

PRINCIPIOS, ANTINOMIAS, DERROTABILIDAD... MISTERIOS Y APORÍAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS PARIENTES CERCANOS

PRINCIPLES, ANTINOMIES, DEFENSEABILITY... MYSTERIES AND APORIAS OF NEO-CONSTITUTIONALISM AND ITS CLOSE RELATIVES

Juan Antonio García Amado*

Universidad de León, León, España
jagara@unileon.es

Recibido: septiembre de 2022

Aceptado: noviembre de 2022

Palabras clave: Positivismo jurídico. Iusmoralismo. Principios. Constitucionalismo.

Keywords: Legal positivism. Iusmoralism. Principles. Constitutionalism

Resumen. Las teorías del Derecho actuales que son contrarias al positivismo jurídico están necesariamente asociadas al objetivismo moral. Ponen la moral verdadera por encima de las normas jurídicas positivas y por encima también de la Constitución, y convierten la moral verdadera en la auténtica Constitución. Como la moral es lo más importante del Derecho y la moral se presenta en el Derecho bajo la forma de principios, no hay antinomias entre los principios ni hay principios jurídicos injustos.

Abstract. Current legal theories that are contrary to legal positivism are necessarily associated with moral objectivism. They put true morality above positive legal norms and also above the constitution, and make true morality the authentic constitution. Since morality is the most important thing in the Law and morality is presented in the Law in the form of principles, there are no antinomies between the principles and there are no unfair legal principles.

0. Precisiones terminológicas

Aquí hablaré indistintamente de moral y de justicia. En verdad, se puede y se suele entender que la justicia es una variante de la moral, es un valor moral que se aplica

Este trabajo emana del proyecto de investigación PID2019-105841RB-C21, Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

en relaciones interpersonales atinentes a algún tipo de distribución entre sujetos.

En segundo lugar, daré el nombre de iusmoralismo a aquellas doctrinas contemporáneas que son antipositivistas y que tienen enormes parecidos de familia, muchos de ellos ya no comunes con el iusnaturalismo, que es su primo hermano. Esos parecidos se refieren sobre todo a la teoría de las normas, con su énfasis en el papel de los principios, y con su apuesta por la ponderación como método para la decisión cuando concurren principios y como vía para imponer en la práctica la conexión esencial entre Derecho y moral. No olvidemos que es característico de este iusmoralismo principialista la negación de la separación conceptual entre Derecho y moral y la negación o fuerte restricción de la idea iuspositivista de la discrecionalidad judicial. Esto último ocurre porque el iusmoralismo principialista va de la mano de la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta en Derecho y se aproxima mucho a ella al afirmar que la discrecionalidad judicial, si la hay, es marginal o meramente ocasional.

Así pues, cuando en adelante use la expresión iusmoralismo o iusmoralismo principialista, estaré aludiendo principalmente a doctrinas que suelen autodenominarse como neoconstitucionalismo o pospositivismo. Entiendo que las diferencias entre ambas, si las hay, son de poca relevancia ante el hecho innegable de sus fortísimas coincidencias. Esas doctrinas si no son gemelas, son mellizas; en todo caso llevan los mismos genes doctrinales.

Tercera convención expresiva. En lo que sigue, estipularemos la siguiente denominación rápida para aquella parte de la moral objetivamente correcta que, según los iusmoralistas, es también parte del Derecho: *normas moral-jurídicas*. Repito que es pura

estipulación lingüística, lo importante es que se tenga claro cuál es la referencia de esa expresión, a qué se está aludiendo.

1. Extra Ecclesiam nulla salus

El iuspositivismo y el iusmoralismo (dominante en la actualidad bajo etiquetas como neoconstitucionalismo o iuspositivismo) se siguen diferenciando respecto de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Esto es así porque los iusmoralistas de todo tiempo mantienen que:

- (i) Un sistema jurídico fuertemente injusto no es auténtico sistema jurídico o no lo es plenamente.
- (ii) Una norma jurídica fuertemente injusta no es auténtica norma jurídica o no lo es plenamente.
- (iii) Una solución para un caso que judicialmente se decida no es conforme a Derecho o no lo es del todo si es fuertemente injusta.

2. La única justicia que cuenta es la Justicia de verdad

La tesis anterior, según la cual la justicia es componente necesario de cada sistema jurídico, de cada norma jurídica y de cada decisión jurídica, podría entenderse de dos maneras:

- (i) Que cada ciudadano y cada juez sólo consideren Derecho y como tal cumplan o apliquen el que según su particular idea de lo justo lo merezca.

Esta tesis no es defendida ni expresa ni tácitamente por ningún iusmoralista. Es una tesis con efecto completamente disolvente de lo jurídico, pues permiti-

ría que hubiera tantos sistemas jurídicos diferentes como personas distintas con concepciones particulares de lo justo y lo bueno, siendo cada una legisladora y juez para sí misma.

Por tanto, no queda más que esta otra tesis posible:

- (ii) Que cuando se dice que la justicia o la moral son parte necesaria de todo lo jurídico, se está aludiendo al *contenido objetivo* de la moral o justicia.

Contenido objetivo quiere decir no dependiente de la idea, la opinión o el sentir de ningún individuo en particular.

En suma, la moral que, según los iusmoralismos, es parte del Derecho sólo puede ser *la moral objetivamente correcta*. En la medida en que en la concreción de los contenidos de tal moral haya dependencia de cada persona que decide o juez que juzga, esa parte no objetiva se supone que no la consideran los iusmoralistas como componente del Derecho, aunque puedan entenderla como más o menos inevitablemente influyente en su práctica. Si soy juez, mi juicio sobre la justicia de la norma o la solución justa del caso puede llevarme a decidir una cosa u otra, pero lo que decido no será justo o injusto porque yo así lo siento o lo argumento, sino por su coincidencia con ese patrón objetivo de justicia que es exterior a mí e independiente de mí.

3. Las normas y el juego de las cuatro esquinas. De cómo hay Derecho que no lo es y moral que lo es

Para tales doctrinas iusmoralistas, las normas moral-jurídicas no sólo cumplen una función de calificación en sentido moral,

sino de calificación jurídica estricta y, por tanto, obligan como normas jurídicas.

Si lo que se estuviera afirmando fuera que la norma o decisión jurídica¹ contraria a la moral objetivamente correcta es inmoral u objetivamente inmoral, se estaría diciendo algo perfectamente trivial y perfectamente asumible por cualquier iuspositivista, por conforme con la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. El iuspositivista no encuentra incoherencia ni objeción ninguna si una persona (ciudadano común u operador jurídico) dice conjuntamente que la norma N es Derecho y que la norma N es injusta.

Lo que mantiene el iusmoralismo es que tal norma o decisión inmoral² no sólo es inmoral, sino que es antijurídica o no plenamente jurídica por inmoral. Por eso las normas moral-jurídicas son morales y jurídicas a la vez, componente de los sistemas morales correctos y del auténtico Derecho.

1. O el sistema jurídico, pero dejaremos de referirnos expresamente a los sistemas jurídicos, en aras de la economía expresiva.

2. O gravemente o claramente tal; tampoco repetiré en adelante este matiz, que debe sobreentenderse en adelante. Uno de los puntos de indeterminación del iusmoralismo es precisamente ese, el de cuál ha de ser el grado de injusticia de una norma o sistema jurídico para que pierdan su juridicidad. Y hay quien, como Alexy, entiende que hay proporción entre el grado de injusticia y el grado de deficiente juridicidad de la norma o el sistema. Es lo que explica con su curiosa doctrina sobre la pretensión de corrección como elemento definitorio del Derecho. Es como si dijéramos que un componente definitorio del ser humano es la pretensión de belleza y que cuanto más feo se hace uno, menos persona es, hasta dejar de serlo si se vuelve muy horrible. Evidentemente, lo que no tendríamos en el ejemplo sería un medidor objetivo de belleza, al igual que tampoco hay con qué medir objetivamente la injusticia del Derecho.

O las normas moral-jurídicas son por sí parte constitutiva del Derecho, y por eso entendemos que a la compatibilidad con ellas esté condicionada la validez y aplicabilidad de las normas jurídico-positivas, o no lo son. Pero si fuera esto último lo que el iusmoralismo insinuara, estaría manteniendo algo tan incoherente como que las normas jurídicas dependen en su juridicidad de otras que no son jurídicas. Se estaría a la vez afirmando y negando la tesis de la separación conceptual entre moral y Derecho. Habría que reconocer, si así fuera, que el viejo iusnaturalismo era bastante más consistente.

Y, sobre todo, únicamente la tesis de que la moral verdadera (o parte sustancial de ella) es Derecho es conciliable con la negación de la separación conceptual entre Derecho y moral. Si la moral controla la validez y aplicabilidad del Derecho desde fuera del Derecho mismo, el Derecho se identificaría como tal con independencia de la moral y se estaría en el terreno de la tesis de la separación conceptual, aunque se quisiera recomendar a la vez que el juez diera preferencia a la moral sobre el Derecho en caso de conflicto. No significa lo mismo ni implica lo mismo decir que el Derecho contrario a la moral verdadera no es (plenamente) Derecho que afirmar que sí lo es pero el juez debe, por imperativo moral, darle prioridad a la moral sobre el Derecho injusto, que es Derecho pese a tal defecto moral.

4. Lo más alto del Derecho es la moral

Para el iusmoralismo, las normas moral-jurídicas, en cuanto parte del Derecho, sólo tienen sentido como parte *superior* de los sistemas jurídicos. Esto es así por las siguientes razones:

(i) Si las normas moral-jurídicas fueran inferiores en jerarquía a las normas jurídico-positivas, entonces serían perfectamente irrelevantes, pues la consecuencia de decir que una norma jurídico-positiva es contraria a una norma moral-jurídica sería la misma que la de decir que una norma jurídico-positiva es inmoral o injusta, pero sin dejar por ello de ser Derecho. Esa tesis es asumible sin esfuerzo por el iuspositivismo, pues implica que la moral no es condición de validez o plena juridicidad de las normas jurídico-positivas o de las decisiones que las aplican.

Es poco menos que absurdo imaginar a un iusmoralista manteniendo que la norma N es gravemente inmoral o injusta, pero que no deja por ello de ser plenamente válida y aplicable cuando venga al caso. Se estaría contradiciendo la tesis de que no es plenamente jurídica la norma de Derecho opuesta con fuerza a la moral, palmariamente injusta, etc. Repito que, entonces, estaría el iusmoralista asumiendo una tesis bien acorde con el iuspositivismo: que puede haber normas jurídico-positivas injustas o muy injustas que no dejan por eso de ser Derecho y de ser como Derecho aplicables a tenor del respectivo sistema jurídico.

(ii) Si el matiz que pone el iusmoralista es que, dentro de lo que el significado de la norma permita, el juez debe optar por la interpretación de la misma que la haga menos injusta o que mejor aminore sus efectos de injusticia, se estará proclamando algo que es aceptable para el iuspositivismo, pues en nada se opone a la tesis de la separación y, además, asume la tesis de la discrecionalidad judicial y de sus límites.

5. Manda la moral, y manda en todo

La superior jerarquía de una norma dentro de un sistema jurídico se manifiesta en que *condiciona la validez y aplicabilidad de las normas inferiores*. Así que, en cualquier sistema jurídico, una norma es superior a otras si no son (o no son plenamente, para las teorías que, como la de Alexy, admiten gradaciones) válidas las normas jurídico-positivas contradictorias con ella o si no son aplicables las que en un caso propongan soluciones opuestas a ella; es decir, soluciones claramente injustas. Tales normas, cuya validez o aplicabilidad está condicionada por otras normas, son inferiores a éstas.

Eso es lo que hacen las normas moral-jurídicas en el iusmoralismo neoconstitucionalista o pospositivista: justificar que pueda ser declarada no válida la norma contraria claramente a una norma moral-jurídica o que deba en un caso ser derrotada la norma jurídico-positiva por la norma moral-jurídica.

Así pues, para un iusmoralismo coherente, las normas moral-jurídicas son condición de validez (plena) de las normas jurídico-positivas y condición de aplicabilidad de las normas jurídico-positivas válidas. En eso basa el iusmoralismo su idea de la esencial derrotabilidad de las normas jurídico-positivas

6. La regla es que manden los principios

También es esencial en el iusmoralismo la idea de *derrotabilidad* de las normas.

Si se quiere expresar la mencionada dinámica de relación entre normas sin ape-

lar a la idea de jerarquía normativa, es posible decirlo de este otro modo: entre las normas de un sistema, la relación de excepción no es (o no es siempre) simétrica. No hay relación simétrica entre dos normas N1 y N2 cuando:

a) En caso de que sean antinómicos ambos enunciados normativos, la solución siempre es que N1 se mantenga en el sistema (tenga validez intrasistemática) y N2 sea expulsada del sistema (anulada por inválida³).

b) Casos en que, aun cuando los enunciados de N1 y N2 no sean antinómicos, resulte que proponen para el caso dos consecuencias jurídicas incompatibles y que, por tanto, no puedan aplicarse conjuntamente. Entonces, es cuando el iusmoralista dice que una norma válida puede ser derrotada por otra sin que sea puesta en cuestión la validez de la norma derrotada.

Pero aquí llegamos a algo muy importante, sobre lo que se retornará enseguida. Esa derrota de una norma por otra siempre será, según Alexy, derrota a manos de un principio. La norma que derrota a otra sin expulsarla del sistema es un principio, porque si el conflicto se da entre dos reglas, estaremos ante una genuina antinomia y Alexy nos cuenta que ahí nada más que cabe dirimir declarando no válida una de las normas. Es como Alexy explica el conflicto entre dos reglas, entre dos normas de las cuales ninguna sea un principio.

Cuando una norma expresa introduce una excepción expresa al supuesto de una norma, no hay derrotabilidad, sino acomodo normal y corriente entre normas del ordenamiento. Si la norma N1 dice

3. Al margen de cómo estén regulados los efectos de esa “expulsión”.

que los ciudadanos podrán bañarse en las playas y la norma N2 posterior prohíbe el baño en las playas con cierto grado de contaminación, las dos normas se ordenan o acompañan fácilmente y puede quedar ese conjunto normativo así: está permitido bañarse en las playas que no tengan ese grado de contaminación.

En lo anterior no hay, repito, nada de lo que hoy en día llaman los iusmoralistas derrotabilidad de las normas. Para que en ese sentido actual nos hallemos ante la derrotabilidad, la excepción no debe ser expresa, no debe estar expresamente tasada. La excepción no tasada⁴ ocurrirá si N dice que está permitido bañarse en las playas, si, además, no hay ninguna norma expresa en la que pueda basarse una prohibición de baño en playas muy contaminadas⁵.

Así es como soluciona el iusmoralismo la cuestión teórica de la derrotabilidad y, con ello, asegura la supremacía en cada ordenamiento de las normas moral-jurídicas. Toda norma jurídico-positiva es potencialmente derrotable por algún principio; y dado que los principios son normas morales en origen, toda aplicación de una norma jurídico-positiva a un caso es potencialmente excepcionable con base en una norma moral que, al juridificarse por transustanciación, llamamos principio jurídico. En conclusión, el juez debe inaplicar las normas jurídico-positivas que

4. Falta de una excepción tasada específica para las playas contaminadas y falta de una norma genérica tasada, del tipo “Las administraciones competentes podrán prohibir el baño o las actividades en las playas cuando por cualquier motivo resulten peligrosas para la salud o el bienestar de las personas”.

5. Evidentemente, dicha norma expresa existe, para tal tipo de casos, prácticamente en todos los sistemas jurídicos como el nuestro.

vengan al caso siempre que pesen claramente más las normas morales, revestidas de principios jurídicos, que para ese caso se traigan a colación.

Eso es exactamente lo que significa y lo que quiere la “tesis del caso especial de Alexy”: que todos los jueces tácita o expresamente se hallen habilitados para someter la aplicación de cualquier norma a un control de moralidad. Que generalmente no lo hagan de modo expreso significa que la solución que la norma jurídico-positiva da para el caso no les plantea un conflicto moral, que les parece justa o no injusta (o contraria a cualquier principio) en grado suficiente.

7. La verdadera Constitución es la moral verdadera. Y el Derecho constitucional positivo que se oponga a la moral verdadera ni es Constitución ni es Derecho siquiera

Por eso, en Alexy, el control de constitucionalidad en el fondo o no significa casi nada o debe ser entendido como control de moralidad. ¿Y cómo se hace ese control siempre? Según Alexy, ponderando. Y por eso mismo deja la teoría la puerta abierta a que hasta los enunciados constitucionales, las normas jurídico-positivas que en ellos se contengan, sucumban en la ponderación a manos de principios constitucionales. Desde el momento en que tales principios constitucionales que vencen a otras normas constitucionales expresas pueden hasta ser principios implícitos, la suerte está echada: la verdadera constitución o lo más constitucional o supremo

de la Constitución es la moral verdadera, son las normas moral-jurídicas. Las normas moral-jurídicas no pueden estar por debajo de ningún mandato constitucional expreso que las contradiga porque ya sabemos que una norma jurídico-positiva contraria a las normas moral-jurídicas no es propiamente jurídica o no lo es del todo. Y las normas positivas de la Constitución no son excepción a eso, pues si lo fueran toda esta teoría iusmoralista se derrumbaría.

Las normas constitucionales, es decir, lo que de norma jurídica haya en los enunciados contenidos en el cuerpo jurídico llamado Constitución de un determinado Estado⁶, son normas jurídico-positivas. Por tanto, si toda norma jurídico-positiva es en su validez y aplicabilidad dependiente de las normas moral-jurídicas, toda norma constitucional expresa es jurídica si no es incompatible con las normas moral-jurídicas; y todas esas normas constitucionales o internacionales son aplicables a los casos que encajen bajo su supuesto de hecho únicamente cuando la solución resultante no es incompatible con la que para los mismos casos prescriben las normas moral-jurídicas.

Así pues, las tesis iusmoralistas implican que las normas moral-jurídicas están por encima de las constituciones y condicionan la validez y aplicabilidad de sus normas. Si no fuera así, tendrían los iusmoralistas que admitir que una Constitución que contiene normas (claramente) injustas es del todo jurídica pese a eso, lo cual provocaría una profunda incoherencia en su sistema teórico: sólo las normas infraconstitucionales son inválidas

6. O en una norma internacional como pueda ser la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derecho Humanos.

o inaplicables por injustas, pero podría ocurrir que una norma constitucional válida impusiera una solución que según la norma moral-constitucional es injusta. Si el Derecho positivo está subordinado a la moral objetivamente correcta, las normas constitucionales también lo están, en tanto que normas jurídico-positivas.

Entre las muchas consecuencias que de esto se siguen está la del limitado margen que le queda al poder constituyente. En esto se repiten exactamente las pretensiones y los planteamientos del viejo iusnaturalismo, por mucho que aquel iusnaturalismo considerara corrupción de ley muchas cosas que hoy resultan obligadas, de acuerdo con este iusmoralismo que ya no se disfraza de conservador. Pero los iusnaturalistas de antes y los iusmoralistas de ahora tienen en común el considerar que nada contrario a la moral puede ser constitucional y nada constitucional puede ser contrario a la moral.

8. La gran cuestión ontológica. Valores, principios, reglas: genética iusmoralista

El iusmoralismo presupone necesariamente que, por su origen, hay dos grandes clases de normas jurídicas: las que tradicionalmente se han llamado de Derecho positivo o jurídico-positivas y las otras, a las que aquí llamo moral-jurídicas.

Una norma jurídico-positiva es la que resulta de un acto o procedimiento de creación normativa regulado o asumido como válido en el respectivo sistema jurídico. Una norma así surge, por ejemplo, cuando una Administración competente en la respectiva materia crea, por el procedimiento correspondiente, un reglamento

administrativo; o cuando un Parlamento crea una ley, etc.

Cuando una Constitución se crea por un acto constituyente originario, los correspondientes enunciados constitucionales son asumidos como válidos dentro de ese sistema mismo en el que tal Constitución va a ocupar (al menos formalmente) la cúspide; sin tal asunción o presuposición de validez de esas normas constitucionales, esas normas no serían parte del sistema ni parte superior del sistema.

Cuando el sistema jurídico admite la existencia en él de normas jurídicas consuetudinarias, asume que éstas se integran en tal sistema, aunque no hayan sido específicamente “legisladas” en él, y regula su lugar en la estructura del sistema, la posición que ocupan, su relación con las otras, empezando por las legisladas.

Cuestión adicional es la referida a cómo se extraigan los contenidos normativos de los enunciados “legislados”. Esa “extracción” puede requerir operaciones interpretativas o decisiones más o menos complejas de fijación de los significados posibles y de opción entre los significados posibles del correspondiente enunciado normativo. Así, puede no estar claro, en general o ante un determinado caso, qué significa la expresión E contenida en el enunciado constitucional o legislativo EN. Más complejo todavía puede ser enunciar el contenido normativo de una norma consuetudinaria o buscar, en una sentencia que siente precedente vinculante, cuál es la *ratio decidendi* y cómo se puede enunciar del modo más preciso posible.

Todo eso era para aclarar a qué me refero cuando hablo de normas jurídico-positivas. Ahora vamos con las que estoy llamando normas moral-jurídicas, esenciales para el iusmoralismo.

Las normas moral-jurídicas no son Derecho por razón de quién las crea, ni por cómo las crea, ni por cómo se relacionan⁷ con otras normas del sistema jurídico. Las normas moral-jurídicas son jurídicas en sí y por sí y nada más que en razón de su contenido necesario. Esto explica que su validez y aplicabilidad, en cualquier sistema jurídico, no dependa ni del modo en que una autoridad las haya enunciado, ni de ningún procedimiento de creación o incorporación formal a las normas del sistema, ni de un ejercicio de autoridad por ningún órgano competente al efecto, ni del tipo de relación que su contenido guarde con otras normas del sistema jurídico. Esto último alude, como veremos, a que las normas moral-jurídicas no pueden ser derogadas, pues son y están por sí vigentes. Tampoco están en su contenido normativo para el caso condicionadas por ninguna previa enunciación precisa, y de ahí que no necesitan ser propiamente interpretadas, pues su naturaleza no es lingüística. Además, no son derrotables, especialmente no lo son por las normas jurídico-positivas. Sobre esto último habrá que volver más adelante.

Ya podemos entender, respecto de dichas normas, la cuestión ontológica, que gira en torno a las siguientes preguntas: ¿dónde están esas normas? ¿De dónde salen? ¿Cómo se manifiestan en tanto que jurídicas?

Es aquí donde el iusmoralismo actual opera con lo que podríamos llamar la transustanciación normativa. Así define la Real Academia Española de la Lengua la transustanciación: “En la doctrina católica, conversión de las sustancias del

7. Por ejemplo, según que su contenido sea antinómico con una norma superior, igual o inferior del mismo sistema.

pan y del vino en el cuerpo y sangre de Jesucristo”. Me tomo la licencia de esta analogía por cuanto que en el iusmoralismo actual hay una transustanciación de los valores morales en normas jurídicas. Veamos cómo.

Para empezar, reparemos en por qué respecto de las normas jurídico-positivas no hay tal transustanciación normativa. Supongamos un legislador que introduce en la ley penal un nuevo delito, D, y establece para el mismo una determinada pena. Evidentemente, el que esa conducta se convierta en delictiva y se haga acreedora de una pena como sanción obedece a valoraciones: alguien (la mayoría de la sociedad, una parte influyente de la sociedad, los integrantes de la cámara legislativa...) considera injusta o inmoral (por indecente, por dañina, por abusiva...) la conducta en cuestión. Pero lo que convierte esa conducta en delito no es su justicia o inmoralidad en sí y por sí, sino la decisión del órgano legislativo competente, en tal sistema, para tipificar normas penales. En otras palabras, sin esa acción normativa, el delito no es delito, la conducta en cuestión no es antijurídica, aunque a muchísimos les pueda parecer muy injusta. Por mucho que supongamos verdad objetiva y hasta racionalmente demostrable al enunciado moral “la conducta C es injustísima”, lo que la hace antijurídica no es ni tal enunciado moral ni su contenido eventualmente verdadero con plena objetividad, sino la creación del correspondiente delito (o ilícito jurídico del tipo que sea: ilícito administrativo, civil...) mediante un acto normador preciso y regulado en el mismo sistema. En otras palabras, es jurídica la norma de marras porque ha sido creada como norma jurídico-positiva.

Ahora vamos con la transustanciación normativa en el iusmoralismo. Por de-

finición, las normas moral-jurídicas no pueden valer solamente en tanto que positivas, en cuanto que convertidas en contenido de normas jurídico-positivas resultantes de un acto legislativo. Porque, si así fuera, estaría el iusmoralismo negándose a sí mismo y admitiendo que no hay más Derecho que el Derecho positivo. Quien sostenga que la moral verdadera obliga (moralmente) al legislador a legislar en concordancia con ella, pero sin que sea jurídica en sí la norma moral ni deje de ser jurídica la norma positiva opuesta a la norma moral, no es un iusmoralista. Se trataría, sin más, de alguien que en cuestiones metaéticas posiblemente es objetivista y que en materia de Derecho razona como un iuspositivista metodológico.

Por tanto, indefectiblemente necesita el iusmoralista una teoría de la validez o juridicidad de las normas moral-jurídicas en sí y como tales, no dependiente ni de las relaciones con normas jurídico-positivas (no puede perder su validez la norma moral-jurídica por ser antinómica con una jurídico-positiva) ni de actos de creación normativa expresa por parte de autoridad o sociedad ninguna. Podrá haber procedimientos o modos de razonar mediante los que se pueda descubrir o precisar el contenido de la norma moral-jurídica, pero no actos constitutivos de su juridicidad, de su condición de Derecho. Dicho de otro modo, las normas moral-jurídicas han de existir, valer y obligar al margen completamente de su positivación, pues en tanto que positivadas, ya serían Derecho positivo, no normas moral-jurídicas.

Sería pertinente extenderse en este punto sobre la ontología de las viejas doctrinas del derecho natural, pero no voy a detenerme en tal versión clásica del iusmoralismo, sino en planteamientos más actua-

les, propios de autores como Robert Alexy y tantos de sus seguidores.

Para el iusmoralismo principialista, al estilo de Alexy, la ecuación se da entre *valores, principios y reglas*. Y es en el tránsito de los valores a los principios donde sucede esa especie de milagro que aquí estoy llamando transustanciación normativa.

Oigamos a Alexy:

“El modelo de los principios y el modelo de los valores han demostrado ser esencialmente iguales por lo que respecta a su estructura, con la diferencia de que el uno debe ser ubicado en el ámbito de lo deontológico (el ámbito del deber ser) y el otro en el ámbito de lo axiológico (el ámbito de lo bueno)”⁸.

“Es claro que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera en que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, la satisfacción gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores. Por ello, los enunciados del Tribunal Constitucional Federal sobre los valores pueden reformularse en enunciados sobre los principios, y los enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores, sin pérdida alguna de contenido”⁹.

8. Alexy 2007: 126. Dice el mismo autor: “La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*, y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva. De esta manera, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud del carácter deontológico de los primeros y del carácter axiológico de los segundos” (ibid., p. 125).

9. Alexy 2007: 117-118.

Siguiendo a von Wright, diferencia Alexy entre conceptos deontológicos y axiológicos y los explica así:

“Ejemplos de conceptos *deontológicos* son los de mandato, prohibición, permiso y del derecho a algo. Común a todos estos conceptos es que (...) ellos pueden referirse a un concepto deóntico fundamental, al concepto de mandato o de deber ser. En cambio, los conceptos *axiológicos* se caracterizan porque su concepto fundamental no es el de mandato o deber ser, sino el de lo bueno. La variedad de los conceptos axiológicos surge a partir de la variedad de los criterios, de acuerdo con los cuales, algo puede calificarse como bueno. Así, se utilizan conceptos axiológicos cuando algo es catalogado como bello, valiente, seguro, económico, democrático, social, liberal o propio del Estado de derecho”¹⁰.

“Los principios son mandatos de un determinado tipo, a saber, mandatos de optimización. En cuanto mandatos, ellos pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores se adscriben al nivel axiológico”¹¹.

Parece claro que el principio tiene como particular el elemento deóntico, pero su contenido será siempre tributario del contenido del valor correspondiente. Así que un principio P, resultante de un valor V, no es más que esto: hágase V. Pero puesto que dice Alexy que se trata de un mandato de optimización, entonces el principio P significa: hágase V en la mayor medida posible. La medida de lo posible viene dada por la acomodación con los demás principios o, lo que viene a ser igual, con la acomodación con los demás valores. Por eso el razonamiento jurídico está subordinado al razonamiento moral o, como dice

10. Alexy 2007: 118.

11. Alexy 2007: 119.

Alexy con su “tesis del caso especial”, el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general.

Los valores son entidades con un cierto contenido preestablecido, necesario. Valores son, por ejemplo, la dignidad, la justicia, la solidaridad.... Bajo esta óptica objetivista, el contenido de cada valor es el que es, no el que a uno u otro sujeto le parece que puede o debe ser, y al margen de que tales contenidos sean los mismos desde siempre y para siempre (como viene a entender el iusnaturalismo, que no deja de ser una especie del realismo moral) o de que ese contenido objetivo y no dependiente de opiniones pueda ir cambiando por relación a momentos y contextos, como se entiende desde el constructivismo ético al que se acogen autores como Alexy y la mayor parte de los iusmoralistas de hoy.

Pongamos el valor V y planteemos si la conducta C es compatible o no compatible con el valor V. Usted puede pensar que sí hay plena armonía entre C y V y yo puedo creer lo contrario. Toda teoría moral de corte objetivista necesariamente presupone que V tiene un contenido en sí, no dependiente de nuestros juicios, opiniones y preferencias particulares, y que C será o no objetivamente compatible con V en razón de tal contenido objetivamente necesario de V. Y no se nos olvide que *todo iusmoralismo presupone, por definición, una metaética objetivista*, pues un iusmoralismo moralmente escéptico o relativista es algo así como un católico que no cree en Dios o un físico de partículas que no cree en la materia.

Por ejemplo, sea el V el valor dignidad humana y sea C la conducta consistente en lo que se suele llamar contrato de maternidad subrogada: una mujer contrata con

otra persona para gestar para tal persona un hijo que después de nacer no será de la gestante, sino del otro que la contrató para eso. ¿Es compatible ese contrato con la dignidad humana? Depende de cuál sea el contenido de la dignidad humana y de si hay alguna parte de dicho contenido que sea inconciliable con ese contrato. Y para el objetivismo moral, el contenido de la dignidad (o de cualquier valor) no es el que cada uno le dé, a partir de su reflexión honesta, sino que es el que es. El objetivismo moral, presupuesto necesario del iusmoralismo, tiene su tesis definitoria en que la verdad de los enunciados morales es independiente de las opiniones o creencias de los sujetos que emitan tales enunciados, y por eso los juicios morales son objetivamente correctos o incorrectos, igual que objetivamente correctos o incorrectos son los juicios empíricos.

El iusmoralismo, necesariamente objetivista, aplica, en materia moral o de la llamada razón práctica, algo así como una variante de la idea de verdad como correspondencia. El enunciado “El contrato de maternidad subrogada es contrario a la dignidad humana” es verdadero, si el contrato de maternidad es contrario a la dignidad humana y nada más que en ese caso. ¿Y cómo sabemos cuál es el contenido de V que usamos como término de contraste? Pues, repito, es el que es, independientemente de que descubrirlo exija razonamientos más simples o más complejos o requiera un ejercicio depurado de intuición, de reflexión o de algún método con determinados pasos al pensar.

Pero con la relación entre V y C vemos que sale simplemente la posibilidad de decir que C es objetivamente compatible con V u objetivamente incompatible con V y de que el enunciado en cuestión sea objetivamente verdadero o falso. Pero *la*

*calificación como verdadero o falso no es una calificación normativa*¹².

El enunciado “Está lloviendo aquí ahora” y el enunciado “Si me mojo, me constipo” no son enunciados normativos, aunque sí son calificables como verdaderos o falsos. Que no sean enunciados normativos significa que no permiten calificar normativamente mi conducta y decir si *obro* correctamente o no si salgo de casa sin paraguas y me mojo. Para que la calificación normativa del tipo “has hecho mal en salir de casa ahora mientras llovía y sin paraguas ni gabardina” sea normativamente posible y, si acaso, correcta, debe existir (o presuponerse) una norma del tipo “No se debe salir de casa sin protección para la lluvia cuando llueve”¹³.

Ahora volvamos a que V sea el valor dignidad humana y que la conducta que calificamos, C, sea la de suscribir un contrato de maternidad subrogada. Al decir que C es incompatible con V, no afirmamos que no se deba hacer C. Para eso debe aparecer una norma. ¿Una norma de Derecho positivo? Lo que estaríamos diciendo es que C es inmoral por contrario a la dignidad humana, que por eso moralmente debería el legislador emitir una norma jurídica N que convierta C en conducta jurídicamente ilícita, no permitida. Moralmente ya lo sería, para quien sea objetivis-

12. Y lo mismo si en lugar de “verdadero” o falso decimos “correcto” o “incorrecto”, pues ahí la palabra “correcto”, que es ambigua, no tiene el significado de normativamente correcto, sino de verdadero, igual que si decimos que es correcto el enunciado “la luna es un satélite de la tierra”.

13. Y podemos plantear toda una escala de fundamentación de esa norma: “No debes salir de casa sin paraguas o protección para la lluvia cuando llueves, porque mojarte te produce constipado, el constipado es un daño a la salud y debes proteger su salud”.

ta moral y si entiende que es incompatible C con V, y jurídicamente esa incompatibilidad no se daría mientras el legislador no haga la norma que jurídicamente prohíbe C¹⁴. Ese es el planteamiento propio de un iuspositivista, y más concretamente de un iuspositivista que sea al mismo tiempo objetivista moral¹⁵.

El iusmoralista es quien, además de sostener que es objetivo el contenido de V y que son objetivamente verdaderos y falsos los juicios que aplican tal contenido, mantiene que C no sólo es, por ejemplo, materialmente incompatible con V, sino que C está prohibido por razón de dicha incompatibilidad y aunque el legislador no haya emitido la correspondiente norma o, incluso, aunque la haya emitido con contenido contrario, permitiendo jurídicamente C. Y esto es así por efecto de lo que vengo llamando la *transustanciación normativa* que suponen los iusmoralistas: porque, en todos los campos de la razón práctica, en todos los ámbitos en que hay que decidir sobre conductas, *los valores se transforman en principios sin necesi-*

14. Puede ser castigando C penal o administrativamente, obligando a quien incurra en C a indemnizar a alguien o simplemente declarando la invalidez de C, de tales contratos, en ese sistema jurídico.

15. Un iuspositivista no objetivista diría que no hay cómo saber cuál es el contenido objetivo de V, que cada ciudadano podrá tener diferentes ideas al respecto y no hay cómo saber con certeza si C es o no conciliable con V, y que, en todo caso, el que C sea jurídicamente lícito o no dependerá de lo que digan las normas jurídicas que vengan al caso. Repárese en que *tanto el iuspositivista objetivista como el no objetivista coinciden en que jurídico es lo que dispongan las normas jurídico-positivas, aun cuando discrepen en la naturaleza de los valores morales y en si es posible o no que haya verdad en los juicios morales.*

dad de la interposición de ninguna acción normadora de nadie.

Para ese modo de pensar, la dignidad humana es un valor con ciertos contenidos en sí y que permite calificar las conductas como compatibles o incompatibles con la dignidad; pero, además, los valores son también normas o se transfiguran en normas cuando de lo que se trata no es de decir cómo es el mundo, sino qué se debe o no se debe hacer. Y esas normas, que son la reformulación normativa directa de los valores, son los principios.

Así pues, un principio es, aquí, la expresión normativa de un valor, la norma que sirve para calificar como indebida la conducta incompatible con el valor, como permitida la no incompatible con el valor y como debida la conducta que sea la única compatible con el valor. Conforme al valor, conocemos que es incompatible C con V, por ejemplo; y según el principio, queda establecido que no debe hacerse C.

El modo en que ontológicamente pueda darse esa correlación entre valores y principios es uno de los temas más profundos y apasionantes de la Ética. ¿Damos al valor dignidad humana los contenidos resultantes de las normas que socialmente configuran el estatuto moral de las personas o extraemos o debemos extraer el contenido de esas normas a partir del contenido del valor dignidad humana? ¿Surgen las normas de los valores o son los valores la expresión más abstracta de grupos de normas? Tan interesante tema no es el que aquí nos ocupa, por lo que vamos al que nos importa para comprender a los iusmoralistas: la relación entre valores morales objetivos¹⁶.

16. Repito que sin alguna forma de objetivismo moral, sea realista o constructivista, no es pensable el iusmoralismo.

Si tantas veces he hablado de transustanciación, es porque se está presuponiendo que los valores se expresan normativamente como principios. Los valores son valores morales¹⁷ que se manifiestan normativamente como principios morales. Pero como, para el iusmoralista, la moral objetivamente correcta es parte de todo sistema jurídico y condición de validez y aplicabilidad de sus normas, tenemos que esos principios morales son, al mismo tiempo, principios jurídicos. Esas son las normas moral-jurídicas y ya conocemos su fuente.

Ahora creo que estamos en condiciones de entender algunos aspectos muy peculiares de este iusmoralismo de nuestra época: por qué no puede haber principios jurídicos inmorales, por qué entre los principios no se dan propiamente antinomias, qué relación hay entre principios y reglas, por qué los principios no son derrotables por reglas y por qué los principios se mantienen válidos y en general aplicables incluso cuando en una concreta ponderación son vencidos. Y, por supuesto, captaremos también por qué el énfasis en la ponderación como modo de razonar o método que corresponde a la naturaleza profunda de los principios.

9. Por qué todos los principios son morales y no hay principios injustos

La cuestión resulta obvia, a estas alturas. Si por definición los principios, en cuanto normas jurídicas, son la expresión normativa de los contenidos objetivamente ver-

17. O, si se quiere y más ampliamente, valores de razón práctica en general, sin que la cuestión sea ahora decisiva.

daderos de los valores morales, entonces no puede haber principios contrarios a los valores o inconciliables con ellos. Si el principio de dignidad humana es la trasposición a Derecho del valor dignidad humana y si los contenidos de tal valor son los que objetivamente son, no los que unos y otros opinen o prefieran, está claro que nada opuesto a lo que en verdad sea la dignidad humana puede constituirse como principio de ningún sistema jurídico.

En un sistema jurídico de impronta claramente machista, cuyas normas, desde las más altas, proclamen la supremacía jurídica y política de los hombres frente a las mujeres, tal como en tantos países sucedía no hace tanto y tal como sigue pasando en ciertos países islámicos, se podrá en cierto sentido decir que rige un principio jurídico de supremacía del varón, pero desde nuestro iusmoralismo¹⁸ dirán los autores que ese principio congruente con el Derecho positivo de allá no es un principio jurídico auténtico o propiamente dicho, ya que es incompatible con el contenido objetivamente correcto y necesario del valor jurídico igualdad. Por lo mismo, en un país con Constitución y ordenamiento jurídico racistas, al modo de la Sudáfrica del *apartheid*, no será correcto que en lenguaje jurídico se diga que está presente un principio jurídico racista, pues aunque en los hechos tal haya, el verdadero jurista que sabe cuál es el Derecho verdadero, afirmará que ahí también vale y está vigente el principio jurídico de igualdad racial, por muy contrario que sea lo que aquel Derecho positivo dice o a las aplicaciones institucionales y judiciales de tal Derecho positivo.

18. Es más que probable que en un país de aquellos esa supremacía masculina se justifique con argumentos marcadamente iusmoralistas.

Pensemos ahora en ejemplos que entre nosotros suenen más problemáticos. Volvamos a aquella cuestión sobre si puede ser plenamente Derecho o no una hipotética reforma legal que, mismamente en España, legalice y valide los contratos de maternidad subrogada. Sobre ese concreto asunto hay un enfrentamiento completo entre los principialistas, pospositivistas o iusmoralistas en general, pues insisten unos en que hay completa incompatibilidad entre tales prácticas y la dignidad humana y porfían otros a favor de la plena concordancia entre dicho valor y el contrato de maternidad subrogada. Para los unos existe agresión tremenda a la dignidad de la mujer gestante, mientras que los otros nada ven contrario a la dignidad.

Tanto los de un lado como los del otro, en cuanto que iusmoralistas al modo de hoy, comparten las siguientes ideas: a) que la dignidad es un valor con contenido objetivo y objetivamente cognoscible; b) que de ese valor se desprende un principio constitucional que permite hacer lo que no dañe la dignidad gravemente y prohíbe lo que sí la dañe; c) que ese principio constitucional tanto rige si la Constitución lo nombra, como si no, siendo en este último caso un principio constitucional implícito; d) y que o bien es este de dignidad humana un principio de valor absoluto, inderrotable o imponderable y que vence siempre que la dignidad esté afectada¹⁹, o bien hay que ponderarlo cuando entre en conflicto con otros, pero, sea como sea, lo que resulte siempre ha de ser la expresión del verdadero contenido del principio y el valor y no la manifestación de preferencias subjetivas ni de los legisladores ni de los jueces ni de operador jurídico ninguno.

19. Así lo ha planteado, por ejemplo, Ruiz Manero 2018: 37ss. Sobre el mismo asunto, con muchos matices, Alexy 2007: 86 ss.

Cada grupo de iusmoralistas estará, pues, convencido de que hay verdad, hay método para averiguarla y, con base en el principio, hay obligación jurídica de hacerla valer, particularmente en un juicio de control de constitucionalidad de la norma positiva que regule la maternidad subrogada en un sentido u otro. La aplicación de buena fe de tales convicciones metaéticas y jurídicas y de la inderrotabilidad del principio de dignidad o de su peso grande en la ponderación, llevará a que el veredicto de cada grupo sea opuesto al del otro. Esa es la *gran aporía* del iusmoralismo principialista.

10. Coincidentia oppositorum. Por qué entre los principios no se dan propiamente antinomias

Robert Alexy afirma que todas las normas jurídicas son o reglas o principios²⁰. Las reglas son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, mientras que los principios son mandatos de optimización. Según tal autor, las reglas se aplican mediante una operación de subsunción, mientras que la aplicación de principios exige ponderación y el resultado de la ponderación se formula como una regla para el caso y bajo la que se subsumen los hechos del caso, todo ello con un propósito de universalización, es decir asumiendo que si hay luego otro caso idéntico y que, lógicamente, dé el mismo resultado al ponderar, se aplicará la misma regla.

20. Otros autores añaden las directrices como tercer tipo de normas. Destacadamente, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Véase Atienza/Ruiz Manero, 1996: 5 ss.

Explican Alexy y sus muchos seguidores que los conflictos entre reglas hay que solucionarlos a base de eliminar una de ellas mediante los conocidos criterios de *lex superior* o *lex posterior*. Eso indica bien a las claras que entre reglas habría antinomias, genuinas incompatibilidades entre lo que manda una y manda otra, pues ambas serán mandatos taxativos. Por ejemplo, entre una regla que disponga que está prohibido (bajo determinada sanción) circular por una calle y otra regla que permita circular por esa calle hay antinomia y esas normas contradictorias no pueden convivir en el mismo sistema simultáneamente.

Pero eso no pasaría con los principios. Según estas teorías iusmoralistas, dos principios pueden concurrir en un mismo caso, estando cada uno concernido por los hechos del caso y proponiendo consecuencias opuestas como solución, pero eso no sería una antinomia y no habría de solventarse, por tanto, a base de considerar que uno de los principios expulsa al otro del sistema. Por ejemplo, si un periódico publica sin mi permiso una foto mía practicando nudismo en una playa, concurre a su favor la libertad de información, pero a favor mío cabe invocar el derecho a la propia imagen. Se dice que tendrá el tribunal que resolver ponderando y viendo qué peso corresponde a cada principio, a la luz de las circunstancias del caso. Ganará el que más pese.

Algunos pensamos que no hay ninguna necesidad de presentar esas normas como mandatos de optimización ni hace falta la ponderación como método resolutivo, sino que son operaciones normales de interpretación las que pueden y deben solucionar también supuestos de ese tipo. Pero no es eso lo que aquí toca ahora fundamentar, sino la cuestión de por qué no hay aquí antinomias, según Alexy y su escuela.

No hay antinomias entre principios porque los principios por definición son buenos, según esta doctrina. Una vez que se ha descartado que pueda haber principios jurídicos de contenido inmoral, todo principio es moralmente bueno y, en consecuencia, no tiene sentido pensar que, de esa gama de principios que forman la cima del sistema jurídico, un principio bueno pueda expulsar o invalidar otro principio bueno. Así que hay que buscar la manera de que se mantengan en esa cúspide del ordenamiento jurídico todos, acomodándose y reacomodándose caso a caso, pero sin que ninguno haya de hacer mutis.

En otras palabras, si las normas moral-jurídicas son principios y constituyen necesariamente un conjunto avalado por los contenidos objetivamente verdaderos de los valores, en qué cabeza cabe que vayan a andar peleándose a muerte entre sí, cómo va a haber incompatibilidad exterminadora entre la justicia y la dignidad, entre la libertad y la igualdad, entre el libre desarrollo de la personalidad y el bien común, entre la vida y la autonomía, etc., etc. Por lo mismo que no parece razonable imaginar una guerra civil entre ángeles, una vez que hemos dado por sentado que hay ángeles y cómo son, tampoco es razonable pensar en un enfrentamiento fratricida entre principios, después de que hemos dicho que todos los principios son buenos y que los principios malos no son de verdad principios, sino algo así como ángeles caídos, desviaciones de la verdadera naturaleza angélica o jurídica.

Y, adicionalmente, el orden entre los principios no puede concebirse como ontológicamente conflictivo, sino armónico. Por eso los principios solamente se enfrentan *prima facie*, pero su acomodo o armonía de fondo se manifiesta a través de la pon-

deración. Y de ahí que la ponderación no pueda ni quiera esta doctrina entenderla como ejercicio de discrecionalidad del juzgador, sino como vía de averiguación de la única respuesta correcta en Derecho, o casi. Cabe que el juez se equivoque, se desvíe, se precipite y, en suma, no pondere como es debido, pero si la ponderación es como debe, su resultado solo puede expresar el grado en que los principios que en el caso concurren se vean negativa o positivamente afectados, y, por eso, en cuanto el juez ha comprobado con objetividad tales grados, el resultado se sigue de una operación que llega a decir Alexy que es aritmética.

Lo que pesa cada principio se averigua y el resultado final se calcula, para sacar ese resultado se echan cuentas. Y todo porque principios buenos no pueden llevarse mal y no podemos concebir el mundo de los valores y sus correspondientes principios sino como un mundo de orden y armonía. Por eso no existirían antinomias entre principios y por eso se ponderan. Es la ontología alexiana, estructuralmente afín a las viejas metafísicas de fondo religioso, la que determina su axiología, y su teoría de las normas jurídicas y de la decisión judicial refleja fielmente esa axiología. El bien debe ganar al mal y entre los bienes no puede haber más relaciones que relaciones buenas.

II. Invictus. Por qué los principios no son propiamente derrotables por reglas

La relación entre reglas y principios en el principialismo alexiano se configura del siguiente modo. A cada regla que propia-

mente lo sea le subyace un principio. Y como en puridad los principios son justos y morales en todo caso, por cuanto que son la traslación a Derecho de los contenidos verdaderos de los valores, resulta que toda regla auténticamente jurídica está fundada en un principio “bueno” que la justifica. Si alguna regla se basara en un principio “malo”, carecería de fundamento, ya que principios “malos” sabemos que no puede haber.

Así que lo que en verdad sale al leer a Alexy y su séquito doctrinal es que los principios son ubicuos, pues no hay norma que no tenga algo de principio y, con ello, no puede haber norma jurídica mala, pues si es mala no es jurídica, porque no tiene el respaldo de ningún principio que lo sea. Si la norma es un principio, un mandato de optimización, pues lo es. Si la norma es una regla, lo es porque tiene en su cimiento un principio que le da su validez última y su última fuerza de obligar como Derecho.

En consecuencia, en su estructura las normas se diferencian en mandatos taxativos, que son las reglas, y mandatos de optimización, que son los principios, pero si bajo toda regla late un mandato de optimización, un principio, entonces todo lo que de mandato taxativo tenga la regla cuenta nada más que como expresión y concreción puntual de un mandato de optimización. Cuando el legislador manda taxativamente que el conductor detenga su vehículo ante el semáforo en rojo, trata en el fondo de optimizar un principio de ese concreto modo, posiblemente el principio de seguridad vial, vinculado al derecho a la vida y a la integridad física de conductores y viandantes.

Ya podemos entender bien por qué las reglas pueden ser derrotadas por principios

sin que estime Alexy que en el caso se dio una antinomia entre una regla y un principio y sin que, por tanto, la regla derrotada haya de suponerse para el futuro expulsada del sistema por no ser ya válida. Eso nada más que pasa cuando se enfrentan dos reglas antinómicas, pero no existe antinomia ni entre principios ni entre reglas y principios.

¿Por qué no hay tal antinomia? Pues porque el enfrentamiento entre un principio y una regla es, para Alexy, una contienda entre ese principio y el principio que a la regla en cuestión subyace, más otro principio que siempre apoya a la regla legítima, que es el principio de respeto al legislador legítimo. Por eso se puede ponderar un principio contra una regla y por eso, si la regla pierde en la ponderación, no sale derrotada como regla y no pierde su validez y vigencia, sino que sigue ahí y su derrota nada más que expresa que su principio perdió frente al otro.

Ya vemos por qué una regla puede ser derrotada por un principio, pero no es derrotado propiamente un principio por una regla como tal, sino que cuando la regla gana es porque pesaron más sus principios, no porque un mandato taxativo se pueda imponer a un mandato de optimización.

Esto tiene *consecuencias letales para el derecho positivo y para el sistema constitucional del Estado de Derecho como sistema de legalidad, incluidos los enunciados constitucionales*, en cuanto normas “legisladas” por el poder constituyente, en cuanto normas jurídico-positivas. El que una norma jurídico-positiva tenga un peso propio e importante que resulta del principio de respeto al legislador legítimo no le quita un ápice de su condición de norma que sólo es jurídica de

verdad si además cuenta con un principio sustantivo (una norma moral-jurídica) que la sustente y que sólo resultará aplicable cuando ningún principio la derrote. Por eso da igual que la norma sea legítima, pues siempre va a perder a manos de un principio “bueno” cuando no sea “bueno”, objetivamente moral, el principio que la avala, y por eso todas las disputas normativas, sean sobre la validez, sean sobre la aplicabilidad de las normas jurídico-positivas se acaba por resolver en una ponderación. Cuando la regla se aplica sin más, sin ponderar, no es porque las reglas hayan de aplicarse mediante subsunción debido a que son mandatos taxativos, sino que se aplica el mandato taxativo de la regla porque el juez no encontró razón de peso para inaplicarla, para derrotarla a manos de un principio.

Por eso, en Alexy, no hay más Derecho firme que los principios, que las normas moral-jurídicas, y todo lo demás, el sistema de las reglas y el del Derecho positivo, no tiene más juridicidad que una provisional o *prima facie* o “en principio”. Y de ahí que resulte poco menos que inevitable concluir esto: para Alexy y sus seguidores, en verdad no hay más Derecho auténtico que la moral verdadera, suprema guardiana y controladora de la validez y aplicabilidad de las normas jurídico-positivas. El legislador democrático se torna un sujeto trágico permanentemente abocado a la melancolía o a la nostalgia por los tiempos pasados, aquellos en los que parecía que la teoría jurídica y el constitucionalismo habían derrotado al derecho natural. Fue una victoria que no duró demasiado. Como dice un refrán español, poco dura la alegría en casa del pobre.

Bibliografía

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. de Carlos Bernal Pulido.

Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel.

Ruiz Manero, J., (2018) “Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, en Juan Ruiz Manero, Juan Pablo Alonso (coords.), *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Buenos Aires, Astrea.