

°DUCTILIDAD DEL DERECHO O EXALTACI°N DEL JUEZ? DEFENSA DE LA LEY FRENTE A (OTROS) VALORES Y PRINCIPIOS.

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 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 simplídicamente 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., 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 feedback, 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 fènix que renace 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 oppositorum (o la dialèctica de c^omo contentar a todos atendiendo demandas incompatibles).

En el libro que comentamos se contienen abundantes elementos de una dialèctica habitual entre iusfil^osofos, y en especial entre los que cultivan la filosofia de los derechos humanos. El esquema (o la caricaruta) 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 s^olo puede realizarse a costa de la igualdad, y viceversa; luego la soluci^on consiste en lograr entre ambas el adecuado equilibrio, en un sistema que permita la màxima libertad compatible con el mayor grado posible de igualdad y la màxima igualdad compatible con el mayor grado posible de libertad. Y problema resuelto.

Ese mètodo de proponer la sìnthesis de los opuestos como vìa para solventar dilemas te^oricos de relevancia central para su doctrina lo deja ver Zagrebelsky al menos en tres cuestiones: la interrelaci^on entre los principios, la importancia del caso y del ordenamiento como base para la sentencia y la tensi^on entre la letra de la ley y las exigencias de la justicia en la decisi^on jurìdica.

2.1. Dinàmica de fluidos: todos los principios caben, ninguno prevalece.

Precisamente, según Zagrebelsky, la gran ventaja de los principios frente a las reglas consistirìa en que nos permiten alejarnos de la l^ogica 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 acomodaci^on conjunta de todos ellos. Lo que así se consigue es, ciertamente, fabuloso, el sueño de nuestra època:

"Creo, por tanto, que la condici^on espiritual del tiempo en que vivimos podrìa describirse como la aspiraci^on no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero tambièn las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad del trato jurìdico, pero tambièn la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurìdicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero tambièn de los derechos de la sociedad; la valoraci^on de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero tambièn la protecci^on de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquèllos; el rigor en la aplicaci^on de la ley, pero tambièn la piedad ante sus consecuencias màs rígidas; la responsabilidad individual en la determinaci^on de la propia existencia, pero tambièn la intervenci^on colectiva para el apoyo a los màs dèbiles, etc." (16).

Nuestro autor es consciente de lo contradictorio de tales demandas simultàneas. Pero la salida ante ese inconveniente ya otros la transitaron antes, y vuelve a mostràrse nos aquí: suprimamos el principio de contradicci^on. Los tèrminos son claros:

"Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos serìa imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que querrìamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiraci^on a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la pràctica: no la prevalencia de un s^olo valor y de un s^olo principio, sino la salvaguardia de varios simultàneamente. El imperativo te^orico de no contradicci^on -válido para la

scientia iuris- no deberìa obstaculizar la labor, propia de la jurisprudencia, de intentar realizar positivamente la °concordancia pràctica° de las diversidades e incluso de las contradicciones que, aun siendo tales en la teorìa, no por ello dejan de ser deseables en la pràctica. °Positivamente°: no, por tanto, mediante la simple amputaci³n 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 pràcticos, de lo que supondrìa decir que dado que los principios entran en conflicto no hay por què considerar relevante a ninguno de ellos4? °Serìan distintas las decisiones que acaecerìan en ese caso o serìan exactamente las mismas? El problema, evidentemente, es que si ya de por sì los principios son f³rmulas cuyo contenido unívoco previo a su determinaci³n por el intèrprete de turno es màs que dudoso, y si, ademàs, el intèrprete no s³lo tiene que decidir què contenido relevante para un caso concreto va implicado en un principio, sino tambièn conciliar ese principio en la proporci³n adecuada con un principio de contenido opuesto, no acierto a imaginarme que pueda existir en esas operaciones el màs mìnimo grado de objetividad y no la pura, simple y descarnada discrecionalidad, camuflada, eso sì, bajo ese elegante expediente metodol³gico de decir que la decisi³n recae como resultado de un objetivo e imparcial "pesaje" de los principios en pugna, de modo que hay de cada uno la proporci³n que corresponde a su peso en la balanza (que ni siquiera es una balanza idèntica para todos los casos, ya que es el propio caso el que determina el sistema mètrico o la balanza con la que en esa ocasi³n los principios se van a medir; tercera vìa de entrada de la discrecionalidad, por tanto).

Es acertada, en relaci³n con sus premisas o imàgenes, la propuesta que Zagrebelsky hace de una dogmàtica jurìdica °liquida° o °fluida° (17). Dado que el elemento central de la dogmàtica constitucional pasa a estar constituido por los principios y puesto que se trata de conseguir que la oposici³n o contradicci³n entre èstos se reconduzca a una especie de equilibrio fluctuante, la imagen que se impone del trabajo jurìdico-constitucional, tanto en la doctrina como en la pràctica jurisprudencial, es la siguiente: los principios circulan y se equilibran en cada caso de modo similar a como los lquidos circulan y se equilibran a travès de vasos comunicantes. La dinàmica de fluidos sustituye, como imagen, a la l³gica binaria del aut-aut. De este modo se enriquece la imagen, pero no la pràctica, se gana en valor literario o en colorismo, pero no en operatividad. Si los principios representasen magnitudes objetivas, contenidos preestablecidos, tal vez pudiera tener algùn sentido la imagen de dos principios combinando sus elementos y generando nuevos precipitados. Pero si, como veremos, los contenidos de los principios no estàn prefijados con la màs mìnima claridad, sino que son cambiantes y al menos en buena medida contingentes, el a±adido que los colorea y los precisa se lo da el intèrprete. Lo que fluye son sus mismos contornos y si pueden combinarse es por la misma raz³n por la que pueden constituirse aleatoriamente: porque en sì mismos no son màs que tÈrminos vacìos5. Visto asì el asunto, resulta que sortear su oposici³n y buscar su concordancia equivale a lo siguiente: a dar a esos tÈrminos en cada caso un significado o un alcance que no sean incompatibles. El intèrprete, asì, quita agudeza al conflicto y otorga coherencia al ordenamiento. El encuentro reemplaza al conflicto, la contradicci³n se resuelve ret³ricamente y la libertad decisoria, que es consecuencia inevitable de cualquier visi³n del derecho como entramado de normas contradictorias, se oculta bajo la aparienci³n de aplicaci³n y ponderaci³n de unos principios que ya no se enfrentan, sino que trabajan de consuno para ayudar al intèrprete a alcanzar una soluci³n del caso que no s³lo sea justa sino que sea,

ademàs, jurìdica. Lo mismo que tan vanamente pretendi° para la ley el positivismo decimon°nico se intenta ahora en relaci°n con los principios: garantizar la juridicidad y la determinabilidad de toda decisi°n, asì como la coherencia valorativa ùltima 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 ideologìa. 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, segùn parece, capta su sintonìa sin distorsiones).

Lo curioso es que ese caràcter fluido o lìquido de los principios se combina con su caràcter objetivo. Luego veremos que èste realmente no es tal. En realidad "todo fluye", con una ùnica excepci°n:

"El ùnico contenido °s°lido° que la ciencia de una Constituci°n pluralista deberìa defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El ùnico valor °simple° es el de la atemperaci°n necesaria y el ùnico contenido constitucional que no se presta a ser °integrado° en otros màs comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional °combatiente° es el de la necesaria coexistencia de los contenidos. Pero -màs allà de los escasos supuestos en que la propia Constituci°n establece gradaciones y jerarquias- el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la polìtica constitucional" (17).

°Què podemos entender aquì? 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 decisi°n legislativa o judicial podrà acogerse a la justicia, salvo la que pretenda eliminar para siempre, para el futuro, polìticas 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 polìticas alternativas en el futuro. Asì pues, si todo cabe bajo los principios constitucionales⁶, hemos resuelto magnìficamente el problema de la concordancia entre opuestos: habrà opuestas polìticas constitucionales de realizaci°n de los principios, pero como èstos no son nada fuera o al margen de esas polìticas, tenemos que los principios en sì no se oponen, sino que se concilian bajo el "equilibrio" o proporci°n que encuentren en la polìtica legislativa de turno o en la sentencia judicial del momento. Por obra de los principios la Constituci°n se hace fluida, casi dirìamos gaseosa. La Constituci°n se abandona a la polìtica constitucional, y en vez de resaltar que el lìmite frente a las polìticas posibles viene dado por los derechos cuya intangibilidad o mìnima garantìa se asegura, se hace hincapiè en que cualquiera de esas polìticas constitucionales es plasmaci°n de la Constituci°n por ser realizaci°n o concreci°n posible de los principios y valores que presiden la Constituci°n. Difìcilmente el intento por dotar de objetividad a la Constituci°n podrà desembocar en una mayor disoluci°n de la misma; nunca una exaltaci°n de los valores constitucionales podrà llevar aparejada mayor libertad del legislador y los jueces: el resultado de su libertad es por definici°n la plasmaci°n real de la Constituci°n. °Y al constitucionalista què le queda? Hacer de su ciencia una rama de la filosofìa moral. El constitucionalista se convierte en moralista: es aquèl 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 irrebalsable 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 acritico"), 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 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?

Zagrebelsky 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 Zagrebelsky 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 Zagrebelsky 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 Zagrebelsky 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

"la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador (...) El derecho podría permitirse ser esencialmente un derecho ^opor reglas^o, por cuanto ya estaba resuelto el problema de los valores fundadores" (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 °nociones 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 interpretación y decisión jurídica es por definición búsqueda de la justicia del caso concreto. Ciertamente 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 amplios 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"?

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 disfraza como se disfraza. 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 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 podr a 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 tambi n 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", seg n Zagrebelsky¹³. En el primero la legislación est  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 podr a el juez enmendar la lectura legislativa de los mismos, con lo que no se justificari a la decisión contra legem amparada en los principios y valores constitucionales. En suma, lo contrario de lo que se venía diciendo hasta aquí. M s 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 jur dicas

"puede resultar necesaria para satisfacer en el caso concreto pretensiones fundadas en derechos reconocidos por normas constitucionales de principio, cuando falten 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, adem s, 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).

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 disponibles. 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).

Hay pues,

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

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 autodisoluci^on en aras de la absolutizaci^on de los derechos frente a la propia Constituci^on que los confiere. En ese sentido, toda Constituci^on, y no s^olo la que invoca principios de justicia, como parece entender Zagrebelsky, estarìa "por encima de las voluntades individuales y de la voluntad de la mayorìa". Si la mayorìa se impone frente a los derechos reconocidos por la propia Constituci^on, èsta habrà muerto, ya sea por la vìa de la reforma -si cabe en ese tema la reforma de la Constituci^on de que se trate- o por la vìa de hecho. Ningún reconocimiento de derechos equivale a la consagraci^on del imperio de un derecho de la libre voluntad incluso frente a los derechos constitucionalmente reconocidos.

Asì pues, toda Constituci^on 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 interrelaci^on, la formaci^on de la voluntad política, etc.; o bien en clave material, como prefiguraci^on de un orden objetivo de justicia que se impone como límite irrebalsable para cualquier voluntad jurídica y especialmente la del legislador. En el primer sentido la Constituci^on 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 àrbitro. En el segundo sentido la Constituci^on es programa a realizar, prefiguraci^on de un modelo que a unos les obliga -el legislador- y a otros les convierte en àrbitros o controladores de la fidelidad al gui^on, censores de las desviaciones del camino marcado y perfectamente seàlizado en el contenido material de los principios -los jueces.

El segundo modelo, que parece el preferido por Zagrebelsky y el que supuestamente se corresponderìa mejor con la mayorìa 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 estàn 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 seràn màs que aquello que de ellos haga el controlador -el juez o tribunal- de turno. Si los principios no son nada antes de su concreci^on, la pregunta que surge es por què ha de predominar su concreci^on en la mente del juez frente a su concreci^on en la obra y los prop^ositos del legislador. °Queremos decir con esto que la alternativa es hacer al legislador incontrolable frente a cualquier instancia judicial? No; simplemente que ese control -que según la concreta articulaci^on de cada ordenamiento realizaràn los jueces ordinarios, la corte constitucional o ambos- habrà de hacerse en nombre de la protecci^on de los derechos y los procedimientos constitucionalmente establecidos -las reglas del juego-, no en nombre de la justicia o sus equivalentes de principio. °Por què? Porque si la justicia no se concreta màs que en su mera menci^on como valor, si el pretendido orden material no posee màs objetividad discernible que èsa, entonces cualquier cosa que el legislador haga es susceptible de revisi^on judicial en nombre de principios de tan variable contenido posible. °No serìa mejor decir que la única justicia visible que el legislador constituyente instaura 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 màs allà de los derechos, pues impone deberes al margen de èstos, deberes que no son el mero resultado de la obligaci^on 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 màs que un tèrmino vacío de contenido, es la objetividad de una idea. Ahora bien, no podrà 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 "amplia 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.

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 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 nociones 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".