

aparece ese lugar común de la filosofía política y jurídica, con la consiguiente lucha entre principios en apariencia opuestos como la libertad y la igualdad.

Pero ¿qué esperar del futuro? El profesor Gago advierte que el conflicto y la virulencia persistirán mientras se siga optando por declaraciones abstractas que se realizan obviando la realidad social, la historia y la tradición, esto es, mientras los derechos se declaren internacionalmente sin contar con las vicisitudes de los hombres. De ser este el camino que se tome, al final el Derecho será irreconocible como Derecho.

En cualquier caso, *Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto internacional* es una obra que merece ser leída por diferentes motivos. En primer lugar, porque constituye un contrapunto a tener en cuenta en un contexto científico plagado de cierto “buenismo”, también en lo jurídico. En segundo término, porque al ofrecer un análisis de la segunda generación de Derechos y su problemática aplicación en concurrencia con los de primera generación, permite observar de cerca las incoherencias de una política juridificada. En tercer lugar, porque es actual la disección de una ideología jurídico-político instalada en el escenario internacional que promueve un cierto universalismo, sin consistencia teórica ni práctica. Y, en cuarto y último lugar, porque, con independencia de que estemos o no de acuerdo con el autor, lo cierto es que expone un minucioso conocimiento jurídico, político, sociológico y filosófico que puede guiar nuestras propias reflexiones personales.

*José María Carabante*

Alfonso GARCIA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, 265 pp.

Aunque con menor vigencia que en tiempos anteriores, sigue siendo práctica habitual en determinados círculos la presentación en sociedad de los vástagos propios al alcanzar cierta edad, normalmente la mayoría de edad. Presentación que, desde luego, les hace entrar en sociedad pero que no deja de comportar sus riesgos toda vez que, al someterlos a la luz pública, pueden suscitar comentarios más o menos benevolentes, más o menos malintencionados, por parte de aquellos a quienes son presentados.

Tal es el caso del profesor García Figueroa que ha presentado, ante el público lector en general y la comunidad iusfilosófica en particular, a “sus” criaturas de la moralidad lo que, como era de esperar, dada la índole del círculo social ante el que se realiza –“tan reducido como arbitrario”, en palabras del autor–, no ha dejado de levantar expectación. Y en efecto, nos consta que, además de la nuestra, tales

criaturas han reclamado hasta ahora, al menos, la atención de tres colegas, lo que, al parecer, ha provocado en ellas gran satisfacción.

Gran satisfacción que, sin embargo, no acaba de entenderse del todo, pues han sido presentadas como “criaturas de la moralidad”, esto es, omitiendo toda referencia a su progenitor paterno y es que, desde luego, por mucho que el profesor García Figueroa aparezca como autor de la obra, no cabe atribuirle, por razones obvias, la paternidad de tan morales criaturas. Tampoco parece razonable pensar que la moralidad sea una suerte de diosa que crea *ex nihilo* sus criaturas –*entia moralia* a lo Pufendorf–, y el profesor García Figueroa un profeta iusnaturalista racionalista que nos la presenta, sino que, más bien, resulta obligado concluir que tales criaturas han de tener, como cualquier otra, un progenitor masculino que, tal y como dictan los cánones, en ocasiones semejantes debería estar presente o, a lo menos, haber justificado su ausencia.

Con todo ello, parece oportuno examinar con la mayor atención a esas criaturas morales para tratar de averiguar quién pueda ser ese padre al que tan ostensiblemente se silencia y los motivos de su silenciamiento. Por lo mismo, parece también oportuno examinar atentamente el papel desempeñado por el profesor García Figueroa en todo el asunto, aunque, bien miradas las cosas, no parece que su comportamiento haya sido altruista y desinteresado sino más bien todo lo contrario tal y como puede deducirse del subtítulo de su obra y de la cita de R. Dworkin con que la encabeza.

Y en efecto, no hacen falta demasiadas cábalas para concluir que los *legal and “moral” rights* que Dworkin califica de *creatures of morality*, son los *derechos*, a través de los cuales el autor pretende realizar *Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho* con lo cual resulta obligado hablar más bien de una, por así llamarla, adopción interesada de tales criaturas, de tales derechos –en minúscula–, con el objetivo de utilizarlos, de hacer *a través de* ellos una aproximación a su auténtico objetivo –con mayúscula–, el Derecho.

Pero, a todo esto, quizás vamos demasiado aprisa, quizás estamos concluyendo demasiado alegremente desde el título, el subtítulo y la cita inicial de la obra, desde la mera invitación a la presentación, y deberíamos atender ya a la presentación misma, al texto, para corroborar o no nuestra impresión inicial. Vayamos, pues, a ese texto estructurado en una introducción y siete capítulos, el último de los cuales incluye “algunas reflexiones”, que no conclusiones, finales.

La *Introducción* es calificada por el propio autor como un prelude introspectivo y a fe que lo es, pues en él, confirmando de algún modo nuestra primera impresión, el padre adoptivo no comienza hablando de sus criaturas, sino de sí mismo. Lejos de atenerse al viejo *de nobis ipsis silemus*, lejos de observar la virtuosa directriz de la invisibilidad del yo, el autor se confiesa “apóstata del positivismo”. En otros términos, confiesa haber abandonado a otras criaturas, cuyas miserias pinta con cierto detalle, describiendo a continuación la evolución que le ha llevado desde esa apostasía de la fe positivista a ocuparse de “las criaturas más *bellas* de

nuestro ordenamiento jurídico”: las criaturas constitucionales y en particular, las iusfundamentales.

Ahora bien, y como habíamos sospechado, esas criaturas efectivamente tienen padre, si bien no parece que hayan heredado de él la belleza, y es que, según reconoce el autor, siguiendo el criterio del profesor Laporta, son bellas criaturas de la moralidad pero también son terribles “criaturas del poder”. Un padre terrible, pues, del que, sin embargo, se puede, y se debe, prescindir dado que, literalmente, si bien las criaturas iusfundamentales son, por su origen, criaturas del poder una vez instaladas en el reino de la justificación (el único en que son inteligibles), sólo valen por su condición de criaturas de la moralidad.

No parece, con todo, que la entrada en tan justificador reino sea suficiente para justificar el repudio del padre de sus criaturas morales, y es que nuestro autor apela también a otro tipo de justificación, la ético-estética, trayendo a colación la autoridad de O. Wilde: *Those who find ugly meanings in beautiful things are corrupt without being charming... and those who find beautiful meanings in beautiful things are the cultivated. For these there is hope.*

Haya o no esperanza para nosotros, lo cierto es que la cadena de justificaciones en que acaba derivando el prelude introspectivo de la *Introducción* no concluye ahí sino que alcanza también al propio autor, al profesor García Figueroa, quien también justifica su apostasía de la fe positivista. Para ello se sirve, no de argumentos éticos, estéticos o de autoridad sino científicos. Científico-académicos para ser más precisos y es que ese cambio de opinión no sería sino una manifestación de la más noble virtud del investigador: la disposición a cuestionar todas las opiniones, incluidas las de su padre académico, el profesor Prieto, con quien, de paso, confiesa tener desacuerdos teóricos, si bien afirma expresamente que haría mal quien interpretase las críticas a sus planteamientos como una rebeldía edípica.

Desde luego no es momento de ponerse a interpretar, bien o mal, esos desacuerdos, pues de todo lo anterior parece que podemos sacar ya algunas conclusiones. Y en efecto, ya hemos corroborado nuestra impresión inicial y ya sabemos quien es el padre de esas criaturas al que tan ostensiblemente se silenciaba. También sabemos los motivos de su repudio: la, por así llamarla, auto-justificación que la belleza da a las criaturas adoptadas por el profesor García Figueroa y que, al parecer, permite obviar a su terrible padre. Y también conocemos los motivos de esa adopción, cómo habiendo apostatado de la fe positivista, el autor pretende ahora servirse de tan bellas criaturas, utilizarlas para hacer a su través una aproximación neoconstitucionalista al Derecho.

Así las cosas, podríamos poner ya algunos reparos y es que ciertamente no resulta del todo aceptable un planteamiento como el que se sigue de lo anterior. Más bien parece que una teoría del derecho, *una aproximación al Derecho*, consecuente debería dar cuenta tanto de la terribilidad como de la belleza, tanto del poder como de la moralidad de *los derechos* a través de los cuales se realiza, por plantearlo en los términos en que lo hace el autor. Pero de nuevo estamos conclu-

yendo muy deprisa, sin haber entrado siquiera en el cuerpo del texto, de modo que lo que procede es dejar en suspenso cualquier conclusión y pasar a examinar detenidamente la aproximación que el autor pretende.

Una aproximación que comienza de forma descriptiva. Y en efecto, en el capítulo primero, el derecho en la metaética de babel, se describen los cambios experimentados en la realidad a la que hoy nos enfrentamos: su carácter *líquido*, la progresiva implantación de sociedades multiculturales, un orden internacional crecientemente globalizado, la aparición de éticas constructivistas y discursivas que atienden a las peculiaridades de los participantes en el discurso moral, permitiendo articular la convivencia de distintas concepciones del mundo... hasta llegar, finalmente, al plano jurídico y a la constitucionalización del Derecho, que es asimismo descrita en sus transformaciones principales: el desplazamiento de la centralidad de la Ley a favor de los Constitución, la entrada en ésta de ciertos ideales morales bajo la forma de derechos constitucionales, la nueva forma de contemplar la legislación, sometida también a exigencias de razón práctica, la legitimación argumentativa y no solo representativa de la producción normativa de los jueces...

El capítulo se cierra con una descripción del *neoconstitucionalismo*, al que se califica como un movimiento, una tendencia, una teoría del Derecho aún en formación, surgida como consecuencia de esas transformaciones del Derecho y con objeto de estudiarlas, y opuesta tanto al positivismo jurídico imperante durante los dos últimos siglos como al iusnaturalismo teológico tradicional. Una teoría del Derecho y, al tiempo, un paradigma, el paradigma del Estado constitucional de Derecho, teniendo por ello una vocación totalizadora que implica aspectos metodológicos, descriptivos y prescriptivos.

Esa primera descripción se amplía en el capítulo segundo, una ventana abierta a la moral en el derecho constitucional, donde el autor, a los efectos de situar el *neoconstitucionalismo* entre las demás concepciones del Derecho, traslada las reflexiones teóricas del primer capítulo a la práctica sirviéndose de un “caso muy sencillo”. Y así, tras quitarse el traje de gala de las disquisiciones teóricas se pone a la faena y plantea a tres juristas amigos suyos –formalista, crítico y neoconstitucionalista respectivamente–, su intención de abrir una ventana al exterior en el comedor de su casa muy próxima, por lo demás, a la de su vecino.

El primero de ellos, el formalista, tras leerle de corrido el artículo 582 C.c. le contesta que, en aplicación de esa *regla*, no cabe abrir ventanas –con independencia de cualquier otra consideración y por mucho que intente adornar el caso–, si no están al menos a dos metros de distancia de la casa del vecino. El jurista crítico, por su parte, le transmite su confianza en que el juez que vea el caso pudiera practicar un cierto activismo judicial para corregir las iniquidades inherentes al Derecho. Desalentado por esas respuestas que se reducen a la ciega aplicación del Derecho o la ciega inaplicación del mismo, finalmente el autor llega a casa del neoconstitucionalista quien, tras examinar el caso, aduce que el aplicador podría invocar, al menos, una norma constitucional, un *principio* constitucional, como el

artículo 47 CE que establece que todos los españoles tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Respuesta ésta que el autor aprovecha para distinguir entre un *neoconstitucionalismo débil*, como el de Ferrajoli o Prieto, fiel al positivismo, a la tesis fuerte de separación entre Derecho y moral, pues considerarían que ambos artículos son derecho positivo y un *neoconstitucionalismo fuerte*, como el de Dworkin, Alexy o Nino, que mantendría que no es posible escindir Derecho y moral, y que el artículo 47 de la CE incorporado al 582 C.c., dando lugar a la norma completa aplicable, incluiría al menos un término del léxico moral: la dignidad que se predica de la vivienda.

La distinción entre regla y principio con la que se ha jugado en el caso de la ventana no resulta, con todo, satisfactoria para el autor, dado que, en su opinión, sería deudora de una visión atomística del ordenamiento incompatible con la efectiva configuración de un ordenamiento jurídico y particularmente inconsistente con los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales. Razones por las que pasa a analizarla con cierto detenimiento en los dos capítulos siguientes de la obra.

En el primero de ellos, el capítulo tercero, la épica de los principios en la política: triunfos, se plantea hasta qué punto es deseable institucionalmente la centralidad de las normas iusfundamentales configuradas como principios en los ordenamientos constitucionales. Con semejante planteamiento no pretende sino responder tanto a la creencia, pesimista y escéptica, de que, bajo una configuración principial, los derechos fundamentales corren el riesgo de devaluarse, mereciendo habitualmente una regulación menos prolija y detallada que la de productos como las salchichas –como irónicamente afirma Alexy–, cuanto a la de que los jueces gozan de la injustificada oportunidad de incrementar su poder en el Estado constitucional, dado que –como afirma Habermas–, los derechos fundamentales dirían demasiado poco en la medida que se expresan a través de principios, con lo que los jueces podrían decir demasiado, quedándole al Legislador demasiado poco que decir.

La respuesta del autor consiste en subrayar las ventajas de contemplar los derechos fundamentales como principios en cuanto que éstos representarían la traducción en el plano deontológico de la carga axiológica que el Derecho constitucionalizado debe incorporar con dos fines básicos: canalizar adecuadamente nuestros ideales y ello en contextos de pluralismo sociológico y constructivismo ético.

Dado que, a todo esto, aún no se ha especificado por completo qué entiende por principio, el autor aborda en el capítulo cuarto, la épica de los principios en la teoría del derecho: derrotas, el significado de esa noción y qué supone la configuración de los derechos fundamentales, sus criaturas morales, como principios en la concepción del Derecho. A tal efecto, asume que la propiedad más importante de las normas iusfundamentales en cuanto principios, es su derrotabilidad. Punto que, volviendo a su ventana particular–al 582 C.c y al 47 CE–, y en diálogo crítico

con Alexy desarrolla en el primer apartado del capítulo *Reglas y principios. Una distinción paradójica*,

El segundo apartado *Consecuencias iusteóricas. Una aproximación al Derecho desde los derechos* desarrolla un aspecto de esa derrotabilidad que, según el autor, no suele ser destacado en su justa medida, su carácter disposicional lo que le permite formular en el último de los apartados del capítulo, *Derrotabilidad, disposición y corrección*, la tesis de la disposición de corrección según la cual todo sistema jurídico presenta una disposición de corrección que puede ser actualizada argumentativamente. Una tesis que se opone tanto a la tesis de la corrección iusnaturalista según la cual todo Derecho es en alguna medida correcto, como a la tesis de la separación según la cual el Derecho no es necesariamente correcto en medida alguna.

El capítulo quinto el dilema del positivismo jurídico no deja de sorprender al lector, pues, una vez especificado, en el capítulo anterior, el concepto de principio que maneja el autor, hasta el punto de haber formulado su tesis de la disposición de corrección; una vez, pues, que ha realizado “su” *aproximación al Derecho desde los derechos*, no era de esperar que volviera sobre su antigua fe, y menos con el propósito expreso de plantear qué sentido le queda en un contexto en el que su adversario tradicional, el iusnaturalismo teológico, está seriamente debilitado. Sea de ello lo que fuere, el autor realiza un agudo análisis de la fe de la que apostató –a la que califica ahora de fe en la apostasía–, examinando sus principales variantes contemporáneas –incluido el positivismo normativo antisistema de su padre académico, el profesor Prieto, así como los recientes intentos de restaurar la tradición positivista– para concluir que la incertidumbre en torno al sentido de esa fe no habría salido nunca de la vieja casa del positivismo.

Tampoco deja de sorprender el penúltimo capítulo de la obra, hacia dónde se dirige la teoría del derecho. elementos para un programa neoconstitucionalista, pues, no parece acabar de corresponderse con el subtítulo de la misma *Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* del que ciertamente, como vimos, se desprendía un objeto al que aproximarse, el *Derecho*, en mayúsculas, así como un camino por el que realizar esa aproximación, *a través de los derechos, a través de las criaturas morales*, en minúscula. Dicho en otros términos, no parece casar del todo la intención de “aproximarse a”, con un preguntarse “hacia dónde”, que se estructura, además, en hasta seis “hacias”.

Sea de ello, de nuevo, lo que fuere, el autor desarrolla brillantemente los seis *Hacias* que conformarían ese programa neoconstitucionalista: *Hacia la disolución de una dialéctica*, *Hacia un nuevo paradigma jurídico*, *Hacia una teoría menos esencialista y más pragmática*, *Hacia una teoría menos general y más particular*, *Hacia una teoría menos objetualista y más interpretativa* y *Hacia una teoría menos sistemática y más problemática*.

El libro se cierra con un capítulo titulado el horror al cisne negro. algunas reflexiones finales, en el que, tras retomarse el tema de la derrotabilidad de las

normas jurídicas (la posible emergencia de cisnes negros en el horizonte del Derecho), se pone especial énfasis en que su reconocimiento consecuente presupone la posibilidad de racionalidad práctica; presupone alguna forma de racionalidad práctica razonablemente articulada a través del constructivismo ético. El punto arquimédico último en que se sustenta la propuesta neoconstitucionalista del profesor García Figueroa sería, pues y literalmente, que “el bien (como las disposiciones legales) se inventa pero es necesario hacerlo racionalmente”.

En definitiva y a la vista de una propuesta de la que lo anterior no es sino un breve esquema que apenas si le hace justicia, no cabe sino resaltar la brillantez con la que se presenta y el rigor intelectual del que, una vez más, hace gala el autor. Todo lo cual, sin embargo, viene a abundar en la consideración que hacíamos más arriba. Y es que, en efecto, una vez leída la obra del profesor García Figueroa, uno no puede dejar de imaginar cuál podría haber sido “su” *aproximación al Derecho a través de los derechos*, si esos derechos no se hubieran considerado sólo en su condición de bellas criaturas morales sino también en la de terribles criaturas del poder.

*Aurelio de Prada*

Alejandro GONZÁLEZ-VARAS, *Derecho y conciencia en las profesiones sanitarias*, Dykinson, Madrid, 2009, 263 pp.

Las constantes transformaciones que el pensamiento postmoderno ha traído consigo dentro de la sociedad actual, necesariamente se han visto reflejadas en dinámicas variaciones en las legislaciones. Dichos cambios sociales no necesariamente corresponden un motivo de actualización de las instituciones sociales propias de una positiva evolución de la sociedad, sino que, la más de las veces, responden a una ideología política que busca, mediante el cambio de los paradigmas culturales e incluso legislativos, establecer una serie de principios que rijan a la sociedad.

Todos estos cambios en las sociedades modernas –sin duda muchos de ellos cuestionados–, han sido objeto de atención por parte de los ciudadanos quienes, atentos a la realidad social y a los diversos mecanismos jurídicos que la propia legislación ofrece, han apaleado a la figura de la objeción de conciencia para no cumplir con una norma vigente que les exija algún tipo de actuación que vaya en contra de los mandatos de su propia conciencia.

Uno de los ámbitos profesionales que de manera particular se ha visto permeado por los cambios sociales y legislativos actuales, es el campo de las profesiones sanitarias, personas quienes, preocupadas por el libre ejercicio de su profesión en