

Curso de verano Derecho y Conciencia

**NEOCONSTITUCIONALISMO Y
DERROTABILIDAD**

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

Neoconstitucionalismo y derrotabilidad.

La juridificación de la moral y la moralización del Derecho*

Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha

1. Noara

Hace algunos meses, una niña sevillana gravemente enferma, Noara, necesitaba con urgencia un transplante de hígado. Como este tipo de trasplantes sólo requieren parte del hígado del donante, es posible efectuarlo en vida de éste. Afortunadamente, la persona idónea para donar parte de su propio hígado era la propia madre de Noara, así que todo permitía prever un desenlace feliz. Sin embargo y como sucede en muchos casos, el Derecho se habría de entrometer en este asunto de manera perturbadora. La madre era una menor y el artículo 4 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y trasplantes de órganos dispone terminantemente que el donante sea mayor de edad, así que no era jurídicamente posible que Noara recibiera la donación de su propia madre, también menor. Esto no obstante, a través de un argumento analógico de poco interés para nosotros, una juez decide entonces en un Auto¹ que, una vez *explorada* la madre de Noara, procede la donación a pesar de todo.

¿Cómo debemos interpretar esta decisión? Al fin y al cabo, por mayor que fuera el esfuerzo argumentativo de la juez, la norma indicada, que cabría reformular como “ningún menor podrá donar órganos”, expresa lo que tradicionalmente se conoce como una *regla*, es decir, una norma que traza una línea divisoria nítida en el universo de

* Las siguientes reflexiones sobre las relaciones entre Derecho y moral en el Estado constitucional fueron sometidas a discusión el pasado 10 de julio de 2009 en el curso de verano que la Universidad Rey Juan Carlos organizó en la villa de Aranjuez sobre Derecho y conciencia. Agradezco a los directores de ese curso, los profesores Andrés Ollero y Luis Prieto, su amable invitación para participar en él y avanzar así algunas tesis de mi próximo libro *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (GF 2009). Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación “Los nuevos dominios de la teoría de la argumentación jurídica: legislación, prueba y teoría del Derecho” (PII109-0173-2296).

¹ Vid. Auto 785/07 de 18 de octubre de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17.

casos relevantes colocando a un lado a los mayores de dieciocho que pueden donar órganos y al otro los menores, que no podrán donarlos en ningún caso. Las reglas presentan, por así decir, la estructura de un *bit* (sí o no), una estructura binaria (Peczenik 1989: 76), y por eso las reglas funcionan, en palabras de Aarnio (19917: 17), como las vías de un tren: o las seguimos o descarrilamos. No existen posibilidades intermedias. Este tipo de normas resultan idóneas para una concepción positivista del ordenamiento y para una concepción formalista de la aplicación del Derecho. También parecen cómodas para el aplicador cuando se limita a decir como un autómeta: *Da mihi factum, dabo tibi jus*.

¿Por qué resulta perturbador el caso Noara? El dilema al que nos aboca el caso Noara es el siguiente: o bien la juez hizo bien, pero entonces la visión formalista y positivista del Derecho es inviable; o bien la visión formalista y positivista es correcta, pero entonces la juez infringió el Derecho. La cuestión inquietante para un legalista no dispuesto a abandonar a Noara a su suerte podría expresarse así: ¿De donde surge la nueva excepción a la regla que prohíbe a los menores donar órganos? Todo parece indicar que no surge del ordenamiento jurídico tal y como un positivista suele configurarlo. Este caso confirmaría (como otros en cierto sentido semejantes²) que las (presuntas) reglas jurídicas presentarían excepciones no previsibles *ex ante* y que tendrían su origen en una argumentación basada en criterios de justicia. En tal caso, el Derecho ya no podría ser concebido como un mero conjunto de reglas positivas, sino más bien como un conjunto de reglas, principios y en general argumentos que sólo adquieren inteligibilidad mediante su adscripción a la más amplia esfera de la razón práctica general. No podemos argumentar jurídicamente sin argumentar moralmente en ningún caso y ello deviene manifiesto y especialmente dramático en casos como el de Noara. En lo que sigue, trataré de profundizar en las razones para rechazar una concepción positivista del Derecho y para ello recurriré a lo que podríamos llamar el “argumento de la derrotabilidad”.

2. El argumento de la derrotabilidad

² Estoy pensando en el célebre caso Elmer (Riggs contra Palmer) al que se refiere Dworkin en más de una ocasión. Elmer mata a su abuelo para evitar que con sus próximas nuevas nupcias se divida más la herencia que preveía recibir de él. Como en el Derecho de sucesiones del Estado de Nueva York no estaba contemplada la indignidad en que había incurrido Elmer como una excepción al derecho de Elmer sobre la herencia, un planteamiento positivista no impedía a Elmer recibir la herencia de su propia víctima. Finalmente se impuso, sin embargo, la idea de que el Derecho también contiene principios morales como “nadie puede beneficiarse de su propio crimen” que privaron a Elmer de heredar de su abuelo (Dworkin 1984: 73).

A juicio de Ralph Dreier (1991) los argumentos esenciales que la teoría del Derecho opuso al positivismo jurídico del siglo XX fueron dos: el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. De acuerdo con el argumento de la injusticia, una norma extremadamente injusta no es Derecho (Radbruch 1999: vol. 3, pp. 83-93). Como es sabido, este argumento fue central en los juicios de Nuremberg y sirvió para que los dirigentes nacionalsocialistas no pudieran invocar el cumplimiento del Derecho positivo con el fin de eludir responsabilidades *genuinamente* jurídicas. Si las normas extremadamente injustas que hicieron posible el holocausto no fueran válidas, entonces los dirigentes nacionalsocialistas quedarían vinculados a un Derecho genuino más allá del Derecho meramente positivo y ello habría de servir para castigar su conducta, como de hecho se hizo.

En cambio, de acuerdo con el argumento de los principios, si el Derecho contuviera principios (lo cual es particularmente evidente en la argumentación constitucional), entonces el positivismo jurídico resultaría inviable. Más precisamente, si el Derecho contuviera además de reglas, principios, entonces existiría una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral (e.g. Dworkin 1984, caps. 2 y 3, Alexy 1993; GF 1998: 219 ss.; 383 ss.).

Cada uno de estos argumentos ha desplegado de este modo una eficacia distinta sobre el ordenamiento jurídico y ello en momentos históricos muy dispares. Si el argumento de la injusticia presenta una eficacia *reductora* del ordenamiento jurídico (nos dice qué normas *no son* jurídicas, a pesar de ser *positivas*); el argumento de los principios presenta, en cambio, una eficacia *expansiva* sobre el ordenamiento jurídico (nos dice qué normas *principiales* son jurídicas *además* de las *reglas positivas*). Si el argumento de la injusticia es invocado en casos de extrema gravedad, como los derivados de guerras, genocidios o regímenes totalitarios; el argumento de los principios se muestra con todo su vigor en situaciones de normalidad democrática. Por todo ello, el argumento de la injusticia se orienta a garantizar un umbral de corrección mínima en el ordenamiento, mientras que el argumento de los principios indica un ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el Derecho. Por eso, aunque el argumento de la injusticia establece un *suelo* moral para el Derecho, el argumento de los principios no establece propiamente un *techo*, sino más bien un *horizonte de ideales*.

El caso Noara permite comprender la virtualidad del argumento de los principios. El Derecho no puede aplicarse como un conjunto de reglas (como suele pensar el formalista), ni puede aislarse de contenidos morales (como suele pensar el positivismo).

La norma “prohibido a los menores donar órganos” presenta excepciones y si bien algunas forman parte del Derecho positivo; otras, como la excepción del caso Noara, no parecen contempladas por el Derecho positivo y son más bien principios de carácter moral cuya concreción sólo puede llevarse a cabo a través del recurso a la razón práctica. Desde este punto de vista, las normas jurídicas sólo son plenamente inteligibles mediante su inscripción en la esfera más amplia de la razón práctica general.

Para saber lo que el argumento de los principios significa sería necesario adentrarse en el análisis de lo que sean las normas usualmente llamadas “principios” por los teóricos del Derecho. Aquí no entraré en esta cuestión y no sólo porque lo haya hecho ya en otros lugares (e.g. GF 1998; 2003), sino sobre todo porque no será necesario, dado que la categoría de principio ha cedido protagonismo (por lo que a su virtualidad antipositivista se refiere) a la categoría de norma derrotable. Desde este punto de vista, cabría decir que el argumento antipositivista de los principios tiende últimamente a convertirse en el argumento de la derrotabilidad contra el positivismo jurídico. ¿Pero qué significa derrotabilidad?

3. Derrotabilidad teórica

Predicar derrotabilidad de una norma N significa que N presenta un conjunto de excepciones que no podemos prever *ex ante* (singularmente, antes de su aplicación al caso concreto). Por más que intentemos completar el conjunto de excepciones, siempre podrán surgir otras nuevas. Como la derrotabilidad no es una propiedad privativa de las normas (que indican cómo *debe* ser el mundo), sino que se predica de enunciados descriptivos (que indican cómo *es* el mundo), podemos acudir al discurso teórico para aproximarnos al fenómeno de la derrotabilidad y anticipar superficialmente sus implicaciones lógicas en el discurso práctico.

En efecto, en nuestra vida hacemos un uso cotidiano de enunciados derrotables; aludimos a lo que suele suceder, a lo normal, y formulamos ciertos juicios *por defecto*. El ejemplo clásico es “Todas las aves vuelan”. Utilizamos este tipo de enunciados conscientes de que podríamos intentar incorporar las excepciones para mantener la validez del enunciado “Todas las aves vuelan menos el canario herido del vecino del cuarto, menos el pingüino del zoo...”, pero no podemos establecer un elenco de excepciones, *exhaustivo* y *ex ante* (es decir, no podemos fijar un enunciado estable y *definitivo*). Esta circunstancia lleva a este tipo de enunciados a no cumplir con lo que los lógicos denominan la ley del refuerzo del antecedente. Es posible que la adición de

nuevos enunciados al antecedente invalide el consecuente, lo cual crea inestabilidad; abre la posibilidad de que el enunciado sea revisable. Aún en otras palabras, el razonamiento con este tipo de enunciados se torna no monotónico. Un ejemplo de Robert Brandom (2001: 88) nos muestra la “jerarquía oscilante” propia de un razonamiento no monotónico:

Si raspo una cerilla seca y bien hecha, entonces se encenderá. ($p \rightarrow q$)

Si p y la cerilla se encuentra bajo un campo electromagnético, entonces no se encenderá.
($p \ \& \ r \rightarrow \neg q$)

Si p y r y la cerilla se encuentra en una jaula de Faraday, entonces se encenderá. ($p \ \& \ r \ \& \ s \rightarrow q$)

Si p y r y s y se extrae el oxígeno, entonces no se encenderá ($p \ \& \ r \ \& \ s \ \& \ t \rightarrow \neg q$).

Cabría plantearse entonces si podríamos añadir nuevos elementos al antecedente con el fin de clausurarlo y eliminar así la inestabilidad del enunciado. ¿Podríamos construir realmente un antecedente formado por *todo* el conjunto de casos *relevantes* para la ignición de una cerilla y cancelar así la revisabilidad de nuestro enunciado sobre las cerillas? Ciertamente parece difícil y en todo caso nuestro conocimiento no parece basarse en enunciados así de exhaustivos, de ahí que desatender el fenómeno de la derrotabilidad pueda ocasionar problemas. Incluso cuando razonamos con enunciados teóricos como el de la cerilla, nuestros enunciados sobre cómo es el mundo parecen presididos por generalizaciones mantenidas pragmáticamente por la asunción de su derrotabilidad, de su revisabilidad, de su *falsabilidad*, por decirlo popperianamente.

4. Derrotabilidad práctica

Estas reflexiones pueden trasladarse con sus matices al ámbito práctico. En el caso Noara da la impresión de que nos hallamos ante un caso de imprevisión del legislador. Parece razonable pensar que en condiciones normales cualquier legislador habría incorporado (de haber previsto la posibilidad de este supuesto) una excepción a la prohibición al menor de donar órganos que podría decir algo así como “salvo cuando el receptor sea hijo del donante”. Sin embargo, si los problemas fueran de mera imprevisión y no de imprevisibilidad, entonces las cosas no serían demasiado graves. Bastaría con exigir del legislador algo más de diligencia a la hora de legislar. El problema profundo radica en la intrínseca imprevisibilidad del futuro. Esta

imprevisibilidad puede llegar a tener incluso carácter no meramente empírico, sino conceptual. El caso de las innovaciones conceptuales radicales del que nos habla Popper ilustra esta posibilidad:

En cierta ocasión, en la Edad de Piedra, usted y yo estamos discutiendo sobre el futuro y yo predigo que dentro de los próximos diez años alguien inventará la rueda. “¿Rueda?”, pregunta usted. “¿Qué es eso?” Entonces yo le describo la rueda, encontrando palabras, sin duda con dificultad, puesto que es la primerísima vez que se dice lo que serán un aro, los radios, un cubo y quizá un eje. Entonces hago una pausa, pasmado: “Nadie inventará la rueda, porque acabo de inventarla yo”. En otras palabras, *la invención de la rueda no puede ser predicha. Una parte necesaria para predecir esa invención es decir lo que es una rueda* (MacIntyre 2004: 122, cursivas mías).

Este es un caso extremo de imprevisibilidad, aunque no es necesario llegar a él para comprender que no podemos conocer el futuro y que no podemos saber en qué escenario habremos de tomar decisiones como la que, por ejemplo, afrontó la juez del caso Noara.

Si a la hora de determinar lo que dice una norma atendemos a sus excepciones, entonces lo que una norma ordena, prohíbe o permite no sólo depende de sus excepciones expresamente recogidas en el ordenamiento jurídico positivo. También depende de las excepciones no contempladas en él, pero que puedan surgir en el futuro y que, como en el caso Noara, no hayan sido previstas. Una conclusión posible y desconcertante de asumir la llamada “relación interna” del significado de la norma con sus casos de aplicación podría entonces ser la siguiente a la luz del problema de la imprevisibilidad: como no podemos prever el futuro (los casos de aplicación), entonces no podemos conocer lo que las normas ordenan, prohíben o permiten. Las normas no existen o al menos no pueden guiar nuestras conductas (que es lo que se espera de ellas).

Este argumento de corte jusrealista se halla presente en la célebre interpretación que Saul Kripke (2006: 70 ss.) sostiene a propósito del problema del seguimiento de reglas formulado por Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* (vid. Narváez 2004: cap. III). El problema sería el siguiente: Le decimos a un alumno que continúe una serie de números que hemos formado sumando 2 al anterior. El alumno escribe “2, 4, 6, 8...”, pero por encima de 1000 escribe “1000, 1004, 1008, 1012...” y por encima de 2000, escribe “2006, 2012, 2018...” A partir de ese momento, Wittgenstein (1954: 187) argumenta así en §185:

Le decimos: “¡Mira lo que has hecho!”- Él no nos entiende. Decimos: “Debías sumar *dos*; ¡mira cómo has empezado la serie!” –Él responde: “¡Sí! ¿No es correcta? Pensé que *debía* hacerlo así” –O supón que dijese, señalando la serie: “¡Pero si he proseguido del mismo modo!” –De nada nos serviría decir “¿Pero es que no ves...?” –y repetirle las viejas explicaciones y ejemplos. –Pudiéramos decir quizá en tal caso: Esta persona entiende por naturaleza esa orden, con nuestras explicaciones, como *nosotros* entenderíamos la orden “Suma siempre 2 hasta 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc.”

Así que Wittgenstein (1954: 203) nos dirá en el § 201 de sus Investigaciones filosóficas:

Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo.

En mi argumentación es importante consignar este escepticismo extremo ante las reglas precisamente porque, según creo, la única forma de contrarrestarlo consiste en asumir una posición justeórica antipositivista. Sólo si la razón práctica nos guía de algún modo a la hora de determinar las imprevisibles excepciones de las normas, podremos mantener bajo control la amenaza de devastación que nos formula el escepticismo kripkeano. Dicho brevemente, sólo la renuncia al positivismo jurídico puede salvarnos del escepticismo ante las normas, porque sólo bajo una visión no positivista del Derecho éste retiene inteligibilidad.

Naturalmente, este planteamiento puede someterse a varias objeciones. Una primera e inmediata podría ser la siguiente: ¿Por qué el escepticismo ante las normas afecta a las normas jurídicas y no a las normas morales que habrían de salvar la inteligibilidad de aquéllas? ¿Acaso no pueden presentar las normas morales excepciones igualmente imprevisibles? Al fin y al cabo, los filósofos morales no parecen menos expuestos que los juristas al problema de la imprevisibilidad del futuro y de la posibilidad de emergencia de nuevas excepciones. En tal caso, la asociación del discurso jurídico al discurso moral no serviría para contrarrestar el escepticismo kripkeano, sino sólo para retrasar sus efectos aniquiladores del universo práctico (al menos del universo práctico entendido como conjunto de normas que actúan como guías de conducta). ¿Qué tipo de ética puede ser, en fin, capaz de conferir inteligibilidad a las normas jurídicas y de mantener bajo control el problema del escepticismo ante las

reglas jurídicas al tiempo que resulta inmune frente al problema del escepticismo kripkeano?

5. Constructivismo discursivo

La respuesta más equilibrada a este problema quizá se la debemos al constructivismo ético discursivo de autores como Alexy (1995), Habermas (e.g. 1991), Nino (1994) y Rawls (1980). El constructivismo asume que en el estadio postmetafísico (Habermas 1990) en que nos hallamos, la ética es algo que claramente construimos (Mackie 2000), pero que se construye a través de un procedimiento racional. Por esta razón, quien asuma (como este trabajo hace) una ética discursiva debe enfrentarse a dos problemas importantes: La determinación de *quién* decide y sobre *qué* se decide.

6. ¿Quién decide?

Comencemos con el problema del *quién*. Si, por decirlo rawlsianamente, son “agentes de construcción” (caracterizados de formas diversas según los autores) los que deben debatir sobre lo que debemos hacer siguiendo unas reglas procedimentales y racionales de discusión, se plantea el problema de determinar quién garantice la racionalidad del resultado de sus deliberaciones. ¿No podríamos acaso caer en un subjetivismo o un relativismo éticos insostenibles?

Ante todo conviene recordar que la ética constructivista se configura como un caso de *justicia procedimental pura*³. Esto significa que el resultado del procedimiento es justo en la medida en que se sigan fielmente las reglas del procedimiento y no existe ningún criterio ajeno a éste que sirva para poner en tela de juicio el resultado de ese procedimiento. Por ejemplo, la lotería es un caso de justicia procedimental pura porque, si se ha seguido el procedimiento, entonces es justo que el agraciado se lleve el premio. No existe ningún criterio externo al determinado por el procedimiento (e.g., extraer al azar las bolitas de un bombo) que pueda invalidar el resultado de ese procedimiento. El

³ J. Rawls (1967: 148 s.) nos ofrece tres conocidos ejemplos correspondientes a los tres tipos de justicia procedimental: perfecta, imperfecta y pura. La justicia procedimental perfecta se ilustra con el conocido ejemplo de repartir una tarta. Si establecemos como procedimiento de reparto que quien divide la tarta es el último en elegir, entonces garantizaremos que el reparto se ajustará al criterio previo e independiente del resultado del procedimiento de que las porciones sean lo más semejantes posibles. El procedimiento que rige un juicio penal es un ejemplo de justicia procedimental imperfecta. El procedimiento tiende a alcanzar el resultado de absolver al inocente y castigar al culpable, pero ello no siempre es así. Finalmente, los juegos de azar o las apuestas son ejemplos de justicia procedimental pura porque no existe ningún criterio externo al definido por el procedimiento que evalúe el resultado como correcto o incorrecto. Decir que algo es correcto equivale a decir que es producto del procedimiento.

constructivismo busca de este modo el equilibrio entre el relativismo y el absolutismo morales. Desde este punto de vista, el discurso práctico no es ni puramente objetivo ni puramente subjetivo. Es objetivo en la medida en que las reglas que rigen el discurso práctico son racionales, pero es relativo a los participantes en el discurso, cuyas visiones del mundo pueden variar a lo largo del tiempo (Alexy 1985: 52). Bajo el compromiso constructivista discursivo, reconocer la objetividad de las reglas procedimentales no debería llevarnos a ningún tipo de fundamentalismo o absolutismo moral porque precisamente consagran un procedimiento intersubjetivo; y reconocer la subjetividad del discurso tampoco debería llevarnos, pues, a ninguna forma de emotivismo o subjetivismo moral, porque cuenta con unas restricciones procedimentales.

7. ¿Sobre qué se decide?

Ya hemos visto que la imprevisibilidad del futuro implica el desconocimiento de los casos que podrán plantearse y de las posibles excepciones que habrá que formular para resolverlos. Ahora sólo desearía subrayar esta contingencia objetiva, que se añade a la subjetiva indicada en la sección anterior, a través de una breve incursión en los argumentos del particularismo ético, que bajo la forma de particularismo jurídico tienden a abundar, siguiendo otro camino, en el escepticismo ante las normas de corte kripkeano al que me he referido anteriormente. En síntesis, los particularistas defienden, con Jonathan Dancy al frente, que las normas generales carecen de sentido en el ámbito práctico. Lo que los particularistas denominan “generalismo” incurriría en el error de creer que las normas generales sirven de algo, cuando no es así. Sólo podemos dar respuesta a casos particulares porque sólo podemos calificar los casos verificando la concreta interacción de la constelación de rasgos relevantes que concurran en ese caso.

Dicho de otro modo, el principio particularista del holismo de las razones afirma que la polaridad de una razón sólo puede determinarse en el caso porque tal polaridad depende de la interacción de las diversas razones relevantes en el caso concreto y no podemos conocer qué constelación de razones se formarán en el futuro. Para ilustrar esta cuestión, me parece especialmente expresivo un ejemplo del propio Jonathan Dancy (2004: 15 s.), quien nos habla de un restaurante neoyorquino que no sabemos si recomendar o no. Un amigo nos dice que la comida es horrible y esto no nos gusta. Otro nos dice que las porciones son minúsculas y esto tampoco nos gusta. Tomadas aisladamente, ambas son razones para desaconsejar el restaurante. Ciertamente, las porciones pequeñas de *nouvelle cuisine* pueden ser una razón para no ir a un restaurante

y la mala comida es también una razón para no ir a un restaurante, pero bien pensado, si la comida es mala, entonces parece bueno que se sirva en porciones pequeñas. Las porciones pequeñas han cambiado de polaridad y comienzan a ser una buena razón para ir a cenar con los amigos especialmente si a esa razón se unen otras consideraciones. Por ejemplo: que comer menos nos permitirá disfrutar del bello panorama de la terraza, de la amabilidad de los camareros o de la música ambiental.

En suma, no podemos prever ni *quién* decidirá (i.e. no podemos prever cómo serán nuestros participantes en el discurso) ni *sobre qué* se deberá decidir (qué constelación de rasgos relevantes configuran el caso). Esto significa que la imprevisibilidad de los futuros casos plantea un desafío a la propia posibilidad de emplear normas generales incluso *prima facie* (lo que los particularistas denominan “generalismo rossiano”). Creo que la consideración como normas derrotables tanto de las normas constitucionales que hablan de nuestros derechos como (por el efecto de irradiación) de normas infraconstitucionales como la que prohíbe donar órganos a los menores, permite, con el auxilio de una ética discursiva, resolver razonablemente el problema de la imprevisibilidad del futuro sin caer en un particularismo escéptico ante toda norma general y las razones prácticas para la derrotabilidad sirven para explicar por qué.

8. Conclusión. Razones prácticas para la derrotabilidad

Poco a poco, la constatación de algunos problemas de nuestro discurso jurídico nos ha ido suministrando las claves para asumir la necesidad del uso de normas derrotables en la esfera del Derecho sin quebrar su inclusión en la más amplia esfera del discurso práctico general. Desde este punto de vista, me parece que la derrotabilidad de normas jurídicas como “ningún menor podrá donar órganos” responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever.

Sería, en efecto, irracional que canceláramos la posibilidad de deliberar y revisar nuestras normas ante la emergencia de casos imprevisibles y de nuevos agentes de construcción y la razón práctica no puede ser irracional. Ello podría provocarnos una cierta sensación de desamparo si atendemos a los riesgos de nihilismo kripkeano y de particularismo práctico indicados más arriba, pues no podríamos conocer el contenido de las normas o al menos no podríamos guiarnos de acuerdo con ellas (que es lo mínimo que cabe esperar de las normas). Sin embargo, la razón práctica no sólo sirve para

justificar la derrotabilidad de las normas que aplican los jueces; también es el instrumento para *administrar* la derrotabilidad que cabe predicar de ellas. Desde este punto de vista, sólo cuando contemplamos las normas (y eso incluye las consideradas jurídicas en su sentido institucional más estricto) como normas sometidas a la razón práctica general, entonces resultan inteligibles (existen y podemos conocer su contenido) y su aplicación puede mantenerse *bajo control*.

¿Cómo afectan todas estas reflexiones a las relaciones entre Derecho y moral? Una conclusión que he tratado de explorar en otros lugares (e.g. GF 2006) podría ser la siguiente. Parece claro que el constitucionalismo ha transformado el Derecho situando en su núcleo conceptos morales que sólo pueden ser concretados mediante su inclusión en una argumentación moral. Parece también claro que el constructivismo ético de corte discursivo ha transformado la moral, que ha dejado de ser monológica para hacerse dialógica, comunicativa, procedimental. Una forma de interpretar este tránsito hacia su procedimentalización consiste en identificar en él una juridificación de la moral. La moral, como el Derecho, sería una obra humana desarrollada procedimentalmente. Desde este punto de vista, el constitucionalismo habría aproximado el Derecho a la moral y el constructivismo habría aproximado la moral al Derecho. La contraposición entre un Derecho positivo y una moral que no lo es se habría desvanecido. En este sentido, la positividad habría dejado de ser una propiedad privativa y distintiva del Derecho para predicarse también de la moral. También la moral es algo *puesto* por los hombres.

Quien acepte que ambas transformaciones se han dado en estos términos habrá de concluir de manera muy natural que la discusión sobre el concepto de Derecho tal y como ha sido tradicionalmente configurada por positivistas y jusnaturalistas parece desenfocada. Desde este punto de vista, Tanto unos como otros han discutido apasionadamente sobre si existía o no una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral, pero su desacuerdo encubre un acuerdo más profundo: el acuerdo sobre la pertinencia de la cuestión sobre la que discuten. Quizá ese acuerdo profundo radique en la común asunción preteórica de que Derecho y moral son dos esferas normativas entre las que existen o no relaciones conceptuales. Podríamos denominar a este supuesto, el supuesto del dualismo. El supuesto del dualismo excluye, sin embargo, otra posibilidad: la de contemplar la articulación Derecho-moral en términos no duales sino graduales. Bajo esta perspectiva, Derecho y moral no serían propiamente dos sistemas normativos conexos o no. Sería más razonable contemplar nuestro universo práctico

como un conjunto de normas que conformarían un *espectro* de procedimientos en cuyos extremos hallaríamos de un lado un máximo grado de institucionalización y de otro un máximo grado de corrección. Cuando vemos así las cosas, casos como el de Noara dejan de ser una fuente de perplejidad.

Referencias bibliográficas

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 1985: R. Alexy, "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. Carlos de Santiago, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 43-57.

Alexy 1993: R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, CEPC, Madrid.

Alexy 1995: R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Francfort del Meno.

Brandom 2001: R. Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press.

Dancy 2004: J. Dancy, *Ethics without Principles*, OUP, Oxford.

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 (1991), pp. 55-67.

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

GF 1998: A. García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, C.E.P.C., Madrid.

GF 2003: A. García Figueroa, "La incidencia de la derrotabilidad de los principios jusfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni pubbliche* (www.dirittoquestionipubbliche.org), n° 3 (2003), pp. 197-227.

GF 2006: A. García Figueroa, "El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo", en A. García Figueroa (coord.), *Racionalidad y Derecho*, CEPC, Madrid, pp. 265-289.

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

Habermas 1990: J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid.

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

Kripke 2006: S.A. Kripke, *Wittgenstein. A propósito de reglas y lenguaje privado. Una exposición elemental* (1982), trad. Jorge Rodríguez Marqueze, Tecnos, Madrid.

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

MacIntyre 2004: A. MacIntyre, *Tras la virtud*, trad. Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona.

Narváez 2004: M. Narváez Mora, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid.

Nino 1994: C.S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.

Pecznik 1989: A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht.

Radbruch 1990: G. Radbruch, *Gesamtausgabe* (edición de Arthur Kaufmann), C.F. Müller Jur. Verl., Heidelberg.

Rawls 1967: J. Rawls, "Distributive Justice", en J. Rawls, *Collected Papers* (ed. Samuel Freeman), Harvard University Press, Cambridge 1999, pp. 130-153.

Rawls 1980: J. Rawls, "Kantian Constructivism in Moral Theory", en J. Rawls, *Collected Papers*, cit., pp. 303-358.

Wittgenstein 1954: L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 2002.