

## EL DERECHO DÚCTIL Y EL PENSAMIENTO DE GUSTAVO ZAGREBELSKY. PROTAGONISTA DE LA CIENCIA DEL DERECHO

*The Ductile Law and the Thought of Gustavo Zagrebelsky:  
A Leading Figure in Legal Science*

Jesús ARELLANO GÓMEZ\*  
Universidad de Guanajuato, México  
ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3611-5826>

doi: <https://doi.org/10.15174/cj.v15i29.545>

Gustavo Zagrebelsky es un reconocido jurista, profesor y escritor. Nació el 1 de junio de 1943 en San Germano Chisone, provincia de Turín, Italia. Creció en el seno de una familia con vocación académica, circunstancia que influyó de manera decisiva en su interés por la cultura, la educación y el derecho.

Realizó sus estudios de educación superior en la Universidad de Turín, institución a la que se incorporó más tarde como docente en las materias de Jurisprudencia Constitucional y Teoría General del Derecho Público. Asimismo, se ha desempeñado como profesor en la Universidad de Suor Orsola Benincasa de Nápoles y ha sido profesor invitado en diversas universidades alrededor del mundo<sup>1</sup>.

197

En el ámbito profesional, una de las facetas más importantes de Gustavo Zagrebelsky fue su labor como juez y presidente del Tribunal Constitucional de Italia, lugar en el que puso en práctica parte de su obra. En particular, intervino en resoluciones que pueden considerarse tanto paradigmáticas como vanguardistas por su vocación progresista, especialmente en lo relacionado con la tutela y respeto al derecho a la salud, la privacidad de las personas frente al Estado y el acceso a la educación. En este contexto, su labor como juez constitucional fue fundamental para el desarrollo de una de sus obras más singulares: *Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política*, elaborada a partir del análisis de las sentencias en las que intervino.

\* Profesor de Tiempo Completo en la Universidad de Guanajuato, especializado en Derecho, Justicia Administrativa y Derecho Constitucional. Posee dos maestrías —en Justicia Constitucional y en Docencia Universitaria para la Educación Digital— y es Doctor en Estudios Jurídicos, Políticos y de Gobierno con tesis laureada. Sus líneas de investigación abarcan responsabilidad patrimonial del Estado, derecho constitucional, derechos humanos y cultura política. Es candidato al Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores y cuenta con Perfil Deseable PRODEP. Integrante de diversas asociaciones especializadas en derecho constitucional a nivel nacional e internacional. Correo: [jarellanogomez@ugto.mx](mailto:jarellanogomez@ugto.mx).

1 Véase: Editorial Trotta, Gustavo Zagrebelsky, sitio web oficial de la editorial, disponible en: <https://www.trotta.es/autores/gustavo-zagrebelsky/373/> (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2022).

Además, gracias a su destacada trayectoria como jurista, académico y columnista, impulsó varias iniciativas en defensa de los derechos humanos.

### **I. Breve recorrido por el pensamiento de Gustavo Zagrebelsky**

Zagrebelsky es autor de numerosas obras sobre derecho constitucional y derechos humanos, y es ampliamente reconocido por sus reflexiones de enfoque crítico en torno a los desafíos y dilemas que enfrentan las democracias contemporáneas en la protección de tales derechos. Es considerado una de las mentes más sobresalientes de una nueva forma de concebir al Estado y, particularmente, al estado constitucional de derecho.

Entre sus obras más conocidas se encuentran *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, *Derechos a la fuerza*, *Historia y Constitución* y *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. En ellas, Zagrebelsky aborda cuestiones centrales como la interpretación de la ley y de la constitución, el papel de los tribunales en la tutela de los derechos humanos y el impacto de la globalización en los ordenamientos jurídicos.

Una síntesis de algunas de las principales aportaciones ideológicas del autor en relación con el derecho y la concepción actual del Estado constitucional, a la luz de su producción académica y de las resoluciones que emitió como juez constitucional, puede esbozarse en los siguientes términos.

El pensamiento de Zagrebelsky se distingue, entre otras virtudes, por una visión dualista del derecho, que se sitúa en la aparente dicotomía entre iusnaturalismo y el iuspositivismo, al distinguir entre *ius* y *lex*, entre justicia y ley. Ambos conceptos se relacionan con la forma y el fondo desde los cuales debe comprenderse el derecho conforme a estas corrientes del pensamiento jurídico<sup>2</sup>.

A partir de esta perspectiva, el autor establece la dualidad y el desafío que representa actualmente para los juristas y la sociedad en general el entendimiento de la disciplina. Su visión contrarreducciónista pone de manifiesto la divergencia a la que nos enfrentamos cotidianamente a la hora de abordar temas relacionados con la ley y la justicia, en la medida que esta cuestión fundamental trasciende lo aparente o evidente de la norma así como su interpretación literal. Esto significa que en muchas ocasiones se cuestiona si los derechos pueden solo reducirse a la ley positiva —negando con ello la existencia de aquellos derechos no positivizados— o bien, existen un sinfín de derechos que subsisten con independencia de su reconocimiento jurídico.

Ante esta situación, según se puede inferir desde la obra del autor, el reto se centra en encontrar el elemento unificador o esencial que propicia la conjunción entre la justicia y la ley, es decir, el derecho; ya que su incomprendimiento a menudo propicia falsos cuestionamientos a los juristas por parte de actores que aprovechan coyunturas políti-

---

<sup>2</sup> Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 10<sup>a</sup>ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 47.

cas para generar desinformación e impulsar cambios o agendas ideológico-legislativas que pueden llegar a vulnerar derechos humanos<sup>3</sup>.

Zagrebelsky se encarga también, en sus obras, de analizar los aspectos legales y sus implicaciones a la luz de la compresión de una ideología que presta principal importancia al estudio del derecho constitucional y su materialización. De esta forma su pensamiento no se mantiene en el plano meramente teórico; por el contrario, la solidez que le da su experiencia, principalmente como juez y académico, le permite ofrecer respuestas a cuestiones que no se quedan en el plano del deber ser, sino que trascienden al aspecto material o de utilidad pragmática.

En este sentido, Zagrebelsky llega a la conclusión de que las constituciones deben tener una potestad o fuerza generadora con impacto social y jurídico, así como también una función política, la cual no es dependiente de ideologías temporales de quienes detentan el poder. Las constituciones, al ser los documentos jurídicos fundamentales, fijan los principios circunstanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público, regulando todo lo relacionado con el mismo, dicho de otra manera, la constitución tiene una función unificadora.

De lo anterior, deriva su nada sencilla e incansable búsqueda por difundir entre las personas estudiosas de la ciencia jurídica la importancia de comprender y ejercer los aspectos prácticos que garantizan y mantienen la vigencia, primacía y aplicabilidad del orden constitucional en aras de propiciar el ejercicio de las garantías y la protección que brinda el pensamiento democrático en el Estado constitucional de derecho.

En esta línea ideológica de la aplicabilidad de la constitución, se fundamenta el análisis de la importancia que tienen las personas juzgadoras en un Estado constitucional al ser quienes se encargan de la elaboración de criterios de interpretación y aplicación de los principios constitucionales.

Al respecto, cuando aborda las contradicciones jurisprudenciales, Gustavo Zagrebelsky señala que los jueces constitucionales tienen una labor central en la renovación de precedentes, buscando establecer interpretaciones más garantistas, transmitiendo la necesidad de establecer una línea que los demás integrantes de los órganos jurisdiccionales, como integrantes del Estado y principales operadores del derecho, deben de seguir, y de ser necesario se pueda dar paso a la creación de una nueva jurisprudencia.

Para tal efecto es preciso que primero se reconozca el abandono del precedente que está en uso para la resolución de un asunto de interés o relevancia jurídica, a fin de que se puedan otorgar nuevas razones lo suficientemente pertinentes para justificar el surgimiento ineludible y válido de una nueva interpretación. Esto reafirma el papel de los órganos jurisdiccionales dentro del Estado constitucional, colocándolos en un plano diferenciado de los integrantes de los órganos legislativo y ejecutivo, ya que en

<sup>3</sup> En el campo en que la confusión entre justicia y legalidad puede parecer más natural se encuentra la administración de justicia desarrollada en los tribunales. La sujeción del juez a la ley, y solo a la ley como concepto jurídico, es uno de los principios fundantes de gran parte de las constituciones vigentes, un principio que expresa sintéticamente el intento de separar la esfera del derecho de la esfera de la justicia, haciendo a la primera completamente autónoma de la segunda. Véase: Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 31.

el modelo constitucional, a diferencia del absolutista y legal de derecho, las personas juzgadoras son los agentes públicos encargados de generar el derecho a través de su función formal y materialmente jurisdiccional.

Asimismo, en sus obras se reitera la necesidad de reconocer que la constitución tiene una función vital junto a la independencia de los jueces constitucionales. Dicha cualidad no debe asumirse con superficialidad política al interior o exterior de los órganos jurisdiccionales. Este principio se refleja en la autonomía, que debe ser también de sí mismos, debido a que los jueces no se desprenden de su sentido humano, son personas; no obstante, a diferencia del resto de la sociedad, las personas juzgadoras deben asumir una actitud diferente, su actuar tiene que ser de fiel apego al texto constitucional, dejando de lado hábitos mentales y morales que están presentes, propios de cualquier persona, debido a los usos y costumbres que se desarrollan en la sociedad de la que se forma parte.

Como se puede observar en este recuento, Gustavo Zagrebelsky pone especial atención a la teleología de la constitución, pues desde su línea argumental, en el Estado constitucional de derecho, las constituciones no solo se reducen, como tradicionalmente se ha concebido en el Estado legal del derecho, a ser el documento fundacional sobre el que surgen los Estados con todas sus instituciones y de la que irradian sus potestades. El autor resalta la función política que tienen los ordenamientos de esta naturaleza, porque a partir de lo establecido en ellos con todo su potencial son, en esencia, el centro del derecho. Esto significa que son aquel punto en el que convergen todos los intereses tanto de lo público como de lo privado, son la aspiración a la que se enciñan las sociedades, ya que con su realización se desvanecen los límites que el Estado legal no pudo superar entre las normas jurídicas y los fines del derecho: la seguridad jurídica, el bien común y, por supuesto, la justicia.

En síntesis, las ideas que emanan del autor abarcan distintos aspectos que le son de importancia al derecho, a la sociedad y al propio Estado. Es por lo que, cuando se reflexiona sobre los protagonistas del pensamiento jurídico, es imprescindible referir la obra de Gustavo Zagrebelsky, un académico vanguardista que desafía los cánones de la ciencia jurídica y propone una visión dinámica sobre el derecho, la constitución y el Estado. En su obra se sintetiza la más elevada aspiración de la sociedad, la cual se relaciona con la comprensión de la labor de la constitución como un elemento que garantiza el respeto a la dignidad de la persona a través de su misión unificadora y la función interpretativa de los jueces.

## II. El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia

Desde nuestra perspectiva una obra que por su contenido, lenguaje y claridad se puede poner como ejemplo para conocer el complejo pensamiento de Gustavo Zagrebelsky es su libro *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*; cuya traducción al castellano es *El derecho Dúctil: Ley. Derechos y Justicia*, editado por Trotta. Esta obra se estructura en siete capítulos:

1. Los caracteres generales del derecho constitucional actual.
2. Del Estado de derecho al Estado Constitucional.
3. La separación de los derechos respecto de la Ley.
4. Derechos de libertad y derechos de justicia.
5. La separación de la justicia respecto de la Ley.
6. El derecho por principios.
7. Los jueces y el derecho.

Como se puede observar con tan solo la lectura del capitulado, en poco más de ciento cincuenta páginas el libro realiza un estudio sobre el Estado, la etapa en la que actualmente se encuentra el desarrollo del derecho, el lugar que tiene en las sociedades que se autodeterminan como democráticas, la redimensión del concepto de soberanía, la trascendencia que reviste la separación entre justicia y la ley, lo relativo al derecho por principios, así como el papel que desarrollan los jueces en el Estado constitucional de derecho.

Al respecto, reconocemos que esta obra parte de un contexto específico que se explica por: el lugar de origen y desarrollo profesional del autor; por el tiempo histórico en que emergió, pues es una obra que se encuadra en torno al siglo XXI y, desde una perspectiva espacial, su análisis se sitúa principalmente en las democracias y constituciones europeas. A propósito de esto, consideramos importante hacer un paréntesis para retomar una idea expresada por el doctor Francisco M. Mora Sifuentes. Al referirse a la obra de Hans Kelsen, dentro del *Seminario de protagonistas del pensamiento jurídico*, señaló que, como juristas latinoamericanos, volteamos a ver las contribuciones europeas, no porque desconozcamos el valor que se guarda en la producción científica de nuestras universidades, sino porque bajo parámetros de racionalidad existen elementos históricos, culturales y materiales, que hacen sentido en el presente del continente americano.

201

Esta obra se constituye como una aproximación al fenómeno jurídico a partir de una nueva idea del pensamiento, capaz de abordar e interpretar las emergentes direcciones que trae consigo la cultura jurídica y que tienen impacto en todos los aspectos de la vida humana como la religión, la etnia, la política y la propia cultura. En este sentido, el derecho se entiende y presenta en este libro como algo plural, carente de rigidez y suficientemente maleable con el fin de superar la concepción rigurosamente legalista en la que, en algunos aspectos, se mantiene anclado.

Uno de los caracteres más significativos que está presente en nuestros tiempos en el derecho constitucional es el del debilitamiento o redimensionamiento, según se quiera ver, del concepto de la soberanía estatal. Desde un entendimiento decimonónico, esta idea se traduce en el surgimiento de fuerzas dentro de un Estado que aseguran la unidad política y garantizan que no exista poder alguno por encima de éste. Ante la idea de no sometimiento a ningún otro poder o Estado, el autor dirige de manera magistral un recorrido ideológico e histórico que nos revela cómo, a lo largo del tiempo, se da paso a una nueva concepción en torno a la soberanía. Esta deja de entenderse como un poder de límites o fuerza entre los Estados nación o como un mecanismo de

sujeción interna por parte de los gobernados bajo el imperio de la ley. Así durante el desarrollo de esta idea, el autor nos guía paso a paso mostrándonos una nueva noción del concepto: el de soberanía constitucional.

Una constitución que no se rige por una fuerza soberana y constituyente no puede pretender orientar unilateralmente la obra de una ciencia constitucional coherente con tal fuerza. Una constitución sin soberano o con una soberanía indecisa no puede pretender una ciencia constitucional puesta pasivamente a su servicio<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, la soberanía constitucional gira en torno al principio de que la constitución ya no se asume como una fuerza de origen, es decir, ya no es más ese documento del que emana todo orden social y limita al poder, sino que más bien es la síntesis de los ideales sociales hacia los cuales se deben mover el Estado y la sociedad; es decir, la soberanía de la constitución no es solo un centro del que emana todo, sino que es un elemento unificador en el que converge todo.

Con base en lo anterior, debemos entender que la constitución no es algo que deba ejecutarse, más bien debe de realizarse o materializarse, y es aquí cuando Gustavo Zagrebelsky propone el término de *ductilidad* aplicada al derecho. Para construir el concepto, el autor retoma como referencia la propiedad química de ciertos elementos y materiales que permiten ser moldeados sin alterar su esencia, solo su forma, para adaptarse a las más diversas necesidades.

En este sentido, de manera excepcional —como solo puede hacerlo un maestro del derecho— adopta ese término y lo trasporta al ámbito jurídico, convirtiéndolo a una *ductilidad jurídica*. Para el autor, esta no se traduce en la transformación de la ley en concreto o de la disciplina en abstracto, sino en la ductilidad de la constitución, como si se tratara de un texto abierto y, si se nos permite, infinitamente inacabado, en donde los diferentes valores coexisten de manera armónica. Con ello se excluye la rigidez dogmática que durante muchos años se presentó sin cuestionamientos u oposiciones en la práctica constitucional, permitiendo con esta nueva forma de pensamiento dar paso a un pluralismo jurídico y una dogmática fluida.

Cuando el doctor Zagrebelsky aborda el Estado constitucional de derecho, comienza explicando los alcances del modelo que históricamente es considerado como su antecedente, es decir, el Estado legal de derecho. Este modelo se puede entender como una forma de Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba a través de sus agentes para imponer con eficacia sus normas en las relaciones sociales. Todo ello producía una vulneración de la dignidad humana alimentada por la fragmentación y anarquía social y el debilitamiento del fin justicia.

A partir de lo señalado en supra líneas, se estima pertinente que antes de dar paso al análisis del Estado legal de derecho y su tránsito al Estado constitucional de derecho, resulta importante se atienda al entendimiento y aplicación del principio de legalidad, puesto que, como ya se dijo, este elemento fue o ha sido un principio rector a lo largo

---

<sup>4</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011, p. 74.

de las distintas facetas por las que ha transitado este modelo de Estado en los diferentes puntos del globo donde se ha materializado. Bajo esta concepción, la ley y su literalidad se erigen como un acto normativo supremo, en el que no hay un derecho o argumento válido por encima de aquél; como consecuencia, para este modelo de Estado, el principio de legalidad presupone una reducción del derecho a la ley y la exclusión de la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del derecho.

No obstante, se debe considerar que el principio de legalidad tenía una doble vía, dependiendo de la perspectiva en la que se encontraba la persona, en tanto que obedecía a la posición de los ciudadanos frente al mandato legislativo o a la posición que la administración asumía frente a dicho mandato. Con esto se debía entender que el principio de legalidad era una limitación al poder del Estado en materia administrativa, es decir, las facultades otorgadas a una persona o grupo de personas quedaban subordinadas a lo que la propia ley dictaba, estableciendo un claro margen de acción para dicha autoridad. Al mismo tiempo, estas limitaciones tenían como fin dar a los particulares una protección frente al actuar de una autoridad o servidor público, así como la posición de libertad del particular en tanto no existiera un límite expreso.

Esta perspectiva trae consigo que el principio de legalidad establece una distinción entre Estado y particulares, en la que el Estado puede hacer todo lo que la ley le tiene permitido y el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíba. Ello alude a que el principio de autonomía de los particulares se viera limitado por la ley que establecía prohibiciones, o bien, atribuciones exclusivas a las autoridades, pues para el particular la ley no actuaba como una norma que debiera ejecutarse, sino como un límite, el cual debe respetarse.

203

En el Estado legal de derecho, la generalidad opera en una suerte de elemento principal, en el que la norma legislativa es aplicable para todos los particulares sujetos de derecho sin que exista una distinción entre los mismos. Con esta generalidad, Zagrebelsky apunta a la existencia de un importante sistema separador de poderes, en el que, si se diera una falta de generalidad, los sujetos considerados individualmente por las leyes emanadas del legislador sustituirían al poder judicial que se ejerce a través de las sentencias de los jueces, dejando en manos del propio legislador un poder mayor, desequilibrando este sistema de pesos y contrapesos. En este sentido, se puede decir que la generalidad constituye una imparcialidad respecto a los componentes sociales, así como una imparcialidad jurídica<sup>5</sup>.

En síntesis, en el Estado legal de derecho las facultades del Estado se encuentran única y exclusivamente en la ley, de ella depende su surgimiento, su actuación o, incluso en un aspecto drástico, la propia parálisis del Estado. Por su parte, en el Estado legal de derecho, los particulares actúan con la absoluta libertad que les reconoce la norma, cuando en ella no encuentran restricciones expresas.

Así, esta concepción histórica y política de modelo de Estado sirvió para encontrar el orden que la sociedad de aquel momento requería, al pasar de formas de Estado absolutistas. Sin embargo, dicho modelo entró en franca crisis cuando la soberanía

5 Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 29 y 30.

saltó de un hombre —el monarca— a las soberanías parlamentarias, las cuales con el paso del tiempo también cayeron en prácticas que, aunque amparadas por la ley, eran contrarias al derecho. Estas prácticas estaban cargadas de intereses provenientes de regímenes influenciados por factores ideológicos o económicos, los cuales, aunados a un exacerbado nacionalismo, llevaron a la humanidad a un periodo de guerras, auto-destrucción y graves violaciones a la dignidad humana<sup>6</sup>.

En el caso del Estado constitucional de derecho, encontramos una similitud con el ya mencionado Estado legal de derecho, lo que no resulta extraño porque, como se mencionó, históricamente se puede considerar a este último el antecesor del primero. No obstante, el Estado constitucional de derecho lleva hasta las últimas consecuencias el programa de la completa sujeción a la constitución de todas las funciones ordinarias del Estado, por lo que hace y sobrepone el gobierno de las leyes sobre el gobierno de los hombres, es decir la soberanía deja de ser un poderío absoluto de un ente, en este caso el Estado, y se personifica en el poderío de las mayorías y de los ideales sociales.

De manera sintética, podemos decir que el punto que marcó el paso del modelo del Estado legal al Estado constitucional de derecho surgió como consecuencia de los conflictos bélicos mundiales que pusieron en evidencia lo peligroso que resulta el rigor del legalismo cuando existe una ausencia de controles o límites supranacionales, así como de los profundos cambios políticos y sociales que se presentaron a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX.

204

Esta nueva idea de Estado constitucional de derecho supuso un cambio en el paradigma que representaba el principio de legalidad en relación con el Estado. Si bien la ley seguía siendo el límite de la actuación de la autoridad en tanto establecía los supuestos jurídicos, se reconoció que la aplicación de la ley, por sí misma, no prevé todos los supuestos posibles.

Por otro lado, en el caso de los individuos no mantiene más una libertad absoluta, pues si existen afectaciones al interés colectivo, aunque se trate de asuntos particulares, el Estado puede y debe intervenir, delimitando y justificando cada una de sus atribuciones. Como dice Zagrebelsky, actualmente sería problemático proponer nuevamente, con carácter general, la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular y limitación del Estado, pues dicha regla se erosionó en ambas direcciones con el surgimiento del Estado constitucional de derecho<sup>7</sup>.

Es así como en el Estado constitucional se entiende a la ley como la regla establecida por el legislador en un momento específico, mientras que los derechos son pretensiones subjetivas que son válidas por sí mismas, sin necesidad de ser reconocidas propiamente por el poder legislativo. Esto es contrario a lo que sucedía en el Estado legal de derecho, donde el legislativo era quien por medio de la ley delimitaba el actuar

6 Al concluir la Segunda Guerra Mundial, los escenarios inaugurados por el uso bélico de la energía atómica abrieron nuestros ojos a la llegada de un mundo donde la supervivencia del género humano no estaba asegurada por sí misma. Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *Derechos a la fuerza*, Madrid, Trotta, 2023, p. 140, disponible en: <https://www.digitaliapublishing.com/a/125827> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2022).

7 Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 34 y 35.

de la autoridad. En este entendido, podemos observar parte del doble pensamiento de Zagrebelsky sobre las leyes, ya que, por un lado, apunta a este apartado positivista de la ley (*lex*) adicionando la visión iusnaturalista (*ius*) que acompaña su entendimiento de los derechos, en la que resaltan los ideales históricos del derecho.

Para fundamentar sus declaraciones de derechos, divide el análisis comparativo del entendimiento de estos entre las concepciones francesa y anglosajona. En este ejercicio apunta de manera importante que el segundo componente tiene una fuerte similitud al proceso constitucional europeo actual en el que la ley deriva de los derechos y no los derechos de la ley.

En este sentido resulta imprescindible hacer referencia a una de las épocas más convulsas en la historia del mundo, la cual marcó un antes y un después en la protección de los derechos subjetivos, me refiero con esto a la Segunda Guerra Mundial. Tal como se señaló, como consecuencia de ella, se buscó darles a los derechos una protección efectiva incluso a nivel supranacional. De este modo, la idea de que los derechos daban origen a la constitución dejaba de lado la búsqueda efectiva de protección de los mismos, ahora el Estado constitucional busca constitucionalizar los derechos (por muy reiterativo que parezca), colocándolos en un lugar donde el Estado les otorgaría una atención prioritaria y convirtiéndolos en verdaderas normas jurídicas y no en simples ideales con una exigibilidad meramente personal.

En este análisis sobre el metaconcepto de derecho presentado por Zagrebelsky se hace una referencia a la perspectiva marxista; según esta los derechos del hombre son realmente «derechos del burgués», siendo estos un segundo ejemplo del orden en la lucha de clases sociales, cuya diferencia social se materializa en el derecho al salario y el derecho al trabajo. Para el pensamiento de Marx es importante el surgimiento de una asociación general en la que se permita el libre desarrollo de la colectividad social, con esto los derechos pasarán a ser algo secundario que se dará como una especie de complemento del mismo.

En general, consideramos que, al tomar la teoría socialista como parangón, lo que se busca es resaltar el reclamo de la falta de igualdad en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, enfocados como eje principal en su alcance efectivo.

Desde esta preocupación, Zagrebelsky se propone abordar estas diferencias desde dos perspectivas: el humanismo laico y el humanismo cristiano. El primero corresponde a una concepción moderna de los derechos y el segundo a una idea antigua. En este sentido temporal al que hacemos alusión, debemos entender que el humanismo laico viene a hacer una innovación o restauración del orden social, mientras que el humanismo cristiano busca el respeto al orden social, o la restauración en el caso de que haya sido violado previamente; en estas contraposiciones está el progreso por un lado y por el otro la perfección.

El autor resalta que la concepción sobre los derechos a lo largo de la historia ha tenido definiciones muy diversas empezando por su origen, ya sea desde la perspectiva moderna o antigua, de quienes son los beneficiarios de los derechos, de la posición de la función instauradora o restauradora, o bien, desde una visión objetivista o subjetivista de los mismos.

Para reafirmar esta posición, Gustavo Zagrebelsky nuevamente hace alusión a la doble visión de los derechos: por un lado, una perspectiva iusnaturalista, y por el otro, una perspectiva iuspositivista, reflejando en su pensamiento la búsqueda incesante por entregarnos una explicación sucinta que reconcilia esta dualidad. Por ello, en su obra encontramos que existe un contraste entre ambos límites, ya que el autor hace una aclaración referente a los derechos orientados a la libertad y de la importancia que tiene la garantía del *señorío de su voluntad*.

Sin embargo, es primordial la fijación de los límites de los derechos humanos, estos límites se dividen en dos: una concepción moderna donde este límite se materializa con el fin de organizar las voluntades, evitando que colisionen destrutivamente los derechos y el ejercicio efectivo de estos. En el caso de la concepción antigua ve a la voluntad individual como un peligro latente para el orden social. Así la concepción moderna encierra una contradicción, al admitir la existencia de límites destinados a sobreponer una verdad social encaminada a cierto fin que beneficie a una colectividad, sin centrarse o estancarse en la voluntad individual de la persona.

El constitucionalismo que refleja Zagrebelsky, y su concepción de la maleabilidad del derecho, tiene como principal objetivo la aplicación de las leyes con un fin que va más allá de «estar escrito» y «ser aplicado al pie de la letra» por los juzgadores. El autor plantea una participación dinámica de las leyes, donde se fijen principios constitucionales que tengan una repercusión jurídica con sentido, y no simples consecuencias político-legislativas en donde la perspectiva sobre los derechos es el resultado de la concepción de quienes se encuentren al frente de dicho poder o de la ideología imperante durante un momento histórico.

En este mismo sentido, debemos señalar que el Estado constitucional de derecho no puede reducirse a un puro y simple acuerdo de voluntades y arbitrios individuales, sino que habrá de ser el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben estar salvaguardados los intereses materiales e inmateriales no disponibles, evitando la inestabilidad de voluntades. Debido a esto, la constitución no se puede reducir a un texto de deberes y sanciones, lo que implica superar las concepciones hegeliana y kantiana.

En una noción contemporánea, el concepto de constitución trasciende al ser también la proclamación del respeto a la dignidad y las libertades a las que toda persona debe tener acceso, acompañada además de garantías para su realización. No estamos, por tanto, frente a una mera proclamación de deberes constitucionales, sino ante una declaración de derechos consagrados en el texto constitucional. Este punto es importante para el constitucionalismo actual o también llamado «neoconstitucionalismo», ya que trae una nueva perspectiva de diversas ideas referentes al derecho y la justicia que, desafortunadamente, en el plano axiológico no siempre coincidieron<sup>8</sup>. Sin embargo, una conciliación de dichos postulados dio paso a un concepto que no se encasilla en el ideal individual, es mucho más amplio a la par que garantista y más acorde al momento

---

<sup>8</sup> El positivismo jurídico, al negar la existencia de «niveles» de derecho diferentes de la voluntad recogida en la ley [...]. Del mismo modo que los derechos eran lo que la ley reconocía como tales, la justicia era lo que la ley definía como tal. La relación ley-justicia se adecuaba perfectamente a la relación ley-derechos. Véase: Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 96.

histórico, concretando la idea de constitución como un elemento consustancial al desarrollo social, algo que debe ser materializado.

La unidad de ideales diversos trae consigo una discusión y mejora de la ley. La constitución pluralista es la estructura de un pacto donde quienes están implicados introducen a la discusión ideales propios de justicia. Dicha operación constituirá una obra que será exitosa tanto social como jurídicamente, dejando de ser una composición unilateral impuesta a todos, sin que desaparezca la mediación entre esta y la voluntad individual de quienes habrán de quedar sujetos a su disposición.

En otra parte de su obra nuestro autor destaca la diferencia entre principios y reglas jurídicas. Los primeros desempeñan una función constitutiva a la vez que aspiracional del orden jurídico, mientras que las reglas son leyes reforzadas de forma especial que procuran materializar los principios. Se trata de una cuestión fundamental que ahora resulta ser un binomio que se presupone indisoluble, pues la importancia de las reglas es que estas pueden ser objeto de interpretaciones a la luz de los principios, con el objetivo decisivo desarrollado por la ciencia jurídica, el cual es la realización del derecho y la justicia.

Por ello, los principios no generan problemas de interpretación hacia quienes acuden a ellos, porque son precisos, claros y nítidos. Los principios constitucionales no se acatan, se les presta adhesión; mientras que las reglas se deben obedecer y permitir, estos deben ser observados y aplicados mecánicamente<sup>9</sup>.

El derecho por principios es criticado por el positivismo debido a que, según este dogma, a diferencia de las normas que contienen supuestos jurídicos, se cree que los principios encierran un vacío jurídico. Esta cuestión ha sido abordada por el neoconstitucionalismo señalando que, si bien el derecho por principios no contiene un supuesto jurídico, este elemento es cubierto por valores éticos y políticos que le dotan de sentido, unidad y aplicabilidad. En este tenor, bajo la premisa del nuevo orden constitucional, al ser los principios una base para el derecho se necesita de leyes que se promulguen con posterioridad para así lograr un desarrollo de estos; en este sentido, los principios constitucionales y la propia constitución son la mayor manifestación del derecho positivo.

207

Para Zagrebelsky resulta necesario no solo abarcar al constitucionalismo desde la literalidad de los textos constitucionales, también considera importante abarcar la labor de los jueces en el mundo del derecho, superando la concepción de Montesquieu, donde el juez era boca muda de la ley, un simple ente que habla y repite lo que el legislador decidió.

Zagrebelsky señala que el juez debe ponerse tanto al servicio de la ley como de la realidad, logrando un equilibrio que sea específico para cada caso. Para ello se debe hacer uso de una interpretación que permita al juzgador llegar a la individualización del caso sin contravenir o deformar a su conveniencia el texto constitucional, por ello su actuar debe guiarse por los principios de seguridad y justicia con un criterio equitativo, en el que las partes inmersas no se vean sobrepuertas una sobre otras<sup>10</sup>.

9 *Ibidem*, pp. 110 y 111.

10 *Ibidem*, pp. 150 y 151.

Como ya se había adelantado, el legislador poseía entre sus facultades un señorío de la ley, estando en una relación de desigualdad y superposición con los otros dos poderes. Bajo la perspectiva constitucionalista de Zagrebelsky este señorío del derecho se les otorga a los jueces, quienes tendrán como tarea la armonización entre el respeto a la ley, la protección de derechos de los particulares, así como la incesante búsqueda de la justicia. En esta concepción actual del Estado constitucional del derecho, el legislador debe estar consciente de que su tarea es una parte del derecho, no la totalidad del mismo.

La ley, durante un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de medición y siendo destronada en favor de una instancia más alta. Este orden normativo superior asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades divididas en su interior y concurrenceales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la función política estaba, y se presumía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad<sup>11</sup>.

### III. Conclusión

208

Gustavo Zagrebelsky, eminente constitucionalista y pilar de una corriente del pensamiento de la ciencia jurídica, guarda en su memoria y obra una aspiración genuina de la humanidad, que se traduce en dotar de contenido al derecho, reconciliándolo con sus fines, en aras de garantizar el respeto y salvaguarda de la dignidad humana.

Su obra da testimonio de esta tarea, su palabra se ha convertido en un eco sólido, legítimo y claro que se ha esparcido en el pensamiento universal como un llamado a los juristas para acercarnos a la verdad de la ciencia del derecho. Paralelamente, dentro del paradigma del Estado constitucional se presenta como un referente para entender y hacer frente a los retos que presenta este modelo de Estado.

En un plano material, se podría decir que nuestro sistema jurídico ha caminado hacia la consolidación del Estado constitucional; sin embargo, paradójicamente, hoy ante la maleabilidad del derecho y de las propias instituciones del Estado mexicano, la obra de Zagrebelsky es una obra viva que se convierte en un pilar doctrinal para la reflexión de todos los ciudadanos, pero principalmente para quienes nos dedicamos al ejercicio de la ciencia jurídica.

### IV. Bibliografía

Editorial Trotta, Gustavo Zagrebelsky, sitio web oficial de la editorial, disponible en:  
<https://www.trotta.es/autores/gustavo-zagrebelsky/373/>

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 40.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Derechos a la fuerza*, Madrid, Trotta, 2023, disponible en: <https://www.digitaliapublishing.com/a/125827>
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 10<sup>a</sup>ed., Madrid, Trotta, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo y MARTINI, Carlo María, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2011.

### **Anexo de las que se pueden considerar como obras esenciales del pensamiento de Gustavo Zagrebelsky**

- *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2018. En esta obra, Zagrebelsky explora la idea de un derecho *suave, templado o maleable*, que combina la firmeza de la ley con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las complejidades de la vida social. Asimismo, explora los componentes del estado constitucional de derecho y el papel del juez constitucional.
- *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014. Este libro profundiza en la relación entre la ley y la justicia, abordando cómo las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse para promover una sociedad justa.
- *Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008. En este trabajo, Zagrebelsky analiza el papel de la Corte Constitucional en la política italiana, destacando la importancia de los principios constitucionales en la toma de decisiones judiciales. Asimismo, realiza un ejercicio reflexivo sobre el papel del Tribunal Constitucional y el impacto del conocimiento o desconocimiento del mismo por parte de la sociedad.
- *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010. En esta obra, Zagrebelsky critica la idea de una verdad absoluta en la ética y la política, defendiendo una perspectiva pluralista y dialogante.
- *Historia y constitución*, Madrid, Trotta, 2010. Se centra en el análisis histórico y filosófico del derecho constitucional, explorando cómo las constituciones no solo son productos legales, sino también históricos y culturales.
- *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006. Esta colaboración con Carlo María Martini es una reflexión profunda y filosófica sobre el concepto de justicia en el ámbito del derecho y la política.