

COMENTARIO A LA PONENCIA DE ROBERT ALEXY

“El concepto no-positivista de los derechos fundamentales. Teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”

Gregorio Robles Morchón
Catedrático de Filosofía del Derecho,
Universidad de las Islas Baleares

INTRODUCCIÓN.

La profesora María Elósegui me ha honrado invitándome a estas jornadas, lo que agradezco muy sinceramente, además de a la *Alexander von Humboldt Stiftung* y a la Fundación Jiménez Abad. Les felicito por organizar un *Zusammentreffen* tan rico en contenido y que a nosotros, los becarios de la Fundación *Alexander von Humboldt* nos llena de satisfacción. Constituye una nueva ocasión para continuar con nuestro trabajo sobre fuentes y autores alemanes, y así no perder el contacto con lo que consideramos uno de los soportes fundamentales de nuestra vida académica e intelectual. También quiero agradecer su colaboración a la Asociación AvH de España cuyo Secretario, el profesor Adolfo de la Fuente, nos honra con su presencia.

María me ha encargado que presente un comentario a la ponencia del profesor Alexy, lo que hago con mucho gusto. Adelanto que no soy especialista en su obra, aunque debo añadir que, a lo largo del tiempo, he leído algunos de sus trabajos, más en concreto sus dos libros principales, publicados por la editorial Suhrkamp: *Theorie der juristischen Argumentation*¹ y *Theorie der Grundrechte*², este último – he de confesar- tan sólo parcialmente. Teniendo en cuenta que apenas he tenido dos semanas para preparar este escrito, pido disculpas por mis posibles errores y/o imprecisiones, para cuya corrección estoy abierto a las indicaciones que se me hagan tanto en estas jornadas como después, y por las cuales ya les expreso mi agradecimiento anticipado. Considero esta

¹ Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main. Suhrkamp Verlag, 1978.

² Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1986.

intervención como un honor, que he aceptado encantado para contribuir de esta manera al homenaje al profesor Robert Alexy.

A mi juicio, la ponencia que presenta hoy el señor Alexy recoge los puntos sustanciales de sus ideas sobre los derechos fundamentales, los principios y la teoría de ponderación, desarrollados ya en escritos precedentes, entre ellos los dos libros citados.

Como la ponencia es bastante densa me limitaré a subrayar algunos de sus puntos, los que he considerado básicos, bien sea para ejercer sobre ellos un mero comentario explicativo, bien sea –sobre todo- para manifestar mis puntos de vista críticos. Pues, como suele decirse, no existe mejor homenaje a un autor que criticarlo con sincero rigor.

Pero, antes de introducirme en el comentario de la ponencia de Alexy, deseo decir algunas palabras sobre los principios jurídicos en el derecho comparado, porque eso nos puede suministrar algunas claves para entender cabalmente las coordenadas de su pensamiento.

1. UN POCO DE DERECHO COMPARADO.

Recuerdo que, cuando preparé mis oposiciones a Adjunto y después a Catedrático de Filosofía del Derecho, a finales de los setenta y comienzos de los ochenta, me sorprendió que, mientras que la bibliografía española e italiana sobre los principios era abrumadora, no sucedía lo mismo con la alemana. Un tema del programa que presenté entonces estaba dedicado a los principios jurídicos, de tal manera que para su preparación hice una síntesis de algunas obras.

De autores españoles e italianos puedo recordar bastantes nombres, casi todos civilistas, pero también administrativistas y filósofos del derecho³.

³ Entre los españoles: Benlloch, ¿Qué debe entenderse por principios generales del derecho? Revista de los Tribunales, t. 37, 1903. Felipe Clemente de Diego, El método en la aplicación del derecho civil: Los principios generales del derecho. Revista de Derecho Privado. Año IV. Núm. 37, 1916, pp. 285-304. Mauro Miguel y Romero, Los principios generales del derecho y la doctrina legal como fuentes jurídicas en España. Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1941, pp. 340-358. J. Castán, Aplicación e investigación del derecho. Reus.

De los alemanes recuerdo que manejé un libro de Helmut Coing sobre los principios superiores del derecho⁴ y el más conocido de Josef Esser que ya estaba traducido al español hacía años⁵.

Pero, como digo, me sorprendió no encontrar apenas referencias en las obras de los civilistas alemanes, como p.ej. en Karl Larenz⁶. Indagué el motivo y pronto creí descubrir la razón. Mientras que el Codice Civile italiano hacía explícita referencia a “i principi generali del diritto” y el Código Civil español de 1889 a los “principios generales del derecho”, y también en la versión de 1974, en el BGB no se los menciona. ¿Por qué razón? Muy probablemente – pensé como una simple conjetura- porque la concepción tradicional alemana en materia de fuentes las reduce a estas dos: la ley y la costumbre.

Madrid 1947; reedición Reus, Madrid 2005, con prólogo de J.J. Pintó Ruiz; pp. 301 y ss. J. Mans Puigmarnau, Los principios generales del derecho. Barcelona. Bosch 1947. G. García Valdecasas, La naturaleza de los principios generales del derecho. Volumen “Ponencias españolas” al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado. Barcelona 1962. L. Legaz Lacambra, Los principios generales del derecho, en el volumen citado de „Ponencias españolas“ al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, 1962. Entre la bibliografía italiana destaca el libro de Giorgio del Vecchio, I princidi generali del diritto. Traducción española. Bosch. Barcelona. Un tratamiento compendioso de la problemática, con abundantes referencias bibliográficas, sobre los principios jurídicos puede verse en: Federico de Castro y Bravo, Derecho civil de España. Parte General, tomo primero. Valladolid. Editorial Casa Martín, 1942, pp. 338-367; posteriormente, con el mismo título, publicada por el Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1955, pp. 448-485. Puede verse también el estudio de Pío Cabanillas Gallas, Consideraciones sobre los principios generales del derecho. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1977. También Eduardo García de Enterría, Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho. Madrid. Civitas 1984; Joaquín Arce y Flórez-Valdés, Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid. Civitas 1990.

⁴ Helmut Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts. Heidelberg. Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung Haft 4. 1947. Coing entiende los principios superiores del derecho como la principal manifestación del derecho natural. Entre dichos principios destacan los derechos fundamentales: Cfr. pp. 64 ss.

⁵ Josef Esser, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Traducción del alemán de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona. Bosch. 1961. La versión original en alemán se publicó en 1956.

⁶ Karl Larenz, Metodología de la ciencia del derecho. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Ariel. Barcelona. 1966 (la versión alemana se publicó en 1960). En esta edición los principios brillan por su ausencia. En la edición posterior Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Vierte, ergänzte Auflage. Berlin – Heidelberg – New York. Springer-Verlag 1979 se nota una cierta presencia de los principios, aunque no figuran en el índice analítico. El traductor (Rodríguez Molinero) español si los introduce. En la última etapa Larenz publicaría un bello libro con amplio tratamiento de los principios jurídicos, y subtitula la obra “Elementos de Ética jurídica”: Karl Larenz, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik. Manchen. Beck 1979.

Estaba, por tanto, ante un hecho sorprendente: mientras en la bibliografía relativa a algunos ordenamientos jurídicos el tratamiento de los principios en el derecho privado era abundante y profundo, no sucedía lo mismo en la literatura jurídica alemana.

La expresión “principios generales del derecho” o simplemente “principios jurídicos”, o cualquier otra expresión parecida, tiene su origen en el seno del derecho privado. No aparece aún en el Código civil francés aunque, con motivo de la discusión sobre sus preceptos, se ofrecieron varias posibilidades para los casos en lo que el juez no encontrara una ley aplicable; sin embargo no se concretó ninguna de ellas en un artículo de dicho cuerpo legal. Sí aparece, por el contrario, en el Código civil austriaco de 1811, que ordena al juez, en el supuesto de que no halle solución al caso ni en la ley ni por medio de la analogía, que decida según los “principios jurídicos naturales” (“natürliche Rechtsgrundsätze”)⁷. Posteriormente, el Código civil albertino de 1837 introduce la expresión “principios generales del derecho” (“principi generali del diritto”). Le sigue el Código civil italiano de 1865 con idéntica fórmula. El Código civil italiano de 1942, quizás para evitar interpretaciones iusnaturalistas del concepto, la sustituye por la de “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado” (“principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”)⁸. Los cambios de terminología responden a las polémicas entre iusnaturalistas y iuspositivistas sobre cómo interpretar los principios jurídicos.

En el derecho español, si bien la idea y la fórmula son antiguas, se incorpora en 1889 al Código civil, cuyo artículo 6, tras prohibir en su párrafo primero la denegación de justicia por parte de los jueces, en el segundo párrafo establece

⁷ Parágrafo 7 del ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch). Véase F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Wien / New York. Springer Verlag 1982, pp 481 y ss. El texto en español nos lo proporciona Pío Cabanillas, op. cit. p. 18. “Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley, en los casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá, de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales”. Obsérvese el uso de la expresión “maduramente pesadas”.

⁸ Para ser más exactos, en el artículo 12.2 de las Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262. Este precepto reza así: “Si una controversia no puede decidirse con una disposición precisa, se considerarán las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso aún queda sin resolver, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

el procedimiento de aplicación del derecho: primero, la ley; después, la costumbre; y, en defecto de ambas, los principios generales del derecho⁹. Con la reforma del Título Preliminar del Código civil español en 1974, el artículo 1º.1 proclama: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Contrasta con esta formulación la propia del Código civil suizo que, en su artículo 1º permite al juez en caso de laguna que aplique la norma que hubiera promulgado en caso de ser el legislador. El mencionado artículo remite al juez, en primer lugar, a la ley; en segundo término, a la costumbre; después, a la doctrina acreditada y a la tradición (“nach bewährter Lehre und Überlieferung”). Y añade que, para el caso de que no encuentre norma aplicable en ninguna de esas fuentes, falle según la regla que él hubiese impuesto como legislador (“so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen würde”). Este artículo hizo las delicias del llamado movimiento del derecho libre (Freirechtsbewegung)¹⁰.

Tampoco en el Código civil alemán aparece la referencia a los principios generales del derecho.

Del derecho privado la noción de principios jurídicos pasó al Derecho público, especialmente al administrativo. Y de ahí al constitucional, por obra sobre todo de la influencia francesa.

Según parece, por primera vez en 1945, el Conseil d'État aplica en una de sus decisiones “los principios generales del derecho aplicables incluso en ausencia de texto [legal]” (“les principes généraux de droit applicables même à l'absence de texte”)¹¹. La idea, sin embargo, es anterior a esta formulación concreta.

⁹ Artículo 6 del Código civil español de 1889: “El Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho”.

¹⁰ Cfr. Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*. Berlin. Duncker & Humblot 1968.

¹¹ Conseil d'État, 26 de octubre de 1945, Aramu, Rec. 213. Sigo, en estas observaciones de derecho comparado, a T. Koopmans, *General Principles of Law in European and National Systems of Law: A Comparative View*, en: *General Principles of European Community Law*, edited by Ulf Bernitz & Joakim Nergelius, The Hague et alt. Kluwer Law International, 2000, pp. 25-34.

Como señala un conocido administrativista francés, “la noción precede a la terminología, y los principios generales del derecho subyacen a la jurisprudencia del Conseil d’État desde al menos medio siglo”¹².

La expresión “principios generales del derecho” acaba por tener un gran éxito y se extiende a otros ordenamientos, si bien en la doctrina jurídica alemana es más frecuente la referencia a los “principios jurídicos” (Rechtsprinzipien) o “principios ético-jurídicos” (rechtsethische Prinzipien). Así, por ejemplo, Karl Larenz, en una etapa posterior¹³.

En el derecho público francés es preciso distinguir, en cuanto a la incidencia de los principios generales del derecho, entre la labor del Conseil d’État y la del Conseil Constitutionnel; lo que equivale a diferenciar la función de dichos principios en el ámbito del derecho administrativo y en el ámbito del derecho constitucional. Considerados en su conjunto, los principios generales del derecho forman hoy día un elemento básico en el derecho francés, cuyo desarrollo se extiende a lo largo del último siglo, consolidándose una doctrina jurisprudencial de gran influjo en el derecho comunitario europeo¹⁴.

El derecho constitucional francés ha conocido un gran desarrollo de los principios generales del derecho, para lo cual ha dispuesto de dos fuentes básicas: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y las Constituciones, primero la de 1946 y después la de 1958. Estas Constituciones declaran en su Preámbulo su “attachement” a la Déclaration. Además, a la hora de emitir sus resoluciones los tribunales franceses se remiten, como fuente de inspiración, a las “tradiciones jurídicas” plasmadas en el derecho legislado. Entre estas “tradiciones jurídicas” ocupan un lugar

¹² Guy Braibant, *Le droit administratif français*. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques & Dalloz, 1984, p. 220.

¹³ Karl Larenz, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*. München. Beck 1979. Esta obra está consagrada a la exposición de los „principios ético-jurídicos” como contenido de la ética jurídica.

¹⁴ La elaboración jurisprudencial de los principios por parte del Conseil d’État conoce tres fases diferenciadas. Sobre este aspecto puede verse Gregorio Robles, *La influencia de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. En: José M^a Beneyto Pérez (Director), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo IV. Las fuentes y principios del Derecho de la Unión Europea. Coordinadores: Jerónimo Maíllo González-Orús & Belén Becerril Atienza. Navarra. Aranzadi 2011, pp. 345-440.

relevante el principio de la libertad de comercio, así como los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad.

El Conseil Constitutionnel tiene la función de controlar la constitucionalidad de las leyes antes de que sean promulgadas. Lo hace a instancias de determinadas instituciones políticas. Desde 1971 ha desarrollado la idea de que la legislación no sólo debe respetar los preceptos de la Constitución sino asimismo los derechos de los ciudadanos recogidos en su Preámbulo así como en la Déclaration de 1789. Los principios generales del derecho, como los derechos humanos y la independencia de los tribunales, son considerados principios fundamentales de la República. Sin embargo, otros principios, como el de proporcionalidad, no forman parte del “bloque de la constitucionalidad”, sino que su lugar está en el nivel de las leyes (o sea, del control de legalidad de las actuaciones administrativas).

El derecho público alemán, por su parte, experimenta una profunda transformación tras la segunda guerra mundial. Se funda la República Federal de Alemania, coronada por un texto constitucional –la Ley Fundamental de Bonn o Grundgesetz de 1949, que instaura en su texto un sistema de valores político-jurídicos con incidencia directa en el resto del ordenamiento. Los valores fundamentales (Grundwerte) conforman un orden constitucional (Verfassungsordnung) de aplicación directa a los casos y cuya salvaguardia y desenvolvimiento se deja a cargo de un Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), que va a tener un papel decisivo en el desarrollo de los principios constitucionales. Influida por la mentalidad iusnaturalista (recuérdese el movimiento intelectual denominado “renacimiento del derecho natural” de la posguerra), triunfante en el pensamiento filosófico-jurídico tras la debacle del nacional-socialismo y la ruina de Alemania. Tanto el texto de la nueva Constitución como el enfoque metódico del Tribunal Constitucional apuntan en esta dirección.

El artículo 20.3 de la Grundgesetz establece que “la legislación está sometida al orden constitucional, el poder ejecutivo y la jurisprudencia de los tribunales a la ley y al derecho”. La doctrina se encargará de destacar esta dualidad (Gesetz-Recht) como síntoma inequívoco de superación de la estrechez del

positivismo legalista (que se limitaba a identificar el derecho con la ley). Ahora se indica en el texto constitucional que el derecho no se identifica con la ley ni se agota en ella, si bien ésta constituye una pieza fundamental de aquel. Por encima de la ley se encuentra la Constitución, que expresa con carácter imperativo los valores esenciales del “Estado de Derecho” (Rechtsstaat), término que ya había hecho fortuna en la época de la República de Weimar y en cuyos contenidos concretos profundizará el Tribunal Constitucional por medio de su “jurisprudencia de valores”¹⁵.

Este concepto de “Estado de Derecho” implica principios jurídicos de gran trascendencia para el conjunto del ordenamiento. Algunos vienen recogidos en la propia Grundgesetz: principio de poderes, principio de igualdad, etc. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concretado sus contenidos, y ha desarrollado asimismo otros principios no mencionados expresamente en la Grundgesetz, pero supuestos o implícitos en ella. Entre los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional alemán suelen mencionarse, sobre todo en referencia al derecho europeo, los siguientes: el principio de seguridad jurídica, el de protección de las expectativas legítimas, el de proporcionalidad y el de irretroactividad de las disposiciones que imponen cargas o sanciones¹⁶.

Las constituciones de la posguerra han dado lugar, a partir de los años 50, a una bibliografía abundante en materia de principios en el derecho público, en base sobre todo al comentario de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Aquí es justamente donde situamos nuestro tema. La jurisprudencia constitucional alemana ha tenido gran influjo en la española, ya que el tribunal constitucional español se ha guiado en gran parte por la obra del alemán. Para cuando el primero comenzó su andadura, el segundo ya tenía consolidada una doctrina constitucional bastante amplia. De la mano del fenómeno neoconstitucionalista han surgido tendencias y modos de ver que persiguen cambiar el mapa teórico e incluso tienen la pretensión de construir una nueva teoría del derecho, aunque sean de alcance limitado, en la medida en que sea aplicable a tan sólo uno o varios ordenamientos jurídicos. Por eso,

¹⁵ Koopmans (op.cit. p. 30) habla de “value-oriented method of interpretation”.

¹⁶ Cfr. Jürgen Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 1988.

algunos prefieren hablar, más de de una nueva teoría del derecho, de una “teoría jurídica regional”.

Me parece que es en este contexto en el que hay que situar la obra de Alexy, que en definitiva viene a prestar apoyo teórico a las tesis básicas del Tribunal Constitucional alemán y, en la medida en que éste ha influido en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también a las tesis de este último. Creo que, al menos en lo que se refiere a los derechos fundamentales y a los principios jurídicos, Alexy se mueve en el plano de la dogmática jurídica y no en el de la teoría del derecho. Bien es cierto que toda construcción dogmática exige planteamientos y conceptos propios de la teoría del derecho, y por eso presenta también su concepción de las normas como reglas y principios. Pero su objetivo no reside en la elaboración de una teoría de los derechos fundamentales de carácter general (esto es, en el marco de la teoría del derecho), sino de carácter particular, es decir, dogmático. Así lo expresa él mismo. En la “Introducción” de su obra *Theorie der Grundrechte* afirma que su obra hay que considerarla como “una teoría jurídica general de los derechos fundamentales *de la Grundgesetz*” (“eine allgemeine juristische Theorie der Grundrechte *des Grundgesetzes*”¹⁷) [énfasis: G.R.]. Aclara que no trata de presentar una obra de filosofía de los derechos independiente del derecho positivo, ni tampoco una teoría sociológica, histórica o politológica. Lo que hay que esperar de esta obra –subraya– “expresado en terminología clásica, se puede caracterizar como la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales” (“allgemeiner Teil der Grundrechtsdogmatik”)¹⁸. Las tesis de Alexy han de contemplarse, por consiguiente, en el marco de la dogmática jurídica del derecho constitucional alemán, y posiblemente respecto de otros ordenamientos que posean similar concepción de la constitución así como de los modos de argumentar. No estamos ante una teoría general de los derechos

¹⁷ Carlos Bernal Pulido traduce la frase “eine allgemeine juristische Theorie *der Grundrechte des Grundgesetzes*” del siguiente modo: “una teoría jurídica general *sobre* los derechos fundamentales de la Ley Fundamebntal” [énfasis: G.R.], a mi juicio introduce un matiz que no es enteramente correcto, pues no se trata de una obra de teoría general del derecho que se aplica *sobre* un asunto determinado: los derechos fundamentales; sino que se trata de una teoría jurídica general *de* los derechos fundamentales, cosa bien distinta. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Segunda edición en español). Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2008, p. 8.

¹⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, cit. p.18.

fundamentales, con independencia del ordenamiento jurídico del que se trate, sino ante la parte general de la dogmática de los derechos fundamentales en el derecho alemán. Tener en cuenta esto me parece muy importante, pues es la única manera de no desenfocar la problemática que tratamos. Ahora bien, hay que preguntarse también hasta qué punto el propio Alexy no da pie para entender que su concepción es extensible a otros ordenamientos jurídicos, incluso a los que no parece que presenten similitudes estructurales y de concepción global con el derecho constitucional alemán.

En la filosofía jurídica corresponde a Ronald Dworkin el mérito, o quizás el demérito, de haber puesto de moda a los principios jurídicos como principios morales para explicar los procesos judiciales de decisión. Es ésta una cuestión que, por la limitación que impone este trabajo, no desarrollaré. Simplemente quisiera destacar aquí que el problema de los principios jurídicos y de su naturaleza, así como su aplicabilidad a los casos, tiene –como hemos señalado- una larga historia en Europa.

2. LAS TESIS DE ALEXY.

Las principales tesis de Alexy pueden enunciarse así:

- a) El derecho está compuesto por normas, las cuales pueden ser reglas o principios.
- b) Los principios son mandatos de optimización (Optimierungsgebote).
- c) Los derechos fundamentales son principios y, por tanto, mandatos de optimización.
- d) En caso de principios que entren en colisión el procedimiento de solución es la ponderación (Abwägung), consistente en sopesar los principios enfrentados para dar mayor peso a uno o a otro.
- e) La ponderación se expresa en la llamada ley del peso (Gewichtsgesetz), fórmula matemática que contempla un cociente entre seis factores cuantificables, tres en el dividendo y tres en el divisor.

Ésta sería la formulación formal de las tesis de Alexy. A las tesis formales se añaden sus tesis materiales:

- f) Sostiene una concepción moral del derecho, que él denomina “no-positivista”.
- g) Los principios jurídicos son morales.
- h) Los derechos fundamentales son principios, por tanto también tienen carácter moral o jurídico-moral.
- i) Así mismo, es moral la optimización y la argumentación que conlleva la resolución de casos, y, por consiguiente, tanto la ponderación como la ley del peso hay que entenderlas en términos morales.
- j) Hay una conexión conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral¹⁹.

3. ALGUNAS AMBIGÜEDADES O VAGUEDADES.

En la ponencia de Alexy se muestra una característica expositiva de sus obras: muchas veces usa una terminología que, bajo la apariencia de novedad y exactitud, presenta ambigüedades o vaguedades notorias.

La primera de ellas la tenemos en el título: “El concepto *no-positivista* de derechos fundamentales”. El “no-positivismo” (“nicht-Positivismus”) viene a ser la postura global teórico-jurídica desde la que se enfoca el conjunto de los problemas y conceptos tratados. Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente el “no-positivismo”? Sabemos que nuestro autor se declara “no-positivista”. ¿Significa eso que es partidario de alguna forma de iusnaturalismo? Yo creo que Alexy es básicamente un autor iusnaturalista, pero por alguna razón que desconozco no lo desea expresar claramente.

Hay muchas modalidades de iusnaturalismo, por lo que habría que añadir cuáles son los caracteres del iusnaturalismo alexiano. Tengo mi opinión al respecto, pero como aún no estoy seguro me limitaré ahora a decir que el iusnaturalismo de Alexy posee un estilo analítico, ciertas influencias neokantianas, sobre todo de Gustav Radbruch²⁰, y una tendencia marcada hacia la ética racionalista, con aspectos destacados de las ideas de Jürgen

¹⁹ R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München. Verlag Karl Alber, 3. Aufl. 2011, *passim*.

²⁰ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Achte Auflage. Herausgegeben von Eric Wolf und Hans-Peter Schneider. Stuttgart. K.F. Koehler 1973.

Habermas. Su objeto principal de análisis son las decisiones jurídicas, y en concreto las judiciales, aun cuando para ello tenga que introducirse también –si bien sólo parcialmente- en el terreno de la teoría de la dogmática²¹ y en el de la teoría formal del derecho. La teoría de Alexy viene a ser una teoría –parcial- de la pragmática jurídica. Parcial, por que su centro de interés lo constituye una modalidad de decisión jurídica, básicamente las decisiones del Tribunal Constitucional alemán.

Ambigüedades y/o vaguedades se muestran también en el lenguaje utilizado: “inframoralización”, “supramoralización”, “moralización adecuada” no se sabe muy bien en qué consisten. “Poca moral”, “mucho moral”, son expresiones difícilmente evaluables y, a mi juicio, no deben figurar en el lenguaje científico. Cuando se refiere a la “moralización adecuada”, afirma que consiste en la “relación correcta” (“*richtiges Verhältnis*”) (entre derechos fundamentales y moral). Pero ¿acaso no pueden entenderse como sinónimos los términos “adecuada” y “correcta”?

Bajo la apariencia de la exactitud o de casi-exactitud Alexy introduce expresiones que para mí son engañosas. “Peso” (*Gewicht*), “ponderación” (*Abwägung*), “medida elevada” (*hohe Masse*), adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*), proporcionalidad en sentido amplio y en sentido estricto (*Verhältnismässigkeit im weiten und strikten Sinn*), intensidad (*Intensität*), graduación (*Graduierung*), son algunos ejemplos de nociones que parecen expresar un alto nivel de exactitud, pero que en verdad dependen todas ellas de la valoración individual.

“Peso” sugiere una balanza en la cual se pueda pesar objetivamente, con asentimiento de todo el mundo. Está muy bien para los cuerpos, pero me parece que con los principios no puede funcionar, pues para “pesar” los principios no existe balanza alguna, sino tan sólo la conciencia individual –y ya sabemos muy bien cómo “pesan” o “sopesan” las conciencias de los individuos: de diferente manera.

²¹ Obsérvese que digo “teoría de la dogmática jurídica”, y no simplemente “dogmática jurídica”. El libro de Alexy sobre los derechos fundamentales es una obra de dogmática jurídica, no una teoría de la dogmática jurídica, si bien en algunos puntos se detiene a explicar su concepto de dogmática como disciplina tridimensional. Cfr. Alexy, *Theorie del Grundrechte*, cit., pp. 22 y ss.

Lo mismo sucede con las demás nociones mencionadas: todas ellas presuponen juicios valorativos bajo la apariencia de términos físicos o cuasi-físicos que sugieren la idea de exactitud y, sobre todo, de objetividad.

Hay que preguntarse: ¿Dónde se encuentra la balanza para pesar principios y argumentos? La respuesta no puede ser otra que ésta: en la conciencia de las personas que deciden o –si somos más bien biólogos- en el cerebro de esas personas.

4. ¿QUÉ POSITIVISMO?

Por extrañas razones casi siempre me toca defender al positivismo, aunque yo no soy positivista –si bien estoy influido por determinada manifestación del positivismo en lo que se refiere a la teoría formal del derecho, concretamente por los autores de la Escuela de Viena²². Y me suele tocar defender el positivismo porque es muy frecuente que se le ataque con argumentos injustificados y tergiversadores. Baste recordar ahora, por ejemplo, que al positivismo jurídico se le suele atribuir nada menos que el triunfo del nazismo en Alemania y en Austria. Sorprendente tesis, si se tiene en cuenta que los positivistas alemanes y austriacos, en su inmensa mayoría, fueron objeto de persecución por parte de los nazis. Éstos no podían ver a los positivistas ni en pintura (como suele decirse) por ser, en su inmensa mayoría, demócratas y relativistas²³.

De este reproche injusto y absurdo son responsables en gran parte filósofos del derecho que, por otros motivos, merecen toda nuestro aprecio. Por citar tan

²² En mis escritos sobre teoría comunicacional del derecho distingo tres niveles: el formal (o sintáctico), el dogmático (o semántico) y el decisional (o pragmático). Sólo me encuentro vinculado al kelsenismo –respecto del enfoque- en el primero de ellos. Cfr. G. Robles, Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen I. Civitas. 5ª edición. Navarra 2013.

²³ Por el contrario, miembros del partido nacional-socialista, como Heidegger o Larenz, y otros muchos, no fueron nunca positivistas. Nada más lejos del nazismo que el relativismo ético, propio de la mayoría de los positivistas.

sólo a uno de ellos me referiré a Gustav Radbruch²⁴. Sus críticas al positivismo en el último período de su vida son injustificadas desde el punto de vista político y ético, y desenfocadas desde la perspectiva científica. Y, sin embargo, al haber calado en la filosofía jurídica alemana, han tenido un influjo enorme en el panorama iusfilosófico contemporáneo.

Radbruch reduce el positivismo jurídico al denominado positivismo *legalista*, esto es, a aquel positivismo que identifica el derecho pura y simplemente con la ley; y además de afirmar que el derecho es la ley, añade que la ley es justa y por eso es preciso obedecerla (“Gesetz ist Gesetz, Befehl ist Befehl”). Como he destacado en otro lugar, esta tesis, que suele denominarse convencionalmente positivismo legalista, es en realidad una manifestación del pensamiento iusnaturalista; por la sencilla razón de que el positivismo genuino elimina de su descripción del derecho todo juicio valorativo, como es la afirmación de que la ley es justa.

El positivismo jurídico es, sin duda alguna, un fenómeno intelectual mucho más amplio, que engloba tendencias tan destacadas como el llamado positivismo normativista, el sociologista, o el institucionalista; cada uno de los cuales con sus distintas ramificaciones.

La crítica de Radbruch se extendió ilegítimamente de la parte al todo: la vieja falacia de *pars pro toto*. Falacia que ha calado hondamente. En Alemania lo ha hecho con gran intensidad. Los escritos de Arthur Kaufmann²⁵ así lo demuestran, y lo mismo puede afirmarse respecto de Ralf Dreier²⁶, de Martin Kriele²⁷ y, en gran parte al menos, de Robert Alexy. Han construido un

²⁴ Me refiero sobre todo a sus escritos *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) y *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946). Recogidos en Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, op. Cit. Pp. 327-329 y 339-350, respectivamente.

²⁵ Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*. München. Beck 1997. *Rechtsphilosophie im Wandel*. 2. Aufl. Köln et alt. Carl Heymanns 1984. A. Kaufmann & W. Hassemer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 5. Aufl. Heidelberg. Müller Juristischer Verlag 1989 (Versión en español: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Edición de G. Robles. Madrid. Debate 1992). Sobre A. Kaufmann véase G. Robles, *La Filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann*. *Persona y Derecho*. Vol. 47-2002. Universidad de Navarra 2002, pp. 151-185.

²⁶ Ralf Dreier, *Recht – Staat – Vernunft*. Frankfurt am Main. Suhrkamp 1991. R. Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*. Frankfurt am main. Suhrkamp 1981.

²⁷ Martin Kriele, *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen. Vandenhoeck & Ruprecht 1979. *Theorie der Rechtsgewinnung (entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation)*. 2. Aufl.

positivismo fácilmente desmontable. La realidad, sin embargo, es que el positivismo es mucho más complejo. Esto nos lleva directamente a tratar de la tesis de la “conexión necesaria” entre *el* derecho y *la* moral, defendida por Alexy.

5. DERECHO Y MORAL. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO ARGUMENTACIÓN MORAL.

La tesis de Alexy, propia de toda concepción iusnaturalista, es que el derecho viene a ser un capítulo de la moral. Aunque sostenga que sólo existe el derecho positivo, sin embargo, a la hora de bajar a la arena de los análisis concretos la moral se introduce constantemente tanto en los planteamientos como en los conceptos. Esto se percibe claramente en las dos tesis básicas que sostiene nuestro autor en la ponencia: los derechos son (también) derechos morales; la argumentación jurídica es una derivación o prolongación de la argumentación moral. Ambas tesis sólo son aceptables si se entiende que el derecho es una parte de la ética. La ética comprendería la moral y el derecho; un planteamiento, por lo demás, que recuerda sobremanera el modo kantiano de contemplar el derecho. El argumento de que el derecho, por definición, tiene una pretensión de corrección (*Richtigkeitsanspruch*) es un argumento típicamente neokantiano. Para el neokantismo en general el concepto de derecho (*der Begriff des Rechts*) viene guiado por la idea de derecho (*die Idee des Rechts*), o sólo tiene sentido desde ésta. Dicho de otro modo: para el neokantismo el derecho es una realidad “referida a valores”, es decir a la justicia y a otros valores que la complementan o que forman parte de ella, como la seguridad, la libertad y la adecuación a los fines. Así se expresa Radbruch.

En mi opinión, Alexy entiende el derecho en términos morales. Por eso, para él los principios jurídicos son también principios morales, los derechos fundamentales son derechos morales y la argumentación jurídica es una argumentación práctica, y cuando dice “práctica” está diciendo también “moral”.

Berlin. Duncker & Humblot 1976. Sobre este autor véase G. Robles, Razón práctica y Derecho: la Teoría del Estado y la interpretación jurídico-constitucional en Martin Kriele, en: G. Robles, Epistemología y Derecho. Madrid. Pirámide 1982, pp. 79-129.

Una cuestión que queda en el aire, al menos en la ponencia de Alexy, se refiere a qué es lo que entiende exactamente por moral. Su postura presupone una concepción de la moral muy segura de sí misma, pero este extremo no se aclara. Me parece que Alexy no es relativista en el sentido que lo fue el Radbruch joven, sino que su tesis de la vinculación entre el derecho y la moral está más en la línea del Radbruch maduro próximo a la muerte, y en definitiva a las tesis del iusnaturalismo. Habría que preguntar a nuestro autor sobre si sus tesis tienen parentesco con el iusnaturalismo racionalista y, en caso de respuesta negativa, sobre las diferencias con ese movimiento intelectual.

6. DERECHO Y JUEGO.

Mi idea es que el derecho –o mejor, todo ordenamiento jurídico- se parece más al juego que a la moral –o mejor, que a un conjunto normativo moral²⁸. No me voy a extender ahora en este punto, pero sí apuntar una cuestión que me parece relevante para que se entienda lo que quiero decir. Por lo general los autores, tanto positivistas como iusnaturalistas, tienden a contrastar *el* derecho con *la* moral, bien para unirlos –total o parcialmente- bien para separarlos. Sin embargo, desde una perspectiva puramente estructural un ordenamiento jurídico (cualquier ordenamiento jurídico) se parece más a un juego que a un sistema moral.

Mientras que en la moral no hay cabida para estructuras institucionales, para órganos, competencias y procedimientos, para ámbitos espaciales y temporales, todos estos aspectos hacen su aparición en todos los juegos y en todos los ordenamientos jurídicos.

Lo anterior no quiere decir que el derecho no tenga nada que ver con la moral. Naturalmente que tiene que ver con la moral, como naturalmente tiene que ver con la moral también el juego. La lealtad a las reglas del juego y la diferenciación entre juego limpio y juego sucio son aspectos morales de los juegos. El derecho también se relaciona con la moral, pero no como Alexy propone. Del mismo modo que hay muchos juegos, muchos son los ordenamientos jurídicos; y así como en cada juego se manejan diversas reglas

²⁸ Cfr. G.Robles, *Rechtsregeln und Spielregeln*. New York & Wien. Springer Verlag 1987.

de juego limpio, así sucede que con respecto a los distintos ordenamientos jurídicos se invoquen principios morales diferentes y muchas veces contrapuestos.

7. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SON PRINCIPIOS SINO DERECHOS SUBJETIVOS.

Desde el punto de vista técnico-jurídico es más apropiada la construcción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos que como principios jurídicos. Esa construcción responde a la propia naturaleza de los derechos fundamentales como derechos de los individuos amparados por el ordenamiento jurídico. La construcción de los derechos fundamentales como principios jurídicos se apoya, a mi juicio, en la teoría institucionalista, por una parte, y en la ideología del activismo judicial, por la otra.

En el primer aspecto –el de la teoría de la institución, formulada por Maurice Hauriou²⁹ e incorporada al análisis de los derechos fundamentales por Peter Häberle³⁰– cada derecho subjetivo sería una institución jurídica presidida por uno o varios principios jurídicos, y esto mismo sería aplicable a los derechos fundamentales. Al poner el acento en los principios, el derecho fundamental pierde sus contornos definidos; lo que no ocurre tan fácilmente si se los comprende como derechos subjetivos estructurados externa e internamente por el ordenamiento jurídico. Externamente, mediante la legislación apropiada. Internamente, por medio de la figura del abuso de derecho.

El segundo aspecto es una consecuencia del anterior. La concepción de los derechos fundamentales como principios permite una mayor dosis de subjetividad valorativa por parte de los jueces, que serían los encargados de sopesar en cada caso los principios en conflicto. No me cabe duda de que esta concepción casa perfectamente con la idea del activismo judicial, al que son tan proclives los tribunales constitucionales.

²⁹ Maurice Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, 1925.

³⁰ Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt. 2., ergänzte Auflage.* Karlsruhe. Verlag C.F. Müller 1972.

La concepción mencionada está inspirada por la jurisprudencia francesa y asimismo por el tribunal de justicia de la UE. Como este último me es más familiar por mi dedicación al derecho comunitario europeo, creo poder afirmar que cuando el mencionado tribunal sostiene que “los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho”, está afirmando: a) que el ordenamiento jurídico comunitario tiene sus propios derechos fundamentales que están inspirados en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero que no son necesariamente coincidentes con ellos en todos los puntos; b) que los principios generales del derecho constituyen *la fuente* en la que se apoya la protección jurisprudencial de los derechos fundamentales en el ámbito jurídico de la UE; c) que, por consiguiente, los principios no son derechos, ni los derechos principios. Como subraya acertadamente Hartley, estamos ante “a problem of judicial psychology”³¹: cuando los jueces no encuentran una fuente expresa recurren a una fuente implícita en el ordenamiento jurídico. El tribunal de la UE no disponía de preceptos explícitos en los Tratados que le permitieran la protección de derechos fundamentales, y ello le impulsó a buscar apoyo en una fuente implícita: los principios. Éstos, por tanto, son normas y no derechos.

Generalizando podemos sostener que los principios jurídicos –con ésta u otra denominación- son normas jurídicas que cumplen funciones varias. Una de esas posibles funciones –no, desde luego, la única- es la concesión u otorgamiento de derechos, entre ellos de derechos fundamentales. En este sentido, por tanto, los principios son fuente normativa de derechos fundamentales, pero no pueden identificarse conceptualmente los principios con los derechos ni los derechos con los principios. Los derechos son derechos, y no principios.

Sobre esta base, es preciso concluir –al menos así lo pienso yo- en que la tesis de Robert Alexy según la cual los derechos fundamentales son principios jurídicos es básicamente errónea. En efecto, el propio Alexy sostiene que los principios son normas, lo cual es incompatible con la tesis de que los derechos

³¹ T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law. An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*. Fifth Edition. Oxford University Press 2003, p. 133.

fundamentales son principios, pues esta tesis lleva al resultado absurdo de que los derechos fundamentales son normas.

8. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS MORALES, DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS SUBJETIVOS.

Si los derechos fundamentales son derechos subjetivos, es preciso aclarar qué es un derecho subjetivo y en qué radica su peculiaridad con respecto al resto de los derechos subjetivos.

El concepto de derecho subjetivo puede definirse en los siguientes términos: poder concreto organizado externamente (básicamente mediante leyes) e internamente (mediante la figura del abuso de derecho) por el ordenamiento jurídico, que comprende un conjunto de posibilidades de acción y de omisión (facultades), cuyo ejercicio se deja a la libre disposición del titular, y entre cuyas facultades se encuentra la posibilidad de acudir a los jueces en busca de protección (garantía: la acción procesal). La organización externa e interna supone la determinación tanto del contenido esencial del derecho subjetivo como de los límites del mismo. La norma jurídica que concede un derecho subjetivo puede ser de diversa índole: la constitución, la ley, el reglamento, etc.; esto es, cualquier norma del ordenamiento jurídico. También, por supuesto, mediante un principio jurídico que el ordenamiento reconozca como fuente normativa propia. Habrá que estar a lo que dicte un ordenamiento jurídico concreto para saber qué tratamiento tienen en él los derechos subjetivos.

Aquellos ordenamientos que distinguen entre derechos subjetivos ordinarios y derechos subjetivos fundamentales suelen hacerlo sobre la base de una protección más enérgica para estos últimos. En qué consista dicha protección, dependerá de la regulación concreta de cada ordenamiento jurídico. Aquí no me voy a detener en este aspecto. Tan sólo deseo subrayar que con la designación “derechos humanos” o “derechos morales” se hace referencia a una ideología pre-jurídica, que después puede adquirir positividad en un ordenamiento determinado, aunque no necesariamente. Mientras que con las expresiones “derechos humanos” y “derechos morales” se apunta a ciertas aspiraciones ideológicas de determinados grupos políticos o sociales, con la de

“derechos fundamentales” estamos ante una acuñación jurídico-positiva de un tipo de derechos subjetivos regulados por un ordenamiento jurídico concreto.

Cuando Alexy reconoce dos aspectos en los derechos fundamentales, el moral y el propiamente jurídico, se sitúa precisamente en la línea habitual del iusnaturalismo, además de no aclarar a qué moral se refiere.

9. CONCLUSIONES.

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que mi idea del derecho contrasta radicalmente con las tesis defendidas por Alexy. Para concluir expondré muy brevemente mi posición de manera paralela a las tesis alexianas, tal como vienen expresadas en el punto 2 de mi comentario.

- a) El derecho –desde un punto de vista formalista- está compuesto por normas. Correcto. Ahora bien, las normas jurídicas no sólo son reglas y principios. Junto a estas normas de carácter general tenemos las normas individuales: la sentencia judicial, el acto administrativo, el negocio jurídico. Me adscribo aquí a las tesis de la Escuela de Viena³².

- b) Afirmar que los principios son mandatos (Gebote) es lo mismo que decir que son normas. Al añadir “de optimización” se apunta a la idea de que pueden ser cumplidos en diverso grado. Con las normas que no son principios puede suceder, sin embargo, lo mismo; por ejemplo, el contribuyente paga parcialmente su deuda tributaria (no es lo mismo un pago parcial de dicha deuda que no pagar nada en absoluto). Respecto de la idea de optimización llama la atención el parentesco terminológico con Pareto, cuyo trabajo para obtener el título de ingeniero está dedicado a “los principios básicos de la teoría de la elasticidad” (Grundprinzipien der Elastizitätstheorie) en relación con el “peso de equilibrio” o simplemente “equilibrio” (Gleichgewicht)³³. Sus conocimientos de física y

³² Aunque no soy “kelseniano”. Puede verse mi crítica a Kelsen en: G. Robles, Die Grenzen der Reinen Rechtslehre. En: Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag. Herausgegeben von Werner Krawietz und Jerzy Wroblewski. Berlin. Duncker & Humblot 1993, pp. 317-345.

³³ Christian Thiel, Pareto. En: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. Herausgegeben von Jürgen Mittelstrass. Stuttgart / Weimar. Verlag J.B. Metzler, pp.57-61: „mit

matemática los aplicó después Pareto a la economía y la sociología, campos en los que acuñó el principio de optimización o principio de Pareto. El traslado de esta idea al campo de la moral y del derecho sólo puede hacerse, en mi opinión, como una analogía o como una metáfora, pero no puede presentarse como un procedimiento riguroso, a no se que las variables que se manejen –por ejemplo, cantidades de dinero- sean cuantificables.

- c) Los derechos fundamentales no son principios. Si se afirma que los derechos son principios, se afirma también que los derechos son normas, lo que constituye una contradicción. Las normas jurídicas otorgan derechos, por lo que éstos no pueden identificarse con aquellas. Entre las normas que otorgan derechos se encuentran tanto reglas como principios, así como también normas individuales. Cuáles en concreto son las normas jurídicas concesivas de derechos es una cuestión que no puede resolverse en abstracto, sino que depende de cada ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales, en definitiva, son derechos subjetivos, y no principios jurídicos. Los principios jurídicos pueden ser la fuente normativa de los derechos, dependiendo de que efectivamente lo sean en un ordenamiento concreto.
- d) La ponderación consiste en sopesar argumentos, pros y contras. Es característica de toda autoridad jurídica a la hora de decidir, así como de cualquier individuo cuando se enfrenta a la necesidad de elegir entre varias alternativas. Los argumentos o razones considerados en la reflexión no son únicamente de naturaleza moral, sino también de naturaleza económica, social, política, religiosa, de oportunidad, etc. El sopesar los pros y los contras de una decisión no es un monopolio de los tribunales, sino que es una actividad que acompaña a todo proceso decisonal.
- e) La ponderación está invadida de criterios meramente subjetivos (“residuos” en la terminología paretiana), por lo que la pretendida

einer Arbeit über Grundprinzipien der Elastizitätstheorie fester Körper und die Integration der ihr Gleichgewicht definierenden Differentialgleichungen das Ingenieurdiplom erwirbt“.

objetividad de la ley del peso (Gewichtsgesetz) constituye una ilusión difícilmente realizable –con la salvedad de que en la decisión se manejen exclusivamente variables de naturaleza cuantificable.

- f) La precisión científica exige que las “auto-calificaciones” o “auto-designaciones” sean lo más rigurosas y ajustadas posible. El término “no-positivismo” no cumple esta condición. A mi juicio, las tesis de Alexy se insertan en el marco del iusnaturalismo, aunque él parece rechazar este término, sustituyéndolo por el aún más ambiguo de “no-positivismo”.
- g) Los principios son jurídicos desde el momento en que son introducidos en un contexto de lenguaje jurídico, esto es, en los procesos de decisión jurídica. Aunque tengan un origen y/o un contenido moral, se transforman en jurídicos al abandonar el marco del discurso meramente ético e introducirse en un discurso jurídico.
- h) Los derechos fundamentales son una modalidad de derechos subjetivos. Los derechos subjetivos pueden tener contenidos morales y asimismo económico, político, social, religioso, pedagógico, etc. Lo sustancial en los derechos es el conjunto de posibilidades de acción y de omisión que ofrecen, y no la naturaleza –moral, económica, social, política, religiosa, pedagógica, etc.- de esas posibilidades.
- i) La argumentación jurídica *puede tener* conexión con la argumentación moral, o puede que no. Muchos argumentos jurídicos tienen contenido moral, pero otros muchos lo tienen de otra naturaleza: económica, social, política, religiosa, pedagógica, de mera oportunidad, etc. Frecuentemente los argumentos se mezclan. De hecho, los jueces argumentan –en el mejor de los casos- como Dios les da a entender (dicho en otras palabras: como su saber y conciencia les dicta)- y no se detienen, por regla general, a hacer cálculos expresables por medio de cocientes entre “intensidades”, “pesos” y “seguridades”. En este aspecto, quizás sea posible calificar a nuestro autor no sólo de defensor del principio de “optimización” (Optimierungsprinzip), sino asimismo del que podríamos denominar *per iocum* “principio de optimismo”

(“Optimismusprinzip”), al menos en relación a cómo funcionan de hecho las mentes de los jueces.

- j) A mi juicio, Alexy mantiene una posición ontologista del derecho y de la moral, lo que se trasluce claramente en su tesis de la “conexión necesaria” entre *el* derecho y *la* moral. Usa estos términos como si en la realidad existieran *el* derecho y *la* moral, cuando tanto “derecho” como “moral” son meros *nomina* para designar, en el primer caso, a los ordenamientos jurídicos, y en el segundo, a los diversos sistemas o ideas morales – muchas veces contrapuestos entre sí- que poseen cierta implantación social. Hablar *del* derecho y de *la* moral sin más, es desconocer la pluralidad fenoménica de ambos³⁴. La cuestión entonces habrá que plantearla en otros términos, por decirlo así más concretos, como por ejemplo: qué relación existe entre el actual derecho alemán y determinadas concepciones morales. Puede suceder que parte del actual derecho alemán responda a unos criterios morales, mientras que otras partes de aquel encarnen otros criterios distintos, también de naturaleza moral.

En suma: Las concepciones de Robert Alexy constituyen, a mi juicio, una teorización y justificación de las doctrinas jurisprudenciales acuñadas por el Tribunal Constitucional Alemán al interpretar y aplicar la Grundgesetz. No pueden, por consiguiente, ser consideradas como una “teoría del derecho”, sino como una dogmática (parcial) del derecho constitucional germano de la posguerra.

³⁴ De esta pluralidad fenoménica me he ocupado en G. Robles, Sobre moral y derecho. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Año LXV – Núm. 90. Curso Académico 2012-2013. Madrid 2013, pp. 333-354. Se distinguen en este estudio cinco acepciones o tipos de moral: La moral individual o moral privada, la moral propia de los sistemas éticos, la moral religiosa, la moral social y la moral jurídica o propia de los ordenamientos jurídicos.