

RELATIVISMO ÉTICO, ¿ABSOLUTISMO JURÍDICO?

[ETHICAL RELATIVISM, LEGAL ABSOLUTISM]

Marta ALBERT

Sumario. 1. Introducción, 2. Relativismo ético y democracia según Kelsen, 3. Crítica a la tesis de Kelsen, 3.1. La realidad, 3.2 Las ideas, 4. La cosmovisión metafísica como actitud democrática. Objetivismo ético y relativización del derecho, 5. Conclusiones

Contents. 1. Introduction, 2. Ethical relativism and democracy according to Kelsen, 3 Criticism of Kelsen, 3.1. The reality, 3.2. The ideas, 4. The Metaphysical's world conception as a democratic attitude. Ethical objectivism and Law relativization, 5. Conclusions

1. INTRODUCCIÓN

El relativismo ético puede ser entendido, en términos generales, como la teoría que sostiene que la ética no posee carácter objetivo, sino que lo bueno y lo malo dependen de la opinión de cada cual. No son pocos quienes piensan que esta forma de entender la vida moral implica, en realidad, la ausencia de imposiciones heterónomas en la determinación de lo que está bien y lo que está mal y, por tanto, mayores dosis de libertad en el terreno ético.

Esta concepción se extiende al terreno jurídico-político. De hecho, el relativismo ético se concibe con frecuencia como la única concepción moral compatible con la vida democrática y, por tanto, las sociedades que mayoritariamente lo profesan son las únicas en las que puede darse una forma de derecho respetuosa con la libertad individual; una forma de derecho que, sin apelar a ningún referente moral, trata de regular las conductas con el único fin de hacer posible la convivencia, limitándose a establecer los mínimos necesarios para lograrlo, y sin pretensión alguna de imponer por medio de la coerción una concepción del mundo ni un código ético de contenido material. Se trataría de un derecho “en su quicio”, sin veleidades absolutistas.

Y es que cuando la doctrina moral mayoritaria es el relativismo ético, la sociedad carece de *una* concepción ética disponible para hacerse cumplir por la vía jurídica. El derecho se libera así del peligro que supone convertirse en instrumento de la moral, y la regla de la mayoría pervive como forma de determinación de los contenidos jurídicos.

En cambio, si hay una moral objetiva, el ordenamiento jurídico deviene automáticamente en instrumento para su realización en la vida social, y las fronteras entre lo lícito y lo bueno, o lo ilícito y lo malo, resultan cada vez más difusas. Pero, cuando no hay lo bueno ni lo malo, lícita sería en principio toda conducta que no imposibilitara o dificultara la convivencia social, con el consiguiente recorte en el ámbito de lo ilícito, que, únicamente por mor del vacío relativista en el ámbito moral sabría reducirse al mínimo necesario para la supervivencia, dejando las opciones éticas abiertas (y, por cierto, recluidas) en la esfera privada para la consecución de los máximos vitales de cada uno.

En otras palabras, el relativismo ético tiene por consecuencia, en el ámbito político, la posibilidad de la democracia; en el ámbito jurídico, en cambio, se convierte en la garantía de un derecho que carece de pretensiones absolutas (por lo que permite una recta comprensión de su naturaleza y sus fines), que conoce sus límites y que, en la práctica, implica una minimización de la imposición jurídica. El derecho, privado de un soporte ético objetivo, apenas significa ya un riesgo para la libertad individual de los ciudadanos.

La tesis de este trabajo es que ocurre justamente lo contrario. Las sociedades relativistas en ética transitan (de forma apenas consciente) hacia un “absolutismo” jurídico, o una absolutización del derecho que puede resultar más dañina para la libertad individual que cualquier forma de objetivismo ético. Tampoco la democracia sale bien parada. El relativismo ético la priva de fundamento e impide su correcto funcionamiento.

El relativismo ético tiene por consecuencia una concepción “morbo-sa” del derecho que confunde a éste con la moral. El contenido de lo bueno se determina en virtud del de lo lícito. Y es que la confusión entre derecho y moral, que normalmente se imputa a las tesis que defienden la objetividad de esta última, se da con más frecuencia en el caso contrario. Claro que entonces, lo que ocurre no es que la moral engulla al derecho, sino lo contrario: el derecho engulle a la moral. El resultado es el mismo: la indeseable confusión entre ambas esferas.

2. RELATIVISMO ÉTICO Y DEMOCRACIA SEGÚN KELSEN

La tesis que acabo de describir encuentra su formulación “científica” contemporánea en la obra de Hans Kelsen *Esencia y valor de la democracia*¹. Me gustaría repasar brevemente sus notas fundamentales.

En el capítulo “Democracia y concepción del mundo”, Kelsen afirma que “el relativismo es la concepción del mundo que está en la base de la idea democrática”².

Kelsen entiende por relativismo ético “la idea de que sólo son accesibles al conocimiento humano verdades y valores relativos, de manera que toda verdad y todo valor –como el hombre que los encuentra– tienen que estar siempre preparados para retirarse y hacer sitio a otros”³.

Frente a esta concepción del mundo (que se denomina “empírico-relativista”), la concepción “metafísico-absolutista” defiende la “fe en la verdad absoluta y en los valores absolutos”⁴.

Como cabe advertir, el relativismo ético no es únicamente una teoría gnoseológica acerca de lo bueno y lo malo⁵. Es también una cosmovisión (*Weltanschauung*). Para Kelsen, el relativismo ético está en el corazón de la única concepción del mundo que se corresponde con la actitud democrática, puesto que, a su juicio, sólo el relativista ético puede ser relativista en el terreno político y el jurídico.

Y es que si hay una cuestión vital para la vida democrática, ésta es la exclusión de la fe en la existencia de una verdad y valores absolutos. La posibilidad de que quepa una aprehensión de estos últimos significa la sentencia de muerte de la democracia.

Trasladando este discurso del terreno político al jurídico, cabría señalar que si sólo el relativismo ético puede funcionar como sostén de la vida

1. La versión definitiva de la obra data de 1929. Cito por la edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés (KRK editores, Oviedo, 2006).

2. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 226.

3. *Ibid*, p. 224.

4. *Ibid*, p. 223. Conviene advertir que, mientras la primera afirmación pertenece al terreno epistemológico, la segunda es de carácter ontológico, matiz que no parece interesar excesivamente al autor a lo largo de su discurso.

5. Como señalé en nota anterior, Kelsen descuida, a mi juicio, la diferencia entre el ámbito gnoseológico y el metafísico. No puede afirmarse taxativamente que Kelsen sostenga que lo bueno y lo malo en sí no existen, pues nada de esto dice textualmente, pero sí es cierto que probablemente esté pensándolo, pues si la existencia de la verdad y los valores absolutos es una creencia de la concepción metafísica del mundo, su negación debe ser una nota básica de la concepción empírico-relativista, en buena lógica.

democrática, sólo él será capaz de fundamentar un ordenamiento jurídico acorde con las exigencias de la democracia, éticamente neutral y respetuoso con la libertad del hombre. Y, por supuesto, poco predispuesto a recurrir al uso de la fuerza. Las democracias éticamente relativistas tendrían derecho, pero menos...

Kelsen lo expresa así: “quien únicamente apela a la verdad terrenal y orienta los fines sociales con arreglo al conocimiento humano sólo puede justificar la coerción necesaria para la realización de esos fines si logra el acuerdo de al menos la mayoría de aquellos a quienes debe aprovechar el orden coactivo. Y este orden coactivo sólo puede constituirse de manera que también la minoría, que no está absolutamente equivocada, pueda convertirse en cualquier momento en mayoría”⁶.

3. CRÍTICA A LA TESIS DE KELSEN

“No cabe verdadera democracia ni ordenamiento jurídico acorde con ella fuera del contexto ético relativista”. He aquí una proposición que admite, a mi juicio, una revisión en dos ámbitos diferentes.

De un lado, el ámbito de las ideas. Resulta evidente que estamos ante una *teoría*, que, como tal, puede y debe juzgarse en virtud de los presupuestos de los que parte, de la coherencia interna que muestra, de las conclusiones a las que llega, etc.

De otro lado, el ámbito de la realidad. Lo que Kelsen pone aquí es una cuestión de hecho⁷: las sociedades relativistas en ética, ¿son más democráticas?, ¿poseen un derecho a salvo de cualquier morbo —empleo el término en sentido orteguiano—? Planteada la cuestión desde este punto de vista, es difícil no traer a la memoria el lamentable fin de la República de Weimar. Creo, no obstante, que no basta apelar a él para dar por zanjado el asunto, dejando para mejor ocasión el examen de lo que ocurre en nuestra propia sociedad y la revisión teórica de los presupuestos kelsenianos, básicamente, por dos razones.

En primer lugar, porque, desde el punto de vista fáctico, el relativismo ético sigue siendo la concepción moral dominante, y la cosmovisión empírico-relativista aún conforma la estructura mental del europeo contemporáneo. Por esta razón (y sigo en el terreno de los hechos) me parece

6. *Ibid.*, p. 229.

7. Suponemos que en este ensayo Kelsen no pretende haber llevado a cabo una investigación científica, en el sentido que el ejercicio científico tiene para él.

que la aparente superación del positivismo jurídico que comenzó precisamente después de la segunda guerra mundial pertenece por completo a esta concepción del mundo (a pesar de la amable invitación a la moral para que tome parte en lo jurídico), por lo que los problemas fundamentales que Kelsen formula siguen plenamente vigentes.

En segundo lugar, porque no tiene mucho sentido limitarse a demostrar que la democracia no se sostiene desde el relativismo ético (lo que, como cabe advertir, la historia reciente nos pone bastante fácil) sólo por probar que Kelsen se equivocaba.

Si es cierto que la cosmovisión empírico-relativista sigue siendo dominante, y si es también cierto que su predominio no ayuda en nada a la salud de la democracia, resulta claro que debemos esforzarnos por superar la preeminencia de esa forma de estar en el mundo. Para hacerlo, es preciso convencer con argumentos a los demás de que lo que supone un riesgo para la democracia es justamente el relativismo ético. Esto hace inexcusable el planteamiento crítico de la tesis de Kelsen y el intento de construir una alternativa intelectual a su propuesta.

Comencemos por la realidad.

3.1. *La realidad*

Pese a la aparente contundencia de la teoría kelseniana, una mirada mínimamente crítica a la realidad jurídico-política contemporánea nos permite encontrar indicios de que se trata de una tesis bastante endeble. Nosotros vivimos de hecho en una sociedad donde el relativismo ético es dominante: ¿qué encontramos en la práctica?, ¿qué tipo de concepción del derecho se corresponde de hecho con una cosmovisión que es de forma dominante empírico-relativista?, ¿cómo es, de hecho, nuestro derecho?

Trataré de mostrar que se trata de una concepción del derecho, que, paradójicamente, nos lo presenta cuajado de valores, lo que no contribuye especialmente a su hipotética independencia de la moral. Vaciada ésta de contenido, el derecho tiende a ocupar su puesto, perpetuando la confusión entre lo jurídico y lo moral y convirtiéndose, él mismo, en algo “bueno”. Además, esa creciente presencia de valores en los textos jurídicos (fundamentalmente, en las Constituciones) posee otro efecto: el de dar por zanjado el pleito milenario entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Se trata pues, de una concepción del Derecho que le otorga, incluso, facultades para la filosofía jurídica.

Ambos rasgos apuntan más bien a una concepción morbosa de lo jurídico, de difícil encaje en un contexto democrático.

En lo que sigue intentaré fundamentar esta doble caracterización. Me referiré básicamente a la situación española, por más que, a mi juicio, el discurso pueda ser aplicable a la generalidad de los países de nuestro entorno.

Por último, haré mención al estado de la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, desde la convicción de que una de las mejores maneras de testar el grado de absolutización de un derecho es el estatuto jurídico que en él goza la objeción de conciencia. De esta manera, pasaremos del discurso acerca de la concepción jurídica fácticamente dominante al discurso sobre el estado que, de hecho, presenta nuestro derecho.

Un primer síntoma de la existencia de tensiones en la concepción jurídicamente dominante en las sociedades éticamente relativistas es la extraña convivencia entre ese relativismo ético y la proliferación de apelaciones a valores en los textos jurídicos más importantes, singularmente, en la Constitución y, sobre todo, la enjundia y significado que se le atribuyen a dicha apelación.

Pensemos en el artículo 1.1 de nuestra norma fundamental (*España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político*). ¿Qué sentido puede tener la aparición de valores en la norma fundamental si ni la justicia, ni la igualdad ni la libertad son nada en sí mismas?⁸

Para encontrar alguna respuesta creo que debemos retrotraernos precisamente a la denominada “muerte de la Metafísica” y a sus consecuencias. Las más inmediatas fueron, como es sabido, el triunfo del positivismo jurídico y la identificación del Derecho con el derecho positivo.

Pero el fin de la segunda guerra mundial pondrá de nuevo sobre la mesa la discusión en torno al problema de la validez del Derecho. La doctrina positivista carece de una respuesta capaz de satisfacer las inquietudes que el Holocausto había despertado en el ambiente iusfilosófico europeo⁹. Y aquí es donde entra en juego la presencia de los valores en las normas fundamentales y, en definitiva, lo que se ha denominado “Constitucionalismo

8. ALBERT MÁRQUEZ, M., “Absolutism of value and relativity of morals at the Foundations of Human Rights”, *Mediterranean Journal of Human Rights*, 9-2 (2005), pp. 16-17.

9. De este proceso me he ocupado con más detenimiento en “La pérdida de lo absoluto en la cultura jurídica europea”, *El Olivo*, XXIX, 61-62 (2005), pp. 7-18.

de principios”. Uno de sus rasgos fundamentales viene representado no sólo por la presencia de valores en las normas fundamentales sino, sobre todo, por el significado que a esta presencia se atribuye desde el punto de vista intelectual. La denominada “positivación de la ética” pretende representar nada menos que la superación del positivismo jurídico por obra de la (por fin) correcta articulación de las relaciones entre Moral y Derecho.

En mi opinión, como antes señalé, la respuesta que supuso el Constitucionalismo de principios está, a mi modo de ver, impregnada de la forma positivista de pensar el derecho, por más que pretenda convertirse en su superación. De lo que se trata es de subsumir la ética en lo jurídico-positivo, creando un derecho en el que las “negaciones de la justicia” sencillamente no tengan cabida, pero por imperativo legal.

No en vano, y desde una perspectiva positivista, Luis Prieto se ha referido a una suerte de “absolutización de la constitución”, y de “legalización de la moral” como exponentes de “la peor versión del positivismo, que es el positivismo ético o ideológico”¹⁰.

Se niega la existencia de valores absolutos, pero, sin embargo, el mundo jurídico vive en plena “apoteosis del valor”. A la sombra del relativismo ético, esta apelación a valores queda al servicio de la propia glorificación del derecho positivo, a su sacralización.

Y aquí enlazamos el primer rasgo con el segundo. No sólo la Constitución acoge los valores sino que, al hacerlo, resuelve de un plumazo el gran problema de la filosofía jurídica universal.

Me parece que merece la pena destacar que esa superación no tiene lugar por la vía del esfuerzo intelectual realizado por parte de los representantes del positivismo ético, que se limitan a levantar acta de este hecho insólito. Más de dos mil años de pensamiento jurídico para que

10. PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de *El Derecho Dúctil*, de Gustav Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, 1996-97, p. 151. Norberto Bobbio caracterizó el positivismo ideológico como la tesis que defiende estas dos proposiciones: “1. el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez. 2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal”, *vid.*, BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Fontamara, México DF, 2007.

el núcleo básico de nuestros problemas se vea solucionado *normativamente*, esto es, por obra y gracia de una norma jurídica. Hasta donde yo sabía, la cosa era justamente al revés: el derecho nos ponía delante problemas y los iusfilósofos, con mayor o menor fortuna, tratábamos de buscar soluciones... Hasta la entrada en vigor del artículo 1.1. de nuestra Constitución.

Según Peces-Barba (ponente constitucional y “padre” intelectual del citado artículo), “este precepto rompe la dialéctica derecho natural-derecho positivo que parecía condenar a la cultura jurídica moderna a un callejón sin salida, a través de una correcta formulación de la relación Poder-Derecho y de una positivación de los contenidos éticos o de justicia que el poder pretende realizar a través del derecho y que son esos valores superiores”¹¹.

En definitiva, como advirtió Zagrebelsky en su *Derecho dúctil*, este fenómeno de positivación de los valores, y más aún, las virtualidades filosófico-jurídicas que el positivismo ético le atribuye, constituye “el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituye el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural”¹².

Ninguna de estas dos características de la concepción contemporánea del derecho se compadecen bien con la idea de un derecho “relativo”, éticamente neutral, plenamente consciente de sus límites, etc. Más bien apuntan, como antes señalé, a una concepción morbosa del mismo, que vendría a avalar la idea de que el relativismo ético trae consigo un proceso de “absolutización” jurídica.

Nos queda echar una ojeada al problema del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia. Por supuesto, no se trata del único problema que estas consideraciones pueden generar en la praxis, pero acaso sí del más significativo y sintomático. ¿Quién podría apelar a su conciencia para dejar de cumplir un derecho que es “bueno” pues propugna la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político? Nadie, a juicio de la Vicepresidenta primera de nuestro actual gobierno. La apabullante sentencia de M^a Teresa Fernández de la Vega “no se puede objetar cumplir una ley aprobada por el Parlamento de la nación”¹³ expresa de modo muy claro una concepción del Derecho “fuera de su quicio”, a cuya progresiva absoluti-

11. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 12.

12. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil* (trad. Marina Gascón), Trotta, Madrid, 1995, p. 115.

13. Declaraciones realizadas en el Foro Nueva Economía el día 23 de julio de 2007.

zación contribuye no poco la apelación a los valores y la subsunción de la ética dentro de la norma fundamental.

Claro que esta declaración sería meramente anecdótica si constituyera un hecho aislado. Pero debemos recordar que fue emitida en relación a la polémica objeción de conciencia a la disciplina *Educación para la ciudadanía*, y que nuestro Tribunal Supremo ha exigido, en repetidas sentencias relativas a este asunto, la *interpositio legislatoris* como requisito para el ejercicio de la objeción de conciencia¹⁴, negando a este derecho la naturaleza de auténtico derecho constitucional que le había reconocido el propio Tribunal Constitucional.

Otro ejemplo. El “proyecto de ley de derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso de la muerte”, actualmente en tramitación en el Parlamento andaluz, carece de referencia alguna al derecho a la objeción de conciencia de los médicos y el resto de personal sanitario. En su artículo 18, que se ocupa de los deberes del médico respecto de la toma de decisiones clínicas, se hace referencia en todo momento a la obligación del médico de respetar *los valores, creencias y preferencias* del paciente sin imponer criterios de actuación basados en sus propias *creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas*. Nada se dice acerca del caso en que las *convicciones* del médico choquen con los *valores* del enfermo, pero dicho así...¹⁵.

De hecho, el Consejo Consultivo de Andalucía, en el escueto comunicado de prensa publicado el 14 de abril de 2009 con el titular “El Consejo Consultivo de Andalucía avala el anteproyecto de ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte”, advierte, en su último párrafo, que en el Pleno fue “ampliamente debatido el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”.

Lo mismo cabe destacar del proyecto de reforma de la interrupción voluntaria del embarazo. Carece de mención alguna al derecho a la objeción. La discusión en torno al problema de la objeción ha transcurrido por la vía

14. *Vid.*, Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009, sala de lo Contencioso, Recurso de Casación 905/2008, Fundamento jurídico octavo.

15. Sí, los pacientes tienen “valores” y los profesionales sanitarios sólo “creencias y convicciones”. Afortunadamente, se ha modificado la redacción anterior. El artículo 17 del Anteproyecto decía así: “Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente tienen la obligación de respetar los valores y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, debiendo abstenerse de imponer sus opiniones personales morales, religiosas, filosóficas o de cualquier otra naturaleza”.

de los comentarios al artículo 16 del Anteproyecto, que regula los Comités Clínicos multidisciplinares que han de aprobar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, y, en concreto, de su apartado número 4, en el que se establece que quedarán excluidos de los mismos “quienes se hayan manifestado contrarios a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo”.

Habida cuenta de lo establecido por el Tribunal Constitucional en la conocida sentencia 53/1985, que reconoce la existencia del derecho a la objeción de profesionales sanitarios, no habría motivo para alarmarse, si no fuera por la sombra de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de objeción, doctrina a la que, por cierto, no se ha dejado de apelar desde el gobierno¹⁶.

Otro tanto cabe afirmar sobre la polémica dispensación sin receta médica de la píldora del día siguiente (forma parte de la Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva del Sistema Nacional de Salud, que será recogida en la futura Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo). Todo parece indicar que el Ministerio no se muestra especialmente sensible a los problemas de conciencia que dicha dispensación pueda plantear a los farmacéuticos¹⁷.

Educación, aborto, eutanasia... no son ámbitos donde el derecho a la objeción constituya una cuestión menor... Y, ¿cómo es que el clima del relativismo ético termina por negar el más básico derecho a ejercer un disenso exigido por la propia conciencia individual?, ¿no era bueno o malo lo que a cada cual le pareciera?, ¿no había que hacer uso de la fuerza del derecho teniendo siempre presente que quienes hoy son minoría podrían ser el día de mañana mayoría?

16. El Ministro de Justicia, sin ir más lejos, declaró el pasado mes de agosto que “En nuestro país no hay más objeción de conciencia que aquélla que está expresamente establecida en la Constitución o por el legislador en las Cortes Generales. Todos estamos sometidos a la ley. Las ideas personales no pueden excusarnos del cumplimiento de la ley porque, si no, nos llevaría en muchísimos temas, en éste y en otros muchos, a la desobediencia civil”. <<http://www.publico.es/espana/actualidad/244054/caamano/descarta/objecion/conciencia/aborto>> (14 de agosto de 2009).

17. *Vid.* Nota de Prensa del Ministerio de Sanidad, de 11 de mayo de 2009, <<http://www.msc.es/gabinetePrensa/notaPrensa/desarrolloNotaPrensa.jsp?id=1507>> (17 de septiembre de 2009). La polémica en torno al ejercicio de la objeción de conciencia surge al hilo del reconocimiento de este derecho en el Protocolo para la dispensación de la píldora pactado entre la Generalitat de Cataluña y el Colegio de Farmacéuticos catalán, puede verse en <<http://www.lavanguardia.es/ciudadanos/noticias/20090806/53759646625/los-farmaceticos-realizaran-una-entrevista-personal-antes-de-vender-la-pildora-del-dia-despues.html>> (6 de agosto 2009).

3.2. *Las ideas*

Puesto que no parece que ocurra lo que Kelsen dice, ¿qué es lo que no funciona en su teoría?, ¿dónde radica el error en la tesis de Kelsen?

Creo que es posible hablar de, al menos, tres errores capitales en el planteamiento kelseniano.

El primero es bastante simple. La democracia precisa de la fe en, por lo menos, una verdad absoluta, sin fisuras: la que afirma la bondad del principio de la mayoría y de la necesidad del respeto a las minorías. He aquí, por tanto, una primera quiebra en su razonamiento.

Si toda verdad es relativa y puede cambiar en cualquier momento, en cualquier momento puede sustituirse la democracia por la dictadura o por la oligarquía (incluso puede hacerse democráticamente, volvemos a Weimar...), lo que hace verdaderamente difícil tratar de fundamentar la democracia desde esta concepción de la verdad y del bien.

El segundo radica en la fe en la posibilidad de que el Derecho se mueva en el ámbito de la “neutralidad ética”. Como no hay una verdad objetiva, el derecho dirimirá los conflictos desde la más exquisita equidistancia ética, sin tomar partido por ninguna de las opciones presentes en la vida social.

Esta posibilidad es sencillamente inviable, al menos allí donde no exista consenso social previo, pues sin él resulta prácticamente imposible resolver conflicto alguno manteniendo una supuesta neutralidad ética¹⁸. Lo

18. La tesis de la neutralidad ética del Estado ha sido defendida por John Rawls fundamentalmente en su *Liberalismo político* (trad. de Antoni Domenech), Crítica, Barcelona, 1996. Ahora bien (sin pretender un análisis exhaustivo de las tesis rawlsianas, lo que merecería estudio aparte) cabe subrayar que la teoría de Rawls se fundamenta en la existencia de un “consenso entrecruzado” que se basa en razones morales y que posee en sí mismo un elemento moral (*vid.*, RAWLS, cit., pp. 179-180), lo que parece sugerir que su encaje en el contexto del relativismo ético puede ser complicado. Rawls identifica el problema del liberalismo político con el de la articulación de una sociedad justa y libre compuesta de personas que sostienen teorías comprensivas razonables, pero incompatibles. No sé hasta qué punto el relativismo ético podría ser considerado por Rawls como una doctrina comprensiva razonable. El liberalismo político depende del consenso entrecruzado, y requiere, para tener éxito, “abstenerse de entrar específicamente en tópicos morales que dividen a las doctrinas comprensivas” (*ibid.*, pp. 23-24). Cuando ese consenso no existe, de hecho, en la sociedad o ese deber de abstención no es respetado, la neutralidad estatal se vuelve imposible. En cualquier caso, a mi juicio, la posición rawlsiana y, particularmente, el diseño del consenso social en que se fundamenta, más bien apunta en la dirección de que la neutralidad estatal sólo puede fundarse en la aceptación de algunas verdades morales, que, arrojadas bajo el manto del consenso, quedarían fuera del juego de las mayorías. De este modo, un derecho neutral sólo sería posible si hay alguna verdad objetiva, y no al revés.

jurídico implica, por definición, una selección de aquellas conductas que se consideran intolerables desde el punto de vista de la convivencia social. El derecho funciona bajo el presupuesto de un sistema de preferencias sobre cuya base se ordenan las conductas. El derecho no puede no optar. Supone, en pocas palabras, la elección de unos comportamientos como lícitos y la penalización de otros. No hay neutralidad posible. El derecho no puede regular la vida social sin tomar partido por alguna de las opciones presentes en la sociedad, por más que la elección laicista se disfrace de paraguas bajo el que se articula jurídicamente la libertad de todos¹⁹.

El tercero me interesa más porque me parece que se trata de un error bastante extendido y acaso más sutil que los primeros. Se trata de la vinculación entre “absolutismo ético” y “absolutismo político” (no puedo dejar de insistir en que precisamente por razón de esta íntima vinculación la adopción del relativismo ético es vital para el funcionamiento de la democracia). Kelsen la expresa así: “la situación se torna desesperada para la democracia si se parte del principio de que es posible un conocimiento de la verdad absoluta, de que cabe aprehender valores absolutos. Pues qué puede haber frente a la suprema autoridad del bien-absoluto sino la obediencia a quien trae la salvación, la obediencia incondicional y agradecida frente a quien, en posesión del bien absoluto, lo conoce y lo quiere; una obediencia que, ciertamente, sólo puede descansar en la creencia de que la persona autoritaria del legislador está en posesión del bien absoluto, en la misma medida en que el conocimiento de ese bien está vedado a la gran mayoría de los sometidos a las normas”²⁰. ¿Qué puede haber frente a la “suprema autoridad del bien-absoluto? La respuesta es simple: tolerancia.

Claro que resulta casi imposible que Kelsen caiga en la cuenta, puesto que, como ha destacado Ollero, nuestro autor se ha convertido en el arquetipo de identificación entre “la tolerancia y la negación a todo principio ético de realidad objetiva que pueda hacerlo racionalmente cognoscible”²¹.

Con permiso de Kelsen, es plenamente posible estar absolutamente convencido de una verdad y, aún así, renunciar a imponerla al prójimo jurídicamente... Es difícil advertir esta posibilidad desde la posición rela-

19. Como ha señalado Andrés Ollero, “parece obvio que al discutirse si los poderes públicos deben sancionar penalmente una conducta o dejar que cada cual haga de su capa un sayo, optar por lo segundo no demuestra neutralidad alguna; supone suscribir sin más la segunda alternativa”, *Vid.*, OLLERO, A., *El Derecho en Teoría. Perplejidades jurídicas para crédulos*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 195-196.

20. KELSEN, H., *cit.*, pp. 222-223.

21. OLLERO, A., “Tolerancia y Verdad”, *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1997), p. 102.

tivista, ya que en la actitud que yo entiendo aquí por “tolerante” opera la fe en otras verdades absolutas, la de la dignidad de la persona, que exige un trato respetuoso que puede excluir la imposición jurídica, y la de la intrínseca naturaleza del bien moral, para el que puede no tener sentido su realización bajo la amenaza de la coacción.

La tolerancia sólo tiene sentido cuando opera en un contexto en el que se mantiene viva la fe en la existencia de la verdad y valores absolutos. Esa fe puede perfectamente convivir con una postura gnoseológica que afirme la parcialidad y relatividad de nuestro conocimiento de esos valores absolutos, lo que avalaría la posibilidad no sólo de que estemos equivocados, sino también de que nuestra posición constituya únicamente una perspectiva (no empleo la palabra gratuitamente) personal sobre esa verdad y valores absolutos.

Ni que decir tiene que, en cualquier caso, la fe en la verdad (absoluta e innegociable) de la dignidad del otro se transforma en exigencia de convencerle y en prohibición del imponerle soluciones sin respetar su capacidad de decisión.

En definitiva, no es la concepción relativista la que puede sostener la democracia sino, paradójicamente, la concepción denominada por Kelsen “metafísico-absolutista”, rectamente entendida.

De hecho, solo una posición “absolutista” en ética puede ser compatible con la afirmación de la relatividad de nuestras valoraciones y preferencias y, en general, con la relatividad de las morales históricas, y, mucho más, de nuestros proyectos políticos y de nuestros ordenamientos jurídicos.

Me gustaría explicar esto con más detenimiento.

4. LA COSMOVISIÓN METAFÍSICA COMO ACTITUD DEMOCRACIA. OBJETIVISMO ÉTICO Y RELATIVIZACIÓN DEL DERECHO

Frente a la tesis kelseniana, defenderé a continuación que tanto la democracia como la clase de derecho que le es propia (por lo menos, un derecho en vías de “relativización”) encuentran contexto adecuado dentro de lo que Kelsen denomina “cosmovisión metafísica”, entendida, eso sí, en determinado sentido.

¿Qué tiene la “cosmovisión metafísica” para resultar tan efectiva frente a cualquier pretensión de absolutizar lo jurídico? La clara conciencia de la existencia de la esfera de lo absoluto. Si esto es así, preguntémosnos, ¿qué aporta esa conciencia de lo absoluto al proceso de necesaria relati-

vización del derecho? Evidentemente, el proceso de absolutización de lo jurídico sería mucho más complicado si nuestra concepción del mundo tuviera presente la esfera de lo absoluto y su contenido. Nos ahorraríamos así la falsa y a menudo inconsciente absolutización de algo relativo, como es el derecho.

La clave radica en asumir un presupuesto acaso poco halagador desde el punto de vista de las pretensiones emancipatorias de la Modernidad, pero no por eso menos cierto, a saber: que lo absoluto funciona siempre como categoría del pensar humano²².

Por eso, la negación de lo absoluto no conduce sino a la absolutización de algo relativo. El relativista no es, en el fondo, más que el *absolutista de lo relativo*²³. Como cabe esperar, el derecho no ha sido el único objeto relativo que se ha visto encumbrado y, por así decir, desquiciado en esta era en la que lo absoluto ha desaparecido aparentemente de nuestra concepción del mundo. En su bello ensayo *Nostalgia de lo absoluto*, Steiner se refiere al marxismo o al psicoanálisis como formas de cubrir el vacío que ha dejado la metafísica²⁴.

Si nuestra cultura jurídica parece dispuesta a olvidar el carácter necesariamente relativo y contingente del derecho es porque padece una “ilusión metafísica”²⁵, es decir, es víctima de un error en cuanto al grado de relatividad del derecho. Comete lo que se ha denominado la “culpa epistemológica de la sociedad moderna”: su identificación y la de sus objetos con lo absoluto, consecuencia directa de la abolición de la metafísica²⁶.

Parece claro entonces que si deseamos escapar del absolutismo jurídico, tendremos que comenzar por huir del relativismo ético. El problema es que cualquier salida bajo el rótulo “absolutismo ético” u otros parecidos no es precisamente la más indicada para recabar muchos adeptos. De hecho, le sobra razón a Ollero cuando afirma que si la tesis kelseniana conti-

22. SCHELER, M. F., *Vom Wesen der Philosophie und der moralischen Bedingung des philosophischen Erkennens*, Gesammelte Werke (ed.), Mandred S. Frings, Bonn: Bouvier Verlag (en adelante, GW), 2000, Bd., V, p. 95.

23. O también, “los llamados “relativistas” éticos han sido, de hecho, los absolutistas de su respectivo presente”, *Das Ressentiment im Aufbau der Moralen*, G. W., III, 1955, p. 69.

24. STEINER, G., *Nostalgia for the Absolute*, CBC Publications, Toronto, 1974. Existe traducción al castellano, María Tabuyo y Agustín López, *Nostalgia del Absoluto*, Siruela, Madrid, 2001.

25. SCHELER, M. F., *Philosophische Weltanschauung*, G. W., IX, 1976, p. 80.

26. SCHELER, M. F., *Probleme einer Philosophie des Wissens*, G. W., VIII, 1960, pp. 128-129.

núa gozando de predicamento no es tanto por una adhesión racional a sus planteamientos (la verdad es que sostener el relativismo ético es, desde el punto de vista lógico, bastante difícil) como por “un rechazo instintivo de lo que se considera como su inevitable alternativa: el reconocimiento de los valores absolutos”²⁷.

¿En qué se fundamenta ese rechazo —en la medida en que lo instintivo pueda fundamentarse—? En primer lugar, en la negación moderna de la esfera de lo absoluto, que no otra cosa fue la muerte de la Metafísica. Ni valores, ni verdades... el problema no son los sustantivos, sino el adjetivo: no cabe hablar de nada absoluto, porque lo absoluto no existe (lo que, por cierto, guste más o menos, es una tesis metafísica, luego la disciplina no estará tan muerta).

Pero más allá de eso, existe, en mi opinión, cierto desconocimiento de lo que significa en realidad la expresión “valores absolutos”. Me voy a limitar a señalar algunos de sus rasgos fundamentales, de acuerdo con los resultados a los que ha llegado la investigación fenomenológica del valor.

Es imprescindible comenzar recordando que el carácter absoluto o a priori del valor no significa, como se suele pensar (sobre todo, después de Kant) que los valores sean universalmente válidos. *La esfera de lo absoluto es objetiva, no universalmente válida*²⁸.

Hablemos, por tanto, de “objetivismo ético” para designar aquella teoría que contraponemos al relativismo ético. Como vemos, el objetivismo ético recupera la esfera de lo absoluto en el ámbito de la ética. Sí, apela a la existencia de valores absolutos²⁹, pero no universalmente válidos. Esto implica que el objetivismo ético constituye la mejor reivindicación de diversidad y relatividad de nuestras valoraciones y la interdicción de la uni-

27. OLLERO, A., “Tolerancia y Verdad”, *cit.*, p. 102.

28. “No necesitamos, por tanto, insistir en que la “validez general” nada tiene que ver con la *aprioridad*”, SCHELER, M. F., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, G. W., II, 2000 p. 96. Cito por la traducción al castellano *Ética* (trad. Hilario Rodríguez Sanz), Caparrós, Madrid, 2001, ed. Juan Miguel Palacios, p. 136. También se afirma que la aprehensión de una cualidad moral de valor “no tiene que ver absolutamente nada con la generalidad o con la medida en que se extiende esa facultad aprehensora. Ni tampoco tiene que ver nada con la llamada “validez general” de las normas” (*Ética*, *cit.*, p. 379).

29. No es que no quiera hablar de “absolutismo ético”, lo hecho en más de una ocasión (así, en el ya citado *Absolutism of Value and Relativity of Morals in the foundations of Human Rights*, y profusamente en el libro *Derecho y Valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, Encuentro, Madrid, 2004.). Pienso ahora que el término “absolutismo” debe usarse más bien cuando lo que es tenido por absoluto es algo relativo, pero no cuando justamente el objeto en cuestión posee realmente carácter absoluto.

formidad en el terreno ético. Primera y quizá sorprendente consecuencia de la afirmación del carácter absoluto del valor.

Probablemente resulta extraño este corolario, como también suele ser motivo de asombro que *El Formalismo en la Ética*, la obra que quizá más enérgicamente ha reivindicado el carácter absoluto del valor, dedique todo un capítulo a defender y a explicar la necesidad de “la relatividad histórica de las valoraciones éticas y sus dimensiones”. No hay mayor defensor de esa necesaria relatividad que el objetivista. Es más, en opinión de Scheler, “al relativismo se le oculta la “relatividad” más radical de las valoraciones morales, a saber: las variaciones que hay y ha habido en el contenido de la conciencia inmediata de los valores y en sus reglas de preferencia”³⁰.

Y es que en esa “radicalísima “relatividad” de las valoraciones morales no hay el menor motivo para admitir un relativismo de los valores morales y de su misma jerarquía”³¹. De hecho, la “*ética absoluta*, rectamente comprendida, es precisamente la que *exige* imperiosamente esa diversidad, ese perspectivismo emocional estimativo en los pueblos y épocas, y esa serie en principio interminable de estratos de la cultura del *ethos*”³².

¿Cómo cabe articular la fe en la verdad y los valores absolutos con la defensa de la relatividad de las valoraciones y la exigencia de su diversidad? De nuevo entra en juego la categoría de lo absoluto, que ahora actúa como fundamento de una teoría *perspectivista de la verdad y del bien*.

El perspectivismo gira en torno a una categoría ética poco conocida, lo “bueno en sí para mí” (*An-sich-Guten für mich*)³³, y no es en absoluto una clase de relativismo moral. No lo es porque aquello que se conoce como bueno, es bueno “en sí”, aunque pueda serlo “sólo para mí” (lo que no excluye, por supuesto, que lo sea “para todos”, el perspectivismo no está reñido con el universalismo en ese sentido).

Lo que la teoría de la perspectiva afirma es que la variabilidad en las concepciones de lo bueno no se puede entender desde el relativismo, sino únicamente desde la fe en la existencia de la “verdad y los valores absolutos”. Ortega lo explica con su habitual claridad:

“si el universo hubiera presentado una faz idéntica a los ojos de un griego socrático que a los de un yanqui, deberíamos pensar que el universo no tiene verdadera realidad, independiente de los sujetos. Porque esa coincidencia de aspecto ante dos hombres co-

30. SCHELER, M.F., *Ética*, cit., p. 315.

31. *Ibid.*, p. 317.

32. *Ibid.*, p. 316.

33. *Ibid.*, p. 637.

locados en puntos tan diversos como son la Atenas del siglo V y la Nueva York del XX indicaría que no se trataba de una realidad externa a ellos, sino de una imaginación que por azar se produciría idénticamente en dos sujetos”³⁴.

Y lo dicho acerca de la realidad en general es predicable de la realidad axiológica. Precisamente porque el mundo del valor tiene entidad fuera de nosotros, sería una falsedad si se nos presentara a todos mostrándonos la misma cara.

Cuál sea la perspectiva de cada uno, cómo se vean desde ella los valores, qué valores se aprecien de forma más nítida y cuáles de forma más difusa, son cuestiones que dependen de la estructura del amor de la que es portadora cada persona.

Ocurre que cada cual posee una peculiar ordenación de su amor (*ordo amoris*), esto es, una personalísima estructura de la preferencia y la postergación de valores, que determina *su perspectiva* sobre el valor absoluto. Ese *ordo amoris* puede ser más amplio o más angosto, y es susceptible de sufrir distintas patologías (la más común es el desorden). Pero aún estando plenamente sano, no hay perspectiva que agote la realidad absoluta del valor.

En cambio, esta realidad nos muestra a cada uno una faz diferente. Este es el sentido de la existencia de lo “bueno en sí para mí”: que una parte del contenido material de lo bueno “en sí” contiene una “referencia vivida a mí, una indicación vivida que parte de ese contenido y apunta a “mí”, diciendo y susurrando: “para ti”. Y ese contenido me señala un puesto singular dentro del cosmos moral y me ordena también secundariamente acciones, hechos, obras, que me represento diciendo todas: “soy para ti” y “tú eres para mí”³⁵.

La idea misma de lo “bueno en sí *para mí*” nos sugiere que demos entrada en nuestro discurso a un concepto ético básico: el de persona. Contrariamente a lo que se suele creer, la idea del valor absoluto no es el concepto fundamental de la ética material del valor, sino el de persona.

He aquí una segunda consecuencia de la fe en la existencia de los valores absolutos: la concepción de la persona como piedra angular de la ética. Claro que la persona no ocupa este puesto en tanto origen del valor, pero sí en tanto único depositario de lo bueno, o sea, del valor moral³⁶. Lo

34. ORTEGA Y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*, en Obras Completas, Alianza, Revista de Occidente, t. 3, Madrid, 1983, p. 200.

35. SCHELER, M.F., *Ética*, cit., pp. 637-638.

36. *Ibid.*, p. 76.

bueno consiste en la realización del valor más alto en cada caso de entre los dados en el preferir³⁷. Cuando hacemos referencia a la existencia de un valor “más alto”, incluso cuando nos referimos al “preferir” y “postergar” mismos, aceptamos implícitamente que el valor tiene su propia realidad, a la que le es esencial la existencia de un orden jerárquico, sin cuya aceptación, la posibilidad de vincular la categoría de lo bueno con la de persona resulta bastante complicada.

La fe en la existencia de valores absolutos nos lleva, pues, a adoptar el punto de vista de la persona como *modus operandi* para tratar de desvelar cualquier dilema que tenga que ver con la ética. Más aún, en la medida en que vayamos avanzando en la captación de ese valor moral personal, éste habrá de operar en nosotros como forma en la que toda actividad de nuestra vida acontezca. De este modo, también cuando pensemos el derecho, la idea de la persona como único depositario de lo bueno informará ese pensar, dotándolo de un peculiar marchamo.

Así, la idea de la dignidad de la persona, vuelta *vivencia en la especulación jurídica* nos permitirá enfocar con claridad algunos asuntos vitales para nuestra cultura jurídica que otros métodos jurídico-epistemológicos (de los que cabe aprender muchas otras cosas sobre el derecho) dejan en la penumbra.

Vemos pues cómo el carácter absoluto del valor nos conduce a un personalismo jurídico capaz de hacernos patentes los más graves errores que trae consigo el proceso de absolutización del derecho.

Por ejemplo, la distinción entre lo lícito y lo bueno, el puesto epidérmico del derecho en la vida moral de las personas, lo absurdo del intento de positivizar la moral...

El derecho no puede realizar la moralidad (pues ésta tiene que ver primordialmente con las personas, y con su ser bueno), sólo puede hacerla posible (desde la esfera que le es propia, la de las normas jurídicas)³⁸.

El derecho no puede confundirse con la moral ni ocupar su puesto sencillamente porque, como acabo de señalar, el único depositario de valor moral es la persona. Solo ella es, en sentido estricto, buena.

La razón estriba en que sólo las personas son capaces de realizar, en cada caso, el valor más alto dado en el preferir. Y si cabe hablar de valores “más altos” o “más bajos” es porque los valores tienen una existencia

37. *Ibid.*, pp. 74 y ss.

38. *Ibid.*, p. 731.

objetiva distinta de la de las personas que los preferimos y postergamos, que se caracteriza por presentarse ordenada en una jerarquía no menos objetiva, a cuyo gradual develamiento estamos todos llamados, desde nuestro personal *ordo amoris*.

He aquí un somero retrato del tan temido “absolutismo ético” y sus inesperadas consecuencias en el orden moral. Si rica y diversa debe ser la realidad de la ética, según este “absolutismo”, cabe imaginar que esas dosis de riqueza y diversidad serán mucho mayores en las esferas jurídica y política.

Efectivamente así ocurre. “Omitimos aquí –señala Scheler en *El Formalismo*– el estudio de las peculiares dimensiones de la relatividad en la moralidad, las costumbres, y el uso, así como análogas investigaciones sobre el orden jurídico. Destacamos, no obstante, que la historia del Derecho no puede prescindir de una doctrina sobre las dimensiones de la relatividad de las creaciones del Derecho como su base”³⁹.

Como se recordará, Kelsen afirmaba que sólo el relativista ético puede ser relativista político y jurídico. Me temo que es cierto lo contrario, sólo el que sabe de la existencia del valor absoluto puede ser, de forma plenamente coherente, relativista político y jurídico.

La verdad es que el mismo Kelsen parece darnos razón, cuando escribe que la democracia “sólo puede ponerse al absolutismo político por cuanto que es la expresión de un relativismo político”⁴⁰. Pues eso, la democracia puede ser expresión de un relativismo político: político, pero no ético. Se trata de cuestiones bien distintas.

5. CONCLUSIONES

El mejor antídoto para luchar contra el absolutismo jurídico es la afirmación de la existencia de la “verdad y los valores absolutos”. Fundamentalmente, por dos razones. La primera, porque esa afirmación trae a la conciencia la existencia de la esfera misma de lo absoluto, y la dota de un contenido que impide o, por menos, dificulta, la inconsciente absolutización de algo de suyo relativo, como es el derecho.

La segunda, porque la idea de un valor absoluto nos remite a la idea de la persona como depositario último del valor moral, lo que nos permite

39. *Ibid.*, pp. 431-432.

40. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 229.

articular un personalismo jurídico que, en tanto forma de pensar el derecho, alumbró con particular intensidad ciertas cuestiones no menores en el contexto de los desafíos planteados por una creciente absolutización de lo jurídico. Sobre todos ellos, destacaría especialmente la vinculación de lo bueno con el ser de la persona, la imposibilidad de que una norma sea “buena”, y por tanto, de que pueda albergar la moral, la consiguiente distinción entre lo lícito y lo bueno...

La dimensión absoluta de la moral que la ética material de los valores pretende rescatar es, a la vez que absoluta, personalísima y, por tanto, diversa y plural. Sólo es necesario prescindir por un momento de las anteojeras que sutilmente nos coloca la concepción empírico-relativista del mundo para ver las cosas de otra manera, para contemplar la posibilidad de que exista lo *bueno en sí para mí*.

Resumen: *La intención de este trabajo es mostrar cómo el relativismo ético conduce a un proceso de absolutización del derecho y a la quiebra del sistema democrático. La recuperación del objetivismo ético, propio de la concepción del mundo metafísica, se corresponde con una progresiva relativización del derecho, y con un sano sentido democrático. La reivindicación de la verdad y los valores absolutos impiden el absolutismo del derecho y fundamentan un personalismo jurídico capaz de relativizar de nuevo lo jurídico.*

Abstract: *The aim of this paper is to explain how ethical relativism leads to a process of legal “absolutism”, and to the breakdown of a democratic system. The recovery of ethical objectivity, brought about by a metaphysical conception, belongs to a progressive relativism of Law, and to a healthy sense of democracy. The claim for absolute truth and absolute values prevents an absolutism of Law and sets the foundations of a legal partiality capable of making Law relative once again.*

Palabras clave: Relativismo ético, absolutismo jurídico, democracia, teoría del valor.

Key words: Ethical Relativism, The Absolutism of Law, Democracy, The theory of Value.