

LA CONSTITUCIÓN Y EL OCASO DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Santiago Sastre Ariza

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

Dep. Legal: TO-984-2000
ISSN: 1139-0026
Edita: Cortes de Castilla-La Mancha
Diseño: Jer Publicidad
Impresión: Grafox

Alfonso García Figueroa

Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos

I

No parece que podamos presentar el Derecho como si se tratase de un objeto; como si fuera, por ejemplo, un libro o una silla. Tampoco podemos personificarlo en alguien, como le sucedió al Estado en aquella célebre sentencia (*L'Etat c'est moi*) de Luis XIV. El Derecho forma parte del mundo de las ciencias sociales y se desarrolla en una práctica en la que nos vemos inmersos todos, de modo que todos, de algún modo, participamos también en la construcción de la realidad jurídica. Cuando se afirma que el Derecho es una práctica social se pone el acento en que el Derecho no está hecho de *una sola pasta*, sino que se compone de una especie de argamasa en la que intervienen convenciones, comportamientos, criterios morales, decisiones, significados, etc. Y es innegable que en esa práctica desempeñan un papel fundamental dos protagonistas: las leyes y las autoridades (tanto las que crean como las que aplican las leyes). Estas dos parecen ser las que dan sabor al *guiso* del Derecho.

Si esto es así, queda fuera de toda duda que el Derecho es un fenómeno complejo que presenta muchas caras. Es como una montaña que ofrece muchas rutas. Así, algunos han puesto el acento en la justicia, pues el sentido del Derecho no es otro que tratar de resolver los conflictos o establecer un orden de convivencia que sea justo. Otros han insistido en que lo importante es la aplicación, poniendo en un primer plano las decisiones jurisdiccionales (a ver qué ideología o de *qué pie cojea* este juez). Otros destacan la visión del Derecho como un conjunto de normas más o menos armónico, de modo que resulta clave conocer los tipos de normas y las relaciones que mantienen dentro de esa variopinta familia. Otros, ya en una etapa más reciente, han abierto una nueva ruta: contemplar el Derecho desde dentro, a la luz que quiénes participan en la construcción de esa práctica tratando de ajustar su comportamiento a lo que establecen las normas (a esto se alude con la idea del punto de vista interno, que fue incorporada por Hart en el ámbito jurídico)¹.

Por eso es realmente difícil, por la posibilidad de incurrir en el peligro de ser reduccionista, acercarse al Derecho con el ánimo de ofrecer una visión que

1. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió, Editora Nacional, México, 1980.

aglutine todos estos aspectos. Por eso ha habido quien ha sostenido que no es conveniente hablar de una definición de Derecho (a la que son tan proclives quienes piensan que *anda por ahí danzando* la naturaleza del Derecho), ya que no existe algo así como una esencia del Derecho que pueda ser recogida o capturada a través de las palabras. Por eso tiene interés aludir a un pluralismo de definiciones de Derecho (la del gobernante, la del sociólogo, la del ciudadano, la del abogado, la del profesor de Derecho, etc), porque sólo así, teniendo en cuenta las diferentes perspectivas desde las que puede ser enfocado o vivido, podremos dar cuenta de esa realidad compleja que constituye el Derecho.

Pero si han existido en la cultura jurídica dos rutas que han gozado de mucho éxito o han sido muy transitadas para abordar el análisis jurídico éstas han sido el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. El iusnaturalismo, con su defensa de un Derecho natural, ha insistido en que el Derecho no está sólo: que debe tener en cuenta otros criterios (por ejemplo, impresos en el orden de la naturaleza o derivados de la voluntad divina o de la moralidad) que dan contenido a la justicia, que es un ingrediente fundamental o necesario del Derecho. El positivismo jurídico, dejando el Derecho en manos de los hombres, ha puesto el acento en que el Derecho es fruto de la voluntad humana y que tiene mucho que ver con el *ordeno y mando*: con la fuerza o con el poder. Si el Derecho es creado por los hombres entonces se caracteriza por su falibilidad técnica (es decir, por tener fallos, como las contradicciones entre normas y las lagunas) y su falibilidad moral (es decir, porque puede contener normas injustas)². Estos dos enfoques, a veces con algunas variantes, han dominado gran parte de la historia de la reflexión jurídica. El iusnaturalismo ha sido la corriente que ha predominado durante más tiempo en nuestra cultura jurídica, mientras que el positivismo jurídico *entró en escena* mucho más tarde y ha sido algo así como *el último emperador*, pues ha sido la tendencia hegemónica en los últimos años.

Desde luego que se puede afirmar que el positivismo ha remarcado algo que parece muy difícil negar a estas alturas: que el Derecho es un orden social vinculado a unas pautas creadas por determinadas autoridades (como el caso de las leyes) y por ciertos comportamientos humanos (como el caso de las costumbres). Esto, si se me permite la expresión, *va a misa*. Pero en su esfuerzo por ofrecer una visión empírica o lo más ajustada a cómo son las cosas el positivismo también ha cometido desviaciones por exceso y por defecto. Por exceso porque a veces ha

2. Así lo plantea precisamente A. García Figueroa, “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, 22, 1999, págs. 195-220, págs. 202 s.

ofrecido una visión un poco idílica del Derecho (mostrándolo como una obra de orfebrería del legislador, es decir, como un sistema sin lagunas, sin contradicciones y sin redundancias) y también de los operadores jurídicos (especialmente de los jueces, a quienes se consideraban *bocas mudas* que se limitaban a aplicar de forma neutral las normas jurídicas). Por defecto porque en su afán por presentar al Derecho como un fenómeno empírico se ha intentado aislar al Derecho de la moralidad (esgrimiendo una especie de *vade retro* a la presencia de la subjetividad) a toda costa.

La teoría de Kelsen representa acaso el mayor esfuerzo por *envasar* el Derecho *al vacío*, aislándolo ya no sólo de la moral, sino también ¡del mundo de los hechos sociales!, pues el autor de la célebre *Teoría Pura del Derecho*³ mantenía que la ciencia jurídica se ocupaba de unos hechos distintos de los que se afanaba en estudiar la sociología, pues todo lo que tocaba el Derecho no se convertía en oro, sino que ingresaba en ese nuevo mundo jurídico que es *el mundo del deber ser*. Desde luego que si el Derecho es un hecho social tiene que estar impregnado de elementos que provienen o tienen que ver con la moralidad y de hechos “normales”, es decir, con comportamientos o actuaciones que hacen las personas.

II

Es indudable que el Derecho ha ido cambiando y también (a veces un poco a remolque) se ha ido modificando la visión que la ciencia jurídica ofrecía del Derecho. Precisamente ahora nos hallamos inmersos en un debate en el que se insiste en que nos encontramos ante un nuevo paradigma jurídico al que se denomina neoconstitucionalismo⁴. Para algunos autores este cambio parece tener consecuencias muy importantes para nuestra comprensión del Derecho y, por ello, para las categorías conceptuales y herramientas teóricas que empleamos para dar noticia de él.

Obviamente, el fenómeno de las constituciones no es nuevo. Lo que se quiere presentar como algo nuevo es la aparición, después de la segunda guerra mundial más o menos, de constituciones escritas dotadas con esa especial resistencia que se manifiesta en su condición de ser rígidas (frente a la legislación ordina-

3. Kelsen pensaba que los juristas podían seguir siendo plenamente científicos incluso en la tarea de interpretar las normas si se limitaban a enumerar los posibles significados que admitía cada norma, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R.J. Vernengo, UNAM, México, 1986.

4. *Vid.* los trabajos que aparecen en el volumen M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003. También M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, págs. 309 y ss.

ria), y de estar garantizadas (son salvaguardadas por el sistema de control de constitucionalidad de las leyes)⁵. Por supuesto, las constituciones, que presentan una fuerte carga axiológica al incorporar los derechos fundamentales, tienen un carácter vinculante. Esto significa que no son un puñado de buenas intenciones, sino que valen de verdad, que son auténtico Derecho. Desde luego que es problemático debatir si se ha producido o no esa transformación tan contundente a la que alude el neoconstitucionalismo, pero de lo que no cabe duda es que lo que sí ha cambiado, y mucho, es la percepción que los teóricos del Derecho tienen del fenómeno jurídico.

Es en estas coordenadas teóricas donde se inscribe el libro *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* de Alfonso García Figueroa que acaba de aparecer⁶. Pretende ofrecer una teoría que tenga en cuenta los principales interrogantes y cuestiones que nos ofrece este fenómeno de la constitucionalización de los Derechos. En la enjundiosa introducción de este libro el autor confiesa sin ambages que se ha ido apartando paulatinamente —como lo han puesto de manifiesto los artículos que han precedido a la publicación de esta obra— de lo que defendió en su primer libro, *Principios y positivismo jurídico* (1998)⁷, que recogía la que fue su tesis doctoral. Es decir, el autor ha tenido su propia conversión en su personal caída del caballo camino de *un Damasco* que es el Estado constitucional contemporáneo. Desde luego que someter a revisión las propias ideas siempre supone un notable esfuerzo de humildad, que era una de las condiciones que exigía Sócrates para adentrarse en las peripecias del conocer. Y la posibilidad de cambiar de parecer es una tarea que encaja perfectamente con esa especie de darwinismo que debe inspirar el trabajo científico.

Alfonso García Figueroa destaca que la concepción del Derecho implícita en el constitucionalismo contemporáneo ha puesto de relieve que la disputa entre iuspositivistas y positivistas carece de relevancia. Realmente no tiene mucho sen-

5. Fioravanti considera que estas constituciones “representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo”. En efecto, si se tiene en cuenta la historia del constitucionalismo parece que la tradición “había obligado a todos a situarse de una parte o de otra: con el pueblo soberano, y así contra la misma idea de una ley fundamental vinculante para el futuro, o con la constitución como límite, como ideal de estabilidad y reequilibrio, y así contra la desmedida y amenazante idea del pueblo soberano”, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (1999), trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001. Vid. L. Prieto, *Justicia constitucional y democracia*, Trotta, Madrid, 2003.

6. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.

7. A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

tido insistir en ofrecer una visión neutral o aséptica del Derecho (como haría el positivismo) cuando aquel está inundado de contenidos morales, como son los derechos, principios y valores constitucionales. Y tampoco tiene mucho interés remontarse hasta un Derecho más allá o fuera de las fronteras de las Constituciones (como haría el iusnaturalismo) cuando en los derechos y principios constitucionales están los principales ingredientes morales que suelen dotar de contenido a la moralidad. Precisamente los derechos fundamentales son esas criaturas de la moralidad a las que alude el título del libro.

Desgraciadamente, a veces la discusión jurídica se ha enredado en las etiquetas, en clasificar a los autores –muchas veces injustamente– en positivistas o iusnaturalistas. Para rematar este afán clasificatorio se ha intentado dar cobertura dentro de estas distinciones a planteamientos que iban unos metros más allá o más acá de la pretendida ortodoxia. Así han surgido diferentes versiones de iusnaturalismo y también de positivismo. Y esta discusión ha hecho que nos fijemos muchas veces *más en la mano que en lo que señala la mano*. A mí me parece que una de las virtudes de este libro consiste en que dice abiertamente esto: que los moldes a veces estrictos y a veces cambiantes de las posiciones del iusnaturalismo y del positivismo se han quedado viejos, que ya están obsoletos o *demodés*. Valieron, eso sí, y tuvieron su función en la discusión jurídica en un momento histórico determinado. Pero ahora, con su afán clasificatorio, entorpecen más que aclaran la discusión y, lo que es peor, no son útiles para dar cuenta del Derecho que caracteriza al Estado constitucional de Derecho.

Si tuviera que decir hacia qué lado se inclina este libro a modo de pista para aclarar más al lector, y sería recaer en ese aburrido esfuerzo clasificatorio que acabo de criticar, diría que hay en sus páginas sobre todo una actitud postpositivista. La moral tiene que ver con los contenidos de las normas y se construye, entre todos, a partir del debate y de unos procedimientos. El Derecho constituye una práctica institucional abierta a la moral, ya sea por su función (justificar comportamientos y decisiones), por su contenido (las normas constitucionales tienen un contenido moral) y por su estructura (porque no sabemos con exactitud los casos de aplicación de las normas). Pero estas etiquetas son injustas y, además, no describen bien o no se ajustan a lo que podemos encontrar en las páginas del libro.

III

Quizá el nervio principal de *Criaturas de la moralidad* consiste en sostener básicamente dos ideas. La primera se sitúa en un nivel jurídico: el constitucionalismo ha acercado el Derecho a la moral. La segunda se refiere al plano moral: el

constructivismo de corte dialógico, que es la postura moral que en opinión del autor mejor encaja en nuestras sociedades pluralistas o multiculturales, ha acercado la moral al Derecho, concretamente, al proceso democrático, que se articula en la forma de un procedimiento gobernado por ciertas condiciones ideales. Vayamos por partes.

Es indudable que el constitucionalismo ha acercado el Derecho a la moral. Desde luego que el foco de esa moralidad lo constituyen básicamente los derechos fundamentales, que son “las criaturas más bellas del ordenamiento jurídico” (pág. 25)⁸ y constituyen el “alma ética” de la Constitución (pág. 77). La Constitución se sitúa en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico y, como sucede en las fuentes de varios pisos, se derrama y se concreta y empapa los niveles inferiores (las leyes, los reglamentos) del sistema jurídico⁹. Desde luego que saber lo que exige la dignidad, la libertad y la igualdad no es nada fácil. Tienen el privilegio de vivir ahí, en el primer piso del Derecho que es la Constitución, sí, y además influyen decisivamente en los vecinos de abajo, por su especial rango, sí, pero no sabemos bien cuál es su contenido. O mejor: para acercarnos a su significado al final habrá que realizar elecciones (elegiremos esta interpretación o esta otra), lo que significa que habrá que llamar inevitablemente a un nuevo vecino: la moral, porque habrá que elegir entre convenciones lingüísticas que nos ayuden a perfilar el significado.

Hasta ahí bien. Ya a un positivista esto le pondría los pelos de punta porque es verdad que revestir al jurista con un halo de cientificidad pretendiendo que se limite a describir el Derecho y dar cuenta de su contenido de forma neutral, igual que un biólogo coloca una rana (antes ha debido manejar un concepto de rana, claro está) en su mesa de trabajo y la disecciona, resulta extraño. Extraño y además aburrido. Pero Alfonso García Figueroa da un paso más. No piensa sólo que el Derecho y la moral guardan alguna conexión por vía de la interpretación, sino que la moral y el Derecho tienen un fuerte parentesco: están unificados en la razón práctica, de modo que son una especie de *continuum*. Y es a partir de aquí donde ya aparecen mis principales dudas.

8. Alfonso García Figueroa ya profundizó en el tema de los derechos humanos, en concreto sobre su posible aplicación a los androides, en el simpático volumen, que incluye una conferencia de Robert Alexy, *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

9. Quizá el autor que mejor ha desarrollado las consecuencias de esta visión de la Constitución como un Derecho que opera sobre el propio Derecho es L. Ferrajoli. Vid. su volumen *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2006. Vid. los trabajos que figuran en G. Marcilla (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad del Externado, Bogotá, Colombia, 2009.

Desde luego que pensar que la moral y el Derecho son lo mismo resulta un poco extraño y *a priori* choca con nuestras intuiciones. En el Derecho hay policías, hay cárceles, hay multas, hay impuestos... A esto se alude cuando se dice que el Derecho, a diferencia de la moral, tiene un andamiaje institucional más articulado para imponer sus normas por las buenas o por las malas. Desde luego que tanto el Derecho como la moral aspiran a introducirse en el razonamiento de los ciudadanos, a quienes se dirigen las normas con el ánimo de justificar y explicar su comportamiento. Que el legislador aspire a dictar las normas con el ánimo de que los ciudadanos justifiquen su comportamiento parece entrar dentro del juego de lo que significa legislar. Pero creo que es dar un salto en la argumentación considerar que las normas incorporan por ello una disposición a la corrección moral hasta el punto de que las normas extremadamente injustas no forman parte del Derecho (una tesis que ha sido defendida, de diferente modo, por autores como Radbruch, Fuller y Alexy). Quizá para el que las padece tenga sentido pensar que esas normas no son en realidad jurídicas (aunque de poco le valdrá, pues se las terminarán aplicando) pero para el que se sitúa desde fuera de ese Derecho, si pretende describir el Derecho, tendrá que afirmar que esas normas en realidad, aunque le repugnen o mal que le pese, si cumplen con los requisitos de validez establecidos en ese sistema jurídico, son Derecho. ¿Por qué manejar un único concepto de Derecho en el que se privilegia la tarea de justificación de comportamientos que pretenden las normas jurídicas? ¿Por qué definir el Derecho sólo desde el presunto interés o esfuerzo que realiza el legislador con el ánimo de que las normas jurídicas formen parte del discurso justificatorio de los ciudadanos? Si la tesis consiste en afirmar que el legislador intenta crear normas justas no parece haber problema, aunque desde luego estaríamos manteniendo tal vez un elevado optimismo en la función legislativa. También el carnicero debería partir bien los filetes y el pescadero debería limpiarme bien los boquerones. Pero eso no significa que siempre lo haga. Y cuando no lo hace, del mismo modo que los filetes y los boquerones siguen siendo filetes y boquerones (y me los comeré igual) podríamos pensar que esas normas defectuosas (por injustas) siguen siendo normas jurídicas, aunque las normas jurídicas tengan una mayor repercusión social que los boquerones y los filetes que acabo de comprar.

Por todo ello no entiendo bien de qué modo esas normas injustas (sí, minoritarias, pero *haberlas haylas*) por medio de qué mecanismo de enganche de la actividad del legislador con la razón práctica no cuentan como Derecho. Y confieso que me gustaría que esas normas injustas fueran directamente al cubo de la basura como si tuvieran un defecto de fábrica.

El fin de la conexión justificatoria que plantea el autor tiene, por tanto, un final que se puede intuir: el pez más grande se come al pez más chico, es decir, el De-

recho termina por ser engullido por la moral. Es verdad que el autor destaca que aunque la dimensión justificatoria conecta el Derecho con la moral, sin embargo el razonamiento jurídico no se fusiona con el razonamiento moral, pues mantiene su sentido debido al carácter institucional del Derecho. Para ello recurre a dos ejemplos ingeniosos: es posible distinguir una caja de detergente de otra exactamente igual que figura en una obra de Andy Warhol y también cabe reconocer que Venus es el lucero del alba pero también es el lucero del atardecer¹⁰. Aunque el autor pone *la carne en el asador* para que no se confunda el razonamiento moral con el razonamiento jurídico, al final no veo de qué modo el razonamiento jurídico *puede nadar* para no verse arrastrado por la corriente y terminar directamente *engullido en el remolino* del discurso moral.

Esto trata de justificarlo el autor ya no sólo por unificar el Derecho con la razón práctica, sino también por la vía de destacar la estructura abierta de las normas. La idea del autor es que las normas jurídicas tienen como una cara, que es la que exige de los legisladores que deben ser correctas, pero llevan *una cruz a las espaldas*: son derrotables.

¿Qué quiere decir esto? Pues que las normas constitucionales tienen una fuerza expansiva que afecta a todas las demás, de modo que la tranquila o apacible aplicación de una norma (no sólo los principios sino también las reglas) puede verse frenada por excepciones que no podemos prever de antemano. Y esto tiene unos efectos devastadores, porque entonces un instrumento que debe servirnos, entre otras cosas, para darnos seguridad al final parece evaporarse porque no sabemos bien qué es lo que dicen las normas. El autor lo expresa claramente: “El Derecho no es un lugar en que podamos hallar gran certeza, sino más bien un sistema de argumentos que puede ayudarnos a fundar nuestras pretensiones con mejor o peor fortuna” (pág. 124). Esta indeterminación del Derecho choca también con nuestras intuiciones (que, es verdad, no tienen por qué ser acertadas), es decir, con la idea de que el legislador crea unas normas que usamos para justificar y explicar nuestros comportamientos y suelen ser aplicadas por los órganos jurisdiccionales. Personalmente considero que en la interpretación de las normas jurídicas parece tener un gran peso, para *poner los pies* al menos en un poco de terreno firme, las decisiones de los jueces y las convenciones lingüísticas (articuladas alrededor de ciertos casos sobre los que existe un consenso), que nos permiten afirmar que esta norma dice esto o aquello.

10. A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, citado, págs. 97 y ss.

IV

En relación con la moral, el autor considera que en contextos donde reina el pluralismo, como sucede en nuestras sociedades contemporáneas, lo más atinado es partir de una moral constructiva de corte discursivo. Es decir, no nos encontramos con los valores morales sino que los construimos (por ejemplo: no reconocemos los derechos humanos sino que han sido creados por nosotros a través de un diálogo). Y los construimos a través de la participación en un procedimiento regido por condiciones más o menos ideales. Es decir, se construyen a través del juego dialógico de la política. Y esa política toma cuerpo en el proceso que más se aproxima a este modelo de participación y debate: la democracia.

En realidad podemos pensar que en una sociedad donde rige el pluralismo no todos deben asumir el constructivismo ético. Cada uno puede ir *cargado con su moral a cuestas* y suscribir las verdades morales que considere (verdades que pueden tener un origen religioso o cultural, por ejemplo). Lo que el pluralismo exige no es que esa persona renuncie a sus verdades morales (eso tal vez sería pedir demasiado), sino que renuncie a imponer sus “verdades” a otras personas, pues debe tener en cuenta que los demás pueden ir equipados o no con otras verdades morales como las suyas.

Describir las sociedades multiculturales como foros donde se desenvuelve la moral al modo del constructivismo ético no parece reflejar cómo son las cosas en realidad. Más bien el multiculturalismo pone de relieve cómo conviven grupos con culturas que se apoyan en una visión de la vida y del mundo bien diferentes. El pluralismo no les exige renunciar a sus creencias morales, sino introducir en sus sistemas morales el elemento de la *otredad* que supone asumir que la moral no se acaba en sus ideas o verdades; que el mundo moral se extiende más allá del pequeño continente de las ideas morales de cada uno. El pluralismo no exige que todos vayamos juntos de la mano a buscar las verdades morales (como el famoso poema de Antonio Machado: “¿Tu verdad? No, la Verdad, /y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela”¹¹) sino que seamos capaces de convivir con ese puzzle de verdades, sí, cada una *de su padre y de su madre*.

Y es ahora cuando entra en juego la visión de la democracia, concebida como un procedimiento que permite mantener las reglas del juego de la convivencia entre personas que van por la vida con cosmovisiones diferentes. ¿Pedir a la de-

11. A. Machado, *Poesías completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pag. 280.

mocracia que sea un procedimiento que permita llevarnos bien es muy poco? Puede ser que sí. La democracia así es contemplada no como un sistema moral, pues las decisiones de la mayoría no tienen por qué ser presentadas con la aureola de ser verdades morales, sino como algo más modesto: un sistema político que permite tomar decisiones colectivas y, de algún modo, ordenar la vida de estas sociedades que tienen el pluralismo arraigado ya en su código genético. Es algo así como un *llevarnos bien* dentro de un orden mínimo establecido por las elásticas y cambiantes decisiones de la mayoría.

Quizá uno de los autores que más insistió en la visión moral de la democracia fue el filósofo argentino, fallecido prematuramente en 1993, Carlos Santiago Nino¹². Este autor insistía en una concepción de la democracia en la que las condiciones de su ejercicio y de la deliberación pudieran suministrarle un valor epistémico, en el sentido de que sirviera ese procedimiento para tener acceso o conocer verdades morales o decisiones valiosas desde un punto de vista moral. Nino concebía la democracia como un tobogán: una vez que te das el impulso debes llegar ya de forma imparable hasta el final del trayecto. Digo esto porque el autor argentino sostenía que las normas democráticas venían con el aval de haber salido de un proceso valioso y eso le daba un sello de calidad que se reflejaba en la idea de que generaban *prima facie* un deber de obediencia, aunque uno, a la luz de la solipsista y pobre reflexión individual, considerase que era injusta¹³. Pero así parece que la autonomía individual queda atrapada o devorada por la participación política o la autonomía colectiva, es decir, en el hecho de participar en un procedimiento político. Esto muchas veces se trae a colación cuando se afirma que un demócrata debe asumir, como una especie de *trágala*, todas (pero todas si quiere ser un demócrata *de pata negra*) las decisiones democráticas. En mi opinión esto no tiene por qué ser así.

Desde luego que echar una mirada a nuestras democracias puede advertirnos del peligro de presentarlas como la panacea del debate moral. La democracia es el mejor sistema que conocemos para organizar la convivencia por muchas razones (por la participación, por el respeto de la igualdad y de la libertad, por contribuir al desarrollo económico etc.) pero creo que no debemos presentarla como un sistema moral, porque, entre otras cosas, esto tendría una fuerza autodestructiva, en

12. Me refiero a C.S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* (1996), trad. R. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

13. Por eso el valor epistémico de la democracia para acceder a soluciones moralmente correctas tiene un carácter excluyente, C.S. Nino, *Derecho, moral, política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 187.

el sentido de que perdería ese valor de poder aglutinar y organizar la convivencia a personas que llevan *en su mochila* distintas cosmovisiones o pareceres. Sería negativo para la democracia, porque es pedir demasiado de ella, y sería negativo para la moral, porque sería dejarla en brazos de lo cuantitativo: de los números o las mayorías. Los sistemas morales tienen otro tejido distinto a ese teatro interesado que se monta a partir de la política, me parece a mí.

Queda un tema pendiente. ¿Y cuáles son los límites de esa democracia? ¿Y cómo se establecen? Aquí está *la madre del cordero*. En la terminología de Alfonso García Figuerola sería preguntar por las condiciones de esa razón práctica a la que todos (el legislador y los que participan en el debate moral constructivista) deben someterse. Esta, desde luego, no es una pregunta fácil de responder. Yo creo, y aquí me aventuro a ir un poco más allá del autor del libro, que esos límites al final deben ser de carácter moral¹⁴. ¿Y cómo conocerlos? Bueno, pienso que tendrá más peso su carácter valioso que no el consenso. Pero ese carácter valioso podría reflejarse *a posteriori* en un acuerdo. Supongo. Pero esto no puedo desarrollarlo ahora, porque excedería lo que se espera que sea la reseña de un libro.

V

Sin duda *Criaturas de la moralidad* es un libro que no deja al lector indiferente y que desarrolla, hasta sus últimas consecuencias, teorías que han tenido un peso enorme o una decisiva influencia en la teoría y filosofía del Derecho actual, como son las de Ronald Dworkin, Robert Alexy (con quien el autor pasó una temporada en la Universidad alemana de Kiel) y Carlos Santiago Nino. Esto no quiere decir que lo que se plantea en este libro sea un desarrollo sin más de los autores anteriores, pues el autor tiene la valentía de dar un paso al frente en algunas tesis que destacan por su brillante originalidad.

El libro está escrito con una prosa elegante y con ejemplos muy divertidos, sacados en ocasiones de otras disciplinas, reflejo de la sana inquietud interdisciplinar de su autor. La introducción nos anuncia ya esta personal permeabilidad siempre al borde de la irreverencia con referencias sutiles a *Las Confesiones* de San Agustín (págs. 14 y 29) a algún drama shakespeariano (pág. 23) y a algún epigrama de Oscar Wilde (págs. 25-6) y luego se confirma al entreverar sus reflexiones sobre Kelsen, Hart, Alexy o Dworkin, con las cajas Brillo de Warhol (pág. 97) o el albatros de Baudelaire (pág.67). El positivismo jurídico se asimila

14. En este sentido F. Laporta, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, pp. 79 y ss.

al misterio de la Santísima Trinidad (pág. 15) y el constitucionalismo al catolicismo del converso Chesterton (pág. 83); entre Kripke y Rorty (págs. 219-220); entre Wittgenstein (pág.165) y Habermas o Rawls (págs. 31 ss.), el autor tan pronto se toma un *gin fizz* a la salud del positivismo jurídico (págs. 171 s.) como compara esta doctrina con una jaula de Faraday (pág. 177). Lo mismo aparece el explorador Fridtjof Nansen (pág. 48) que un troglodita a punto de inventar la rueda (pág. 161). Por no hablar de la riqueza ornitológica que atesoran sus páginas. El lector se encontrará con el célebre pingüino (pág. 163) que ilustra la derrotabilidad de nuestras generalizaciones, los cisnes negros que desbaratan nuestras normas, el pollo de Russell que no puede fiarse de la mano que le alimenta o el pavo que, por las mismas, no puede imaginar lo que le aguarda el día de acción de gracias (pág. 253).

Lo que me parece claro, como resalta este libro, es que el modelo neconstitucionalista exige la superación de esa vieja polémica (excesivamente vieja) entre el positivismo y el iusnaturalismo. La fuerza expansiva de las constituciones normativizadas actuales ha ocasionado el ocaso del positivismo porque no tiene mucho sentido explicarlo todo a golpe de neutralidad o de imparcialidad. Del positivismo queda la visión del Derecho conectado o vinculado a la voluntad humana y con el ingrediente básico de la sombra del poder.

Sin duda debemos someter las intuiciones y las categorías conceptuales que manejamos para explicar ese fenómeno social y complejo que es el Derecho al escrutinio de la crítica. Y sin duda este es un libro que avanza en la construcción de una teoría que nos regala mucha luz y que nos obliga a replantearnos muchas de las creencias que tenemos a la hora de comprender esa realidad tan cercana y, sin embargo, tan distante todavía como es el Derecho, más en concreto el Derecho que rige en los Estados constitucionales actuales.