

Derecho dúctil, Derecho incierto ¹

Por RICCARDO GUASTINI

Facoltà di Giurisprudenza. Universidad de Génova

El *Derecho dúctil* ², pese a sus reducidas dimensiones, es un libro teóricamente complejo. No intentaré aquí discutirlo en su conjunto. El discurso que sigue se circunscribe a tres órdenes de cuestiones: (i) el anti-positivismo; (ii) la doctrina de los principios; (iii) la doctrina de la interpretación.

1. DERECHO DÚCTIL Y POSITIVISMO JURÍDICO

El Derecho dúctil está envuelto en una atmósfera antipositivista, cuando no abiertamente iusnaturalista. Zagrebelsky, en efecto, rechaza claramente el positivismo jurídico como teoría del derecho; insinúa (aun sin afirmarlo expresamente) que las constituciones contemporáneas son una especie de derecho natural vigente y abraza sin más una doctrina antipositivista de la ciencia jurídica.

(1) Según Zagrebelsky, el positivismo jurídico ya no es más que un residuo histórico: una doctrina que, surgida en el Estado de derecho decimonónico, aún se proyecta con esfuerzo en el Estado constitucional, incapaz sin embargo de comprender su naturaleza ³.

¹ Traducción castellana de Marina Gascón.

² G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil* (1992), Madrid, 1995.

³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., esp. p. 33.

La inadecuación del positivismo jurídico para dar cuenta del Estado constitucional contemporáneo derivaría, por así decirlo, de su obsesivo «legicentrismo». Según Zagrebelsky, en efecto, el positivismo jurídico se caracteriza: de un lado, por la identificación del derecho con la ley⁴; de otro, por la reducción de la justicia a la ley⁵. La identificación del derecho con la ley implica, entre otras cosas, que los derechos subjetivos sólo pueden encontrar reconocimiento en la ley, y que por lo tanto tales derechos pueden ser protegidos *por la ley* (contra la administración), pero no *contra la ley* (por la Constitución). Por su parte, la reducción de la justicia a la ley implica, como es obvio, que la ley no podrá ser injusta en ningún caso.

Zagrebelsky opone a estas tesis que en el Estado constitucional contemporáneo: *a)* los derechos subjetivos (inviolables) son completamente independientes de la ley; es más, son previos y supraordenados a la ley, y protegidos contra ella, porque encuentran su fuente en la Constitución⁶; *b)* los principios de justicia positivizados en la Constitución son igualmente independientes de la ley, previos y supraordenados a ésta, y por tanto inviolables para el legislador⁷.

Esta (sumaria) descripción de las peculiaridades del Estado constitucional es impecable, pero no se ve cómo y por qué haya de poner en cuestión el positivismo jurídico. En realidad, en el libro de Zagrebelsky, el rechazo del positivismo jurídico parece ligado a un doble equívoco: de las dos tesis que Zagrebelsky atribuye al positivismo jurídico, la primera es malentendida por el propio autor; la segunda es, sin más, ajena al positivismo jurídico.

(1.1) El positivismo jurídico es, dicho muy simplemente, una concepción según la cual las normas jurídicas nacen de actos humanos de voluntad (en última instancia, de actos de lenguaje), y no de «cosas» ni del conocimiento de las cosas⁸.

Acaso pueda decirse que esta concepción se resuelve en una identificación del derecho con la «ley», pero sólo a condición de que el término «ley» se entienda en su llamado sentido «material», es decir, en su significado genérico de acto normativo, y no en el sentido de acto del parlamento y/o decisión normativa de la mayoría. Es evidente que, en este sentido material de «ley», son leyes no sólo las leyes formales ordinarias (o sea, los actos normativos que llevan el *nomen juris* de «ley» y que son el fruto de ocasionales mayorías políticas), sino también las leyes «fundamentales» —como a veces se les llama— es decir, las constituciones.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 96.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 96.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 47 ss.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 93 ss.

⁸ Cfr. H. KELSEN, «Derecho y lógica» (1965), trad. cast. en H. KELSEN y U. KLUG, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, 1988, pp. 92 ss. A mi juicio, éste es el núcleo común a todas las variantes teóricas y doctrinales que se comprenden bajo el nombre de «positivismo jurídico» (sobre el particular, cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965).

Desde luego, es verdad que la dogmática positivista decimonónica identificaba el derecho con la ley formal⁹ (si se hace abstracción de la doctrina de la ley material¹⁰). Pero esta identificación es históricamente contingente: no depende de los postulados del positivismo jurídico, sino simplemente del hecho de que la ley formal era en aquella época –en Europa, y en régimen de Constitución flexible– la fuente suprema del derecho.

(1.2) Uno de los rasgos constitutivos del positivismo jurídico es la tesis de la separación entre derecho y moral¹¹. En realidad, se trata de una tesis bastante compleja y llena de implicaciones (más adelante aludiremos a una de ellas), que exigiría un desarrollo más detenido. En esta sede, sin embargo, es suficiente con lo que sigue: desde el punto de vista del positivismo jurídico, ni las normas jurídicas son, sólo por ello, justas ni las normas justas son, sólo por ello, jurídicas. Esto significa, entre otras cosas, que no existe obligación moral de obedecer las normas jurídicas, ni obligación jurídica de obedecer las normas morales.

Identificar ley y justicia es, por tanto, confundir derecho y moral. Así pues, contrariamente a la opinión de Zagrebelsky, la identificación de la justicia con la ley –lo que se conoce como legalismo (o formalismo) ético– es algo ajeno al positivismo jurídico. Es más bien una forma de iusnaturalismo o, en la terminología de Alf Ross, un «cuasi positivismo»: en suma, un falso positivismo¹².

Como también es una variante del iusnaturalismo la identificación –con la que también Zagrebelsky se muestra indulgente– de la justicia con la Constitución. Se trata de una forma de neolegalismo ético, en virtud del cual la Constitución (¿cualquier Constitución?) aparece como una especie de derecho natural vigente: intrínsecamente justo, merecedor de obediencia e inmodificable (al menos, en los principios y valores que lo caracterizan). Desde el punto de vista del positivismo jurídico, el hecho de que la Constitución incorpore determinados principios de justicia no excluye que pueda ser considerada injusta por cualquiera que acepte otras concepciones de justicia distintas. En efecto, los principios de justicia positivizados en la Constitución no son «la justicia», sino tan sólo la cristalización de algunas opiniones, controvertibles, sobre lo que es justo.

(2) Zagrebelsky no afirma expresamente en ninguna parte que los derechos subjetivos y los principios de justicia incorporados en las constituciones sean principios y derechos «naturales». Sin embargo, esta tesis

⁹ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico* (1979), Madrid, 1993, pp. 169 ss.

¹⁰ Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931; I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, II ed., Barcelona, 1988, cap. VIII.

¹¹ H. L. A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958), ahora en Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 49 ss.; L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón* (1989), Madrid, 1995, pp. 213 ss., 218 ss. y 225 ss.

¹² A. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural» (1961), trad. cast. en A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1991, pp. 21 ss.

es sugerida por él repetidamente y de diversas formas. Por ejemplo, él niega –por lo demás, sin argumentarlo– que la relación entre Constitución (rígida) y ley pueda ser configurada como una simple extensión del principio de legalidad también a la legislación, y sostiene en cambio que tal relación es asimilable a la que media entre el derecho natural y la ley positiva¹³.

Ahora bien, es verdad que muchas constituciones contemporáneas incorporan –mediante disposiciones que proclaman principios y atribuyen derechos– doctrinas políticas iusnaturalistas preexistentes. Pero también parece obvio que los derechos y principios incorporados en las constituciones, cualquiera que sea su origen histórico, son ya –precisamente en virtud de su constitucionalización– derecho *positivo*¹⁴. Las constituciones, como cualquier otra «ley», son precisamente derecho positivo: actos de voluntad (no actos de conocimiento de las «cosas»). Por tanto, puede convenirse con Zagrebelsky que el Estado constitucional se caracteriza por la «separación» de los derechos de la ley, pero a condición de entender esta expresión no ya en el sentido de que los derechos constitucionales sean derechos no-positivos, naturales, sino sólo en el sentido de que –en régimen de Constitución rígida– los derechos constitucionales ya no están a disponibilidad de la mayoría.

Por otro lado, una vez que ciertos derechos y principios han sido constitucionalizados, y por tanto han pasado a ser derecho positivo, ¿para qué insistir en que se trata en todo caso de derechos y principios «naturales», por su origen, si no incluso por su *status* actual? A mi entender, esta tesis responde a objetivos sutilmente políticos (de política jurídica, se entiende), entre los que se encuentran los siguientes:

a) En primer lugar, con esta afirmación se acredita la idea de que existe un (no mejor identificado) conjunto de normas llamado «derecho natural», y que el ordenamiento vigente lo incorpora en su conjunto. Esta idea, a su vez, justifica la tesis de que los principios y derechos vigentes en el ordenamiento no son sólo los expresamente formulados en la constitución, sino también todos los principios y derechos «naturales» que los constituyentes no han formulado¹⁵. De este modo, se legitima la integración del derecho constitucional escrito mediante la elaboración, por parte de los intérpretes (y singularmente del juez constitucional), de principios y derechos «naturales» inexpresos.

b) En segundo lugar, con esta afirmación se acredita la idea de que los principios y derechos constitucionales son –por cuanto «naturales»– absolutamente inmodificables, esto es, no susceptibles de revisión constitucional, incluso si no existe una norma constitucional que expresamente prohíba su revisión. De este modo, se justifica la actuación y la praxis de todos los tribunales constitucionales inclinados a reconocer límites inex-

¹³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 34, 115, 116, 119, 120.

¹⁴ Así también G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, pp. 97, 114, 116, 146.

¹⁵ Así, G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 56, con referencia a los derechos.

presos y/o lógicos a la revisión constitucional, con la consiguiente anulación de las leyes de revisión que pretendan rebasar tales límites.

c) En tercer lugar, se sugiere a los tribunales constitucionales la adopción de estilos discursivos y técnicas argumentativas de «derecho natural». Concretamente, se estimula a los tribunales constitucionales a ir más allá de la interpretación del texto constitucional y a evaluar la «justicia» de las leyes, con independencia de la constitución vigente¹⁶.

(3) Las ideas de Zagrebelsky sobre la ciencia jurídica pueden sintetizarse en tres tesis:

a) Ante todo, Zagrebelsky sostiene que la «ciencia del derecho positivo» —así la llama— debe ser una «ciencia práctica»¹⁷. Con ello entiende que la ciencia jurídica no debe ser un discurso meramente descriptivo; el discurso de la ciencia jurídica debe incluir también valoraciones y prescripciones.

b) Además, Zagrebelsky rechaza la idea —ya avanzada por Hans Kelsen¹⁸— de que la ciencia jurídica deba limitarse a inventariar los posibles significados de los textos normativos, dejando a los órganos de aplicación la elección de uno de los significados frente a otros. A su entender, es tarea de la ciencia jurídica sugerir a los jueces la interpretación correcta¹⁹.

c) Por último, Zagrebelsky entiende que la ciencia jurídica no debe limitarse a hacer interpretación «en abstracto» de los textos normativos (cosa, según él, carente de interés), sino que debe proponer la solución a los casos concretos²⁰.

Ahora bien, a decir verdad, la expresión «ciencia jurídica» es ambigua. A veces se usa para referirse al conocimiento del derecho vigente, o ciencia jurídica en sentido estricto (aunque, naturalmente, hay muchos modos de concebir esta ciencia). Otras veces se usa la misma expresión para designar (con un noble nombre) a la doctrina, esto es, al discurso de los juristas. Estas dos cosas son bastante diferentes. El conocimiento del derecho es —en virtud del significado mismo del término «conocimiento»— algo puramente descriptivo. La doctrina, por el contrario, es claramente una mezcla de discursos descriptivos, valorativos y prescriptivos: los juristas —más que ciencia del derecho— hacen *política* del derecho.

A causa de la ambigüedad de la expresión «ciencia jurídica», también las tesis de Zagrebelsky pueden entenderse de dos modos. Si se entienden como tesis relativas a la doctrina, entonces no tienen otro sentido que el de legitimar el trabajo habitual de los juristas, tal y como es. Si se entienden, por el contrario, como tesis relativas al conocimiento del derecho,

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 116, 134, 142, 144, 146, es bastante explícito a este respecto.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 121.

¹⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (1960), México, 1983, pp. 355 ss.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 133 ss., p. 145.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 131 ss., p. 145.

contrastan radicalmente con el ideal positivista de ciencia jurídica como discurso *avalorativo*²¹.

Conviene distinguir al menos cuatro tipos de discursos sobre el derecho: (i) la descripción del derecho vigente; (ii) el inventario de las posibilidades interpretativas de los textos normativos; (iii) las propuestas de *sententia ferenda*; (iv) la valoración ético-política del derecho vigente.

Pues bien, desde el punto de vista del positivismo jurídico, sólo los discursos del primer y segundo tipo tienen carácter cognoscitivo y forman parte de la ciencia jurídica estrictamente entendida; los del segundo tipo son (no ciencia, sino) política jurídica; los del cuarto tipo son discursos *lato sensu* morales.

2. DERECHO DÚCTIL Y PRINCIPIOS

Hablando en términos generales, puede decirse que el positivismo jurídico concibe el derecho como un conjunto de normas, y las normas como enunciados que atribuyen consecuencias jurídicas precisas (por ejemplo, el nacimiento de obligaciones y derechos) a no menos precisas circunstancias fácticas o supuestos de hecho. Es ésta una de las razones que inducen a Zagrebelsky –siguiendo los mismos pasos de Ronald Dworkin²²– a sostener que el positivismo jurídico es una teoría inadecuada para dar cuenta del derecho contemporáneo. Según Zagrebelsky, en efecto, los ordenamientos de los Estados constitucionales están llenos de principios, y los principios son distintos a las normas.

Por otra parte, en el corto espacio de dos o tres páginas, Zagrebelsky ofrece al menos cuatro caracterizaciones diferentes (aunque no incompatibles) de los principios²³.

a) En primer lugar, los principios no guían los comportamientos, sino que orientan las actitudes; no son reglas de conducta, sino criterios de valoración de la conducta. Lo cual parece querer decir que los principios no son prescripciones, sino juicios de valor.

b) En segundo lugar, los principios carecen de «supuesto de hecho», de manera que no pueden ser aplicados mediante simple subsunción (no existe un supuesto de hecho abstracto al que puedan reconducirse los distintos supuestos de hecho concretos).

c) En tercer lugar, los principios son normas materialmente constitucionales, o «constitutivas» del ordenamiento; lo que significa –si entiendo bien– que son normas que caracterizan la identidad axiológica del ordenamiento.

²¹ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 105 ss., 121 ss., 141 ss. Es ésta una de las implicaciones de la tesis de la separación entre Derecho y moral.

²² R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), Barcelona, 1984, esp. pp. 31 ss.

²³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 110 ss.

d) En cuarto lugar, los principios no se prestan a una interpretación «en abstracto», pues: por un lado, su formulación no plantea dudas interpretativas (su significado es autoevidente); por otro lado, adquieren sentido sólo reaccionando ante los casos concretos.

Este esfuerzo definatorio se me antoja admirable, pero no estoy seguro de que haya logrado su objetivo. No hay que censurar a Zagrebelsky por esto. Su dificultad para definir con rigor la noción de principio es sólo testimonio de un problema que preocupa, puede decirse, a toda la teoría del derecho contemporánea²⁴.

(1) No pretendo contestar la tesis, a primera vista plausible, de que el derecho esté compuesto de normas y principios. Quisiera sólo resaltar algunas dificultades conceptuales.

¿Cómo distinguir entre normas y principios? Si no me equivoco, esta distinción ha sido trazada al menos de cinco modos distintos (aun cuando algunos de ellos puedan entenderse como distintas formulaciones de una misma tesis)²⁵.

(i) Una primera teoría pretende distinguir los principios en virtud de su formulación: las disposiciones que contienen principios están formuladas en un lenguaje extremadamente vago, indeterminado. Zagrebelsky, por el contrario, parece pensar que la formulación de los principios es tan clara que ni siquiera requiere interpretación.

(ii) Una segunda teoría pretende distinguir los principios en virtud de su contenido normativo. Esta teoría conoce al menos dos variantes: a) Algunos entienden que los principios se distinguen por su generalidad, esto es, por la amplitud de su campo de aplicación. b) Otros —y entre ellos Zagrebelsky— piensan que los principios, a diferencia de las normas, dirigen no los comportamientos, sino las actitudes.

(iii) Una tercera teoría pretende distinguir los principios en virtud de su estructura: los principios no son reconducibles a la forma estándar de las normas, que conectan una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho condicionante («Si se da el supuesto de hecho H, entonces se sigue la consecuencia jurídica J»), porque o carecen totalmente de supuesto de hecho o, cuando menos, presentan un supuesto de hecho abierto. Este punto de vista, por lo demás, es susceptible de dos interpretaciones: a) Primera: los principios son normas (no hipotéticas, sino) categóricas. b) Segunda: los principios son normas que carecen de un campo de aplicación preciso (o, quizá, carecen de cualquier campo de aplicación). No está clara cuál sea la opinión de Zagrebelsky en este punto.

²⁴ Cfr., por ejemplo, R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit.; G. R. CARRIÓ, «Principi di diritto e positivismo giuridico» (1970), en R. GUASTINI (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, pp. 75 ss.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, cap. III; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milán, 1990, pp. 258 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Turín, 1992, pp. 143 ss.; L. PRIETO, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1992; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tre approcci ai principi di diritto», en *Analisi e diritto*, 1993, pp. 9 ss.

²⁵ Cfr. R. GUASTINI, «I principi nel diritto vigente», en M. BESSONE y R. GUASTINI (eds.), *La regola del caso*, Padua, 1995, pp. 113 ss.

(iv) Una cuarta teoría pretende distinguir los principios en virtud de la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico. También esta teoría conoce dos variantes: *a)* Según algunos, los principios son normas «fundamentales», esto es, constituyen el fundamento, la justificación axiológica, de otras normas. *b)* Según otros, los principios son normas que caracterizan la identidad «material» —es decir, axiológica— del ordenamiento, de manera que al alterar los principios se abandona el ordenamiento existente y se instaura un nuevo ordenamiento. Zagrebelsky parece compartir esta última idea.

(v) Por último, una quinta teoría pretende distinguir los principios en virtud del modo en que funcionan en la interpretación y en el razonamiento. En particular: *a)* los principios no admiten una interpretación literal; *b)* los principios orientan la interpretación del resto de las normas del ordenamiento (las normas de detalle deben ser interpretadas de modo que sean coherentes con los principios); *c)* la aplicación de los principios no puede asumir la forma de la subsunción; *d)* los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la «ponderación». Zagrebelsky comparte claramente las dos últimas tesis; probablemente comparta también las dos primeras.

Desgraciadamente, sin embargo, ninguna de estas teorías es del todo persuasiva²⁶.

Para empezar, todas ellas comparten un defecto, a mi juicio, fatal: asumen que hay un único tipo de principios, o que en cualquier caso todos los principios poseen una o más propiedades comunes, y que por tanto todos pueden ser reconducidos a un concepto unitario. Este planteamiento, claramente, olvida la gran variedad tipológica de los principios²⁷.

Además, ninguna de estas teorías permite identificar los principios de forma rigurosa. No pretendo desarrollar este punto exhaustivamente: me contentaré con ofrecer algún detalle.

Es dudoso que la vaguedad de la formulación sea un rasgo característico de los principios: por el contrario, puede sostenerse que la vaguedad es un elemento común a cualquier enunciado prescriptivo, se trate de una norma o de un principio. Como mucho, podría decirse que los principios son formulados de modo relativamente más vago que las otras normas. Pero, desde este punto de vista, la indeterminación es sólo cuestión de

²⁶ Mientras escribo esto, me encuentro con una decisión de la Corte constitucional italiana (Corte cost. 79/1996), en la que se atribuye el *status* de «principio fundamental», vinculante para la legislación regional, al artículo 3 bis del Decreto-ley 361/1987 (introducido mediante ley de conversión 441/1987), que dispone lo siguiente: la junta regional aprueba los proyectos de nuevas plantas de tratamiento y almacenaje de residuos, sobre la base de los resultados de una conferencia, en la que participarán los responsables de los departamentos regionales competentes y los representantes de los entes locales interesados; la conferencia determinará y valorará todos los elementos relativos a la compatibilidad del proyecto con las exigencias ambientales y territoriales; la aprobación del proyecto constituirá, si fuera preciso, una variante del instrumento urbanístico general. Sería interesante interrogar al respecto a cuantos teorizan sobre la distinción entre normas y principios, porque la disposición mencionada no parece satisfacer ninguna de las definiciones de principio habituales en la literatura jurídica.

²⁷ Cfr. R. GUASTINI, «Su i principi di diritto», en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 ss.; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «Tre approcci ai principi di diritto», cit.

grado. Y, lamentablemente, no disponemos de una unidad de medida de la indeterminación.

Resulta igualmente dudoso que todos los principios padezcan de indeterminación. Por ejemplo, el principio *lex posterior derogat priori*, el principio de irretroactividad de la ley penal o el principio de sujeción del juez a la ley no parecen en modo alguno indeterminados: en todo caso, no más que cualquier otra norma.

La tesis de que todos los principios carecen de supuesto de hecho, o tienen un supuesto de hecho abierto, produce perplejidad. Por ejemplo, el principio constitucional de igualdad, si se entiende en el sentido de que es constitucionalmente ilegítima cualquier ley que discrimine entre los ciudadanos (en función del sexo, la raza, las creencias religiosas, etc.), no parece en absoluto carente de supuesto de hecho. Desde luego, es cuestión de interpretación: una misma disposición puede entenderse como norma específica (provista de supuesto de hecho) o como principio (carente de supuesto de hecho). Pero, si esto es así, entonces debemos concluir que la interpretación es capaz de transformar los principios en normas y las normas en principios. De este modo, la distinción entre normas y principios desaparece completamente. Ya no podrá decirse, a nivel de teoría del derecho, que el derecho está compuesto de normas y principios. Tan sólo podrá decirse, a nivel de metajurisprudencia descriptiva o de historia de las doctrinas jurídicas, que algunos juristas interpretan ciertas disposiciones como normas y otras como principios.

También la tesis de que los principios son normas «fundamentales» o «caracterizadoras» confía la identificación de los principios a un subjetivo juicio de valor de los intérpretes, desde el momento en que «fundamental» y «caracterizador» no denotan propiedades empíricas. De nuevo, no podrá decirse que en el derecho existan normas y principios, sino que deberá afirmarse, más modestamente, que algunos juristas algunas veces tratan algunas disposiciones como principios y otras como normas.

En cuanto a la idea, propia de Zagrebelsky, de que los principios no requieren interpretación «en abstracto» porque su significado resulta evidente, es una idea insostenible. La interpretación en abstracto —es decir, la interpretación textual— es una operación lógicamente necesaria para, y previa a, cualquier interpretación en el caso concreto. Esta tesis parece no tener más sentido que el de legitimar una interpretación *variable* de las disposiciones de principio, con claros resultados de inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

(2) Zagrebelsky es partidario de la doctrina —por lo demás, compartida por muchos tribunales constitucionales— según la cual los conflictos (las antinomias) entre principios constitucionales deben resolverse mediante la llamada técnica de la «ponderación»²⁸.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 124. Cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit.; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., cap. III. Un análisis de la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milán, 1992.

Puede suceder (en realidad, sucede con frecuencia) que dos principios –igual que les ocurre a las normas– entren en conflicto. Sin embargo, según la doctrina en cuestión, los conflictos entre principios, y en particular los conflictos entre principios constitucionales, no pueden o no deben resolverse con las mismas técnicas usadas habitualmente para resolver conflictos entre normas.

La solución de los conflictos entre normas está gobernada, en el ordenamiento italiano como en tantos otros, por tres reglas o criterios de solución:

(i) *Lex superior derogat inferiori*: la norma superior prevalece sobre la inferior, en el sentido de que esta última es inválida.

(ii) *Lex posterior derogat priori*: la norma más reciente prevalece sobre la más antigua, en el sentido de que esta última es (no inválida, sino) derogada.

(iii) *Lex specialis derogat generali*: la norma (relativamente) más específica excepciona a la (relativamente) más general; ambas son válidas y vigentes, pero la norma general no encuentra aplicación (resulta derogada) allí donde es aplicable la norma particular.

Pero ninguna de estas reglas –se dice– es idónea para resolver los conflictos entre principios, particularmente entre principios constitucionales. Desde luego no es aplicable la regla *lex superior*, pues se está hablando, en hipótesis, de principios entre los que no existe ninguna relación jerárquica, al situarse ambos a nivel constitucional. Tampoco es aplicable la regla *lex posterior*, pues se está hablando de principios establecidos, en hipótesis, por un mismo documento normativo, y por tanto coetáneos.

No se comprende, en cambio, por qué no puede aplicarse la regla *lex specialis*, que es precisamente el criterio de resolución de antinomias comúnmente empleado para resolver conflictos –meramente aparentes, como suele decirse– entre normas contiguas, contenidas en un mismo documento normativo, y por tanto coetáneas y pari-ordenadas.

Supongamos que un primer principio P_1 establece que «Si H_1 , entonces J», y que un segundo principio P_2 establece que «Si H_2 , entonces no-J». Supongamos además que las circunstancias H_1 y H_2 se presentan juntas (lo que equivale a decir que estamos en presencia de un supuesto de hecho que cae en el campo de aplicación de ambos principios). De aquí deriva que ambos principios son aplicables: pero, aplicando P_1 , la consecuencia jurídica debería ser J; mientras que, aplicando P_2 , la consecuencia jurídica sería no-J.

Pues bien, usando la regla *lex specialis*, el conflicto podría resolverse, sencillamente, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios, en concreto introduciendo en él una cláusula de excepción o exclusión. Por ejemplo: P_1 debe entenderse en el sentido de que «Si H_1 y no- H_2 , entonces J». De este modo, la consecuencia jurídica J no se sigue del supuesto de hecho H_1 cuando éste se presenta conjuntamente con H_2 . En

presencia de H_2 , la consecuencia jurídica es no-J, a pesar de la presencia de H_1 .

Sin embargo, según la doctrina que estamos examinando, los conflictos entre principios no se resuelven mediante el criterio de la *lex specialis*, sino mediante la «ponderación» de los propios principios *en el caso concreto*. Con ello se alude a una operación intelectual que, desde el punto de vista del análisis lógico, presenta tres características notorias:

a) La primera característica de la ponderación consiste en una peculiar *interpretación* de los principios en juego (o de las disposiciones que los contienen).

Para aclarar este punto es preciso retomar previamente la clasificación de las antinomias propuesta por Alf Ross²⁹. A veces, dos normas, N_1 y N_2 , establecen consecuencias jurídicas incompatibles para dos clases de supuestos de hecho que se superponen totalmente, de manera que todo supuesto de hecho que caiga en el campo de aplicación de N_1 caerá también en el campo de aplicación de N_2 («*antinomia total-total*»). Otras veces, la clase de supuestos de hecho disciplinada por una de las normas, N_1 , está enteramente incluida en la (constituye una subclase de la) clase de supuestos de hecho disciplinada de forma incompatible por la otra norma, N_2 , de manera que el conflicto sólo se produce en los supuestos de hecho disciplinados (también) por N_1 («*antinomia total-parcial*»). Por último, otras veces, las dos normas disciplinan clases de supuestos de hecho que se superponen sólo parcialmente: algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho disciplinados por N_1 coinciden con algunos (sólo algunos) de los supuestos de hecho disciplinados de forma incompatible por N_2 , de manera que sólo en estos casos se presenta el conflicto («*antinomia parcial-parcial*»).

Ahora bien, la ponderación de principios presupone ante todo que los dos principios implicados, P_1 y P_2 , se interpreten en el sentido de que las clases de supuestos de hecho disciplinados por ellos se superpongan sólo parcialmente, de manera que la antinomia resultante sea del tipo «parcial-parcial». En efecto, si la antinomia fuese del tipo «total-total», sería sencillamente irresoluble. Si fuese del tipo «total-parcial», podría —más aún, debería— resolverse mediante el criterio de especialidad.

b) La segunda característica notable de la ponderación es la institución de una jerarquía *axiológica* entre los principios en juego. Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor establecida (no por las propias fuentes, sino) por el intérprete: precisamente, mediante un juicio de valor³⁰.

Para resolver una antinomia del tipo «parcial-parcial» no hay otro modo que atribuir a una de las normas en conflicto mayor «peso», o sea mayor «valor», que a la otra. La norma dotada de mayor valor prevalece, en el sentido de que es aplicada; la norma *axiológicamente* inferior sucumbe, en el sentido en que es dejada de lado.

²⁹ A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, § 26.

³⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, pp. 42 ss.

c) La tercera característica relevante de la ponderación consiste en lo siguiente: para establecer la jerarquía *axiológica*, el juez no evalúa los dos principios en abstracto, sino que evalúa el posible impacto de su aplicación *al caso concreto*. Si el resultado que, en el caso concreto, produciría la aplicación del principio P₁ le parece *más justo* (o menos injusto) que el resultado que derivaría de aplicar el principio P₂, entonces el principio P₂ será, en el caso concreto, dejado de lado, mientras que el principio P₁ será, en el caso concreto, aplicado.

Nótese, «en el caso concreto». Con esta precisión quiere señalarse que no está en absoluto excluido que, en un caso distinto, sea la aplicación de P₂ la que produzca resultados estimados más justos (o menos injustos) que los producidos por la aplicación de P₁, y que, por tanto, en este caso, P₁ sea dejado de lado y P₂ aplicado. En otras palabras, la jerarquía establecida entre los dos principios en conflicto es una jerarquía *móvil*, cambiante: en un caso se atribuye mayor peso o valor a P₁, en otro caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a P₂.

La ponderación de principios se funda, por tanto, en una peculiar interpretación de los principios en juego, así como en un subjetivo juicio de valor (un juicio en términos de «justicia») del juez. De este modo, el juez impone su propia valoración frente a la valoración de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente). Además, el conflicto no es resuelto *de manera estable*, de una vez para siempre, dando prevalencia, sin más, a uno de los dos principios en conflicto sobre el otro (como, en cambio, ocurriría si se adoptase el criterio de la *lex specialis*); cada solución al conflicto vale sólo para el caso concreto, con lo cual sigue siendo imprevisible la solución que recibirá el mismo conflicto en casos futuros.

3. DERECHO DÚCTIL E INTERPRETACIÓN

La doctrina de la interpretación de Zagrebelsky puede ser resumida en dos simples tesis³¹:

(i) Por «interpretación» debe entenderse la búsqueda de la regla adecuada al caso.

(ii) El caso determina la interpretación del derecho, o bien: el significado de los textos normativos depende de las «exigencias del caso concreto». En otras palabras, el intérprete debe proceder del caso a la norma, y no a la inversa: primero debe dar un «sentido» o «valor» al caso, luego buscar la norma adecuada.

Estas tesis suscitan no poca perplejidad.

La tesis que reduce la interpretación a la búsqueda de la regla adecuada al caso, en sí misma, constituye tanto una indebida reducción de la

³¹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., pp. 131 ss. y 136 ss.

interpretación en general a la interpretación específicamente judicial, cuanto una total devaluación de la interpretación en abstracto. Esta posición, como ya se ha dicho, forma parte de una concepción antipositivista de la ciencia jurídica. No es preciso añadir nada más al respecto.

Por el contrario, la tesis de la «prioridad del caso concreto sobre la norma» —así podríamos llamarla— merece un breve comentario adicional. Esta tesis constituye el núcleo de una doctrina prescriptivista³² de la interpretación y de la decisión judicial, cuyo contenido parece ser el siguiente.

El juez, según Zagrebelsky, debe adaptar el significado de los textos normativos a las exigencias de justicia «sustantiva»³³ del caso concreto, con independencia de «la letra» de los textos normativos³⁴ (es decir, con independencia del significado común de las palabras) e incluso contra la voluntad del legislador³⁵. En otras palabras, el juez debe —primero— decidir el caso en justicia (esto es, de acuerdo con sus propias ideas de justicia) y —después— buscar en el ordenamiento la norma idónea para justificar su decisión: reinterpretando, si fuera preciso, los textos normativos existentes a fin de recabar a partir de ellos la norma adecuada. Cualquier método de interpretación es válido para este objetivo³⁶.

En cuanto doctrina de la interpretación, esta concepción desacredita radicalmente el valor liberal de la estabilidad de la interpretación y de la uniformidad jurisprudencial. Según esta doctrina, el significado de los textos normativos no debe ser constante, determinado de una vez para siempre por una jurisprudencia constante y uniforme, sino que, por el contrario, debe ser flexible, cambiante, en concordancia con las cambiantes exigencias de justicia: con evidente menoscabo del principio constitucional de igualdad³⁷.

En cuanto doctrina de la decisión judicial, esta concepción subordina el valor liberal de la certeza y previsibilidad de las decisiones al valor de la justicia en el caso concreto.

³² No es ésta, sin embargo, la opinión de G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 145, quien escribe que «aquí no se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación. [...] Aquí se está simplemente describiendo lo que en realidad sucede en la vida concreta del ordenamiento».

³³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 148.

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 146.

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 134: «las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla».

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 134.

³⁷ Cfr., por ejemplo, en la jurisprudencia italiana reciente, *Cass.pen.*, sez. III, 23 febr. 1994, DI CHIARA: «La interpretación uniforme de la ley significa igualdad de trato para los ciudadanos ante la ley, de modo que la nomofiláctica es expresión directa de un principio de la Constitución» (*Cass.pen.* 1995, 1264).

