

El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)

Por LUIS PRIETO SANCHÍS

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. *El manifiesto antipositivista del constitucionalismo.* 2. *Las tesis fundamentales del positivismo.* 3. *Principios constitucionales y principios generales del Derecho.* 4. *Los principios y la estructura de la norma.* 5. *Los principios y las fuentes del Derecho.* 6. *Los principios y la teoría de la interpretación.* 7. *Constitucionalismo y teoría del Derecho. El positivismo metodológico: a) algunas claves de una nueva cultura jurídica; b) Zagrebelsky y el positivismo metodológico.* 8. *En favor de un constitucionalismo moderadamente positivista.* 9. *Observación final.*

1. EL MANIFIESTO ANTIPOSITIVISTA DEL CONSTITUCIONALISMO

La obra de Gustavo Zagrebelsky se muestra como uno de los más vigorosos y provocativos testimonios de un Derecho y de toda una cultura jurídica que se proclaman nuevos y que tal vez pudieran sintetizarse en dos palabras: constitucionalismo de principios. Cuáles sean los rasgos característicos y las implicaciones de este constitucionalismo no es cuestión que pueda resumirse en un puñado de afirmaciones categóricas, pero acaso Robert Alexy, un autor cuyo pensamiento presenta más de una analogía con el de Zagrebelsky, nos ofrezca una primera aproximación bastante orientativa: valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en

lugar de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución (R. Alexy, 1994, p.160). *El Derecho dúctil*, que es un manifiesto sobre el fin del Estado de Derecho decimonónico, sin duda integra y desarrolla cada uno de estos elementos, que son otros tantos síntomas de la profunda enfermedad del modelo político alumbrado por el liberalismo. Ciertamente, el constitucionalismo de principios, a diferencia de los totalitarismos que ha conocido el siglo XX europeo, no sería la negación del viejo Estado de Derecho, sino su superación positiva y enriquecedora.

Ahora bien, con independencia de lo acertado del diagnóstico aquí tan sólo esbozado, ¿en qué medida la transformación del orden jurídico, por lo demás no radical o negadora, puede o debe proyectarse sobre la concepción del Derecho?

No creo que ningún positivista o iusnaturalista consecuente aceptase de manera pacífica dicha proyección, pues tradicionalmente las tesis de uno y otro pretenden tener que ver con el concepto de Derecho, de todo Derecho, con independencia de las formas o manifestaciones contingentes que pueda adoptar: que lo jurídico sea un fenómeno social empírico o una realidad metafísica, que requiera o no satisfacer alguna pretensión de justicia, que genere o no una obligación moral de obediencia, etc., son afirmaciones que pueden mantenerse (o que desean poder hacerlo) tanto para el simple Derecho primitivo como para el complejo orden jurídico contemporáneo, lo mismo en el Estado alemán del nacionalsocialismo que en el Estado liberal democrático. Y, sin embargo, el constitucionalismo de principios sostiene como evidente que el particular sistema jurídico que él mismo encarna ha de influir en la concepción del Derecho; más concretamente, que exige ensayar una tercera vía entre el viejo Derecho natural racionalista, abstracto y sistematizador y un positivismo que se presenta como la filosofía jurídica necesariamente unida a un modelo de Derecho ya hoy en clara bancarrota.

Si he entendido bien, Zagrebelsky concibe en íntima relación sociedad política, Derecho e ideología jurídica. En pocas palabras éste sería su hilo conductor: la Europa del siglo XIX fue una sociedad «monista», presidida de manera exclusiva por los valores de la burguesía liberal; dicha sociedad dio lugar al Estado de Derecho basado en una idea fuerte de soberanía y en la omnipotencia de la ley; y, a su vez, esta organización política alentó una particular cultura jurídica, el positivismo. Hoy, en cambio, vivimos en una sociedad pluralista que reclama una coexistencia de valores; esa exigencia ha quedado plasmada en las Constituciones de la postguerra; y son estas Constituciones las que requieren un Derecho y una ideología jurídica dúctil que sirva de alternativa al positivismo. Hay que reconocer que la tesis se apoya en una de las paradojas que encierra la ambigua expresión «positivismo», pues hacer depender una concepción del Derecho del Derecho mismo y, a la postre, del tipo de sociedad política, implica reconocer implícitamente que no hay proposición científica neutra o no comprometida, lo que se

aviene con un cierto positivismo histórico-sociológico o, quizás más exactamente, con la sociología del conocimiento. Pero, a su vez, si fuera cierto que el positivismo jurídico no es capaz de sobrevivir en el Estado constitucional, es que habría fracasado en su postulado más básico: construir una explicación del Derecho al margen de las formas y contenidos que el mismo adopta.

Pero en la denuncia de esta presunta incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo hay que reconocer que Zagrebelsky no está solo.

Pese al victimismo de algunos antipositivistas que se complacen en ser minoría, creo que no es aventurado decir que hoy es precisamente el positivismo quien se bate en retirada. A veces, el argumento se muestra de forma expresa, aunque no muy desarrollada: ya hace más de treinta años escribía Matteucci que «el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista» (N. Matteucci, 1963, p. 1046). Y más recientemente se sigue escuchando que «es claro que el positivismo, en los tres sentidos de este vocablo, resulta del todo incompatible con el constitucionalismo» (M. Troper, 1988, p. 63); o bien que «el constitucionalismo contemporáneo renueva el círculo con las doctrinas racionalistas del derecho natural que parecía disuelto de manera irreparable a causa de la mala voluntad del positivismo» (M. La Torre, 1993, p. 92).

Pero en Zagrebelsky no sólo se denuncian contradicciones entre constitucionalismo y positivismo, sino que se pretende construir todo un modelo de Derecho constitucional abiertamente superador del positivismo: el nuevo Derecho constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho del XIX, sino su transformación superadora, y tal transformación no puede dejar de afectar a la filosofía jurídica nacida a su abrigo (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, pp. 51 ss.); por eso, la «supervivencia “ideológica” del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado» (*Ibidem*, p. 65). La supervivencia inercial del positivismo sería, pues, un ejemplo de cómo la realidad camina más deprisa que las ideas, pero también de cómo éstas, al final, han de rendirse ante la realidad. Una rendición de la que, al parecer, ya no sólo levantan acta los constitucionalistas más perspicaces e inquietos, sino también toda una filosofía del Derecho que, precisamente tomando como base al Derecho constitucional, se muestra decididamente antipositivista; éste es el caso de autores tan renombrados como Habermas, Dworkin, Alexy, Nino o Soper. Pero ¿en qué medida el constitucionalismo de principios resulta incompatible con el positivismo?, ¿qué clase de filosofía del Derecho reclama? La respuesta no es en modo alguno sencilla ni, por cierto, rotunda; y ello aunque sólo sea porque los dos términos que componen la pre-

sunta contradicción se muestran sumamente ambiguos y sus distintos significados pueden combinarse de muy diversas maneras. De un lado, en efecto, el de principios es un concepto jurídico lábil y escurridizo en torno al cual se han tejido distintas polémicas sobre la naturaleza del Derecho, la estructura de la norma, la teoría de las fuentes y de la interpretación, la pervivencia del Derecho natural, etc. De otra parte, algo parecido ocurre con el positivismo; son varios los significados que adopta esta expresión en el lenguaje de los juristas que se reclaman positivistas y me temo que muchos más en el de los antipositivistas. A fin de ir desbrozando el camino, analizaremos primero en qué sentido se puede ser positivista, para estudiar más tarde qué características o requerimientos del constitucionalismo de principios se muestran en algún sentido antipositivistas.

2. LAS TESIS FUNDAMENTALES DEL POSITIVISMO

De las numerosas caracterizaciones del positivismo tal vez una de las más divulgadas y clarificadoras sea la propuesta por Bobbio: positivismo jurídico como metodología o forma de aproximarse al Derecho; positivismo jurídico como teoría o modo de entender el Derecho, que a su vez comprende una serie de tesis independientes acerca de la naturaleza de la norma, del sistema jurídico y de la interpretación; y, por último, positivismo jurídico como ideología, que supone un cierto punto de vista acerca de la justicia del Derecho y de la obligación moral de obediencia al mismo y que, al menos en sus versiones más extremas, creo que resulta incompatible con la primera acepción (N. Bobbio, 1961, pp. 151 ss.)

La tesis central del positivismo como metodología es la que Hoerster denomina de la neutralidad. Neutralidad significa aquí una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor (N. Hoerster, 1992, pp. 9 ss.; también R. Guastini, 1990, p. 227) y, por tanto, con independencia de la valoración que merezca su contenido. De aquí derivan al menos tres consecuencias importantes: *a)* que una norma y el sistema en su conjunto pueden ser injustos y no por ello dejar de ser jurídicos; *b)* que la moralidad o justicia de un estándar de comportamiento no es razón suficiente para considerarlo como parte del Derecho; *c)* que, por tanto, la definición del Derecho no dice nada, ni a favor ni en contra, acerca de los motivos que pueden fundamentar una obligación moral de obediencia (*vid.* R. Guastini, 1990, pp. 288 ss.). En definitiva, el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de estas dos ideas: que la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el Derecho es siempre obra de decisiones humanas o, como suele decirse, que tiene un origen social (*vid.* J. Raz, 1979, pp. 75 ss.; N. MacCormick, 1982, pp. 159 ss.)

Bajo la denominación de positivismo teórico suelen reunirse una serie de tesis independientes entre sí acerca de lo que suele llamarse «naturaleza» del Derecho. Aunque no resulte del todo claro cuáles sean concretamente esas tesis, cabe formular las siguientes: *a)* la vinculación del Derecho con la fuerza, bien en el sentido de que las normas necesitan del respaldo de la fuerza, bien en el sentido de que regulan y organizan dicha fuerza; *b)* una concepción rigurosamente estatalista del Derecho que atribuye a la ley el cuasi monopolio de la producción jurídica (legalismo); *c)* una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe principalmente a ésta como norma de conducta dirigida a los ciudadanos; *d)* la idea del Derecho como sistema, es decir, como conjunto ordenado de normas que forman una unidad plena y carente de contradicciones; *e)* finalmente, una teoría mecanicista de la interpretación, según la cual la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función «neutra» o de simple autómatas.

Si bien, como he dicho, estas tesis han sido interpretadas y defendidas de distintas maneras e incluso algunas pueden considerarse hoy abandonadas, me interesa subrayar que la citada en último lugar no es asumida en la actualidad por ningún positivista, sino acaso paradójicamente por algún antipositivista como Dworkin (me remito a mis trabajos de 1985, pp. 353 ss., y de 1993, pp. 69 ss.). Al contrario, hace décadas que el positivismo defiende la tesis opuesta de la discrecionalidad judicial, que considera la interpretación como una actividad más o menos sujeta a las normas, pero donde se mantiene siempre un espacio de libertad o discrecionalidad. Todo ello tiene una importante consecuencia, y es que el juez se convierte en un órgano de creación jurídica; sin duda, en un órgano peculiar cuyo *modus operandi* le distingue del legislador, pero en un órgano que, al fin y al cabo, asume al menos en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta (*vid.* L. Prieto, 1987, pp. 108 ss.)

Finalmente, el positivismo como ideología suele presentarse en dos versiones. En una primera, más radical, viene a decir que el Derecho representa el criterio inapelable de lo justo y de lo injusto, de donde se deduce una obligación moral incondicionada de obediencia al Derecho. Parece que, como dice Hoerster, ésta es una de esas tesis insostenibles que han sido «reiteradamente imputadas a los iuspositivistas por sus adversarios pero nunca han sido sostenidas por los propios iuspositivistas» (N. Hoerster, 1992, p. 10), salvo acaso —cabría decir— por Hobbes, si es que Hobbes merece el calificativo de positivista (*vid.* T. Hobbes, 1642, cap. XXII, p. 192). A su vez, en la versión más moderada, el positivismo ideológico sostiene que el Derecho, por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales, como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc. Con todo, en cualquiera de sus versiones, creo que el positivismo ético resulta ser una tesis muy poco positivista, pues traiciona uno de sus postulados básicos, que es la aproximación neutral al Derecho en la que no tienen cabida planteamientos de obligatoriedad moral.

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Si el constitucionalismo de principios se declara hoy decididamente antipositivista, en justa reciprocidad tampoco puede decirse que la tradición positivista se haya mostrado muy benévola con la idea de principios. Sin embargo, aquí conviene introducir una distinción importante: los principios constitucionales no plantean, o no plantean necesariamente, los mismos problemas que los viejos principios generales del Derecho y, aunque su falta de simpatía con el positivismo es igualmente clara, responde a motivos muy diferentes. La diferencia estriba en lo siguiente: los principios generales del Derecho son, por definición, normas implícitas o normas que se obtienen a partir de otras normas según «un procedimiento lógicamente arbitrario» (R. Guastini, 1986, pp. 173 ss.), mientras que los principios constitucionales son o suelen ser normas explícitas, esto es, el significado de enunciados lingüísticos.

En efecto, la aceptación de los principios generales del Derecho en cuanto que normas implícitas depende de la aceptación de estas dos afirmaciones: primera, que mediante el razonamiento jurídico es posible obtener una norma que es considerada premisa o consecuencia de normas vigentes; y segunda, que la regla así obtenida constituye de verdad una regla nueva y distinta a las que constituyen su origen, pues si fuese una simple «repetición» acaso los principios servirían para ofrecer una descripción más simple o resumida del Derecho o de algún sector normativo, pero evidentemente no servirían como «fuente» que se aplica en defecto de ley o de costumbre (*vid.* J. Wroblewsky, 1989, p. 154). Por tanto, los principios a los que se refiere el Código Civil suponen un presunto Derecho latente, un Derecho que no se capta del mismo modo que se captan la ley o la costumbre, pero que, no obstante, al parecer existiría. En suma, algo bastante difícil de comprender desde una perspectiva no metafísica.

Por eso, los principios generales del Derecho nunca han resultado muy populares (*vid.*, por ejemplo, la opinión de Sánchez Román, en F. C. de Diego, 1979, p. 28). Algunos los califican de oscuros (F. Ezquiaga, 1987, p. 69), denuncian la existencia de un *pôtpourri* de concepciones dispares a propósito de los mismos (L. Díez Picazo, 1973, p. 206) o muestran su perplejidad ante las «distintas entidades, reales o imaginarias, calificadas por las más disparatadas propiedades» (P. Salvador, 1985, p. 444); otros, más categóricos, ironizan diciendo que tales principios «constituyen para este relator una realidad impenetrable acerca de la cual no se siente calificado para razonar» (F. Rubio, 1986, p. 110). Tampoco Tarello se muestra complaciente: «el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones» (G. Tarello, 1980, p. 385). Y, en fin, no falta quien afirma sin más que «los principios jurídicos no existen» y que «si existiesen, no podrían en ningún caso ser generales» (R. Hernández Marín, 1986, p. 311).

Ciertamente, estos reproches podrían hacerse extensibles a determinadas concepciones de los principios constitucionales. Tal vez este sea el caso de Dworkin, sobre el que más tarde volveremos, pero me parece que no el de Zagrebelsky. Con toda rotundidad escribe el profesor italiano que los principios constitucionales representan «el mayor rasgo de orgullo del Derecho positivo... La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 178). Si lo entiendo bien, ello significa que los principios constitucionales o bien se expresan en forma de enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de Derecho (leyes en sentido amplio, sentencias), o bien representan una práctica social verificable (costumbres), únicas formas de manifestarse la experiencia jurídica; luego entonces estos principios son plenamente inteligibles desde una óptica positivista. ¿Dónde se halla, pues, el punto de discordia?

4. LOS PRINCIPIOS Y LA ESTRUCTURA DE LA NORMA

Los principios constitucionales han sido muchas veces criticados o, simplemente, se les ha negado valor normativo por su carácter ambiguo, vago, elástico, incompleto, etc., que representaría una invitación al desbordamiento del activismo judicial. Esta actitud se puede descubrir ya en la famosa polémica entre Schmitt y Kelsen a propósito de la justicia constitucional, donde por una vez ambos juristas coinciden: para Schmitt, los principios sólo «abusivamente (pueden ser) designados como normas» (C. Schmitt, 1931, p. 45); y, en opinión de Kelsen, resultan muy peligrosos pues «podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes», si bien «esta interpretación sería evidentemente equivocada» (H. Kelsen, 1928, p. 142). Lo curioso es que esta desconfianza pudiese ser compartida por un iusnaturalista retórico y positivista práctico, como Federico de Castro (1949, p. 424), o que llegase a los albores mismos del régimen constitucional español (*vid.*, por ejemplo, F. Garrido Falla, 1979, p. 176; J. M. Chico Ortiz, 1979, p. 602).

Zagrebelsky es perfectamente conocedor de esta desconfianza hacia los principios, pero piensa, creo que acertadamente, que sus peculiaridades no son razón para negarles valor normativo, sino, al contrario, para modificar la concepción tradicional acerca de la norma jurídica: «no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 173). Aunque carezca de una exposición articulada, la argumentación

de Zagrebelsky desgrana los cuatro principales criterios que suelen formularse en la distinción entre reglas y principios:

a) La cualidad «todo o nada» que se predica de las reglas, frente al «peso» o importancia relativa de los principios: si una regla es aplicable, resuelve el caso y, si no resuelve el caso, es que no resulta en modo alguno aplicable; en cambio, los principios nos ofrecen pautas u orientaciones no concluyentes, que deben conjugarse con otras normas o principios (*Ibidem*, p. 199).

b) El carácter cerrado de las reglas y abierto de los principios o, lo que es lo mismo, la ausencia en estos últimos de un verdadero «supuesto de hecho»: en las reglas podemos conocer *a priori* los casos en que procede su aplicación y, por tanto, también sus excepciones, lo que resulta imposible en presencia de un principio (*ibidem*, p. 169).

c) La idea de que las reglas sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible: «mientras que el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, toda-nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno...» (*ibidem*, p. 194).

d) Finalmente, la tesis según la cual el conflicto entre reglas se resuelve o bien mediante la declaración de invalidez de una ellas, o bien concibiendo a una como excepción de la otra, mientras que un conflicto entre principios requiere poderación, esto es, supone el triunfo de uno de ellos, pero sólo para el caso concreto (*ibidem*, p. 197).

Mucho se ha discutido sobre el acierto de esta caracterización como fundamento de una presunta distinción fuerte o cualitativa entre reglas y principios, pero creo que no procede ahora un análisis pormenorizado (ya lo intenté en mis trabajos de 1992, p. 32 ss., y 1994, p. 187 ss.). Baste decir que, a mi juicio, los principios constitucionales no presentan unos perfiles uniformes, ni en su estructura ni en su concreta aplicación. Por ejemplo, un principio puede funcionar a la manera de «todo o nada» cuando constituye el único criterio para resolver el caso; es verdad que muchos principios carecen de supuesto de hecho, pero no todos, y así sabemos que el contenido del artículo 49 CE se aplica a los minusválidos, aunque, por ser un mandato de optimización, desconozcamos a ciencia cierta cuál es la acción debida; al contrario, en el principio de igualdad del artículo 14 CE no encontramos el supuesto de hecho, pero, decididos a aplicarlo, la consecuencia jurídica está clara y no admite optimización alguna, pues la idea del mandato de optimización conviene sólo a los llamados principios programáticos; y, en fin, que el conflicto entre reglas y entre principios se resuelva de distinta forma es correcto, pero estipulativo, pues algunas normas que habitualmente llamamos principios pueden colisionar como reglas, y algunas otras que los juristas suelen llamar reglas pueden funcionar como principios.

En cualquier caso, parece evidente que la estructura tradicional de la norma jurídica, donde un supuesto de hecho mejor o peor delimitado se enlaza mediante el nexo deóntico a una consecuencia jurídica también clara, resulta inadecuada para dar cuenta de buena parte de las normas constitucionales. Éstas suelen calificarse de incompletas, vagas, abstractas, generales, de aplicación diferida, etc. (*vid.*, por ejemplo, A. Nieto, 1983; M. Aragón, 1986, pp. 106 ss.), rasgos que, sin duda, pueden hallarse también en los preceptos legales, pero que resultan casi definidores del tipo de normas que se encuentra en las Constituciones contemporáneas. Y la estructura de estas normas se aparta claramente del esquema un tanto simplista que acuñó el positivismo: muchas veces, ni sabemos con exactitud cuándo han de aplicarse, ni en qué medida, ni con qué consecuencias. Acaso ello suceda porque la incorporación de preceptos materiales o sustantivos a las Constituciones «ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre creación requiere en muchos casos (aunque no, claro, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas» (F. Rubio, 1984, p. XXI). Sea como fuere, lo cierto es que la formulación de las normas constitucionales parece premeditadamente abierta a distintos y aun contradictorios desarrollos y ejecuciones.

La cuestión se complica aún más cuando las Constituciones, además de principios, contienen valores, como es el caso de la Constitución española y de sus «valores superiores» del artículo 1.1. Ciertamente, parece que la distinción entre valores y principios se cifra en un criterio cuantitativo o de mayor o menor concreción (*vid.*, por todos, A. E. Pérez Luño, 1984, pp. 291 ss.), pero esa falta de concreción de los valores resulta tan acusada que se ha llegado a hablar de impredecibilidad: «los valores son enunciados que podríamos situar en el campo de la impredecibilidad, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios subjetivos... que la oportunidad política suministra. Los principios son enunciados que pertenecerían al campo de la indeterminación, en cuanto su proyección normativa se rige por criterios objetivos que el propio Derecho proporciona» (M. Aragón, 1989, p. 94). No discutiremos si se trata de un problema de impredecibilidad o de escasa «densidad prescriptiva» (L. Parejo, 1990, p. 144); basta con decir que algunas normas constitucionales, los valores, ni siquiera describen mínimamente ninguno de los elementos que se consideran típicos de la norma jurídica, presentando, por tanto, en su forma más pura o radical las características atribuidas a los principios.

Por eso, el triunfo indiscutible de los principios y su aplicación constante por parte de los jueces ordinarios y constitucionales obliga a un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica. En la medida en que los principios ya no son pura retórica constitucional, sino normas jurídicas en sentido estricto, la idea de que la norma es un enunciado que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica a través de una cópula de deber ser parece que requiere ser revisada; al

igual que ha de revisarse la tesis de que toda contradicción normativa ha de saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas, o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra.

5. LOS PRINCIPIOS Y LAS FUENTES DEL DERECHO

Tal vez sea en este capítulo donde menos costoso resulte mostrar que el constitucionalismo somete a profunda revisión una de las tesis más frecuentemente atribuidas al positivismo teórico: la supremacía absoluta de la ley como expresión de la soberanía representada en el Parlamento. Bien es cierto que no es la primera vez que se anuncia la muerte de la ley, pues sobre este argumento se desarrolló una amplia literatura hace algunas décadas (*vid.*, por ejemplo, G. Ripert, 1949; F. Carnelutti, 1930 y 1946; AA.VV., 1953), aunque sólo en parte coincidente con los nuevos síntomas de la enfermedad. Sin duda, la muerte de la ley puede parecer obvia desde el instante en que se afirma la superioridad constitucional; pero, en realidad, no es así o, al menos, no basta dicha superioridad, y Zagrebelsky insiste en que las Constituciones principialistas contemporáneas representan algo completamente distinto de una simple ley constitucional o ley reforzada. De entrada, lo decisivo es la «sustancialización» o, como dice La Torre, la «rematerialización» de los documentos constitucionales (M. La Torre, 1993, pp. 70 ss.), algo que viene a expresar una idea consolidada en la jurisprudencia alemana, la idea de que la Constitución encarna un «orden de valores» o una «unidad material», que incluso a veces se califican de previos al ordenamiento jurídico positivo (*vid.*, por ejemplo, K. Hesse, 1966, p. 5).

Como es sabido, dicha «rematerialización» supone que la Constitución ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos, que condicionan la validez de las normas inferiores: la Constitución en términos rigurosos «es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediató e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes» (F. Rubio, 1979, p. 62). A partir de aquí se ha podido decir que «el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo» (R. Dreier, 1981, p. 74) o, como observa Ferrajoli, que el constitucionalismo moderno «ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado», lo que ha propiciado un acercamiento «entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico» (L. Ferrajoli, 1989, p. 360). Aunque suene algo exagerado, «difícilmente se podrá repetir que *auctoritas non veritas facit legem*» (M. La Torre, 1993, p. 73); y es que, efectivamente, la ley sigue siendo expresión de una autoridad, pero de una autoridad sometida a la verdad, siquiera sea una peculiar «verdad» normativa.

Las consecuencias que este fenómeno tiene para el modelo del Estado de Derecho legislativo son de primera magnitud: «la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de mediación. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas y concurrenciales» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 63). El Estado decimonónico aseguraba su homogeneidad gracias a la unidad política de la fuerza social (la burguesía) a la que servía. Algo muy distinto ocurre en el Estado constitucional, cuya homogeneidad o coherencia ha de reposar en la conciliación de valores contrapuestos que son reflejo de una sociedad pluralista; y de ahí la necesidad de un Derecho dúctil.

Esa ruptura del «monismo» y esa exigencia de hacer compatibles tendencias contradictorias encuentra su reflejo en la disociación de los componentes del Derecho que en el siglo XIX se hallaban unificados o reducidos a la ley: los derechos humanos y la justicia (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, cap. 3 y 4). Que los derechos y la justicia se separan de la ley significa, obviamente, la recuperación del significado primigenio de la Constitución y, por tanto, el sometimiento del legislador a un orden superior. Que los derechos y la justicia se separan entre sí supone la aparición de un foco de tensión entre dos polos tendencialmente contradictorios (el subjetivista e individualista de los derechos y el objetivista y fundamentador de deberes que corresponde a la justicia) que han de conjugarse y armonizarse, pero no sólo a través de la ley, sino también en la actuación administrativa y en las sentencias de los jueces. La Constitución no ha venido simplemente a ocupar el papel de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativa notablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran, no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. En cierto modo, cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado de Derecho liberal burgués, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución; nos complazca o nos disguste, ni siquiera la libertad es un valor absoluto: el añejo principio de que «todo lo que no está prohibido, está permitido» sufre hoy numerosas excepciones merced a un entramado normativo lleno de especialidades mejor o peor respaldadas por la Constitución, donde la «previa autorización» se impone a la regla general de libertad (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, p. 53)

Por otro lado, si la concepción ideológica del liberalismo ya no representa el único criterio de justicia, la ley ha dejado de ser también su único instrumento. En realidad, no es cierto que para el positivismo teórico la ley constituya la encarnación de la justicia, como parece llegar a decir Zagrebelsky (1992, p. 51), pero sí es verdad que en el modelo del Estado liberal decimonónico la ley se concibió como la expresión de las decisiones políticas básicas y, por tanto, como expresión única de la *justicia legal*. La Constitución se opone al puro legalismo en cuanto que norma

superior, pero también en cuanto que, merced a su contenido material, dota a otros centros de producción jurídica de una justificación más o menos independiente.

En este sentido, la erosión de la ley también responde a la mayor complejidad y extensión del Estado contemporáneo, donde se hace inviable la idea de leyes generales y abstractas capaces de preverlo todo y de vincular así la actuación administrativa. Y es que, si en el Estado liberal «los grupos sociales habían desarrollado sus antagonismos fuera y por debajo del firme marco del orden estatal, ahora dirigen sus aspiraciones y expectativas de forma inmediata al poder político y a su centro, el Estado gobernante y administrador» (K. Hesse, 1966, p. 11). La creación de las leyes se escapa al menos materialmente del ámbito parlamentario para ser asumida por el Ejecutivo (*vid.*, por ejemplo, M. García Pelayo, 1977, p. 115); el decisionismo de la norma particular se impone sobre la generalidad y abstracción de los viejos Códigos; todo deviene Derecho público, es decir, cada vez resulta menor el ámbito de autonomía y libre disposición de los particulares (*vid.* G. Ripert, 1949, pp. 37 ss.).

De este modo, la relación entre la ley y la Administración se ha visto alterada. Los reglamentos no sólo son las normas más abundantes, «sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos» (F. Rubio, 1986, p. 106), pues las nuevas funciones del Estado relacionadas con la gestión de los grandes servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que suponen una amplia discrecionalidad: «el principio de legalidad, es decir, la pre-determinación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinada a retroceder» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 54).

Por si fuese poco, la competencia universal de la ley para regular cualquier aspecto se ve desplazada en un doble sentido. De un lado, por el protagonismo de los llamados agentes sociales, más favorables a dotarse de reglas pactadas y transitorias, condicionadas a los cambios en la relación de fuerzas, que a someterse a leyes «heterónomas» con vocación de generalidad y permanencia (*vid.* N. Bobbio, 1980); lo que tiene su reflejo en la propia elaboración de las leyes (de «contractualización» de los contenidos de la ley habla Zagrebelsky, 1992, p. 58). De otra parte, en los países dotados de una organización territorial federal o autonómica, ni siquiera existe *el* legislador, sino una multiplicidad de legisladores, cada uno con una competencia propia y, sobre todo, portador de una legitimidad política en definitiva independiente y conflictiva.

En resumen, si es cierto que «el iusnaturalismo responde a un enfoque pluralista y horizontal de las fuentes del Derecho» (A. E. Pérez Luño, 1993, p. 52), todo parece indicar que el constitucionalismo representa, al menos en este capítulo, una revitalización del viejo Derecho natural. Lo que incluso obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento; unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta recons-

truirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia. Pero, a su vez, esa tarea reconstructora tampoco puede obtener los mismos resultados de antaño, pues el orden jerárquico ha sido sustituido o intenta armonizarse con la concurrencia de distintas fuentes y, al mismo tiempo, la relativa coherencia de la decisión legislativa de cada momento se ha visto reemplazada por los principios tendencialmente contradictorios de la Constitución. Por eso, dice Zagrebelsky, las nuevas fuentes «expresan autonomías que no son ideas para insertarse en un único y centralizado proceso normativo», de manera que «hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 62).

6. LOS PRINCIPIOS Y LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Como sabemos, el positivismo ha defendido (o se le han atribuido) dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias. Según la primera, el Derecho es un sistema pleno o, al menos, completa-ble y la aplicación de la norma al caso representa una tarea mecánica o subsuntiva, de manera que el juez puede presentarse como un autómatas, como un sujeto «neutro», moral y políticamente irresponsable de la decisión que adopta. De acuerdo con la segunda, el Derecho no sólo presenta lagunas y contradicciones internas, sino que además toda norma adolece de una vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad. Creo que el constitucionalismo, aunque parezca paradójico, ofrece argumentos en contra de ambas tesis.

Por lo que se refiere a la primera, Zagrebelsky lo expresa con toda rotundidad: «sólo las reglas pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la “maquinización” de su aplicación» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 170). Acaso nuestro autor llegue demasiado lejos en su entusiasmo por la hermenéutica y por sus un tanto misteriosas apelaciones al «sentido» normativo de los casos, al «círculo interpretativo» de preguntas y respuestas de la realidad al Derecho y de éste a la realidad, al «horizonte de expectativa» de consenso, etc. (tópicos que confieso no haber logrado entender, ni en Zagrebelsky ni, mucho menos, en Gadamer o Esser) pero, de todas maneras, sus críticas a la concepción paleopositivista de la interpretación siembran sobre terreno abonado, especialmente en el ámbito de la interpretación constitucional.

Basta pensar en el juego que hoy ofrece el concepto de razonabilidad, que bien podría ser el lema de la justicia constitucional de nuestros días y que, como bien advierte Zagrebelsky (1992, p. 232) reintroduce el tema

de la equidad en la vida del Derecho. Un ejemplo paradigmático es la aplicación del principio de igualdad: la Constitución proclama la igualdad, pero obviamente no establece (sino sólo por aproximación y discutible vía de ejemplo, art. 14 CE) cuándo una determinada circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que hace el Tribunal Constitucional, pero no con base en la Constitución que nada dice de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual.

Ahora bien, entonces parece evidente que «no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o la ilicitud de la diferenciación, y ese otro lugar resulta ser algo tan evanescente como la conciencia jurídica de la comunidad» (F. Rubio, 1991, p. 30); en otras palabras, en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional. En realidad, la razonabilidad en que se resuelve el mandato de igualdad encierra un conflicto entre principios, pues actúa siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas.

El conflicto entre principios o entre derechos fundamentales se traduce, pues, en una exigencia que recibe nombres diferentes (razonabilidad, ponderación, proporcionalidad, prohibición de exceso, interdicción de la arbitrariedad, etc.), pero que encierra un idéntico rechazo de la subsunción o de cualquier planteamiento simplista o mecánico de la aplicación del Derecho. Por ejemplo, en la frecuente colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, no existe una jerarquía *a priori* sino sólo la obligación de mostrar el camino argumentativo que conduce a la solución del caso concreto. Por eso, «una vez realizada por los jueces... esta ponderación... el Tribunal poco tendría que decir... a no ser en el supuesto de que tal apreciación... hubiese sido claramente irrazonable» (STC 104/1986). Dicho simplificado, lo que resulta inconstitucional es conformarse con subsumir la conducta, ya en la norma de libertad de expresión, ya en el tipo penal que tutela el derecho al honor. Bien es cierto que, dejando a un lado los resultados abiertamente irracionales o arbitrarios, el ejercicio de tal ponderación puede dar lugar a cualquier decisión fundada, pero éste es otro problema derivado de los límites de la argumentación práctica. Lo importante es justamente que se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción.

En otras palabras, el modelo paleopositivista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo.

Sin embargo, cabe decir también que el constitucionalismo de principios se opone a la segunda y más moderna tesis del positivismo, que es la tesis de la discrecionalidad judicial. Se ha escrito que para Kelsen el juez constituye una especie de «caja negra» (R. Vernengo, 1977, p. 11), en el sentido de que los procesos cognoscitivos y volitivos que ocurren en la mente del intérprete y que son el «puente» entre la norma y el fallo, resultan en gran parte misteriosos e inaccesibles para la teoría del Derecho; por eso, cuanto más se acerca la norma al esquema de los principios, más imprevisible y arbitraria será su decisión (*vid.* H. Kelsen, 1928, p. 143). Ciertamente, el positivismo no acaba en Kelsen, pero en líneas generales es cierto que sus seguidores se han situado a medio camino entre el escepticismo de los realistas y el cognoscitismo extremo de, por ejemplo, un Dworkin, confiando más en la claridad de la norma que en las virtudes de la argumentación. Éste es el caso de Hart y de su búsqueda de un punto de conciliación entre la «pesadilla» de la visión realista del Derecho y el «noble sueño» de aquellos que imaginan el ordenamiento como un sistema capaz de ofrecer solución unívoca a todo conflicto (*vid.* H. Hart, 1977, pp. 969 ss.; también, por ejemplo, R. Guastini, 1993, p. 338).

Zagrebelky es muy consciente de que los principios ponen en cuestión la idea de la discrecionalidad: «las tesis positivistas más estrictas se limitaban a afirmar la ausencia de derecho y la libertad del intérprete para recurrir a criterios morales, en todo caso extrajurídicos». Algo muy distinto ocurre ahora: los principios, «con su fuerza directiva tanto más vinculante por cuanto vienen recogidos en la Constitución», perfeccionan el ordenamiento (G. Zagrebelsky, 1992, p. 183) y vienen así a iluminar la oscuridad en que se movía el modelo interpretativo del positivismo. Por tanto, los principios aparecen como un factor de racionalización que limita el arbitrio judicial; como observa Ferrajoli, si las opciones o elecciones son inevitables, «y tanto más discrecionales cuanto más amplio es el poder judicial de disposición, representa cuando menos una condición de su control, si no cognoscitivo, al menos político y moral, que aquéllas sean conscientes, explícitas e informadas por principios en lugar de acrílicas o enmascaradas o en cualquier forma arbitrarias» (L. Ferrajoli, 1989, p. 156). Acaso esto explique por qué hoy se insiste en que «la doctrina de la interpretación es... el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional» (F. Rubio, 1988, p. 40).

Sin duda, no es un mérito exclusivo del constitucionalismo, pero el extraordinario desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica (*vid.* M. Atienza, 1991) pone de relieve el empeño actual en la superación de la tesis positivista de la discrecionalidad, esto es, el empeño por ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica; una racionalidad que justamente resulta tanto más necesaria cuanto más nos alejamos de las reglas y nos acercamos a los principios, pues ante ellos el papel que asume el intérpre-

te «sólo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional» (M. Taruffo, 1989, p. 315). De manera que los principios constitucionales limitan la discrecionalidad al menos por dos motivos entrelazados: primero, porque suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento y que, de no existir, tendrían —entonces sí— que ser creados por los jueces; y, segundo, porque requieren o se identifican con un género de razonamiento mucho más complejo que el tradicional de la subsunción, un razonamiento que se instala allí donde antes se suponía que reinaba la discrecionalidad.

Así pues, si en el Estado de Derecho la legitimidad del intérprete reposaba en su carácter «neutro» y pasivo, todo parece indicar que en el Estado constitucional reposa en el ejercicio de la racionalidad: lo que antes era una «caja negra» ahora se propone como un ejemplo de transparencia. No cabe duda que todo ello obliga a revisar el modelo de interpretación un tanto simplista presentado por algún positivismo, pero ¿significa un golpe mortal a la tesis de la discrecionalidad judicial? Una primera respuesta negativa podría aducir que no en todos los sistemas jurídicos históricos los jueces se han comportado racionalmente, ni siquiera bajo el ideal de la racionalidad; o también que incluso hoy una buena justificación es un rasgo que califica pero no define a la función judicial (*vid.* R. Alexy, 1989, p. 55). Con todo, creo que desde un plano normativo la suerte de la tesis de la discrecionalidad en el marco de nuestros sistemas jurídicos, dominados por la exigencia de racionalidad, depende de si se asume o no la idea de «unidad de solución justa», esto es, la idea según la cual el Derecho y las reglas de argumentación proporcionan siempre una respuesta intersubjetivamente válida ante cualquier problema práctico.

En verdad, no faltan respuestas afirmativas, como las de Dworkin [1977, *b*]; 1986, p. 266] o Habermas (1992, pp. 267 ss.), pero, a mi juicio, no constituyen un resultado necesario (ni acertado) de ninguna teoría de la argumentación o del razonamiento jurídico y, por tanto, tampoco del abandono del modelo positivista (me remito a mis trabajos de 1992, pp. 115 ss.; 1993, pp. 88 ss.). Quiero decir, en suma, que se puede postular que la interpretación del Derecho constituye una actividad racional e intersubjetiva, sin tener que sostener también que el ejercicio de la misma conduce siempre a una única solución aceptable, ni desde la perspectiva del marco normativo aplicable, ni desde la óptica de la racionalidad argumentativa; pues, como dice Alexy, «la razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto» (R. Alexy, 1994, p. 176). Esto explica la posición de autores como N. McCormick (1986, pp. 17 y 22), A. Aarnio (1987, p. 217; 1990) o el propio Alexy (1978, pp. 33 ss. y 302; 1988, pp. 145 ss.), cultivadores todos ellos de la teoría de la argumentación y, sin embargo escépticos respecto a la unidad de solución justa; posición por lo demás plenamente asumible desde la perspectiva de la interpretación constitucional, donde la decisión «nunca puede ser racionalizada totalmente» [K. Hesse, 1966, *b*), p. 51]. Me parece que ésta es también la posición de Zagrebelsky. Su rechazo de

la tesis de «unidad de respuesta», que por cierto parece atribuir a los positivistas, se manifiesta de forma explícita (G. Zagrebelsky, 1992, p. 207). Con todo, aun cabe dudar si sus palabras se refieren sólo al Derecho en cuanto que norma abstracta o también al Derecho una vez interpretado «desde» el caso; pues, en efecto, al rechazar la tesis comentada se puede querer decir únicamente que la normatividad jurídica no basta, y éste sería un sentido débil, o también que en algunas circunstancias, a la vista del caso y pertrechados del Derecho, de los métodos de interpretación e incluso de la «actitud hermenéutica», tampoco es posible asegurar la única respuesta correcta, y éste sería un sentido fuerte y, a mi juicio, el más acertado.

Sea como fuere, y asumiendo posiciones claramente positivistas, Zagrebelsky no tiene inconveniente en reconocer que en algunos supuestos «quien aplica el derecho se encontrará sin otros parámetros que los que él mismo pueda darse». La aspiración a la objetividad cederá paso entonces a las visiones subjetivas (*Ibidem*, p. 213). O en reconocer asimismo que el modelo constitucional principialista provoca incerteza, de manera que «los caminos de la jurisprudencia terminarán bifurcándose y, en muchos casos, se perderá también la posibilidad de distinguir el “principal” de los “desviados”» (*Ibidem*, p. 228); algo que no depende de una u otra concepción de la interpretación, sino del «carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos» (*Ibidem*, p. 227).

Ahora bien, si ésta es la interpretación correcta del pensamiento de Zagrebelsky, resulta que (*malgré lui*) no resulta tan antipositivista. Reconocer que el Derecho no siempre ofrece una y sólo una respuesta correcta, que en su aplicación puede tener algún peso la subjetividad del intérprete o que las distintas opciones jurisprudenciales resultan inevitables y dependen del pluralismo social, es algo perfectamente asumible desde la perspectiva, por ejemplo, de Hart o Bobbio (de este último *vid.*, por ejemplo, 1971). Es más, el judicialismo de que hacen gala los verdaderos antipositivistas como Dworkin, se encuentra ausente del Derecho dúctil: el juez de Zagrebelsky no es Hércules, no es «el señor del Derecho» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 236) y debe actuar con cautela a fin de no invadir la esfera del legislativo (de ahí la crítica a las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional, *ibidem*, p. 240) y de evitar la soberbia de suponer que su respuesta es la única posible: ¿qué otra cosa se pide al juez del caso Serena salvo que argumente lealmente? (*vid.* G. Zagrebelsky, 1992, pp. 218 ss.)

Así pues, el constitucionalismo y el género de teoría interpretativa que éste requiere pueden considerarse abiertamente contradictorios con el mecanicismo de los primeros positivistas, pero no con la tesis de la discrecionalidad, al menos en tanto no llegue a sostenerse la idea de unidad de solución correcta. Por ello, el juez del constitucionalismo «dúctil» no difiere, sino que más bien matiza y enriquece el modelo de juez parcialmente discrecional propuesto por el positivismo de Kelsen o Hart. Este

último es una figura moral y políticamente responsable en la medida en que, dentro del marco más o menos amplio de discrecionalidad, su decisión responde a sus propios criterios de justicia o moralidad. Lo mismo, pero de forma más compleja, viene a ocurrir con el juez del constitucionalismo: primero, porque a él le corresponde reproducir las condiciones de racionalidad intersubjetiva que son las que permiten hacer del Derecho un discurso moral (J. Habermas, 1992, p. 278). Y segundo, también porque, mientras exista algún grado de subjetividad, él es el responsable de la opción, jurídica pero también moral, que escoge en cada caso, al menos en los «casos críticos».

7. CONSTITUCIONALISMO Y TEORÍA DEL DERECHO. EL POSITIVISMO METODOLÓGICO

a) **Algunas claves de una nueva cultura jurídica**

Recordemos que el aspecto central del positivismo metodológico se resumía en la tesis de la separación entre Derecho y moral o, más exactamente, en la tesis de que no existe una conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, aunque, eso sí, entendiendo por moral no las meras convicciones sociales vigentes, sino la moral «buena», correcta o racional. Pues bien, este modelo de teoría del Derecho es hoy objeto de ataques desde los más diversos frentes, si bien –paradójicamente– tal vez al precio de renunciar a una teoría de verdad «general» del Derecho. El nuevo enfoque creo que se asienta sobre tres pilares: primero, el conocimiento del Derecho requiere asumir el llamado punto de vista interno o propio del participante en el sistema; segundo, este punto de vista presenta un carácter normativo y no sólo descriptivo, donde la obligatoriedad de las normas ha de reposar en un fundamento moral; tercero, esto supone la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral, conexión que se produce por lo general, no «norma a norma», sino a través de los criterios de identificación del sistema, es decir, precisamente a través de las normas constitucionales.

Seguramente, R. Dworkin puede ser calificado como el campeón del punto de vista interno. Como he desarrollado en otro lugar, para el autor norteamericano tan absurdo parece un canonista ateo como un constitucionalista que no asuma los presupuestos morales del sistema jurídico; es más, dado que entre tales presupuestos y las normas explícitas no existe ninguna frontera nítida, el jurista tiene que ser capaz de transitar de la moral al Derecho, y lógicamente sentirse obligado por ambos. Las normas jurídicas, si así puede decirse, no son más que la punta de un iceberg, la expresión institucionalizada, pero parcial, de un sistema de normatividad mucho más amplio dentro del cual no cabe trazar fronteras rigurosas, y para cuya plena comprensión es preciso un compromiso, una acepta-

ción moral. En palabras de Pintore, la actitud del jurista dworkiano está «comprometida con las instituciones de las que se ocupa» (A. Pintore, 1990, p. 152). Pero, desde luego, Dworkin no está solo en esta empresa. Para Soper, una teoría del Derecho que no hunda sus raíces en la teoría política y que no esté al servicio de la misma, tratando de mostrar por qué debemos obedecer a las normas jurídicas, es una teoría vacía que ni siquiera resulta capaz de cumplir cabalmente su propósito descriptivo (*vid.* Ph. Soper, 1984). Del mismo modo, Carlos Nino proclama «la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo» (C. Nino, 1994, p. 47), lo que significa, no sólo que no se pueden describir creencias sin que alguien previamente sea creyente, sino que tampoco puede hacerse si en alguna medida no se incluye en la teoría aquello en lo que se cree. Y, en fin, también Alexy ofrece una definición del Derecho y de la validez desde la perspectiva del participante «y, por tanto, una definición jurídica del Derecho» (R. Alexy, 1994, p. 123).

La adopción del punto de vista interno en la teoría del Derecho presenta algunas consecuencias importantes, que aquí tan sólo podemos esbozar. Así, en primer término, la idea de que el concepto de Derecho requiere contar con la aceptación moral de los destinatarios: no puede existir «apatilandia», no puede existir un sistema donde nadie se haya preguntado acerca del «por qué» moral de su actuación, donde nadie crea en la corrección moral de la Constitución (E. Garzón, 1992, pp. 323 ss.). Por eso, en segundo lugar, todo sistema jurídico engendra una pretensión de corrección o de justicia: «se requiere, al menos, el vínculo recíproco entre gobernantes y gobernados, lo que es implicado por la defensa de buena fe de que el sistema se encuentra establecido en interés de todos» (Ph. Soper, 1984, p. 96); el orden del Derecho se distingue, pues, de la amenaza del bandido en que, por principio, aquel cuenta con una pretensión de sinceridad y buena fe por parte de quienes mandan que genera en los súbditos una obligación *prima facie* de obediencia. Es más, por sorprendente que parezca, «también los esclavos pueden tener obligación *prima facie* de obedecer al derecho», aunque, eso sí, siempre que «los funcionarios crean sinceramente que ese tratamiento se puede justificar moralmente» (*ibidem*, p. 187).

Sobre este punto insiste particularmente Alexy. La pretensión de corrección es un elemento esencial al concepto de Derecho y, por eso, «hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia del hecho de que puedan lograr una vigencia duradera o no, no son sistemas jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos» (R. Alexy, 1994, p. 38). Lo que ocurre es que al final esa pretensión se traduce en muy poco más que en una exigencia de eficacia y regularidad en la aplicación del Derecho, pues también los pistoleros pueden estar animados por una pretensión de justicia y entonces sólo les separa del Derecho la falta de exclusividad y efectividad en el uso de la fuerza: «la muerte y el saqueo de los dominados siguen siendo en él (sistema jurídico) siempre posibles» (R. Alexy, 1994, p. 40). O sea,

tras tan amplio rodeo, se termina en Kelsen o, mejor dicho, en la hobbesiana obligación moral de obediencia a todo Derecho.

Ahora bien, es interesante advertir que la conexión entre Derecho y moral no se presenta en los términos tradicionales del iusnaturalismo, esto es, en relación con singulares normas de conducta. Al contrario, por lo común la conexión se predica o del sistema en su conjunto o de sus normas secundarias que establecen los requisitos de pertenencia (de legitimidad constitucional, cabe decir) de las demás normas. Nino lo expresa con claridad: ¿por qué los jueces aplican ciertas normas?; no, ciertamente, porque realicen un escrutinio singular de la moralidad de cada una de ellas, sino porque aceptan la *autoridad* de la que proceden, aceptan la autoridad o vinculatoriedad de una regla de reconocimiento, y esto supone, ni más ni menos, que «la identificación descriptiva de ciertas proposiciones normativas como jurídicas implica mostrar que derivan de ciertas normas morales» (C. S. Nino, 1994, p. 59). Lo mismo ocurre en Habermas: la presencia de la moral ya no se establece «norma a norma», sino que queda «sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles» (J. Habermas, 1987, p. 168). Por consiguiente, quienes exigen fundamentación racional no son las normas individuales, sino el sistema en su conjunto o, mejor, las bases del sistema jurídico» (*vid.* J. Habermas, 1981, I, p. 338); esto es, la moralidad se conecta al Derecho en la Constitución material.

De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de pruebas de la nueva teoría del Derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas a la luz de los mismos, permite confirmar (al menos en los países donde existe Constitución pluralista, pero esto a veces se olvida) lo acertado de una ciencia del Derecho desde el punto de vista interno. Por su parte la teoría del Derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás, ya era sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática. No debe extrañar, por ello, que Dworkin propugne una teoría del Derecho abiertamente comprometida con la cultura jurídica del momento, es decir, con el constitucionalismo, más concretamente que propugne la «fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética» (R. Dworkin, 1977, p. 233).

Pero el moderno antipositivismo puede llegar también más lejos; no se trata sólo de concebir a la Constitución «como si» fuese un nuevo Derecho natural que exigiese del jurista una actitud comprometida con los valores morales que aquella encarna; ni siquiera de intentar constatar una «pretensión de justicia» en cualquier sistema jurídico, por inicuo que sea. En algunos casos, la conexión necesaria entre Derecho y moral desemboca en la venerable tesis de la *corruptio legis*: las leyes injustas o,

al menos, las leyes insoportablemente injustas, no serían verdaderas leyes. Esta es la tesis de Alexy: para el participante en el sistema, incluso para el participante en el sistema nazi a quien se le debe suponer alguna aceptación moral de los valores del sistema, «cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico» (R. Alexy, 1994, p. 45). El argumento de Dworkin es, en parte semejante, pues supone negar la aplicabilidad de las normas manifiestamente injustas: si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral «tendría que considerar... si debería mentir y decir que aquello no era Derecho» (R. Dworkin, 1986, p. 219; 1977, p. 451)

b) Zagrebelsky y el positivismo metodológico

No cabe duda que *El Derecho dúctil* forma parte de la cultura jurídica que acabamos de describir, pero acaso resulte todavía compatible con el positivismo metodológico, al menos entendido éste como el enfoque más adecuado para la elaboración de una teoría con pretensiones de validez explicativa para todo Derecho. Aunque Zagrebelsky no aborda de forma expresa los problemas del punto de vista, de la pretensión de corrección o de la presunta obligatoriedad moral del Derecho, es evidente que algunos de sus argumentos enlazan con las corrientes antipositivistas que acabamos de comentar. Es más, no duda en invocar con complacencia a un Derecho natural presuntamente encarnado en la Constitución: «el derecho por principios encuentra al derecho natural» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 187), la Constitución expresa un «equilibrio objetivo», asemejándose «en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural» (*ibidem*, p. 180); y, a partir de aquí, «la ciencia del Derecho se convierte en una ciencia práctica que no puede obviar la dimensión moral de las decisiones constitucionales básicas: desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del derecho natural... (por eso) la ciencia del derecho positivo en un ordenamiento jurídico “por principios” debe considerarse una ciencia práctica» (*ibidem*, p. 191). Ahora bien, la adopción del punto de vista interno, al menos si no se lleva demasiado lejos, resulta habitual en toda dogmática, máxime en una dogmática a propósito de las Constituciones contemporáneas. El Derecho se expresa en un lenguaje prescriptivo, de prohibiciones, mandatos y permisos, y el lenguaje del jurista reproduce ese mismo modelo sin que ello suponga mantener que existe una obligación moral de obediencia; decir que una cierta acción es debida significa que, en el marco del sistema jurídico, esa acción opera «como» lo haría en un sistema moral (que es donde nacen las verdaderas obligaciones), no que el deber moral se trasmite al mundo del Derecho. Por lo demás, las Constituciones «rematerializadas» obligan al uso continuo de principios que son a un tiempo morales y jurídicos, de

manera que su mera descripción requiere comprender y tener en cuenta el orden de valores en que aquéllos descansan.

Sin embargo, en ningún momento Zagrebelsky sostiene que esa actitud tenga implicaciones morales en relación con cualquier tipo de Derecho, ni siquiera que resulte igualmente necesaria para toda dogmática. Por lo que se refiere a lo primero, es clara la simpatía política del autor hacia las Constituciones contemporáneas, entendidas como pacto y marco de convivencia fluida y dúctil de una sociedad pluralista, pero es claro también que dicho modelo se concibe como histórico y contingente y que en ningún momento se pretende elevar a nivel conceptual o relativo a todo Derecho: «una cosa es razonar sobre el plano teórico y otra razonar sobre el plano de las características de un ordenamiento jurídico concreto, esto es –como suele decirse– sobre el plano dogmático. Puede suceder que lo que resulta insostenible teóricamente sea viable dogmáticamente» (*ibidem*, pp. 186 ss.). Y en relación con lo segundo, parece también indiscutible que el constitucionalista del XIX podía mantener una actitud aparentemente más externa, aunque sólo fuese porque su objeto de trabajo era de modo preferente un instrumento formal de distribución del poder y de ordenación de las fuentes del Derecho.

Tampoco las referencias al Derecho natural encierran el antipositivismo que pudiera suponerse, pues cuando no son meramente retóricas o metafóricas, parecen exclusivamente funcionales: la Constitución opera frente a la ley del mismo modo que lo hacía el Derecho natural, esto es, ofreciendo criterios sustantivos de legitimidad, lo que en modo alguno es equivalente a la existencia de un Derecho suprapositivo en el sentido de supraempírico o al margen de las convenciones humanas. Al contrario, «las Constituciones reflejan el “orden natural” histórico concreto de las sociedades secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista» (*ibidem*, p. 180); más rotundamente, «el derecho natural... no sería compatible con la democracia en su sentido actual» (*ibidem*, p. 108).

Incluso cabría decir que pocas obras como la de Zagrebelsky expresan con mayor fuerza una de las ideas clave del positivismo metodológico, que es la llamada tesis de las fuentes sociales del Derecho, según la cual todo orden jurídico es un artificio humano, que nace de la sociedad y que se transforma con ella. Desde las primeras páginas de *El Derecho dúctil* se insiste, en efecto, en que lo mismo el constitucionalismo de nuestros días que el Estado de Derecho del siglo XIX representan un resultado cultural de una determinada relación de fuerzas constitutiva del sistema político que, a su vez, es reflejo o se conecta a un cierto modelo económico y social. Sin incurrir en ninguna vulgarización mecanicista o seudomarxista, para Zagrebelsky el tipo de Derecho, del único Derecho que es el Derecho positivo, depende del tipo de sociedad.

A mi juicio, el núcleo del problema se halla en la famosa conexión necesaria entre Derecho y moral. ¿Se produce esa conexión en la obra de

Zagrebelsky? De entrada, es claro que no de la misma forma que en el iusnaturalismo, pues desde que se reconoce la historicidad del Derecho y de sus contenidos, lo único que cabe postular es la conexión con la moral social, con las concepciones asumidas por cierto grupo, pero en modo alguno con la moral crítica o racional, que es a la que siempre se han referido tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Que esto es así lo prueban los siguientes fragmentos: «El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte» (*ibidem*, p. 196), es decir, no depende de una determinada moral tenida por buena o racional, sino sólo del «contexto»; de ahí «que el derecho no puede alejarse del ambiente cultural» (*ibidem*, p. 215) y que, así como la regla moral «expresa un valor absoluto», la «regla jurídica, en cambio,... no aspira a una justicia abstracta e inmóvil» (*ibidem*, p. 216); en suma, «los axiomas de las ciencias prácticas están sometidos al efecto del tiempo» (*ibidem*, p. 196). Ninguna de estas afirmaciones resulta incompatible con la concepción positivista del Derecho.

Finalmente, cabría suponer que la moral se conecta al Derecho a través de los principios constitucionales. Dicha conexión puede ser vista desde dos perspectivas diferentes. La primera es la representada por Dworkin, para quien los principios tienen un origen un tanto misterioso, ya que «no se basan en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de convivencia u oportunidad» (R. Dworkin, 1977, p. 94); todo parece indicar que para el autor norteamericano los principios morales son principios jurídicos en virtud de su propia moralidad, aunque nadie los haya establecido o aplicado (*vid.* más ampliamente L. Prieto, 1993). Pero esta no es la tesis de Zagrebelsky, quien, acertadamente, no parece encontrar más principios que los establecidos en la Constitución o, en todo caso, aquellos que gozan de una existencia empírica en el Derecho positivo.

La segunda forma de entender la conexión entre Derecho y moral a través de los principios ofrece, a su vez, dos modalidades. La primera supone considerar que los principios, ahora ya indubitadamente constitucionales o positivos, representan o, mejor aún, coinciden con principios morales. La segunda modalidad, algo más sutil, consiste en mantener que la utilización de los principios por parte de los operadores jurídicos propicia el desarrollo de una argumentación moral en el seno de la argumentación jurídica. Ambas proposiciones son ciertas y ambas son sostenidas por Zagrebelsky, pero creo que no representan tampoco ningún desmentido del positivismo.

Que los principios expresan valores morales parece evidente, pero que tales valores pueden pertenecer a cualquier moral, incluso a una profundamente injusta, no parece menos cierto. Dice Zagrebelsky que los principios «expresan importantes conceptos dotados de gran valor, como la igualdad, la libertad, la justicia...» (*ibidem*, p. 196), pero acaso ha olvidado que principios son también la xenofobia o la discriminación racial, la aristocracia, el poder omnímodo del padre de familia, etc. Y hemos de suponer que, allí

donde han estado vigentes, estos principios han desempeñado el mismo papel que los principios «buenos» de nuestras Constituciones.

Alexy es consciente del problema, pero parece dudoso que sea capaz de desentrañarlo. Para empezar, sostiene que la conexión entre Derecho y moral en el nivel de los principios es cualificante y no clasificante, esto es, el sistema que no satisfaga las exigencias de los principios será un sistema deficiente, pero no dejará de ser jurídico. Por otra parte, y tras citar un texto alemán de los años treinta en defensa del racismo, aduce que el mismo no cumple las exigencias mínimas de una fundamentación racional. Pero, a renglón seguido, acepta que el juez nazi que aplica el principio de la raza «formula con su decisión una pretensión de corrección... (que) se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentada y, por tanto, de una moral correcta» (R. Alexy, 1994, p. 82). La conclusión es la que cabe imaginar: la presencia del principio «no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada» (R. Alexy, 1994, p. 84).

Esta última afirmación de Alexy nos conduce a una segunda forma de ver la conexión: no es que los principios encarnen necesariamente unos valores morales correctos, sino que su juego en el proceso interpretativo hace nacer en la argumentación jurídica una argumentación moral, es decir, una exigencia de fundamentación racional de la decisión más allá del esquema simple y «mecánico» de las reglas. Por eso, dice Zagrebelsky, «el estilo, el modo de argumentar en “derecho constitucional” se asemeja... al estilo, al modo de argumentar en “derecho natural”... Las modalidades argumentativas del derecho constitucional se “abren” así a los discursos metajurídicos...» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 181). Y es que, en efecto, el juicio de ponderación que se requiere para superar la colisión de principios y armonizar su simultánea existencia dentro del sistema es un juicio que se desarrolla a partir de conceptos sustantivos que pertenecen al Derecho, pero también a la moralidad, y es un juicio, además, que ha de tener en cuenta las circunstancias del caso, sopesar la importancia relativa de los valores en pugna, etc. En suma, que la posición del sujeto llamado a dirimir un conflicto entre principios morales no es muy distinta a la del juez llamado a dirimir ese mismo conflicto entre principios jurídicos; tan sólo cabría decir que la argumentación del juez se muestra más formalizada y padece algunas restricciones institucionales, pero no que es sustancialmente distinta. Todo ello, sin duda, representa una superación del positivismo teórico, pero no del positivismo metodológico, que nada dice a propósito de los modelos de argumentación en el seno del Derecho; salvo que tales modelos no garantizan necesariamente la presencia de la moral correcta: moral fundamentada no es más que decisión argumentada, aunque esa argumentación parta de una moral aberrante; y esto sin olvidar que, cualquiera que sean las premisas morales, la argumentación tampoco asegura la unidad de solución justa.

En resumen, aunque Zagrebelsky comparte algunos temas y argumentos propios del Derecho natural, no creo que sus tesis fundamentales resulten incompatibles con el positivismo metodológico. Es verdad que su modelo de jurista parece comprometido con el horizonte de valores constitucionales, si bien esta perspectiva interna característica de la dogmática tampoco impide el desarrollo de un punto de vista externo en el ámbito de la teoría del Derecho, e incluso de dogmáticas inmersas en contextos menos «sustancialistas». Asimismo, sus alusiones a una realidad que se vivifica y adquiere valor en contacto con los principios (*ibidem*, p. 184), hasta el punto de que «las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla» (*ibidem*, p. 207) (eso sí, merced a la Constitución) acaso parezcan algo sorprendentes para un positivista que no tuviera en cuenta las consecuencias del régimen constitucional de principios. O, en fin, su insistencia en que todo en los principios recuerda al Derecho natural tal vez termine siendo algo excesiva, si es que sólo pretende establecer una analogía funcional.

Sin embargo, nada hay en la obra de Zagrebelsky que represente un ataque al corazón mismo del positivismo metodológico: ni un Derecho metafísico o supraempírico, sino la constante referencia a la sociedad como fuente de todo sistema; ni tampoco una confianza ciega en la razón para descubrir una moral correcta y universal, sino más bien un relativismo sociológico que apela a las convicciones morales del tiempo histórico; ni tampoco, en fin, el sometimiento de la validez a la justicia según la vieja fórmula de la *corruptio legis*: sin duda, en la medida en que una cierta concepción de la justicia se incorpora a la Constitución, las normas que se aparten de la misma serán normas inválidas, pero sólo y exclusivamente en esa medida; no hay, como parece haber en Alexy o Dworkin (*vid.* más ampliamente L. Prieto, 1995), injusticias notorias o insoportables que no sean inconstitucionalidades manifiestas.

8. EN FAVOR DE UN CONSTITUCIONALISMO MODERADAMENTE POSITIVISTA

Es sabido que en la vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo algunas veces se pretende debilitar al adversario poniendo en su boca palabras insostenibles que nunca pronunció o simplificando hasta la caricatura sus ideas fundamentales. No digo que este sea el caso de Zagrebelsky, quien por otra parte no pretende analizar los términos de dicha polémica, pero sí creo que su reiterada crítica al positivismo hubiera requerido algunas matizaciones, pues ni toda la rica cultura jurídica alentada por el constitucionalismo resulta incompatible con la concepción positivista del Derecho ni, sobre todo, su conexión con el venerable Derecho natural puede ir mucho más allá de una licencia literaria. Es más, pienso que el más vigoroso hilo conductor de *El Derecho dúctil*

constituye un magnífico ejemplo del positivismo en una de sus modalidades más descarnadas, que es una cierta versión del sociologismo historicista: para Zagrebelsky las claves de un sistema jurídico sólo se explican desde su contexto social y político, los enunciados lingüísticos casi permanecen mudos mientras no se vivifican y adquieren sentido en su tiempo y en presencia de los «casos»; y estos elementos extrajurídicos se muestran a la postre más poderosos que la propia norma. Acaso el problema resida en que, como hemos visto, bajo la etiqueta de positivismo se presentan tesis muy diferentes, no implicadas entre sí e incluso, en ocasiones, abiertamente contradictorias. Sin embargo, si entendemos que positivistas son Kelsen, Bobbio, Ross o Hart resulta que, en líneas generales, la doctrina en cuestión se reduce a un método, en parte a una teoría y de ninguna manera a una ideología. Más concretamente, en opinión de Hart, éstas serían las tres tesis fundamentales del positivismo: primera, que, si bien existen relaciones contingentes entre el Derecho y la moralidad, aquél puede y debe ser definido con independencia del juicio moral que nos merezca o, como suele decirse, que es preciso diferenciar entre el Derecho *que es* y el Derecho *que debería ser*; de donde se deduce —añadimos nosotros— que la existencia del Derecho en principio no nos dice nada, ni a favor ni en contra, sobre la obligación de obediencia al mismo. Segunda, que el Derecho encarna una práctica social verificable, ya en forma de enunciados lingüísticos, ya en forma de costumbres; no encierra nada metafísico ni misterioso y, por eso, puede captarse como cualquier fenómeno social. Tercera, que lo que pudiéramos llamar el Derecho legislativo resulta vago, ambiguo, lagunoso, contradictorio, etc., de manera que en su aplicación existe siempre un mayor o menor grado de discrecionalidad (*vid.* H. Hart, 1979, pp. 3 ss.).

Pues bien, no se trata de defender o de criticar un *nombre* prestigioso o desprestigiado, pero la verdad es que los principales embates de Zagrebelsky se dirigen contra un positivismo que ya nadie sostiene. Nadie sostiene, en primer lugar, que el único esquema posible de norma jurídica sea aquel donde se conecta un supuesto de hecho a una consecuencia o resultado mediante un nexo deóntico. Nadie sostiene el monopolio de la ley como fuente del Derecho, sino que más bien se reconoce su profunda crisis. Nadie sostiene tampoco la concepción mecanicista de la interpretación. Y, en fin, resultaría aún mucho más sorprendente que un positivista tratara hoy de identificar la ley con la justicia.

Pero prescindamos de los *nombres* y acudamos a las ideas. ¿Es el Derecho un producto social, histórico y cambiante, que sólo puede ser explicado en función de su contexto y de su tiempo? Creo que pocos autores ofrecerían una respuesta afirmativa más rotunda que Zagrebelsky. ¿Es el Derecho una construcción abierta y porosa que permite siempre un margen de discrecionalidad donde el intérprete se erige en responsable jurídico, pero también moral y político, de la decisión que adopta? De nuevo, pienso que nuestro autor respondería afirmativamente e incluso lo haría con un ejemplo: el caso Serena.

Nos queda, por tanto, un último y amplio interrogante, que en verdad Zagrebelsky no llega a plantear de forma minuciosa: para comprender el Derecho, ¿hemos de asumir o sentirnos comprometidos con su horizonte axiológico?; si la Constitución desempeña frente a las demás fuentes del Derecho la misma función que antaño desempeñó el Derecho natural en relación con el orden positivo, ¿hemos de dar por cerrada la discusión sobre la justicia más allá o por encima de la Constitución?; finalmente, al margen de sus cualidades «científicas» desde el punto de vista de la explicación del Derecho, ¿qué actitud resulta «cívicamente» más meritoria o plausible? Procuraremos dar sucinta respuesta a estas preguntas.

Como hemos indicado, Zagrebelsky no entra en polémicas acerca del famoso «punto de vista» que, en cambio, tanto entretiene a los filósofos del Derecho. Sin embargo, fácilmente se podría interpretar que el constitucionalista de la *mitezza*, que es un sujeto activo en la recreación del Derecho Constitucional, no sólo debe conocer perfectamente el sistema de valores en que descansa el orden jurídico, sino que también ha de compartirlo y sentirse obligado por el mismo. Es más, nuestro constitucionalista se muestra capaz de distinguir la simple ley constitucional o reforzada de la Constitución material o, según dice el autor, aquello que opera realmente como fundamento, que ni siquiera precisa hallarse en los textos normativos (G. Zagrebelsky, 1992, p. 5), de aquello otro que, aun recogido en la ley o en la Constitución, resulta accesorio susceptible de negociación por las sucesivas mayorías; con la particularidad de que «lo que es verdaderamente importante» aparece una y otra vez revestido con los ornamentos del Derecho natural, es decir, como criterio inapelable de lo justo y de lo injusto.

Esta última es una afirmación fuerte que, en mi opinión, únicamente puede ser mantenida si por justicia entendemos sólo la justicia legal o positiva. El problema es que en la cultura jurídica que hoy se abre paso la alusión a la justicia presenta, como hemos visto, una indubitada dimensión moral; cuando Dworkin dice que los principios constitucionales encarnan criterios de justicia se refiere, sin discusión, a una justicia plenamente imbricada en la moralidad, que reclama aceptación moral sentimientos de obligatoriedad. Y esto conduce a una suerte de «absolutización» de la Constitución, a una legalización de la moral o, lo que es lo mismo, a la peor versión del positivismo, que es el positivismo ético o ideológico: si la Constitución es el Derecho natural fácilmente puede sentir la tentación de compartir con éste su pretendido carácter –históricamente siempre desmentido– de «verdad indiscutible».

Pero no creo que Zagrebelsky llegue tan lejos, entre otras cosas porque se muestra muy poco proclive a las verdades indiscutibles: «el único contenido “sólido” que la ciencia de una constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de los valores y principios» (*ibidem*, p. 21). Por otra parte, es cierto que el constitucionalista que propugna nuestro autor dista de ser un formalista sólo preocupado por las jerarquías y las competencias, pero tampoco necesita convertirse en un mojigato del sistema. Su

modelo de ciencia del Derecho bien puede aproximarse al propuesto por Ferrajoli, que, de un lado, asume la perspectiva ilustrada y positivista a propósito de la separación entre Derecho y moral y que, precisamente por ello, admite una *crítica externa* al Derecho (y a la Constitución) desde la perspectiva de la moralidad (*vid.* L. Ferrajoli, 1989, p. 197); pero también que, de otro lado, permite desarrollar una *crítica interna*, es decir, una denuncia de las infracciones o de los cumplimientos insatisfactorios de los principios y reglas constitucionales (*ibidem*, pp. 158 ss., y 892 ss.).

Tal vez aquí sea procedente recordar la distinción kelseniana entre sistemas estáticos y dinámicos. Como es sabido, desde un punto de vista dinámico la validez de una norma residiría exclusivamente en el hecho de haber sido dictada por un órgano competente habilitado por el sistema; mientras que desde el criterio estático la validez vendría dada por la conformidad con el contenido de una norma superior (*vid.* H. Kelsen, 1960, pp. 203 ss.). Kelsen pensaba –y pensaba con razón en su tiempo– que el juicio de validez jurídico era un juicio dinámico, lo que en verdad no excluye la actitud «crítica» que predica Ferrajoli, pero la reduce al mínimo, dado que función del jurista sería simplemente comprobar que la norma en cuestión ha sido dictada por el órgano competente. El «principalismo» de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio estático y aquí la actitud «crítica» cobra todo su valor, pues afirmar que cierta norma o decisión vulnera, por ejemplo, el principio jurídico de igualdad no difiere sustancialmente de afirmar que vulnera el principio moral de igualdad. Cabe decir, en palabras de Gianformaggio, que «el nexo dinámico entre las normas, es decir, la apelación al poder, tan sólo puede *informar* de la validez de una norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el recurso a la razón, está en condiciones de *justificarla*» (L. Gianformaggio, 1991, p. 470). Y justificar significa aquí desarrollar una argumentación donde el principio constitucional actúa *como si* fuese un principio moral, sin ser necesariamente un principio moral «bueno» y, desde luego, sin poner fin al debate sobre la justicia a propósito tanto del principio como de la norma enjuiciada.

Pero la «absolutización» de la Constitución puede tener, también desde la óptica del enjuiciamiento externo de la norma, otra consecuencia negativa, y es que el debate sobre la justicia o injusticia material de las leyes queda adormecido y casi por completo desplazado al momento constituyente. Esto sucede en Habermas (*vid.* 1981, I, p. 338; y II, p. 252) y también en Nino o Kriele. De la democracia entendida como sucedáneo del discurso moral se deduce: primero, «que las prescripciones jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de que haya razones para actuar»; y segundo, que dicho origen «permite fundamentar la observancia de las prescripciones democráticas aun en aquellos casos particulares en los que nuestra reflexión individual nos da la certeza de que son moralmente incorrectas» (C.S. Nino, 1994, pp. 188 ss.); es decir, que «por paradójico que suene, (hay) razones morales para obedecer una ley que desaprobamos por razones morales» (M. Kriele, 1975, p. 24).

La conclusión no deja de ser desconcertante: si hacemos caso a Dworkin o Alexy, resulta que las leyes «muy» injustas no son Derecho; pero si atendemos a estos otros autores, que comparten sus mismas premisas, resulta que las leyes que juzgamos injustas en conciencia generan, sin embargo, un deber moral de obediencia. Por eso, coincido aquí con las palabras de Laporta: «si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de “autoridad” y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción *a priori* a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho» (F. Laporta, 1993, p. 120). Con lo cual, la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento, y lo segundo porque éstos se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso, de autoridad democrática. La moral estaría presente en el derecho pero, a diferencia del viejo iusnaturalismo, rehusaría el enjuiciamiento del contenido de las normas; sería una moral puramente procedimental (*vid.* J. Habermas, 1987, p. 168).

En este aspecto, escribe Zagrebelsky, que «la ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva», si bien «puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución» (G. Zagrebelsky, 1992, p. 239); la moral juridificada se agota, pues, en la Constitución porque, más allá, la ley puede tener cualquier contenido. Pero ¿«valer» en qué sentido?, ¿en sentido jurídico o también moral?, ¿en el sentido de «perteneciente al sistema» o en el sentido de «moralmente obligatoria»? Si es lo primero no hay nada que objetar, pero si es también lo segundo, la proposición resulta mucho más discutible: que el juez no esté llamado a escrutar la moralidad de las normas que aplica y que se conforme con examinar su constitucionalidad no impide que tal escrutinio se realice por un observador algo más externo, por ejemplo, por cualquier ciudadano, quien acaso puede rehusar su cumplimiento como deber moral. Un motivo más para mantener separadas la moral legalizada de la moral crítica o racional (subjética si se quiere, pero a la postre la única válida para cada sujeto), o sea, para mantener el tipo de aproximación que propugna el positivismo metodológico.

9. OBSERVACIÓN FINAL

Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido. Tal vez pueda decirse que numerosas críticas parten de una visión equivocada o parcial de lo que el positivismo significa y que, tomando la parte por el todo, dan por muerto al adversario prematura-

mente. Pero, sea como fuere, la superación del positivismo parece haberse convertido en el lema del actual pensamiento jurídico, desde las dogmáticas más apegadas a la exégesis de textos a las concepciones de filosofía política y del Derecho pretendidamente más generales, pasando desde luego por el constitucionalismo, que acaso represente el punto de intersección de todas estas voces; el punto donde las dogmáticas pueden enlazar con una moral positivizada, y donde las filosofías pueden encontrar un banco de pruebas para la verificación de sus tesis.

A mi juicio, el gran mérito del antipositivismo es que ha sabido actuar como saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo legalista del Estado liberal decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral y política. De entrada, y como hemos visto, hoy resulta muy difícil mantener buena parte de las tesis atribuidas al positivismo teórico, capítulo en que ha sido mayor la incidencia del nuevo constitucionalismo. Seguramente, y creo coincidir aquí con Zagrebelsky, sólo la tesis de la discrecionalidad sigue contando con mejores razones que la tesis contraria de la unidad de solución correcta.

También la crítica a la tesis de la neutralidad o de la no conexión necesaria entre Derecho y moral resulta comprensible, aunque me parezca desenfocada. Y es comprensible porque las ideas tradicionales entre los juristas del foro y de la Universidad han supuesto durante décadas una premeditada postergación de la dimensión moral y política del Derecho; en parte, debido a una errónea comprensión de la famosa tesis positivista de la separación conceptual, pero en gran parte también por comodidad y por el deseo de mantener la ficticia vitola de cientificidad profesional, los juristas han contribuido muchas veces a ocultar que los problemas jurídicos eran al mismo tiempo problemas de moralidad y de poder. Sospecho, sin embargo, que todos han estado persuadidos de que la predicada autonomía de su objeto y de su saber reposaba en una pequeña mentira; han sido conscientes de que su lema favorito, «la ley es la ley», era una verdad a medias que ocultaba que la ley es además expresión de la voluntad del poder y que encarna un cierto punto de vista sobre la justicia. De manera que el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo apoyo teórico para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían.

Sin embargo, este constitucionalismo a medio camino entre la dogmática y la filosofía política acaso se haya limitado a sustituir una ficción por otra. Seguramente, ésta es una crítica que no debe dirigirse a Zagrebelsky, pero creo que sí al conjunto de la literatura jurídica de la que forma parte *El Derecho dúctil*. Y es que, en efecto, hoy todos parecen ser conscientes de que con el Derecho estricto y las viejas herramientas interpretativas no es posible mantener la venerable imagen de neutralidad y cientificidad, pero, en lugar de abandonarla, prefieren aferrarse a ella e

intentar resolver los problemas invocando los principios de una moralidad más o menos objetiva y cognoscible; con lo cual, en fin, esa moralidad viene a desempeñar la misma función sedante sobre la conciencia de los juristas que antes satisfacía sólo el Derecho. La teoría de los principios no representa así un llamamiento a la responsabilidad moral y política del intérprete, sino el bálsamo de su carencia. Todo sigue casi igual que antes: la profesión de jurista se ha salvado, e incluso ya no hace falta mentir acerca de la autosuficiencia del Derecho, ni ocultar el papel de las concepciones morales. La cuestión es precisamente si merece la pena mantener esa imagen o si, por el contrario, no será preferible mostrar todas las cartas y confesar que los operadores jurídicos son titulares de un poder de decisión, aunque de un poder de naturaleza distinta a la que encarna el legislador.

Y este poder de decisión del legislador y de los jueces, por más que se ejerza en el marco de un modelo constitucional basado en el respeto a los derechos fundamentales y a la soberanía popular, no deja de ser un poder de decisión enjuiciable desde la perspectiva externa de una moral crítica. El lema de que hoy *veritas, non auctoritas, facit legem* representa una exageración, acaso útil para mostrar la distancia con el Estado de Derecho decimonónico, pero que no se puede aceptar en términos literales. El Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad. Por ello, incluso ante sistemas que nos parezcan globalmente justos, cualquier presunción a propósito de la moralidad intrínseca de sus normas ha de tomarse con suma cautela; al menos, con tanta cautela como ancha es la distancia que separa el horizonte moral que figura en el frontispicio de la Constitución española de 1978 y la realidad cotidiana de nuestro Derecho en acción.

En suma, la tesis positivista de que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral no queda desmentida por el hecho de que circunstancialmente pueda darse esa relación, como ocurre en el Estado constitucional. Pero, a su vez, ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y que nos permite mantener en su integridad las exigencias de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender y, sobre todo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, también en el marco de sistemas relativamente justos; enfoque externo que, por otro lado, tampoco impide una crítica interna a partir de los parámetros constitucionales. Ningún fetichismo es bueno y, si antes triunfó el fetichismo de la ley, hoy parece imponerse el de la democracia representativa; si antes se partía de la ficción de que el Estado liberal era la implantación terrenal del Derecho de naturaleza, hoy se presume con no mejores argumentos que la democracia representativa, sustentada en una Constitución integradora del pluralismo, es la realización de alguna suerte de ética comunicativa. Ni qué decir tiene, por último, que el punto de vista externo del positivismo sigue resultando indispensable para cualquier teoría del Derecho que pretenda explicar el fenómeno jurídico en contextos diferentes al del Estado constitucional.

OBRAS CITADAS

- AAVV (1953), *La crisi del Diritto*, CEDAM, Padova. Hay traducción de M. Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- AARNIO, A. (1987), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1991.
- (1990), «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, 8.
- ALEXY, R. (1978), *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989.
- (1988), «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa*, 5.
- (1989), «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», trad. de P. Larrañaga, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993.
- (1994), *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- ARAGÓN, M. (1986), «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17.
- (1989), *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid.
- ATIENZA, M. (1991), *Las razones de Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
- BOBBIO, N. (1961), *Il positivismo giuridico*. Giapichelli, Torino, 1979.
- (1971), «Quale giustizia, quale legge, quale giudice», en *Quale Giustizia*, II, 8.
- (1980), *Contratto Sociale, oggi*, Guida Editori, Napoli.
- CARNELUTTI, F. (1930), «La crisis della legge», en *Discorsi intorno al Diritto*, CEDAM, Padova, 1937.
- (1946), «La crisi del Diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, II, CEDAM, Padova, 1953.
- CHICO ORTIZ, J. M. (1979), «Los principios jurídicos constitucionales e institucionales en el tráfico jurídico inmobiliario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- DE CASTRO, F. (1949), *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE DIEGO, F. C. (1979), Prólogo al libro de G. del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, 3.^a ed., Bosch, Barcelona.
- DÍEZ PICAZO, L. (1973), *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- DREIER, R. (1981), «Derecho y Moral» en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (compilador), Ed. Alfa, Barcelona, 1985.
- DWORKIN, R. (1977), *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- (1977), (b), «No Right Answer?», en *Law Morality and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford.
- (1986), *Law's Empire*, Fontana Press, London. Hay traducción de L. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- EZQUIAGA, F. (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati.
- FERRAJOLI, L. (1989), *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2.^a ed., 1990.
- GARCÍA-PELAYO, M. (1977), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

- GARRIDO FALLA, F. (1979), «El artículo 53 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21.
- GARZÓN, E. (1992), «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid.
- GIANFORMAGGIO, L. (1991), «Cosa resta nella Allgemeine.Theorie der Normen dei sistemi normativo statici e dinamici?», en *Sistemi normative statici e dinamici. Analisi de una tipologia kelseniana*, Giapichelli, Torino.
- GUASTINI, R. (1986), «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo a l'analisi del ragionamento giuridico», en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, pp. 173 y s.
- (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giapichelli, Torino.
- (1993), *Le fonti del Diritto e L'interpretazione*, Guiffre, Milano.
- HABERMAS, J. (1981), *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de M. Jiménez Redondo, 2 vols., Taurus, Madrid, 1987.
- (1987), «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991.
- (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt.
- HART, H. (1977), «American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», *Georgia Law Review*, 11.
- (1979), «El nuevo desafío al positivismo jurídico», *Sistema*, núm. 36, 1980.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1986), *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Tecnos, Madrid.
- HESSE, K. (1966), «Concepto y cualidad de la Constitución», en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.
- (1966) (b), «La interpretación constitucional», en *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, CEC, Madrid, 1983.
- HOBBS, T. (1642), *Del ciudadano*, trad. de A. Catrysse, con introducción de N. Bobbio, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966.
- HOERSTER, N. (1992), *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona.
- KELSEN, H. (1928), «La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)», trad. de J. Ruiz Manero, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
- (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo de la 2.ª ed. alemana, UNAM, México, 5.ª ed, 1986.
- KRIELE, M. (1975), *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LAPORTA, F. (1993), *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México.
- LA TORRE, M. (1993), «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16.
- MACCORMICK, N. (1982), «Law, Morality and Positivism» en N. MacCormick y O. Weinberger, *Il Diritto come istituzione*, a cura de M. La Torre, Giuffrè, Milano.
- (1986), «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», trad. de M. Atienza y J. Ruiz Manero, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, J. Betegón y J. R. de Páramo (coords.), Ariel, Barcelona, 1990.
- MATTEUCCI, N. (1963), «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, XVII, núm. 3.

- NIETO, A. (1983), «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. I.
- NINO, C. S. (1994), *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.
- PAREJO, L. (1990), *Constitución y valores del ordenamiento*, Ramón Areces, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1984), *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- (1993), *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- PINTORE, A. (1990), *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Napoli.
- PRIETO, L. (1985), «Teoría del Derecho y filosofía política en R. Dworkin», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14.
- (1987), *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid.
- (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid.
- (1993), «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 38.
- (1994), «La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas», en J. Betegón y otros, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha.
- (1995), *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México (en prensa).
- RAZ, J. (1979), *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de M. Tamayo, UNAM, México, 1982.
- RIPERT, G. (1949), *Le declin du Droit*, LGDJ, París.
- RUBIO, F. (1979), «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- (1984), «Prólogo» al libro de E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid.
- (1986), «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 16.
- (1988), «Problemas de la interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 3-4.
- (1991), «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31.
- SALVADOR CODERCH, P. (1985), *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona.
- SCHMITT, C. (1931), *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid, 1983.
- SOPER, P. H. (1984), *Una teoría del Derecho*, trad. de R. Caracciolo, CEC, Madrid, 1993.
- TARELLO, G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano.
- TARUFFO, M. (1989), «La giustificazione delle decisioni fondate su standar», en *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura de P. Comanducci y R. Guastini, Giapichelli, Torino.
- TROPER, M. (1988), «Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del Diritto», trad. de P. Comanducci, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, núm. 1.
- VERNENGO, R. (1977), *La interpretación jurídica*, UNAM, México.
- ZAGREBELSKY, G. (1992), *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 1995 (en prensa, cito por el original mecanográfico).
- WROBLEWSKY, J. (1989), «Sentido» y «hecho» en el Derecho, Universidad del País Vasco, San Sebastián.