

¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios

Por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

Universidad de León

Comenzaremos nuestras consideraciones críticas sobre el libro del profesor Zagrebelsky¹ con una cita contenida en la primera página de texto y con cuyo sentido estamos muy de acuerdo:

«Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la “cosa” misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o (ejemplo no menos interesante) en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea *no existe* o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho “positivo” se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confundentes para el público profano» (9).

Estoy, como digo, muy de acuerdo con esta idea, pero me pregunto en qué medida se inserta la obra que comentamos en ese mundo de ideas que determina los perfiles prácticos del derecho. Vaya por delante la afirmación de que estamos ante un libro hermoso, erudito sin desmesura y lleno de sugerencias e interpretaciones que enriquecerán a cualquier lector, jurista o no. Pero la crítica más respetuosa con una obra importante es

¹ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, Madrid, Trotta, 1995, traducción de Marina Gascón, con epílogo de Gregorio Peces-Barba. En lo sucesivo las cifras entre paréntesis remitirán a páginas de esta edición.

la que trata de ir al fondo de sus planteamientos y no se conforma con recrearse en el detalle o con adobar el elogio genérico con discrepancias puntuales.

Si la vivencia social y práctica del derecho está determinada por la idea del derecho, por un sistema de creencias y visiones que se integran en el imaginario común y que se alimentan en gran medida de las construcciones doctrinales y teóricas, se torna dificultoso comprender el siguiente párrafo

«Se podría decir simplificarmente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas» (10).

Las ideas, diríamos, no están a la altura o al nivel de la realidad jurídica. Serán las ideas de los juristas las que han quedado desfasadas, mientras que el derecho se haría verdad sobre la base de otras ideas o de otra idea, aunque no se sabe muy bien si perteneciente a la sociedad en general, al legislador o al poder constituyente. Pero, para empezar, cuesta creer que la «idea» determinante de la realidad práctica y vivencial del derecho no sea la «idea» que de éste profesan y enseñan los juristas.

Más concretamente, no creo que ningún derecho o ningún «Estado constitucional» «impliquen» en sí mismos nada distinto del modo como se entiendan, se vivan y se apliquen. No es lo mismo proponer nuevos paradigmas como moldes que determinan la «idea» del derecho y, con ello, los modos de su entendimiento y su práctica, que descubrir las implicaciones de un tipo de derecho o de Estado, como propiedades o efectos que éstos generan por sí mismos. En el primer caso la idea es constitutiva de la cosa; en el segundo, la cosa es determinante de la verdad o adecuación de la idea.

¿Cómo situamos, en ese contexto, el libro de Zagrebelsky? Yo diría que como la mayor parte de las obras de derecho constitucional (o de derecho en general) que quieren ser más que mera exégesis dogmática de artículos y capítulos. Se trata de obras que al proponer una idea de la Constitución tratan de cambiar (o, en su caso, mantener o defender) un modelo de práctica constitucional. Pensemos que aun ante la misma Constitución, la visión de Zagrebelsky y la visión positivista del tipo de la que (caricaturescamente) él critica, llevarán a prácticas jurídico-constitucionales diversas en cuestiones tales como los límites de la sumisión del juez a la ley, el alcance operativo de cláusulas del tipo de «valores superiores», «principios rectores», etc., la concreta articulación de la separación de poderes, los límites de la legitimación democrática y procedimental del legislador, los mecanismos para adaptar la ley y la Constitución a nuevas realidades sociales, etc.

Que Zagrebelsky quiera un modelo nuevo y distinto de práctica constitucional, con mayor protagonismo de jueces, mayor presencia de la equidad y el casuismo frente a la fría abstracción y generalidad de los derechos, me parece perfectamente legítimo. El problema está en ver

hasta qué punto consigue proponer un modelo más coherente que ese positivista que rechaza (y que el iusnaturalista que también parece rechazar) y en qué medida son sólidas las premisas sobre las que construye sus razonamientos.

En mi opinión, contra la solidez de algunas premisas básicas atenta lo que me atrevo a llamar su impronta «metafísica». Contra la coherencia del modelo cabría invocar determinadas contradicciones o ciertos intentos por alcanzar lo que, permítaseme la expresión, parece la *concordantia oppositorum* o la cuadratura del círculo. Veámoslo.

1. ELEMENTOS METAFÍSICOS (O TÉRMINOS CLAVE QUE PARECEN DECIR MUCHO PERO DIFÍCILMENTE SIGNIFICAN ALGO)

1.1 Metafísica del «devenir»

«... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La “política constitucional” mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva» (14).

Ciertamente, la doctrina jurídica difícilmente puede trabajar sin metáforas. La esencial incorporeidad del derecho, su condición de realidad pensada, de constructo intelectual, de «cosa hecha con palabras», requiere recurrir a la metáfora para ver en imagen, para representar figuradamente lo que sólo puede funcionar y ser operativo como idea. Pero la imagen refuerza la idea y hasta la determina en su modo de configurarse en cada momento². ¿Acaso puede alguien pensar que las normas poseen en sí mismas diferencias jerárquicas? Creer tal cosa es tan arriesgado como creer en jerarquías angélicas o en un orden de la creación que nos hace por naturaleza socialmente desiguales. Pero si la imagen de la jerarquía (de la pirámide o el triángulo) se impone en su aplicación a las normas, éstas se ordenarán efectivamente con arreglo a su grado jerárquico.

El problema se plantea cuando la metáfora lo es de una quimera. Si dijéramos, por ejemplo, que el derecho es como una pirámide, o como un círculo, o como un proceso de *feed-back*, estaríamos proponiendo imágenes aprehensibles como modelo más o menos útil para representar plásticamente la realidad del derecho o como forma de proponer un modelo de funcionamiento del derecho o de interrelación entre sus elementos. Pero si, por ejemplo, decimos que el derecho es como el ave fénix que renace

² La iconografía religiosa proporciona a este respecto un magnífico término de comparación. ¿Se representa a Dios tal como «es» o se le ve («és» para el creyente) tal como se le representa? ¿Sería igual de efectiva la idea de Dios sin las imágenes (y metáforas) de Dios?

de sus propias cenizas, o como el alma que anida en los castillos con fantasma, ya no proponemos imágenes «practicables», ni modelos operativos, sino que nos remitimos a licencias literarias que permiten pensar al derecho de cualquier manera: la imagen, por no poseer perfiles definidos y servir sólo para desencadenar asociaciones que en cada sujeto pueden ser diversas, es compatible con cualquier idea del derecho y de su organización y práctica. ¿No parece de este tipo esa afirmación de que la Constitución se realiza mediante «cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva»? Se nos representa el imposible lógico: una Constitución que «es», al mismo tiempo, ya realidad y todavía objetivo («centro a alcanzar»), que sin perder su realidad se puede realizar en distintos equilibrios, que además son cambiantes; que sólo es efectiva en las variables y diversas políticas constitucionales posibles, pero que sirve al mismo tiempo como centro cuya búsqueda orienta estas políticas. Una especie de realidad que no existe al margen de su devenir pero que es simultáneamente la guía de ese devenir. Una quimera metafísica.

1.2 Metafísica «inmanentista»

«La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla —como razona el positivismo jurídico—, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio» (118).

«... del ser —iluminado por los principios— nace el deber ser» (121).

En este párrafo se hace sentir un problema que trataremos más adelante, como es el de la realidad objetiva de los principios como pauta preexistente a la valoración y que objetivamente la guía. Pero no es sólo que los principios tengan existencia objetiva; además, se apropian de la realidad, la transforman por sí mismos en algo distinto, son como la piedra filosofal que transmuta con su mero contacto el «ser», en «deber ser». Y nuevamente la metáfora con ribetes de imposible: el principio «ilumina» la realidad y a su luz la modifica. El principio ilumina por sí mismo y su sola presencia cambia las cosas y hace surgir de los hechos la norma. Misteriosamente la realidad «aparece revestida de cualidades jurídicas propias». El derecho no se aporta, sino que está en el mundo real y los principios son como señal que imprime a esa realidad carácter y la convierte de inerte en jurídica. No es que los principios sirvan de instrumento para cambiar las cosas; las cosas son ya distintas porque existen los principios y éstos justamente sirven para poner límite a la transformación

posible de la realidad por obra de los operadores jurídicos. En el aire queda de momento la pregunta, que luego trataremos, sobre si acaso los principios pueden ser algo distinto de lo que de ellos piensen y de lo que como contingente contenido les atribuyan los operadores jurídicos. Tal parece que el legislador constituyente hubiera limitado la lista de los «mundos posibles» al pensar unos principios cuyos contenidos, sin embargo, nada son ni significan sin la concreción que de los mismos llevan a cabo el legislador ordinario y/o el juez.

2. *CONCORDANTIA Opositorum* (O LA DIALÉCTICA DE CÓMO CONTENTAR A TODOS ATENDIENDO DEMANDAS INCOMPATIBLES)

En el libro que comentamos se contienen abundantes elementos de una dialéctica habitual entre iusfilósofos, y en especial entre los que cultivan la filosofía de los derechos humanos. El esquema (o la caricatura) de ese tan frecuente modo de razonar se puede ilustrar con el siguiente ejemplo ficticio: libertad e igualdad constituyen dos demandas ineludibles de nuestro tiempo; libertad e igualdad son demandas que chocan, pues la libertad sólo puede realizarse a costa de la igualdad, y viceversa; luego la solución consiste en lograr entre ambas el adecuado equilibrio, en un sistema que permita la máxima libertad compatible con el mayor grado posible de igualdad y la máxima igualdad compatible con el mayor grado posible de libertad. Y problema resuelto.

Ese método de proponer la síntesis de los opuestos como vía para solventar dilemas teóricos de relevancia central para su doctrina lo deja ver Zagrebelsky al menos en tres cuestiones: la interrelación entre los principios, la importancia del caso y del ordenamiento como base para la sentencia y la tensión entre la letra de la ley y las exigencias de la justicia en la decisión jurídica.

2.1 **Dinámica de fluidos: todos los principios caben, ninguno prevalece**

Precisamente, según Zagrebelsky, la gran ventaja de los principios frente a las reglas consistiría en que nos permiten alejarnos de la lógica del *aut-aut*, del «esto o aquello» o del «dentro o fuera»³, de modo que en lugar de excluir un principio para que otro se imponga, cabe combinarlos en proporciones diversas que permitan la mejor acomodación conjunta de todos ellos. Lo que así se consigue es, ciertamente, fabuloso, el sueño de nuestra época:

«Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o

³ Cfr. p. 17.

valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad del trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.» (16).

Nuestro autor es consciente de lo contradictorio de tales demandas simultáneas. Pero la salida ante ese inconveniente ya otros la transitaron antes, y vuelve a mostrársenos aquí: suprimamos el principio de contradicción. Los términos son claros:

«Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a *algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica*: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente. *El imperativo teórico de no contradicción* –válido para la *scientia iuris*– *no debería obstaculizar la labor*, propia de la jurisprudencia, *de intentar realizar positivamente la “concordancia práctica” de las diversidades e incluso de las contradicciones* que, aun siendo tales en la teoría, no por ello dejan de ser deseables en la práctica. “Positivamente”: no, por tanto, mediante la simple amputación de potencialidades constitucionales, sino principalmente mediante prudentes soluciones acumulativas, combinatorias, compensatorias, que conduzcan a los principios constitucionales a un desarrollo conjunto y no a un declive conjunto» (16. Los subrayados son nuestros).

Suena bonito, pero ¿se dice algo distinto, a efectos prácticos, de lo que supondría decir que dado que los principios entran en conflicto no hay por qué considerar relevante a ninguno de ellos⁴? ¿Serían distintas las decisiones que acaecerían en ese caso o serían exactamente las mismas? El problema, evidentemente, es que si ya de por sí los principios

⁴ Pensemos en una comparación bien simple: en un cierto espacio (un ascensor, una habitación, una nave espacial) sólo cabe una persona de cada vez. Hay que decidir quién puede entrar en un determinado momento. ¿Sería solución sostener que todos tienen por igual derecho a entrar, o que cada cual tiene un derecho proporcional a su peso sin que nadie pueda ser excluido, o que todos deben caber aunque no todos puedan entrar? Con cualquiera de esos criterios el ascensorista o portero de turno lo tendría muy claro: puede introducir a quien él desee, puede actuar discrecionalmente, pero, eso sí, respetando escrupulosamente el principio organizativo. Se dirá que la comparación no sirve, pues los principios no se individualizan como las personas y, además, pueden interpenetrarse sin dificultad. Ciertamente, pero con tal réplica lo que se hace es, precisamente, mostrar que el problema es aún más irresoluble: la prevalencia entre las personas puede determinarse con un criterio claro (que pase el más viejo, o el más alto, o el más inteligente); entre los principios, no cabe criterio de prioridad que no implique discrecionalidad, justamente porque los principios no tienen más perfil que el que les da quien quiere adaptarlos a un determinado criterio. Su drama es que son, precisamente, dúctiles sin límite intrínseco.

son fórmulas cuyo contenido unívoco previo a su determinación por el intérprete de turno es más que dudoso, y si, además, el intérprete no sólo tiene que decidir qué contenido relevante para un caso concreto va implicado en un principio, sino también conciliar ese principio en la proporción adecuada con un principio de contenido opuesto, no acierto a imaginarme que pueda existir en esas operaciones el más mínimo grado de objetividad y no la pura, simple y descarnada discrecionalidad, camuflada, eso sí, bajo ese elegante expediente metodológico de decir que la decisión recae como resultado de un objetivo e imparcial «pesaje» de los principios en pugna, de modo que hay de cada uno la proporción que corresponde a su peso en la balanza (que ni siquiera es una balanza idéntica para todos los casos, ya que es el propio caso el que determina el sistema métrico o la balanza con la que en esa ocasión los principios se van a medir; tercera vía de entrada de la discrecionalidad, por tanto).

Es acertada, en relación con sus premisas o imágenes, la propuesta que Zagrebelsky hace de una dogmática jurídica «líquida» o «fluida» (17). Dado que el elemento central de la dogmática constitucional pasa a estar constituido por los principios y puesto que se trata de conseguir que la oposición o contradicción entre éstos se reconduzca a una especie de equilibrio fluctuante, la imagen que se impone del trabajo jurídico-constitucional, tanto en la doctrina como en la práctica jurisprudencial, es la siguiente: los principios circulan y se equilibran en cada caso de modo similar a como los líquidos circulan y se equilibran a través de vasos comunicantes. La dinámica de fluidos sustituye, como imagen, a la lógica binaria del *aut-aut*. De este modo se enriquece la imagen, pero no la práctica, se gana en valor literario o en colorismo, pero no en operatividad. Si los principios representasen magnitudes objetivas, contenidos preestablecidos, tal vez pudiera tener algún sentido la imagen de dos principios combinando sus elementos y generando nuevos precipitados. Pero si, como veremos, los contenidos de los principios no están prefijados con la más mínima claridad, sino que son cambiantes y al menos en buena medida contingentes, el añadido que los colorea y los precisa se lo da el intérprete. Lo que fluye son sus mismos contornos y si pueden combinarse es por la misma razón por la que pueden constituirse aleatoriamente: porque en sí mismos no son más que términos vacíos⁵. Visto así el asunto, resulta que sortear su oposición y buscar su concordancia equivale a lo siguiente: a dar a esos términos en cada caso un significado o un alcance que no sean incompatibles. El intérprete, así, quita agudeza al conflicto y otorga coherencia al ordenamiento. El encuentro reemplaza al conflicto, la contradicción se resuelve retóricamente y la libertad decisoria, que es consecuencia inevitable de cualquier visión del derecho como entramado de normas contradictorias, se oculta bajo la apariencia de aplicación y ponderación de unos principios que ya no se enfrentan, sino que

⁵ Nos estamos refiriendo a los principios o fórmulas valorativas que no equivalgan a reglas o no sean directamente reconstruibles como reglas.

trabajan de consuno para ayudar al intérprete a alcanzar una solución del caso que no sólo sea justa sino que sea, además, jurídica. Lo mismo que tan vanamente pretendió para la ley el positivismo decimonónico se intenta ahora en relación con los principios: garantizar la juridicidad y la determinabilidad de toda decisión, así como la coherencia valorativa última de todo el ordenamiento. Se acabaron las lagunas, las antinomias y la discrecionalidad interpretativa: el derecho (con los principios constitucionales en su cúspide) lo resuelve todo y el juez es servidor del derecho (que es algo distinto de la ley) y no de su propia ideología. El mito de la racionalidad del legislador ordinario es reemplazado por el mito de la racionalidad del legislador constituyente (y del juez que, a diferencia del legislador, según parece, capta su sintonía sin distorsiones).

Lo curioso es que ese carácter fluido o líquido de los principios se combina con su carácter objetivo. Luego veremos que éste realmente no es tal. En realidad «todo fluye», con una única excepción:

«El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El único valor “simple” es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser “integrado” en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional “combatiente” es el de la necesaria coexistencia de los contenidos. Pero –más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías– el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional» (17).

¿Qué podemos entender aquí? Que bajo el manto de los principios y valores constitucionales cabe todo menos el intento de eliminar precisamente esa posibilidad de concreciones o realizaciones totalmente diversas. Por mucho que se diga, por ejemplo, que el principio de justicia ha de presidir la labor legislativa o judicial, cualquier decisión legislativa o judicial podrá acogerse a la justicia, salvo la que pretenda eliminar para siempre, para el futuro, políticas distintas u opuestas. Bajo el pluralismo como supervalor caben todas las realizaciones de los valores o principios constitucionales que no excluyan el pluralismo, que no cierren las puertas a políticas alternativas en el futuro.

Así pues, si todo cabe bajo los principios constitucionales⁶, hemos resuelto magníficamente el problema de la concordancia entre opuestos: habrá opuestas políticas constitucionales de realización de los principios, pero como éstos no son nada fuera o al margen de esas políticas, tenemos que los principios en sí no se oponen, sino que se concilian bajo el «equi-

⁶ Téngase en cuenta que aquí estamos pensando en los principios o valores del tipo de «justicia», «solidaridad», «paz», «igualdad», etc. Se puede argumentar, sin duda, que no todo cabe bajo la Constitución, pues precisamente existen sistemas de garantías constitucionales para que, por ejemplo, ciertos derechos fundamentales no puedan ser violados. Cierto. Pero esto lo que muestra es que no cabe todo bajo el régimen constitucional de los derechos, pero sí bajo el régimen constitucional de la justicia y demás principios similares.

librio» o proporción que encuentren en la política legislativa de turno o en la sentencia judicial del momento. Por obra de los principios, la Constitución se hace fluida, casi diríamos gaseosa. La Constitución se abandona a la política constitucional, y en vez de resaltar que el límite frente a las políticas posibles viene dado por los derechos cuya intangibilidad o mínima garantía se asegura, se hace hincapié en que cualquiera de esas políticas constitucionales es plasmación de la Constitución por ser realización o concreción posible de los principios y valores que presiden la Constitución. Difícilmente el intento por dotar de objetividad a la Constitución podrá desembocar en una mayor disolución de la misma; nunca una exaltación de los valores constitucionales podrá llevar aparejada mayor libertad del legislador y los jueces: el resultado de su libertad es por definición la plasmación real de la Constitución. ¿Y al constitucionalista qué le queda? Hacer de su ciencia una rama de la filosofía moral. El constitucionalista se convierte en moralista: es aquel que se encarga de hacer apelaciones morales a la superioridad e irrenunciabilidad del pluralismo, por ejemplo. Verdad es que la Constitución, se dice, encierra valores y principios objetivos cuyo contenido podría el constitucionalista tratar de averiguar. Pero esa objetividad que se postula como apriorística, sólo *a posteriori* se determina: en las políticas constitucionales y no en labores exegéticas o hermenéuticas de ningún tipo.

2.2 Conflicto de fidelidades: justicia del caso y respeto al ordenamiento

Tradicionalmente, y aún hoy, el debate metodológico oscila entre los polos opuestos de la fidelidad a la letra de la ley, es decir, del tenor literal como límite de la interpretación posible, y la justicia del caso. Cualquiera de las opciones tiene inconvenientes que son bien conocidos. Pero la cuadratura del círculo se pretende cuando se afirma que ambas metas son posibles: que la ley es frontera irrebable de la decisión legítima que no quiera suplantar al legislador constitucionalmente habilitado y democráticamente legitimado, pero que las exigencias de justicia presentes en el caso pueden justificar que en la decisión se salte la letra de la ley.

El dilema de toda interpretación y decisión jurídica lo plantea Zagrebelsky con toda claridad:

«... la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se pone de relieve el carácter “bipolar” de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas. El intérprete no está al servicio exclusivo ni de la una ni de la otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra» (133).

Se trata de la «lucha... entre la *ratio* del caso y la *voluntas* de la ley» (133). Y aquí mismo se apunta el factor llamado a proporcionar la salida: los

principios constitucionalizados permiten hacer justicia al caso aunque sea a costa de la voluntad legal.

«También la ley –dice Zagrebelsky– viene sometida a los principios constitucionales» (133).

Tenemos, así, que a diferencia de lo que ocurría en el Estado de derecho decimonónico, en el cual «era la ley la regla jurídica que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación», de modo que «operaba la máxima *dura lex sed lex*» (planteamiento que tilda Zagrebelsky como «la quintaesencia del positivismo acrítico»), hoy tenemos que:

«Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla» (134).

Resulta, pues, que la justicia del caso puede prevalecer sobre el tenor de la ley. Aquí Zagrebelsky mezcla planteamientos que conviene distinguir. Hace hincapié en que la voluntad de la ley generalmente no es unívoca y que los distintos métodos interpretativos pueden llevar a otorgar a la ley sentidos diferentes⁷. Esto como constatación de hecho es difícilmente discutible. Pero se imponen dos precisiones. Por un lado, lo que da sentido a una metodología jurídica normativa y no meramente descriptiva es el intento de proporcionar criterios o pautas para que el manejo de los distintos métodos interpretativos no sea puro subterfugio encubridor de la subjetividad del que decide, sino procedimiento que sirva para la averiguación del mejor sentido de la ley en el marco del problema de que se trate. Si sobre tal posibilidad se impone el escepticismo, lo único que cabe es hacer de la metodología disciplina puramente descriptiva de los recursos de los que quien decide se vale para encubrir bajo ropaje legal sus verdaderos motivos. Así lo entiende, por ejemplo, el realismo jurídico de Ross.

Hay otra salida, que es la que insinúa Zagrebelsky. Se trata de entender que la pluralidad de métodos sirve para mostrar precisamente la incerteza de la ley como pauta decisoria, pero que no por ello está el que decide abocado a un simple decisionismo, a la imposición de sus valoraciones subjetivas. Cabría de todos modos objetividad, dado que los principios constitucionales acuden en auxilio del intérprete o juez y le dan la clave decisoria. Pero aquí es donde viene a cuento la segunda precisión que mencionábamos. Ese planteamiento presupone que los principios son objetivos y que su contenido es también objetivamente determinable. Habría que creer que frente a la «indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo» (135) se cuenta con la determinación objetiva de los principios. Y, efectivamente, Zagrebelsky razona como si los principios proporcionaran criterios objetivos y no fueran mero encubrimiento de la

⁷ Cfr. p. 135.

subjetividad del llamado a decidir⁸. El problema es el siguiente: ¿cómo se averigua ese sentido objetivo de expresiones de principio o valor (justicia, libertad, solidaridad...) cuya ambigüedad e inconcreción es aún mayor que la de la mayor parte de las leyes⁹? Si los distintos métodos interpretativos no sirven para hacer prevalecer un determinado sentido como el significado objetivo de la ley, ¿acaso habrá algún método capaz de dotar a los principios y valores constitucionales de un significado que no sea perfectamente arbitrario y subjetivo?

Zagrebel'sky es consciente de que su planteamiento puede ser acusado de perjudicar la certeza del derecho y de abrir «el camino al arbitrio de los intérpretes» (144-145). Y en este punto da un paso atrás y se escuda en que de hecho las cosas son así:

«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» (145).

Lo que choca es que el propio Zagrebel'sky se niegue a asumir esa realidad que supuestamente se describe y que pretenda hacer ver que en verdad no es la subjetividad decisoria lo que impera sino la imposición efectiva del «sentido» que objetivamente corresponde a la justicia de cada caso, bajo la guía de los principios constitucionales¹⁰.

La aporía llega a su apogeo cuando vemos que Zagrebel'sky dice que lo que hace inviable el sentido objetivo de la ley es el carácter pluralista de la sociedad, para añadir luego que es ese mismo pluralismo social el que conlleva que la ley deba prevalecer sobre el puro judicialismo. Veamos por separado cada una de esas dos partes, tan difícilmente conciliables:

a) En cuanto a lo primero, dice Zagrebel'sky que en el Estado liberal de derecho el contexto político y cultural era homogéneo y las situaciones sociales mucho más estables que hoy, con lo cual.

⁸ «Es importante señalar que el “sentido” y el “valor” que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial tienen un significado objetivo, no subjetivo» (137).

⁹ El propio Zagrebel'sky reconoce expresamente que cuando la ley se compone de expresiones «elásticas» o «abiértas», como las cláusulas generales, está abriendo la puerta a la decisión puramente casuística, *cfr.* 136.

¹⁰ Sirva como ejemplo el comentario que el propio Zagrebel'sky realiza de la decisión del caso *Serena* (140 ss). Entiende que dicho caso habría sido mejor resuelto con la aplicación del principio constitucional de solidaridad y dice: «El principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión en el ámbito de un valor *objetivo* y sustraerla a la pura pasión subjetiva» (144. El subrayado es nuestro). Lo que ocurre es que de inmediato esa supuesta objetividad se diluye en muy poca cosa, pues añade: «Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importancia que tienen en ella las valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar con la entidad del bien individual puesto en peligro: El derecho “por principios” muestra así con claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudencia de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como un fetiche» (*ibid.*). En suma; la solución parece consistir en el simple replanteamiento del dilema entre objetividad del principio y prudencia de su interpretación y aplicación. Si la objetividad del principio es sólo una objetividad «de principio», no hemos avanzado mucho frente a aquellos defectos que se imputaban a la ley.

«La interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador (...). El derecho podría permitirse ser esencialmente un derecho “por reglas”, por cuanto ya estaba resuelto el problema de los valores fundamentadores» (145).

En cambio, esa homogeneidad social que hace que la legislación se atenga coherentemente a principios homogéneos ha desaparecido en nuestro siglo.

«Así pues, la razón de la temida “explosión” subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos» (145). Y continúa: «La causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad» (146).

Estamos, así, ante la paradoja: lo que hace que la ley no determine con certeza las decisiones es que se ha perdido la homogeneidad y coherencia de sus principios inspiradores; sin embargo, es el recurso a esos principios, que ya no son unívocos ni coherentes, lo que evita el puro subjetivismo decisionista. Lo que hace que la ley pierda objetividad como criterio decisorio parece que tiene que dar objetividad a la decisión judicial. Concede Zagrebelsky que se ha perdido, en ese marco, la posibilidad de la certeza del derecho, pero no se ve por qué insiste en que la constitucionalización de los principios ha de evitar que la decisión que los invoca sea subjetiva o se aproveche del carácter heterogéneo y contradictorio de los mismos; no se entiende por qué la decisión que se ampara en la justicia contra el tenor literal de la ley deja de ser decisión subjetiva por el hecho de que el valor o principio de justicia esté constitucionalizado como «valor superior» del ordenamiento o cosa semejante. Oigamos nuevamente a Zagrebelsky a este respecto:

«Por otra parte, si se tienen en cuenta algunos hechos –que hoy los principios que contienen valores de justicia se han convertido en derecho positivo integrado en la Constitución; que, por consiguiente, la apelación a la justicia, junto o frente a las reglas jurídicas, ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho (a diferencia de lo que sucedía en la época del positivismo jurídico), sino que es algo previsto y admitido; que tales principios consisten fundamentalmente en “naciones de contenido variable” y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica– se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio» (146).

Curiosa manera de salvar la integridad del derecho a costa de disolverlo. Si la justicia o cualquier otro principio «de contenido variable» puede justificar cualquier decisión, incluso *contra legem*, esto no lleva a Zagrebelsky a entender que el derecho se diluye en puro decisionismo, sino a sostener que es verdadera realización del derecho por la simple razón de que la justicia y los demás principios y valores están constitucionalizados y por el hecho, reseñado con anterioridad, de que toda inter-

pretación y decisión jurídica es por definición búsqueda de la justicia del caso concreto. Cierto es que de ese modo queda expedito el camino para el cambio y el dinamismo en la vida jurídica, pero el problema grave, a mi entender, es que, por lo mismo, esa vida jurídica habrá quedado privada de toda referencia firme y estable, dado que la pretendida objetividad de los principios y valores acaba diluyéndose en la variabilidad y pluralidad de sus significados posibles en una sociedad pluralista¹¹. Y nuevamente, como colofón, la síntesis de los contrarios:

«La fijeza, que es un aspecto de la certeza, ya no es, por tanto, una característica de los actuales sistemas jurídicos y el déficit de certeza que de ello deriva no podría remediarse con una teoría de la interpretación más adecuada. Si acaso —pero esto es otra cuestión—, debe pensarse en organizar esa tendencia a la transformación intrínseca al ordenamiento *para que no destruya otros valores como la igualdad jurídica, la previsibilidad, la imparcialidad y el carácter no arbitrario de la actuación administrativa y judicial*» (146. El subrayado es nuestro).

¿Acaso hay otra manera de conseguir este objetivo que no sea la de elevar a supraprincipio o valor supremo el principio de legalidad? ¿Acaso se puede garantizar la igualdad jurídica, la previsibilidad, etc., de otra forma que no sea haciendo prevalecer la justicia de la ley (dentro de los márgenes de su tenor literal, todo lo amplio que se quiera, pero márgenes o límites al fin) sobre la justicia del caso o sobre las coyunturales lecturas que cada juez haga de la justicia o de cualquier otro valor «de contenido variable»?

¹¹ Y de nuevo se hace de la necesidad virtud: «Por otra parte, no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable. La certeza descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas» (147). Si esto es así lo que nos preguntamos es por qué conservar la figura del legislador. Si la certeza no tiene por qué ser su objetivo y si sirve mejor a las necesidades de la vida jurídica legislando fórmulas vagas o generales que estén abiertas a que el juez las concrete del modo que más convenga a cada momento, tal vez sería mejor prescindir de esa figura intermedia del legislador y que las constituciones habilitaran directamente al juez para la casuística resolución de cada problema a la luz de principios tan genéricos como el de justicia. Pero, como veremos a continuación, Zagrebelsky no quiere prescindir del legislador ni caer en el judicialismo, debido a que es el legislador el depositario de la legitimidad democrática. ¿Entonces?

Tal vez a todo el planteamiento de Zagrebelsky subyace una cierta idealización del juez, por contraste con las limitaciones que al legislador le imputa. Veámoslo, a título de ejemplo, a la luz del párrafo siguiente, continuación inmediata del que se acaba de citar: «Y ello sin tener en cuenta que muchos de los nuevos interrogantes planteados al derecho por el progreso tecnológico (piénsese en la tecnología genética) quizás puedan encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, que en asambleas políticas, donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista» (147). Curioso maniqueísmo institucional: parece como si sólo el legislador, y no el juez, pudiera ser partidista y como si sólo en el procedimiento judicial cupiera la confrontación y ponderación «prudente» de los principios. Tal parece que tengan los jueces, todos y por definición, el monopolio de la prudencia. De la imagen decimonónica del legislador racional se pasa a la imagen, igualmente gratuita, del juez racional. Ciertamente esa imagen del legislador partidista era la que presidía las críticas al parlamentarismo en algunos autores bien conocidos de la Alemania de Weimar, aun cuando, por lo demás, Zagrebelsky no coincida con ellos en ninguna otra cosa.

Dice Zagrebelsky que la ausencia en las actuales sociedades pluralistas de «un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad» conlleva la falta de «un único y seguro “horizonte de expectativa” en orden a los resultados de las operaciones de interpretación», con lo que la incerteza es inevitable (146). Esto sin duda es cierto. Pero en esa realidad la doctrina tiene su parte de responsabilidad. Si esa situación se asume y se eleva un cántico a la justicia del caso, al cambio del derecho por vía judicial y a los principios que misteriosamente combinan la objetividad con el contenido variable, se da por bueno que la mejor expectativa es que no se predeterminen las expectativas. Se difunde una ideología que sirve al puro decisionismo judicialista, se disfrace como se disfrace. En cambio, habría una manera de replantear críticamente esa situación y propugnar la vuelta a una mínima expectativa común: propugnar la vigencia y operatividad del principio de legalidad, del imperio de la ley, de la vinculación (matizada, flexible, nunca puro automatismo, por causa de la vaguedad congénita del lenguaje ordinario en que el legislador se expresa) del juez al legislador. Y, al fin y al cabo, tal propuesta no envuelve un puro voluntarismo o una opción tan gratuita como cualquier otra: en el caso español, el artículo 117 de la Constitución dice que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley», y el 9.3 contiene algo más concreto que una enumeración de «valores superiores» como la del artículo 1, pues dice que «La Constitución garantiza el principio de legalidad (...), la seguridad jurídica (...) y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». La arbitrariedad del poder judicial existe no sólo cuando el juez consciente y deliberadamente decide a su libre arbitrio, sino también cuando cada juez puede amparar cualquier decisión al margen de la ley y en nombre de algún valor o principio de «contenido variable», sin que la ley sirva de pauta común y límite infranqueable. El juez que de buena fe cree estar realizando la justicia frente a la ley no es menos arbitrario que el que cínicamente impone frente a la ley «sus» principios. Si la justicia (y los demás valores y principios) tuvieran un contenido objetivo, preciso y preestablecido, no sería así. Pero ya sabemos, y volveremos sobre ello, que no es ese el caso tampoco para Zagrebelsky. Una vez que se abren las compuertas a la libertad decisoria, no servirá de mucho pedir que la justicia que se aplique responda a «una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente», actitud consistente en querer que la solución que se imponga sea la «razonable» (147). ¿Es acaso lo «razonable» algo más concreto o preciso, más objetivo, que lo justo o lo equitativo¹²?

b) Como anteriormente anticipábamos, el pluralismo sirve también a Zagrebelsky para justificar algo que parece bastante contradictorio con

¹² También la razonabilidad acaba disolviéndose en el pluralismo, en la pluralidad de visiones de lo razonable: «Se trata, pues –dice Zagrebelsky respecto de la razonabilidad– no del absolutismo de una sola razón y tampoco del relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son), sino del pluralismo (una y otras a la vez, en la medida en que sea posible)» (147).

lo que acabamos de ver: la necesidad de la ley y de su superioridad frente al juez. Merece la pena escucharlo por extenso:

«Aunque la vieja concepción de la ley como instrumento de autogobierno popular haya caído en descrédito bajo los embates de la crítica realista, sigue siendo verdad que en democracia esta concepción es menos infundada e ilusoria que en cualquier otro régimen. Por ello, en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir la Constitución. En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga» (151).

Una lectura apresurada de lo anterior podría llevar ya a preguntar de qué otro modo puede prevalecer la ley si no es como determinación de la decisión del juez y de los demás poderes públicos. Pero cabría responder que esa prevalencia opera en tanto que la ley no contradiga la Constitución, que esa contradicción puede darse también respecto de los valores y principios constitucionalizados y que es el juez el guardián de éstos frente a los embates del legislador. Esto sería lo específico del «constitucionalismo» frente al «legalismo», según Zagrebelsky¹³. En el primero la legislación está envuelta en «una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales¹⁴», de modo que los jueces «se sentirán autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado» sobre todas las decisiones del legislador y en todos sus aspectos (151).

Ahora bien, sorprendentemente Zagrebelsky afirma ahora que el hecho de que los principios y valores constitucionales sean heterogéneos y abiertos opera como argumento en favor de la primacía de su concreción por el legislador¹⁵. Y si esa primacía es tal, mal podrá el juez enmendar la lectura legislativa de los mismos, con lo que no se justificaría la decisión *contra legem* amparada en los principios y valores constitucio-

¹³ Puntualiza que constituciones como la alemana o la española «pueden proporcionar argumentos para la tesis del “constitucionalismo”» (151). En el caso de la española tal ocurriría en virtud de la proclamación de los «valores superiores» en el artículo 1.

¹⁴ Creo que uno de los problemas que hacen equívocas las afirmaciones de Zagrebelsky es la tendencia a no distinguir entre jueces ordinarios y tribunales constitucionales, pues mucho de lo que podría asumirse en cuanto a la labor «de cierre» de éstos resulta más discutible, tanto en el plano teórico como en el propiamente técnico-jurídico, respecto de los primeros.

¹⁵ «El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga, *el pluralismo*, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo «holístico» de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia» (152. El subrayado es nuestro).

nales. En suma, lo contrario de lo que se venía diciendo hasta aquí. Más aún, afirma Zagrebelsky que

«se justifican así todas las reservas ante los diversos intentos puestos en marcha para desplazar la línea de confín de esta relación (entre legislación y jurisdicción) en favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal» (152).

Y como ejemplo de lo peligroso y desenfocado de derivar directamente de los principios constitucionales «reglas aplicables en sede judicial como alternativa, precisamente, a las establecidas por el legislador», menciona los intentos de «el llamado uso alternativo del derecho» (152).

Ahora, en la página final del libro, Zagrebelsky concede que la creación judicial de reglas jurídicas

«puede resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, *cuan-do faltan reglas legislativas acordes con tales principios. En ausencia de leyes* excluir la posibilidad de esa integración judicial del ordenamiento tendría como consecuencia el vaciamiento de derechos reconocidos en la Constitución» (152-153. El subrayado es nuestro).

¿Pero acaso discutiría esto alguno de los positivistas «legalistas» tan denostados por Zagrebelsky? La prevalencia de la ley es incompatible con la decisión *contra legem*, pero no con la aplicación directa de la Constitución en defecto de ley. Téngase en cuenta, además, otro sutil matiz. Si lo que los jueces pueden aplicar directamente son los principios constitucionales que otorgan derechos, ya no estamos hablando de genéricos principios o valores como la justicia o la solidaridad, sino de «principios» con un grado de concreción bastante mayor¹⁶.

Y aún da Zagrebelsky otra vuelta de tuerca tras este sorprendente giro favorable al legislador frente al juez:

«Las reservas más fundadas hacen referencia... al peligro de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador¹⁷» (153).

¹⁶ En el sentido, por ejemplo, en el que Alexy entiende que son principios, y no reglas, la inmensa mayoría de las disposiciones constitucionales que confieren y protegen derechos fundamentales.

¹⁷ No parece que se gane ni en coherencia ni en precisión con el matiz siguiente: «Tal peligro no existe —añade Zagrebelsky inmediatamente al párrafo que se acaba de citar— cuando la derivación de la regla la hacen los jueces ordinarios, cuya jurisprudencia puede ser siempre superada por una diferente valoración del legislador en el marco de las posibilidades constitucionales. El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte Constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución». A parte de que esta distinción entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional debería haber estado más presente a lo largo del libro, como ya se ha señalado, parece evidente también que no es el legislador el que ha de estar al tanto de los excesos judiciales, sino el propio poder judicial en sus diversas instancias y el propio Tribunal Constitucional (a instancia de los correspondientes recursos) en la medida en que la actuación judicial pueda leerse como vulneradora de derechos fundamentales.

Anteriormente insistió nuestro autor en que el legislador ya no es el señor del derecho¹⁸; ahora dice que

«los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el siglo pasado» (153).

¿Habrà que concluir que el derecho ya no tiene señor? Difícil asunto, pues entonces estaría a merced de muchos, y no todos están igualmente legitimados, por obra justamente de los valores y principios constitucionales (soberanía popular...). Y nuevamente ganamos bien poco con la poco comprometida vía media en la que los contrarios se sintetizan: los jueces

«son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia» (153).

3. ORDEN OBJETIVO, PERO INDETERMINADO (O DE LA IMPORTANCIA DEL SER QUE NO PUEDE CONOCERSE)

En este punto se trata del problema que ya se ha anticipado repetidamente en las páginas anteriores: la evanescente objetividad de los principios.

Bajo las actuales constituciones «principalistas» el derecho ya no es mero producto de las voluntades que no tiene más límite que la necesidad de conciliar arbitrios bajo una ley general, al modo kantiano, sino

«el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguarda de intereses materiales no dispónibles. Es un *orden objetivo* previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades» (94. El subrayado es nuestro).

Desde las constituciones, por tanto, se delimita

«un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal» (94. El subrayado es nuestro).

Hay pues,

«un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes» (95).

¹⁸ Cfr. p. 114.

No cabe duda de que las constituciones por el hecho de otorgar y garantizar derechos no se someten a la libre voluntad de los titulares de los mismos, pues esto sería tanto como entender que proponen su autodisolución en aras de la absolutización de los derechos frente a la propia Constitución que los confiere. En ese sentido, toda Constitución, y no sólo la que invoca principios de justicia, como parece entender Zagrebelsky, estaría «por encima de las voluntades individuales y de la voluntad de la mayoría». Si la mayoría se impone frente a los derechos reconocidos por la propia Constitución, ésta habrá muerto, ya sea por la vía de la reforma –si cabe en ese tema la reforma de la Constitución de que se trate– o por la vía de hecho. Ningún reconocimiento de derechos equivale a la consagración del imperio de un derecho de la libre voluntad incluso frente a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Así pues, toda Constitución operativa¹⁹ delimita un orden objetivo. Pero tal orden puede entenderse de dos maneras: o bien en clave procedimental, como establecimiento de las reglas del juego cuyo respeto debe presidir el ejercicio de los derechos, su interrelación, la formación de la voluntad política, etc.; o bien en clave material, como prefiguración de un orden objetivo de justicia que se impone como límite irrebasable para cualquier voluntad jurídica y especialmente la del legislador. En el primer sentido la Constitución es un marco o campo de juego, con sus reglas pero con libertad de jugada dentro del respeto a las mismas y donde nadie es al mismo tiempo jugador y árbitro. En el segundo sentido la Constitución es programa a realizar, prefiguración de un modelo que a unos les obliga –el legislador– y a otros les convierte en árbitros o controladores de la fidelidad al guión, censores de las desviaciones del camino marcado y perfectamente señalizado en el contenido material de los principios –los jueces.

El segundo modelo, que parece el preferido por Zagrebelsky y el que supuestamente se correspondería mejor con la mayoría de las constituciones actuales del tipo de la española, se topa, sin embargo, con un agudo problema: el grado de certeza y objetividad con que ese contenido de justicia se halla constitucionalmente prefijado o puede conocerse. Si esa certeza y objetividad no existen o no están definidos unívocamente en el propio texto constitucional, visibles con la misma claridad para el legislador y para los jueces, tendremos que tales principios de justicia no serán más que aquello que de ellos haga el controlador –el juez o tribunal– de turno. Si los principios no son nada antes de su concreción, la pregunta que surge es por qué ha de predominar su concreción en la mente del juez frente a su concreción en la obra y los propósitos del legislador. ¿Queremos decir con esto que la alternativa es hacer al legislador incontrolable frente a cualquier instancia judicial? No; simplemente que ese control

¹⁹ Toda Constitución que verdaderamente lo sea, en el sentido de Ignacio de Otto, es decir, que tenga su superioridad jerárquica garantizada. *Cfr.* De Otto, I. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1988, pp. 13 ss.

—que según la concreta articulación de cada ordenamiento realizarán los jueces ordinarios, la corte constitucional o ambos— habrá de hacerse en nombre de la protección de los derechos y los procedimientos constitucionalmente establecidos —las reglas del juego—, no en nombre de la justicia o sus equivalentes de principio. ¿Por qué? Porque si la justicia no se concreta más que en su mera mención como valor, si el pretendido orden material no posee más objetividad discernible que ésta, entonces cualquier cosa que el legislador haga es susceptible de revisión judicial en nombre de principios de tan variable contenido posible. ¿No sería mejor decir que la única justicia visible que el legislador constituyente instaure es precisamente la del cuerpo de derechos que asegura bajo garantías ciertas?

Pero volvamos con el asunto de la objetividad de los principios. Para Zagrebelsky, la justicia constitucionalizada va más allá de los derechos, pues impone deberes al margen de éstos, deberes que no son el mero resultado de la obligación de cada cual que corresponde a todo derecho de otro. Hay «un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes» (95). La justicia, pues, es algo más que un término vacío de contenido, es la objetividad de una idea. Ahora bien, no podrá tratarse de la objetividad que cualquier idea de lo justo alcanza por el hecho de que alguien la sustente, sino de un contenido de justicia preestablecido y que sirva, precisamente, para dirimir entre contrapuestas visiones de la justicia. De lo contrario no habremos avanzado nada, pues habría tantas ideas objetivas de justicia como subjetivas visiones de lo justo.

¿De dónde vendría la idea objetiva de justicia que en la Constitución se expresa? Del legislador constituyente:

«La Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho» (97).

Nuevamente la alquimia que concilia lo diverso en la objetividad de lo uniforme. Cada parte o grupo introduce sus principios (también podríamos decir su modo de entender cada principio); el que los principios sean plurales y heterogéneos, tanto en su número como en el entendimiento de cada cual, asegura que la Constitución no es imposición unilateral de un grupo y «amplía sus fundamentos consensuales» (97). Y sin embargo, de esa pluralidad y heterogeneidad nace un contenido material de justicia. ¿No sería más práctico y coherente entender que lo que desde el pluralismo se constitucionaliza son las reglas procedimentales (y los derechos como partes de ellas) que remiten precisamente al juego libre y plural (democrático) la fijación de lo que en cada momento haya de imperar jurídicamente como justo? Pero parece que Zagrebelsky rechaza esa visión²⁰.

²⁰ «La proclamación constitucional de los principios de justicia asume implícitamente, como premisa, que la suma de las pretensiones de los particulares tuteladas por el derecho, en las que se sustancian los derechos individuales, no produce por sí misma un orden o, por lo menos, un orden aceptable. La idea del “orden espontáneo” esto es, del orden que se forma sin

Los principios constitucionales no son derecho natural, según Zagrebelsky, puesto que se hallan positivados en el texto de la Constitución y son obra del legislador constituyente. Pero su objetividad no es menor y su función, la misma²¹.

«En presencia de los principios –dice nuestro autor– la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural» (119).

Y aquí nos atreveríamos a decir: si es así, frente a los principios caben las mismas críticas que Kelsen, por ejemplo, dirige al derecho natural como mera tapadera de pretensiones de poder y vía para la justificación de los más diversos modelos de orden.

En efecto, y volviendo al núcleo de la pregunta, ¿cuál es la objetividad de los principios? Tres indicaciones bastarán para comprobar en qué poca cosa se queda esa objetividad en nuestro autor: el contenido de los principios depende del contexto, los principios son plurales y no están jerarquizados y son nociones «de contenido variable». Veámoslo brevemente. En primer lugar, dice Zagrebelsky que

«el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte» (124).

Hasta ahí no habría problema si pensamos que dentro de ese contexto cultural su sentido es unívoco. Pero no es ese el caso, pues a renglón seguido añade que

«tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, como la igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona y la dignidad humana, etc., pero el contenido de estos conceptos, es decir, su “concepción”, es

otras reglas que las exclusivamente procedimentales y a partir de la voluntad de los particulares orientada a la consecución de sus intereses y protegida por el derecho, es una idea extraña a las constituciones del siglo xx» (98). A la vista de este párrafo nos preguntamos si no está su autor confundiendo «orden espontáneo» con orden resultante del libre ejercicio de las voluntades bajo reglas que imponen límites concretos, en la forma de *derechos* constitucionalmente protegidos. Que los primeros derechos constitucionalizados estuvieran al servicio de la «mano invisible» y del orden espontáneo del mercado no tiene por qué ser razón para condenar a todos los derechos ulteriormente constitucionalizados como cómplices de una voluntad irrestricta que campa por sus fueros. ¿Acaso no es posible, desde los mismos derechos que, por ejemplo, nuestra Constitución establece, la construcción de un orden que vaya bastante más allá, en cuanto a contenidos «sociales», del puro liberalismo economicista? ¿Y acaso no cabría, por el contrario, acudir a la interpretación del principio constitucional de justicia para avalar planteamientos de esos que hoy se llaman «libertarios», en la línea de Nozick o Hayek? Si a esto último respondemos negativamente aduciendo que hay derechos constitucionalmente sancionados que excluyen tal exceso, habremos dado el paso que precisamente pretendo resaltar: el verdadero límite a los modelos posibles de «sociedad justa» está dado por los derechos, no por el principio de justicia en sí mismo. Ciertamente, Zagrebelsky habla de «derechos de justicia» para designar ciertos derechos constitucionales de nuevo cuño (salud, medio ambiente, paz, derechos de las generaciones futuras, etc.) (*cfr.* p. 103). Pero no se queda en tales derechos, sino en la idea objetiva de justicia que a su través se expresa o cristaliza: frente a los «aspectos más agresivos» de los derechos como «señorío de la voluntad» de un ser humano cuya naturaleza no es precisamente santa, actúan como «defensa» los «principios objetivos de justicia» (106).

²¹ *Cfr.* p. 116.

objeto de inagotables discusiones. Las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones constitucionales al respecto no son más que esbozos cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas» (124).

¿Cabe mayor disolución de la pretendida objetividad de los principios?

En segundo lugar, tenemos que

«la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación» (125).

Aquí apela Zagrebelsky a la idea de «optimización» de Alexy. Pero si el ponderar es cuestión de prudencia y no de reglas o criterios preestablecidos, la proporción que en cada caso se establezca será la que marque la balanza de la sensibilidad del juez, por mucho que se quiera razonabilidad objetiva. Los principios en sí mismos no pesan, no tienen un peso «objetivo», sino que reciben su magnitud respectiva de la conciencia del que en su mente los sopesa. La tan manida ponderación no puede ser más que subjetiva tasación.

Y, en tercer lugar, y como ya sabemos, los principios «consisten fundamentalmente en “naciones de contenido variable”» (146).

En resumidas cuentas, si ésta es toda la objetividad que los principios poseen como instrumento con que el juez cuenta para fiscalizar la fidelidad de la ley al orden constitucional «objetivo», habrá que concluir que constituyen un magnífico expediente para que en su nombre los jueces impongan como «constitucional» el modelo de orden que más les guste. Afortunadamente, hoy por hoy, los peligros de tal cambio de «paradigma» se apuntan en el horizonte pero no se han hecho aún plenamente reales. De la doctrina constitucional y jurídica en general dependerá en buena medida el que el derecho de los derechos no muera a manos de sus «justicieros».