

Alfonso García Figueroa*

134 La revancha neoconstitucionalista de Grecia contra Roma

Notas sobre la inviabilidad de las reglas en el Estado constitucional

1. Hacia una “filosofía jurídica aplicada”¹

“Ayer los códigos; hoy las Constituciones. La revancha de Grecia contra Roma” (Barroso 2008: 40). En un libro reciente dedicado al neoconstitucionalismo, el jurista brasileño Luis Roberto Barroso recurría a estos sintagmas² como quien busca condensar en un solo epígrafe el clima espiritual que envuelve a los juristas de nuestra época. Desde luego, esas palabras pueden interpretarse de muchas maneras, pero en todo caso parecen el reflejo de una buena intuición si identificamos a Roma con la patria de los juristas y a Grecia con la patria de los filósofos; a Roma con la patria del Derecho y a Grecia con la patria de la virtud. Ciertamente requerirían alguna cautela si identificamos a Roma con la patria de cierto casuismo, pero hay en todo caso algo especialmente revelador en esas palabras cuando contemplamos la aproximación al Derecho que promueve el llamado neoconstitucionalismo: Si la filosófica Grecia no conoció una clara decantación de los diversos sistemas normativos, pues Derecho, política, religión e incluso leyes de la naturaleza quedaban imbricados inescindiblemente en un único orden normativo al que quedaba sometido el ciudadano; en Roma el Derecho se nos revela más bien como una técnica diferenciada y sobresaliente al servicio de todo un Imperio. Allí nace propiamente la figura del jurista, del especialista en Derecho.

* Universidad de Castilla-La Mancha (España)

1 Esta expresión es de Eduardo Moreira (2008: 17).

2 Previamente ensamblados por Eros Roberto Grau a partir de una cita de Paulo Benavides, según nos informa Barroso (íbid. nota 64).



“Es habitual contemplar la norma que protege la dignidad humana como una regla inderrotable. Sin embargo, creo que no es correcto considerar ni siquiera esta norma como una norma inderrotable. Creo que todas las normas son derrotables por razones prácticas, aunque el grado de esa derrotabilidad puede variar.”

Contemplar en esta singularidad romana un antecedente del positivismo jurídico tal y como se ha manifestado modernamente quizá sea demasiado arriesgado. Seguramente no lo sea interpretar en el nacimiento de la figura del jurista el primer gran anuncio de toda una ideología basada en la fragmentación del discurso práctico, en la idea de que el Derecho es algo esencialmente distinto del resto de las normas que nos rigen y que la argumentación jurídica es algo esencialmente distinto de la argumentación moral. Y ello porque, como escribió Judith Shklar (y es difícil decirlo más certeramente), el “legalismo es, sobre todo, el aspecto operativo de la profesión legal” (Shklar 1968: 22).

Desde este punto de vista, el sensible desplazamiento del centro del sistema de fuentes que viene sufriendo la Ley en beneficio de la Constitución y en general la constitucionalización del Derecho (vid. Carbonell 2003) son fenómenos que han contribuido a revertir ese proceso de “fragmentación del discurso práctico”³ en dos aspectos relevantes para nosotros. Primero, la aplicación del Derecho que alienta la Constitución se halla determinada de forma inmediata e ineludible por las exigencias del razonamiento práctico general, lo que significa que la fragmentación del discurso práctico a la que contribuye el legalismo es puesta en tela de juicio. Segundo, ello supone volver nuestra mirada a la reflexión filosófica y supone seguramente revalorizar la virtud del aplicador del Derecho. El discurso jurídico se torna más filosófico y la tarea del jurista se *desespecializa*, por así decir. Quizá sea ésta la más vigorosa revancha de Grecia contra Roma.

El reconocimiento de las particularidades del Estado constitucional ha servido para comprobar, así pues, que no podemos argumentar jurídicamente sin argumentar constitucionalmente porque toda norma jurídica queda sometida al llamado “efecto de irradiación” (*Austrahlungswirkung*) de las normas cons-

titucionales, y que no podemos argumentar constitucionalmente sin argumentar moralmente, porque en especial las normas jusfundamentales presentan un intenso contenido axiológico. En efecto, para hablar jurídicamente de igualdad, libertad o dignidad, tenemos que formular juicios morales⁴. La conclusión final se expresa en la llamada “tesis del caso especial” (Sonderfallthese): el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general (e.g. Alexy 1999). Bajo este presupuesto, un buen jurista ya no puede ser simplemente un buen técnico. Probablemente debería ser (quizá siempre lo fue) un buen filósofo del Derecho, de la moral y de la política en alguna medida (vid. Dworkin 2007).

Sin embargo, aquí la razonable Grecia topa con la resistencia de la poderosa Roma, es decir: la resistencia de los juristas de la dogmática tradicional más comprometidos con la ideología jurídica del legalismo, con la teoría de la interpretación del formalismo y con la teoría del Derecho del positivismo. La experiencia nos dice que, al menos en España, estos autores no rechazan los argumentos de la filosofía jurídica por su falta de altura. Lo que suelen pensar (probablemente llevados por una suerte de empirismo idiosincrásico para nada ingenuo) es más bien que a la filosofía jurídica le sobra altura. Como el albatros con que Baudelaire comparaba la condición maldita del poeta (elegante en las alturas, pero cómico en sus aterrizajes a trompicones sobre la dura realidad), así el filósofo del Derecho –parece pensar el dogmático– resulta torpe y hasta cómico en la práctica del Derecho, cuando desciende desde el cielo de sus conceptos.

A pesar de todo y en la medida en que contribuye a identificar las transformaciones del Derecho y de su aplicación, la filosofía jurídica neoconstitucionalista se está revelando como una teoría óptima para revisar estos prejuicios divisionistas tanto a la hora

3 La expresión de Nino recorre su trabajo Nino 1994.

4 Para una ilustración de este proceso, permítaseme una remisión a García Figueroa 2007: 348 ss.

de aplicar el Derecho como a la hora de formar a los juristas. Desde el punto de vista del neoconstitucionalismo más consecuente, que cabe reconocer a grandes rasgos en las propuestas seminales de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos S. Nino, parece claro que el modelo formalista que obedece a una visión legalista del Derecho está quedando una vez más en entredicho, pese a las tentativas de recuperación propuesta por algunos nostálgicos (Laporta 2007; Campbell 1996).

Concretamente existen dos aspectos en que el neoconstitucionalismo cuestiona los usos formalistas y positivistas. Por un lado, subraya el papel de la ponderación judicial de principios jusfundamentales frente a la reducción de la aplicación del Derecho a la subsunción de reglas. De otro, el neoconstitucionalismo cuestiona la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, cuando destaca la inescindible imbricación del razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general. Cuando contemplamos en su conjunto el antiformalismo y el antipositivismo implícito en las tesis neoconstitucionalistas⁵, resulta fácil advertir el aire epigónico que cobra el neoconstitucionalismo en relación con el llamado argumento de los principios y ello porque tanto en uno como en otro argumentario el análisis de una categoría normativa (la de los principios asociados a los derechos constitucionales) desemboca en una revisión de nuestra concepción del Derecho. La investigación de la naturaleza de los derechos es el común camino que el argumento de los principios y el neoconstitucionalismo recorren para desentrañar la naturaleza del Derecho. Veámoslo más detenidamente.

136

2. El argumento de los principios. Reglas, principios y derrotabilidad

Por seguir con otra gran síntesis de nuestro tiempo, Ralph Dreier condensa en dos los grandes argumentos contra el positivismo del siglo XX: el argumento de la injusticia y el argumento de los principios (Dreier 1991). El argumento de la injusticia se halla contenido en la clásica fórmula de Radbruch (1946: 107; 1990: vol. III, 89) que, invocada en los juicios de Nuremberg, afirma que cuando las normas de un ordenamiento son extremadamente injustas no pueden ser jurídicamente válidas. Más interesante por su virtualidad actual merece ahora para nosotros el argumento de los principios, respecto del cual el neoconstitucionalismo presenta, en efecto, un aire epigónico.

El argumento de los principios viene a sostener que, si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Es decir, si existen principios en el Derecho, entonces el positivismo jurídico es una teoría del Derecho inviable. La plausibilidad de esta tesis se halla condicionada por la respuesta que demos a dos cuestiones por lo menos. La primera es puramente conceptual: ¿qué es un principio? (por oposición a una regla y ello si admitimos el supuesto de que sea posible distinguir ambos tipos de normas de algún modo). La segunda se refiere al alcance de la tesis: ¿La presencia de principios demuestra la vinculación entre Derecho y moral en general o sólo entre el Derecho constitucionalizado basado en principios y la moral? De esta segunda pregunta no me ocuparé aquí, aunque espero que el lector reconocerá implícitamente una posición de corte pragmatista y escéptica ante la obsesión por desarrollar conceptos de Derecho que presupongan una esencia universal predicable de todos aquellos sistemas normativos que en un plano preteórico hemos designado habitualmente con el término “Derecho”. Ese esencialismo, tan cuestionable por lo demás, se percibe en las palabras con que Kelsen abre su *Teoría pura* cuando dice:

“La teoría pura del derecho constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales (Kelsen 1960: 15; cursivas mías)”

No es éste el momento para detenerme en esta cuestión y espero que bastará manifestar algo dogmáticamente que el mero intento de desarrollar teorías generales que presuponen un concepto universal e intemporal de Derecho resulta excesivamente ambicioso y distorsionador. Ello es particularmente evidente cuando contemplamos cómo el modelo de Derecho del Estado constitucional presenta una fuerza expansiva que lo está universalizando convirtiendo en marginales los contraejemplos usualmente invocados por los positivistas para subrayar la invalidez de las propuestas antipositivistas (Derecho primitivo, Derecho nacionalsocialista, etc.). Por eso, aquí me interesa responder, sobre todo, a la primera cuestión y sus consecuencias sobre nuestra imagen del Derecho y sobre nuestra forma de aplicarlo: ¿qué es un principio? Esclarecer el significado y el alcance de esta categoría creo que nos puede permitir resolver

⁵ Es necesario indicar al lector menos familiarizado con toda esta discusión que el neoconstitucionalismo es un movimiento muy plural y aquí me adhiero a la versión que me parece más consecuente y que articula un antiformalismo basado en el énfasis sobre los principios y la ponderación en el Estado constitucional con un antipositivismo basado en la idea de la unidad del razonamiento práctico. Como ya he sugerido más arriba, estos dos ingredientes figuran en el arsenal argumentativo de Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos S. Nino. Existen, sin embargo, sedicentes neoconstitucionalistas que son antiformalistas, pero no antipositivistas, como Luis Prieto y neoconstitucionalistas que no son ni antiformalistas ni antipositivistas como Luigi Ferrajoli. Permítaseme una remisión a García Figueroa 2009 para una aclaración de mi postura al respecto.

algunas confusiones y de paso revelar lo infundado de algún prejuicio. Concretamente, desearía referirme a un par de ideas relativamente extendidas que creo infundadas y que se articulan alrededor de la categoría de principio.

La primera consiste en la creencia de que es posible sostener la existencia de reglas en el ordenamiento jurídico de un Estado constitucional. En una primera instancia, intentaré ilustrar con un sencillo ejemplo del tráfico diario que la identificación de los principios con las disposiciones constitucionales y la identificación de las reglas con las normas infraconstitucionales ha inducido en el discurso justiciero una imagen distorsionada de la realidad del Derecho en un Estado constitucional. Es obvio que no todas las normas constitucionales son principios ni todas las normas infraconstitucionales son reglas, pero también es cierto (aunque menos obvio) que en realidad ello es así porque resulta imposible bajo un Estado constitucional mantener las diversas normas del ordenamiento en compartimentos estancos. La Constitución presenta una fuerza impregnadora de todas las normas que condiciona su modo de aplicación y ello supone que las modifica, por así decir, ontológicamente. En un plano profundo, no existen, por tanto, reglas y principios, sino más bien normas que aparentemente suelen funcionar como reglas y otras que aparentemente suelen funcionar como principios. Sin embargo, en un Estado constitucional toda norma, tenga la estructura que tenga, debe estar dispuesta a ser excepcionada por principios constitucionales que puedan excluir su aplicación meramente subsuntiva. Desde este punto de vista, toda norma puede llegar a involucrar la aplicación de un principio. Toda norma puede verse involucrada en una actividad de ponderación y lo que distingue a una norma principal es que sea susceptible de ponderación. Que suela ser aplicada de uno u otro modo no es lo esencial. Lo esencial es que toda norma tiene la disposición a ser desplazada por un principio constitucional (e.g. García Figueroa 2003: 221 s. y 2009).

En segundo lugar, desearía referirme a un caso real acaecido en España en materia de transplantes de órganos con el fin de insistir sobre la inadecuación de la categoría de regla (y de principio en la medida en que se lo defina como categoría autónoma al contraste con las reglas) para describir ciertas normas del ordenamiento aparentemente inderrotables, i.e. aparentemente excluidas de cualquier posible excepción no prevista *ex ante* (de la aparición de la nueva excepción).

Por otra parte, me parece que, del mismo modo que en rigor no existen reglas infraconstitucionales, a *fortiori* no existen reglas constitucionales. El caso paradigmático sobre el que desearía formular una breve alusión es el de la dignidad humana. Es habitual contemplar la norma que protege la dignidad humana como una regla inderrotable. Sin embargo,

creo que no es correcto considerar ni siquiera esta norma como una norma inderrotable. Creo que todas las normas son derrotables por razones prácticas, aunque el grado de esa derrotabilidad puede variar.

2.1 ¿Principios constitucionales y reglas infraconstitucionales?

Una primera idea muy extendida consiste en dar por descontado algo apresuradamente que las normas constitucionales son principios y que las normas infraconstitucionales son reglas. No digo que los defensores de la distinción fuerte entre reglas y principios establezcan esta identidad de modo absoluto. Lo que digo, más bien, es que el reiterado énfasis sobre el carácter prevalentemente principal de las normas constitucionales y sobre el carácter prevalentemente de regla de las normas infraconstitucionales tiende a fundar un cierto prejuicio a favor de una distinción fuerte entre ambas categorías que resulta distorsionador del ordenamiento jurídico porque lo divide en dos mundos incomunicados: el de los principios constitucionales y el de las reglas infraconstitucionales. Este resultado es contraproducente para la propia viabilidad del argumento de los principios. La distinción regla/principio nació con el propósito de explicar mejor cómo funciona el Derecho de los Estados constitucionales, pero sostenerla en un sentido fuerte (creyendo que todas las normas del ordenamiento pertenecen a una u otra clase de forma mutuamente excluyente) constituye una forma de desvirtuar precisamente el Derecho de un Estado constitucional. Y ello porque lo propio del Derecho del Estado constitucional consiste precisamente en que no pueden existir propiamente reglas en sus dominios. Si alguna norma quedara al margen de toda posible deliberación. Si alguna norma no pudiera ser ponderada, si alguna norma quedara fuera del alcance de la labor de ponderación asociada a la aplicación de normas constitucionales; entonces existirían normas preservadas del “efecto de irradiación” (Ausstrahlungswirkung) o de la “impregnación” que afecta a las normas infraconstitucionales y ya no estaríamos ante el Derecho de un Estado constitucional, sino ante otra cosa. Vayamos a nuestro primer ejemplo.

Imaginemos que estamos conduciendo nuestro coche y seguimos fielmente las señales de tráfico. Una primera señal (figura núm. 1) nos prohíbe circular a más de noventa kilómetros por hora. A cualquiera le parece claro lo que esa señal quiere decir. Responde a un tipo de norma que casi cualquiera identificaría con lo que la teoría del Derecho al uso llama “regla”. Este tipo de normas en realidad dividen el universo de casos en dos partes claramente distintas: la de los coches que circulan a más de 90 kilómetros por hora en ese tramo y los que circulan a igual o inferior velocidad a 90 kilómetros por hora. Esta norma es fácil de aplicar. Sólo tenemos que conocer un dato

empírico para poder calificar la acción de circular con un vehículo por ese lugar como deónticamente prohibida o permitida: la velocidad. La regla se aplica a la manera “todo o nada” (Dworkin 1984: 139), de modo que aplicamos las reglas como circulamos sobre los carriles de un tren. Sólo podemos seguirlos estrictamente o bien descarrilar, por usar una imagen de Aarnio (1997: 17). Bien pensado, cuando circulamos sobre los raíles de un tren tampoco tenemos necesidad alguna de tomar decisiones a la hora de trazar nuestro camino. La exclusión de la deliberación parece, análogamente, un rasgo propio de la aplicación de las reglas. El *dictum* “*da mihi factum, dabo tibi jus*” es expresivo del automatismo implícito en la forma de aplicar las reglas.

Unos kilómetros más adelante encuentro una segunda señal (figura núm. 2). Se trata de una señal que me advierte de la incorporación de otros vehículos por la derecha.

figura 1.



Un ejemplo de regla

figura 2.



Un ejemplo de principio

ble (fáctica y jurídicamente) una *óptima* incorporación de los vehículos por nuestra derecha. A cambio de la indeterminación de la acción y del margen de discrecionalidad que ella abre, tenemos la carga de *optimizar* y ello supone sumergirnos en una deliberación práctica.

La diferencia entre la regla (mandato de determinación) que prohíbe superar los 90 kilómetros por hora y el principio (mandato de optimización) que ordena facilitar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible la incorporación de vehículos parece en principio razonable. Desde luego, todos tenemos la sensación de que el ordenamiento está poblado por esos dos tipos de normas. Las que nos dicen muy precisamente qué debo hacer (no rebasar los 90 kilómetros a la hora) y las que sólo nos indican un ideal al que debemos aproximarnos (la *óptima* incorporación de vehículos *según las circunstancias*). Las que excluyen de algún modo la deliberación⁶ y las que no la excluyen. Parece evidente que no es necesario ascender a la Constitución para recabar un ejemplo de principio. Prueba de ello es que habría bastado con acudir a principios relativos a la buena fe, el abuso de Derecho, el orden público o la diligencia del buen padre de familia para conseguir el mismo efecto ilustrativo a partir de normas infraconstitucionales.

Sin embargo, las normas jusfundamentales de la Constitución han sido consideradas típicamente *principios*, es decir, normas con una estructura y un funcionamiento singulares que los distinguen de las normas infraconstitucionales normalmente reconocidas más bien como reglas. No existe acuerdo entre los autores acerca de lo que signifique precisamente predicar de una norma carácter principial. Se ha dicho -por citar algunas opiniones conocidas- que, frente a las reglas, estas normas presentan una “dimensión de peso” (Dworkin 1984: 72 ss.), que son “mandatos de optimización” (Alexy 1993: 86) o que sus condiciones de aplicación están configuradas de forma “abierta” (Atienza/Ruiz Manero 1996). En cualquier caso, la asunción de la distinción entre reglas y principios suele ser parasitaria finalmente de la distinción en sede de aplicación del Derecho entre subsunción y ponderación. Reconocemos las reglas porque se *subsumen* y los principios porque se *ponderan*. Como ya he sugerido, la distinción entre reglas y principios es una distinción más funcional que ontológica: las reglas son (aplicadas como) mandatos de determinación y los principios son (aplicados como) mandatos de optimización. Explicar por qué algunas normas se aplican de un modo y otras de otro es la clave. En la discusión reciente, una categoría parece haberse subrogado en el lugar de la de los principios. Se trata de las normas *derrotables*, aunque de ello me ocuparé algo más adelante.

Esta señal cumple varias funciones. Nos advierte de un peligro (la próxima incorporación a nuestra vía de vehículos por la derecha); nos informa de un derecho (la prioridad de paso sobre esos vehículos), pero sobre todo (y he aquí lo interesante), creo que cabe interpretar que nos formula lo que Robert Alexy denominaría un “mandato de optimización”. Nos dice que debemos facilitar en la medida de lo jurídica y fácticamente posible la incorporación de esos vehículos, tal y como se desprende del tenor del artículo 73.1 del Reglamento General de Circulación:

Con independencia de la obligación de los conductores de los vehículos que se incorporen a la circulación de cumplir las prescripciones del artículo anterior, los demás conductores facilitarán, en la medida de lo posible, dicha maniobra, especialmente si se trata de un vehículo de transporte colectivo de viajeros, que pretende incorporarse a la circulación desde una parada señalizada (artículo 27 del texto articulado).

Ello implica que el conductor que goza de prioridad deberá tener en cuenta las diversas circunstancias del caso para poder decidir en qué medida facilitar la incorporación del vehículo que se aproxima por nuestra derecha a pesar de gozar de un derecho de preferencia sobre él. La señal no nos dice propiamente qué hacer (no es un “mandato de determinación”), sino sólo que debemos conseguir en la medida posi-

6 O una justificación “externa” o de “segundo orden” por usar expresiones de uso habitual en la teoría de la argumentación jurídica (vid. GARCÍA FIGUEROA 2005: 157 ss.).

Nuestro ejemplo de la señal que nos ordena facilitar en la medida de lo posible la incorporación de vehículos por nuestra derecha demuestra que la consideración de las normas constitucionales como principios y de las infraconstitucionales como reglas es una de esas generalizaciones contundentes. Creo que la distinción reglas/principios responde a una intuición que podemos tener pragmáticamente, pero cuyo alcance conceptual conviene corregir por el propio bien de la teoría a la que esta distinción pretende satisfacer. Existen normas infraconstitucionales (como la que nos obliga a facilitar la incorporación de los vehículos sobre los que tenemos preferencia de paso) cuya aplicación exige una *inmediata* labor ponderativa de intereses en juego, pero también existen normas infraconstitucionales (como la que nos prohíbe rebasar los noventa por hora en un tramo) cuya aplicación exige una *mediata* labor ponderativa que deriva de la consideración al menos cautelara y a veces efectiva de su interacción con otras normas del sistema jurídico que incorporen una labor ponderativa. Imaginemos, por ejemplo, que debemos superar esa velocidad para proteger un bien superior. Desde este punto de vista, excluir de esa norma toda dimensión argumentativa, deliberativa parece inadecuado. Lo característico de un Estado constitucional es precisamente que no puede haber normas sustraídas de la *posibilidad* de ser exceptuadas por una norma constitucional y si ello es así y las normas constitucionales pueden ser ponderadas, entonces la ponderación no puede ser excluida *ex ante* de la aplicación de las reglas (presuntas reglas desde el momento en que toda norma puede ser aplicada como se aplican los principios).

En suma, al menos en un Estado constitucional toda norma jurídica (regla infraconstitucional o principio constitucional) es mediata o inmediatamente derrotable. Viendo que la jerarquía (constitucional o infraconstitucional) no es definitoria de la categoría de principio (norma derrotable), apreciamos mejor que de lo que se trata es del grado de intervención razonable que exigirá su aplicación. No estamos hablando tanto de una propiedad estructural sino material y no estamos hablando de una propiedad que se dé o no se dé a la manera de todo o nada. La condición principal de las normas deriva de la carga *axiológica* que todas las normas del ordenamiento soportan *en algún grado* por el mero hecho de inscribirse en un ordenamiento jurídico constitucionalizado. No puede haber *reglas* en un ordenamiento constitucionalizado, porque no puede haber normas desprovistas de este elemento axiológico en un Estado constitucional.

A continuación desearía insistir sobre la imposibilidad de reducir a reglas ni las reglas infraconstitucionales habitualmente consideradas como tales ni ciertos principios constitucionales cuya importancia ha llevado a los autores a convertirlos en reglas constitucionales.

2.2 Inderrotabilidades aparentes: dignidad y menores de edad

Muchos contemplan nuestros derechos como criaturas en formol, preservadas de toda acción exterior, inmunes a todo cambio. Lo difundido de esta creencia no debe sorprendernos: la jerga constitucional nos tiene acostumbrados a la invocación de derechos inalienables, intangibles, innegociables, irrenunciables, inviolables y sacros; y la jerga jusfilosófica los contempla por su parte como “triumfos” (Dworkin 1984: 37) que pueblan una “esfera de lo indecible” (Ferrajoli 2007: 822) o un “coto vedado” (Garzón 1993: 645) cuyos límites a la voracidad estatal deben preservarse mediante “cortafuegos” (Habermas 1998: 332).

Sin embargo y por más importantes que nuestros derechos nos parezcan, esta sacralidad jusfundamental (no necesariamente teológica, pero seguramente *so-brevenida* a ella) impone una concepción demasiado estática y rígida del discurso moral, que resulta artificiosa sin aportar más rigor ni progreso moral. Como es habitual, el caso alemán es muy significativo a este respecto. En Alemania es de mala nota no sólo discrepar del carácter absoluto del principio de la inviolabilidad de la dignidad humana contenido en el art. 1 inciso 1 de la *Grundgesetz*. El mero planteamiento de la cuestión es contemplado con recelo hasta convertirse en un tabú (Teifke 2006: 142, nota 1). A mí me parece que el fuerte emotivismo que impregna el contexto alemán es sobre todo un indicio de la inestabilidad de sus fundamentos y un estímulo para su cuestionamiento. A la hora de reconstruir este tipo de categorías jurídicas debería alcanzarse un equilibrio que permitiera preservar la importancia sustantiva de esas normas sin caer en sublimaciones. Desde mi punto de vista, esto significa reconocer que incluso la dignidad humana constituye un principio y no una regla (por aferrarnos a la terminología al uso) en el sentido de que también es derrotable la norma que afirma que la dignidad humana es inviolable. La razón consiste en que la derrotabilidad es una propiedad necesaria de todos nuestros juicios morales, porque es una exigencia de la razón práctica que podamos revisar el contenido de toda regla ante la imprevisibilidad del futuro. Toda norma debe quedar abierta a su posible revisión por puras razones prácticas. Dado que entrar en el problema de la dignidad nos podría llevar muy lejos y necesitaría algo más de extensión para fijar mi posición, a continuación desearía referirme a un sencillo ejemplo de una regla infraconstitucional aparentemente inderrotable que se ha demostrado derrotable y ello con el fin de mostrar brevemente lo que quiero decir.

Hace unos meses, una niña sevillana gravemente enferma, Noara, necesitaba con urgencia un trasplante de hígado. Como este tipo de trasplantes sólo requieren parte del hígado del donante, es posible

extraer esa parte del órgano de un donante vivo. Felizmente, la propia madre de Noara resultó ser una donante idónea. Sin embargo, existía un impedimento legal: La madre era menor de edad. Como, entre otras normas, el artículo 4 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplantes de órganos dispone como condición *aparentemente* inderrotable en estos casos que el donante vivo sea mayor de edad, en principio no era posible que Noara recibiera la donación de su propia madre, también menor ni siquiera mediando su consentimiento. A través de un argumento analógico de poco interés para nosotros, la juez decide entonces en un Auto⁷ que, a pesar de todo, procede la donación, una vez *explorada* la madre de Noara.

En principio, cualquiera de nosotros describiríamos la norma “Prohibido donar órganos a los menores” como una norma inderrotable que divide su universo de casos de forma absolutamente tajante entre quienes tienen menos y quienes tienen más de 18 años. Un nanosegundo antes de cumplir 18 años, la donación está prohibida. Un nanosegundo después, permitida. No es de extrañar que el artículo constitucional que fija la mayoría de edad a los 18 años dé lugar sistemáticamente a normas con el aspecto de regla. Sin embargo, el caso Noara nos demuestra que este tipo de normas son derrotables pese a las apariencias. Siempre pueden surgir casos futuros e imprevisibles *ex ante* que constituyan una nueva excepción a la norma. Toda norma es *revisable* porque toda norma queda sometida a posibles excepciones futuras sobre las que será necesario deliberar en el futuro.

¿Cómo explicar esta situación? La única forma de explicar decisiones como las del caso Noara y no considerarlas simplemente un arbitrario incumplimiento del Derecho (lo que resultaría demasiado contraintuitivo) consiste en rechazar la fragmentación del discurso práctico a la que conduce el positivismo jurídico. El razonamiento podría ser expresado en los siguientes términos. Toda norma queda sometida en el Estado constitucional al efecto de irradiación de las normas constitucionales. Las normas constitucionales presentan, a su vez, una dimensión ética que se hace explícita a través de numerosos términos éticos como igualdad, libertad, justicia, dignidad, etc. Estos términos sólo son inteligibles en el contexto de una argumentación moral y eso significa que, en última instancia, el razonamiento jurídico queda vinculado a exigencias de la razón práctica.

¿Y cómo son las normas de la razón práctica? Creo que una de las propiedades de esas normas debe ser precisamente la derrotabilidad. Todas las normas morales deberían ser consideradas como derrotables, revisables y ello porque, de lo contrario, serían irra-

cionales, dado que nos hallamos en un contexto de imprevisibilidad del futuro. En efecto, no sabemos a *qué* casos deberemos enfrentarnos porque el futuro es imprevisible, pero tampoco sabemos *qué propiedades* serán consideradas relevantes en el futuro a la hora de configurar los casos y, por si fuera poco, no sabemos *quiénes* habrán de deliberar sobre cómo aplicar esas normas en los casos futuros. Parece irracional, en fin, cancelar la posibilidad de revisar el contenido de las normas (el conjunto de sus excepciones) cuando no sabemos ante qué nuevos casos nos deberemos enfrentar y la razón práctica, trivialmente, no puede ser irracional. Todo esto significa, en última instancia, que la derrotabilidad jurídica es una consecuencia de la derrotabilidad moral y ello precisamente porque no es posible argumentar jurídicamente sin argumentar moralmente y porque, en fin, el esquema positivista resulta insuficiente para poder explicar cómo es el Derecho. Son razones prácticas las que explican la derrotabilidad jurídica y por eso la derrotabilidad jurídica es consecuencia de la derrotabilidad moral.

Finalmente la forma de contemplar las normas constitucionales (e infraconstitucionales por irradiación) depende de nuestra forma de contemplar el discurso práctico general, lo cual es en sí mismo un argumento metodológico en contra de una concepción positivista del Derecho. Si el discurso jurídico sólo es inteligible por su inscripción en el discurso práctico general, entonces una teoría del Derecho neoconstitucionalista debe contar con (o al menos presuponer) una filosofía moral armónica con sus tesis. La filosofía moral implícita en las propuestas neoconstitucionalistas es la filosofía moral del constructivismo discursivo de autores como Rawls (1980), Habermas (1991) o el propio Nino (1989). El constructivismo ético supone la renuncia al realismo moral que considera que existen hechos morales objetivos independientes de los agentes morales. Desde este punto de vista, el constructivismo contempla nuestro universo moral como algo que inventamos (Mackie 2000) de acuerdo con un procedimiento de corte discursivo. En él una serie de participantes debaten, bajo ciertas condiciones de imparcialidad y según un procedimiento racional, qué debemos hacer. Esto supone delegar sobre futuros “agentes de construcción” (Rawls: *ibid.*) la solución de futuras controversias morales cuya naturaleza ni siquiera podemos prever. No podemos prever sobre qué decidir (ni los hechos en bruto ni su calificación moral), ni quién deberá decidir (los agentes de construcción moral). Por eso toda norma jurídica o moral debe ser derrotable.

Al legalismo afecto al principio de certeza este tipo de planteamiento le resulta perturbador porque parece

instalarnos en una especie de inquietante provisionalidad que aparentemente no sólo promueve inseguridad, sino también arbitrariedad. A ello conviene oponer al menos dos argumentos. En primer lugar, sostener la derrotabilidad de las normas jurídicas no es propiamente una propuesta normativa, sino más bien descriptiva. Se trata de una interpretación de lo que ya sucede. El caso Noara nos demuestra que las presuntas reglas ya son derrotables en la propia práctica jurídica y lo han sido siempre (probablemente salvo en el Derecho formulario de la época romana arcaica que no es precisamente un modelo a seguir –cfr. Moreso 2005: 106). En otras palabras, el caso Noara nos permite fijar seguramente un marco preteórico común para acordar que la discusión no consiste en determinar cómo es el Derecho actual (sobre lo que puede haber un acuerdo preteórico), sino en determinar cómo reconstruirlo teóricamente de la forma más fiel posible. Desde este punto de vista, reconocer la derrotabilidad de las normas es una forma de comprender mejor nuestro Derecho.

En segundo lugar, reconocer la derrotabilidad de las normas y abrir la posibilidad de su revisabilidad no significa entregarnos al nihilismo jurídico ni a la arbitrariedad. En mi opinión (García Figueroa 2003: 217 ss.), términos como “libertad” “igualdad”, “justicia” o “dignidad” que aparecen en nuestros textos constitucionales habitualmente son expresiones de lo que podríamos llamar un fenómeno de *deixis* ética. Son deícticos “yo”, “aquí” o “ahora”, porque son términos cuyo referente sólo puede determinarse contextualmente. Por ejemplo, el referente de “yo” pueden ser innumerables personas, de hecho tantas como profieran el término “yo”. Sin embargo, eso no significa que “yo” pueda en todo caso ser cualquiera. Cuando ahora escribo “yo”, el único referente del término es Alfonso García Figueroa. El referente de “yo” es aquella persona que profiere la palabra “yo” en un momento determinado y no otra. En la determinación del referente de un término deíctico atendemos análogamente a la aplicación de una regla objetiva de uso, pero en un contexto concreto. Los términos como “igualdad”, “dignidad”, “justicia” y otros presentan también esta doble faz. Por un lado son profundamente contextuales, porque para determinar si se ha respetado, por ejemplo, la “justicia” debemos atender al caso concreto, pero eso no significa que podamos predicar dignidad de cualquier estado de cosas a nuestro antojo. Existen unas ciertas reglas objetivas para hablar de “justicia”, que bajo un marco ético constructivista y discursivo se identifican con las reglas procedimentales que rigen el discurso ético. La vinculación a la razón práctica de las normas jurídicas es la causa de la derrotabilidad, pero también es el instrumento para su administración racional y de ahí el renovado impulso que adquiere la noción de virtud. En pleno “desconcierto del Leviatán” (Esteve 2009) la recuperación de la

virtud quizá se nos revele como la mayor revancha contra Roma que cabe esperar de la antigua Grecia.

Referencias

Aarnio 1997: A. Aarnio, “Las reglas en serio”, en A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (comps.), *La normatividad del Derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 17-35.

Alexy 1993: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexy 1999: R. Alexy, “La tesis del caso especial”, trad. de Isabel Lifante, en *Isegoría*, 21 (1999), pp. 23-35

Barroso 2008: L.R. Barroso, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Campbell 1996: T. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996

Carbonell 2003: M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

Dreier 1991: R. Dreier, Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland, en R. Alexy & al. (comps.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, cuaderno 44, pp. 55-67.

Dworkin 1984: R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona.

Esteve 2009: J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid.

Ferrajoli 2007: L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*. Vol. 1. *Teoría del diritto*, Laterza, Bari.

García Figueroa 2003: A. García Figueroa “La incidencia de la derrotabilidad de los principios jurídicos fundamentales sobre el concepto de Derecho”, en: *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoequestionipubbliche.org), núm. 3, pp. 197-227.

García Figueroa 2005: A. García Figueroa, “La motivación. Conceptos fundamentales”, en M. Gascón y A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, Palestra, Lima, pp. 135-189.

García Figueroa 2007: A. García Figueroa, ¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy, en Robert Alexy & al., *Derechos sociales y ponderación* (edición a cargo de R. García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 333-370.

García Figueroa 2009: A. García Figueroa, “El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli”, en Gema Marcilla (coord.), *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad del Externado: Bogota, en prensa.

Garzón 1993: . Garzón, “Representación y democracia” (1989), en id., *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.

Habermas 1991: J. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. García Cotarelo, Península, Barcelona.

Habermas 1998: J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.

KELSEN 1960: H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1991.

Laporta 2007: F. Laporta, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.

Mackie 2000: J.L. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, trad. T. Fernández Aúz, Gedisa, Barcelona.

Moreira 2008: Eduardo Moreira, *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. Método, São Paulo.

Moreso 2005: J.J. Moreso, “¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?”, en *Discusiones: Razones y normas*, nº 5, pp. 101-128.

Nino 1989: C.S. Nino, *El constructivismo ético*, C.E.C., Madrid.

Nino 1994: C.S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona.

Radbruch 1946: G. Radbruch, “*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”, SJZ, pp. 105 ss., ahora en G. Radbruch, *Gesamtausgabe* (edición de Arthur Kaufmann), C.F. Müller Jur. Verl., Heidelberg., vol. 3, pp. 83-93.

Rawls 1980: J. Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, en *Collected Papers, Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge Mass., 1999, pp. 303-358.

Shklar 1968: J. Shklar, *Legalismo*, trad. I. Giménez Bustamante, Omeba, Buenos Aires.

Teifke 2006: N. Teifke, Flexibilität der Menschenwürde? Zur Struktur des Art. 1 Abs. 1 GG, en C. Bäcker y S. Baufeld (eds.), *Objektivität und Flexibilität im Recht, Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen*, ARSP, cuaderno núm. 103, pp. 142-156.