

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: UNA NOVELA SOBRE EL OTRO LADO DEL DERECHO

Andrés Ollero Tassara

La interpretación y argumentación jurídicas en el Estado constitucional se han convertido en tema de generalizado tratamiento en la teoría del derecho, generando cuantiosas aportaciones desde perspectivas muy diversas. Consciente de ello, me limitaré a centrar mi análisis en las de dos autores que han sido más recientemente objeto de mi atención.

Me ha llevado a ello la preocupación por el control de constitucionalidad de las normas, que une a ambos por diverso motivo. En el caso de Ronald Dworkin las resoluciones del Tribunal Supremo estadounidense constituirán una habitual piedra de toque de sus propuestas de filosofía política. Por su parte, el constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky fue magistrado de la Corte Constitucional; la llegó incluso a presidir, siguiendo la pauta allí en vigor que atribuye dicha responsabilidad a su miembro más antiguo¹.

Coinciden ambos también en un neto rechazo a teorías del derecho fundadas en el *positivismo*, aunque desde diverso punto de partida. A Dworkin no le produce particular sobresalto que se le emparente con el *iusnaturalismo*²; no deja de parecerme razo-

¹ No duda en evocar “*la experiencia de nueve años pasados en la Corte Constitucional a los que, naturalmente, creo deberles mucho*”. Lo concreta, sobre todo, en “*la idea del doble espíritu del derecho, hilo conductor de nuestro trabajo*”, que le lleva a constatar que “*el juicio jurídico incorpora siempre valoraciones de justicia material y, por lo tanto, no se agota en la aplicación de fórmulas legislativas. La experiencia dice que estas valoraciones no son pre-juicios que haya que evitar o influencias abusivas de las que el buen jurista deba desconfiar y protegerse, sino que son componentes esenciales de lo que debe entenderse por «derecho». Como tales, deben cultivarse abiertamente, con la conciencia de que por esta vía se restaura la auténtica estructura dual del derecho, una estructura que las reducciones positivistas —la reducción del derecho a ley y la reducción de la ley a instrumento de poder— han oscurecido durante mucho tiempo. Cuando se está «ante la ley» se está también «dentro» de algo muy diferente que condiciona la propia ley. Esto es lo que dice la experiencia*”: Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 12.

² “*Hay una etiqueta particularmente maldita: nadie quiere ser llamado iusnaturalista. El iusnaturalismo insiste en que el ser del Derecho depende de alguna forma de lo que el Derecho debe*

nable, aunque desde mi enfoque personal no llegue a compartir su modo de entender el manejo de los términos derecho y moral³. Zagrebelsky, por el contrario, criticará de modo drástico al derecho natural, para ofrecer una alternativa que habríamos de vincular al *posmodernismo*, dado su enojo si se lo enmarcara sin más en el llamado *pensiero debole*⁴.

Los buenos conocedores de los escritos de ambos autores no habrán tenido gran dificultad a la hora de descifrar el título, aparentemente enigmático, de mi intervención. A Dworkin su opción por la *integridad*⁵ en la interpretación de la Constitución le lleva a entender las responsabilidades de los magistrados del Tribunal Supremo como si contribuyeran a elaborar una gran novela⁶, a la que cada uno agregaría un nuevo capítulo en adecuada continuidad con los anteriores.

*ser. Esta afirmación parece metafísica o al menos vagamente religiosa. En cualquier caso parece decididamente incorrecta. Por tanto, si alguna teoría del Derecho se muestra como iusnaturalista, puede excusarse a la gente que no le preste mayor atención. En los últimos años, hemos intentado defender una teoría acerca de cómo los jueces deben decidir los casos. Algunos críticos (aunque no todos) la consideran iusnaturalista y, por esa razón, la rechazan. Desde luego, hemos respondido a esta acusación con la consabida y piadosa objeción de que es mejor fijarse en las teorías que en las etiquetas". "Si toda teoría que determina que el contenido del Derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo.": Dworkin, R., "Retorno al Derecho «Natural»", en Betegón, Jerónimo y Juan Ramón de Páramo, *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 23.*

³ De ello me he ocupado en "En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural", ponencia presentada en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 18 de febrero de 2014. Para una fácil percepción de mi discrepancia, vid. "Derecho y moral: una relación desnaturalizada", en Ollero, Andrés, García Amado, Juan Antonio y Del Llano, Cristina Hermida, *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 11-51.

⁴ Lo considera un epíteto descalificatorio, de matriz católica, que consideraría a sus defensores responsables de "*las amenazas externas a la identidad europea —antes de la del bolchevismo internacional, hoy la del Islam—: todo ello en un ambiente de debilitación moral, del que el llamado «pensiero debole» sería el coronamiento filosófico*": Zagrebelsky, G., *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Bari, Laterza, 2010, pp. 70-71.

⁵ "*La interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de integridad constitucional. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y el futuro que, en conjunto, elaboran una moral constitucional coherente*": Dworkin, R., "La lectura moral y la premisa mayoritarista", en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 110. "*Integridad no es coherencia; es algo más y algo menos a la vez. La integridad requiere que las normas públicas de la comunidad sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta. Una institución que acepta dicho ideal se alejará, a veces, por esa razón, de la angosta línea de las decisiones anteriores en búsqueda de fidelidad a los principios concebidos como más importantes al esquema en su totalidad*": Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, p. 160.

⁶ "*Imaginemos, pues, que un grupo de novelistas se compromete en un proyecto particular. Echan suertes para determinar el orden de intervención*" y cada uno "*ha de añadir un capítulo a la novela, y lo ha de escribir de forma tal que logre que la novela esté construida como la mejor novela posible. Cuando completa su capítulo, envía los dos capítulos al siguiente novelista*". "Se

Zagrebelsky, más preciso en la vertiente crítica que preocupado por perfilar su alternativa, resaltaré la existencia práctica de *otro lado del derecho*⁷, notablemente presente en la Constitución; desconocer esa realidad llevaría a desplegar una teoría jurídica ininteligible.

Habrà por tanto que profundizar en diversos elementos ya apuntados, que llevan a ambos autores a resaltar el papel protagonista que corresponde a la interpretación del derecho y a su dimensión argumentativa. Como consecuencia, también ambos descartarán el *normativismo*, tan vinculado al positivismo⁸, para insistir en el inevitable juego de los *principios*.

Debo sin duda comenzar por plantear qué entiendo por *iusnaturalismo*, para poder así enmarcar adecuadamente la alternativa al positivismo jurídico implícita en la teoría de Dworkin. Considero iusnaturalista la constatación de la existencia de *exigencias* propiamente *jurídicas*, lógicamente *previas* a su deseable reconocimiento constitucional o legal. Su objetiva realidad radica en un determinado concepto de la *naturaleza* humana, vinculado inevitablemente a una *antropología* jurídica⁹. Esto implica que a tal *naturaleza* no se la entiende en sentido fáctico, que llevaría a incurrir inevitablemente en una falacia naturalista, sino con una obvia dimensión ética. Todo humano es por naturaleza emplazado a desarrollar su libertad de tal modo que su existencial despliegue respete las esenciales exigencias de su naturaleza.

Conscientemente o no, esto se suscribe en la práctica jurídica habitual, ya que difícilmente podríamos rechazar —como hace la Constitución española, en su artículo 15— los “tratos inhumanos y degradantes”, si no admitimos que tenemos una naturaleza que permite discernir lo *humano* de lo inhumano, así como marcar un exigible *grado* de respeto capaz de determinar qué trato habría de estimarse degradante. Reenviar todo ello a la voluntad de los titulares de los poderes del Estado convertiría tal exigencia constitucional en mera verborrea.

Dworkin admite que, en el plano lógico, nos movemos en una dimensión *previa* a lo moral y a lo jurídico. “*Hemos de remontarnos mucho más atrás; no debemos fijarnos*

espera que los novelistas se tomen sus responsabilidades seriamente, y reconozcan el deber de crear, tanto como puedan, una novela singular y unificada”: Dworkin, R., “Retorno al Derecho «Natural»” (*ob. cit.*, nota 2), p. 25.

⁷ Encontraremos en “*la constitución el otro lado del derecho, recuperando la dimensión del ‘ius’ del único modo hoy posible, tras el ocaso de todas las otras sustancias jurídicas*”: *Il giudice delle leggi: artefice del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 45.

⁸ Los normativistas, “*para alejar los pensamientos desagradables y las grietas que la simple observación de la práctica abre en sus construcciones, piensan que puede reducirse todo a la objetividad de la norma y nada a la subjetividad de la percepción del caso. Esta es, sencillamente, una percepción falsa, como lo demuestra el hecho de que incluso el llamamiento a una interpretación más rigurosa de la ley, la exclusivamente literal, puede esconder (aunque bajo una mentira) el argumento sustancial más apremiante que el caso propone*”: Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (*ob. cit.*, nota 1), p. 169.

⁹ Zagrebelsky no duda en suscribir este último elemento: “*cualquier gran concepción constitucional presupone una determinada «visión del hombre*”. “*Todas las doctrinas de los derechos inspiradas en el humanismo laico se justifican sólo en el ámbito de una antropología positiva*”: *El derecho dúctil. Ley, justicia, derechos*, Madrid, Trotta, 1995, p. 105.

*en principios claramente políticos, ni siquiera morales, sino más bien en principios que identifiquen los valores más abstractos de la condición humana*¹⁰.

A este entendimiento del iusnaturalismo debo añadir un segundo aspecto que, por razones históricas, tiende a olvidarse en la polémica jurídico-política. Ese *derecho natural*, como cualquier otra realidad objetiva, no tiene dueño. Se haya disponible para cualquier intento racional de desentrañar sus exigencias; estará, por supuesto, inevitablemente sometido al condicionamiento subjetivo que tales intentos llevan siempre consigo. Dicho de otra manera; a nadie puede escandalizar que a la hora de captar y desarrollar esas exigencias se susciten discrepancias, presentes igualmente en cualquier otro intento de conocimiento de realidades objetivas. No tendría tampoco sentido admitir, en términos civiles, la existencia de una interpretación auténtica de las mismas desde instancias ajenas al propio marco institucional. No deja de resultar significativo que John Rawls, en su intento de llegar a perfilarlas, deje claro que “*en un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo*”¹¹; o sea, la del Constitucional en los sistemas de control no difuso sino *concentrado*.

Zagrebelsky, por su parte, enlazará su crítica al positivismo con ese carácter *previo* de unos elementos propiamente jurídicos que, no pocas veces inconscientemente, se hace inevitable presuponer. “*Cuando se está ‘ante la ley’ se acaba llevado, en medida máxima el constitucionalista, ‘oltre la legge’*. Esto implica la honesta autocondena del positivismo”. “*Todos los que tienen experiencia práctica del derecho, la única conforme a la naturaleza del derecho, saben perfectamente que su esfuerzo se concentra precisamente en determinar eso que hay oltre la legge, donde están concepciones y convicciones acerca de las relaciones sociales de las que la ley misma depende*”¹². Para concluir: “*Es preciso remitirse a algo que está más allá y antes*”.

Aludiendo ya a su propia experiencia, resaltará que “*la inconstitucionalidad como irrazonabilidad es, de modo evidente, la apertura a otra dimensión del derecho, distinta de la de la ley positiva*”; “*el otro lado del derecho, el lado material, hace su triunfal reaparición, para rescatar la originaria estructura dualista del derecho*”¹³. Lamentar las posibles consecuencias no tendría mucho sentido. “*La cuestión no es si sea bueno que los juristas, en sus operaciones, se refieran a algo que está antes de las normas puestas*”; resulta inevitable. “*Oscurecer este aspecto de la actividad del juez no signi-*

¹⁰ Dworkin, R., *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 24.

¹¹ J. Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, p. 266. La asunción por la jerarquía católica de dicha interpretación auténtica, a la que nada cabe objetar desde un punto de vista confesional, puede explicar el notable despego de un Dworkin que ofrece como legado póstumo su *Religion without God* (Cambridge, Massachusetts & London, Harvard University Press, 2013) así como la aparatosa alergia de Zagrebelsky en *Scambiarsi la veste* (*ob. cit.*, nota 4) o “*Stato e chiesa. Cittadini e cattolici*”, *Diritto Pubblico* (XIII-3), 2007, entre otras publicaciones.

¹² “*Y que esta determinación no es un enfrentamiento de voluntades o arbitrios subjetivos sino la honesta búsqueda común de una sustancia que no está en la ley*” sin que sea “*la tentativa de prevaricación de la voluntad de unos sobre la de otros, necesariamente en nombre de la fuerza*.”: Zagrebelsky, G., *Il giudice delle leggi: artefice del diritto* (*ob. cit.*, nota 7), pp. 19-20 y, en lo que sigue, 21. Cuando se citan textos de la versión original italiana, la traducción es propia.

¹³ Zagrebelsky, G., *Il giudice delle leggi: artefice del diritto* (*ob. cit.*, nota 7), pp. 47-48.

fica eliminar los problemas sino remitir su solución a la pura y simple subjetividad del juez¹⁴. Así, en efecto, hacen los positivistas¹⁵.

Jugará aquí un relevante papel el discutido aserto de Böckenförde, para el que “*El Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no puede garantizar. Éste es el gran peligro que se ha asumido por amor a la libertad*”. Resultará demasiado provocativo para el estridente laicismo de Zagrebelsky; nada amigo de la posterior aportación habermasiana, considera que con ello no se pretende sino “*resituar a la religión en la base de la vida política, no tanto en interés de la religión, cuanto en interés de la política: un mandato de la post-secularización*”¹⁶.

En cualquier caso, la metáfora literaria de Dworkin habría de quedar excluida. No solo pierde sentido una presunta *novela* escrita por múltiples manos, sino que ni siquiera cabría hablar de la existencia de una *doctrina constitucional*¹⁷. Dado que “*todo caso propiamente constitucional está necesariamente inmerso en aquél non scritto constitucional, debemos reconocer que todo juez, sea o no consciente de ello, actúa movido por ideas generales orientadoras que existen antes de la Constitución*”¹⁸.

El presunto iusnaturalismo de Dworkin se ve escenificado en los notables esfuerzos del juez Hércules por mantener viva la *integridad* constitucional. Su captación de exigencias meta-positivas gira en torno a la igualdad y al consiguiente trato al otro como un igual¹⁹. Zagrebelsky toma nota de que “*el rechazo a circunscribirse al derecho puesto ha valido a Dworkin la calificación —o acusación— de iusnaturalismo*”, o la de

¹⁴ Eso explicaría “*la sorpresa de los críticos de Dworkin que notan cómo su inicial pretensión de elaborar una doctrina para poner bajo control la discrecionalidad del juez, acabaría aumentando grandemente los márgenes de valoración*”: Zagrebelsky, G., “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* (31), 2002: *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, Giuffrè, Milán, 2002, t. II, pp. 884-885.

¹⁵ “*El positivismo legal, con su simplista teoría sobre la interpretación, suponía como algo ya dado el contexto unitario de sentido y de valor que permitía ocultar e ignorar «la otra vertiente» de la interpretación: ocultarla e ignorarla, pero no anularla*”: Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), p. 171.

¹⁶ “*El Estado no puede de hecho, con sus únicas fuerzas, suministrarse sus propios presupuestos*”, pero podría “*legítimamente buscarlos más allá, en el cristianismo*”: Zagrebelsky, G., “Sobre el dicho: ‘el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar’. Este es el gran riesgo que se asume por amor a la libertad”, en *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, vol. I, p. 1336. Cfr. también *Contra la ética de la verdad*, Trotta, Madrid, 2010, p. 16, y *Scambiarsi la veste* (ob. cit., nota 4), pp. 66 y 137.

¹⁷ “*Nosotros estamos bajo la Constitución*”, lo que lleva a descartar la idea de que “*la Constitución es lo que nosotros digamos que sea*”. Lo contrario llevaría a desconocer que el trabajo de la Corte es una “*continua ‘ricerca’*”, “*un continuo andar en busca del punto constitucional de convergencia que permite decidir*”: Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Turín, 2009, pp. 268 y 271.

¹⁸ “*Ideas generales que en su espíritu, a lo más, no alcanzan aún la dignidad de doctrinas o teorías. Son más bien, como suele decirse, hoy, categorías de precomprensión y, ayer, prejuicios*”: Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge* (ob. cit., nota anterior), p. 271.

¹⁹ Un considerable despliegue de sus implicaciones en Dworkin, R., *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.

“cognitivismo moral”. Sin embargo, no sin ironía, dictamina que “*sus indicaciones no contemplan los cielos tersos del derecho natural*”. “*El derecho pre-positivo en el que, a mi parecer, piensa Dworkin puede comprender algo así como el derecho naturalmente justo, como es concebido por los componentes de la sociedad*”; “*en todo caso, no es un orden coactivo general que una autoridad externa ha impuesto a la sociedad*”²⁰.

No es pues de extrañar que, analizando “el contenido de los principios” a los que apela, considere que “*la doctrina de Dworkin deviene ideológica*”, mientras “*el contexto constitucional italiano, y quizá europeo continental, impone discursos diversos*”²¹. No deja de ser significativo que el adalid de la igualdad, entendida con la matriz individualista de los *nuevos derechos*, sea acusado de que “*no reconoce, entre los principios del orden jurídico, los llamados derechos sociales*”²². Zagrebelsky procede a una autopsia del concepto básico de su teoría y acaba describiendo una heterogénea mezcolanza²³, que cumpliría sobradamente las perspectivas de una hartiana *regla de reconocimiento*.

Al propio Dworkin le parece “*obvio por qué esta teoría de la adjudicación suscita la acusación de iusnaturalismo. Hace que la decisión de cada juez sobre la importancia del Derecho pasado dependa de su juicio acerca de la mejor justificación posible de ese Derecho, y ésta es, por supuesto, una cuestión de moral política*”²⁴. Llega incluso a preguntarse si no deberíamos decir que su concepción del derecho “*está constituida en realidad por dos concepciones: el derecho como integridad complementado, cuando la integridad se agota, por alguna versión de la teoría de derecho natural*”²⁵. Su inesperada —al menos para mí— alusión anterior a la moral me lleva a descartarlo.

Paradójicamente, Zagrebelsky podría resultar más iusnaturalista que él, ya que no duda en considerar jurídico ese otro lado del derecho que no reside en el texto legal. Dworkin, por el contrario, califica como *morales* esos elementos aunque los considere indispensables para el despliegue práctico del derecho²⁶. Con ello parece dejar claro

²⁰ Zagrebelsky, G., *Diritto per: valori, principi o regole?* (ob. cit., nota 14), p. 886.

²¹ *Ibid.*, p. 872.

²² *Ibid.*, p. 888.

²³ “*Ronald Dworkin, en su teoría de los principios, hace entrar en escena, en este punto, elementos variados y dispares: «apoyos institucionales» que la comunidad humana ofrece a las normas que se ha dado, «condiciones normativas» y situaciones objetivas de deber de carácter social, teorías constitucionales, interpretaciones consolidadas y precedentes, standards de moralidad política, imperativos de continuidad jurídica, la exigencia primordial de que todos los seres humanos sean considerados y tratados en su común dignidad respetando la igualdad (ser tratados «igualmente» o «como iguales»), etc.: todo ello cosas que acaban reasumidas en la fórmula, inevitablemente vaga, de la «integridad del derecho»*: Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge* (ob. cit., nota 17), pp. 112-113.

²⁴ Dworkin, R., “*Retorno al Derecho «Natural»*”, (ob. cit., nota 2), p. 24.

²⁵ *Id.*, *El imperio de la justicia* (ob. cit., nota 5), p. 189.

²⁶ Esto llevará a Zagrebelsky a señalar que habría que admitir que “*las decisiones de los jueces contengan elementos creativos y expresen por tanto no el derecho sino una ‘política del derecho’*. Esta ‘*discreción*’ del juez (por usar el lenguaje de Dworkin) se admite en línea de principio y no solo como consecuencia del deplorable estado en que discurre la legislación”. De ahí que “*la teoría de los principios de Dworkin sea frecuentemente acusada, como se ha visto, de contradecir su intento inicial, orientado a circunscribir la discrecionalidad del juez, abriendo por el contrario camino a una intensa obra creativa de la jurisprudencia*”: “*Diritto per: valori, principi o regole?*” (ob. cit., nota 14), pp. 868 y 887.

que no es positivista, pues vulnera su clásico principio de separación entre derecho y moral²⁷; sin embargo, tras descubrir que no todo derecho es derecho positivo, parece despojarlo de rango jurídico al travestirlo como moral. Su excusa al respecto²⁸ sería quizá más lógica en un iusnaturalista medieval. Para Zagrebelsky, parece asumir los planteamientos positivistas: una “*eliminación solo aparente*”, que no niega “*la sustancia —es decir, la incapacidad del derecho formal de eliminar cualquier otra dimensión del derecho— que no es discutible, sino negando, simplemente, su naturaleza jurídica*”²⁹.

Lo que ahora se convertirá en misteriosa es la naturaleza de ese otro lado del derecho que desvela Zagrebelsky. No es derecho positivamente puesto, pero tampoco exhortación o convicción moral; aunque siendo derecho no positivo no es tampoco derecho natural. ¿Cuál es pues su fundamento? La postmodernidad nos espera en todo su esplendor.

Aunque reconozca que “*la reconducción integral de la justicia a la ley es desmentida por la más irrefutable de las pruebas, la prueba de los hechos*”, no nos hallaríamos ante “*una recuperación de las teorías del derecho natural*”, sino ante una “*interpretación evolutiva, que ningún legislador, desde Justiniano en adelante, ha sido capaz de impedir*”. No es sino “*la manifestación de esa imprescindible conexión entre lo que está establecido y la razón por la que está establecido, es decir, su presupuesto*”. De no ser así, “*la interpretación evolutiva sería pura arbitrariedad*”. A esa misma relación sería “*reconducibile también el control sobre la «razonabilidad» de las leyes que los tribunales constitucionales, sin estar autorizados por ninguna norma explícita, ejercen*

²⁷ Zagrebelsky entiende que “*el riesgo que se corre es el de introducir una dimensión «moral» en el derecho, es decir, de confundir el derecho y la moral, siendo así que la separación de uno y otra es uno de sus postulados principales e irrenunciables*”. “*Ante la constancia evidente de que la interpretación de la ley nunca está completamente vinculada, las concepciones meramente legales del derecho se deciden a reconocer la existencia en la ley de un espacio libre de derecho, puesto que para ellas el derecho es solo legislación. En este espacio, el intérprete estaría autorizado a poner en obra alternativas totalmente discrecionales*”: *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), pp. 197-198.

²⁸ “*Hasta el momento mi discusión no ha puesto en entredicho la idea tradicional de que los términos «moral» y «derecho» aluden a realidades intelectuales en principio distintas, aunque puedan tener interdependencias varias. Ahora quiero sugerir que este entendimiento tradicional que nos insta a trazar relaciones entre dos campos intelectuales independientes es insatisfactorio. Con otra topografía intelectual podríamos hacer mejor las cosas: podríamos entender que el derecho no es algo distinto de la moral sino una parte de ésta*”: Dworkin, R., *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 44-45.

²⁹ “*«Más allá» o «en torno» a la ley. Cuando se está obligado a admitir que la experiencia jurídica no es solo aplicación de la ley, sino que, por el contrario, supone necesariamente una esfera de valoración que la ley no domina, debe concluirse, desde luego, a tenor de la premisa monista legal, que dicha esfera incide en el ámbito de la mera voluntad subjetiva. Esta es, pues, una conclusión, en cierto sentido, nihilista*”: Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), pp. 198-199.

*ampliamente sobre las leyes positivas*³⁰. Quedamos pues a la espera de qué y por qué se presupone³¹.

Al fin se nos va desvelando la solución. Asumiendo la hermenéutica posgadameriana, la clave radicaría en determinar el *sentido* de un texto jurídico. De poco nos servirá el recurso a la interpretación literal; *“particularmente naif”* resulta *“la llamada a la letra de la ley que a menudo se quiere oponer a la evolución del derecho para preservar su certeza”*. *“Cuando existen distintos contextos de sentido y de valor, ni siquiera la letra es una garantía de certeza”*; es más, *“la mera exégesis de los textos resulta, al final, la más abierta de todas las interpretaciones”*. En consecuencia, *“no solo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo realista. También es dudoso que sea deseable”*³².

Relativizada su importancia para acceder a la verdad, no cabrá tampoco disponer de un *método* que pueda brindarnos solución. De procedimiento capaz de generar soluciones, haciendo superflua una tarea propiamente hermenéutica, se verá reducido a una estrategia argumentativa al servicio de la interpretación.

Zagrebelsky parte de los bien conocidos planteamientos de la hermenéutica gadameriana proyectados sobre el derecho³³. *“El caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección”*. Desde este punto de partida *“se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado círculo interpretativo) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas”*³⁴.

Esto ayuda a entender *“qué son en realidad los métodos de interpretación. La búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la (dirección de la) búsqueda, dependiendo de lo que se quiere encontrar. El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en*

³⁰ Zagrebelsky, G., “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en *La exigencia de justicia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 33 (las cursivas son mías).

³¹ Habría que coincidir con Zagrebelsky en que *“estamos así ante el punto decisivo para la comprensión de la dimensión práctica del ordenamiento: los meta-principios del derecho, sin los que el derecho positivo, con sus reglas y con sus principios puestos, no podría funcionar; sin los que la jurisprudencia de las Cortes —ante todo de la Corte constitucional— sería impotente”*: “Diritto per: valori, principi o regole?” (*ob. cit.*, nota 14), p. 884.

³² Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil* (*ob. cit.*, nota 9), pp. 146-147. Abundará en ello: *“Al criterio literal nos acogemos solo cuando el resultado de la interpretación literal, por otros motivos, ha resultado convincente”*. *“La mera exégesis de los textos resulta, en fin, la más abierta de todas las interpretaciones, abierta eventualmente a todos los embrollos y trucos jesuíticos, quizá para bien, como en Shakespeare: Mentir de hecho diciendo la verdad literal es la cosa más fácil del mundo”*: *La ley y su justicia* (*ob. cit.*, nota 1), p. 203.

³³ De ellos me ocupé en *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*, Editora Nacional, Madrid, 1973, traducido luego al alemán: *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland* Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978.

³⁴ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil* (*ob. cit.*, nota 9), pp. 133-134.

un ordenamiento dado". Por ello, "el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica"³⁵.

Esto no implica ningún "nihilismo metodológico". Se trata solo de constatar que "la elección del método interpretativo no precede a la interpretación; el problema de la interpretación no es, en suma, el problema de la elección del método interpretativo. Esta elección es un medio para un fin". Cuando se establece una "diferencia entre legítimo y legal", se "indica la diferencia entre los métodos que encuentran apoyo en la cultura jurídica conforme a las expectativas de la sociedad que, en un determinado período histórico, descansan en el derecho"; en ellas "se encuentra inmerso el ordenamiento jurídico". La elección del método "establece un puente entre la ley y las expectativas sociales en las que el derecho está inmerso: actúa de nuevo la doble vertiente del derecho"³⁶.

Se nos va a ofrecer pues la necesaria respuesta. Habrá que asumir que, "una vez que se ha legislado, la disputa sobre el sentido no se detiene totalmente de modo definitivo, ya que vive de razones propias cuya naturaleza precede al derecho positivo y es esencialmente cultural". La nueva pregunta se hace, también para él, inevitable: "¿Cómo podemos definir la cultura en función de nuestro objetivo?" Habría que remitirse al "conjunto de categorías de sentido y de valor imperantes en una sociedad. Sociedad y cultura son dos aspectos de una misma realidad". Con Gadamer al fondo, "se considera como buena jurisprudencia la que se sitúa en lo que se ha llamado horizonte de expectativas (Erwartungshorizont) cultural". Esto "no supone una actitud meramente conformista, sino «un momento esencial de comunicación y de control de los motivos de la decisión» según parámetros duraderos y por ello, en cierto sentido, objetivos"³⁷.

Esta objetividad resulta muy peculiar, al verse matizada por el concepto de pluralismo manejado por Zagrebelsky. No se trata de propiciar una búsqueda plural de una realidad objetiva, de la que cabe esperar una convergencia en la medida en que se vaya produciendo un acercamiento a ella; lo que se propone es una pluralidad cuantitativa, que convertirá en sospechosa cualquier convergencia con horizonte hegemónico. No habría, sin embargo, que dramatizar. "La temida explosión subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos"; el problema tiene como causa "el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad. La falta de un único y seguro horizonte de expectativa"³⁸.

³⁵ *Ibíd.*, p. 134.

³⁶ *Id.*, *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), pp. 210, 211 y 213.

³⁷ *Ibíd.*, págs. 165, 169 y 170. La presencia de Gadamer es notoria, a diferencia de lo que ocurre con Dworkin, que en línea con la escasa familiaridad de los juristas norteamericanos con la filosofía europea, solo alude a él ocasionalmente: cfr. *El imperio de la justicia* (ob. cit., nota 5), pp. 51 y 55.

³⁸ Con significativa cita a *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* de J. Esser: Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil* (ob. cit., nota 9), pp. 145-146 y 155. Nada impediría, sin embargo, asumir la dimensión existencial de la hermenéutica sin excluir por ello que pueda servir de vía para una captación racional de su contenido esencial, por utilizar un consolidado término constitucional; al respecto, hace ya decenios: "Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de

Entra aquí en escena un planteamiento del juego del derecho, que recuerda la contraposición kelseniana entre sistemas estáticos y dinámicos. En el ámbito de la moralidad tendría sentido la búsqueda de una objetividad inexistente en el jurídico. “*Los principios morales no fallan su objetivo normativo ni entran en crisis porque la evolución de las expectativas sociales se oponga a ellos: expresan valores absolutos, y por ello es comprensible que tengan valor con independencia del caso*”. “*Las condiciones sociales podrán, si acaso, influir en las modalidades de actuación de estos principios, pero no en su contenido. La regla jurídica, en cambio, se caracteriza precisamente porque no aspira a una justicia abstracta e inmóvil, sino a la composición de la convivencia humana del modo más adecuado posible*”³⁹.

El punto de apoyo ofertado para ejercer el control de constitucionalidad resulta huidizo: “*la estimación del intento del legislador deberá tener en cuenta, sin embargo, los valores incorporados a los principios constitucionales*”, pero éstos “*están abiertos a un estrato material pre-positivo del que dependen; el examen de la congruencia no siempre puede reducirse a un juicio exclusivamente formal, pues está influenciado por creencias y teorías sociales colmadas de contenidos*”⁴⁰.

La incógnita se traslada pues a la determinación de esa *cultura* a la que se nos remite. Queda la duda de si se trata de un legado histórico, en línea con el papel de la *tradición* en el planteamiento de Gadamer, o al horizonte interrogativo presente. En este segundo caso parecemos condenados a una neta circularidad. La legislación expresa democráticamente las exigencias sociales, pero su constitucionalidad se verá controlada por una cultura emanada de esa misma sociedad. El control del Tribunal Constitucional afecta directamente a los actos de los poderes del Estado pero, precisamente porque reflejan las exigencias sociales, acabará controlando también a éstas. Su función no puede consistir en defender los tópicos sociales vigentes⁴¹, sino en alimentar una dimensión utópica de promoción de derechos y garantías, sin excluir que puedan estar siendo obstaculizados tanto por los poderes como por la sociedad misma.

El mismo Zagrebelsky parece ser consciente de ello. “*En una Constitución basada sobre principios, la interpretación es el acto que pone en relación un pasado constitucionalmente asumido como valor y un futuro que se nos plantea como problema a resolver en la continuidad*”. Hermenéuticamente, el futuro “*nos aparece ahora a la luz de una precomprensión, a la luz de los principios constitucionales. Pero esta precomprensión no puede ser sino una postcomprensión a la luz de nuevo de los principios que nos permiten alcanzar la consciencia histórico-cultural de la vicisitud constitucio-*

Aquino”, *Atti del Congresso Internazionale Tommaso d’Aquino nel suo VII centenario*, Roma-Napoli, 1974, Napoli, Edizioni Dominicane Italiane, 1978, t. 8, pp. 319-327.

³⁹ Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), pág. 161.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 196.

⁴¹ Dworkin la considera obstaculizada por una “*presunción popular no revisada sobre la conexión entre la democracia y la voluntad de la mayoría*”; considera, por el contrario, que “*cuando entendemos mejor la democracia*” se constata que lo que llama “*lectura moral de una constitución política no es antidemocrática, sino, al contrario, casi indispensable para la democracia*”. Ello le lleva a distinguir “*dos tipos de concepciones de la democracia: la mayoritarista y la constitucional. La primera acepta y la segunda rechaza la premisa mayoritarista*”: “*La lectura moral y la premisa mayoritarista*” (ob. cit., nota 5), pp. 120 y 121.

nal de la que somos partícipes, en el correr de las épocas políticas y sociales”⁴². Lo que se nos venía planteando como previo parece acabar descifrándose *ex post facto*.

Por otra parte, conviene no olvidar que no todas las exigencias sociales pueden considerarse automáticamente constitucionales, ni todos los usos tienen relevancia jurídica⁴³. La costumbre implica una *opinio iuris* y, por tanto, un concepto previo de lo exigido por el *ius*. En lo que a la Constitución se refiere, habría que dilucidar si es ella el mero producto de una cultura establecida o, por el contrario, ha de contribuir decisivamente a conformarla y establecerla. Si admitimos que habría que remitirse a una *opinio iustitiae*, que la sociedad —de modo no necesariamente consciente— hace suya, habría que plantearse si su fundamento no podría, a la luz de determinada antropología, considerarse *contra natura*. Al fin y al cabo la formulación social de expectativas se mueve en el mismo dilema conocimiento-voluntad propio de cualquier otra actividad interpretativa.

Ayudará a entender la situación resaltar que el rechazo del derecho natural por parte de Zagrebelsky no se funda, como el de Norberto Bobbio, en un punto de partida teórico-jurídico; más bien, como ocurre con Uberto Scarpelli⁴⁴, se apoya en una premisa ideológica vinculada extremosamente con el laicismo⁴⁵. Consecuente con ella, rechazará todo trasfondo creacionista, adentrándose aparentemente en un terreno no cognitivista: “*el humanismo laico asume que el mundo, de por sí, no tiene un orden y que son los hombres quienes pueden y deben dárselo mediante actos de su voluntad que continuamente se renuevan para mejorar tal orden*”⁴⁶.

En todo caso, el juego del peculiar *pluralismo* impuesto por Zagrebelsky no parece de fácil armonización con la pretensión de *rigidez* que confiere sentido a las normas constitucionales. Zagrebelsky opta por “*una dogmática jurídica «líquida» o «fluida» que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional*”⁴⁷. Habría que apuntar a “*la inclusión en la carta constitu-*

⁴² Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge* (ob. cit., nota 17), p. 238.

⁴³ Aspecto en el que Zagrebelsky no parece profundizar suficientemente: “*esa parte que no depende de nosotros y se resiste a todas nuestras diferentes concepciones y convicciones acerca de lo que debería ser y no es, esa que llamamos la «dura realidad», no puede ser ignorada so pena de convertir en fútiles nuestros pensamientos*”. “*He aquí la doble cara del derecho, una ‘ex parte principis’ (las ‘leges’); la otra ‘ex parte societatis’ (los ‘mores’)*.”: *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), pp. 13 y 17.

⁴⁴ U. Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965.

⁴⁵ De ello nos hemos ocupado en *El otro lado del derecho. En diálogo con Gustavo Zagrebelsky*, actualmente en prensa.

⁴⁶ “*Todo lo contrario sucede, en cambio, según la concepción antigua de los derechos*”. “*La voluntad, en efecto, es una función subordinada e inferior a la razón, puesto que debe moverse dentro de la comprensión del orden dado, fuera de la cual es ciega, injustificada y subversiva, aparte de esencialmente injusta, por cuanto la justicia se concibe como correspondencia con la ratio universal*”: Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil* (ob. cit., nota 9), p. 84.

⁴⁷ “*El único contenido «sólido» que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios*”. “*El modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia*

cional de principios y valores en los que las partes por separado están especialmente interesadas”; “esta inclusión tiene un valor de compromiso para todos (hasta que no se cambie el pacto). La «rigidez» de la constitución es la natural consecuencia de esta concepción pluralista de la vida constitucional”⁴⁸.

Nos hallamos ante un dilema clásico de la hermenéutica: “La interpretación como conocimiento o creación del significado”, que implica discutir el “significado de atribuir, si «atribuir un significado» es un puro acto de conocimiento o de reflejo del contenido de un texto, o si es, al menos en parte, un acto de voluntad creadora, es decir, un asignarle al texto, un «hacerle decir» lo que no dice por sí mismo o no dice unívocamente”⁴⁹.

No queda, en consecuencia, muy claro si Zagrebelsky, que coincide con Dworkin en el protagonismo de los principios, es consciente de lo que él mismo le recuerda al respecto: “la doctrina de los principios da paso a una doble y opuesta interpretación: como iusnaturalismo o como sociologismo enmascarados, según se subrayen sus componentes ideales y abstractos o los materiales y concretos”⁵⁰. No parece que ello quede felizmente resuelto afirmando que “por sentido debe entenderse aquí la conexión entre una acción y su resultado social. La comprensión del sentido de una acción, es decir, de su lógica social”⁵¹.

Este punto de partida acabará marcando notables matizaciones a los planteamientos de Dworkin, del que suscribe —entre otros pasajes— su distinción entre *conceptos* y *concepciones*⁵², pero muy especialmente la relevancia de los principios. No duda en suscribir, con la obligada cita, sus planteamientos básicos. Resaltar el papel de los principios en la dinámica jurídica no responde a un afán de abrir paso a un aleatorio activismo judicial. “No se está avanzando en absoluto una propuesta de política jurídica sobre la interpretación. No se trata, por ello, de valorar sus méritos o defectos a fin de admitirla o rechazarla”. “De acuerdo con la naturaleza práctica de la ciencia del derecho”, “la influencia del caso no se puede eliminar. Es más evidente en los casos críticos, pero tampoco está ausente en los que podríamos llamar de rutina”⁵³.

Asunto distinto es que la constatación de esta inevitable influencia no encaje en el modelo de dinámica jurídica largamente mantenido por inercia, cuyas propuestas “son combatidas por la doctrina de los principios de Ronald Dworkin”. Es obvio que “puede existir un espacio vacío de leyes, pero no de derecho”. El derecho, “consis-

constitucional, sino de la política constitucional”: Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil* (ob. cit., nota 9), p. 17.

⁴⁸ Zagrebelsky, G., *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Trotta, Madrid, 2012, p. 80.

⁴⁹ Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 1), p. 140.

⁵⁰ Zagrebelsky, G., *Intorno alla legge* (ob. cit., nota 17), p. 113.

⁵¹ *Id.*, *El derecho dúctil* (ob. cit., nota 9), p. 137.

⁵² “Las palabras indican conceptos como la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad, la democracia, etc., y hablan de inviolabilidad, protección, expansión, etc.: son ‘conceptos’ que deben ser rellenados de contenido, a través de ‘concepciones’. La Constitución da los conceptos; no puede dar las concepciones”: Zagrebelsky, G., *Il giudice delle leggi artefice del diritto* (ob. cit., nota 7), pp. 46-47.

⁵³ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil* (ob. cit., nota 9), p. 145.

tente en principios jurídicos, se coloca antes de las normas puestas por el legislador y circunscribe, orientándolas, las decisiones de los jueces". Esto implica "una noción amplia del derecho, que trasciende los hechos normativos (o, en el lenguaje europeo, las "fuentes del derecho)". En el rechazo a "considerar solo las normas escritas en un público libro de reglas oficiales se pone de manifiesto el carácter antipositivista de esta doctrina y su apertura a un estrato de derecho más profundo que el puesto por cualquier legislador"⁵⁴.

Los principios, sin embargo, no resuelven el problema fundamental ya planteado, que les afecta en grado no menor que a las normas. Ciertamente son "el médium en el que encontramos una apertura teórica al valor y una apertura práctica a la regla; es el médium a través del cual el mundo de los valores entra en el jurídico y el mundo jurídico se abre a los valores". El problema, sin embargo, subsiste: "los principios, aun estando contenidos en normas positivas, se alimentan naturalmente de concepciones pre-positivas". También "las normas de principio se expresan mediante conceptos abiertos que remiten a supuestas concepciones de los propios conceptos". A través de los principios se incluyen "en el derecho contenidos materiales pre-positivos de los que dependen no solo la interpretación, sino también la validez del derecho positivo". El panorama final será que "el mundo de las reglas es, fundamentalmente, el de la legislación; el mundo de los principios, el de la Constitución; el mundo de los valores, el de la cultura"⁵⁵.

El tratamiento peculiar que Zagrebelsky les brinda tendrá que ver con la relación entre derecho y moral. Como vimos, había criticado a Dworkin que situara en la moral ese decisivo *otro lado* del derecho. Pero la dinámica jurídica de los principios viene — para Zagrebelsky — marcada por una problemática relevancia interpretativa. No habría interpretación —en el sentido en que este término es empleado por los juristas—, porque "las fórmulas que expresan los principios jurídicos tienen bien poco que interpretar". La peculiaridad se hace más acusada, porque "el derecho por principios comporta inevitablemente una eticización"; "mientras a las reglas se las obedece, a los principios nos adherimos"⁵⁶.

Para Zagrebelsky, "la doctrina de los principios no es una tentativa de 'moralización del derecho' ni de 'legalización de la moral'". Nos veremos reenviados a su clave final: son "más bien un intento de establecer un puente entre derecho y cultura". Por lo demás, tendrán "un peso y una importancia que derivan del valor del que son expresión"; como consecuencia, "se relativizan, sin por ello cesar de ser principios válidos. Las reglas, por el contrario, o son íntegramente aplicadas o son violadas: no existe una vía intermedia"⁵⁷.

Convencido del acierto de su incierta remisión a la cultura, no dudará en sugerir que hay quien la comparte inconscientemente. "Una posición como la de Dworkin, me parece, podría quizá calificarse más precisamente con un neologismo: culturalismo". "No radica el derecho en la fuerza normativa de la naturaleza ni en la de la sociedad"; deriva

⁵⁴ *Id.*, *Diritto per: valori, principi o regole?* (ob. cit., nota 14), p. 869.

⁵⁵ Zagrebelsky, G., *La ley y su justicia* (ob. cit., nota 14), pp. 191-193.

⁵⁶ *Id.*, *Diritto per: valori, principi o regole?* (ob. cit., nota 14), p. 876.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 878.

de “*elementos directivos de naturaleza cultural, en los que ser y deber ser se funden inextricablemente*”. Definen “*la Constitución material presupuesta en la Constitución formal positiva*”; en resumen, “*producen cultura y son producidos por la cultura*”⁵⁸.

Un planteamiento que, a mi modo de ver, nos recuerda una de las principales paradojas de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se cimientan sobre unas estructuras y derechos fundamentales, pero su decisiva relevancia no se ve acompañada por una teoría sobre sus fundamentos capaz de brindarles solidez.

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 885-886.

INTERPRETACIÓN
Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

RAMÓN ORTEGA GARCÍA
(Coord.)

tirant lo blanch
México D.F., 2015