

NOTICIAS DE LIBROS (*)

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, 268 págs.

La constitucionalización de los ordenamientos ha supuesto para varios autores un claro ejemplo de que asistimos a un cambio de paradigma en la forma de entender el fenómeno jurídico. Dicho contexto ofrece un ámbito particularmente fecundo para contrastar las tradicionales tesis sobre la «naturaleza» del Derecho. Ello es así a grado tal que hay quienes, incluso, consideran que la dialéctica positivismo/jusnaturalismo ha dejado de tener vigencia en su seno. Ésta es una de las conclusiones más significativas a las que ha arribado Alfonso García Figueroa en su post-positivista *Criaturas de la Moralidad* (CM, en adelante). En dicho trabajo, el profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha intenta dar respuesta a las interrogantes vinculadas al neoconstitucionalismo como paradigma emergente y resulta, de entrada, de gran interés por provenir de un académico que defendiera en otro momento las tesis del positivismo más sofisticado.

En efecto, quien conozca la trayectoria intelectual de su autor encontrará este trabajo totalmente ajeno a lo que fue su apuesta teórica inicial. De ello da cuenta en el sustancioso preludio introspectivo que abre sus CM y que me propongo reseñar en lo que sigue. Para comenzar, considero oportuno destacar el magnífico uso del lenguaje del autor, la claridad y sencillez con la que nos introduce en el conjunto de tesis que integran los siete capítulos de su obra. En el primer apartado, *El Derecho en la metaética de Babel*, analiza la posibilidad de fundamentar nuestros juicios de valor, tema cardinal para dotar de sentido a la llamada «rematerialización del Derecho». Puede decirse que entre las tradicionales opciones del objetivismo y escepticismo, García Figueroa se decanta, siguiendo a C. S. Nino, por la línea intermedia del constructivismo ético. Tal apuesta

(*) La Sección cuenta con las colaboraciones permanentes de Francisco Javier Matia Portilla (coordinador), Ignacio Álvarez Rodríguez, Ignacio García Vitoria, Esperanza Gómez Corona, Alfonso Herrera García, Mari Luz Martínez Alarcón, Roberto Carlos Rosino Calle y Fernando Simón Yarza.

obedecería al hecho de que con él podría solventarse el problema de fundamentación de los juicios morales con cierta pretensión de objetividad. De la misma forma, el constructivismo sería consistente para afrontar el «hecho del pluralismo» que caracteriza a las sociedades actuales.

Asumir la metaética de signo discursivo para el Derecho sería relevante porque cuestiona, a decir del autor, que podamos discutir si existen o no relaciones necesarias entre Derecho y moral. El constructivismo ético vendría a cuestionar el marcado dualismo moral social/moral crítica que hace que el Derecho pueda ser considerado —o suele ser considerado por la tesis positivista de las fuentes sociales— como una variedad de moral social. Además, el constructivismo disolvería «la idea ampliamente extendida de que el Derecho es obra o producto de la voluntad de los hombres por oposición a la moral considerada como un criterio de evaluación independiente de la voluntad de los hombres» (pág. 39). La consecuencia más trascendente es que la moral dejaría de ser un orden meramente interno y el Derecho uno meramente externo. En otras palabras: que en alguna medida innegable la moral se ha juridificado y el Derecho se ha moralizado. Más que un ataque frontal a la tesis positivista de la distinción conceptual entre Derecho y moral, este hecho probaría de forma contundente que resulta difícil sostener los términos de la propia disputa; es decir, la contraposición positivismo/jusnaturalismo.

Una vez constatado lo anterior, líneas adelante el autor se ocupa de reconstruir las implicaciones que todo ello tendría para los ordenamientos jurídicos que gravitan en torno a la idea de imperio o fuerza normativa de la Constitución, precisamente porque en ellos resultaría fácil advertir que la moralización del Derecho y juridificación de la moral se ha producido. Siguiendo de cerca las ideas de R. Guastini describe el proceso de constitucionalización del ordenamiento y las consecuencias que se derivan tanto para la teoría de las normas jurídicas, de la interpretación jurídica de la división de poderes. Esto es importante, pues el neoconstitucionalismo se presenta para el autor como teoría y paradigma. Como teoría, sería aquella teoría del Derecho «cuyo objeto de estudio predilecto son los ordenamientos jurídicos constitucionalizados». Como paradigma, sería el paradigma del Estado constitucional de Derecho «con vocación totalizadora que implica aspectos metodológicos, descriptivos y prescriptivos» (pág. 60).

La inclinación por este objeto de estudio aproxima tanto en materia como en objetivos a filósofos del Derecho con alguna vocación dogmática y a constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho (tal y como puede verse, por ejemplo, en *Il Diritto Mite* de G. Zagrebelsky). De ahí que la filosofía del Derecho dejaría de ser una actividad meramente especulativa o que se agote en sí misma. En lugar de una perspectiva aséptica, externa, universalista o de «observador», el neoconstitucionalismo ofrece una teoría comprometida, interna, particularista y de «participante». Una teoría en la que, por lo demás, la teoría de la argumentación jurídica y, con ella, el juez ocuparán un lugar central. *La ventana abierta a la moralidad en el Estado constitucional*, que puede apreciarse en los ordenamientos jurídicos concretos donde se esté desarrollando dicho proceso de constitucionalización, es la causa y daría soporte a tales transiciones. Muy por el contrario, la reticencia o negación de dicha moralidad tanto de legalistas como de

realistas jurídicos llevaría aparejada la pérdida de capacidad explicativa de sus respectivas teorías.

El núcleo de la obra de García Figueroa y en general del paradigma neoconstitucionalista está basado, más que en el añejo argumento de la injusticia, en el argumento de los principios. Los principios, con sus respectivas «épicas», están en el corazón del aparato teórico, conceptual y, en otros casos, jurisprudencial que sostiene dicho ideario. Como se sabe, el argumento viene a señalar que, dada su peculiar estructura y contenido, los principios son el vehículo por el cual la moral incide en el Derecho, la prueba irrefutable de que el positivismo jurídico —como quiera que se entienda— ha sido superado. Quizá el punto en el que puede observarse de forma más clara es en la reformulación que ellos imprimen a los criterios para determinar la validez jurídica. Ahora, se dice, el test para determinar si una norma pertenece al ordenamiento, no podrá consistir exclusivamente en hechos sociales o referirse sólo a ellos. Los principios nos abocarían a integrar contenidos materiales para determinar la existencia o contenido del Derecho en distintos grados.

En *La épica de los principios en la política: triunfos*, el profesor de Castilla-La Mancha se pregunta si acaso las distintas metáforas al uso sobre las normas de derechos fundamentales reflejen un aire de rigidez que no encaja del todo bien con su pretendida maleabilidad. En efecto, de las normas principiales por excelencia, los derechos fundamentales, se ha predicado su carácter de «triunfos frente a las mayorías», de «cortafuegos» instalados en «cotos vedados» o en «esferas de lo indecible» que les privaría, precisamente, de su ductilidad. Estas posibles paradojas, además de preparar el terreno para la tesis más fuerte de su teoría, sirven al autor para pronunciarse sobre algunos de los problemas que los principios plantean en el ámbito institucional. Por un lado, se ha dicho que con tal flexibilidad los derechos corren el riesgo de perder su carácter deontológico. Se trata de la crítica formulada por J. Habermas a la teoría axiológica —que, con matices, habitualmente se reconduce a la de los principios— desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Por otro, se ha insistido que ello también provocaría un inevitable desequilibrio institucional, puesto que los derechos fundamentales anularían por completo el margen de actuación del legislador y el principio democrático. Esta crítica, formulada por E. Forsthoff, consistente en la idea de Constitución como «huevo jurídico originario», capaz de disolver el proceso político, pone de relieve que, de seguirse en la profundización de este paradigma, el tránsito hacia un Estado jurisdiccional sería incontenible.

No obstante lo anterior, García Figueroa alcanza a vislumbrar en ambas críticas algún ámbito de oportunidad y réplica. En primer lugar, porque cree que la deontología flexible de los derechos fundamentales resulta menos artificiosa, en el sentido de que así considerados se está en mejores condiciones de afrontar los problemas reales de su aplicación (de ahí su predilección por una teoría externa de los límites de los derechos). En segundo lugar, las tensiones que surgen entre derechos-democracia/juez-legislador pueden matizarse a través de la tesis de la distinta naturaleza de la legitimación que reside en cada órgano, argumentativa y democrática respectivamente, en los términos propuestos por R. Alexy (pág. 116). Finalmente, la flexibilidad de los principios también

haría posible que, en contextos pluralistas, pueda desarrollarse la que él denomina como «axiología de ideales»; es decir, haría posible que la dimensión valorativa e ideal que los derechos poseen se despliegue de manera adecuada.

Tal y como adelanté, quizá la parte más comprometida de CM sea el cuarto apartado donde el autor desarrolla a detalle su concepción de los principios. En *La épica de los principios en el Derecho: derrotas*, García Figueroa afirma que sostener que «la norma jusfundamental N es un principio» equivale a decir que «la norma jusfundamental N es derrotable» (pág. 133). Que una norma sea derrotable significa que «la norma N puede verse inaplicada y debe serlo si y sólo si surgen nuevas excepciones justificadas y que quizá no fueron previstas *ex ante*». La derrotabilidad se presenta como una *propiedad disposicional*: ésta ocurrirá, o se manifestará, cuando y sólo cuando concorra el hecho de la condición de su manifestación. Ello las diferencia de otro tipo de propiedades —las categóricas— que sí pueden verificarse en cada momento (pág. 137). La derrotabilidad generalizada de las normas jurídicas es el rasgo esencial en el que converge la propuesta neoconstitucionalista del autor y en la que basa su tesis más fuerte: el debilitamiento de la distinción reglas/principios al grado de cuestionar la posibilidad de existencia, no ya de los principios sino de las reglas tal y como las conocemos en el Estado constitucional.

De tomarse en serio la concepción holista del ordenamiento jurídico propugnada por el «efecto de irradiación», las normas jusfundamentales por su ubicuidad funcionarían como una especie de caballo de troya que haría difícil sostener cualquier tipo de distinción reglas/principios en los Estados constitucionales. Aún más, ello nos abocaría irremediablemente a cuestionarnos la posibilidad de que existan reglas, puesto que, según el autor, no sería posible «combinar la optimización de los derechos fundamentales con su ubicuidad y seguir manteniendo la existencia de reglas» (pág. 145). Me parece que este argumento —que podríamos llamar con F. Laporta del «mundo sin reglas»— aparta CM de otras teorías que aceptan la existencia de reglas y principios en los ordenamientos constitucionalizados. De la misma forma, y si se es consecuente con las bases éticas de la derrotabilidad entendida como «aspiración a la optimización moral del ordenamiento jurídico» (pág. 162), la viabilidad de cualquier tipo de positivismo jurídico —toda vez que se asumió la tesis de unidad del razonamiento práctico— se disuelve.

El dilema del positivismo jurídico es que tanto en su versión normativa, que propugna que «debemos ser positivistas por razones morales» (pág. 175), como en su versión no-normativa, que pretende reconstruir el concepto de Derecho y los ordenamientos jurídicos «aislados de toda interferencia» (pág. 178) deviene problemático y deficitario. En el primero de los casos, el positivismo normativo se muestra performativamente incoherente, además de convertirse en una estrategia frustrante, e incluso contraproducente (pág. 181 y ss.). En el segundo, el positivismo no-normativo en su afán de pureza metodológica y de aproximar el objeto de estudio a ideales compartidos por los demás científicos, quedó desfasado en la actualidad: «nos explica pocas cosas a cambio de hacerlo *con más rigor*». En definitiva, que tiene poco que decir.

Pero no sólo el positivismo ha devenido problemático. García Figueroa se pregunta si acaso los distintos ajustes o desacuerdos en la teoría del Derecho de los últimos años

se deben a que el paradigma positivismo/jusnaturalismo en la que se desenvolvía ha sido trastocado por la impronta moral y argumentativa presente en los ordenamientos constitucionalizados. Asumir o no todas las implicaciones que se derivan de la aproximación interpretativa del Derecho —fundamentalmente la integración del razonamiento jurídico al razonamiento práctico general—, es lo que distinguiría a un «neoconstitucionalista conceptual» de otro que lo fuese aun siendo positivista o a su pesar. En este último caso, se encontrarían, a decir de García Figueroa, «neoconstitucionalistas normativos» como L. Ferrajoli o L. Prieto (pág. 245).

En tales condiciones, no resultaría difícil advertir para un neoconstitucionalista consecuente, como el autor de CM, varios *Elementos para un programa neoconstitucionalista*. Entre ellos se encontrarían una teoría menos esencialista y más pragmática; menos objetualista y más interpretativa; una teoría menos sistemática y más problemática. Aún más: si realmente se pretende escapar de la dialéctica positivismo/jusnaturalismo el neoconstitucionalismo deberá comprometerse, al menos, con una concepción argumentativa y dinámica del Derecho; deberá disolver el dualismo Derecho/moral a favor de un gradualismo que contemple el discurso práctico como un *continuum* y, finalmente, deberá evitar plantearse preguntas confudentes (v. gr., ¿qué es el Derecho?) entre otras cosas porque no existe una entidad platónica como *el* Derecho (pág. 257). En definitiva, la fuerza de su nueva apuesta teórica radicaría en su atención al fenómeno concreto del Derecho constitucionalizado, en su énfasis y justificación por la ponderación judicial y el papel de los jueces en el Estado constitucional (pág. 259).

Tal y como pudo advertir ya el lector, resulta complicado formular alguna observación a esta obra, basada, insisto, en un aparato teórico sofisticado y riguroso. No obstante, me parece que de entre las eventuales críticas podrían destacarse las siguientes: *a)* cuestionar la posibilidad «real» del acuerdo moral vía constructivismo ético, y *b)* preguntarse si alcanza, o no, a salir del paradigma positivismo/jusnaturalismo. En el primer caso, podría decirse que de no lograr el constructivismo ético su cometido, corre el riesgo de que gran parte de su edificio pueda venirse abajo. De ahí que seguir preguntándonos si la ética procedimentalista puede lograr, en condiciones reales, los resultados que pretende quizás no sea una mala idea. En segundo lugar, no puede ocultarse que CM tiene cierto parecido de familia con algunas propuestas de corte jusnaturalista. No sorprendería que puedan imputársele las objeciones tradicionalmente formuladas a aquéllas, sobre todo porque la *deixis ética* de principios y su idea de *optimización moral*, adquieren en su obra un carácter omnicomprendivo. Asimismo, no puede pasar desapercibido que hay en CM cierta negación del rostro autoritativo del Derecho: cuando se cuestiona la existencia de las reglas quizá se corre el riesgo de sustraer al discurso jurídico del elemento clave para que pueda cumplir su función de control social institucionalizado.

Sea como fuere, CM parece una seria candidata a formar parte de las obras selectas del tema, porque, además de utilizar con valentía la gramática con la que suelen trabajar los filósofos del Derecho, termina ofreciendo una «guía de uso» original y avanzando propuestas de solución a varios de los problemas más significativos en el marco del Estado constitucional. Que queramos o no hacer uso de todo su argumentario e implicaciones, es otra cuestión. He de confesar, finalmente, que me cuesta trabajo mirar con

indulgencia su «apostasía de la fe positivista» (pág. 14). Por el contrario, creo que es de agradecer a Alfonso García Figueroa este magnífico ejercicio académico y de honestidad intelectual. Seguramente no habrá de pasar mucho tiempo para que tengamos alguna noticia de su impacto, para ver a sus *Criaturas* dándole muchas satisfacciones o algún que otro dolor de cabeza.

Francisco M. Mora Sifuentes
Universidad de Guanajuato, México