

Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil»

Por MARINA GASCÓN ABELLÁN

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. El Derecho y las valoraciones sociales. 2. El Derecho del pluralismo: ¿diagnóstico o propuesta? 3. La fragmentación del Derecho y su composición en unidad. 4. La Constitución, el legislador y el juez. 5. La conversión de la axiología en deontología: la enervación del principio de legalidad y el peligro de decisionismo judicial. 6. ¿Se puede hablar de interpretación? 7. Problemas de legitimidad: el Derecho de equidad. 8. Justicia vs. certeza. 9. A modo de conclusión.

1. EL DERECHO Y LAS VALORACIONES SOCIALES

La historia demuestra cómo el Derecho, aun cuando pueda concebirse de muy diversos modos, no puede ser comprendido al margen del contexto humano en que se desarrolla. Por eso, los grandes problemas jurídicos, y la idea misma del Derecho, remiten al ámbito social, cultural y político en el que los sistemas jurídicos pretenden ejercer su influencia¹. El libro de Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, es un ejercicio de reflexión jurídica en el seno de un contexto cultural con signos propios; un contexto en el que el Derecho tiene que ser recomprendido para no renunciar a su esencial dimensión social.

¹ El propio texto que presentamos no puede ser más expresivo a este respecto: los estudios del Derecho «sin conciencia alguna de los fenómenos a los que (las formulaciones jurídicas) dirigen su fuerza normativa serían obras ... extravagantes de "juristas puros"... que no deberían interesar a nadie» (p. 133).

La Europa de este final de siglo representa un mundo dinámico, cambiante y ofrece un panorama muy distinto al que en el siglo XIX vio nacer el modelo del Estado liberal de Derecho. La internacionalización de los mercados, el pluralismo y la movilidad social, así como el proceso de construcción de un espacio político unitario que inevitablemente hace mella en la noción de soberanía como atributo de los Estados, demandan un replanteamiento de numerosas instituciones jurídicas. Por ello, conjugando la exégesis dogmática con reflexiones más propias de la teoría jurídica, la filosofía política e incluso la sociología del Derecho, el libro analiza algunas concepciones jurídicas que han de ser revisadas en el «Estado constitucional» (fórmula que a juicio del autor resume la morfología propia del Derecho europeo actual), a fin de mantener su sintonía con la realidad social sobre la que operan. No se pretende decir nada nuevo, como se afirma ya desde las primeras páginas, pero es el conjunto lo que destaca; como destaca, añadiría yo, la perspectiva crítica, audaz, transformadora con la que este «conjunto» es presentado, socavando incluso ideas y principios profundamente arraigados en esa cultura jurídica con tal de reducir la distancia entre las exigencias del Derecho *ex parte potestatis* y las exigencias del Derecho *ex parte societatis*. Nos encontramos así ante una obra que subraya la concepción práctica del Derecho frente a la meramente teórica, que el autor, quizá exageradamente, identifica con el positivismo. En esto radica su virtud, pero acaso también su exceso. Y es que *El Derecho dúctil* tiene la virtud de poner en contacto el Derecho con la cultura y con las valoraciones sociales de una forma sugerente, inteligente, aguda, pero también provocadora, por cuanto abre una brecha en numerosas concepciones jurídicas que muchos consideran irrenunciables o, cuando menos, valiosas. Se explican así las objeciones a las que esta obra, en su corta andadura, se ha hecho acreedora.

Sintetizando una idea que después se irá desgranando, podría decirse que *El Derecho dúctil*, al entender el Derecho como un fenómeno inseparable de sus condiciones reales de funcionamiento, lo concibe como un sistema de valores que no puede ser fijado de antemano, al modo de los iusnaturalismos racionalistas, sino que tiene que reflejar las valoraciones sociales. Pero unas valoraciones que son cambiantes y plurales, porque cambiante y plural es el entramado social del que emanan. Por eso, la ley, expresión de la lucha política que se desarrolla en sociedad, tiene reservado un puesto primordial. No podría ser de otro modo: si el Derecho dúctil quiere presentarse, como parece pretender su autor, como la concepción jurídica propia de las sociedades pluralistas de este final de siglo, ha de apostar también por la democracia y su expresión normativa típica: la ley. Y esta constatación incide en el modo de concebir la Constitución².

² Frente a lo que parecen reprochar a ZAGREBELSKY algunos de sus críticos, no creo que su postergación de la ley, y en particular el debilitamiento del principio de legalidad en relación con la jurisdicción, sea sólo consecuencia de una visión «abierta» de la Constitución que deba ser «cerrada» por los jueces en los casos concretos. Creo que es también, y sobre todo, la necesidad de reconocer a la ley un autónomo papel creador de Derecho en el marco de una

En efecto, el puesto principal de la ley, que en el Estado liberal venía asegurado dejando en manos del legislador toda la creación normativa del sistema, podría verse amenazado en el Estado constitucional, donde la Constitución juridifica valores de libertad y justicia (principios, en la terminología actual), que se imponen también al legislador. En este marco de Constitución «de principios», los peligros de asfixia legislativa por exceso de juridicidad son evidentes. Por ello, si quiere preservarse ese primordial carácter político y normativo que debe reconocérsele al legislador, es necesario que los valores constitucionales se conciban de una forma «abierta», no «cristalizada».

Decir que la Constitución es (o debe ser) «abierta» significa que incorpora no una, sino varias ideas de justicia y que el Derecho producido a partir de las mismas ha de ser un *Derecho razonable*, que se preste a «ser sometido a las exigencias de composición y apertura». Significa que la determinación del contenido de los principios constitucionales no compete al Derecho, y de ahí la crítica a las manipulaciones del Tribunal Constitucional, que fijan de una manera intolerable las concepciones de justicia material. Los contenidos de esos principios de justicia (sus concepciones) se corresponden con las valoraciones sociales de cada contexto histórico y se hacen presentes en el Derecho a través de dos vías: la legislativa y la judicial. A través de la ley triunfan en el Derecho unas determinadas valoraciones, en el ámbito de posibilidades que ofrece la Constitución. Pero como la ley es expresión de un momento político competitivo y sus valoraciones no agotan el ámbito de concepciones de justicia que acoge la Constitución, los jueces, vinculados a la Constitución (y a veces parece que sólo a ella), podrán hacer triunfar en el caso concreto otras valoraciones constitucionales distintas más «razonables». *El Derecho dúctil* quiere conjugar así dos ideas tendencialmente contradictorias: el respeto al legislador y la posibilidad de que los jueces, al resolver los casos, se separen de la ley. Y esta es la fuente de la mayoría de los problemas que el libro plantea. Porque no se cuestiona el intento de poner en contacto la Constitución con la realidad y la cultura, pero sustraer al legislador esta competencia, atribuyendo a los jueces la última palabra sobre la solución constitucional para el caso concreto, parece un precio excesivo y tal vez innecesario.

2. EL DERECHO DEL PLURALISMO: ¿DIAGNÓSTICO O PROPUESTA?

El Derecho dúctil se presenta como el Derecho de las sociedades pluralistas actuales, al menos de las europeas. Ahora bien, ¿es un diagnóstico o una propuesta? La pregunta no carece de relevancia, pues si lo que

Constitución de principios, lo que exige concebir a éstos con carácter abierto. Lo cual comporta, en opinión del autor, un cambio en las tradicionales relaciones jerárquicas entre legislación y jurisdicción.

se pretende es describir el Derecho realmente operante, tal descripción podría considerarse inobjetable; es más, podría constituir incluso una denuncia del mal funcionamiento del Derecho respecto al modelo teórico que le sirve de base. Pero si lo que se pretende es ofrecer y propiciar un modelo jurídico alternativo, que a la sazón concuerda en muchos aspectos con las patologías de funcionamiento del Derecho actual, con lo cual queda desactivada su capacidad crítica, habrá que mostrar sus ventajas sobre el modelo anterior. En el primer caso, la descripción puede operar como un «desenmascaramiento» con afanes de crítica; en el segundo, la propuesta habrá de justificarse o, cuando menos, explicarse. Pues bien, a mi juicio, el Derecho dúctil *no pretende ser una descripción* fiel del Derecho actual, aunque a grandes rasgos coincide con el Derecho de las sociedades de la segunda posguerra, animadas por el rechazo de los totalitarismos y el deseo de abrirse a una sociedad compuesta de intereses plurales. Es más bien una propuesta de lucha por un Derecho³ que reencuentre su dimensión histórica, práctica y ética, y, en particular, por un Derecho capaz de mantener la unidad en unas sociedades marcadas por el conflicto interno.

Aunque no se dice expresamente, el Derecho dúctil es una reflexión jurídica que nace de la preocupación por algunos rasgos de totalitarismo e insolidaridad que afectan a las sociedades europeas actuales ante la concurrencia de problemas nada nimios: las desigualdades económicas y sociales, agudizadas por las propias contradicciones del modelo económico capitalista; la degradación del medio ambiente, propiciada por una visión acrítica de la relación del hombre con la naturaleza; los peligros de racismo y totalitarismo que asoman con el resurgimiento de grupos e ideologías radicales (no es casual el recuerdo de Auschwitz como una señal de alerta ante una idea acríticamente positiva de la naturaleza humana); los problemas, hasta ahora desconocidos, planteados por la aplicación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la vida, y, en fin, las dificultades políticas y sociales existentes aún hoy para el diseño de una nueva Europa. Una reflexión, en suma, que vislumbra el peligro de descomposición del pluralismo al que en ciertos casos parecen deslizarse las sociedades actuales. En consonancia con ello, el Derecho dúctil, en la medida en que apuesta por el pluralismo, por la integración, por la composición de los distintos valores e intereses, por la apertura a cualquier propuesta, no es tanto el Derecho propio del Estado constitucional vigente, cuanto el Derecho que se quiere que sea propio de las sociedades pluralistas actuales, pues sólo así podrán mantenerse unidas sociedades divididas en su interior. El Derecho dúctil, en definitiva, es un instrumento *que quiere dar su impronta a la realidad social sobre la que se proyecta.*

³ Usamos la expresión intencionadamente, pues, salvando las naturales distancias, cabe encontrar similitudes entre la propuesta de R. VON IHERING (*La lucha por el Derecho*, 1872) y la de *El Derecho dúctil*: ambas aparecen animadas por la necesidad de que el Derecho vuelva la vista a la realidad social y ambas conciben al Derecho en pugna con la injusticia.

Por eso, no es la definición del Derecho del Estado constitucional, aunque se inspira en él, y mucho menos la definición universal del Derecho de cualquier época y cualquier lugar. Es la descripción del Derecho que debe existir en un Estado constitucional pluralista si se quiere seguir preservando como tal.

¿Y en qué consiste esta visión «dúctil» del Derecho?

A mi juicio, la propuesta jurídica del Derecho dúctil podría sintetizarse de este modo: una nueva visión de la estructura del Derecho (caracterizada fundamentalmente por la fragmentación de los elementos que lo componen: ley, derechos y justicia) y un cambio en la concepción de la función y el alcance de las diferentes instancias jurídicas (Constitución, ley, jurisprudencia, ciencia jurídica, Tribunal Constitucional).

En concreto, en una Constitución que contenga valores y principios de justicia material, si se quiere mantener el pluralismo hay que garantizar al menos dos cosas: 1. la interpretación de esos valores debe ser lo bastante flexible para no ahogar la *opción legislativa*; pero 2. dado que también el legislador puede poner en peligro el *pluralismo*, la opción legislativa deberá asimismo ser controlada. De lo primero se derivan exigencias tanto para la ciencia jurídica como para el Tribunal Constitucional, toda vez que realizan interpretaciones de los valores constitucionales. La función de controlar la opción legislativa compete a la jurisprudencia en la resolución del caso concreto: los jueces del Derecho dúctil son los nuevos guardianes del contenido de justicia material de la Constitución frente a los posibles excesos de la ley, siempre expresiva de intereses de parte. Por eso, el Derecho dúctil se resume en una *Constitución* abierta, permeable a las valoraciones sociales y culturales; una *dogmática jurídica* dúctil, líquida, fluida, que flexibilice la interpretación de los conceptos; un *Tribunal Constitucional* también dúctil, que no ahogue al legislador, y una *jurisprudencia* dúctil, razonable, de hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley. El *legislador*, en esta concepción del Derecho, tiene una condición difícil de definir.

3. LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO Y SU COMPOSICIÓN EN UNIDAD

Por cuanto reflejo de una sociedad pluralista, la Constitución del Derecho dúctil es también una Constitución pluralista; no es, como en el siglo XIX, la Constitución de una parte de la sociedad. Y esta constatación no carece de consecuencias de cara a la propia *estructura* del sistema jurídico, por un lado, y a su composición en *unidad*, por otro. Entre el concepto de Constitución (una Constitución «por principios») y el papel de la magistratura en el Estado constitucional hay una estrecha relación.

En la sociedad «monoclase» sobre la que, a juicio de Zagrebelsky, se levantaba el Estado liberal de Derecho, la ley expresaba la unidad de las valoraciones sociales, y consecuentemente la unidad de la «vida» del Derecho se conseguía a través del principio de legalidad. En las actuales sociedades pluralistas, en cambio, la ley no es expresión de unidad, sino de conflicto político, y además viene sometida a un Derecho más alto, la Constitución, que ha sustituido a la ley como expresión de la unidad del Derecho. Sin embargo, lejos de cuanto podría pensarse si se concibiera el Estado constitucional como una simple continuación (y culminación) del Estado liberal de Derecho, la naturaleza de esa unificación, expresada ahora en el principio de constitucionalidad, ya no puede formularse en los términos lineales del pasado, de arriba abajo. Y ello por dos razones:

En primer lugar, porque, a diferencia de entonces, cuando todos los elementos del Derecho (derechos y justicia) se encontraban reunidos de forma unitaria y coherente en la ley, ahora los distintos aspectos que componen el Derecho no se encuentran igualmente reunidos en la Constitución, que por tanto no tiene el mismo sentido que la ley tuviera. La Constitución consagra un conjunto de derechos y principios de justicia cuya finalidad es contener, orientándolos, los desarrollos legislativos contradictorios generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre la ley (pp. 39 ss.). Pero la ley, por cuanto expresión de derechos políticos y sentido de la democracia, tiene una autónoma razón de ser, y para respetarla las Constituciones (formales) del pluralismo se conciben sólo como un «compromiso de las posibilidades»: un *cauce de actuación* que permita una vida social espontánea y no preordenada por ningún esquema rígido –ni siquiera establecido por la Constitución– y una competición para asumir la dirección política del Estado (p. 13).

En segundo lugar, porque la Constitución del pluralismo no ha sustituido a la ley como expresión de intereses generales e indiscutibles. Los principios constitucionales no expresan la unidad de las valoraciones sociales, porque tal unidad sencillamente no existe en una base social pluralista. La unidad ya no es un dato, sino un difícil problema que habrá de ser resuelto por los jueces en cada caso concreto, pues es en la aplicación judicial del Derecho donde se dan cita todos los elementos en que éste se fragmenta (ley, derechos y justicia) y, lo más importante, donde los principios constitucionales de justicia, al ponerse en contacto con el caso, adquieren significado.

En efecto, por cuanto «ley pactada» entre todas las partes de la sociedad, la Constitución del pluralismo encierra valores y principios contrastantes entre sí. Estos principios no son Derecho natural, sino que constituyen el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo. Su contenido se concibe apriorísticamente como objetivo, pero se trata de una objetividad que «depende del contexto cultural del que forman parte» (p. 124), y, lejos de lo que podría esperarse en aras de la unidad (y derivadamente de la certeza), ese contexto cultural no proporciona a los principios un sig-

nificado unívoco y estable. «El contenido de los principios, su “concepción”, es objeto de inagotables discusiones» (p. 124), y las concepciones ejercen su influencia en cada aplicación de los principios⁴. En definitiva, el contenido de los principios constitucionales alcanza su objetividad en la interpretación judicial de los mismos en el contexto cultural en que se realizan. Y éste es sin duda uno de los aspectos de esta obra que más problemas plantea, pues supone poner en manos de los jueces un inmenso poder de determinación normativa.

Frente a esta descripción tan judicialista del Derecho dúctil, tal vez pudiera decirse que en la obra de Zagrebelsky la Constitución (formal) del pluralismo no es más que un «compromiso de las posibilidades» y que la Constitución concreta (material) —o, mejor aún, el Derecho constitucional de cada momento histórico— es el fruto de la política constitucional, y por tanto principalmente de la política legislativa (pp. 13-14). Pero en el Derecho dúctil la *política constitucional* en que se resuelve la Constitución no es obra sólo del *legislador*, sino también, y sobre todo, de los jueces, que podrán inaplicar las leyes que estimen contrastantes con los principios constitucionales, tal y como resultan interpretados por ellos a la luz del caso.

Ciertamente, como el significado de los principios constitucionales dependerá al final de su concepción, resulta que el contenido de justicia material de la Constitución puede venir determinado en una primera instancia por la política legislativa, es decir, por la forma en que el legislador haya entendido y combinado los principios en la ley. Pero en última instancia será el juez (ordinario) quien imponga su entendimiento de los principios, circunvalando la ley si fuera necesario; esto es, si entiende que el contenido constitucional de ese principio a la luz del caso concreto no es el que se deriva de la opción legislativa. La Constitución del Derecho dúctil diluye así su normatividad objetiva (y única) en la normatividad plural resultante de las decisiones judiciales.

No se niega, insistamos en ello, que la Constitución tenga contenidos que se impongan al legislador y a los jueces. Pero tales contenidos, si puede decirse así, se «construyen» o «determinan» en la política constitucional; no se obtienen en abstracto de los enunciados constitucionales. La Constitución deja de ser *norma* que está por encima del legislador y de los jueces y se convierte en *política* y *decisión* judicial. Justo lo contrario del sentido kelseniano de la Constitución en la democracia, que es un sentido necesariamente normativo, aunque formal. Se pasa así de un concepto formal de Constitución a un concepto material de la misma, donde el contenido sustantivo «se construye» más que «se encuentra». De la Constitución como «forma» jurídica superior del sistema, a la Constitución como compromiso material de las posibilidades políticas y judiciales.

⁴ Sobre la distinción entre concepto y concepción, *vid.* R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 233.

En suma, la fragmentación del Derecho en el Estado constitucional del pluralismo ha influido directamente en la manera de realizar la unidad del sistema. El pluralismo de valores y principios que caracteriza a la Constitución ya no puede resolverse en una unidad «monocorde» como la que tenía lugar en el Estado liberal decimonónico a través de la ley. La ley, en el constitucionalismo actual, viene ella misma sometida a un Derecho más alto de composición plural, a un conjunto de principios (constitucionalizados) de justicia material cuya característica más definitoria es su variabilidad. Por ello, mientras que en el Estado liberal la unidad del Derecho venía garantizada, en el plano «político», por la soberanía estatal, en el plano «social», por la ideología unitaria burguesa, y en el plano jurídico, por la ley, en el Estado constitucional pluralista la unidad viene dada, en el plano «político y social», por una Constitución abierta, dúctil y pluralista que sea capaz de integrar todos los valores sin imponer ninguno (*Möglichkeitsdenken*), y en el plano «jurídico» por una jurisprudencia que se guía por el patrón de la razonabilidad (*Praktische-konkordanz*).

Pero entonces, ¿qué queda de la ley?

4. LA CONSTITUCIÓN, EL LEGISLADOR Y EL JUEZ

Los principios de justicia, al estar hoy contenidos en la Constitución, se proyectan sobre el legislador y el resto de los poderes públicos. Pero esta proyección puede entenderse de dos modos: puede concebirse de una forma rígida, imponiendo al legislador la simple actuación de esos valores y principios (estaríamos entonces ante el *constitucionalismo*: la Constitución encierra un «marco cerrado» de principios rígidamente jerarquizados que dominan todo el desarrollo legislativo), o puede concebirse de una forma más abierta, dejando al legislador algo de su originaria libertad para determinar sus contenidos (se estaría entonces ante el *legalismo*: la Constitución encierra un «marco abierto» de principios cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador) (pp. 150-152). Pues bien, el Derecho dúctil es una concepción del Derecho que se mueve entre el constitucionalismo y el legalismo, y que se identifica por el modo de resolver las tensiones producidas entre *Constitución y democracia* por un lado, y entre *jurisdicción y legislación*, por otro.

La primera de las tensiones apuntadas se resuelve del modo siguiente: si se quiere reservar un valor propio para la ley, como función originaria y no derivada, debe entenderse que los principios de justicia material que encierra la Constitución constituyen un «marco abierto» de posibilidades cuya determinación histórico-concreta se deja al legislador (p. 152). Podría decirse por ello que, en la tensión entre *Constitución y democracia*, el Derecho dúctil, consciente de la necesidad no sólo de ser

fiel al pluralismo social sino también de preservarlo y propiciarlo, apuesta por una concepción del Derecho que no asfixie al legislador, que le reconozca un espacio propio en virtud de que es la expresión de derechos políticos. La balanza, en este caso, se inclina del lado del «legalismo».

Pero la tensión paralela que se produce entre *legislación* y *jurisdicción* no se supera, en el Derecho dúctil, del mismo modo que la tensión entre Constitución y democracia. Simultáneamente al énfasis que se pone en la capacidad de la ley para elevar a normatividad el momento democrático político, se desconfía de los contenidos concretos de las leyes, o más bien de la capacidad de la ley para representar intereses generales, para no sucumbir al partidismo y evitar el despotismo de las eventuales mayorías políticas. Es significativo, a este respecto, la descripción del «mercado de las leyes» que, a juicio del autor, define la época actual: las notas de coherencia, generalidad, abstracción y racionalidad que habían constituido el pedigrí de la ley han cedido paso a una caótica variedad de leyes ocasionales y particulares que en ciertos supuestos se corresponden más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación. La ley, más que un factor de ordenación, es expresión de un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum* (p. 37). En estas circunstancias, la tensión entre legislación y jurisdicción se resuelve convirtiendo a los jueces (sobre todo a los constitucionales, pero también a los ordinarios) en los nuevos guardianes del contenido (cambiante) de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador⁵. La balanza aquí se inclina del lado del «constitucionalismo».

Bien es verdad que el propio autor comprende las reservas ante «los diversos intentos puestos en marcha para desplazar la línea de confín de esta relación en favor de la jurisdicción y negar a la ley el valor que le pertenece en cuanto tal» (p. 152). Pero, en realidad, lo que parece reprochar a estas posturas no es la posibilidad de que los jueces se conviertan en guardianes de los principios constitucionales controlando al legislador, posibilidad que admite y hasta podría decirse que orienta toda la visión del Derecho dúctil. Lo que Zagrebelsky reprocha a estas corrientes (entre las que incluye al «uso alternativo del Derecho» y al Tribunal Constitucional cuando actúa como «legislador positivo») es que conciben el marco de principios constitucionales como un sistema «cerrado», perfectamente delimitado con independencia del contexto social y cultural en el que tales principios se proyectan.

El Derecho dúctil, en suma, intenta resolver las grandes tensiones política/Derecho y ley/justicia, y apuesta para ello por dos principios tendencialmente opuestos: apuesta por el *principio democrático* (porque es la única forma de salvaguardar el pluralismo), para lo cual es necesario concebir el sistema de valores de la Constitución como un sistema abierto.

⁵ La legislación, afirma ZAGREBELSKY, está envuelta «en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, ante todo por los jueces constitucionales» (p. 151).

Y apuesta también por el *control jurisdiccional de la ley* en el caso concreto, porque al tener los principios un contenido objetivo pero cambiante, son los jueces, en la resolución de los casos, los únicos que, actuando como «mediadores entre la conciencia social y la tradición dogmática»⁶, pueden fijar en última instancia el contenido de tales principios. Es, en fin, en la aplicación judicial del Derecho, como ya se señaló, donde encuentran unidad los distintos elementos en que éste se fragmenta: ley, derechos y justicia.

Este intento de conjugar el valor que tiene la ley, en tanto que expresión del pluralismo y de la dinámica política, con la necesidad de someterla a una red de vínculos jurídicos «que debe ser recogida por los jueces», abre algunas brechas en principios jurídicos que, al menos hasta ahora, se han considerado generalmente incuestionables y que, en todo caso, parecen valiosos. Aludiremos ahora a algunos de ellos.

5. LA CONVERSIÓN DE LA AXIOLOGÍA EN DEONTOLOGÍA: LA ENERVACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL PELIGRO DE DECISIONISMO JUDICIAL

El juez del Derecho dúctil, que aparece en principio como un órgano vinculado al Derecho, es en realidad un órgano vinculado *sólo* a la Constitución. Y de ahí derivan dos importantes consecuencias directamente relacionadas entre sí: la primera, es que el juez «controla» la ley, por más que este control sólo se establezca en el caso concreto. La segunda es que el principio de legalidad, entendido tradicionalmente como sumisión de los jueces a todo el Derecho pero sobre todo a la ley, termina aquí, paradójicamente, por entenderse como sumisión a los derechos y a la Justicia, pero no a la ley en sentido estricto.

La jurisprudencia determina el contenido de las normas jurídicas, poniéndolas en contacto con los universos valorativos en los que tales normas se aplican. Esto es particularmente así en relación con los principios, debido no tanto a su carácter abierto, cuanto a que están impregnados, más que las reglas, de valoraciones morales. Esta cualificación de los principios frente a las reglas, sin embargo, no tendría por qué acarrear un abandono del principio de legalidad. Podría significar tan sólo que cuando en la resolución de un caso se proyectaran normas de principio se exigiría del intérprete una actividad mediadora entre éstas y el caso más intensa que cuando de aplicar reglas se trata. Los principios, en efecto, en vez de resolver problemas morales los plantean. Por eso, en la resolución de una cuestión «de principios» será necesario un mayor análisis de las valoraciones presentes en el universo cultural y social en que tales principios se proyec-

⁶ L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 59

tan. Pero tales valoraciones, que no pueden ser sino un dato, esencial pero sólo un dato, para determinar el alcance de los principios, habrían de jugar siempre en el seno del principio de legalidad⁷. Si se quiere: serían inaceptables las valoraciones que rebasaran la opción legislativa.

No parece ser ésta, sin embargo, la idea presente en el Derecho dúctil, donde el alcance que se otorga a los principios da la impresión de confundir la dimensión axiológica de su interpretación con la deontológica: el principio de legalidad se debilita y el activismo judicial está servido.

Los principios —se dice— proporcionan la norma aplicable a través de las categorías de sentido y de valor que se incorporan al «hecho». Tales categorías son «objetivas», en la medida en que van referidas a los concretos contextos culturales, sociales y políticos en los que la decisión se hace efectiva, de suerte que esta objetividad elimina el posible «subjetivismo» de la decisión judicial. Pero entonces, ¿qué papel juega la opción valorativa de la ley en la resolución de una cuestión de principios? Y, sobre todo, ¿queda en verdad salvado el decisionismo judicial?

La primera pregunta no es ociosa, porque, salvo en aquellos casos en que no exista ley aplicable o en aquellos otros en los que ésta no proporcione con claridad la norma para resolver la controversia, supuestos en que será aceptable la aplicación directa de normas constitucionales de principio, las opciones valorativas presentes en la ley deberían imponerse a las eventuales opciones valorativas del juez. De no ser así, la ley, expresión del principio democrático, tan enfáticamente defendida frente a las veleidades «manipulativas» del juez constitucional, está destinada a perder su sentido.

Desde luego Zagrebelsky no niega en principio la vinculación de los jueces a la ley, dado que en democracia ésta tiene un valor por sí misma, con independencia de sus contenidos. Pero al afirmar que la ley «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (p. 151), cuestión por lo demás inobjetable, y atribuir al mismo tiempo al juez ordinario competencia para inaplicar o «sortear» la ley que entienda inconstitucional está enervando el principio de legalidad: el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que es constitucional, en caso contrario puede inaplicarla. El juez constitucional comparte con el ordinario el control de constitucionalidad de las leyes, por más que este control se ejerza sólo con relevancia para el caso concreto.

No obstante, el problema no es tanto, o no sólo, que esta solución aboque a un control híbrido de constitucionalidad, mezcla de jurisdicción concentrada y difusa. El problema es sobre todo que bajo el aparentemente neutral expediente judicial de inaplicar la ley inconstitucional se

⁷ Entre las posibilidades de objetivar las valoraciones, y aparte del recurso a los «valores de la colectividad», R. ALEXY señala el recurso al «sistema interno de valoraciones del ordenamiento»: no puede dudarse «que los puntos de vista valorativos formulados en la constitución o en otras leyes... son relevantes para la decisión a tomar» (*Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, p. 32).

abre una puerta al subjetivismo de los jueces, y, en todo caso, se propicia su activismo.

Ciertamente, el subjetivismo judicial queda eliminado, en opinión del autor, por la objetividad de las categorías valorativas que guían la resolución de los casos. Pero la cuestión no es si las categorías de sentido y de valor que califican los hechos, y que determinan o al menos influyen en la búsqueda de la decisión normativa particular, son reconducibles a contextos objetivos⁸. La cuestión es si esas categorías tienen realmente una dimensión deontológica jurídica o si, por el contrario, son criterios extrajurídicos que subrepticamente se introducen en el Derecho en sede de interpretación. En definitiva, si, como afirma L. Prieto, esa relevancia moral que pretende invocarse es un *título bastante* para constituir un *deber ser jurídico*⁹.

A mi juicio, el Derecho dúctil asume la transmutación de la axiología en deontología a través del universo de los principios. Y en todo caso, al margen del momento normativo por excelencia en democracia, que no es otro que la ley. Y ello por lo siguiente:

Si el Derecho dúctil fuese tan sólo una descripción de lo que hacen los jueces cuando resuelven una controversia en la que está presente una cuestión de principios, nada habría que objetar, pues es indudable que muchas soluciones judiciales –sobre todo, en los casos «difíciles»– están tamizadas por consideraciones valorativas¹⁰. Es más, esta descripción podría funcionar como una desmistificación de la figura de un juez neutral, ajeno a las pasiones y a las consecuencias sociales de los casos, y permitiría criticar ciertas decisiones judiciales por estar guiadas por principios difícilmente reconocibles en el ordenamiento. El problema, sin embargo, aparece cuando esta influencia de las valoraciones en el caso se convierte en una propuesta jurídica; es decir, cuando se indica que los jueces deben buscar la solución normativa a los casos que han de resolver utilizando categorías objetivas de valor, *con independencia* de que éstas sean, a su vez, categorías incorporadas en normas (constitucionales o legislativas). Ciertamente, Zagrebelsky no dice que esta «independencia» pueda darse¹¹, pero da la impresión de que la admite implícitamente. Prueba de ello sería el propio ejemplo con que ilustra el funcionamiento judicial del Derecho «por principios»: el caso Serena.

⁸ Contextos que, por cierto, cuando faltan, como ocurre en los casos difíciles, dejan al juez «sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse» (p. 137). Lo cual es ya una forma de admitir, aunque sólo sea en estos casos, un abierto judicialismo.

⁹ L. PRIETO, *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC, 1992, p. 73.

¹⁰ El propio positivismo que critica ZAGREBELSKY puso de manifiesto la imposibilidad de concebir un juez irresponsable políticamente, pues la interpretación de la ley le deja márgenes de maniobra. Y si esto pudo afirmarse en un contexto de «Derecho por reglas», con más razón se podrá decir en un «Derecho por principios».

¹¹ Es más, en algún momento recuerda que «no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación... Se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento» (p. 145).

Cuando el autor expone la forma en que los jueces actuaron en el caso Serena (movidos por consideraciones valorativas que indudablemente estaban presentes en el «contexto de opinión» en que se desenvolvió el asunto, tales como el peligro de incentivar el tráfico de niños), parece justificar la resolución *exclusivamente* en la bondad de las valoraciones que guiaron el caso, con independencia de que estas valoraciones, además, encontraran respaldo en el ordenamiento. En efecto, Zagrebelsky da por buena la sentencia, aun cuando señala que *se podía* (y se debía) haber recurrido al principio de solidaridad para argumentar la decisión en términos de Derecho positivo, pues, «por más que existiese absoluta evidencia axiológica en las premisas sobre la necesidad de combatir el comercio internacional de niños, no era en absoluto evidente que para ello se pudiera poner en peligro un bien específico y actual de la niña» (p. 143).

La pregunta es: ¿sería también aceptable jurídicamente una resolución judicial que *no pudiera* vincularse al Derecho vigente? Las consideraciones de valor («la evidencia axiológica»), ¿podrían justificar por sí solas resoluciones judiciales en cuya argumentación no estuviesen presentes normas de Derecho vigente? No creo forzado afirmar que la respuesta, también en este caso, sería positiva, y ello aunque Zagrebelsky sabe bien que la «evidencia axiológica» puede ocultar el «rostro de Medusa», y que hacer de la axiología criterio de resolución judicial puede encerrar graves peligros. Baste recordar el trágico, pero significativo, episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

Sin duda, los criterios de valor son determinantes en la promoción de nuevas normas jurídicas de origen legislativo, y sin duda están también presentes en sede de aplicación y doctrinal como criterios hermenéuticos y heurísticos. Pero hacer de ellos un criterio de juridicidad en manos de los jueces puede representar no sólo un desprecio injustificado del legislador, sino también un riesgo para la pervivencia de sociedades «dúctiles». Si la ley ya no puede ser vista como expresión de reglas generales y abstractas, sino como la victoria circunstancial de intereses de grupo, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías objetivas de valor? También las categorías de valor están vinculadas a intereses, y también los criterios por los que los jueces eligen unas u otras categorías de valor son, o pueden ser, «interesados».

Esta consideración, además, enlaza con una de las notas más significativas del Derecho dúctil, el *pesimismo antropológico* que trasluce. Es ésta una cautela que se impone no sólo por las enseñanzas de la historia europea reciente, sino también por ser una exigencia de una concepción de la democracia que, consciente de la posición de las minorías, intente evitar el despotismo de las asambleas legislativas: de la ley se espera un potencial abuso que hay que neutralizar. Ahora bien, si como medida preventiva para asegurar el pluralismo se pone bajo sospecha a la ley y al juez constitucional, con mayor razón habría que recelar del juez ordina-

rio. Concebir a éste como un «oráculo ilustrado», a lo Dworkin, presuponer a sus decisiones una legitimidad que no puede estar basada sino en consideraciones de autoridad o de conocimiento y aplicación de «valores», ¿no es también contradictorio con las exigencias de una sociedad pluralista? ¿Por qué para el juez del Derecho dúctil no sirve la cautela del pesimismo antropológico?

Precisamente, ese pesimismo antropológico, presente en Locke y en Montesquieu¹², es lo que llevó a este último a configurar el concepto de *límite* como esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la «separación de poderes», que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos¹³. En Zagrebelsky, en cambio, ese mismo pesimismo auspicia un sistema en donde el poder judicial parece responder más bien a la descripción que Tocqueville hiciera del poder judicial en América en la primera fase de activo intervencionismo judicial: un poder político de primer orden que deriva de la posibilidad de inaplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales, actuando así como la más terrible barrera contra los excesos de las asambleas políticas¹⁴. También el juez del Derecho dúctil, en la medida en que es capaz de corregir en el caso concreto la «injusticia» de la ley, está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder soportable, porque el tipo de control que ejerce es «incidental» y porque en Europa coexiste con un Tribunal Constitucional cuya composición está fuertemente determinada por el poder legislativo. Pero también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del juez constitucional, porque es más eficaz y de mayor calado la labor callada y difusa del día a día de los tribunales de justicia. Por ello, extender esa antropología pesimista también a los jueces habría comportado una reflexión sobre los modos de control de un poder tan formidable. Pero no sobre los modos de control político sobre la actividad judicial, como parecen reclamar tantas voces oportunistas en los últimos tiempos, sino sobre los modos de garantizar el máximo de racionalidad y coherencia en la actuación de un juez, cuya función institucional difiere un tanto de la que en otro tiempo desempeñara.

6. ¿SE PUEDE HABLAR DE INTERPRETACIÓN?

Si la aplicación judicial del Derecho viene determinada por el hecho, iluminado por el principio, que es el que conduce a la norma (o a la búsqueda de la norma, como Zagrebelsky indica), ¿cabe hablar de «interpre-

¹² «La libertad política... aparece sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él», *Del espíritu de las leyes*, libro XI, cap. IV.

¹³ Vide R. BLANCO, *El valor de la Constitución*. Madrid, Alianza, 1994, pp. 67 ss.

¹⁴ TOCQUEVILLE, *La democracia en América* (1835), cap. VI de la primera parte.

tación» en sentido estricto, es decir, de una actividad cognoscitiva, y si se quiere también volitiva pero que opera sobre y a partir de los textos normativos?

En la propuesta del Derecho dúctil, la interpretación, si es que es lícito hablar así, se desliga del texto, prescinde del documento que debe ser interpretado. Ni el texto constitucional ni mucho menos el texto legislativo constituyen el marco en que la interpretación ha de desenvolverse. Parece que la disposición juega a lo sumo *negativamente* impidiendo interpretaciones absolutamente contrarias a su significado literal, pero no *positivamente*, indicando, siquiera someramente, la dirección de la búsqueda. La dirección de la búsqueda viene marcada por *el caso*, no por el texto¹⁵.

En realidad, la postergación del texto no es más que una consecuencia del debilitamiento del valor vinculante de la ley: cuando el *objetivo* de la actividad judicial es «aplicar» una norma previa (encerrada en el texto de la ley) al caso, es decir cuando el principio de legalidad es operativo, la interpretación, entendida como atribución de significado al texto legislativo, adquiere un papel central¹⁶. Cuando, por el contrario, el *objetivo* de la actividad judicial deja de ser la aplicación de la ley para convertirse en la obtención de una solución satisfactoria (*equa*) al caso¹⁷, es decir, cuando el principio de legalidad reduce su operatividad, no es que el texto de la ley resulte por completo despreciado, pero sí queda al menos degradado y abandona el papel central que en el otro modelo tiene:

«las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida» (p. 134).

Ahora bien, para justificar este segundo modelo, el de la *equidad*, no vale apelar al fracaso de los métodos de interpretación en la búsqueda de la solución correcta al caso, como parece deducirse del texto (pp. 134 ss.). Es verdad que los métodos de interpretación, más que proporcionar la solución «correcta», han servido como argumentos para justificar *ex post* soluciones jurídicas adoptadas al margen de los mismos. Pero esto sólo pone de manifiesto que el modelo epistemológico de la unidad de solución correcta acaso sea inválido o que, en caso de valer, los métodos de interpretación no permiten asegurar aquella solución. No significa, sin embargo, que en el ámbito de modelos epistemológicos que admiten la

¹⁵ En efecto, por más que se resalte el carácter «bipolar» de la interpretación, concibiéndola como «la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento» (p. 133), al final, como ocurre en la hermenéutica, es el caso el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección del llamado «círculo interpretativo».

¹⁶ Por eso dice ZAGREBELSKY que en el positivismo todos los problemas de la aplicación del Derecho se reducían a problemas interpretativos (p. 132).

¹⁷ En este mismo sentido, R. BIN, *Diritto e argomenti*, Milano, 1992, pp. 60, 159, 168.

corrección de soluciones normativas simultáneas a propósito de un mismo problema la interpretación carezca de sentido. Interpretar es atribuir significado a un texto, y, en particular, si se admite la corrección de varios de los significados normativos encerrados en ese texto, interpretar significa optar por uno de esos significados. Por eso, donde existe ley, el juez está constreñido al ámbito de posibilidades interpretativas que ésta ofrece, que es, claro está, un ámbito más restringido que el que ofrece la Constitución. Frente a ello, decir que la solución normativa ha de buscarse «fuera» de la ley cuando ésta no ofrezca una solución justa al caso concreto (cuando sea inconstitucional) no es más que una forma de vaciar de contenido a la «interpretación», burlando la opción legislativa. Por lo demás, la misma crítica que se hace a los métodos de interpretación, en el sentido de que no son más que expedientes justificatorios de una solución adoptada previamente al margen de los mismos, puede hacerse también a la supuesta «inconstitucionalidad» de la ley, en el sentido de que no es más que un subterfugio judicial para justificar la elusión de la ley cuando ésta no ofrece la solución al caso que se estima satisfactoria.

7. PROBLEMAS DE LEGITIMIDAD: EL DERECHO DE EQUIDAD

Pero el papel que parecen ostentar los jueces en el Derecho dúctil no sólo constituye una puerta abierta al decisionismo judicial. Plantea también algunos problemas de legitimidad: que un juicio (judicial) axiológico, por sí sólo (sin respaldo normativo en el ordenamiento) pueda pretender eficacia jurídica, trastoca completamente el modelo de legitimidad democrático.

La validez de las normas ha estado siempre muy ligada a la legitimidad de los órganos de poder con competencias normativas. En democracia, la legitimidad la tiene el pueblo, cuya expresión normativa es la ley. Por ello, es difícil aceptar que los jueces (desvinculados de la ley) ostenten un poder paralelo al del legislador. Es verdad que, a diferencia del Estado liberal de Derecho, en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular, y por tanto la validez de la ley viene ahora sometida a un Derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, en cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición. Mucho menos, porque esto además sería peligrosamente ideológico, si tales decisiones se camuflan bajo el áureo manto de unos jueces que realizan la (cambiante) Constitución en la resolución de los casos concretos.

A este respecto, conviene no olvidar las enseñanzas de Kelsen, que vio, antes que ningún otro, que una teoría del Estado democrático tiene que dar primacía al *momento normativo* frente al de autoridad o decisión; es decir, que el Derecho tiene que garantizar la posibilidad de que los distintos puntos de vista enfrentados puedan convertirse en dominantes; y esto sólo puede lograrse a través de la ley, única instancia normativa compatible con el sentido de la democracia¹⁸. Ciertamente, esta concepción de la democracia como puro método comporta una indiferencia ante los valores, lo que exige conferir a la Constitución un carácter esencialmente formal. Y desde luego ni la democracia hoy en día puede concebirse como un simple método ni las Constituciones como simples estructuras formales. Las Constituciones incorporan valores materiales, pero la existencia de tales valores, y por tanto su proyección normativa en el sistema, no puede conducir a cercenar —y ni siquiera a pasar por alto— las cambiantes concepciones introducidas por el legislador.

El ideal democrático de adopción de acuerdos colectivos es el de un procedimiento esencialmente discursivo, en el que pueden participar todos los grupos enfrentados por sus diferentes intereses, ideologías, puntos de vista. Este modelo sólo se reproduce, aunque sea muy imperfectamente, en el procedimiento legislativo. Por eso, en una sociedad democrática y pluralista sólo el legislador puede componer la normatividad del sistema. Sólo él debe prestar oído a las cambiantes categorías valorativas presentes en la sociedad. Es verdad que los acuerdos alcanzados pueden no satisfacer —o no en el mismo grado— los criterios axiológicos de los diferentes grupos. Pero éste es un «defecto» de cualquier procedimiento práctico real de adopción de acuerdos colectivos; un defecto que hay que asumir como «esencial» e «insalvable», porque el discurso jurídico *nunca* estará en condiciones de garantizar el consenso valorativo¹⁹.

En el Derecho dúctil, sin embargo, da la impresión de que el procedimiento discursivo genuino es el judicial o que, en todo caso, éste convive con el procedimiento discursivo legislativo y a él se impone. Ello es presentado, una vez más, como exigencia de un Derecho que se erige sobre una base material pluralista.

Si objeto y método deben concordar, se afirma, el Derecho por principios, frente al Derecho por reglas, comporta también un cambio de método. En concreto, no es posible un «formalismo» de los principios,

¹⁸ Esto explica la opción kelseniana por un modelo de justicia constitucional concentrado, pues el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley. Acaso por ello dice F. RUBIO que la opción en favor de una jurisdicción concentrada se produce en democracias débiles («Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional», *REDC*, 35, 1992, p. 12).

¹⁹ Incluso es discutible que pueda diseñarse algún modelo de procedimiento que garantice el consenso valorativo en el marco del discurso moral. Comparto aquí la opinión de J. MUGUERZA, «Ética y comunicación (una discusión sobre el pensamiento ético-político de J. HABERMAS)», en *Teorías de la democracia*, J. M. GONZALEZ y F. QUESADA (coords.), Madrid, Anthropos, 1988. En sentido parecido, A. HELLER, «Marx y la liberación de la humanidad», en *Crítica de la Ilustración*, trad. de G. MUÑOZ y J. I. LÓPEZ, Barcelona, Península, 1984.

pues su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo insuperable para ello (p. 124). En las constituciones del pluralismo, el carácter propio de los principios es su capacidad para relativizarse entre sí, y el método de su aplicación no puede ser el formalismo, sino la *praktische Konkordanz*, la *prudencia* en su ponderación, la búsqueda de soluciones *dúctiles, razonables*. En suma, no la búsqueda de la verdad, sino la *búsqueda de la equidad* en un procedimiento discursivo y persuasivo que tome en consideración todas las posiciones que puedan reivindicar en su favor principios vigentes en el ordenamiento. Se comprende así que el Derecho dúctil exija profundas reformas jurídicas: por lo menos, la puesta en marcha de procedimientos que permitan confrontar los principios en juego y de un nuevo modo de reclutamiento de los jueces que tenga en cuenta las funciones que están llamados a desempeñar (la puesta en marcha, como afirma otro autor en este mismo volumen, de la «política para la jurisdicción que el Estado constitucional de Derecho reclama»²⁰). Estas son las condiciones para el triunfo de la prudencia y la equidad en el Derecho (pp. 148 ss.).

Ahora bien, es dudoso que el procedimiento judicial pueda concebirse, en rigor, como un procedimiento discursivo, aunque algunos se esfuercen en verlo así. Y, en todo caso, admitirlo plantea problemas de legitimidad, pues supondría que en el ordenamiento funcionan dos procedimientos discursivos a propósito de un mismo problema (el legislativo y el judicial de equidad), con la agravante de que el que triunfa en la práctica, el juicio de equidad, es el efectuado por un órgano que carece de legitimidad democrática. Apostar por un juicio de equidad, pretender que en ciertos casos la ley debe ceder ante el juez, sería enervar (y casi anular) el significado normativo del principio democrático. Sería suponer a los jueces una especie de «conciencia correcta», «verdadera», capaz de corregir los dictados de la ley, haciendo de ellos oráculos de la verdad, seres «ilustrados» cuyo criterio valorativo es más racional o más adecuado que el que ha triunfado legislativamente. Si la enfática defensa del principio democrático frente a los lances legislativos del juez constitucional²¹ no se extiende también frente a los lances legislativos del juez ordinario podría entrar entonces por la ventana del juez ordinario lo que se ha querido sacar por la puerta del juez constitucional.

A modo de ejemplo: suele a veces criticarse la opción constitucional y legislativa del servicio militar obligatorio, e incluso del mantenimiento del Ejército con el argumento de que en las sociedades actuales (pacifistas, etc.) han cambiado las categorías valorativas sobre la guerra y los ejércitos. Sobre la base de esta argumentación, lo que los insumisos (o algunos de ellos) vienen a pedir al juez es que actúe al margen de la ley, que la «circunvale», en atención a un cambio en los puntos de vista de la

²⁰ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «No conviene “matar” al “notario”», en este volumen.

²¹ Que ZAGREBELSKY efectúa reiteradamente a través de la crítica a las actuaciones manipulativas del mismo.

sociedad. En suma, se pide al juez que otorgue eficacia jurídica a ciertos criterios axiológicos (los coincidentes con una moral pacifista) en virtud de que son la expresión de los «objetivos» criterios de valor en la actualidad. La pretensión, aun cuando valorativamente pudiera tenerse por «buena», es jurídicamente peligrosa. Los criterios axiológicos pacifistas, en caso de haber arraigado, tendrán que mostrar su eficacia jurídica a través del único procedimiento discursivo admisible en democracia: la ley, ordinaria o constitucional. El procedimiento judicial de adopción de decisiones no es esencialmente un procedimiento discursivo, aunque no falten quienes quieran ver en la decisión judicial el resultado de un proceso en el que las partes (la acusación y la defensa, por ejemplo) exponen y defienden sus pretensiones. En el procedimiento judicial esas pretensiones *no* pueden ser políticamente *libres*, sino fundadas en Derecho. Por ello, en sentido estricto, no hay nada sobre lo que discutir o ponerse de acuerdo, no hay nada de qué convencer, sino algo que descubrir: la respuesta normativa del ordenamiento. Ciertamente, sabemos que ese descubrimiento no es una tarea científica, lógica o empírica, sino una complicada operación que no puede prescindir de las valoraciones. Pero lo importante es el ideal regulativo: en el proceso legislativo se trata de discutir sobre la mejor ley; en el proceso judicial, de descubrir lo más ajustado a esa ley.

En suma, si quiere preservarse el principio democrático, el modelo que guía la actuación de los jueces debería ser la *búsqueda de la «verdad»*; pero no de una verdad prejurídica, al modo de los iusnaturalismos, sino de una verdad discursivamente obtenida a través del procedimiento legislativo, por más que, por respeto a otros principios estructurales del ordenamiento (como la independencia judicial), se admitan como válidas soluciones dispares. Los jueces del Derecho dúctil, por el contrario, parecen guiados por el modelo de la *búsqueda de la equidad*. Pero si esto fuera así, y habida cuenta que allí donde mayor es la discrecionalidad, mayor debe ser la exigencia de justificar la decisión, parece lógico esperar de estos jueces una esmerada motivación que ponga de manifiesto, y justifique, las opciones valorativas presentes en las sentencias. Aquí, en el ejercicio de la racionalidad y en el esfuerzo argumentativo quizá cabría obtener la compensación justificatoria al déficit de legitimidad democrática.

8. JUSTICIA VS. CERTEZA

El paso del modelo judicial de «búsqueda de la verdad», característico del «Derecho por reglas», al modelo judicial de «búsqueda de la equidad», propio del «Derecho por principios», comporta consecuencias muy poco tranquilizadoras por lo que se refiere a la certeza y previsibilidad de las decisiones judiciales, valores en otro tiempo considerados irrenuncia-

bles. Con el modelo de la equidad se opera una sustitución de la certeza (que asume la eventual injusticia en el caso concreto) por la justicia (que asume la posible falta de certeza), como principal valor a garantizar.

El cambio de paradigma, en cualquier caso, no obedece sólo a una visión del Derecho que, recelosa de la capacidad de las reglas generales y abstractas para dar cuenta de las implicaciones del caso concreto, constituya una llamada de atención a las consecuencias prácticas del Derecho, pues la garantía de la certeza en la aplicación judicial del Derecho, (obtenida a través del principio de legalidad) no lleva necesariamente aparejada la injusticia en el caso concreto: el juez nunca ha sido un simple autómatas, sino que al aplicar la ley ha tenido siempre en su mano la posibilidad de «mitigar» las consecuencias más severas en función de las circunstancias del caso.

El cambio de paradigma se presenta más bien como la consecuencia de la instauración constitucional de un orden objetivo de justicia, bien que pluralista, que limita tanto la libertad de los sujetos como la del propio legislador y que, por tanto, sólo puede hacerse efectivo en vía judicial. Pero si la garantía de la certeza (mediante el principio de legalidad) no suponía necesariamente dejar de lado la justicia en el caso concreto, no parece que pueda decirse lo mismo de la garantía de la justicia respecto al valor de la certeza. Cuando se hace de la justicia del caso el valor esencial del Derecho y no se establecen a su vez mecanismos de uniformidad jurisprudencial, el valor de la certeza queda desamparado.

Ciertamente, a primera vista, el reconocimiento de principios de justicia aptos para contener la fuerza disgregadora de las libertades individuales se muestra conforme con los postulados de certeza y seguridad, pues tales principios, al tener carácter jurídico, evitan la imposición de puntos de vista particulares. Pero sólo a primera vista, porque al analizar las características del Derecho «por principios»²² puede resultar que, huyendo del despotismo de las asambleas políticas –siempre expresivas de intereses de parte– y en el afán de poner coto a la desbocada voluntad de las mismas, se termine introduciendo en el ordenamiento –a través de la constitucionalización de los principios– una fuerza (la de los jueces) capaz de imponer puntos de vista tan partidistas o más que los del legislador e incapaz, por contra, de asegurar la certeza. En otras palabras, se corre el peligro de que en el ordenamiento funcionen simultáneamente varios «puntos de vista», ninguno de los cuales necesariamente coincidente con el del legislador.

En opinión de Zagrebelsky, la razón de esta falta de «fijeza», de esta «explosión» subjetivista de la interpretación, no depende en realidad de la existencia de un Derecho por principios que al realizarse en base al patrón de la equidad lleve *necesariamente* aparejadas soluciones impre-

²² Recordemos que la labor del juez del Derecho dúctil difícilmente puede decirse que consista en una «aplicación» de una norma previa, sino de una norma «surgida» del contacto de los principios (interpretados judicialmente) con los hechos. La *normatividad previa* se sustituye por una *normatividad creada* en el contacto con el caso.

visibles. La falta de certeza obedece, una vez más, al carácter *pluralista* de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de juristas y operadores jurídicos (p. 145), quienes asumen puntos de vista distintos que inevitablemente terminarán reflejándose en su actuación.

Aparece aquí, de nuevo, la incidencia que tienen en el Derecho las condiciones reales en las que está llamado a operar. La condición pluralista de la sociedad, el agotamiento de una unidad de puntos de vista, es lo que explica que la falta de certeza sea no una anomalía, «sino la consecuencia de los sistemas jurídicos actuales» y sea además algo deseable, ya que postular la certeza como objetivo del Derecho «descargaría sobre el legislador una tarea insoportable de incesante modificación del Derecho vigente» (pp. 146-147).

Pues bien, en todo caso, y por más que se atribuya al pluralismo social la falta de certeza e incluso su visión como algo deseable, no puede negarse que esa falta de certeza da al traste con valores a los que el Derecho no debería renunciar, como la previsibilidad, la imparcialidad, la seguridad, la igualdad en la aplicación de la ley y el carácter no arbitrario de la actuación judicial. Valores que en el otro paradigma venían al menos mínimamente garantizados a través del principio de legalidad, que actuaba como dique de contención interpretativa, y que en éste se encuentran desamparados si no se asienta firmemente la exigencia de motivación (sobre todo, en materia de hechos, tan debilitada en la práctica y en muchos planteamientos teóricos) y si no se introducen, al propio tiempo, sólidos mecanismos de unificación jurisprudencial, tipo el *stare decisis*²³. En ausencia de tales mecanismos, la unidad y coherencia del ordenamiento (y derivadamente, los valores de certeza, previsibilidad, etc.), en otro tiempo garantizadas por una ley monocorde y en el actual obra de una Constitución interpretada y aplicada por los jueces, corren el riesgo de convertirse en un caos de decisiones contrastantes entre sí y cambiantes. El Derecho dúctil, de nuevo, y ahora por lo que se refiere a la garantía de la certeza, parece exigir profundas reformas jurídicas.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si hubiera que condensar en una frase la clave de la lúcida reflexión jurídica de *El Derecho dúctil*, creo que no sería exagerado escoger la siguiente: «el Derecho es una realidad práctica». Desde luego, una definición tal encierra numerosos e importantes matices, pero su significado básico podría resumirse en la idea de que los conceptos y los modelos jurídicos no son independientes del bagaje cultural y de la convicción ética de la comunidad que los produce y sobre la que se proyectan.

²³ El propio ZAGREBELSKY es consciente de este peligro cuando advierte que acaso deba pensarse «en organizar esa tendencia a la transformación intrínseca al ordenamiento» para que no destruya estos valores, p. 146.

En la sociedad europea actual, convulsionada en la segunda mitad de siglo por tantos elementos nuevos aparentemente bien absorbidos por un aparato conceptual surgido en una realidad distinta, el Derecho dúctil representa una apuesta por el cambio. No se trata de una simple fotografía de la vida actual del Derecho, como pudiera haber sido la intención de quien pretendiese criticar el funcionamiento de numerosas instituciones jurídicas, por no ajustarse al «modelo». Al contrario, entiendo que constituye una llamada de atención sobre la necesidad de operar de acuerdo a un modelo jurídico distinto, más conforme con su base social y con las propias transformaciones sufridas por el Derecho: el paso del Estado liberal al Estado constitucional las resume. Ésta es la razón por la cual lo que desde la perspectiva del simple diagnóstico podría considerarse una «denuncia» del anómalo funcionamiento de algunas instituciones jurídicas (singularmente los jueces), desde la óptica del Derecho dúctil es visto como el resultado inexorable de la transformación de la base sociocultural europea. «La culpa es del pluralismo» podría ser el *eslogan* de esta descripción.

Es verdad que al apostar por el modelo alternativo del Derecho dúctil se debilitan algunos valores (certeza, uniformidad, seguridad, racionalidad...) de los que el Derecho, en buena lógica, no debería abdicar. Pero tampoco el Derecho dúctil quiere hacerlo. Su enfoque, sin embargo, es que ello ya no puede hacerse apelando a una más ajustada realización de los conceptos que sustentaron el Estado liberal, porque eso ya no es posible, de acuerdo con la idea práctica del Derecho. Para garantizar esos valores son necesarias ahora profundas transformaciones jurídicas (orgánicas y procesales). Que ello sea o no posible, y a través de qué vías, es algo que constituye el punto de salida de análisis más detenidos que *El Derecho dúctil* no realiza, pero que deja apuntados a través de su estimulante reflexión.