

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3^a ed. Madrid, España, Editorial Trotta, 1999, 156 pp. trad. de Marina Gazcón.

El subtítulo de la obra, *ley, derechos, justicia*, hace referencia a la tríada que compone el derecho hoy día, según expresa el autor. Tales elementos se relacionan en diferente forma de acuerdo con el modelo

de Estado que prive. Así, la presente obra está dirigida a proclamar la construcción y existencia de un Estado constitucional. Básicamente son dos los rasgos que el autor considera característicos del modelo constitucional preconizado en esta obra: *a)* La distinción y separación de los derechos respecto de la ley, y *b)* la separación de la justicia respecto de la ley. El segundo aspecto es la distinción entre principio y regla, que derivará en la concepción de Constitución y ley constitucional, para aterrizar en el mundo fáctico de la interpretación y aplicación judicial de tales principios y reglas.

El autor explicita el cambio que han sufrido los estados nacionales en tratándose de los modelos de régimen jurídico, basando sus opiniones en las relaciones entre ley-derechos-justicia. Todo, de frente a la presencia cada vez más destacada de diversas fuerzas políticas en las distintas arenas de lucha por el poder: el pluralismo en el gobierno, parlamento y judicatura. Para este autor, las sociedades plurales, nuevos escenarios del otro Estado de derecho, exigen nuevos regímenes de convivencia. Esta es, como se advierte en el libro, una propuesta pacífica y democrática.

Una preocupación básica del autor es que la idea del derecho que implica el Estado constitucional “no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas”. El Estado constitucional a que hace referencia Zagrebelsky es el que está surgiendo en Europa: es el del proyecto de superación de la división del continente europeo en estados nacionales celosos de su soberanía. Es esta búsqueda del nuevo constitucionalismo europeo lo que mueve a Zagrebelsky a referirse a la posibilidad de constituciones abiertas y políticas constitucionales que permitan una Europa provista de un auténtico derecho constitucional, en lugar de un antiguo derecho interestatal, y a la vez desprovista de soberanía.

El autor atribuye la imagen de *mitezza* (traducida como ductilidad en la obra), para significar el carácter esencial de los estados constitucionales actuales, en los que el Derecho constitucional varía su concepto para mantener abiertas sus posibilidades y condiciones de existencia, mediante la defensa de la pluralidad de valores y principios. Esta apreciación es fundamental en el trabajo desarrollado por Zagrebelsky, en tanto se afirma que cada uno de los *grandes temas* del Derecho constitucional actual se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que para poder coexistir, de-

ben ser relativizados entre sí, es decir, deben hacerse dúctiles o moderados.

Esta necesidad se hace patente al revisar la evolución de las formas de Estado: del *polizeistaat* “Estado bajo el régimen de policía” al *rechtsstaat* “Estado de derecho”. Y es que al final, como señala el autor, todos los Estados, por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”. Esto motivó que llegara a viciarse la noción de Estado de derecho, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Para Zagrebelsky, el sentido general del “Estado liberal de derecho” consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley.

El Estado de derecho, junto con su principio de legalidad, supone la reducción del derecho a la ley y a la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes de derecho. Y dentro de esta concepción, la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, autoridad de Estado (en presencia de leyes) como excepción.

A partir de tales premisas, el autor se ocupa del ordenamiento jurídico y de la ley. De ésta se vale para explicar la evolución constitucional y de aquél para validar la tranquilidad en la vida social. Recuerda el argumento decimonónico de que jurídicamente la ley lo puede todo, porque está materialmente vinculada a un contexto político social e ideal definido y homogéneo. La ley por excelencia era el código; en los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. En conjunto, esta concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley, constituía la base del positivismo jurídico, entendido como “ciencia de la legislación positiva”, que suponía la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Se producen así las condiciones para que válidamente Kirchmann señale que tres palabras rectificadoras del legislador manden a la basura bibliotecas enteras.

Afirma Zagrebelsky que esta visión del derecho ha cambiado en tratándose de la fórmula del *Estado constitucional*. En esta fórmula ya no vale la distinción entre la posición de los particulares y la de la

Administración frente a la ley, y es evidente un deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica. Y ya no valen tales paradigmas porque el juego político al interior de los órganos legislativos, marcado sobre todo por el rasgo de ocasionalidad, así como la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes, ha provocado un cambio en la concepción de la ley. Con tales premisas, la ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad.

Por otra parte, la estatalidad del derecho es puesta en tela de juicio; se descarta la idea de que las leyes y otras fuentes constituyen de por sí un ordenamiento; la crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio.

Frente a esta evolución-dispersión del marco normativo social, el autor propone que sea la Constitución la que cumpla con una función unificadora; dicha unidad se cifraría en “un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”. Esta idea de manera evidente choca con la concepción positivista que priva en el ámbito jurídico. Zagrebelsky afirma que “la supervivencia ‘ideológica’ del positivismo es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que ha menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado”.

En el tercer apartado de la obra, al referirse a la separación de los derechos respecto de la ley, se ocupa el autor de la teoría de los derechos públicos subjetivos: el intento más serio de fundamentar una teoría de los derechos individuales en un marco aún hobbesiano del Estado. En la nueva concepción, señala Zagrebelsky, puede detectarse una doble vertiente de la experiencia jurídica, la de la ley, que expresa los *intereses*, las *intenciones*, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como ‘patrimonio jurídico’ de sus titulares, independientemente de la ley. Esta separación lleva al derecho constitucional europeo continental a “diferenciarse simultáneamente tanto de la tradición de los derechos de la Declaración francesa de 1789, cuanto de la norteamericana, aunque asumiendo aspectos de las dos”. Las ca-

racterísticas que distinguen la concepción francesa de los derechos: estatalista, objetivista y legislativa; las de la concepción americana: preestatalista, subjetivista y jurisdiccional.

Con tales antecedentes el autor se ocupa de las diversas concepciones del control constitucional de las leyes, analizando diversos casos nacionales, específicamente el de Francia y Estados Unidos, en los que este instrumento de tutela se dirige a la Constitución y a los derechos subjetivos respectivamente.

En el modelo que preconiza Zagrebelsky hay una constitucionalización de los derechos, y pone énfasis en dos tradiciones sobre los derechos: los orientados a la libertad y los orientados a la justicia, expuestos por el humanismo laico y el humanismo cristiano respectivamente.

Al contrastar los derechos de libertad afirma que éstos son la armadura jurídica de la voluntad. Estos derechos entendidos como pretensiones de la voluntad, bajo la óptica del humanismo laico, tienen naturaleza esencialmente subjetiva y asumen una función instauradora y renovadora del orden social, además son una exigencia permanente, porque permanente es la voluntad que están llamados a proteger. Asimismo son intrínsecamente ilimitados, en tanto garantizan el señorío de la voluntad de los participantes.

Afirma Zagrebelsky que el constitucionalismo actual fija, mediante normas constitucionales, principios de la justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico: su previsión constitucional los convierte en objetivos que los poderes públicos deben perseguir. Al hacer tal consideración el autor propone también una nueva concepción del derecho: “conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguarda de intereses materiales no disponibles. Es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”.

Esta posición implica un orden que está por encima de las voluntades, se trata de una aspiración constitucional al orden justo o, como afirma Zagrebelsky: la vida colectiva no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a ideas objetivas de justicia que imponen deberes. Para lograrlo, señala el autor, el pe-

ligo que representa el Estado portador de una ética totalitarista no se combate eliminando la dimensión de la justicia, sino legitimando una tensión y un libre enfrentamiento entre las diversas concepciones de justicia, pluralmente admitidas por las Constituciones para hacer posible su conciliación en el momento histórico-concreto. Aquí, la Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las parte implicadas introduce aquellos principios que se correspondan con sus ideales de justicia.

La constitucionalización de los principios de justicia significa para Zagrebelsky la oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales, la recuperación por el Estado de competencias políticas en la economía, el cambio de relación entre hombre y medio ambiente y, sobre todo, la desconfianza del hombre respecto del mismo hombre. En este último rubro destaca que la imagen del hombre que la ciencia constitucional hace suya representa el punto de contacto más determinante entre el derecho en general y el clima cultural en que se desarrolla.

Al ocuparse de los contenidos normativos, señala el autor que es preciso darse cuenta que el Estado de derecho decimonónico posee un derecho por reglas y el Estado constitucional contemporáneo un derecho por principios. Tal distinción es importante para Zagrebelsky, y nos ilustra señalando que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos o podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas, pero que *a priori* parecen indeterminadas.

Hablar de reglas y principios en materia constitucional y en especial en tratándose de la justicia constitucional ha presentado diversos problemas que el autor reseña. Principalmente, la consideración del positivismo jurídico de que las normas de principio esconderían un vacío jurídico y ocasionarían una contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas y, entre otras, proclamaciones de buenas intenciones. Señala Zagrebelsky que en el fondo los enemigos de las normas constitucionales de principio defendían una visión del derecho propia del Estado de derecho legislativo y del positivismo jurídico. Los partidarios de aquéllas, en cambio, consciente

o inconscientemente, abrían el camino a una nueva concepción más compleja que la anterior y llena de consecuencias.

Al distinguir entre Constitución y leyes constitucionales, Zagrebelsky señala a la primera como ley de la concordia y de las segundas afirma que son esencialmente leyes de la discordia: son la continuación de la lucha política al máximo nivel, es decir, con los medios del derecho constitucional: a máxima ley, máxima discordia. De frente a tal actuación, para el autor, el conjunto de los principios constitucionales deberían constituir “una suerte de *sentido común*” del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico, la condición para resolver los contrastes por medio de la discusión y no a través de la imposición”.

La relación que guardan tales principios con la ética, es abordada por Zagrebelsky cuando afirma que “el derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética. Puede parecer una renuncia pero, en la época del pluralismo, relativizar una ética no significa renunciar a tener una visión del mundo, sino que significa considerar que la supervivencia del mundo es condición necesaria para la realización del propio proyecto ético”. Reafirma así su aserto de que la idea del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, es decir, la nuestra, caracterizada ya por el continuo reequilibrio a través de las transacciones de valores. Este último concepto deja fuera la participación del dinero; no debe entenderse como una visión económica, que tergiversa, y ha tergiversado, la noción de valor.

El último apartado de su obra lo dedica Zagrebelsky a *Los jueces y el derecho*. En este capítulo revisa la posición positivista de la interpretación y la concepción que ésta tendrá en el nuevo sistema de derecho constitucional, sistema en el que el derecho pasa a concebirse como una disciplina práctica. Esta concepción, además, otorga una nueva posición del juzgador frente al derecho e igual sucede con el legislador.

En esta concepción práctica del derecho la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento: “A partir del caso el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular de dirección bipolar que finaliza

cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de la regla jurídica”.

Este cambio de paradigma del derecho, al referirse al método, es afirmado por Zagrebelsky al señalar que todo método remite a una cierta concepción ontológica del derecho: la interpretación exegetica remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada. La interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como intención de aquél, la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema, la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica, la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural. Ante ello, el autor refiere que la pluralidad de métodos y su equivalencia no es un defecto, sino una posibilidad de éxito cuando se interpreta la ley buscando la regla adecuada; así, la *interpretación legislativa abierta* no es un error que la actual ciencia del derecho deba corregir, sino un aspecto irrenunciable a la vista de su objetivo.

Y es que, ligando tales apreciaciones a la autonomía e independencia de los jueces, se llega al entendido de que la *sumisión del juez sólo a la ley*, es en realidad el servicio pasivo de éste a la voluntad del legislador. Ello ha llevado a una crisis de la jurisdicción. Cita Zagrebelsky que en Europa, “los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta”.

En el modelo del Estado constitucional son los jueces los “señores del derecho”, pues en ellos se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia. Aunque abunda que más que señores del derecho, los jueces son los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. En tanto, el legislador, despojado del trato que merecía en el Estado de derecho del siglo pasado, debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho y no como *todo el derecho*.

Un aspecto relevante de la obra es que presenta en una apretada síntesis la evolución que han tenido las formas de Estado, con espe-

cial énfasis en los modelos jurídicos que han estado presentes, para exponer su idea del nuevo derecho constitucional como modelo necesario a seguir. Un nuevo modelo en el que será preciso olvidarse de que lo fundamental está en las constituciones o leyes constitucionales, para aceptar, que “es preciso tomar en consideración las ideas generales y el pluralismo de los universos culturales, éticos, religiosos y políticos que caracterizan y complican la sociedad”.

Cabe señalar que el autor (Italia, 1943) es profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Turín. Entre sus obras destacan: *La giustizia costituzionale* (1977), *Diritto Costituzionale* (1984) y *Società Stato-Costituzione* (1988), además de la obra que hemos comentado.

David CIENFUEGOS SALGADO
Profesor de Matemáticas aplicadas al Derecho
Facultad de Derecho de la UNAM