

## Del dúctil derecho y la virtuosa necesidad

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

### EL DERECHO DÚCTIL Y SUS AMBIVALENCIAS

Entre las diversas dificultades que Marina Gascón ha tenido que sortear en la traducción de *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky sospecho que una de las mayores ha debido ser la del propio título, *El Derecho dúctil*. El término italiano, junto a su gran riqueza de significados –que aluden tanto a la apacibilidad, mansedumbre, paciencia e indulgencia de las personas y los animales, como a la ductilidad y moderación de ciertas situaciones e incluso a la bonancibilidad del clima–, contiene una ambivalencia en sus connotaciones valorativas que convierte en empresa prácticamente imposible encontrar un perfecto equivalente en castellano. En efecto, al componente significativo básico, de carácter puramente *descriptivo* de ciertos rasgos humanos o del mundo, por los que la palabra puede aplicarse a la persona que es tranquila y propensa a tolerar los errores ajenos o a un invierno en que no hace frío ni llueve, se suele añadir una u otra *carga valorativa* que, según el contexto, puede ser opuesta: favorable, cuando la apacibilidad o la indulgencia en las personas se estiman virtuosas o cuando el tiempo cálido en invierno se agradece, pero también –aunque seguramente con bastante menos frecuencia– desfavorable, cuando la mansedumbre o la flexibilidad se reputan cesión y renuncia por debilidad o cuando la insistencia del sol inclina a lamentar el

clima moderado como indeseable sequía<sup>1</sup>. El término castellano «dúctil», que a la idea de maleabilidad une la de condescendencia, ha sido una muy buena elección, aunque en él, de un lado, tal vez domina el sentido descriptivo sobre el valorativo y, de otro lado, seguramente contiene una carga valorativa más inclinada al polo negativo que al positivo, justo lo contrario que el término italiano.

Aunque sólo fuera por solidaridad de traductor –que conoce en carne propia la inevitable traición de toda traducción–, no habría yo señalado la anterior dificultad si no fuera por considerarlo imprescindible para ilustrar el núcleo del presente comentario. Y es que el título de este libro es una feliz condensación de su contenido, y lo es, precisamente, gracias a las ambivalencias que traspasan a uno y a otro, al título y al libro mismo, que también es «dúctil». Tales ambivalencias no sólo corren entre el alcance meramente descriptivo de las transformaciones que atribuye al Derecho actual y la valoración en conjunto positiva que de ellas ofrece, sino también entre las distintas interpretaciones que tanto su descripción como su valoración sugieren. Para no incurrir yo mismo en ambigüedades, sin embargo, diré que entre las ambivalencias que voy a destacar las hay por indeterminación, sea por vaguedad o sea, incluso, por ambigüedad en los argumentos desarrollados, y las hay por oposición o antinomia entre unas y otras afirmaciones del libro. Advierto también que mi análisis se limitará a considerar algunos temas sustantivos importantes, sin pretender rozar siquiera la discusión en torno a etiquetas tan polivalentes como iusnaturalismo o positivismo jurídico<sup>2</sup>. Me referiré a continuación a la primera ambivalencia para centrarme en otras más específicas en los dos apartados siguientes, uno relativo a la descripción ofrecida en el libro y otro a sus valoraciones.

La primera ambivalencia se presenta como ambigüedad entre, de un lado, el alcance meramente descriptivo del rasgo de apertura al compromiso con diferentes y flexibles principios que, según Zagrebelsky, caracteriza esencialmente a los actuales sistemas jurídicos, y, de otro lado, la superior estimación que para él alcanza ese criterio del pluralismo y la coexistencia entre distintos principios, que es configurado como el único meta-valor absoluto. Zagrebelsky asevera en un momento, en referencia al tema de la interpretación judicial, para él central en la construcción del Derecho actual, que «aquí no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación. [...] Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento» (p. 200, t. c. p. 144). Y sin embargo, en las primeras pági-

<sup>1</sup> Esta ambigüedad valorativa es la que explica que ZAGREBELSKY deba recordar la distinción entre la *aurea mediocritas* y la *aurea medietas* para adscribir a esta última los valores «positivos y constructivos» de la actitud de apertura, moderación y compromiso entre principios con la que allí identifica, precisamente, la «*mitezza costituzionale*» (cap. 1, núm. 3).

<sup>2</sup> Sobre ello, además del «Epílogo» de GREGORIO PECES-BARBA a «El derecho dúctil», puede verse Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», *Derechos y libertades*, núm. 2, 1994, pp. 113 ss.

nas del libro proclama que la «ductilidad» en que resulta el Derecho actual configura «una mayor plenitud de vida constitucional que no debe mantenerse con la actitud resignada de quien se pliega a una necesidad» (pp. 12-3, t. c. p. 15). Las preguntas que este contraste sugiere son básicamente dos: una relativa a la descripción del Derecho actual que se hace en el libro y a su adecuación a la realidad y otra sobre el juicio valorativo que merece la situación descrita tanto en el libro como desde un punto de vista crítico.

La descripción –a salvo de las precisiones que después haré– me parece en su conjunto perceptiva y acertada, como tantas cosas en el libro, lleno de sólida cultura jurídica y de agudas percepciones. Pero además, lo descrito resulta en el libro también prescrito, y hasta ensalzado, cuando, desde mi punto de vista al menos, en el aspecto valorativo contiene más bien luces y sombras y, lo que es peor, aquel ensalzamiento comporta el riesgo de aumentar algunos de los aspectos para mí más oscuros y desalentadores de las actuales tendencias del Derecho contemporáneo. Dicho en otras palabras, el libro de Zagrebelsky se complace en considerar a la necesidad virtud, cuando en este caso lo necesario no es precisamente tan virtuoso y, sobre todo, tenerlo por tal contribuye no sólo a consolidar su perduración sino, lo que me parece más grave, a ampliar su alcance más allá de lo que podría ser estrictamente inevitable.

## AMBIVALENCIAS EN LA DESCRIPCIÓN DEL DERECHO ACTUAL

¿Cuál es, a grandes rasgos, la descripción que propone *El Derecho dúctil*? El libro juega con la constante contraposición entre dos visiones del Derecho, una que suele ser calificada como positivista y otra que no recibe una calificación precisa ni uniforme, pero que se identifica perfectamente como la actual, que se corresponden con dos distintas formas de organización del Derecho mismo, estas sí claramente contrapuestas como Estado de Derecho frente a Estado constitucional. La concepción positivista, y el sistema jurídico-estatal mismo que refleja, se sitúa en el siglo XIX y una parte del XX y viene caracterizada por tres rasgos fundamentales, trabados entre sí, que contrastan netamente con los rasgos correspondientes al sistema actual: legalismo frente a constitucionalismo, reglamentismo frente a principialismo<sup>3</sup> y logicismo interpretativo frente a acomodación mutua entre ordenamiento y caso.

<sup>3</sup> Las dos denominaciones son de mi responsabilidad. Pido excusas sobre todo por no haber encontrado una palabra mejor que «reglamentismo» para expresar la noción que en seguida glosaré, pero era desde luego excluible la alternativa de «normativismo». Y ello no sólo porque el término «norma» sea oportunamente utilizado por ZAGREBELSKY como una categoría general que incluye reglas y principios, sino sobre todo porque sería enormemente distorsionador con la amplia corriente que de KELSEN a BOBBIO o HART se suele denominar normativismo, corriente que me parece sustancialmente ajena a las dos posiciones consideradas por ZAGREBELSKY.

En primer lugar, el legalismo, como primacía efectiva de la ley y del parlamento ante el carácter meramente programático de los principios y derechos constitucionales, contrasta con el actual constitucionalismo (del que, no obstante, en este punto como en el siguiente, el Reino Unido sigue siendo una significativa excepción no suficientemente destacada en el libro). En el constitucionalismo, en cambio, las reglas y, sobre todo, los principios constitucionales priman de manera efectiva sobre la ley, con dos efectos, uno material y otro procedimental. Materialmente, mediante una aplicabilidad mucho más inmediata de las normas constitucionales y, procedimentalmente, porque tales normas son jurídicamente aplicables mediante la institucionalización de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes que ha legado a permear al conjunto del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, esa primacía efectiva de la Constitución ha tenido como primer efecto la superación del reglamentismo tradicional de la visión y la práctica positivistas. Y no es sólo que en el reglamentismo los derechos básicos y los principios constitucionales no pudieran realizarse en tanto no se encontrasen específicamente consagrados en normas, o reglas, como prefiere llamarlas Zagrebelsky, para contrastarlas con los principios, respectivamente caracterizados al modo de Dworkin. Es que, en el principialismo, los principios, precisamente porque «desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico» (p. 148, t. c. p. 110), además de permitir una realización efectiva de los derechos de libertad y de justicia<sup>4</sup>, sirven en general como criterios de orientación para superar una mecánica y pasiva aplicación (especialmente judicial) de las reglas, que son la materia dominante de las meras leyes. Es decir, que los principios no son una mera fuente de inspiración interpretativa incluso con capacidades supletorias sino que sirven también como instrumentos de rectificación de las reglas. De esta forma el reglamentismo sería diferente al principialismo por dos razones diferentes: por facilitar la obstaculización de la realización efectiva de los principios y derechos constitucionales y por propiciar una aplicación del Derecho limitada a una obediencia de las reglas sin inspiración ni corrección sustantiva basadas en los principios constitucionales.

En tercer lugar, el logicismo interpretativo, con la clásica imagen del silogismo judicial propia de la teoría de la subsunción, era el método de interpretación y aplicación del Derecho correspondiente al legalismo y al reglamentismo positivistas, a su vez coherentes con una visión de la dogmática jurídica cortada con los patrones del racionalismo, caracterizados

---

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY dedica el capítulo 4 a diferenciar los derechos de libertad y los derechos de justicia en una forma que no comparto en dos aspectos: en primer lugar, en lo que se refiere a su respectiva fundamentación en la tradición liberal y en la católica, sobre lo que suscribo la crítica de GREGORIO PECES-BARBA (cf. «Epílogo» cit., pp. 159-61), a la que únicamente añadiría que, entendiéndose que aquel capítulo haya sido escrito en la católica Italia, resultaría inverosímil en un libro, por ejemplo, británico; en segundo lugar, en lo que atañe a la tajante separación conceptual entre ambos tipos de derechos, sobre lo que remito a mi artículo «Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 15-16 (Homenaje a Elías Díaz), vol. II, 1994, pp. 651-74.

por una consideración apriorística y deductiva de los criterios jurídicos bajo el canon logicista de la *demonstratio*. En cambio, la concepción interpretativa correspondiente al modelo constitucionalista y principialista es la del ajuste entre el caso concreto y el ordenamiento jurídico mediante un modelo de *argumentatio* que prefiere la *prudentia* a la *scientia* (cf. p. 169, t. c. pp. 123-4). Aquí la decisión judicial no puede ya ser vista como el fruto de la subsunción de los hechos en una premisa mayor normativa simplemente extraída del Derecho, sino que tal premisa ha de construirse de forma compleja –la alusión a la hermenéutica es aquí obligada– en un equilibrio entre las exigencias del caso, que proceden de una realidad interpretada a la luz de los valores constitucionales, y la regulación normativa abstracta (en este punto hay algunas ambigüedades en el planteamiento de Zagrebelsky sobre las que habré de volver, sirviendo lo anterior como aproximación lo más fidedigna posible a su descripción).

Hasta aquí, la descripción del contraste entre el sistema jurídico liberal tradicional y el de la mayoría de los Estados de bienestar contemporáneos rastrea líneas a grandes rasgos bien reconocibles. Pero aunque el diseño global sea fiel al modelo real, es disputable si, más allá de las detalladas pinceladas que el libro sin duda contiene, de la visión en perspectiva del hilo argumental y del conjunto de la descripción no se desprende un cuadro con cierto grado de exageración latente, especialmente para un lector que se deje llevar por el persuasivo pero considerablemente vago lenguaje del pluralismo, el compromiso y la flexibilidad tan propios de una época como la nuestra, de pensamiento y de Derecho efectivamente más dúctiles que otras pasadas. Indicaré dos o tres puntos en los que la vaguedad de las formulaciones de Zagrebelsky fomenta este riesgo de una comprensión distorsionada del Derecho actual.

En primer lugar, frente al agudo y genérico contraste que el libro presenta entre el legalismo del Estado liberal y el constitucionalismo del Estado constitucional, es claro que, algo más en concreto, la realización efectiva de los principios de justicia social proclamados en las constituciones sigue dependiendo hoy de la intermediación de la ley, y parece difícil que vaya a dejar de ser así si no se producen cambios políticos y jurídicos muy radicales en el futuro. Naturalmente, no es que Zagrebelsky desconozca esta obviedad, sino que en el diseño de su libro no se destaca en ningún momento cómo la interposición del legislador, que según el capítulo 3 constituyó rasgo esencial del Estado decimonónico para la realización jurídica de los derechos de libertad, sigue siendo un rasgo característico del Estado de bienestar. De este último se han querido destacar otros rasgos, ciertamente pertinentes, pero todos compatibles con un buen grado de realización práctica a pesar de la inaplicabilidad directa de las constituciones contemporáneas en la materia (véase el cap. 5). Y ello puede servir para recordar cómo, alternativamente, según lo muestra el sistema jurídico británico, tampoco es de la esencia del Estado de Derecho frente al constitucional –en la terminología de Zagrebelsky– el garantizar más endeble o aleatoriamente los derechos de libertad (en todo caso,

el factor de la primacía de la Constitución y la existencia de Tribunales Constitucionales puede que no sea tan decisivo como el hilo de los primeros capítulos del libro tiende a sugerir).

En segundo lugar, frente a la pintura de una aplicación actual del Derecho tendencialmente principialista, hoy todavía perdura un volumen incuantificable, pero sin duda cuantitativa y cualitativamente muy importante, de obediencia y de aplicación esencialmente mecánicas, como me parece que lo prueba suficientemente el que sin un cumplimiento literal y sencillo de muchas de las muy numerosas reglas jurídicas existentes nuestras sociedades serían irreconocibles por su grado de conflicto y de desestructuración. Si esto es así, la tesis de que la «influencia del caso no se puede eliminar» (p. 200, t. c. p. 145) debería encuadrarse en una explicitación de su alcance al limitado campo de la aplicación judicial del Derecho. Junto a ello, la afirmación encadenada a la anterior de que tal influencia está presente no sólo en los casos difíciles sino también, «silenciosa e inadvertidamente», en los de rutina, merecería una prueba analítica o, al menos, alguna ejemplificación más allá de su mera aseveración. Entretanto, me inclino a poner de relieve que, como ha visto bien Frederick Schauer, por dúctiles que sean las reglas, nadie sostiene, ni a la luz del caso ni sin ella, que los presidentes de Estados Unidos pueden tener tres mandatos ordinarios, que el Derecho inglés permite el matrimonio entre hermanos o que los evasores de impuestos pueden ser condenados a muerte bajo el Derecho noruego<sup>5</sup>.

Por lo demás, incluso en el restringido sector de la normativa jurídica que se sustancia en conflictos judiciales, la función inspiradora y correctora de los principios no parece un fenómeno general que abarque profusa y profundamente a todos los casos: aunque lo avanzo como hipótesis que debería comprobarse con más detalle, una primera limitación procede de que no es verosímil pensar que todas las materias en pleito admitan y reciban una igual carga de interpretación en función de principios constitucionales (sugiero a riesgo de equivocarme que el Derecho sucesorio y el mercantil, así como el urbanístico o el fiscal, están menos gravados de principios constitucionales que el Derecho de familia o el laboral); y, segunda y más importante limitación, la apelación directa a la interpretación conforme a principios seguramente varía en intensidad según la jerarquía judicial, en especial porque los criterios sentados por los tribunales superiores tienden a adquirir un carácter de cuasi-reglas para ocasiones futuras, y no sólo para los tribunales inferiores (por poner un ejemplo del Derecho español, el criterio a seguir ante las huelgas de hambre de presos, que estuvo sometido a oscilaciones conforme a distintas interpretaciones, ha sido fijado de manera estable por el Tribunal Constitucional de modo similar a como si se hubiera dictado una ley<sup>6</sup>).

<sup>5</sup> Cf., «Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life», Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 192-3.

<sup>6</sup> Cuando digo «similar» no digo «igual», pues una diferencia muy relevante con la ley es que el Tribunal Constitucional no puede cambiar de criterio como lo hace el Parlamento, pues

En síntesis, en lo que dice y, en todo caso, en lo que, sin decirlo, puede inducir a entender, el problema de la descripción del Derecho actual ofrecida en *El Derecho dúctil* no es sólo que pueda generar una percepción más o menos exagerada o distorsionada de la realidad jurídica que sugiera como ya existente algo que en realidad no es (y no digo que «*todavía* no es» porque, además de indeseable, no me parece inevitable). Su mayor peligro es que, tras el halo valorativamente favorable en que el libro sitúa su descripción del Derecho actual, nos suscite una cierta familiarización con la posibilidad de que las actuales tendencias, tan certeramente descritas como tales tendencias generales por Zagrebelsky, se confirmen en los hechos hasta, no digo cumplir ni todavía menos dejar corta, pero sí aproximarse a los puntos de exageración a los que hoy puede animar una lectura poco avisada del libro.

### AMBIVALENCIAS EN LAS VIRTUDES DE LA DUCTILIDAD JURÍDICA

Con exageraciones o sin ellas, la descripción del Derecho actual merece de Zagrebelsky una valoración eminentemente positiva. Como ya he dicho más allá de una aislada protesta de que su pretensión es sólo descriptiva, en distintos momentos clave expresa una clara valoración favorable de las tendencias del Derecho actual, confirmando así el juicio de las primeras páginas del libro sobre la «mayor plenitud de vida constitucional» de la «ductilidad» en la interpretación jurídica (pp. 12-3, t. c. p. 15): así, cuando expresa su tajante preferencia por el Derecho en acción o viviente frente al Derecho literalmente entendido o «en los libros» (pp. 166-7, t. c. p. 122), cuando defiende una decidida interpretación no legalista y apegada a las llamadas exigencias del caso (p. 181, t. c. pp. 132-3), cuando afirma que la existencia de múltiples métodos de interpretación sin jerarquización entre sí es una virtud (p. 186, t. c. 135-6) o, en fin, cuando pone en duda que la certeza como fijeza sea deseable (pp. 202-3, t. c. pp. 146-7).

Para hacer un juicio crítico de la valoración favorable de Zagrebelsky sobre el Derecho actual, me detendré en dos temas cruciales ante los que caben interpretaciones alternativas de consecuencias muy diferentes: la relación entre ordenamiento jurídico y realidad y la relación entre constitucionalidad y legalidad. En una y otra el libro de Zagrebelsky mantiene en puntos decisivos ambivalencias o indeterminaciones entre distintas posibilidades que, por más congeniales que aparezcan a la luz de la aper-

---

no sólo no podrá cambiarlo cuando lo considere oportuno, ya que siempre habrá de esperar a que le llegue un caso (lo que podría tardar en ocurrir si el criterio previo se tiene por firme), sino que cuando lo haga normalmente deberá retrotraer su nuevo criterio para el caso concreto en que lo cambia (salvo que utilice el discutido mecanismo del *prospective overruling*, por el que el Tribunal avisa de que en casos futuros, pero no en el presente, utilizará un nuevo criterio).

tura y el compromiso propios de la ductilidad del Derecho moderno, han de analizarse críticamente. En especial cuando tales ambivalencias derivan en tensiones irresolubles que, contra los repetidos deseos de Zagrebelsky, no pueden someterse a «la ley fundamental intrínseca del Derecho constitucional actual [...], la del *et-et*» (p. 15, t. c. p. 17). Si esto es así, en el propio libro se vendría a poner de manifiesto una cierta tensión entre diferentes valores, de modo que mi crítica no sería únicamente externa —en cuanto que, respecto de cualquier sistema democrático, tomo partido más bien por los valores de legalidad y seguridad frente a los de flexibilidad y ductilidad—, sino que tendría también un cierto alcance de crítica interna a algunas de las valoraciones del libro de Zagrebelsky.

## ORDENAMIENTO JURÍDICO Y REALIDAD

En *El Derecho dúctil*, como he venido diciendo, la interpretación judicial se proclama llamada a salvar, en una especie de síntesis superadora, las tensiones entre ley y derechos y entre reglas y principios, dos oposiciones que aparecen también como tensión entre el ordenamiento jurídico y la realidad tal y como aparece en los casos concretos. La primera ambivalencia que estas formulaciones presentan afecta al sentido de la expresión «ordenamiento jurídico», que no se sabe si es utilizada en su sentido usual, como equivalente a conjunto de normas jurídicas de un determinado derecho, incluidos en él los principios constitucionales, o si más bien es restrictivamente entendida, en alusión al conjunto de leyes ordinarias y reglas inferiores con exclusión de la Constitución y sus principios.

Según la primera versión, en la que «la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento» (p. 182, t. c. p. 133)<sup>7</sup>, este último vendría contrapuesto a la realidad con dos consecuencias extravagantes: por un lado, la interpretación judicial se pondría como instancia superior tanto respecto del Derecho como de la realidad y, por otro lado, las «exigencias de carácter jurídico que la realidad lleva consigo» (p. 163, t. c. p. 120) quedarían completamente desconectadas de los principios constitucionales incluidos en el ordenamiento. Si se excluyen como irrazonables ambas consecuencias, queda la opción de entender que el contraste a que se alude no es entre todo el ordenamiento y la realidad de los casos, sino sólo de las leyes y reglas como partes del ordenamiento. Esta versión, por lo demás, no sólo viene avalada por las ocasiones en las que el contraste que aparece en el libro

<sup>7</sup> En similar sentido dice: «Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple "casuística", incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro» (p. 181, t. c. p. 132).



es entre la realidad y la ley, o entre el caso y la ley (así, cf. pp. 181-2, t. c. pp. 132-3), sino que es la única interpretación que permite salvar la coherencia con la propuesta de Zagrebelsky de acudir a los plurales y dúctiles principios constitucionales como criterios no sólo orientadores sino incluso correctores de la ley.

Si la tensión entre los dos «señores» a los que debe servir la actividad judicial se sitúa en «la ley y la realidad», los principios la resuelven en una síntesis de juridicidad y de realidad. ¿Cómo es posible esto? Los principios constitucionales parecen tener la virtud de permitir salvar la distancia entre el hecho y valor, de modo que, según Zagrebelsky, adoptarían una existencia dual pero no por ella conflictiva: por un lado, estarían incorporados como deber ser constitucional a modo de referente ideal para las leyes a la vez que como «razón de ser autónoma respecto de la realidad» (p. 160, t. c. p. 118), pero, por otro lado –si no he entendido mal las algo tortuosas páginas dedicadas a la relación entre hechos y valores–, los principios permitirían extraer de la realidad misma los criterios para resolver la tensión que el caso plantea entre ley y realidad (cf. pp. 160-3, t. c. pp. 118-20).

La anterior me parece, efectivamente, la única explicación sensata de por qué en *El Derecho dúctil* se habla de la tensión o lucha «entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley» (p. 182, t. c. p. 133), y no más bien de la tensión entre la *ratio* superadora de la ley, abstracta y ciega, y la *voluntas* (o las *voluntates*) del caso, siempre expresivo de distintos intereses sociales en pugna. Los casos sólo pueden tener *ratio* si, liberados de los intereses conflictivos que los configuran, se interpretan como expresión de exigencias valorativas unitarias y coherentes que surgen de su especial comercio con los principios. Ahora bien, ¿cómo los dúctiles y abiertos principios pueden llegar a concretarse en el contacto con el caso? Aquí aparece de nuevo, me temo, una indeterminación en el libro que una vez más puede formularse en términos de otra ambivalencia: los principios constitucionales remiten y se concretan en la realidad o bien mediante la aceptación por parte del juez de los criterios empíricamente dominantes o mayoritarios de hecho en la sociedad de que se trate o bien mediante el descubrimiento inmediato directo por parte del juez de la mejor interpretación posible (y en este último caso, de nuevo se abre una indeterminación sobre si se patrocina la vetusta línea de la doctrina naturaleza de las cosas, la más actual versión dworkiniana o alguna otra, como la remisión a los criterios de mayor prestigio en la cultura jurídica).

En favor de la primera opción podría hablar la alusión del libro a la «comprensión» del sentido y valor del caso a la luz del «contexto cultural objetivo» (cf. pp. 187-9, t. c. pp. 136-8), la referencia a que «el derecho no puede separarse del ambiente cultural en que está inmerso» (p. 190, t. c. p. 138)<sup>8</sup> o, en fin, la propuesta de apertura «a una visión de sociolo-

<sup>8</sup> El texto italiano («il diritto non ha la forza di distaccarse...») es más fuerte que la traducción castellana, donde la fuerte ambigüedad del término «puede» admite una interpretación puramente valorativa, cuando lo que ZAGREBELSKY parece defender es una tesis ontológica.

gía jurídica» a la que llamaría la relevancia de Derecho viviente o en acción (p. 167, t. c. p. 122). En favor de la segunda opción, en cambio, parece militar la extensa apelación de Zagrebelsky al «carácter práctico de la ciencia del derecho», que frente a la *scientia* propone la *prudencia* como conocimiento jurídico razonable suficientemente objetivo (pp. 163 ss., t. c. pp. 120 ss.), así como la defensa de la razón práctica, entendida como «predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor» (p. 168, t. c. p. 122). Sea una u otra la posición favorecida por Zagrebelsky, o alguna otra versión mixta o diferente que yo no haya alcanzado a captar, en el libro me parece que faltan argumentos sustantivos en favor de la entrega a los jueces de un poder de decisión que permite invalidar una ley que se oponga a las exigencias del caso (p. 189, t. c. p. 138; en el mismo sentido, también p. 183, p. 134).

## LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

El anterior problema puede ser considerado más en detalle desde la óptica de la relación entre legalidad y constitucionalidad. Como ya he comentado antes, esta relación es vista en *El Derecho dúctil* a modo de dicotomía histórica y conceptual para diferenciar los dos modelos de ordenamiento jurídico que siguen a la Revolución Francesa: el decimonónico del «Estado de derecho» y el actual del «Estado constitucional». Tal dicotomía parece operar también valorativamente, siempre en favor del segundo término, cuando se deposita en los principios constitucionales —garantizadores sobre todo de los derechos de libertad y de justicia— el peso no sólo de la inspiración del resto de las normas del ordenamiento, sino también de su flexibilización hasta la corrección de las reglas meramente legales mediante la correspondiente interpretación judicial. En el libro nunca queda dicho explícitamente, ni por lo tanto claro, si el recurso a los principios constitucionales es un camino expedito para cualquier juez o si se acepta algún tipo de restricción, sea por la vía de la revisión jurisprudencial por parte de los tribunales superiores sea por la vía de la atribución en exclusiva de tal competencia a órganos judiciales muy específicos, en especial a los tribunales constitucionales. Ésa, con todo, no es la única indeterminación en la relación entre legalidad y constitucionalidad.

La relación entre legalidad y constitucionalidad puede ser considerada en dos ámbitos distintos: el estructural y el sustantivo. Desde el punto de vista estructural, la jerarquía entre el nivel normativo constitucional y el legislativo puede verse en los dos tipos ideales extremos de la mera ejecución frente al desarrollo creativo. Mientras en el primer caso, la Constitución es aplicable por la ley únicamente a través de una única respuesta, en el segundo aquélla no es más que un marco de límites entre los

que caben distintas posibilidades a elegir libremente por el legislador. Aunque en algunas materias especialmente garantizadas por la Constitución —en especial en algunos derechos básicos, en ocasiones de detallada regulación constitucional—, la ley prácticamente carece de margen para ir más allá de la mera ejecución, parece doctrina pacífica que en general puede manifestar libremente alguna de las varias combinaciones entre los distintos principios constitucionales. En todo caso, tal es la tesis que explícitamente recoge Zagrebelsky, que en este punto no insinúa un cambio sustancial respecto de la doctrina tradicional (p. 129, t. c. p. 97, así como cap. 7, núm. 7).

En el entendimiento anterior, el juez constitucional no tiene otra función que calibrar si la ley ha traspasado los amplios límites de los principios constitucionales, mientras que al juez ordinario no le cabe más que solucionar sus dudas sobre el alcance de la ley, interpretándola a la luz de alguna de las combinaciones posibles de los principios constitucionales. Ahora bien, si el libro de Zagrebelsky confiere a los jueces (así genérica e indeterminadamente denominados) un protagonismo notablemente mayor del que esta pintura sugiere, ello se debe a que a la anterior relación estructural entre constitución y ley se superpone, por así decirlo, un entendimiento sustantivo de la idea de «legalidad» que parece imponer un cambio de rumbo drástico sobre el diseño que se acaba de comentar. Como para Zagrebelsky, según hemos visto, la norma jurídica judicialmente interpretada es el destilado de una regla (generalmente legal) a la luz de uno o varios principios (constitucionales) en la operación de ajustamiento entre ordenamiento y caso concreto, resulta que, sustantivamente, y tras la operación interpretativa del caso concreto, la relación entre constitucionalidad y legalidad ya no permite considerar a las leyes como el resultado de una combinación libérrimamente elegida por el legislador dentro de las varias «combinaciones posibles entre los principios constitucionales» (p. 129, t. c. p. 97).

Si se toma en serio la concepción sustantiva de la interpretación defendida por Zagrebelsky, la primacía y autonomía del legislador —dentro del marco constitucional— tiene que decaer en favor de lo que podría denominarse un condominio con los jueces en competencia por el «señorío» sobre el derecho. De nuevo aparece aquí la ambivalencia valorativa, el intento de soluciones *et-et* cuando sólo son posibles las soluciones *aut-aut*: por un lado, Zagrebelsky critica severamente a los juristas actuales que, apurando los residuos de un positivismo según él ya sin razón de ser y vivo por pura inercia de ideología jurídica, todavía «continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la “ley constitucional”» (p. 50, t. c. p. 41); pero, por otro lado, concluye afirmando en un contexto claramente valorativo que «los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo» (p. 213, t. c. p. 153).

¿Qué lugar ocupa, pues, el principio de legalidad en esta gran construcción tan favorable a los principios? ¿Es un simple principio más,

sometido a la ponderación pluralista y dúctil junto con otros principios en competencia o tiene alguna preeminencia especial para los jueces? Si el principio de legalidad se entiende, según creo que ha de hacerse en un sistema democrático, como consagración de la supremacía del Parlamento en su ámbito, la concepción sobre el alcance y extensión de tal ámbito que propone Zagrebelsky es todo menos unívoca: ciertamente, reconoce al «positivismo legislativo [...] algún punto a su favor», en cuanto que acepta que «la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga» (p. 210, t. c. p. 151), llegando incluso a situarse críticamente frente a las sentencias constitucionales interpretativas y a las fundamentaciones excesivamente restrictivas con la libertad de elección del legislador (cf. pp. 211-212, t. c. p. 152); sin embargo, la llamada final a que el legislador se resigne «a ver sus leyes tratadas como “partes” del derecho y no como “todo el derecho”» (p. 212, t. c. p. 153) remacha una concepción sustantiva de la interpretación que, bajo el designio de la adecuación entre la regla y el caso concreto a la luz de los principios, viene a situar al juez ordinario en el mismo plano que al legislador, y no sólo en el plano práctico, sino también en el de los principios.

Es muy significativo a este respecto que Zagrebelsky no vea mayor problema en las interpretaciones «creativas» de los jueces ordinarios —porque, dice, su «jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales» (p. 212, t. c. p. 153)—, sin caer en la cuenta de que la capacidad del legislador de corregir al juez es en su concepción perfectamente reversible. De tal modo, la supremacía de la ley puede terminar reducida, dicho sea provocativamente, a la ardua posibilidad de que el legislador *intente* corregir mediante nuevas leyes las distorsiones que sus mismas leyes anteriores hayan venido recibiendo en la interpretación judicial. Una posibilidad, en fin, tanto más ardua, y hasta sisífica, cuanto más se aliente teóricamente la capacidad de los jueces de corregir la ley. Se dirá, seguramente con razón, que la teoría jurídica es de escasa relevancia ante un fenómeno como el de la autonomía judicial, pero por poca relevancia que tenga no veo razones ético-políticas de peso para adoptar una concepción sustantiva que tiende a tirar algunas de las paredes de la casa por el hecho de que no es posible en la práctica cerrar todas las puertas.

Para calibrar más específicamente la discusión anterior, puede ser útil distinguir tres distintos tipos de casos, aunque sea en la forma algo tosca de dos posiciones extremas y una posición intermedia. En un extremo se sitúan los casos cuya resolución viene preestablecida por criterios normativos pacíficamente considerados de significado razonablemente claro y unívoco. En el otro extremo se sitúan los casos ante los que no hay criterios normativos claramente preestablecidos, bien porque se carezca de ellos (casos sorprendentes, como los debidos a innovaciones médicas), bien porque existan en exceso por pugnar diferentes principios en conflicto (casos disputados, como los relativos al aborto o la eutanasia). El contraste entre uno y otro extremo es bien neto, pues mientras en el pri-

mer tipo de casos sería forzado introducir un análisis de principios que modifique el criterio preestablecido, en el segundo parece no haber más remedio que introducir un criterio. Sólo en este segundo tipo de casos tiene sentido discutir el problema valorativo de si tal criterio debería obtenerse acudiendo a una reflexión sobre los principios o mediante otros mecanismos —p. ej., el *referée* legislativo, el azar, la opinión pública mayoritaria, etc.— y, en caso de resolverlo mediante los principios, intentando soluciones conciliatorias, o tratando de desentrañar la mejor respuesta posible en general o alguna otra fórmula diferente (y a este aspecto específico me referiré en el próximo epígrafe).

Ahora bien, entre uno y otro tipo de casos hay una zona intermedia, sin duda la más interesante teóricamente, en la que la disputa misma gira sobre si estamos ante un caso con o sin criterios específicos preestablecidos. Por ejemplo, el caso antes citado del estatus normativo de las huelgas de hambre de presos en el Derecho español puede ser hoy considerado, según la doctrina que se mantenga, como un caso en el que hay criterios claramente predeterminados por obra de una repetida interpretación del Tribunal Constitucional, o como un caso en el que sigue abierta la apelación a principios constitucionales en pugna con los previamente elegidos por el Tribunal Constitucional. Pues bien, lo que me preocupa es que una visión como la del libro de Zagrebelsky, al describir y ensalzar un modelo jurídico de interpretación muy creacionista, induce a interpretar los casos intermedios, en los que la apelación a principios es sólo *posible*, como si pertenecieran a la categoría extrema de los casos en los que tal apelación es *inevitable*.

Insisto en que no estoy afirmando que en *El Derecho dúctil* haya una explícita e inequívoca defensa de este tipo de extensiones, pero es claro que tampoco se expresan las, a mi juicio, debidas cautelas ante una hiperdilatación del poder judicial que, en cuanto ejercido por órganos formalmente independientes entre sí y en todo caso limitadamente jerarquizados de hecho, ha de tender a multiplicar entrópicamente los criterios jurídicos, hasta configurar una situación en ciertos aspectos similar a la del *Antiguo Régimen*, caracterizada no sólo por la ausencia de códigos sino también por la superposición irresuelta entre distintas fuentes jurídicas en conflicto entre sí<sup>9</sup>.

La falta de preocupación que el libro de Zagrebelsky muestra por la interpretación judicial como causa de inseguridad jurídica contrasta con su fina sensibilidad ante el aumento de un tipo de legislación que, por renunciar al grado debido de abstracción y generalidad, ha perdido la capacidad de ordenación, aumentando más que reduciendo la imprevisibilidad de las conductas sociales (cf. pp. 43-45, t. c. pp. 36-37). Si el resultado, que todos parecemos compartir como deplorable, es en uno y

<sup>9</sup> RUBIO LLORENTE, en su recensión a «Il diritto mite», también comparte estos temores cuando pone de manifiesto que el lugar central en que se sitúa al juez en el libro pone gravemente en riesgo la seguridad jurídica y la supremacía de la ley (cf. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril 1994, pp. 431-433).

otro caso el mismo, ¿por qué las causas, estén en el legislador o en el juez, no merecen un tratamiento igual? ¿O es que hay que suponer que son (o deben ser) los jueces quienes vienen a poner remedio en el desorden que ha introducido el legislador? A mi modo de ver, es muy verosímil afirmar que la tela que el actual Estado teje por el día como legislador no siempre es de factura coherente y completa, pero depositar en los jueces una confianza sin reservas para que adopten principios o patrones plurales y superiores a la ley es arriesgarse a que la tela, lejos de embellecerse y mejorar, simplemente vaya siendo deshecha, al modo de Penélope, durante la noche<sup>10</sup>.

Por descender de las abstracciones hasta lo que incluso puede parecer trivial, pero que no obstante es ilustrativo, concluiré con una anécdota que tal vez sirva para poner de relieve la naturaleza de las reglas, entendidas como criterios fijos preestablecidos, y el alcance de su posible corrección a través de principios. En mayo de 1994 hice en avión de Madrid a Barcelona con vuelta el mismo día. Por la mañana había dejado mi coche en el aparcamiento del aeropuerto de Barajas y al volver por la noche fui incapaz de encontrar el *ticket*, por lo que tuve que pagar cinco días de estancia. Tras una reclamación a la empresa correspondiente en la que envié copias de mi billete y de las dos tarjetas de embarque, recibí una amable contestación, que conservo, en la que me decían que el asunto estaba regulado por la Orden de 16 de julio de 1992 (*BOE* 29 de junio), en la que se establecía lo siguiente: «En el caso de no poder presentar el *ticket* de aparcamiento en el momento de la retirada del vehículo, la tarifa por el estacionamiento será la equivalente a cinco días de estancia». En la contestación añadían: «Se ha procedido, por lo tanto, correctamente a lo establecido en la ley, ya que la misma no contempla como válida ninguna otra documentación sustitutiva del *ticket*. [...] Dado que reclamaciones similares a la suya son bastante frecuentes y no es discutible la veracidad de la misma, se ha procedido a indicar a las esferas competentes [...] la posibilidad de establecer el concepto de documentación sustitutiva del *ticket*, en la actualización de precios que próximamente será publicada en el *BOE*».

Como se observará, se trata de un caso en la zona intermedia o dudosa a que me refería hace un momento. Si hubiera acudido a un juez reclamando la devolución de cuatro de los cinco días cobrados, muy probablemente me habría dado la razón en el fondo del asunto. Pero, bien pensado, no estoy nada seguro de que esa actitud judicial esté libre de graves inconvenientes, de los que carece en cambio el camino alternativo de rectificar la norma por el órgano creador correspondiente. El único inconveniente de esta segunda posibilidad es que no se llegue de hecho a la recti-

<sup>10</sup> La metáfora del día y la noche, como todas imperfecta, no debe llevarse más lejos que a la sugerencia del contraste entre la publicidad que suelen recibir las leyes y el mayor desconocimiento –tanto en el sentido de falta de conocimiento, especialmente por parte del público en general, cuanto en el de falta de seguimiento, especialmente por parte de otros órganos judiciales– de los criterios elaborados o adoptados en las sentencias judiciales.

ficación. Y se dirá quizá que, precisamente por esa razón, al menos para casos no triviales, es preferible el pájaro en mano de la solución judicial que los ciento volando de la reforma legislativa. Cabe también sospechar, sin embargo, que el riesgo de que las reglas inadecuadas no se reformen es tanto mayor cuanto más se teoricen como abiertas a la corrección por los jueces conforme a principios. Esa es, a fin de cuentas, la principal preocupación que condensa el punto de vista valorativo que ha inspirado las observaciones precedentes.