

## IL DIRITTO MITE

Gustavo Zagrebelsky (Einaudi, Turín, 1993)

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

El Derecho *mite* del que se ocupa Zagrebelsky es Derecho manso o tranquilo, no flexible o blando; no es *le droit flexible* popularizado por Charbonnier ni el *soft law* de los internacionalistas. El concepto resulta complejo porque la *mitezza*, la mansedumbre (o dulzura o placidez, o quizá suavidad) no es cualidad que habitualmente se predique del Derecho. Para justificar su uso y explicar su sentido, Gustavo Zagrebelsky, profesor de Derecho Constitucional de Turín, ha escrito un libro excepcional.

Como no conozco todas las lenguas de Europa ni sigo puntualmente la producción bibliográfica en aquellas que puedo al menos leer, no me atrevo a decir, como con tanta frecuencia se dice entre nosotros, que este libro sea el más importante (o «uno de los más importantes», para no comprometerse en exceso) de los aparecidos en Europa en los últimos tiempos. Lo que sí puedo afirmar con cierta rotundidad, dentro de la modestia de mis conocimientos, es que se trata de la obra jurídica más estimulante y mejor construida que he leído desde hace mucho tiempo; escrita además con un estilo vigoroso, ágil (con toda la agilidad, al menos, que el discurso jurídico permite) y ocasionalmente hasta juguetón (así, por ejemplo, en el pastiche de párrafos famosos con el que se inicia el capítulo VII). Con bastante menos rotundidad también me atrevo a decir que, en lo que tiene de defensa de una solución, no simplemente de planteamiento de un problema, la exposición de Zagrebelsky no puede ser aceptada sin grandes reservas y está destinada además a tener efectos devastadores en este país nuestro, tan lleno todavía de resabios iusnaturalistas del más rudimentario estilo y tan inclinado a encontrar remedios frente a los «excesos» del legislador democrático. Sinceramente creo que, en cuanto al fondo de la cuestión, Zagrebelsky está errado, pero este error, si error hay, ni quita mérito a una reflexión que en su conjunto, como antes se ha dicho, es por su amplitud, su rigor y su penetración simplemente admirable, ni hace menos indispensable su lectura.

Si se me perdona el recurso al lugar común goethiano, creo que no exagero al decir que nos acerca más a la verdad este error luminoso que la confusión gris en la que se mueven la mayor parte de los estudios sobre estas cuestiones.

La fundamentación de los elogios y las reservas que preceden, que, como juicios apodícticos, carecen de valor, o no tienen otro que el de la autoridad (es decir, ninguno para quienes no hayan renunciado a su propia independencia intelectual), requiere inexcusablemente apoyarlos en la exposición de la obra enjuiciada. No es fácil en esta ocasión, sin embargo, llevar a cabo esa tarea. En la generalidad de los casos, ese resumen propio en el que el crítico ha de apoyarse es una mutilación más o menos bienintencionada; en el presente, la mutilación, aunque bienintencionada, será inevitablemente muy grave, pues la riqueza de ideas difícilmente puede prescindir de las doscientas densas páginas que Zagrebelsky les dedica. Que él me perdone la mutilación y el lector quede advertido de que el resumen que sigue no es más que una grotesca caricatura de un libro cuya lectura me parece casi obligada para el jurista europeo de hoy.

El Derecho *mite* es el Derecho propio del Estado constitucional de nuestro tiempo (pág. 4); más precisamente del Estado constitucional que hoy existe en la Europa continental. Este Estado (sobre la homogeneidad o heterogeneidad de las formas políticas en Europa volveremos después) no es ya soberano, o al menos no en el mismo sentido en el que lo era antes. Ni hay dentro de él órganos soberanos, ni cabe hablar de soberanía de la persona jurídica estatal como origen último de lo justo y de lo injusto. No hay más soberanía que la de la Constitución, no porque ésta sea el centro del que emanan las fuerzas concretas que aseguran la unidad política, sino como simple (aunque omnicomprendiva) propuesta de soluciones y coexistencias (pág. 10). La Constitución incorpora los distintos valores y principios presentes en la comunidad, y al hacerlo les priva de toda pretensión de absoluto, pues siendo plurales forzosamente han de ser entendidos como limitados y prácticamente compatibles entre sí; para la Constitución pluralista no hay ningún valor absoluto, aunque sí el metavalor del mantenimiento del pluralismo y la lealtad en el enfrentamiento (pág. 11).

Sobre esta Constitución *mite*, que exige una dogmática jurídica fluida, se erige un sistema jurídico en el que la ley ha perdido el puesto que ocupaba en el Estado liberal. Ya no es el límite que el poder impone a la libertad «natural» de los individuos ni la emanación de una voluntad unitaria; es más bien la condición del ejercicio de la libertad de los individuos (como de la potestad de la Administración) (págs. 39-43) y producto «contractual» de una pluralidad de sujetos sociales, cuya diversidad de objetivos y valores se refleja en la heterogeneidad de valores e intereses presentes en la ley. La unidad del ordenamiento no puede ser ya asumida como un postulado, sino como un objetivo que sólo puede ser alcanzado si la diversidad de estrategias de los diversos grupos

sociales va acompañada de una coincidencia general en algunos aspectos estructurales de la convivencia política que quedan fuera de la discusión y sustraídos a la disponibilidad de los «señores de la ley». El Derecho, cuyo momento de unidad viene dado por la ley en el Estado liberal, se fragmenta, dentro del Estado constitucional, en sus elementos componentes: derechos, justicia y ley (págs. 49-50).

«La primera de las grandes tareas de la Constitución en el mundo contemporáneo es, en efecto, la de establecer una distinción nítida entre la ley, obra del legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas e independientes de la ley» (pág. 57). La constitucionalización de los derechos en los textos de la posguerra es la solución típicamente europea para establecer un equilibrio entre una concepción puramente subjetivista, la americana, en la que la ley queda absolutamente subordinada a los derechos (págs. 67-74) y otra «objetivista», que el autor identifica con la francesa, en la que es la ley la que determina el contenido de los derechos; desde otro punto de vista, entre la concepción iusnaturalista y la democrática, pues «todo régimen democrático, fundado sobre la regla de la mayoría, introduce en el mundo del Derecho un elemento de artificiosidad» (pág. 88).

La constitucionalización de los derechos ha proyectado en las Constituciones, frecuentemente sin que los constituyentes tuvieran clara conciencia de ello, dos concepciones distintas y no fácilmente conciliables de los derechos humanos. En el capítulo IV, uno de los más brillantes del libro, Zagrebelsky analiza estas concepciones contrapuestas, la del humanismo laico y el humanismo cristiano, que acentúan de muy distinto modo el componente subjetivo y objetivo (o institucional) de los derechos y la función propia de éstos, que en la versión liberal, laica, es la de crear un orden resultado de la libertad, y en la cristiana, y más específicamente católica, la de restaurar el orden perturbado por el libre juego de las fuerzas sociales (incluidas, claro está, las fuerzas del mercado). La diferencia radical entre estas dos concepciones, aquella que está en la raíz de todas las restantes, es la que media entre los valores hacia los que la una y la otra se orientan, que son, respectivamente, la libertad y la justicia.

La concepción cristiana y objetivista de los derechos fundamentales, «que habla de derechos esencialmente como una concesión al espíritu de los tiempos, pero se refiere realmente a deberes» (pág. 112) porque, basada en una antropología pesimista (págs. 140-141), acentúa, claro está, el momento estático de la sociedad, frente al dinamismo que resulta de la concepción liberal, en la que el orden social es el producto en perpetuo cambio de la libre interacción de las libertades individuales, eficazmente protegidas por los derechos fundamentales. En uno de los párrafos decisivos del libro, decisivos al menos para comprender la intención profunda del autor, éste nos dice (pág. 114) que «hasta tiempos muy

recientes, esa constatación (sc. la de que la concepción liberal es fundamentalmente dinámica y estática la cristiana) habría sonado como alabanza de la primera y censura de la segunda. Hoy eso ya no es tan evidente, oídas las voces que claman por la 'ralentización' de un 'progreso' que se alimenta de la alianza entre economía y tecnología y que nadie sabe hacia dónde va».

Entre derechos y justicia, sobre todo en la concepción de aquellos que se orientan hacia ésta, existe como es evidente una profunda conexión. No tanta, sin embargo, que baste garantizar los derechos para realizar la justicia, aunque «el imperialismo del lenguaje de los derechos haya ocultado lo que en las exigencias de la justicia hay de irreductible a aquéllos» (pág. 125). Por eso, el segundo de los rasgos característicos del constitucionalismo contemporáneo es «la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el sistema jurídico» (pág. 123). Frente a la acción desintegradora de los derechos, la Constitución tiene que asegurar la integración mediante la creación de un orden objetivo «correspondiente a ideas objetivas de justicia, que imponen deberes» (pág. 126). De la instauración de este orden objetivo no cabe temer, sin embargo, el resurgimiento de un Estado portador de una ética totalitaria porque las Constituciones actuales no consagran una, sino varias ideas de justicia, en permanente tensión. «La Constitución pluralista tiene la estructura de un pacto, en el que cada una de las partes introduce aquellos principios que corresponden de su propia concepción de la justicia» (pág. 128), de manera que la variedad e incluso heterogeneidad de los principios constitucionalizados son «un signo de fuerza y no de debilidad de la Constitución, en cuanto que amplía sus fundamentos consensuales» (pág. 129).

Esta incorporación a la Constitución de unas ideas «objetivas» de justicia hace posible que el Estado combata con éxito las tendencias disgregadoras de los derechos individuales, que rescate para la política dominios hasta ahora entregados a la economía, que enfoque de modo nuevo la relación entre hombre y medio ambiente y, en fin, que actúe a partir de una visión del hombre menos optimista que la que fundamenta la concepción liberal de los derechos y por eso más adecuada. «Podemos hablar de los horrores de Auschwitz y extraer de ahí, como suele hacerse, un argumento en favor de los derechos humanos. Quienes hablan entonces son las víctimas. Pero si escuchamos también a los carniceros debemos sacar la otra mitad de la enseñanza: el error de querer fundamentar sobre un idea del hombre éticamente positiva y acrítica el reconocimiento de los derechos que constituyen la armadura del 'señorío de la voluntad'» (pág. 143).

La separación de ley, derechos y justicia, ha dotado de enorme relevancia a una vieja distinción estructural de las normas jurídicas, la que media entre reglas y principios. A diferencia de las reglas, los principios no describen supuestos de hecho ni determinan consecuencias jurídicas concretas; no postulan obe-

diencia, sino adhesión; no ofrecen el criterio para la solución de los litigios, sino el camino para encontrarla. La diferencia entre principios y reglas es, en definitiva, la que media entre normas constitucionales y normas legales (pág. 148), de manera que la relación entre Constitución y ley no es (o no se reduce) a la relación jerárquica propia del Estado legislativo de Derecho del pasado. «El Estado legislador (ordinario o constitucional)... ha visto redimensionado su papel de 'dueño del Derecho'. De ahora en adelante se le podrá llamar dueño de la ley, pero no del Derecho...» (pág. 154).

Aunque el positivismo, la doctrina que durante más de un siglo ha dominado el pensamiento jurídico, no tiene ya sentido, la incorporación a las Constituciones de un repertorio más o menos amplio de principios no significa el triunfo del iusnaturalismo, aunque sí, en cierto sentido, el del Derecho natural. Zagrebelsky es demasiado buen jurista y hombre de nuestro tiempo para no percibir la peligrosa situación hacia la que se ve conducido (una percepción que por lo común no tienen los muchos y ardientes defensores de esos vigorosos «principios generales del Derecho» que tanto entusiasman a nuestros juristas). El contenido de los principios de justicia, como el de los derechos humanos, procede materialmente, claro es, del Derecho natural, pero su incorporación a la Constitución los positiviza plenamente, de manera que la subordinación de la ley a los principios no implica ruptura alguna del orden positivo.

Lo que deja de ser posible es el entendimiento positivista del Derecho. Los principios, estructuralmente y no sólo formalmente superiores a las reglas, no pueden seguir siendo concebidos en el Estado constitucional, como en el Estado legislativo de Derecho, como elementos dotados de una función supletoria, integradora o correctiva, de manera que sólo hay que apelar a ellos cuando el resto de las normas no cumplen la función que el ordenamiento les atribuye. En el Estado constitucional su función no es ocasional, sino permanente y absolutamente central, puesto que los principios aseguran la conexión entre el ser y el deber ser, cuya escisión radical es el fundamento primero del positivismo. El intérprete, cuya tarea es la de mediar entre norma y realidad (pág. 182) ha de contemplar los hechos a la luz de los principios para determinar su sentido y establecer su valoración. «El ser iluminado por el principio no contiene todavía en sí el deber ser, es decir, la regla, pero sí indica la dirección en la que deberá colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio» (página 160). Sin salir del Derecho positivo se llega así a una situación análoga a la del Derecho natural. *Ex facto oritur jus*. La ciencia del Derecho vuelve a ser una ciencia práctica, se pasa de la «ciencia del Derecho» a la *jurisprudencia* (páginas 167 y sigs.).

Como es obvio, en el Derecho así entendido el juez ocupa el lugar central antes reservado al legislador, pues es aquél y no éste quien ha de asegurar la

unidad del Derecho, integrando en el momento de la decisión los tres aspectos (Derecho, Justicia y Ley) que en el Estado constitucional se han disociado. Esta modificación en profundidad de nuestros sistemas jurídicos pone en cuestión los valores tradicionales de la seguridad y la certeza, cuya crisis no es consecuencia del mal funcionamiento del sistema, sino de su cambio, y que desde luego no cabe superar imponiendo por vía legislativa unas imposibles reglas de interpretación. La pluralidad de los valores incorporados en la Constitución y su limitación recíproca llevan al juez a buscar sobre todo la *razonabilidad*, una categoría que «de requisito subjetivo del jurista ha pasado a ser requisito objetivo del Derecho. Derecho razonable es aquel que se presta a ser sometido a (aquella) exigencia de composición y apertura, es decir, el Derecho no cerrado a la coexistencia pluralista» (pág. 204).

La aplicación de este Derecho, esa especie de «administración positiva del Derecho natural» pone también en cuestión las actuales estructuras del Poder Judicial. El juez funcionario está escasamente preparado para una función que no es ya ciertamente la de ser «boca que pronuncia las palabras de la ley», incluso cabe preguntarse «si no es en general una incongruencia la gestión estatal de un Derecho que no es ya sólo voluntad del Estado y si no deberían acometerse las profundas reformas organizativas consiguientes» (pág. 206), entre ellas, apunta el autor, la de encomendar a órganos administrativos especializados aquellas tareas que impliquen *legisdicción* y no propiamente jurisdicción (pág. 207).

Y, por supuesto y sobre todo, crea el riesgo de que se intente ignorar la función que en la creación del Derecho corresponde también a la ley, un riesgo del que son buenos ejemplos tanto la famosa doctrina del uso alternativo del Derecho como las sentencias manipulativas de la Corte Constitucional. El papel primordial que el juez ocupa en el Estado constitucional de nuestro tiempo no hace de él «dueño del Derecho» en el sentido en el que lo era el legislador en el Estado legislativo del pasado.

Con esta advertencia concluye Zagrebelsky un libro cuyo mayor mérito está, como puede verse, no tanto en la aportación de elementos nuevos como en el intento de construir lo que casi podríamos llamar una nueva Teoría del Estado y del Derecho con elementos ya conocidos, pero hasta ahora presentados como fenómenos aislados, sin conexión entre sí.

Esta conexión recíproca, esta reducción a sistema, dota a estos fenómenos contemporáneos de una necesidad y una universalidad de la que carecen mientras no se los considera más que como hechos aislados, que modifican las formas de creación y de aplicación del Derecho, pero sin sustituirlas por formas radicalmente distintas. En ello está, en mi opinión, el error y el riesgo.

Alguna exageración hay sin duda al considerar que el Estado europeo típico de nuestro tiempo es precisamente aquel en el que la ley ha sido «destronada».

Así ha sucedido en Italia, como en Alemania o en España, pero no en Francia, en Holanda, en Suiza o en los países nórdicos. Es posible que en el futuro todos los Estados europeos introduzcan sistemas de jurisdicción constitucional, pero de momento se trata de una simple posibilidad.

Pero, naturalmente, no es esta discordancia entre el Estado empírico, realmente existente, y el Estado que Zagrebelsky «teoriza» el motivo principal de mis reservas. Ni, por supuesto, discrepo de él en la constatación de que en aquellos Estados en donde hay jurisdicción constitucional ésta produce una «judicialización» del ordenamiento, para emplear el poco eufónico término que utilicé hace ya más de diez años. Menos aún, claro está, en la necesidad de no olvidar el papel que en la creación del Derecho corresponde también a la ley.

La causa principal de mi discrepancia se encuentra, por el contrario, precisamente en el hecho de que, a mi juicio, toda la construcción de Zagrebelsky lleva a desconocer esta función central que el legislador sigue teniendo en el Estado constitucional de nuestro tiempo. La disociación entre los tres elementos del Derecho que él diagnostica deja reducida a la ley a algo así como mera regla organizativa, vacía de derechos y de justicia. La aplicación de la ley, la *legisdictio*, como le llama, puede encomendarse a los servicios administrativos del Estado, en tanto que la verdadera jurisdicción, la aplicación del Derecho (¿que no es ya aplicación de la ley?) debe quedar en manos de jueces que aparentemente no deberían ser órganos del Estado para salvar la incongruencia de que sea éste el encargado de aplicar un Derecho que ya no es creación suya (pág. 206).

Creación, parece, puesto que se rechaza el simple iusnaturalismo, del poder constituyente. El momento constituyente es, para Zagrebelsky, un momento singular e irrepetible; como una ruptura en el continuo temporal, en el que, mediante el consenso, se logra en cierto sentido, si no la conciliación de los contrarios, sí su coexistencia. La razón de la singularidad queda, desde luego, inexplicada, pues, dado el carácter «contractualista» y no decisionista que también se predica de la ley, también ésta debe incorporar puntos de vista e intereses distintos. Pero la cuestión no debe detenernos. Lo que importa, en definitiva, es que la yuxtaposición de principios, que, llevados a su extremo, serían incompatibles, permite al juez encontrar soluciones adecuadas a cada caso; no soluciones justas, sino soluciones que todos consideran aceptables.

Esta irrupción de los principios (es decir, de un tipo de normas positivas caracterizadas por una determinada estructura, no de normas extrapositivas o de ideas puras) en un mundo hasta ahora dominado (?) por las reglas no permite, sin embargo (en contra, creo, de lo que, en último término, viene a hacerse en el libro que comentamos), romper todos los puentes entre principios y reglas. En cuanto derechos fundamentales consagrados por la Constitución, los principios son un límite para la libertad de configuración del legislador e incluso un man-

dato que se le dirige. Además de este doble valor de derechos subjetivos y de elementos del derecho objetivo, los derechos fundamentales son también elementos hermenéuticos esenciales, pues las «reglas» han de ser interpretadas en el sentido más favorable a su «maximalización». Pero nada de esto permite afirmar una «disociación» entre principios y reglas, entre derechos, justicia y ley. En cuanto no afecte a su «contenido esencial», es la ley la que determina el contenido real de los derechos, y en cuanto no afecte a este contenido la ley ha de ser aplicada en términos que no contradigan su sentido explícito. En definitiva, la «apertura» de la Constitución es sobre todo apertura a diversas soluciones políticas, a legisladores diversos. El pluralismo político sucesivo y con él la democracia resultarían negados si el juez pudiera en todo caso prescindir de las reglas para guiarse sólo por los derechos o la justicia.

Pero aunque algunas expresiones exageradas pudieran hacer pensar lo contrario, tampoco Zagrebelsky cree que los derechos liberen al juez de la sujeción a la ley. En el caso «Serena», que él ofrece como ilustración de su tesis, el juez afirma en términos inequívocos esa vinculación. Mientras los principios son efectivamente principios materiales, este nuevo estado constitucional no es incompatible con la democracia. El punto en el que la coexistencia se hace problemática es el punto aquel en el que, de forma casi imperceptible de los principios materiales, se pasa a los formales y de los derechos a la justicia.

Si «los derechos y la justicia expresan dos tendencias opuestas de la vida social» (pág. 150), la consagración constitucional de unos principios de justicia material que permitirían superar la división positivista entre ser y deber ser, que es el núcleo esencial de la tesis de Zagrebelsky (una idea que procede, creo, de Habermas), no se hace en los enunciados de derechos fundamentales, sino en otros enunciados cuyo contenido material es bastante menos evidente. Por ejemplo, y el ejemplo lo pone el propio Zagrebelsky (nota 15 del capítulo VI, en la que se remite al libro de Peces-Barba sobre *Los valores superiores*), los contenidos en el apartado primero del artículo primero de nuestra Constitución. Principios, por tanto, puramente formales (tan formales que, por ejemplo, en ese contexto el valor igualdad puede significar tanto el principio de igualdad ante la ley y en la ley como la igualdad real, tanto la igualdad estática como la dinámica, para no hablar del valor justicia), que, de ser tomados en serio, llevarían a quebrar enteramente la sujeción del juez a la ley y, me temo, a poner término a la objetividad del Derecho. Una cosa es que la razonabilidad haya dejado de ser condición que se exige del aplicador del Derecho para ser entendida como elemento del Derecho objetivo y otra bien distinta que la ponderación de bienes o cualquiera de las relaciones que conducen a ella pueda construirse a partir del entendimiento concreto que el operador jurídico atribuye a categorías puramente formales.

Aunque en más de un aspecto el pensamiento de Zagrebelsky no está muy lejos, a mi juicio, de los *critical legal studies* (aunque tal vez sin contacto directo, sino por convergencia de opiniones, pues me parece que no hace referencia alguna a la obra de Unger ni a la de ningún otro miembro del grupo) en este punto la diferencia es naturalmente radical. La identificación de la justicia con la realización de los derechos entendidos como garantías de la autonomía individual permite identificar principios de justicia y derechos fundamentales, una identificación que, como es lógico, ya no es posible en una perspectiva menos liberal y más justiciera, o menos laica y más cristiana, para utilizar las categorías del propio autor.

Pero si he de ser sincero, todas estas observaciones son más reservas que críticas; más racionalización de una resistencia instintiva a aceptar la inevitabilidad de una revolución que sustituye por otras las categorías con las que hasta ahora intentamos comprender y aplicar el Derecho (aunque dudemos de su validez actual, y yo he expresado muchas veces mis dudas), que denuncia de errores en el diagnóstico de los hechos o de quiebras lógicas en el razonamiento que a partir de ellos se hace. No puedo por menos de sentir simpatía, casi entusiasmo, por quien afirma que el Derecho, la ciencia jurídica de nuestro tiempo, ha de ser concebida como «ciencia práctica», no como puro saber formal, pues desde hace mucho, aunque con muy escaso éxito, he intentado precisamente eso; incluso intentando concebir la forma como garantía necesaria de un valor, de la libertad. Pero, pese a esa simpatía, Zagrebelsky no ha logrado convencerme (al menos, no todavía) de que pueda buscarse fuera de la ley la conciliación entre derechos y libertad, entre justicia y democracia, entre razón y voluntad. Me vería en una grave dificultad, sin embargo, si hubiera de demostrar una por una las bien trabadas razones de una obra que obliga a repensar nuestro Derecho desde sus mismos fundamentos.

*Francisco Rubio Llorente*

