca de un asunto de la mayor importancia. ¿Y cómo puede ninguna conducta genuinamente deseable nece-

sitar creencias falsas como motivo? Si no tenéis argumentos válidos en favor de lo que consideráis «buena» conducta, lo que falla es vuestra concepción de lo bueno. Bertrand Rusell (Savater, *El valor de educar*, p. 211).

d) *«La moral como interioridad del sujeto»*

Es la misma «moral positiva», o tradicional o mayoritaria, que se internaliza, se introyecta, se incorpora, se hace cuerpo y alma —mala conciencia, culpa, remordimiento— en los individuos, vía educación infantil en una primera etapa. ¿A esta moral se refieren los juristas que abogan por su injerencia en el derecho? Lo cual para nosotros es, cuando menos, confuso: la justicia como asunto moral, como valor moral. Más bien con respecto al significado de «interioridad del sujeto», como la llama Alejandro Nava. Paul Strathern nos ahorra mayores explicaciones, hablando de la obra de Kafka:

> Los sentimientos de culpa de K. son los del autor como de una parte significativa de la humanidad occidental. Cabe hallar los orígenes de esta culpa tanto en la «caída original» judeocristiana, como en las representaciones del psicoanálisis; de hecho, parece formar parte de nuestra condición humana en aspectos muy profundos. Nuestra sicología occidental, nuestra religión, gran parte de nuestra filosofía, incluso de nuestra sociología y de ciertos aspectos de nuestros impulsos políticos parecen basarse en la existencia de la culpa, generada por la represión o la falta de gracia[8].

8 Paul Strathern, *Kafka en 90 minutos*. (Madrid: Siglo XXI, 2016), 79.

e) *«La moral como fundamentoético del derecho»*

El derecho es sustancialmente ético y político, una relación entre ética y política, como lo denomina Julien Freund. Pero esta ética jurídica moderna se funda en valores democrático-liberales y no en la moral judeocristiana, con la cual es incompatible y no solo distinta. Es necesario insistir en esto en un contexto cristiano-católico donde «moral» quizá no significa lo mismo que en el ámbito jurídico europeo moderno. La dignidad y la libertad pueden llegar a ser incompatibles con la creencia en ideas absolutas y dioses omnipotentes y omniscientes que lo crean todo y lo deciden todo: único fundamento de la moral. Todos los fundamentalismos funcionan igual, tienen los mismos fines y medios. Lo que no niega nuestra occidentalidad, sino que revela nuestra falsa modernidad: la «modernidad tradicionalista» (Fernando de Trazegnies). Tenemos, como se sabe, fuertes dificultades para modernizarnos, más fuertes mientras menos las queremos ver. Sea dicho porque sobre esto estamos lejos de la unanimidad. Y dado el sentido más específico que le damos al término moral (tradicional) y al término ética (jurídica o moderna).

XII. Rodolfo Luis Vigo

Rodolfo Luis Vigo también utiliza la palabra moral sin definirla clara y distintamente, aunque se ocupa varias veces de ella en sus conferencias o entrevistas, aclarando, en parte, que asocia esa palabra a derechos humanos y como sinónimo de ética. Por ejemplo, cuando se ocupa de ética judicial

hablando del valor de la sinceridad, pero sin hacer definiciones expresas. Da la impresión de que ética y moral para él son sinónimos y comparten un ámbito común con el derecho. Sabemos que el maestro habla de una «moral racional», pero no sabemos por qué es moral siendo racional y de qué moral y de qué racionalidad se trata.

La racionalidad de la moral tradicional, por ejemplo, su lógica, es el poder: «dominación de la (sub)conciencia sobre el cuerpo y las pasiones» (el paréntesis es nuestro)[9]. Quizá no se refiere a ese sentido, pero más de una vez sostiene que «hay conexiones entre derecho y moral». Significa que son dos cosas, dos asuntos, no uno. Si fueran lo mismo no habría posibilidad de «conexiones» (de relaciones), sino identidad o sinonimia entre ellos. Se dice también que «los criterios morales están incorporados en la Constitución». ¿Qué criterios morales? ¿Son distintos a los jurídicos, entonces? ¿Ha dejado de ser moral, la moral, para incorporarse al derecho, o no? ¿Significa que el ingrediente «moral» deviene en intrínseco al derecho, o no?

¿En qué criterios o valores se piensa cuando se defiende la presencia de la moral en el derecho? Responden: la justicia, la equidad, la legitimidad, los principios y valores jurídicos, los derechos humanos; es decir, nada distinto al derecho. Entonces, ¿cuál es esa moral innombrable, invisible, pero siempre presente? «Tienen un ingrediente moral, inevitablemente moral, no pueden prescindir de la moral», afirma. Si se refiere a la internalización de normas cristiano - católicas por vía dogmática o catequística en el mundo hispanoamericano, eso no puede ser «racional». Es la irracionalidad misma. Es la fe. Lo malo es que ha sido impuesta, y la imposición se da desde la primera infancia en nuestros países, con buena fe y cariño seguramente, pero sin respetar la libertad de conciencia y de creencia de los niños.

No se trata de los derechos de los padres, sino de sus deberes frente a los derechos de los hijos, como el de libertad de conciencia y de creencia, como el de elegir una religión o el de no tener ninguna. Lo irracional es rechazar una transfusión de sangre y dejar morir a un pariente. Es moral pura. No es un acto religioso, sino supersticioso. La religión no es una superstición, es algo mucho más respetable que eso. La religión no mata; lo que mata es el fanatismo, la moral como autoridad absoluta. ¿Qué tiene de «objetivamente» malo hacer una transfusión de sangre cuando se puede salvar una vida? ¿No es más bien «objetivamente» bueno y razonable? Se le llama «objeción de conciencia». Pero en esa muerte no hay conciencia, sino inconsciencia y dogmatismo tanático.

XIII. Moral racional

¿Qué es una «moral racional» para Rodolfo Luis Vigo y en qué moral se funda o a qué moral se refiere? ¿Se funda en una moral específica? Si algo es razonable, se sostiene en argumentos. La fe es insuficiente o impertinente, por un lado y, por otro, tampoco es suficiente con la lógica formal por más fríamente racional que fuera, o por ello mismo. En ella no importan los hechos de la realidad (si son verdaderos o no) ni los valores (si son correctos o no),

9 Deleuze, p. 28 (1981).

sino solo los principios aristotélicos. Lo razonable es más que eso. Por ejemplo, los conceptos de dignidad, libertad, etc., «no son empleados como expresión de algo que sea como enunciativo de hechos, sino como criterios normativos, como pauta estimativa para una tarea a realizar. Se trata de algo que se estima como debiendo ser, de algo que debe hacerse», como advierte Recassens[10] cuando habla de la justicia. Nuestros juristas la llaman un «valor moral», algo que no está en su identidad, en su carácter jurídico, y el carácter es lo más propio y esencial de algo o alguien; en este caso, de una disciplina humanística como el derecho.

Parece que sobre «la moral» —misteriosa generalidad que se presenta con su mejor cara cuando se le asocia al derecho— solo hay una versión: la versión apologética, no crítica. Ejemplo de actitud crítica frente a la moral la tenemos en los libros del famoso filósofo español Fernando Savater. Siendo uno de los mejores filósofos europeos, es interesante conocer a través de él otra versión de la palabra *moral*:

> Hay también caracteres a los cuales todo lo que les queda de moralidad es precisamente la fe en la moral; estos se conducen de la misma manera respecto de los escépticos y, si se quiere, con más encono aún. Cabe la fundada sospecha de que la fascinación prestigiosa de la moral se cimenta, como tantos otros prestigios, en la falta de examen crítico. El escéptico es un aguafiestas porque levanta los faldones de la mesa-camarilla ética, para ver el brasero con el que los virtuosos se calientan los pies y las patadas de aviso que se cruzan fuera de la vista del público. Lo que revela ese gesto irreverente puede resumirse en una sola palabra: hipocresía[11].

La idea de Fernando Savater podemos condensarla en lo de «acata pero no cumple», que, si no son lo mismo, son análogos y muy propios de nuestra tradición: es casi un rasgo de identidad: el «bendito» formalismo, el olvido de los fines y el contenido valorativo. Hacer como que se cumple y no cumplir jamás, salvo cuando se acerca el jefe. Pero los derechos humanos son, para el maestro argentino, «contenido moral y forma jurídica». Ante tamaña afirmación, aun duros caimanes escépticos como el suscrito se escandalizan como viuda ultrajada que, después de serios esfuerzos por contener las lágrimas (de caimán), pregunta: ¿por qué el contenido de los derechos humanos es moral y no jurídico? ¿Por qué solo es jurídica la forma? ¿Cómo? ¿No es jurídico el contenido? ¿Cómo justificar este dualismo ante quien cree en la unidad del derecho? ¿Cómo es que un derecho sin contenido jurídico, sustituido por el contenido moral, sigue siendo derecho?

Si la justicia es moral y cuando no hay justicia no hay derecho, no basta entonces que un acto, una conducta con relevancia jurídica sea considerada ilícita, ilegítima, antijurídica, abusiva, arbitraria, etc., desde el punto de vista jurídico. Si no es justo desde el punto de vista moral, simplemente no existe para quien asocia moral y derecho. Dejando de lado por el momento el duro problema de quién decide lo que es justo o no, o lo que es extremadamente injusto, como trae a colación el maestro Vigo

10 Recassens 1993, p. 130.

11 Savater, p. 39 (1997).

recordando a Radbruch (el gran jurista). Si se aplica este criterio a la realidad, desaparecería el derecho, porque el criterio jurídico sería inútil cuando de lo que se trata es de aplicar la prueba de moralidad para decidir si algo es de derecho o no, si algo es jurídico o no, si es justo o no. ¿Cómo se justifica que la moral «le imponga límites al derecho» como él señala? Por eso hablamos de subordinación del derecho a la moral.

XIV. Juridicidad moral

Al acudir a la moral para limitar al derecho, no queda claro cómo se justifica su injerencia y su eminencia si no sabemos siquiera a ciencia cierta de qué moral se trata. Y si, como se dijo, se identifica con los derechos humanos, ¿para qué hablar de moral? ¿Se pueden aplicar principios o reglas no jurídicas por encima del derecho moderno democrático y republicano? Puede que sean nuestras limitaciones, pero no vemos lo que justifica la superioridad y la presencia de «la moral» en el ámbito jurídico, en el derecho, cualquiera de los sentidos que se le atribuya a dicha palabra, salvo que se refiera a su propia ética y a sus propios valores jurídicos. Aunque el derecho y la moral están constituidos por reglas de conducta, eso no elimina las diferencias y las incompatibilidades, que es lo que hay que tener en cuenta.

Y menos se puede hablar de moral objetiva solo porque hay un cierto consenso en considerar, por ejemplo, una masacre injustificada (J. L. Vigo). Esa consideración es histórica, no natural, ni metafísica. No siempre se ha considerado así. Millones de alemanes apoyaron las «hazañas» de Hitler en el siglo XX. El consenso no garantiza ni moralidad ni objetividad. Ambos puntos de vista opuestos son propios de sujetos, es decir, subjetivos, sin importar la cantidad, y no pueden ser objetivos porque siempre serán solo puntos de vista, opiniones (sin carga peyorativa), aun cuando se utilicen argumentos muy brillantes y por tanto convincentes (que no es lo mismo que objetivos). Y tienen que fundarse en valores y principios jurídicos, no en la realidad empírica a la que se aplican. Por eso en nuestra época será imposible justificar jurídicamente una masacre y no habrá necesidad de la moral para rechazarla, teniendo el derecho para resolverla.

Rodolfo Luis Vigo hace una afirmación que toma de Alexy: «sin metafísica no hay derechos humanos». Y es esa metafísica quizá lo que lo lleva a sostener que la pena de muerte es «injusticia extrema», teniendo en cuenta que esa injusticia tiene para él contenido moral o «natural». Pero sea extrema o no, la injusticia es un asunto de relevancia jurídica. Lo que es justo, o no, lo determina el derecho a partir de sus propios valores y principios, instituciones y autoridades. La moral sale sobrando, no importa cómo se la entienda.

Si la injusticia extrema no es asunto de derecho, ¿quién determina lo que es injusticia extrema y la distingue de lo que es simple injusticia? ¿La moral general de Robert Alexy? También es indefinida. ¿Y por qué de la «injusticia extrema» solo se puede ocupar la moral y no el derecho? ¿Hasta qué grado de injusticia será de competencia del derecho para que se inicie la de la moral? ¿Y por qué recurrir a la moral para responder a estas cuestiones que el derecho muy bien puede considerarlas antijurídicas

o ilícitas o abusivas o injustas, o delictuosas, o extremadamente injustas, sin recurrir a la moral? Quiere decir además que los peruanos vivimos en la injusticia extrema permanente porque en el Perú se admite la pena de muerte.

Lo que para el maestro Vigo es «injusticia extrema», para el Estado peruano (que incluye la opinión pública, que es fan de la pena de muerte) es perfectamente justo. Supongo que si la sociedad civil o el Estado peruano la consideraran injusta (aunque no llegara a serlo extremadamente) eliminarían la pena de muerte por los cauces jurídicos y legales. Y parece que no hay la intención de hacer eso por ahora. En el Perú la pena de muerte sí es derecho válido, aunque sea para muchos inmoral o (extremadamente) injusta. No dejan de ser criterios subjetivos unos y otros aun si son atendibles o razonables. ¿Por qué no objetivos? No son conocimientos. Un conocimiento puede ser objetivo, una opinión no.

XV. Insuficiencia

Creo en el derecho que se puede percibir una insinuación de insuficiencia entre los juristas que mencionamos, más tácita que expresa, por lo que requeriría de una moral externa o internalizada a la que tendría que subordinarse. La confusión y el malentendido que se derivan tal vez se deben a que al insinuar esa insuficiencia se suponía que su blanco de ataque era el derecho positivista, el paradigma del Estado legal o formal de derecho en el que sí sería aplicable, y no a todo el derecho con sus valores, reglas, principios y demás. Esa supuesta insuficiencia explica la necesidad de la moral. El formalismo positivista y, en general, el paradigma del Estado legal de derecho expulsa principios y valores jurídicos, emociones, sentimientos e intuiciones y, por supuesto, a «la moral».

Se extiende la insinuación de insuficiencia del derecho de tradición legalista decimonónica al Estado constitucional de derecho, en el que ya se reconocen esos principios y valores y su importancia, como el papel de los derechos humanos, el carácter normativo vinculante de la constitución, la función de control, etc., por lo menos formalmente. Aunque insuficiente, es un elemento de la legitimidad. El derecho, sin embargo, sigue siendo insuficiente para quienes Juan Antonio García Amado llama «jusmoralistas», lo que, en mi opinión, es más descriptivo que peyorativo. Hay que recurrir necesariamente a «la moral», que (parecen decir) no tiene las carencias del derecho humano, demasiado humano, el derecho positivo: histórico, relativo, subjetivo, mudable, etc. Limitaciones de las cuales carecería una moral universal, general, abstracta, ahistórica, acultural, es decir «objetiva».

¿Qué sentido tendría una moral con las carencias y limitaciones que se atribuyen, tácitamente, al derecho? No resolvería el problema de fundamentación, que la quieren absoluta, y la consecuente seguridad jurídica para quienes no la aceptan «solo» relativa. ¡Se requiere moral! «Hay un límite al derecho que lo fija la moral», «dentro del derecho está la moral», señala el maestro Vigo comentando la objeción de conciencia, que es una figura creada por el derecho que tiene en cuenta la moral de los ciudadanos en ciertos casos. Lo cual, sin embargo, no convierte en moral al derecho,

que no deja de actuar jurídicamente por el hecho de tener en cuenta la moral o la religión de los objetores de conciencia.

El fundamento es análogo al del Estado laico: la garantía para que las diversas iglesias y religiones practiquen sus cultos y rituales no niega la neutralidad ideológica que debe mantener un Estado republicano; más bien la supone: no privilegiar ni cooperar, ni colaborar, ni tampoco perseguir a ninguna iglesia o institución ideológica. El fundamento es jurídico, no religioso moral: la libertad de cultos, la libertad de conciencia y de creencia, cuyo libre ejercicio debe garantizar el Estado, por lo cual es necesaria la neutralidad. La objeción de conciencia, discutible en algunos casos, no demuestra que el derecho deba ser o sea moral, ni que el derecho se somete a la moral al admitir la objeción. ¿Es verdad que «dentro del derecho está la moral»? No para un espíritu democrático y republicano.

Pero, como hay varias maneras de entender y de atribuirle sentido a «la moral», resulta limitante quedarse en la generalidad. Y, como no se refieren a ninguno de los sentidos más conocidos de esta palabra, entonces se puede lanzar otra hipótesis: que se trate de la misma moral de la mayoría, pero que no se la reconozca como tal. Todos parecen necesitar algo más seguro, más constante, menos «relativo», menos «subjetivo». Pero ocurre que eso que se llama «moral social» hoy por hoy en nuestro ámbito jurídico cultural peruano, está más cerca de la amoralidad, del todo vale y del moralismo que de «la moral». Evidentemente, esa moral-amoral tiene que ver y se expresa en la corrupción como fenómeno generalizado social e institucionalmente, vinculado a la cosmovisión mayoritaria.

XVI. Manuel Atienza

Sorprende que, en una videoconferencia, para demostrar que la objetividad en las decisiones u opiniones jurídicas es posible, el maestro Atienza diga que la distancia entre Toledo y Madrid es objetivamente la misma, aunque los individuos discutan sobre cuál es esa distancia y no se pongan de acuerdo. Vistas así las cosas, nadie podría estar en desacuerdo con él, porque en este caso se trata de un acto cognitivo, de conocimiento de la realidad: la distancia entre Toledo y Madrid. Esa distancia se obtiene a partir de un acto que puede ser «objetivo» si se mide la distancia entre Toledo y Madrid con el instrumento idóneo. Pero en el caso de una opinión jurídica que, por ejemplo, pueda dar un juez en una sentencia, o un fiscal en un dictamen, o un abogado en un alegato, etc., la cosa es otra. Aquí no se puede hablar de objetividad porque no se trata de actos de conocimiento.

En este caso se trata de algo cualitativamente diferente e intrínsecamente subjetivo, que apunta a lo que debe ser jurídicamente, no a lo que es en la realidad. Una opinión jurídica es un juicio de valor, no un juicio de hecho, como el que mide la distancia entre Toledo y Madrid. Y eso ocurre con la relación derecho-moral: «No se puede hacer una separación tajante entre el derecho y la moral», afirma el maestro. Eso depende de la moral a la que se refiera. ¿Quiere decir entonces que derecho y moral son uno? ¿O dos? ¿La moral es, o no, algo externo al derecho? «La argumentación jurídica tiene un componente moral», agrega, lo que quiere decir que no es originalmente parte del componente jurídico, que lo moral y lo jurídico no son ni idénticos ni sinónimos. ¿Cuál es ese componente

moral, distinto al derecho, al que se refiere, entonces? Solo sabemos que es distinto al derecho y que lo engulle de tal manera que, si no sigue a la moral, ese derecho no es derecho.

La moral, parecen decirnos, es un orden externo o interno, pero distinto, que está para dar lo que el derecho no tiene: una especie de «integración» moral para llenar una supuesta laguna axiológica ¿Eso sería «mantenerse dentro del derecho», como quiere el maestro Atienza? La auténtica manera de «mantenerse dentro del derecho» ¿no sería más bien recurrir a medios jurídicos y solo jurídicos (no solo legales)? Y más aún: defender la autonomía y autosuficiencia del derecho democrático y, en nuestro caso, republicano. Si no entendí mal, «derecho» y «moral» son diferentes, pero conceptualmente inseparables. ¿Qué significa «conceptualmente inseparable»? ¿Eso quiere decir que en la definición de derecho no puede faltar la moral?

Siendo así, ¿cómo «mantenernos dentro del derecho, de los límites que fije el derecho» si se invoca un código externo que no es jurídico sino conceptualmente necesario? ¿Esto no niega la ética, los valores y principios jurídicos modernos? Y es a estos a los que a veces parecen referirse; pero, sin embargo, simultáneamente lo asocian con «la moral», con algo distinto del derecho. Si es derecho, ¿para qué la moral? De ahí la hipótesis de la ambigüedad. Si se refirieran exclusivamente a los principios y valores jurídicos sin ninguna moral asociada a él, estaríamos de acuerdo con esta posición, sin dejar de comprobar que ese nombre, aunque fuera solo un nombre, provoca confusión en esta parte del mundo.

Las morales generales, universales, objetivas, válidas para todos los pueblos se parecen mucho a las morales eternas y absolutas, y eso no deja de ser peligroso. Las regresiones o involuciones ya no son una posibilidad sino la realidad contemporánea. Y como es genérica, vacía de especie, puede llenarse, y se llena, con los criterios personales del intérprete. Siguen siendo subjetivas, y esto no es un pecado. Pero, como se sobrevalora cartesianamente la «objetividad» y se infravalora la «subjetividad», se dice también que «los derechos humanos son lo más cercano a la objetividad» como un piropo. La verdad es que resulta un poco difícil de entender la objetividad de una sentencia, o de los derechos humanos que pretenden regular la conducta, no conocer la realidad, salvo en cuanto a los hechos, cuando hay hechos en un asunto jurídico, y no siempre los hay en este tipo de problemas.

Los derechos humanos son normas o principios que intentan ciertos objetivos, aceptados en el orbe occidental u occidentalizado, que tienen que ver con la conducta humana y su regulación a partir de ciertos valores. La creación y la aplicación de esos derechos no es una actividad científica, de conocimiento de la realidad, lógico-formal o matemática; no se trata de operaciones cognitivas. En consecuencia, los derechos humanos, en su aplicación práctica, no pueden acercarse ni llegar a la objetividad, como un juez no puede ser objetivo en su sentencia, cuando lo que tiene que ser es ser justo, equitativo, razonable. Una cuestión de criterio, no de conocimiento, no cognitiva sino estimativa, valorativa. Esto sigue siendo subjetivo.

Una sentencia del juez nacional o de la Corte Interamericana de Derechos Huma-

nos puede existir objetivamente transcrita en el papel, pero el contenido de la sentencia, el planteamiento, la argumentación y el fallo son opinión fundamentada de los jueces que conforman los tribunales. Una vez más: son subjetivas sin connotación peyorativa. Una sentencia está bien motivada o fundamentada, o no; pero no es objetiva, verdadera o falsa. Salvo con respecto a los hechos, cuando los hay, como ya se dijo.

No porque un grupo de magistrados o juristas se pongan de acuerdo en una discusión este acuerdo convierte mágicamente su opinión, su punto de vista de sujetos, en objetiva. No es ni puede serlo, aun si fuera muy razonable, equitativa, etc. El maestro señala que «[l]a moral penetra el derecho, pero no son lo mismo». Es una frase que reconoce, a la vez, la relación o inseparabilidad del derecho con la moral como su distinción. Y también sostiene que «la solución moralmente justa no es lo mismo que la solución jurídicamente válida». ¿Qué significa esta «solución jurídicamente válida» con relación a la «moralmente justa»? Creo que se puede leer cierto tono despectivo respecto a «lo jurídicamente válido» y cierta reverencia a «lo moralmente justo», cierta eminencia.

Parece decirnos que el derecho, «lo jurídico», es insuficiente, ya que puede no ser «moralmente justo», suponemos. Pero tal vez haya que distinguir entre lo meramente legal y lo plenamente jurídico. Porque también da la impresión de que «lo jurídicamente válido» fuera solo lo formalmente correcto, haciendo abstracción momentánea de principios y valores jurídicos para forzar una insuficiencia que luego justificará la presencia y la autoridad de la moral en el derecho. El derecho es bastante más que la legislación, por eso no vemos la insuficiencia.

Suponemos que «lo válido jurídicamente» implica una solución conforme a los valores o principios jurídicos. ¿Por qué serían insuficientes? Afirma también: «si solo usan el derecho y no la moral están mal» ¿Por qué está mal usar solo el derecho —el derecho completo— y dejar de lado la moral? ¿No es esto ya la expresión de la moral? Y también: «La argumentación jurídica tiene un componente moral». ¿Cuál es específicamente ese componente? ¿Cuál es la diferencia entre argumentación jurídica y argumentación moral? No estamos seguros de lo que aquí significa la palabra, pero es evidente que no es sinónimo de derecho. Luego, parece que hay algo más que valores y principios jurídicos o derechos humanos en el derecho. ¿Qué será? Esa moral es algo misteriosa.

XVII. Carlos Santiago Nino

Se dice que cuando hablan de moral objetiva los creyentes objetivistas no se refieren a la moral tradicional sino al «objetivismo constructivista», sobre el cual Juan Antonio García Amado hace un comentario a propósito de la posición de Carlos Santiago Nino:

> El objetivismo constructivista no afirma que estén preconstituidas, preestablecidas las verdades morales, salvo en lo que tiene que ver con el igual derecho de todo ser humano adulto por participar en los discursos y debates morales que le conciernen, sino que las normas morales objetivamente verdaderas en cada tiempo y lugar son las que se dan en el marco de una deliberación

> social libre e igualitaria. Como esa deliberación tiene lugar sobre el trasfondo del «mundo de la vida», de los datos o conocimientos de la sociedad concreta de que se trate, las verdades morales pueden cambiar en la medida en que también cambien los consensos a partir de modificaciones en ese mundo de la vida o infraestructura cultural de la deliberación libre y de los acuerdos[12].

Una moral es subjetiva por antonomasia. Las condiciones de objetividad planteadas por el objetivismo son tan subjetivas como cualquiera otra; requieren que todos razonemos en coincidencia con quienes proponen que «la moral objetiva es la moral social recreada en condiciones epistémicas generales, que si todos participamos en esas condiciones epistémicas generales llegaremos a la misma conclusión», como señala el maestro Atienza. Esa sería la moral objetiva. Ahí estaría la objetividad, en una producción grupal, en una construcción. Sin embargo, se trata de un acuerdo, o de un consenso, no de una verdad. Por más razonable y consensual que sea, no puede ser objetiva porque no es un conocimiento. ¿Y quién o quiénes deciden cuáles son esas condiciones epistemológicas generales, quiénes las cumplen y quiénes no, y quiénes participan en la deliberación? ¿No serían siempre criterios de sujetos?

Siempre habrá varias respuestas «únicas» respecto a un mismo problema y las habrá mejores o mejor fundamentadas, y otras no tanto. Pero no porque se llegue a una solución razonable, con fundamentos convincentes para muchos, significa que sea objetiva: un criterio, una opinión, individual o colectiva, no puede ser objetiva sino mal o bien fundada, consistente y convincente o no. Y los juristas ¿no son también sujetos que tienen opiniones y no verdades divinas, aunque estén estupendamente fundadas? Desde nuestra perspectiva, Juan Antonio García Amado tiene razón, en sus comentarios al reconocido Carlos Santiago Nino, respecto a la relación entre derecho y moral que adopta el jurista argentino, muy semejante a la que estamos comentando en este trabajo.

El hecho es que, en el contexto jurídico, siempre se habla o escribe con tono apologético o positivo más que crítico respecto de «la moral». Si los juristas utilizan la palabra moral y son leídos por mucha gente, habría que tener en cuenta, en nuestro medio jurídico hispano-andino por lo menos, lo que esa gente entiende por la palabra moral cuando la escucha o lee. Obviamente, es la moral religiosa que llegó con la Conquista: la moral judeo-cristiano-católica; no se conocen otras, salvo excepcionalmente entre individuos. Al escuchar o leer la palabra moral nuestros ciudadanos entienden por «moral» la moral con la que han sido educados, incluida la mayoría de los profesores de derecho. A esa moral se atienen, y acatan, aunque no cumplan.

Por eso la ambigüedad puede causar confusión y bloquear su esclarecimiento. El que escucha de estudiante que el derecho debe subordinarse a la moral, o que considera a la justicia un valor moral, creerá, sin duda, que se trata de la moral católico-cristiana, porque es dudoso que conozca o quiera conocer alguna otra moral que no sea la suya (por ejemplo, la ética epicúrea). Si se refiriera a algo que está fuera del derecho, están dando autoridad a algo que no es

12 «El jusmoralismo de Carlos Santiago Nino», www.garciamado.blogspot.com.

derecho; entonces, el derecho no es autónomo ni primero, no se basta a sí mismo. Entonces, no es moderno. Por eso no somos modernos, y la modernidad ya pasó.

La moral a la que aluden nuestros juristas puede no ser diferente de aquella en la que los menos letrados creen, aunque no sean tan sofisticados para sistematizarla teóricamente. Esto es lo que ellos entienden por «moral»; no parece que piensen en la libertad, la dignidad, la no discriminación, o cosas por el estilo. En nuestro contexto cultural por lo menos. Juan Antonio García Amado comenta también a Carlos Santiago Nino, ese gran jurista argentino en el que, por momentos, la moral parece desplazar al derecho:

> ¿Por qué tanto insiste Nino en que solo la obligatoriedad moral puede fundamentar la obligatoriedad jurídica? Porque emplea un concepto de obligatoriedad como obligatoriedad moral exclusivamente. En realidad, es casi tautológico: si partimos de que obligatoriedad propiamente dicha no hay más que obligatoriedad moral, o con base en o por delegación de la moral. No es que la vinculación conceptual necesaria entre derecho y moral queda así demostrada, sino que ha quedado de mano excluida la tesis opuesta, la de la separación. Si no hay con propiedad normatividad que en últimas no sea normatividad moral, cómo van a existir sistemas normativos, que sean jurídicos u otros, que no sean sistemas morales.

Y los sistemas morales se imponen porque son obligatorios y, como todo lo obligatorio, una cuestión de poder. Se trata de obedecer y nada más que de obedecer…

XVIII. Luis Prieto Sanchís

Luis Prieto Sanchís recuerda que, como lo mencionamos antes, según Manuel Atienza, «la moral objetiva es la moral social recreada en condiciones epistémicas generales, que si todos participamos en esas condiciones epistémicas generales llegaremos a la misma conclusión». Y ¿cuáles serían esas condiciones epistémicas? ¿Y dónde y cuándo podrá darse esa concordia? Nadie sabe, porque es solo una elucubración hipotética o ideal, no una realidad. Y suponiendo que se dé el milagro de la concordia, y todos lleguemos «a la misma conclusión» después de un esfuerzo comunicativo, ¿por qué llamarla «objetiva» si no es conocimiento de la realidad sino un consenso o un acuerdo de opiniones? ¿Eso puede ser objetivo, verdadero o falso? ¿Cómo evitar que esto sea subjetivo o relativo para quienes comparten esa opinión? En la época setentera ya se podía escuchar por Antonio Gramsci cosas en relación con el dualismo objetividad-subjetividad que vale recordar:

> El reproche que debe hacerse al *Ensayo popular* (Bujarin) es haber presentado la concepción subjetivista tal como aparece según la crítica del sentido común y haber elegido la concepción de la realidad objetiva del mundo exterior en su forma más trivial y acrítica, sin sospechar siquiera que se puede hacer a esta la objeción de caer en el misticismo como efectivamente se ha hecho. Ocurre, además, que al analizar esta concepción no resulta tan fácil justificar un punto de vista de la objetividad exterior entendida de forma tan mecánica. Parece que puede existir, al parecer, una objetividad extra histórica

> y extrahumana. ¿Pero quién juzgará de esta objetividad? ¿Quién podrá ponerse en esta especie de «punto de vista del cosmos en sí» y qué significó este punto de vista?[13]

Según la teoría de la acción comunicativa, que Alexy y muchos juristas toman de Habermas, la verdad jurídica es el producto de un acuerdo o suma de puntos de vista que coinciden a partir del cumplimiento de ciertas condiciones de participación, en una discusión lo más limpia y democrática posible sobre un asunto, en un momento histórico determinado. Pero, aunque se cumplieran todas las condiciones ideales de comunicación habermasianas entre seres ideales, civilizados y respetuosos, no puede ser objetiva o verdadera sino, en el mejor caso, sensata, razonable; no dejaría de ser una opinión subjetiva (en sentido descriptivo) de un grupo de sujetos que en nuestros países no sabemos de dónde vamos a sacar con las condiciones que se requieren.

La apuesta por condiciones ideales de comunicación, en situaciones ideales que no se han dado y que tal vez no se puedan dar sirve como meta, como horizonte, como motivación, como modelo, etc. Solo que se puede confundir el modelo abstracto con la compleja realidad concreta. ¿Cómo aplicar la acción comunicativa en la vida jurídica concreta de nuestros caóticos y primitivos pueblos? El problema es más grave en países como el Perú, donde la «moral social» está hecha de amoralidad y la corrupción se ha generalizado socialmente.

¿Cómo tomar de referencia a esa moral social y «recrearla epistémicamente» para construir con ella una «moral racional» o una «moral objetiva»? De la amoralidad reinante ¿cómo puede brotar la moralidad objetiva? Del fango ético, político y social ¿cómo puede brotar la flor jurídica más fragante y bella? Por supuesto que se puede llegar a acuerdos y consensos a pesar de las diferencias de puntos de vista, pero, aun cuando grupalmente lleguemos a la utópica situación comunicativa ideal, ¿por qué el acuerdo o la coincidencia de un grupo, minoría o mayoría se convertiría en una «moral objetiva», una única respuesta correcta, una verdad, por más lúcidos que sean los componentes de dicho grupo? Ese acuerdo no los hace objetivos, aunque puedan ser muy útiles, sin importar la cantidad de participantes en la convención. Un acuerdo mayoritario o minoritario es de carácter prescriptivo, regula conductas, no puede ser objetivo, no tiene carácter gnoseológico, no es un conocimiento.

«La moral es subjetiva o no es sincera», agrega Luis Prieto Sanchís. La pretensión de objetividad tampoco es objetiva o universal sino subjetiva, Una opinión no es una descripción ni una explicación de la realidad, sino la expresión personal de un ser humano que no se pretende verdadera sino sincera, auténtica, clara, precisa, etc. Una moral objetiva es una imposibilidad lógica e histórica: es aceptar unas reglas creadas por nadie, por ningún sujeto o grupo de sujetos, una moral fuera del tiempo y del espacio, una moral metafísica que, sin embargo, hay que obedecer o cumplir. Y todo porque los creyentes no se conforman con los imperfectos acuerdos históricos relativos entre seres huma-

13 Antonio Gramsci, *La política y el estado moderno*. Ediciones Península, Barcelona. 1971, 2da. edición p. 34.

nos, que hacen posible el derecho y le dan vida.

El derecho solo necesita absolutos desde la perspectiva de los absolutistas supérstites. Recordemos, a propósito, al ingenioso y desparpajado José Bergamín, a quien en su tiempo algunos colegas acusaban de ser «muy subjetivo» no necesitó muchas palabras para expresar algo que, para nosotros, está requiriendo un largo discurso «Como no soy un objeto no puedo ser objetivo; como soy un sujeto soy subjetivo».

Conclusiones

Después de la Segunda Guerra, a partir de una cierta derrota del positivismo jurídico (que se definió en Núremberg, si bien empezó antes) y la recuperación del peso de los valores y principios jurídicos rezagados por el positivismo, diversos jusnaturalismos y moralismos aprovecharon para colarse a la fiesta de regreso principista, para reinstalar la moral en la vida jurídica, la moral sin apellido, silenciosa y muda: la moral tradicional. A ello ha contribuido tal vez la ausencia de ciertos autores que viven expulsados del mundo jurídico occidental y cristiano, a pesar de su pertinencia y necesidad, tratándose en este caso del sacro problema de la moral vinculada al derecho, como la obra de Schopenhauer y Nietzsche, por ejemplo.

Digamos que, en aras del esclarecimiento plural y democrático de ciertos conceptos clave como el de moral, parece necesario que en la discusión digamos lo que entendemos por «moral», en especial en su relación con el derecho. No es suficiente con advertir la existencia de la polisemia. Da la impresión de que, en el ámbito jurídico hispanoamericano, por lo menos, cuando se trata de la discusión entre positivistas y no positivistas, neopositivistas o jusnaturalistas, etc., hay más malentendidos que desacuerdos con respecto a la palabra moral. Se debe tal vez a que no se señala expresamente el sentido específico que se da a esa palabra sin ambigüedad. Ni se justifican la omisión o el silencio.

Se la menciona, pero no se la define y se la ubica por encima del derecho, como en el caso peruano sobre vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, donde el término pasó de significar 'incapacidad física o mental para gobernar', como significó desde su origen europeo y como se entendía en algunas de nuestras Constituciones. Hasta que el sentido de la palabra moral cambió de hecho (pero no de derecho) en nuestro país, para adoptar el sentido literal del término moral: no como incapacidad física o mental sino como transgresión de la moral que todos conocemos por haber sido educados con ella: la moral judeocristiana. Y como el presidente de turno se portó mal moralmente, hubo que vacarlo.

Un simple método de interpretación jurídica, el ex antecedente, o histórico, nos revela que el término moral era entendido en el tiempo napoleónico, que es el de su origen, como sinónimo de mental, y no en sentido religioso, al que está asociada la moral en nuestra cultura hispano-andina. Por eso, desde esa misma época se habla de «daño moral», que no tiene que ver con los evangelios o con Tomás de Kempis, sino con el sufrimiento y el dolor humano como experiencia mental o sicológica, no

en el sentido religioso de la moral cristiana. O «persona moral», como sinónimo de persona jurídica, que tampoco tiene que ver con el cristianismo sino con una creación o ficción jurídica, o sea, creada por el derecho: una sociedad anónima, por ejemplo.

Si el sentido fuera el que le dan los congresistas y otros —la moral en el sentido judeocristiano de la palabra—, el más común y conocido, sería inadmisible en una república que tiene como principio la separación de los asuntos eclesiásticos y los asuntos jurídico-estatales. Si la interpretación religiosa o eclesiástica de la palabra moral que le dan casi todos fuera correcta ¿qué haríamos cuando un presidente se incapacite física o mentalmente en forma grave (estado de coma o locura)? Esa interpretación moralista y simplona crearía artificialmente una laguna normativa: no habría norma para resolverla. Y quizá por ello el Tribunal Constitucional —pudorosamente conservador— no ha tenido el valor de esclarecer el artículo constitucional respectivo (el artículo 113o), prolongando hasta hoy el problema de la ambigüedad del término incapacidad moral, que, como hemos visto reiteradamente, no tiene nada que ver con «la moral» si se la entiende como algo ajeno al derecho.

Bibliografía

Beladiez, Margarita. *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994.

De la Boétie, Etienne. *Discours de la servitude volontaire*. París: Flammarion, 1983.

Deleuze, Gilles. Spinoza: *Philosophie pratique*. París: Les Editions de Minuit, 1981.

Díez Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ciudad: Editorial Ariel,1999.

Gramsci, Antonio *La política y el estado moderno*. 2.ª edición. Barcelona: Península, 1971.

Nietzsche, Friedrich. *El anticristo*. Barcelona: Fontana-Ediciones Brontes, 2017.

Nietzsche, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

Ortega y Gasset, José. «El tema de nuestro tiempo». *Revista de Occidente*, Madrid, 1963.

Ingenieros, José. *Las fuerzas morales*. Lima: Almen Editores, 2004.

Recassens Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1993.

Strathern, Paul. *Kafka en 90 minutos*. Madrid: Siglo XXI, 2016.

Savater, Fernando. *El valor de educar*. Bogotá: Ariel, 2001.

Savater, Fernando. *Invitación a la ética*. Barcelona: Anagrama, 1997.

Schopenhauer, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Madrid: Akal, 2011.

Schopenhauer, Arthur. *El arte de envejecer*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.

Vargas Llosa, Mario. *Medio siglo con Borges*. Lima: Alfaguara, 2020.

Vargas Llosa, Mario. *La llamada de la tribu*. Lima: Alfaguara, 2018.

Vásquez, Rodolfo. Derecho y moral. *Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998.