

UN SISTEMA JURÍDICO MÁS SOFISTICADO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Alberto del Real Alcalá¹
Universidad de Jaén

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

El texto aborda la evolución y algunas de las alteraciones que ha experimentado el sistema jurídico en el neoconstitucionalismo, relacionadas en buena medida con la ductilidad que viene a presentar su legislación, pero también con la complejidad que adquiere la tarea judicial, la aplicación e interpretación de las normas del Derecho, en este modelo diferente de Estado de Derecho que representa el actual Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVE.

neoconstitucionalismo, ductilidad, borderline cases

ABSTRACT.

This text analyzes the evolution and alterations in legal system of Constitutional State. These alterations consist in ductility in the legislation. But, also, these alterations consist in complexity assumed by the judicial function, application and interpretation of the legal norms, for this constitutional model.

KEY WORDS.

new constitutionalism, ductility, borderline cases

¹ * Email: adelreal@ujaen.es. Página Web: <http://www4.ujaen.es/~adelreal/>.

* Este texto se inserta en el ámbito del Programa de Investigación Consolider-Ingenio 2010 “El Tiempo de los derechos” CSD2008-00007 del Ministerio de Ciencia e Innovación de España, y en la actividad del Grupo de Investigación de la Universidad de Jaén “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales” (SEJ-428) de la Junta de Andalucía (España).

SUMARIO. I. La ley y las alteraciones del sistema jurídico en el Estado Constitucional contemporáneo. II. Neoconstitucionalismo y legislación no-precisa. III. Neoconstitucionalismo y tarea judicial. IV. Conclusión

I. LA LEY Y LAS ALTERACIONES DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO.

De las transformaciones que ha experimentado el Estado Constitucional en la cultura jurídica occidental extrae G. ZAGREBELSKY “una idea de derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica”². Afirma, con toda la razón, que “Se podría decir simplifadamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el

² ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, G. Einaudi, Torino, 1992; traducción esp., ID., *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2002, p. 9.

aire que respiran los juristas”, siendo su intención la de “contribuir a clarificar los elementos que componen esta atmósfera”³. Su aportación a este fin es la “doctrina *il diritto mitte*”, desde la que cuestiona que la ley en el constitucionalismo siga presentando todos los rasgos con los que clásicamente la hemos conocido.

El “Derecho por principios” es el origen del *diritto mitte*. La ductilidad que pregona del Derecho actual tiene que ver con la *inclusión* –en los sistemas jurídicos occidentales posteriores a la segunda guerra mundial– de *valores y principios* a los que la actuación ordinaria del legislativo también ha de ajustarse⁴. Hecho que supuso la “constitucionalización de los derechos y principios⁵ de justicia” y determinó el “correlativo final de la omnipotencia de la

³ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 10.

⁴ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid, 1991.

⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.

ley”⁶, tan reivindicado por el antipositivismo⁷ ante la situación de crisis en la que estaba inmerso el positivismo legalista⁸.

Todos estos acontecimientos jurídicos y políticos impulsaron el tránsito del *legalismo* (que, recordemos, había sido desbordado por la complejidad de las ideologías, tal como el nacionalsocialismo en las primeras décadas del siglo XX⁹) hacia el *constitucionalismo* contemporáneo. Al mismo tiempo, un reemplazo de esta envergadura desembocó en un *cambio* en el “modelo de Estado de Derecho” que sostiene a

nuestros sistemas democráticos: y el Estado de Derecho legislativo decimonónico (*legalismo* como teoría jurídica), cuya vigencia se extendió al siglo XX, fue sustituido por el actual Estado Constitucional de Derecho (*neoconstitucionalismo*); que es el modelo de Estado de Derecho con el que actualmente operamos las Democracias modernas¹⁰. Además, este canje significó la *rectificación* definitiva en la Europa occidental-continental de la *doctrina de la ley* de J.J. ROUSSEAU heredada de la Revolución francesa, que prácticamente gobernó el ámbito de lo jurídico del Estado de Derecho hasta bien entrado el siglo pasado¹¹.

⁶ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 148.

⁷ Vid. PECES-BARBA, G.: “Epílogo: desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, en ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1ª ed., 1995, pp. 157-173, sobre el antipositivismo del Derecho dúctil; asimismo, GUASTINI, R.: “Derecho dúctil, Derecho incierto”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 111-123.

⁸ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades*, nº 2, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993-1994, pp. 113 y ss.

⁹ KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, UNAM, México DF, 1995; y también KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de la 2.ª ed. alem. de Roberto J. Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1993.

¹⁰ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 150.

¹¹ La introducción de principios y valores en la ley constitucional y del control “concentrado” de constitucionalidad en la tradición europea-continental, a través de un Tribunal Constitucional; con una función similar al control jurisdiccional “disperso” en la tradición anglosajona, es lo que ha permitido rectificar en Europa continental la doctrina *rousseauiana* de la ley, que la reducía a la *regla de la mayoría*, consideraba *sagrada*, sin posibilidad de error, y sin necesidad de *límites*; vid. ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social*, Espasa-Calpe, Madrid, 1985. La rectificación por el constitucionalismo vino a decir que “la ley es la expresión de la voluntad general de la comunidad *siempre* que no viole la Constitución”. De modo que sólo si la voluntad general de la comunidad es acorde a la Constitución es considerada auténtica ley.

El constitucionalismo contemporáneo (o constitucionalismo *de principios*) alza a los jueces a *nuevos* señores del Derecho, relevando de su protagonismo a los antiguos dueños: los legisladores; citándose ahora en los jueces las principales dimensiones de lo jurídico: la ley, los derechos, y la justicia. Sin embargo, algunas opiniones, tal como la de J.A. GARCÍA AMADO, estiman que la imagen del Derecho que nos proporciona el neoconstitucionalismo deriva en una *excesiva* exaltación del juez¹².

En oposición al legalismo, el rol de los principios en el *neoconstitucionalismo* es muy diferente. Para el legalismo los principios eran un elemento secundario del Derecho, porque “al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico”¹³. Por el contrario, a

¹² GARCÍA AMADO, J.A.: “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, cit., pp. 65-86.

¹³ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 112.

partir del constitucionalismo contemporáneo, los principios asumen un gran protagonismo en el ordenamiento jurídico. Y, frente al decimonónico *Derecho por reglas*, ahora el Derecho incluye tanto normas-regla como normas-principios, siendo estas últimas tan auténticas normas jurídicas como las primeras¹⁴. Estableciéndose la exigencia de “hacer ‘concordar’ [a la ley ordinaria] con la otra cara [de la moneda del Derecho], la de los principios contenidos en la Constitución”¹⁵. Eso sí, en la esfera jurídica del neoconstitucionalismo, “por lo general, los principios no se estructuran

¹⁴ Desde R. Dworkin y desde H.L.A. Hart en el *Postscriptum* se ha puesto de manifiesto que los principios, contextos o convenciones interpretativas intervienen a la hora de la aplicación de las reglas del Derecho. Y que es, por tanto, necesario describir estos elementos para poder reconstruir conceptualmente la praxis jurídica del Estado Constitucional. Vid. DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999; asimismo, DWORKIN: *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000. Véase también HART, H.L.A.: “Postscript”, en Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., ID., *Post scriptum al concepto de Derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000.

¹⁵ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 113.

según una ‘jerarquía de valores’¹⁶. Pues de ser así, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad [contemporánea], algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad”¹⁷.

El autor italiano entiende que “son las reglas y sólo las reglas, las que pueden ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente. Si el derecho sólo estuviese compuesto por reglas no sería insensato pensar en la ‘maquinización’ de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta” mediante el uso “de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma”. Pero tal idea “carece totalmente

de sentido en la medida en el que el derecho contenga [también] principios”, porque “la aplicación de los principios es completamente distinta”¹⁸ a la aplicación que resulta de las normas-regla.

La relevancia de los principios en los sistemas jurídicos del neoconstitucionalismo es, por tanto, *muy significativa*. Si esto no lo reconocemos los juristas y seguimos asignando a los principios un rol reducido, se debe –y coincido con ZAGREBELSKY– al “persistente prejuicio [consecuencia de la inercia que ha dejado entre los juristas el legalismo] de pensar que las verdaderas normas son [únicamente] las reglas”. Aquí hay que tener en cuenta que los principios “no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una ‘toma de posición’ conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se puede plantear”,

¹⁶ Vid. MORESO, J.J.: “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 99-121.

¹⁷ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 124.

¹⁸ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 111.

poseyendo los principios autonomía y entidad jurídica frente a las reglas.¹⁹

Esta reivindicación de los principios que realiza la doctrina *il diritto mitte* como marca identificativa del constitucionalismo actual es lo que lleva al Profesor italiano a *reubicar* la función de aquéllos en el sistema jurídico, para luego proceder a una descripción *asimétrica* del mismo en orden a la ductilidad que ellos proporcionan al Derecho.

Además del papel tan poco notable que dá a los principios, el legalismo también imagina al Derecho desde la idea de que “la generalidad de la ley... [venía siendo entendida como] la esencia de la ley en el Estado de Derecho”, por ser esto premisa de la separación de poderes, de la igualdad ante la legalidad y de la imparcialidad de las instituciones. Del mismo modo, la “abstracción” de la ley era observada como un elemento que coadyuva a conservar el Derecho, a

hacerlo más estable y –en su conjunto– más previsible, permitiendo su adaptación al caso concreto.²⁰ Sin embargo, hoy no es posible obviar “la ‘pulverización’ del derecho legislado, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, o sea, de ‘reducida generalidad y abstracción’” en relación a los sujetos destinatarios de las normas.²¹

Esto ocurre principalmente, en opinión de ZAGREBELSKY, a causa de tener que legislar medidas concretas que satisfagan el principio de igualdad, lo cual ha llevado a una explosión de las *legislaciones sectoriales*, “con la consiguiente crisis del principio de generalidad” y “del principio de abstracción”. Consecuencia de esta crisis es que el Derecho legislado es el resultado de un *proceso plural* en el que participan *numerosos sujetos sociales*: grupos de presión, sindicatos, partidos políticos, y que se encuentra marcado por la *ocasionalidad*. Esto es, lo contrario de la generalidad y la abstracción. Son

¹⁹ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 117-118.

²⁰ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 29-30.

²¹ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 36-37.

éstas unas circunstancias que limitan la función de la ley como tal, en la medida en que “reduce[n] notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación” y guía de conducta estable para ciudadanos y operadores jurídicos.²²

Según lo anterior, el Ordenamiento jurídico del constitucionalismo de nuestra época ya no se identifica con aquellas características de la ley de un modo tan claro como lo era antaño. La clave es que en la descripción que lleva a cabo el constitucionalismo de principios²³ (o neoconstitucionalismo²⁴, que ha invadido

todo el Ordenamiento jurídico²⁵ en oposición al legalismo²⁶), la doctrina *il diritto mitte* no considera al Derecho como un “dato” establecido, sino como “un incesante ‘hacerse’ donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales”²⁷.

La consecuencia es que, frente a los principios de generalidad y abstracción como conceptos insuficientes que ya no reflejan la praxis jurídica tal como se produce en el neoconstitucionalismo, ZAGREBELSKY afirma que la mejor característica que describe hoy al Derecho es su “ductilidad”. El Derecho es *dúctil*, y la ductilidad en el Derecho es

²² ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 36-37.

²³ Vid. GARCIA FIGUEROA, A.: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; e ID., “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”, en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159-186; asimismo, PRIETO SANCHÍS, L.: “El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “El Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII, cit., pp. 125-158; y COMANDUCCI, P.: “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, nº 16, Abril 2002, pp. 89-112.

²⁴ COMANDUCCI, P.: “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, cit., pp. 89 y ss., distingue tres formas de neoconstitucionalismo: *teórico*, *ideológico* y *metodológico*.

²⁵ GUASTINI, R.: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 49-73.

²⁶ Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.: “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias” en VV.AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2008, pp. 73-104.

²⁷ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 122-124.

sobre todo ductilidad *constitucional*.²⁸ Él entiende la ductilidad como la catalogación que permite expresar “el carácter esencial del derecho en los Estados constitucionales actuales”. Y, de hecho, la ductilidad de la Constitución es, por una parte, lo que facilita a ésta mantener sus fines de *unidad* e *integridad* al posibilitar la coexistencia de valores y principios diferentes en un mismo sistema jurídico. Y asimismo, por otra parte, además la ductilidad es el rasgo del Derecho que consigue evitar que la Constitución se haga *incompatible* con la base material *pluralista* de nuestras sociedades democráticas.²⁹

Ahora bien, para conseguir el objetivo de coexistencia de la ley con la pluralidad de

²⁸ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J.A.: “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El caso del término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Derechos y Libertades*, n.º 11, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2002, pp. 223-250, sobre la indeterminación del Derecho constitucional. Reeditado en *Revista de Derecho Foro*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede de Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito (Ecuador), n.º II semestre 2003/I semestre 2004, pp. 127-155.

²⁹ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 14.

la sociedad civil es necesario que los valores y principios constitucionales se legislen (juridifiquen) en el Estado de Derecho con carácter “no absoluto”, esto es, de forma no-categorica, o sea, con cierta *vaguedad*, con la pretensión de hacerlos “compatibles con aquellos otros [principios] con los que debe[n] convivir” en el sistema jurídico³⁰. Ocurre que si los legislamos en términos absolutos, “los principios se convertirían rápidamente en enemigos unos de otros, y al final uno se erigiría en soberano sobre los demás y sólo perseguirían desarrollos consecuentes con él. [Pero] En las Constituciones pluralistas no cabe, sin embargo, que esto sea así”³¹.

En definitiva, el respeto al valor del *pluralismo* como criterio básico que singulariza la convivencia colectiva y exige compartir necesariamente *valores*

³⁰ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 14-15: “solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en los referente al aspecto procedimental). Éstas son, al final, las supremas exigencias constitucionales de toda sociedad pluralista que quiera preservarse como tal. Únicamente en este punto debe valer la intransigencia”.

³¹ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 125.

diferentes es el hecho decisivo que lleva a ZAGREBELSKY a patrocinar que los principios se legislen de forma no-absoluta (con especial cuidado en el nivel constitucional), y a declarar que, frente al estricto legalismo normativo de otros tiempos, los sistemas jurídicos en el Estado Constitucional contemporáneo se identifican hoy en verdad mayormente por su “ductilidad”. La *ductilidad* del Derecho es el *sello* que impregna al sistema jurídico cuando las normas son redactadas legislativamente en aquel lenguaje no-absoluto o más vago que debe asumir a veces el Derecho en el neoconstitucionalismo³².

Según el italiano, de esto se deduce que “no resulta muy difícil comprender que la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una

sociedad pluralista”³³. Razón por la cual “los términos a los que hay que asociar la ductilidad del derecho son la *coexistencia* y el *compromiso*”. La ductilidad es así definida como un rasgo especialmente vinculado a la tarea de la construcción “abierta” y “pactada” del proceso legislativo. En caso contrario, “si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos”³⁴. De este modo, si la actividad política se expresa mediante una pugna por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, formulados como *universales* y *exclusivos*, la vaguedad legislativa producto del “compromiso” se presenta como el instrumento que los relativiza y los hace compatibles con la pluralidad.

³² Cfr. DEL REAL ALCALA, J.A.: “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en F.J. Ansuátegui, J.A. López García, J.A. del Real Alcalá y R. Ruiz Ruiz (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, especialmente pp. 188-192, sobre los problemas que plantea hacer posible el pluralismo –recogido como valor del Derecho– y la juridificación de cuestiones, por ejemplo, como las identidades colectivas que alcanzan relevancia social.

³³ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 125.

³⁴ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 15-16.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO Y LEGISLACIÓN NO-PRECISA.

La idea que nos remarca G. ZAGREBELSKY en su concepto contemporáneo de Derecho dúctil es que las características de la ley no son en el neoconstitucionalismo las que tradicionalmente se han considerado como tales³⁵. La visión de Timothy ENDICOTT nos puede servir para aproximarnos a cómo puede considerarse la legislación en nuestros sistemas constitucionales de hoy en día³⁶. El Profesor de la Universidad de Oxford atribuye a la vaguedad del Derecho entidad *conceptual*, erigiéndola en rasgo definitorio del Derecho, cuyo punto de

partida es la metáfora *hartiana* del núcleo de certeza y la zona de penumbra³⁷.

Así, desde su perspectiva, él considera, en primer lugar, que la *precisión* del Derecho legislado no siempre es necesariamente *deseable*. Hay que tener en cuenta que los legisladores utilizan leyes vagas porque no buscan siempre una regulación precisa. El Derecho es vago porque la precisión no siempre es útil para la regulación de la vida de las comunidades, y los legisladores conocen esta circunstancia. Aunque pueda parecer a primera vista paradójico, en verdad, una ley *demasiado* precisa puede incurrir en *arbitrariedad* en virtud concretamente de su excesiva precisión.³⁸

Por ejemplo, según ENDICOTT, el impuesto sobre la renta y la regulación

³⁵ ENDICOTT, T.: "Law and Language", en COLEMAN, J. and SHAIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, especialmente pp. 955 y ss.

³⁶ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; traducción española: ENDICOTT, T.: *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Dykinson, Madrid, 2006.

³⁷ Véase ENDICOTT, T.: "Herbert Hart y el aguijón semántico", en NAVARRO, P.E. y REDONDO, C. (comps.): *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 35 y ss.

³⁸ ENDICOTT, T.: "El Derecho es necesariamente vago", traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, nº 12, Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2003, pp. 180-182.

de los límites de alcohol en la sangre pueden ser casos que muestren esta circunstancia. Respecto al primer caso, hay que considerar que un buen régimen fiscal relaciona el impuesto con el concepto abstracto de “capacidad contributiva” de los ciudadanos. Pero un impuesto muy detallado necesariamente abandona en alguna medida ese fin al permitir que los casos no contemplados (pues sería imposible poder contemplarlos absolutamente todos, siempre alguno faltaría aún la detallada redacción de la ley) escapen a la obligación de tributación. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que a algunos conductores les afecta el alcohol más que a otros; por lo que establecer jurídicamente un límite preciso de alcohol en la sangre ignorará dicha circunstancia en el sentido del principio de igualdad ante la ley. Esto no quiere decir que la precisión de las leyes fiscales y de la regulación de los límites de alcohol en la sangre no esté indudablemente justificada, pero no hay que dejar de ser

conscientes de la arbitrariedad en la que se puede incurrir a causa de una precisión en demasía.³⁹

En segundo lugar, las formulaciones *precisas* de la legislación no siempre hacen precisas a las leyes. Hay que tener en cuenta que de las leyes formuladas en un lenguaje preciso no siempre van a resultar en el momento de su aplicación e interpretación leyes precisas⁴⁰. La causa son las técnicas interpretativas y las facultades de equidad de los operadores jurídicos, que posibilitan dar un efecto *vago* a formulaciones que, sin embargo, inicialmente fueron configuradas legislativamente precisas.⁴¹

Y, finalmente, en tercer lugar, las funciones del derecho requieren *estándares vagos*, pues cualquier sistema jurídico necesita regular de un modo

³⁹ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, nº 12, Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, Enero-Diciembre 2003, pp. 180-182.

⁴⁰ Véase ENDICOTT, T.: *Palabras y reglas. Ensayos en filosofía del derecho*, traducción de Pablo Navarro y Rodrigo Sanchez Brígido, Editorial Fontamara, 2004.

⁴¹ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, *cit.*, pp. 182-184.

general una gran *variedad* de actividad humana y eso sólo lo puede llevar a cabo a través de estándares *abstractos*, los cuales son necesariamente *vagos*. Lo que aquí nos muestra ENDICOTT es que el Derecho debe realizar funciones que sólo pueden ser cumplidas a través de estándares *vagos* y *abstractos*, a causa de que las regulaciones precisas aparecen muchas veces como claramente insuficientes para hacer funcionar eficazmente la actividad reguladora del Derecho.⁴²

Claro está, si ninguna función del Derecho puede ser realizada sin estándares abstractos, frente al ideal de precisión de la legislación como moral de aspiración del Derecho, ENDICOTT nos está proporcionando otra razón de peso (la utilización necesaria de términos, instrumentos, recursos y categorías jurídicas *abstractas*, que son *vagas*, para cumplir la función reguladora de la vida social, de las cuales no pueden prescindir

⁴² ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, *cit.*, pp. 184-188 y 189.

los sistemas jurídicos), para afirmar que el Derecho es *necesariamente* muy vago, y que la vaguedad –en el sentido aquí afirmado– lejos de ser un defecto de la legalidad, es en ciertos supuestos una de las características positivas que describen al Derecho.⁴³

III. NEOCONSTITUCIONALISMO Y TAREA JUDICIAL.

Si la ductilidad es el resultado del compromiso en el proceso legislativo, también habrá que entenderla como una “técnica legislativa”. Y, en nuestras Democracias modernas, como una técnica del legislador *ineludible* sobre todo en el nivel jurídico-constitucional. Lo que viene a poner de manifiesto ZAGREBELSKY es que este *modo de legislar* se ha de utilizar sin más remedio si queremos realizar el objetivo de no violentar la base pluralista de nuestras sociedades contemporáneas.

⁴³ ENDICOTT, T.: “El Derecho es necesariamente vago”, *cit.*, pp. 184-188 y 189.

Pero, claro está, el hecho de configurar un Derecho más dúctil y, por tanto, con *más vaguedad*, necesariamente lo va a hacer *proclive* a generar *más* indeterminación y, en relación al ámbito de la adjudicación, a producir *más* casos indeterminados (*borderline cases*) a la hora de su aplicación e interpretación. Podemos estimar que el incremento de *borderline cases* en los sistemas jurídicos del Estado Constitucional ocasionados por la ductilidad es en buena medida un rasgo significativo que identifica al ámbito de la adjudicación del constitucionalismo de principios. Y, por supuesto, si el constitucionalismo dúctil tiene *tendencia* a incrementar el número de *borderline cases* en el Ordenamiento, entonces la ductilidad del Derecho viene a constituirse en otra “fuente relevante” de casos indeterminados en los sistemas jurídicos del Estado Constitucional. En rigor, del Ordenamiento jurídico de hoy no es posible ofrecer una imagen satisfactoria sin aceptar esta circunstancia.

Los *borderline cases* son un tipo de caso judicial que puede ser comprendido como “caso marginal”, porque se corresponde con casos del Derecho que se sitúan *al margen* del “núcleo de certeza” aplicativa o no-aplicativa de las reglas. Igualmente, son, por eso, también entendidos con la nomenclatura de “casos dudosos”, porque hay *incertidumbre* sobre si pertenecen o no pertenecen al ámbito de aplicación de una regla. O, asimismo, con la de “casos indeterminados”, en función de las consecuencias (de *indeterminación*) que conllevan para la aplicación del Derecho. Y, del mismo modo, vienen a coincidir con la catalogación de “casos difíciles” (*hard cases*), en virtud de la complejidad que supone la construcción de la decisión judicial en estos supuestos indeterminados y en contraste con la sencillez que adquiere esta tarea en los casos claros (*clear cases*).

Es conveniente aclarar que lo que aquí se señala de ningún modo significa que los *borderline cases* se deban exclusivamente a la ductilidad del Derecho, pues los

sistemas jurídicos ya generan esta clase de casos por otras causas y debido a otras fuentes. Mi afirmación se dirige a poner de manifiesto que la ductilidad, como *técnica* legislativa que viene a ser “fuente de vaguedad” en el Derecho, acrecienta forzosamente el número de este tipo de casos en el Ordenamiento jurídico del neoconstitucionalismo, presentado una imagen de la actividad judicial que difiere a la que correspondería al Estado de Derecho legalista.

Esta es, además, razón suficiente, en mi opinión, para tomar como *propias* del ámbito de la *adjudicación* del constitucionalismo actual en mayor medida a aquellas particularidades que delimitan la resolución de los *borderline cases*. Téngase en cuenta que si el incremento de *borderline cases* es un rasgo que viene a singularizar cómo es la adjudicación en el neoconstitucionalismo, entonces *también* las características de la resolución judicial que solventa esta tipología de casos definirán en buena

medida cómo es la decisión judicial en el constitucionalismo dúctil de nuestro tiempo.

Así, en primer lugar, la *discrecionalidad judicial* es el único mecanismo con que cuentan los sistemas jurídicos para poder dar efecto a los derechos y deberes de las personas en las controversias jurídicas en las que el Derecho resulta verdaderamente *indeterminado*, tal como ocurre finalmente en un *borderline case*. H.L.A. HART ya previó la existencia de esta tipología de casos, a los que identificó con la *textura abierta* que presenta la estructura del Derecho⁴⁴. Y advirtió, en comparación a los *clear cases* –en los que nítidamente puede advertirse por el operador si la regla tiene aplicación al caso dado o no se aplica a él– que la realidad jurídica genera “otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica” la regla.⁴⁵ Esto viene a significar que en el Derecho

⁴⁴ HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española, ID., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 175.

⁴⁵ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp.152-153.

hay “áreas de conducta [en las que se generan *borderline cases*] donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso [decisión], a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, [y] cuyo peso varía de caso a caso”.⁴⁶ Sin duda, la ductilidad persigue esta manera de legislar y aplicar el Derecho en ciertos casos.

Claro está, la resolución de un *borderline case* no es posible mediante la *subsunción* del caso individual en el caso genérico (paradigma) de la regla: ni en el supuesto de hecho, ni en la aplicación de la consecuencia jurídica *predispuesta* por ella,⁴⁷ en virtud de que el paradigma de aplicación que estamos manejando –por los rasgos que presentan estos casos– resulta *controvertido*, no responde a una única dirección de sentido que sea compartida. A causa de lo cual, y en coincidencia con ZAGREBELSKY, en estos

supuestos hay que rechazar la “aplicación exacta de la ley, es decir no alterada por influencias de ningún género”⁴⁸, así como su aplicación *automática* según el criterio del significado *literal* de las palabras y la búsqueda de la intención del legislador (criterio hermenéutico *subjetivo*). Y aunque los que persiguen acrecentar la certeza del Derecho recurren “a la letra de la ley” (frente a su evolución) y utilizan el más seguro e incontestable de todos los criterios de interpretación: el literal, sin embargo, cuando existen “distintos contextos de sentido y de valor [como muestra la ductilidad], ni siquiera la letra [de la ley] es una garantía de su aplicación precisa. Y la mera exégesis de los textos resulta al final la más abierta de todas las interpretaciones”.⁴⁹ Téngase en cuenta que el constitucionalismo dúctil propio de nuestras sociedades pluralistas impide la existencia de un marco de *sentido único* para la aplicación e interpretación de las reglas y principios del Derecho.

⁴⁶ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 168.

⁴⁷ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 168.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., p. 149.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, cit., pp. 145-146.

Puede decirse que los *borderline cases* se sitúan en los “márgenes discutibles”⁵⁰ del ámbito aplicativo de las reglas, ya sea a causa de la *textura abierta* que presenta la estructura del Derecho⁵¹, o de la *ductilidad* con la que el Derecho es legislado hoy, o por otras causas, de las que al fin y al cabo viene a resultar la misma vaguedad legislativa. Pero, en todo caso, por uno u otro motivo, los *borderline cases* se localizan todos en la zona de “imprecisión” de la significación y aplicación de las reglas. Lógicamente, al estar situados al margen del núcleo de certeza, el operador jurídico va a tener “incertidumbre” sobre qué *decisión* tomar en relación con la regla a aplicar: dudará de si verdaderamente se trata de un caso que pertenece al ámbito de su aplicación (decidiendo aplicarla) o si no pertenece definitivamente a él (excluyendo dicha aplicación).

Y, de hecho, en estos supuestos el operador jurídico encuentra tantas

⁵⁰ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 180.

⁵¹ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., pp. 167 y 179-180.

razones en el Derecho para ubicar su decisión en una dirección de sentido determinada como para hacerlo en la dirección contraria. La pluralidad de marcos de sentido del Derecho incluso opuestos con los que él se encuentra *no* facilitan la construcción de la solución del caso, aun cuando ésta debe ineludiblemente producirse. Como, lógicamente, en una situación así deviene inservible el procedimiento de la subsunción y el silogismo judicial si “el derecho existente resulta ser indeterminado”,⁵² el juez sin más remedio “debe salir fuera del Derecho” “y ejercer un poder de creación para [conseguir] llegar a una decisión” cuando ninguno de los mecanismos del Derecho –incluidos los jurisprudenciales, así como los principios implícitos del Ordenamiento– se la proporcionan.⁵³ De ahí que la resolución que solventa un verdadero *borderline case* no pueda ser sino “discrecional”. Pues bien, puede decirse

⁵² HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 158.

⁵³ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, p. 8.

que este tipo de resolución singulariza a buena parte de las decisiones judiciales en el constitucionalismo dúctil, y de forma manifiesta a los asuntos de temática constitucional. Resulta, además, tal como evidencia R. GUASTINI, que esto ocurre así dada la imposibilidad del Derecho de llegar a “regular la vida social y política en su totalidad”⁵⁴, a la que hay que dejar a veces abierta, siendo la ductilidad un mecanismo útil para establecer ese estado legislativo.

La ductilidad del Derecho viene a evidenciar que los juristas hemos de asumir que “en todo sistema jurídico habrá ciertos casos” en los que las pretensiones de las partes no han sido contempladas por el Derecho, sino que se encuentran abiertas para ser decididas en el compromiso del caso dado. Casos, por tanto, que en verdad “no [están] regulados legalmente”, es decir, “para los

que ningún tipo de decisión es dictada por el derecho claramente establecido” de un modo preciso y exacto. La existencia de estos casos (*borderline cases*) posibilita afirmar que el sistema jurídico “es parcialmente indeterminado o incompleto”, porque *a veces* (esto es, cuando nos encontramos con un caso indeterminado) “no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada”.⁵⁵ Lógicamente, la existencia de esta tipología de decisión judicial, diferente a la subsunción y al silogismo judicial, explica, en buena parte, la importancia progresiva que ha ido adquiriendo también la argumentación judicial en el Derecho del neoconstitucionalismo.⁵⁶

En segundo lugar, a pesar de las dificultades anteriores, la decisión judicial discrecional que resuelve un *borderline case* puede ser construida a través del criterio *hartiano* de que el juez actúe “como si” fuera un “legislador”, pero, en

⁵⁴ GUASTINI, R.: “La ‘constituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; versión en español, ID., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 53-54.

⁵⁵ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, p. 5.

⁵⁶ Cfr. MORESO, J.J.: *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Editorial UOC, Barcelona, 2006.

rigor, se trata de un procedimiento de decisión normativamente indeterminado en el Derecho. En mi opinión, también la ductilidad viene a poner de manifiesto este hecho. Sin duda, el uso de la discrecionalidad posibilita al juez cumplir con el *deber* de pronunciarse a favor de alguna de las partes en el caso cuando no encuentra en el Derecho *ninguna* razón por la que decidir en un sentido o en el contrario, o encuentra *tantas* como para fallar a favor de cualquiera de las dos partes. Como el juez “debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso” que se presenta incierto e indeterminado⁵⁷ saliendo *fuera* del sistema jurídico (si fuese necesario), los casos *indeterminados* son, pues, los que activan esa “función creadora” de los tribunales,⁵⁸ que se traduce en “una función productora de reglas” en el Derecho⁵⁹. Función que se traduce en la

creación (judicial) de *nuevo* Derecho⁶⁰, configurado *ex post* y *ad hoc* a fin de regular controversias jurídicas específicas que no han sido contempladas con antelación por el Ordenamiento⁶¹.

Ahora bien, tal como hemos anunciado más arriba, para la creación de esas nuevas reglas y de ese nuevo Derecho no existe verdaderamente un procedimiento o método preestablecido en el sistema jurídico que diga al juez *qué* ruta ha de seguir en la construcción de la decisión discrecional con la que solventar un *borderline* case. HART, sin embargo, sí dio algunas *pautas*. La *primera pauta* consiste en que “el juez halla primeramente que el derecho existente no acierta a dictar [por ninguna clase de mecanismo del Derecho preestablecido] decisión de tipo alguno”. La *segunda pauta* afirma que, dado el supuesto anterior, el juez “se separa del derecho existente para crear derecho para las

⁵⁷ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, pp. 5-6

⁵⁸ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, *cit.*, p. 183.

⁵⁹ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, *cit.*, p. 169.

⁶⁰ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *cit.*, p. 14.

⁶¹ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224 y ss.

partes, *de novo* y *ex post facto*, de acuerdo con su idea de lo que es mejor”⁶². Aunque, en realidad, esta pauta segunda no parece eliminar la *incertidumbre* que impregna a las decisiones judiciales en los *borderline cases*, dado que decidir según la idea “de lo que es mejor” es algo *excesivamente indeterminado*, aunque también algo muy diferente a decidir según lo que (*pre*) establece el Derecho. Y la *tercera pauta* conmina al juez a “actuar [creando Derecho] como lo haría un legislador *consciente*”⁶³. Pero, claro está, tampoco cuenta el operador jurídico con ningún “procedimiento legislativo” *preestablecido* en el Ordenamiento que le guíe en cómo ha de crear el Derecho (judicial) actuando como un legislador *consciente* (legislador judicial), tal como sí lo hay para el legislador parlamentario.

⁶² HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, pp. 9-10; y asimismo, en ID., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 57.

⁶³ HART, H.L.A.: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, cit., p. 9; y asimismo, en ID., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 56.

Por consiguiente, no parece que estas tres pautas eliminen la *incertidumbre* de la discrecionalidad como procedimiento para resolver los *borderline cases*. Lo que sí afirma HART es que la discrecionalidad es “intersticial” y está sujeta “a muchas limitaciones sustantivas” que “estrechan sus opciones”, a fin de que no pueda ser empleada para “introducir [en el sistema jurídico] reformas a gran escala o nuevos códigos”.⁶⁴

Y, por último, en tercer lugar, la clase de decisión judicial que solventa un *borderline case* *desborda* el mecanismo de la bivalencia jurídica propio de la subsunción. Tal como hemos explicitado, este tipo de casos se identifica con el hecho de que “el lenguaje general dotado de autoridad en el que se expresa una regla sólo puede guiar [al juez] de una manera incierta”⁶⁵. Con esto quiero decir que la discrecionalidad constituye en sí mismo un procedimiento *impreciso* e *incierto* para resolver un *borderline case*.

⁶⁴ HART, H.L.A.: *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., pp. 56 y 57.

⁶⁵ HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, cit., p. 159.

Y, al menos en un primer momento decisorio, viene a presentarse incompatible con –y no puede construirse a través de– la *bivalencia* jurídica que brotaría de un acto aplicativo (o no aplicativo) de las reglas que fuere cierto.

IV. CONCLUSIÓN.

La evolución y las alteraciones que ha experimentado el sistema jurídico en el neoconstitucionalismo están relacionadas en buena medida con la “ductilidad” que necesariamente viene a presentar su legislación. La ductilidad, pues, vendría a corresponderse con la *singularidad* que asume el sistema jurídico en el Estado Constitucional contemporáneo en relación al modo de legislar.

Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, se trata de una característica que poseen en mayor medida las propias normas de la Ley Fundamental (*vaguedad constitucional*) y que del mismo modo

afecta –y tiene consecuencias– en todos los actos derivados de su aplicación y resolución de controversias.

Por otra parte, también vendría a identificar a los sistemas jurídicos del neoconstitucionalismo el que la vaguedad de las normas constitucionales que es consecuencia de la ductilidad –mencionada– con la que está conformado el Derecho se constituye en “fuente” de una mayor producción de *borderline cases* (casos indeterminados). Es más, este hecho apunta a que el sistema jurídico del actual Estado Constitucional de Derecho tiene “tendencia” (y es *proclive*) a *incrementar* de forma notoria los casos indeterminados (*borderline cases*) cuando contemplamos la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, con todas las consecuencias que respecto a la construcción de la decisión por los jueces conlleva dicho efecto en la adjudicación.

Todo lo dicho conduce a la conclusión general de que no es posible ofrecer una

imagen satisfactoria de *cómo* es la maquinaria del Derecho del neoconstitucionalismo sin aceptar que se ha “sofisticado” de forma manifiesta. Ya no es tan simple como antaño lo era, sino que ciertamente ha evolucionado. Se ha hecho *más compleja*. Y es que resulta difícil negar que tanto el modo en el que el Derecho actual ha de ser legislado como el desarrollo que en muchos casos adquiere la tarea judicial consecuente (para ese Derecho dúctil) vienen a

corresponderse hoy en día con el sistema jurídico de un modelo *diferente* de Estado de Derecho: el Estado Constitucional.