



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino

Reseña de "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia" de ZAGREBELSKY, Gustavo
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLII, núm. 124, enero-abril, 2009, pp. 417-425
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42715756018>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, 156 pp.

En tiempos tan oscuros reconforta saber que el derecho sigue siendo objeto de desvelos y de reflexiones conducentes a la determinación de su función precisa en el seno de una sociedad dinámica, cambiante, donde no hay nada estable y todo está sujeto a revisiones intelectuales. Si el derecho es el límite del poder, y éste se configura como la forma más perfecta (de las conocidas) que tenemos de encauzar la arbitrariedad con arreglo a ciertos parámetros más o menos lógicos (ese reducto al que muchos se aferran todavía desde las más altas instancias), es preciso delimitar cómo ha de operar aquél y si las fórmulas tradicionales que se han estilado para su justificación siguen teniendo validez o, por el contrario, es necesaria y urgente una revisión de los postulados primigenios que sustentan el aparato jurídico. El derecho sigue siendo indispensable para la vida colectiva, pero cómo ha de operar el mismo, cómo se justifica su presencia, cómo ha de actuar, qué papel le queda por desempeñar en este mundo globalizado, injusto hasta la médula, a veces, complejo y sin visos de simplificación en el futuro más inmediato, es tarea que se debe resolver desde el presente y de un modo urgente, en la medida de lo posible.

Glosamos aquí una obra que ha tenido un indiscutible éxito editorial, tal y como acredita esta quinta versión castellana de la misma. Como de todos es sabido, Italia ha dado en el siglo XX algunas de las figuras más relevantes en el campo del pensamiento jurídico y algunos de los movimientos que de un modo saludable han contribuido a la renovación del lenguaje y del pensar en el campo del derecho (pensamos ahora en el famoso “uso alternativo del derecho”). El testigo de Norberto Bobbio, acaso la figura más titánica, por su obra enciclopédica y su influencia más allá de la vida universitaria, ha sido recogido por toda una amplia gama de autores que han conseguido encumbrarse a las más altas alturas de la cultura jurídica. Gustavo Zagrebelsky, profesor de Derecho constitucional (en la Universidad de Turín) y actual presidente de la Corte Constitucional italiana, es

la muestra clara de este engarce que se produce entre la teoría y la práctica, entre la formulación abstracta del derecho y su actualización en la vida cotidiana, convirtiéndose en azote del poder en todas sus extensiones. El jurista nunca ha de ser complaciente, nunca ha de trasmutarse en intelectual orgánico al servicio del poder político, cualquiera que sea su signo, sino que le corresponde esa labor de faro orientador del resto de la colectividad. Hasta los más “puros” o que se dicen así, acaban teniendo un precio. Los latinos decían que nada de lo humano podía serles ajeno. Parafraseando el dicho romano, se puede afirmar que nada de lo jurídico (y, con ello, de lo social en su más amplia acepción) puede sernos ajeno o lejano. Es el deber, la responsabilidad o, en expresión célebre de Ortega y Gasset, el tema de nuestro tiempo: buscar el modo de imbricar o incardinar el derecho en la nueva sociedad, en el nuevo orden mundial que ha surgido ante nosotros.

Zagrebelsky nos introduce en este ensayo en un problema crucial, el de la relación del derecho con el complejo y completo entramado étnico, religioso, político y cultural que ha de regular: con la vida. Existe un postulado clave que sirve de arranque al ideario del autor: las normas jurídicas no pueden ser ya expresión de intereses particulares, ni tampoco mera enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar. A través de siete capítulos se expone este ideal jurídico sumamente sugestivo y excitante desde la perspectiva intelectual.

Primeramente, el autor aborda los aspectos generales del derecho constitucional actual y nota que uno de los caracteres más significativos de nuestro tiempo es el progresivo debilitamiento de la soberanía estatal, entendida en el sentido decimonónico como aquel centro de donde emanan una serie de fuerzas que aseguraban la unidad política. Esta concepción evidentemente implicaba en todo caso una idea de sujeción, más o menos intensa, en relación a todo el aparato estatal. De aquí se pasa a otra noción diversa: la soberanía constitucional, donde no existe el sometimiento anterior, sino que se ve a la Constitución como un punto hacia el cual deben converger los intereses que coexisten en la sociedad. La Constitución no debe ser ejecutada (nótese el trasfondo imperativo de este verbo): debe realizarse (en este caso, el verbo comporta mayores dosis de espontaneidad, de no sujeción). El dogma de la soberanía del Estado se ve además cla-

ramente acosado por dos ideas: de un lado, el peso específico, cada vez mayor, de estructuras supranacionales; y, de otro, la propia composición interna del Estado que hace que aparezcan otros centros de poder real y efectivo, como el de ciertos grupos religiosos y políticos. Se ha relativizado, pues, el ideario soberanista. Por los motivos apuntados, el autor propugna la “ductibilidad” de los textos constitucionales. Este concepto es aportación de la traductora. En el texto italiano primigenio se hablaba de un *Diritto Mite*, término que equivale a nuestro adjetivo “manso”, “dócil”, si se quiere. Mi concepto parte del término químico “ductilidad” (la facilidad con la que ciertos materiales, como el oro, se pueden modelar en hilos). La ductilidad jurídica se traduce en la huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la “textura abierta del derecho” de la que hablaba Hart), en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en pacífica armonía. Aplicando el concepto químico apuntado, el autor defiende la posibilidad de descomponer y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática, germen de fanatismos, de las épocas anteriores. Es claramente una decidida apuesta por el pluralismo jurídico, a lo que ayudaría asimismo una dogmática “fluida o líquida”, complemento indispensable de lo anterior.

A renglón seguido, se desarrolla la evolución histórica del Estado de derecho al Estado constitucional. El primero, encaminado a la eliminación de la arbitrariedad en el campo de la actividad pública o política, es un entramado conceptual que, sin embargo, no fija unas consecuencias precisas, sino que marca una dirección que ha de regir la actuación del poder en todos sus ámbitos. Su nota más destacada es el principio de legalidad, que indica el carácter supremo e irresistible de la ley, pero que no opera de un modo distinto, según se trate de la administración (cuya capacidad depende de lo que expresamente dice la ley; es la idea de la vinculación positiva) o de los ciudadanos (para quienes la ley prohíbe, limita, pero nunca habilita; es la vinculación negativa). Los cambios políticos y sociales de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX dan paso a la figura del Estado constitucional que supone la subordinación de la ley, anterior icono idolatrado, a una norma jurídica superior: la Constitución. Ello trastoca el panorama hasta entonces en vigor. El principio de legalidad

anteriormente aludido: la administración va a actuar en algunos casos como un ciudadano particular más, a lo que se añade la reducción del carácter abstracto y general de la ley, debido a la especialidad legislativa que nuestro complicado mundo impone. La ley ya no es objetiva e impersonal. Responde aquélla a intereses particularizados y se configura como causa de inestabilidad. Para acabar con estos problemas, la Constitución diseña y perfila un derecho más alto, más lejano, más fuerte, al que se debe someter el legislador en todos sus extremos.

Las relaciones de los derechos con la ley ocupan un importante lugar en esta formulación. En la doctrina del siglo XIX, existía una clara distinción: la ley era una regla establecida por el legislador en un momento concreto, mientras que los derechos aparecían como pretensiones subjetivas válidas por sí mismas, con independencia de lo que dispusiera el Poder Legislativo. Esta idea típicamente iusnaturalista implicaba diferenciar entre aquélla, la ley, que surgía por decisión de un cuerpo estatal, y los derechos que tenían una existencia autónoma. Esta separación ya aparecía en Hobbes quien delimitaba el campo de la ley (*Lex*), que siempre significaba vínculo, y el campo del derecho (*Ius*) que implicaba libertad en todo caso. Después de examinar las concepciones francesa y estadounidense sobre el tema expuesto, el autor defiende que el proceso constitucional europeo contemporáneo se apoya más en el modelo anglosajón, según el cual la ley deriva de los derechos y no al revés—, que en el modelo francés —supuesto contrario al anterior—. Ésta sería una concepción estatalista, objetivista, legislativa o legalista, si se quiere; aquélla, pre-estatalista, subjetivista y de corte jurisdiccional. No obstante lo expuesto, la concepción relativa a los derechos se coloca, en el ámbito europeo, en una posición equidistante. Se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, pero no niega a ésta un fundamento autónomo propio. Tanto la ley como los derechos tienen su peculiar dignidad constitucional y, por tanto, lo que se defiende es una tesis ecléctica, que no nos conduzca a la recíproca anulación de los elementos a los que estamos aludiendo. El paso siguiente viene dado por la articulación de mecanismos para la defensa de la constitucionalidad de todo el sistema normativo, esto es, su adaptación a los esquemas y principios que fija el texto constitucional como

marco de referencia. Zagrebelsky expone los distintos sistemas existentes (estadounidense, francés y el de otros países europeos), que pueden ser resumidos en dos grandes bloques: uno de control abstracto (típicamente europeo), que protege el orden constitucional en su vertiente global, y otro de control difuso (característico del mundo anglosajón), de protección concreta de los derechos subjetivos. Sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial surge un nuevo problema, a juicio del autor: ¿con arreglo a qué teoría se fijarían y se desarrollarían los derechos subjetivos? ¿iusnaturalismo puro, sin influencias externas? ¿iusnaturalismo cristiano? ¿Positivismo? Era necesario, dice el ensayo, el anclaje en algo objetivo, más fuerte que las voluntades y razones políticas, algo seguro, estable, indiscutible. La solución se produjo mediante la constitucionalización de los derechos, que implicó la unión de dos tradiciones: la de los derechos vinculados a la justicia y la de los derechos vinculados a la libertad. Todo esto significó darles la fuerza normativa de que gozan los textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas y no como simples panfletos ideológicos, trasuntos del modo de pensar de la correspondiente facción que ostentaba el poder político.

De este modo se acaba desembocando en el capítulo cuarto que diseña los rasgos más notorios de las concepciones arriba indicadas. Los derechos orientados a la libertad y los dirigidos a la justicia se contraponen históricamente, según cual sea el valor que se considere preponderante en un determinado contexto. Los que buscan la libertad, como sería el caso de un modelo político liberal y laico, surgen unidos a la reacción antiescolástica propia del Renacimiento. El sistema, dicen, debe caminar hacia una protección total de la libertad que evite cualquier modalidad de opresión. Los que proclaman la primacía de la justicia —es el caso del humanismo cristiano— hunden las raíces de su pensamiento en la Escolástica medieval y defienden que lo que guía el ejercicio de los derechos es, siempre y en todo lugar, la justicia. Omite aquí el autor referencias al pensamiento de Marx, puesto que para éste los derechos del hombre son derechos de los burgueses, elemento de segundo orden en la lucha de clases. Las dos ideas se ejemplifican claramente en dos derechos como son el derecho al salario y el derecho al trabajo. En resumen, se deduce que lo verdaderamente subyacente es la dicotomía entre volun-

tad y razón en el mundo del derecho. Zagrebelsky se detiene en las dos expresiones más depuradas de esta contraposición: el humanismo laico (o concepción moderna de los derechos) y el humanismo cristiano (concepción antigua), centrándose en algunos aspectos puntuales. En cuanto a la función de los derechos, para la teoría laica, aquellos deben innovar o restaurar el orden social dado; por el contrario, el humanismo cristiano impone el respeto al orden, o bien su restauración si ha sido perturbado previamente. Para los primeros, destaca la idea de progreso; para los segundos, la de perfección. El laico añade una nota de subjetivismo: los derechos son instrumentos para la realización de intereses particulares y su violación autoriza para su defensa, mientras que el humanista cristiano entiende que los derechos no sirven para liberar la voluntad del hombre, sino para reconducirla (idea ésta de corte objetivista). En la concepción laica, además, los derechos son una exigencia estructural. En palabras del autor, “el tiempo de estos derechos no tiene fin” (p. 86); por el contrario, en la tradición cristiana, entran en juego una serie de deberes que no existen en el caso anterior. La cuestión de los límites, finalmente, añade algún elemento más de contraposición: los derechos en su acepción moderna son ilimitados intrínsecamente (los únicos límites son los derechos de los demás), mientras que en la concepción antigua, los límites son consustanciales a todos los derechos por el temor que existe a la no dominación de la voluntad, a que ésta opere libremente. La teoría moderna estaría encarnada en sociedades de tipo dinámico; la teoría clásica, en sociedades estáticas e inmovilistas, sociedades que son, por su propia esencia, justas, a las que se aspira —sobre la base de que hay establecidos unos deberes—, en contraste con la variabilidad de las declaraciones de derechos.

Junto a los derechos, el constitucionalismo moderno establece otra segunda nota novedosa: la fijación por medio de normas constitucionales de principios de justicia material, orientados a influir en la totalidad del ordenamiento jurídico. Su justificación radica en las consecuencias perniciosas y en los costes sociales que provocan los derechos orientados a la libertad exclusivamente. Los límites clásicos del “orden público” y de las “buenas costumbres” han dado paso a la idea de justicia material como objetivo que el poder público busca conseguir. El Estado no sólo impone, sino que ha de incitar a los ciu-

dadanos a la consecución de ciertos fines. Por ese motivo, dice el autor que el derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben moverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles, superando así las concepciones kantiana y hegeliana. Existe, por tanto, un orden por encima de las voluntades individuales. Las consecuencias de la constitucionalización de los principios de la justicia son los siguientes: oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, de suerte tal que el potencial agresor o disgregador de los derechos (sobre todo, los orientados a la voluntad) hace que la justicia aparezca como un elemento dulcificador, rechazando el mito liberal de que la suma de voluntades particulares produce el orden; recuperación por el Estado de competencias políticas en el campo económico: ese Estado ya no es una instancia neutral, abstencionista, ni tampoco ha de actuar de modo subsidiario; el Estado no es un mal, sino un elemento básico para conseguir el orden de justicia no espontáneo y es en el aspecto económico donde se potencia dicha actuación, desempeñando una labor de protección activa (el Estado social de derecho encaja aquí a la perfección, poder que reconoce la propiedad privada y la libre iniciativa, al mismo tiempo que valora las exigencias de la justicia para la tutela de las necesidades generales); cambio en la relación del hombre con el medio ambiente: los derechos-voluntad deben ser ejercitados en un marco que permita garantizar la supervivencia y asegurar una equitativa y genérica utilización de los recursos por parte de todo el mundo; desconfianza del hombre frente al hombre, cuyo exponente supremo es el ejemplo de Auschwitz, que implica la exigencia de plegar la propia voluntad para aceptar las demás voluntades y convertirla en un posible objeto de juicio de validez formal y material.

Llegamos así a la diferenciación que se debe establecer entre principios y reglas jurídicas. Los primeros desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico; las segundas son leyes reforzadas de forma especial. Éstas pueden ser objeto de múltiples interpretaciones, con el juego decisivo que desarrolla la ciencia del derecho, y además se obedecen, se acatan. Los principios no suscitan problemas de interpretación, puesto que su formulación es clara, precisa, nítida. No se acatan: se les presta adhesión. Los principios no se interpretan porque

sencillamente se da por entendido lo que quieren decir, aunque no sea del todo claro. El “derecho por reglas” del siglo XIX, de marcado carácter liberal, da paso al “derecho por principios”. El positivismo crítica, no obstante, este sistema de principios porque entiende que encierra un vacío jurídico y sirve para plasmar una serie de ideales éticos y políticos. La operatividad de un derecho así concebido depende de las leyes posteriores que los desarrollen. El autor entiende que la Constitución y sus principios son la manifestación más alta del derecho positivo, no del derecho natural, y, sin embargo, la interpretación de la Constitución nos conduce a una auténtica filosofía del derecho por la vía de la argumentación. Es decir, el esquema argumentativo del derecho constitucional y del derecho natural es muy similar: partiendo de lo real (el ser) llegamos a lo obligatorio (el deber ser) por medio de la justicia (lo justo). Se combinan así los tres pasos clásicos del iusnaturalismo.

En el último capítulo, Zagrebelsky examina el papel de los jueces en el mundo del derecho. Se ha superado ya la idea de Montesquieu, para quien el juez era la boca que decía las palabras de la ley. Estamos en una nueva etapa en la cual la función del juez va más allá del texto positivo. Debe ponerse al servicio tanto de la ley como de la realidad. La interpretación busca así la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico. Para llegar a este equilibrio entre los extremos citados, el operador judicial dispone de unos métodos exegéticos, concebidos como expedientes argumentativos para demostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable. Dichos métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos. La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico. Todo lo dicho anteriormente configura al juez como el auténtico “señor del derecho” de nuestro tiempo (antes lo era el legislador), juez que ha de armonizar los tres conceptos que se han estudiado en este ensayo: el respeto (no veneración incondicionada) a la ley; la protección de los derechos de los particulares, y la constante búsqueda de la justicia. Pero, ante todo, el término “señor del derecho” refleja el papel preponderante, mas

no exclusivo, que ostenta el juez en el mundo actual, sin que esa palabra pueda entenderse en su acepción patrimonial. El derecho es propiedad de todos, no de un grupo reducido. En cuanto al legislador, y relacionándolo con el tema del control de la constitucionalidad de las leyes, el autor concluye diciendo que aquél ha de ver sus creaciones como una parte del derecho, no como todo el derecho. Sano ejercicio de modestia intelectual y de relativismo antidogmático el propugnado por Zagrebelsky al que secundamos en sus postulados generales.

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ*

* Departamento de Historia del Derecho y de las Instituciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. *fmartine@der.ucm.es*.