

Gustavo Zagrebelsky: en busca de la razón en el Derecho**

Gustavo Zagrebelsky: in search of reason in Law

Resumen

Este trabajo examina algunos de los textos principales de la obra de Gustavo Zagrebelsky. A partir de él se examina una dimensión cada vez más universal de la reflexión acerca de la relación moral con el derecho y la fundamentación interna y externa de los derechos fundamentales desde una posición manifiestamente anti-positivista. Siendo uno de los precursores de ese movimiento inorgánico denominado “neoconstitucionalismo” y que no está guiado por un conjunto de directrices comunes, parece necesario profundizar en los matices de la obra de uno de ellos. Sus opiniones tienen el valor añadido de provenir de un juez que reflexiona acerca de la posición que estos ocupan en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho. A través de estas reflexiones surge la tensión permanente entre la definición democrática del legislador y la sustitución de dichas valoraciones por los jueces.

Palabras clave

Zagrebelsky, nuevo constitucionalismo, positivismo, principios, reglas, justicia material.

Abstract

This paper examines some of the major texts of the work of Gustavo Zagrebelsky. From it is examined the increasingly universal dimension of the reflection on the moral relationship with the law, and the internal and external basis of fundamental rights from a manifestly anti-positivist position. Being one of the precursors of this inorganic movement called “neoconstitutionalism”, which is not directed by a common set of guidelines, it seems necessary to inquire into the nuances of the work of one of them. His views have the added value of coming from a judge who ponders on the position they occupy in the democratic and constitutional rule of law. Through these reflections arises the permanent tension between democratic definition of the legislature and the replacement of such assessments by judges

**Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.*

*** Recibido el 31 de marzo de 2014 y aceptado el 14 de abril de 2014.*

Key words

Zagrebelsky, new constitutionalism, positivism, principles, rules, material justice

I. Gustavo Zagrebelsky (1943), el juicio de autor

La biografía de los juristas suele tener poca importancia. Mientras más profundas, más completas, más cultas y más meditadas sean sus reflexiones más insignificantes son los aspectos de su historia personal. Sin embargo, hay un aspecto que destaca por sobre los demás en la dimensión humana de Gustavo Zagrebelsky. Fue criado y formado en el seno de una familia con una fuerte raigambre en los estudios jurídicos. Es el hermano menor de Vladimiro Zagrebelsky que llegó a ser Magistrado en Italia y Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos en el 2001. Gustavo Zagrebelsky fue profesor de Derecho Constitucional por la Universidad de Turín y miembro activo de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, así como permanente columnista de los diarios *La Repubblica* y *La Stampa*. En 1995 el Presidente Scalfaro lo nombró Juez de la Corte Constitucional de Italia llegando a ser Presidente de la misma durante algunos meses del año 2004. Actualmente es Profesor de Jurisprudencia Constitucional en la Universidad de Turín, de la Universidad de Estudios Suor Orsola Benincasa de Nápoles y docente invitado en múltiples programas de Derecho.

Es un autor que adquiere trascendencia jurídica más allá de sus fronteras a partir de la publicación del libro "Il Diritto Mitte" (Einaudi, 1992). Pero antes de eso ya había publicado en su país: *Amnistia, indulto e grazia. Problemi costituzionali* (1972); *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, (1974); *La giustizia costituzionale* (1978), *Società, Stato, Costituzione. Lezioni di dottrina dello Stato*, (1979) *Le immunità parlamentari*, (1979). Posteriormente, algunos de sus textos han sido publicados en español así como algunos de sus artículos en Revistas Especializadas. Destaca dentro de los libros traducidos su experiencia como juez constitucional y sus reflexiones sobre la democracia en *Principios y Votos* (Trotta, 2006) En 1993 había publicado *Questa Repubblica*. En 1995 aparece su ensayo *Il crucifige e la democrazia*. En 1996, junto a Pier Paolo Portinaro y Joerg Luther, da a luz el libro *Il futuro della costituzione, La giustizia costituzionale* y con el Arzobispo de Milán Carlo Maria Martín s.j., escribe *La domanda di giustizia*. Asimismo, en 1996 publica *La leggenda del grande inquisitore*. En el 2003 aparece *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Norberto Bobbio *tra diritto e politica* (2004), *Essere delle istituzioni* (2005), *Imparare democrazia* (2007) *Lo Stato e la Chiesa*, (2007). Giuda. *Il tradimento fedele*, (2007) *La virtù del Dubbio. Intervista su etica e diritto*. (2007) *Contro l'etica della verità* (2008); *La legge e la sua giustizia*, (2009) e *Intorno alla legge*, (2009). La escasa traducción, llevada a cabo primordialmente por Marina Gascón, Miguel Carbonell y Manuel Martínez Neira, conspira por un mayor alcance de la obra del profesor Zagrebelsky. No obstante, también resulta claro que buena parte de sus libros están orientados al tratamiento de cuestiones constitucionales del ordenamiento jurídico italiano, al debate acerca de la mantención del carácter laico del Estado italiano (La virtud de la duda. Entrevista sobre ética y derecho o Judas, la traición fiel) y a una dimensión que abarca el Derecho de la Unión Europea. Por lo mismo, esta investigación no alcanza a todos sus libros, algunos de los cuales están centrados en una temática tan interesante como específica:

el Concordato entre la Santa Sede y la República de Italia así como los dilemas de la aplicación de la libertad de conciencia en un contexto tan particular de un Estado laico que subsume territorialmente la sede de la Iglesia de mayor alcance universal.

La dimensión jurisprudencial destaca en su currículum y tendrá un papel central en parte de sus propuestas jurídicas. En último término, en una sociedad hay cuestiones cruciales que terminan sus límites configurados, no por el legislador, sino que por el juez constitucional, evidenciando de paso la transformación estructural del Estado, desde el Estado Legislativo del siglo XIX a un Estado Constitucional propio de la posguerra.

Este punto puede parecer autorreferente en la propuesta de Zagrebelsky –que para ser justos viene originada por otros autores como Dworkin o Alexy– pero que en la práctica supone otorgarle un peso esencial a las definiciones de un juez en el marco de una decisión sobre cuestiones cruciales del Estado, la sociedad, la comunidad y todas las personas que lo integran incluyendo las generaciones futuras y los que puján por nacer. Esta apariencia de arrogancia en realidad no es tal. Buena parte de la reflexión de Zagrebelsky apunta a destacar la dimensión moral de esta reflexión límite, cuestión que sí supone relevar el papel de la Filosofía Moral en nuestro tiempo, pero también abarca un método. Zagrebelsky abogará abiertamente por la introducción del quinto método de interpretación constitucional: el comparativo.¹ En rigor, este es un planteamiento que han hecho otros destacados constitucionalistas, entre ellos Peter Haberle², pero que supone abrir la reflexión sobre los casos difíciles a todas las Cortes o Tribunales Constitucionales en donde se enjuicien con parámetros similares estos mismos problemas, particularmente los relativos a la interpretación de derechos fundamentales en una abierta tendencia universalizante de sus alcances y contenidos, sostenidos en la igual y libre condición de dignidad humana de todos los habitantes del planeta.

El valor de las opiniones personales del juez constitucional no radica en la importancia de las mismas sino que ellas sirven de fundamento para decisiones de alcance amplio y fundamental en una sociedad que puede parecer o estar divididas por esos conflictos. Por lo mismo, estudiar a Zagrebelsky tiene que ver con el valor de ser un juez que da a conocer sus opiniones de fondo sobre una cuestión amplia de asuntos, incluyendo su idea de derecho, en cuanto ciencia y en cuanto decisión. Como lo sostiene Zagrebelsky, “ya nadie cree en la jurisprudencia como desarrollo lógico de proposiciones, guiado por el principio de no contradicción y privado de discrecionalidad”.³ Muchas veces detrás de la “neutralidad técnica” de los jueces se agazapan conceptos personales, controvertibles y hasta excéntricos que se aplican con el poder creador que le otorga el poder de desestimar una ley expulsándola del ordenamiento jurídico. Pues bien, nos encontramos con un autor manifiestamente antipositivista, que se inscribe dentro de la renovación del sustancialismo jurídico y que da cuenta de sus razones. En su lectura humanista cristiana –que explicaremos– ya no hace lo que el viejo iusnaturalismo

¹ Zagrebelsky (2007), pp. 91-95.

² Haberle, (2007), pp. 278-280.

³ Zagrebelsky, (2008), p. 39.

supuso por desafío, que era encontrar el “Derecho de la razón” sino que al aplicar el método científico de la interpretación está detrás o en búsqueda de las “Razones en el Derecho”.⁴

Este artículo no tendrá un análisis exhaustivo de todos sus textos ni se trata de un estudio de autor. Más bien, es una excelente excusa para abarcar un conjunto homogéneo de problemas que tienen su fuente de origen fuera del derecho, relativo a la justificación de su fundamentación, que se traslada a cuestiones internas a la disciplina jurídica y que vuelven a encontrar un punto de contacto con los dilemas morales al sugerirse una defensa de la interpretación constitucional amplia.

Justo es decir que la columna vertebral de sus planteamientos los expuso en su libro de mayor impacto: “*Il diritto mitte*” traducido al español como “El Derecho Dúctil” y buena parte de sus explicaciones las abordaremos desde este texto sin perjuicio de examinar otras de sus opiniones. El orden del análisis lo centraremos en el positivismo jurídico, el Estado Constitucional, la distinción y aplicación de los principios constitucionales a través del renovado papel de los jueces constitucionales que, en el marco de una Constitución viviente y no originalista, que da cuenta de los contextos más críticos de la política, la economía y el medio ambiente en el siglo actual. Por supuesto que se trata de un estudio crítico y un conjunto amplio de observaciones las haremos en cada punto y también hacia el final de este trabajo.

II. El Derecho ¿dúctil, comprensivo o líquido?

Ya hemos sostenido que el libro más emblemático de Gustavo Zagrebelsky es “El Derecho Dúctil”. Este constituye una apreciación global no sólo para la comprensión del Derecho Constitucional, de la Teoría de los Derechos Humanos o de la Metodología Jurídica. Expresamente constituye una reflexión general sobre el Derecho, la Ciencia del Derecho y su fundamentación iusfilosófica. Desde su particular análisis constitucional le confiere a esta visión un enfoque novedoso en la búsqueda de encontrar un nuevo equilibrio en torno a una idea de derecho que exige una revisión profunda de las actuales concepciones jurídicas que operan en la práctica, según lo manifiesta como propósito específico de este texto. Conuerdo plenamente con el hecho de que lo peculiar no resulta ser lo innovador de las ideas expresadas, sino que “es el conjunto lo que destaca”.⁵

La primera observación se refiere no al autor sino que a Marina Gascón traductora de este texto escrito en italiano bajo el nombre de “*Il diritto mitte. Logge, diritti, giustizia*”. Por “*mite*” (con una sola t y no dos como expresa en los derechos reservados o copyright) se “predica de aquello que es manso, tranquilo, apacible. Se ofrecen por ello varias posibilidades para su traducción, entre las que se encuentran, además de las

⁴ Prieto Sanchís, (1998), p. 19.

⁵ Zagrebelsky, (1995), p. 9.

ya citadas, las de sosegado, dulce, calmoso, comprensivo. He escogido, sin embargo el término ductilidad para traducir el original italiano *mittezza*.⁶

La traducción resulta algo desafortunada, puesto que para desarrollar el concepto de “*mitte*” lo vincula con la idea de un Derecho maleable que es la significación directa del término.

El núcleo de la idea de “*Diritto mitte*” en Zagrebelsky es expresar que el carácter peculiar del derecho en los Estados Constitucionales es realizar una doble tarea a la vez: ser la Constitución el eje de la unidad e integración del sistema jurídico a partir de los principios y los valores constitucionales y, simultáneamente, respetar la base material pluralista que haga compatible la pervivencia de la sociedad democrática. Así “los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso”. Coexistencia que se traduce en la defensa radical del pluralismo de los valores y mantención de sus contenidos y compromiso en la lealtad para enfrentar los conflictos propios de una sociedad democrática. Esta convivencia en los principios, bajo un ambiente no impuesto por la fuerza, es lo propio del nuevo constitucionalismo.

Por esta razón, y según se describen los términos, lo más propio sería adjetivar a “Derecho” con el término “Comprensivo”. La idea anterior queda mejor expresada con alguna o todas las acepciones de la palabra “comprensivo”: “1. Que tiene facultad o capacidad de comprender o entender una cosa/ 2. Que comprende, contiene o incluye./ 3. Dícese de la persona, tendencia o actitud tolerante.”⁸

Esto permite entender de mejor manera la concepción abierta de constitucionalismo que utiliza el autor, así como sus orientaciones metodológicas que propugnan una dogmática fluida que mezcle el derecho constitucional con la política constitucional. Ello no es más expresión que el entendimiento profundo de lo que es el constitucionalismo. Desde su origen, el constitucionalismo ha alentado “una ciencia jurídica comprometida que pone en cuestión la separación entre derecho y moral”.⁹

Ahora bien, si este concepto se trasladara a la definición propiamente sociológica quizás la mejor expresión que da cuenta de esta idea de derecho en el marco de la modernidad es la idea de Zygmunt Bauman acerca de la “modernidad líquida”¹⁰ pudiendo perfectamente hablarse de “Derecho para sociedades líquidas”. Con ello se vuelve a manifestar el corazón del problema de configurar conceptos jurídicos objetivos, bienes públicos, intereses generales de la sociedad y valores sustantivos y no procedimentales que superen la acentuada individualización social y enfrenten las relaciones sociales transitorias, líquidas, precarias y frágiles con las armas del derecho actual.

⁶ Gascón, (1995), p. 19

⁷ Zagrebelsky, (1995), p. 15.

⁸ Real Academia Española, (1992), p. 525.

⁹ Prieto Sanchís, (1997), p. 16.

¹⁰ Bauman, (2007), pp. 9 y siguientes.

III. ¿Cuál es el cambio de la idea de derecho actual?

La ductilidad del derecho está basada en los caracteres generales del derecho constitucional actual y que –según expresa Zagrebelsky– se asocia al advenimiento de dos procesos fundamentales:

1. El tránsito desde la “soberanía estatal a la soberanía de la Constitución”
2. El reemplazo de la idea de derecho fundada en un valor o principio ordenador por la asunción del pluralismo como realidad legitimadora del mismo.

El primer proceso se traduce en el fin del modelo monopólico estatal que galvanizado con la idea de soberanía –tanto externa como interna– imponía a este actor como centro del poder político y jurídico, así como fuente y origen del derecho. El surgimiento del pluralismo político y social, tanto dentro como fuera del Estado, que se traducía en la formación de centros de poder alternativos, competidores y/o concurrentes con el Estado; la institucionalización de contextos supraestatales y la atribución de derechos a individuos que pueden hacerlos valer ante la jurisdicción internacional, entre otros ejemplos, eran una demostración de la devaluación de la antigua idea de Estado. La soberanía estatal era lo suficientemente pequeña para resolver problemas globales y suficientemente amplia para lo local.¹¹

De esta manera, el eje soberano se trasladaba desde el Estado y hacia la Constitución. En ésta última sí se pueden establecer los consensos nacionales que permitieran el declinar de la noción de soberanía, puesto que este declive debe hacerse a la par de abrir una compuerta legítima al ingreso del derecho internacional como derecho interno, na compuerta legntarios.

El reemplazo de la noción unívoca de fundamentación del derecho por la asunción del pluralismo constitucional es el otro proceso de cambio de época que describe Zagrebelsky. Así hemos pasado de la tarea de “establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, (por) la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma” en la propia Constitución.¹²

Bajo este criterio nos encontramos con una Constitución abierta que “permite la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática”.¹³ Así será abierta en dos sentidos, uno jurídico, abierta a la convivencia de los principios

¹¹ Cuestión que viene siendo debatida desde mucho antes. Entre ellos, hay que destacar al propio Hans Kelsen en su libro de 1920 que se titulaba justamente *Das problem der Souveränität*, donde sostenía que “el concepto de soberanía debe ser absolutamente superado. Este es el gran cambio cultural que necesitamos.” (Resta, 1996, p. 13)

¹² Una idea tan sencilla como el “constitucionalismo de las posibilidades” resulta no ser una tesis pacífica en buena parte de Latinoamérica en donde la definición constitucional apunta a consagrar contenidos máximos propios de un proyecto político total o parcialmente excluyente de otros grupos políticos y sociales.

¹³ Zagrebelsky, (1994), p. 14.

y, dos, políticamente, abierta a la convivencia con otros Estados, con lo que de ello tiene en la pérdida de soberanía. En particular, y esto es lo propio del constitucionalismo europeo, abierta a la Unión Europea. Este modelo de apertura puede ser aplicado, entendido y extendido a otro de los desafíos globales que tiene el constitucionalismo contemporáneo.

Asimismo, este es el dilema de la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. La exigente consideración de garantías supranacionales y el establecimiento de Tribunales como la Corte Penal Internacional obligan a los Estados a configurar un estándar, un patrón de integración y cumplimiento de sentencias y, sobre todo, un modo de asimilar la múltiple influencia del derecho internacional sobre el derecho interno y los condicionamientos de este último sobre aquél.

Esto implica, en cuanto a la idea de derecho, que hemos pasado a un “constitucionalismo de posibilidades”, que demuestra que se ha cerrado el ciclo de “la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, (pasando a) la salvaguarda de varios simultáneamente.¹⁴

Hay, aquí, una doble tarea jurídica: reformular la ciencia del derecho y promover la tarea de realización práctica y no contradictoria de estos principios y valores a través de la jurisprudencia.

He de apuntar que Zagrebelsky utiliza en un sentido diverso la noción de “soberanía”. Es evidente que al usarla como “soberanía del Estado” se refiere a la presencia de ese poder incontrarrestable de dominio al interior de un territorio o jurisdicción. En tal sentido, el fenómeno político de declinación del Estado es un hecho cierto. No obstante, al expresar que esto implica un tránsito hacia la noción de “soberanía de la Constitución” alude a dos ideas distintas. Por un lado, la de establecer que en sede constitucional se puede –por el consenso político y social– abrirse a otras alternativas o dimensiones de organización del Estado, ya sea en su interior como, sobre todo, en sus relaciones exteriores. En tal sentido, esta idea es una perfecta continuación del argumento relativo al deterioro del poder estatal y al reconocimiento de una pluralidad de centros de poder. Sin embargo, en un segundo sentido la idea de “soberanía de la Constitución” se refiere a algo diverso. Una Constitución es soberana dentro de un ordenamiento jurídico por su poder incontrarrestable para sujetar la normativa inferior a sus contenidos formales y materiales. Este papel disciplinador de la Constitución es una clara pervivencia de la antigua noción de “soberanía del Estado” que cabe tener presente, puesto que en esta se basan las decisiones políticas o sociales para reconocer los nuevos ámbitos plurales. La fuente de reconocimiento de la extraterritorialidad jurisdiccional se encuentra siempre en la Constitución y allí radica su poder soberano.

¹⁴ Zagrebelsky, (1995), p. 16

IV. Ruptura Jurídica: del Estado de Derecho al Estado de Derechos o Constitucional

Zagrebelsky explica el divorcio existente entre la concepción decimonónica del Estado de Derecho y la actual del Estado Constitucional. En este punto se diferencia de un planteamiento habitual de muchos autores que ve en este proceso histórico una continuidad en la tarea del sometimiento pleno del poder al derecho. Una recopilación de argumentos en un sentido favorable a la continuidad histórica entre la noción de Estado de Derecho y su temprano vínculo con la idea de Constitución o Estado Constitucional lo encontramos en Rafael de Asís.¹⁵

Sin embargo, Zagrebelsky va mucho más allá que una mera revisión de la historia constitucional de los últimos dos siglos, sino que extrae consecuencias relevantes para las escuelas dominantes de derecho en este tiempo. Así liga la evolución del constitucionalismo del siglo XIX con sus fundamentos ideológicos –el orden liberal burgués– y con la idea de derecho afín a la defensa de tales valores: el positivismo jurídico.

El fin del absolutismo y del Estado de policía trae como efecto jurídico la eliminación –como principio– de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. No obstante, el cambio no fue total puesto que subsistió la idea de que el Estado fijaba sus límites y los cauces legales de su actividad. Siempre se reconoció un poder originario en el Estado. Incluso más, los Estados totalitarios del siglo XX se presentaron a sí mismos como una culminación, y no fractura, de las premisas del Estado de Derecho Liberal.¹⁶

Esto no implica desvalorizar la noción sustantiva que estaba en la base del Estado Liberal de Derecho cual era permitir el desarrollo de la sociedad y no del Estado, bajo las garantías de la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes. Pero formalmente esto se tradujo en términos jurídicos en la primacía de la ley frente a la Administración, los ciudadanos y la jurisdicción.

Esta primacía de la ley se demostraba con el hecho de que el Estado Liberal era básicamente un Estado Legislativo, con un núcleo fundamental en torno al principio de legalidad y en la tutela de la cláusula de libertad/propiedad. Así expresiones como “fuerza de ley” denotaban que la ley era un acto irresistible. Incluso más, el poder del Congreso alcanzaba hasta la interpretación oficial y auténtica de la propia Constitución como aconteció en múltiples ordenamientos.¹⁷

¹⁵ De Asís, (1999), pp. 89 – 90. En la nota 257 establece la conexión histórica entre el modelo formal de Estado de Derecho en la dogmática alemana del siglo XIX y la noción previa o coetánea de lo constitucional.

¹⁶ A su manera lo sostenía Carl Schmitt, en 1927 “la Constitución moderna consiste en una vinculación y mezcla de principios del Estado burgués de Derecho con principios político-formales. (...) No puede decirse que la burguesía, cuando luchaba en Europa por su Estado de Derecho, prefiriera definitivamente uno de los dos principios político-formales, identidad o representación. Luchaba contra toda especie de absolutismo estatal, tanto contra una democracia absoluta como contra una monarquía absoluta; contra la identidad extrema, como contra la extrema representación. (...)” Schmitt, (1992), p. 215.

¹⁷ Tal es el ejemplo de nuestro Artículo 164 de la Constitución de 1833 que señalaba que “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la

No obstante, estos desarrollos no fueron unívocos en Europa y se pueden identificar dos modelos paradigmáticos: el principio de legalidad en Francia y el “*rule of law*” en Inglaterra.

En Francia, el principio de legalidad representa la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones de derecho natural racionalista. Así se vislumbra un nuevo absolutismo: el parlamentario y la ley como única y exclusiva fuente del derecho. En cambio, bajo el *rule of law* existe un reconocimiento a la pluralidad de fuentes que generan derecho. Así el *common law*, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y tradiciones, demostraba que la ley era solo uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico más complejo.¹⁸

Zagrebelky expresa este enfoque distinto en función de la historia de cada uno de los países, puesto que “el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio (Francia); en otro, como poder absoluto (Inglaterra)”.¹⁹ Estas diferencias las describe Fioravanti con gran claridad. En Francia, “el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque *es necesariamente justo*; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación. Se explica así que la Declaración de derechos agote el sistema de garantías en el envío obligado a la ley. De esta manera, se vuelve a una situación en que se piensa *necesariamente no arbitraria, necesariamente justa*. El problema principal ya no es limitar el arbitrio del legislador, como en el modelo británico (del *common law*), sino afirmar su autoridad *como dominio de la voluntad general sobre el espíritu de facción*. Cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y derechos.”²⁰ Con ello se enfatizaría la doble dimensión de la función constitucional que, más próxima a la tradición anglosajona y de impronta individualista, privilegiaría la idea de una Constitución como norma fundamental de garantía versus la idea revolucionaria francesa de una matriz constitucional como norma directiva fundamental “que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa.”²¹

Un cuadro paralelo nos permitirá reflejar con más claridad la diferente idea de derecho gestada en una u otra tradición.

inteligencia de alguno de sus artículos” (de la Constitución).

¹⁸ “Afirma Coke que el *common law* regula y controla los actos del Parlamento y, en ocasiones los juzga de todo nulos y sin eficacia, a que, cuando un acto del Parlamento es contrario al derecho y a la razón común, o repugna, o es imposible, el *common law* lo controlará y lo juzgará nulo y sin eficacia.” Con ello, si bien da cuenta de una de las interpretaciones posibles que derivaron con posterioridad en los mecanismos de control de constitucionalidad, da cuenta de cuán limitada estaba el imperio absoluto de la ley. Mateucci, (1998), p. 91.

¹⁹ Zagrebelky, (1995), p. 25.

²⁰ Fioravanti, (1996), p. 73.

²¹ Fioravanti, (1996), p. 97.

**CUADRO N° 1:
TRADICIÓN CONTINENTAL VS. COMMON LAW**

Característica	Modelo Francés	Modelo Inglés
Función del Parlamento	Normación	Normación y juicio (perfeccionamiento del common law)
Metodología del Derecho	Deductiva (<i>"Scientia Juris"</i>)	Inductiva (<i>"Iuris prudentia"</i>)
Fuentes Primordiales del Derecho	Singular (ley)	Plural
Orden Jurídico	Sistema Cerrado	Problema Abierto
Ideal de Justicia	Abstracta	Concreta

Con esta concepción francesa del principio de legalidad se completó la tarea de vinculación de la Administración, de la jurisdicción y de los derechos del ciudadano por parte de la ley.

Por ejemplo, la Administración se enfrentó a un doble modelo de sujeción a la ley. Por un lado, la predeterminación completa de la ley, que en ausencia de ésta le impedía actuar al Estado, carente de potestades propias. Por otro, el modelo de delimitación de la ley, que en ausencia de ésta, importaba una libertad para perseguir los propios fines estatales, concebidos como potestades originarias. El límite de este poder originario se constituyó en la reserva de ley que salvaguardaba la cláusula de libertad y propiedad. En cualquier caso, el modelo para la Administración se constituyó en "libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio"²². En síntesis, la unidad sustancial de la Administración estaba dada por el principio de legalidad.

En el caso de la Jurisdicción, su papel era aún más restringido. Sólo le correspondía un rol de exégesis de la ley y carecía de potestades autónomas de interpretación. La centralidad de la ley se expresaba formal y materialmente. Formalmente, se concebía a la ciencia del derecho como coherente y logicista. La ley lo abarcaba todo y le otorgaba plenitud al sistema. Establecía estrictas reglas de interpretación y su modelo básico de razón totalizadora era el Código Civil. Materialmente, la unidad del ordenamiento jurídico se imponía como un dato y que no era sino reflejo de un contexto político y social muy definido como un ideal homogéneo. Así el juez no podía exigir atribuciones que rompieran con la lógica del derecho. Esta propia primacía legal subordinaba los contenidos de una idea de Constitución meramente instrumental. "La Constitución era entendida como un sistema de articulación de los órganos superiores del Estado y una organización de los modos de producción del derecho. El legislador tenía, ciertamente unas limitaciones impuestas por la Constitución, pero sólo él era el intérprete supremo de ésta y, en consecuencia, su voluntad plasmada en la ley, era vinculante para todos

²² Zagrebelsky, (1995), p. 28.

los ciudadanos y todos los restantes órganos del poder.”²³ Con ello se completaba el programa jurídico del liberalismo burgués. “Todo se encuentra apresado en una red de competencias, nunca ilimitadas en principio, ni siquiera las extremas, ni siquiera la competencia de competencias; nunca plenitud de poder público, sino siempre facultad controlable, cuya extralimitación puede poner en movimiento un procedimiento de forma judicial. Por tal modo, se desprenden del sistema cerrado del Estado burgués de Derecho las exigencias de legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial.”²⁴

En este punto, lo importante es verificar cómo esta tradición jurídica liberal continental comienza a desmoronarse en todos y cada uno de los fundamentos que construyeron esta idea de derecho.

Fenómenos como la crisis del principio de legalidad, traducido en el reconocimiento de actuación estatal en conformidad a sus fines, por la gestión directa de intereses, derechos, empresas o la planificación de objetivos globales. Las prohibiciones establecidas en línea de principio para la actuación individual sobre determinados bienes públicos sensibles. El surgimiento del paternalismo estatal subsidiario de la autonomía personal caída o limitada.²⁵ La reducción de la generalidad de la ley y de su abstracción con la explosión de leyes-medidas o particularistas, en lo que Zagrebelsky denomina “contractualización de los contenidos de la ley”.²⁶

La ley se ha mutilado en esta transformación. Ha perdido su sentido de dirección y su homogeneidad en el orden jurídico.²⁷ En ésta se expresan las fuerzas contradicto-

²³ Rubio Llorente, (1993), pp. 325, 326. Esta idea, por supuesto, también quedó reflejada en el derecho constitucional chileno en el famoso Artículo 164 de la Constitución de 1833 en relación a la observancia y reforma de la Constitución. “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los Artículos 40 y siguientes, **podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos.**” Valencia Avaria, (1951), p. 183.

²⁴ Schmitt, (1992), p. 142

²⁵ Nino, (1989), pp. 413-445.

²⁶ Zagrebelsky, (1995), p. 37.

²⁷ El proceso de transformación de la ley ha sido mejor categorizado por Santamaría Pastor, (1991), pp. 532-552. A mi juicio, una de las falencias del análisis de Zagrebelsky es que abandona categorías jurídicas de descripción del fenómeno de pérdida de sentido del Estado de Derecho Liberal para pasar a un Estado Constitucional donde los matices del cambio jurídico y, sobre todo, de la ley es central para extraer consecuencias relevantes como lo hace el autor italiano. Por tal razón, me parece que este cambio mirado bajo un prisma jurídico nos puede dar luces sobre una visión más compleja de concebir el funcionamiento de los Estados Constitucionales, cuestión en la que no se detiene suficientemente Zagrebelsky.

Santamaría Pastor desarrolla en cinco características la mutación de la ley. 1) De la primacía normativa a la centralidad. Así el carácter principal y fragmentario de la Constitución supone que la ley continúa siendo el factor central de vertebración del sistema normativo y de definición de su estructura concreta. 2) De la ilimitación de ámbitos a la reducción competencial. De la antigua noción de que cualquier objeto de la vida social puede ser regulado por ley, sin que exista un campo reservado para la normación por parte de otros órganos y con reservas de ley no limitativas hemos pasado a áreas vedadas de legislar, tanto por razones competenciales de entrega de potestades a otros órganos como de autolimitación jurídica. 3) De la libertad de contenidos a su condicionamiento. La absoluta libertad de regular cualquier contenido por parte de la ley se ha trucoado por el condicionamiento que le impone la Constitución a la ley. Estos condicionamientos pueden ser modales o sustantivos, pero dejan un margen de configuración amplia a la ley, puesto que la legislación no es una ejecución mecanicista de la Constitución. 4) De la flexibilidad a la procedimentalización. Antes la ley se producía informalmente sin estar sometida a requisitos de procedimientos rigurosos. En cambio, la evolución de los sistemas constitucionales ha impuesto una creciente formalización y procedimentalización del trabajo parlamentario. 5) De la irreprehensibilidad al deber

rias que pugnan por triunfar en el mercado desigualitario de la competencia. En tal sentido, la ley refleja la heterogeneidad de los valores e intereses de tal lucha social. Esta misma es instrumento de competición y enfrentamiento social, como continuación de la disputa social por otros medios. Ella es causa de inestabilidad y el carácter compromisario resultante de esta ley demuestra la fuerza que ha perdido medida en grados de abstracción, generalidad e interés nacional.

Frente a este marasmo jurídico, será el orden de la Constitución y del Estado fundado bajo esos principios, el que restablecerá el sentido unitario del derecho. Frente a la heterogeneidad de la ley, la Constitución condiciona, contiene y orienta los desarrollos contradictorios de la producción del derecho. Sin embargo, este nuevo orden será “comprehensivo”, fundado en una base plural, no rígidamente ordenador, sino que abierto al pluralismo fundacional de las sociedades democráticas.

V. El modelo de derechos subyacente en la propuesta de Zagrebelsky

Zagrebelsky apunta a tener una visión más compleja de los componentes de la nueva idea de derecho que estaría en la base del Estado Constitucional. Es así como desarrolla los dos núcleos de derechos correspondientes a las tres grandes adscripciones ideológicas: el liberalismo, el socialismo y el cristianismo social. Sin embargo, el Catedrático de Turín opta por el análisis de dos de ellas –liberalismo y cristianismo– puesto que “estas dos tradiciones ponen a los derechos en relación con dos valores que aparecen inevitablemente vinculados a ellas, pero cuya coexistencia está lejos de ser pacífica: la libertad y la justicia. Cabe decirlo así: el humanismo laico habla de aquellos derechos con cuya violación se frustra la pretensión de libertad del hombre; el humanismo cristiano de aquellos otros con cuya violación se frustra su aspiración a la justicia”²⁸. En tal sentido, las dos principales justificaciones de los derechos se encuentran en el valor libertad o justicia.

Esta aproximación no puede sino ser polémica. Hay un provocador reduccionismo que hay que leerlo entre líneas. No obstante, lo primero es verificar dos vertientes críticas a esta aproximación. Primero, la histórica. Y, segundo, la ideológica. Históricamente, configurar los derechos en torno a dos valores no resulta ser un hecho cierto en la historia del constitucionalismo. Los modelos de comprensión del constitucionalismo moderno como opuesto al constitucionalismo antiguo tienen como temas centrales la

indemnizatorio. Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación, no pudiendo dar lugar –la actividad legislativa– a ningún tipo de responsabilidad estatal. Este es el núcleo de la irreprehensibilidad que hoy da paso –jurisprudencial o legalmente– al reconocimiento de un deber indemnizatorio a cargo del estado por los daños que irroge la actividad legislativa sobre los ciudadanos. Para el caso chileno de esta evolución ver la obra García Pino, (2004), pp. 38-42.

²⁸ Zagrebelsky, (1995), p. 76.

fundamentación y legitimación del poder político, así como la constitucionalización de los derechos.²⁹ Estos derechos –que es lo que por ahora nos importa– fueron configurados bajo un modelo historicista, individualista y estatalista.³⁰ Ello implica relevar la importancia de un conjunto amplio de valores en el contexto de estas culturas de derechos. Dentro de ellas la omisión en torno a los valores de la dignidad humana o la igualdad es algo más que un mero olvido. La lucha por la igualdad característica del movimiento constitucional francés entendida como una ruptura histórica es un proceso difícil de disimular. Por lo mismo, parte de la explicación sólo la podemos encontrar en la dimensión ideológica.

En esa perspectiva ideológica, Gregorio Peces-Barba critica ácidamente a Zagrebelsky por este enfoque, enjuiciando el real aporte a la historia de los derechos por parte del cristianismo, la omisión al socialismo decimonónico no marxista y la ausencia de la aportación en torno al valor igualdad.³¹ Por lo demás, esta no es sino una continuación de una de las polémicas más sostenidas acerca de la crítica socialista a la cultura católica o humanista cristiana como una posición negadora de los derechos fundamentales. Es así como, en resumen, sostiene que el catolicismo pontificio rechazó “todos los fundamentos doctrinales que sirven de apoyo a los derechos fundamentales: la soberanía popular, la libertad, igualdad y fraternidad, el principio de las mayorías, el origen popular del poder, etc.” Pero que “su actual actitud positiva, que arranca desde hace medio siglo se sitúa, igualmente en la historia y supone un relevante cambio de actitud hacia los derechos humanos, similar a la de otras instituciones o sectores sociales”.³² Comparto parcialmente esta crítica en relación a estos dos últimos puntos, pero es periférica al argumento que Zagrebelsky quiere sostener al ofrecer la pugna de dos modelos polares de derecho que chocan en el plano de los principios y valores en el nuevo Estado Constitucional. Quiero recordar los argumentos por los cuales excluye metodológicamente la aportación socialista. “La tradición socialista no marxista reclama la realización total de los mismos (de los derechos humanos); es decir, su generalización,

²⁹ Gomes Canotilho, (1999), pp. 50-56.

³⁰ Fioravanti, (1996), pp. 9 y sgtes. Otra aproximación a estas mismas categorías es la que describe Prieto Sanchís, (1994), pp. 17-65 en donde distingue la fundamentación historicista, iusracionalista y iuspositivista que después retomaremos.

³¹ Peces-Barba, (1995), se colige de una buena parte de su lectura.

³² Peces-Barba, (1991), p. 80 y 77. Este texto dedica más de once páginas a desbrozar las herejías de los documentos pontificios previos a la Declaración Universal de Derechos Humanos en una de las racionalizaciones más sistemáticas que se hayan realizado contra el pensamiento católico en materias de derechos. Por cierto, omite toda referencia a la aportación cristiana en la propia determinación de la Declaración de 1948 e identifica a Jacques Maritain no como un pensador humanista cristiano sino que como un filósofo católico que permite el encuentro con el pensamiento liberal democrático. En otro texto, expresa que una perspectiva modernizadora que generó una liberación intelectual estaba el “rescatar la autonomía de la razón frente a la moralidad autoritaria y externa que se derivaba de la intervención de la Iglesia Católica de manera muy enérgica y continua en los asuntos temporales.” Peces-Barba, (1995), pp. 22, 23. Esta es una polémica que se recrea de tiempo en tiempo y que hoy en día tiene una nueva expresión pública acerca de los alcances de las investigaciones judiciales y eclesásticas en el mundo sobre conductas sexuales inapropiadas o delictivas realizadas al amparo y por sacerdotes.

mediante la vinculación de los derechos con la igualdad, y su sustantivación, mediante la garantía de las condiciones materiales que hacen efectivo su ejercicio”.³³

El énfasis que pone Zagrebelsky no radica en la dimensión dogmática del derecho constitucional ni en la historia del constitucionalismo puesto que es susceptible de la crítica ideológica e histórica. Su reclamo va en la línea de establecer una tensión para debatir desde los principios más estructurantes que definen una aproximación positivista respecto de la aproximación iusnaturalista relativa o lo que hoy denominaríamos neoconstitucionalista como rival de la anterior.³⁴ Lo central no es la explicación pedagógica o técnica acerca de los derechos ni de los valores que lo sustentan. Su esfuerzo radica en la construcción de un esquema de reflexión antipositivista y para ello construye una lógica política de naturaleza dialéctica. Como diría Fioravanti, el análisis de Zagrebelsky se mueve en el plano de la libertad y no de las libertades, puesto que “de libertad, en singular, discuten por regla general los filósofos, sobre el plano ético y también sobre el más específicamente político, indagando sobre el lugar que la libertad ocupa en la construcción de un cierto orden políticamente significativo”.³⁵ Con ello refuerza la naturaleza de su búsqueda en donde la libertad, el liberalismo y el neoliberalismo ocupan una posición superlativa respecto de la dimensión justicia que es propiamente cristiana, reparadora y reivindicadora de la dignidad humana.

Mucho más claro queda esta descripción al analizar el esquema binario sobre el cual apoya su relectura de las bases de la ciencia jurídica que sostiene el constitucionalismo y queda expresado en el Cuadro N° 2 que detallaré. Ahora es evidente que si hay un debate binario éste se expresará en la concepción que se tenga de los derechos y con ello este trabajo vuelve a conectar el debate sobre la libertad con la reflexión sobre las libertades.

¿Qué consecuencias se pueden sacar del análisis de los derechos orientados a la libertad y de los derechos orientados a la justicia? Intentaré hacer una descripción de tal cambio apelando a la concepción antigua (justicia) y moderna (libertad) que está en la base de la distinción apuntada por Zagrebelsky.

³³ Zagrebelsky, (1995), p. 77.

³⁴ Bernal Pulido, (2007), pp. 289-325.

³⁵ Fioravanti, (1996), p. 23.

**CUADRO N° 2:
LOS DERECHOS DESDE EL HUMANISMO CRISTIANO Y LAICO**

Características	Derechos de Justicia	Derechos de Libertad
Filosofía	Humanismo Cristiano	Humanismo Laico
Valores de referencia	Justicia y dignidad	Libertad
Cosmovisión	El mundo como cosmos. Orden jerárquico	El mundo como caos. Orden autónomo
Sentido de los Derechos	Como perfección del fin individual	Como progreso humano
Derechos Subjetivos	Expresión de status	Expresión del señorío de la voluntad
Fundamento de los derechos	Como reafirmación o restauración de la dignidad humana	Como desarrollo de la libertad y la autonomía individual.
Concepción institucional de los derechos	Como principio de responsabilidad y asignación de deberes	Como derechos subjetivos y garantías
Límites a los derechos	Intrínsecos al orden objetivo y en función del Bien Común	Extrínsecos a los derechos y de respeto al ejercicio del derecho ajeno

La tesis de Zagrebelsky es que en clave positivista no puede entenderse la problemática constitucional actual sin hacer referencia a la presencia de las concepciones antiguas y modernas de derecho gestadas en su seno. En términos suyos, “los derechos concebidos en vista de la justicia y la justicia *tout court* no existe un salto lógico es algo que ya se puede colegir de cuanto se ha dicho a propósito de su común naturaleza objetiva. Esto además se confirma en las discusiones actuales sobre la inclusión en las constituciones o en los documentos internacionales de la protección de nuevas aspiraciones colectivas vinculadas a la definición de nuevos parámetros de justicia en las relaciones humanas. Es el tema que aparece bajo el nombre, acaso demasiado fácil, de nuevos derechos o derechos de la cuarta generación, en los que no resulta sencillo establecer si debe prevalecer el aspecto objetivo del deber o el subjetivo de los derechos”. Así, los fenómenos del medio ambiente, el desarrollo o la paz cuestionan las categorías jurídicas decimonónicas. En tal sentido, el positivismo viene a ser una especie de mamut muerto hace años pero que todavía se puede comer de él.

En un artículo de Ansuátegui Roig se comenta el presente trabajo desde una visión más crítica que la sostenida en este trabajo³⁶. Comparto con Ansuátegui que la dimensión declinante del positivismo no es tan global como la sostenida por Zagrebelsky y que las críticas acertadas de éste son parciales aún cuando esenciales al modelo positivista.

³⁶ Ansuátegui Roig, (1994).

VI. El antipositivismo o el constitucionalismo por principios

Aquí es donde reside la profunda novedad del concepto de derecho. Antes el Estado Liberal de Derecho podía compatibilizarse plenamente, en términos de Ciencia del Derecho, con el Positivismo Jurídico. Lo decía con toda fuerza Antonio Pérez Luño, “el positivismo formalista se convierte, de este modo, en la teoría jurídico-política de la burguesía liberal, eliminando progresivamente del concepto del Estado de Derecho las exigencias de contenido iusnaturalista todavía presentes en la obra de Kant. El resultado fue el Estado de Derecho Liberal burgués que, en palabras de Rudolf Wiethölter, supuso la Constitución y el derecho de sufragio restringido a solo tres clases, la garantía perfecta de la vida, de la libertad y de la propiedad: fue unidad, derecho y libertad en vez de ser libertad, igualdad y fraternidad; [...] supuso la igualdad ante el derecho y en el derecho, pero no la igualdad de derechos de posibilidades y de participación. Por ello, la libertad y la igualdad fueron entendidas de manera formal, o más exactamente, en sentido negativo constituyeron derechos de defensa contra el Estado, no derechos de participación política en la comunidad.”³⁷

Hoy día, bajo el Estado Constitucional aquello no es posible puesto que se ha destruido la lógica interna propia de esa concepción. En síntesis, la desestimación del positivismo resulta una consecuencia de la nueva situación histórica dentro de la cual se desenvuelve el Estado Constitucional. No obstante, antes de explicar el dilema y la manera en que se expresan los fenómenos jurídicos del Estado Constitucional nos centraremos en los problemas de una tesis política sobre el positivismo.

Hay dos maneras críticas de comentar la postura de Zagrebelsky en torno al positivismo. Por un lado, que su argumentación resulta insuficiente para deslegitimarlo y que también su reflexión no alcanza para sustituirlo.

Insuficiencia de la tesis antipositivista. Partamos definiendo las características esenciales de un modelo positivista contrapuesto a la tesis sostenida por el maestro italiano. Alexy sostendría cuatro breves fórmulas de diferenciación: “(1) Norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de omnipotencia judicial apoyada en la Constitución.”³⁸ Estos criterios de Alexy nos ayudarán a descifrar que algunas de las claves del positivismo están perfectamente vigentes, entre otras cosas, porque se está en una fase de transición de cada uno de los cuatro paradigmas que ejemplifican la diferencia.

Es evidente que parte de los desarrollos del positivismo siguen con enorme validez como el hecho de que no pueden contraponerse en plenitud la idea de norma con la

³⁷ Pérez Luño, (1995), p. 222.

³⁸ Alexy, (1997), p. 160.

de valor. A fin de cuentas, los valores son una norma principal pero norma a fin de cuentas. Esta reformulación no es pacífica pero puede resultar un ejercicio tautológico salir de la tríada valor, principio y norma.³⁹ Asimismo, la tarea de la independencia del derecho ordinario versus la omnipresencia constitucional constituye también un proceso que está muy lejos de concluir y la confluencia de uso de materiales en un sentido u otro resulta muy habitual. Es más usual que lo que la idea indica la presencia de metodologías del derecho ordinario para la resolución de problemas constitucionales. En definitiva, la constitucionalización del derecho ordinario está en un ciclo intermedio. Realmente la tesis positivista obsoleta es el método de la subsunción como fórmula interpretativa. Finalmente, la omnipotencia constitucional del juez es un asunto cuestionado y cuestionable. Tiene una esfera de determinación legítima pero que está lejos de ser pacífica puesto que la legitimidad de sus decisiones se ha de basar en el respeto de la deferencia al legislador. Incluso más, aún cuando se respete este principio habrá un conjunto significativo de argumentos que revelen que nos encontramos frente a un principio contramayoritario que puede resultar incompatible con los modelos democráticos.⁴⁰

Por tanto, estas consideraciones nos deben llevar a juicios prudentes acerca de la naturaleza de la oposición planteada por Zagrebelsky al positivismo. Entre otras cosas, porque existen varios positivismos y el juez italiano no hace los matices adecuados. Su oposición realmente va dirigida a dos tesis positivistas: las metodológicas y las ideológicas.

El aspecto central que identifica el positivismo metodológico es la búsqueda de una aproximación neutral y avalorativa del derecho. Compartimos con Zagrebelsky que esta aproximación carece hoy de fundamento razonable.

Y, por otro lado, está el positivismo ideológico que se presenta en dos versiones. “En una primera, más radical, viene a decir que el Derecho representa el criterio de lo justo (lo que manda) y de lo injusto (lo que prohíbe), de donde se deduce una obligación moral incondicionada de obediencia al derecho.” Y por otra parte, una versión más moderada que sostiene que “por el mero hecho de ser un orden regular de convivencia, garantiza ciertos valores morales como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc. (y deducen de aquí) una obligación de obediencia al Derecho.”⁴¹ En este punto, para Zagrebelsky los criterios de obediencia al derecho emanan de principios que no están alojados en el propio ordenamiento ni nacen de él.

Sin embargo, queda en pie alguna de las tesis positivistas en cuanto reflexión sobre el ordenamiento jurídico y de ellas nos valemos para defender la idea de derecho como

³⁹ Para una discusión completa del punto se recomienda ver Díaz Revorio, (1997), pp. 97 – 110.

⁴⁰ Pese a la enorme corriente que deslegitima el control constitucional por parte de los jueces resulta muy significativa la reflexión de uno de sus críticos Carlos Santiago Nino en orden a reconocer que la existencia de fundadas excepciones a la negación al principio contramayoritario le dan una legitimidad en el límite a la función constitucional de intérprete supremo de la Constitución a un órgano no democrático. Ver Nino, (2003), pp. 273-293.

⁴¹ Prieto Sanchís, (1997), p. 16.

sistema y alguno de los criterios interpretativas plenamente coherentes con la mirada constitucional planteada por Zagrebelsky y por lo tanto que impiden estar en una oposición total y radical contra el positivismo.

En la tesis de Zagrebelsky los dos grandes procesos de ruptura con el Positivismo Jurídico se traducen en la separación de los derechos respecto de la ley y la separación de la justicia respecto de la ley. Estas separaciones acontecidas durante el siglo XX constituyen parte del entramado jurídico del Estado Constitucional.

En mi apreciación, Zagrebelsky acierta y se equivoca a la vez. Acierta al desnudar las falencias que tiene el Positivismo para explicar los contenidos valorativos que fundamentan no sólo el orden constitucional sino que los modos de convivencia que resguarda. El intento de reconducir los valores materiales o superiores de un orden jurídico, en clave positivista, como hace Gregorio Peces-Barba termina por desnaturalizar los propios valores y la ética.⁴² Estos ya dejan de ser valores en sí mismos si no que importan una juridificación de ámbitos de la moral, cuestión que implica desconocer la autonomía normativa de ámbitos distintos: el Derecho y la moral, sobre la base de confundir las innegables conexiones de sentido de una con otra, en una lógica de absorción positivista.

No obstante, Zagrebelsky se equivoca al no considerar de manera compleja toda la nueva idea de derecho que está en la base del Estado Constitucional. No basta con afirmar que el positivismo “se le acusaba de haber proporcionado las premisas para la absolutización del poder del Estado”⁴³ Ni que al iusnaturalismo subjetivista, “se le podía imputar un importante pecado de orgullo al haber querido fundamentar el derecho exclusivamente sobre las capacidades humanas: primero sobre la razón abstracta y luego, en el sueño de la razón”.⁴⁴ Ni al iusnaturalismo católico por su concepción de “derecho natural, como afirmación de un orden que se presenta como justo e incontrovertible, no sería compatible con la democracia en su sentido actual, que está por el contrario, ligada a la opinabilidad y al contraste entre proyectos, esto es, a la relatividad”.⁴⁵ Todas estas afirmaciones son ciertas pero de ellas no se deduce inequívocamente una nueva idea de derecho.

Tengo la impresión que las categorías constitucionales nos ayudan a explicar el cambio jurídico, pero difícilmente resulta fundamentada una nueva idea de derecho, puesto que ésta estaría tamizada por la expresión contingente, relativa y plural del Estado Constitucional. No resulta razonable sostener el asentamiento de una nueva conceptualización jurídica sobre bases jurídicamente sólidas pero políticamente febles. Si no se aborda con una lógica de inferencia o abstracción de los poderosos argumentos que

⁴² Ver Peces-Barba, (1991) y (1995). La introducción simultánea de una explicación dualista que justifica en el plano moral y jurídico la incorporación legitimante de los valores al orden jurídico ha sido, con razón, calificado de reconducción positivista clásica. Ver Rodríguez-Toubes, (1995), pp. 134-143. “La dificultad de una fundamentación dual está en afirmar simultáneamente un origen jurídico y un origen moral para los derechos humanos si no se identifican Derecho y Moral”, tesis que no comparte Peces-Barba.

⁴³ Zagrebelsky, (1995), p. 66.

⁴⁴ Zagrebelsky, (1995), p. 66.

⁴⁵ Zagrebelsky, (1995), p. 68.

se deducen del Estado Constitucional y se asume esa línea de trabajo como superación de la dicotomía positivismo–iusnaturalismo, difícilmente dejaremos de utilizar categorías positivistas o iusnaturalistas, corregidas o clásicas, moderadas o rígidas, fuertes o débiles, etc. Sobre este tema volveremos hacia el final del trabajo.

VII. Primera Transformación: la Separación de los Derechos respecto de la Ley

La primera gran transformación del actual derecho inherente al Estado Constitucional y que rompe con la tradición positivista es la de la separación de los derechos de la ley y su reconocimiento independiente y no condicionado por el legislador. Su desarrollo es el siguiente.

La primera explicación que intentaba situar los derechos dentro de la idea del Estado de Derecho fue la formulación alemana de los Derechos Públicos Subjetivos. Aquí se expresaba una doble dimensión del Estado: 1) Como Estado-Persona, singularizado por el gobierno del rey, bajo el principio monárquico y 2) del Estado-Ordenamiento, que era el conjunto del derecho vigente encabezado por el legislador. El primero estaba sujeto a la ley y el segundo como indicaba Hobbes “estar sujeto a sí mismo no es sujeción sino libertad”.⁴⁶

De esta manera, los derechos para el legislador eran autolimitación y concesión y para el individuo no venía a ser más que “la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés”.⁴⁷ La verdadera garantía no era el derecho sino que la ley y la reserva de ley en el respeto de la cláusula libertad y propiedad. La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos reflejaba la ideología estatalista-legislativa de los derechos.⁴⁸ Perfectamente, si bien los derechos públicos subjetivos procedían teóricamente del Estado Liberal del siglo XIX, podían emplearse en un contexto favorable al dominio ilimitado del Estado sobre los derechos del individuo. Ello explica la compatibilidad del orden constitucional decimonónico con la esclavitud, tanto en el mundo anglosajón como en el ámbito de las colonias dependientes de potencias europeas, cuestión que no menciona Zagrebelsky.⁴⁹

El constitucionalismo del siglo XX es el que realiza la separación de los derechos de la ley. No obstante, ha de pasar una larga evolución de dos modelos diversos que explican la relación entre ley y derechos: el modelo francés y el norteamericano.

⁴⁶ Zagrebelsky, 1995, pp. 48 y 69.

⁴⁷ Zagrebelsky, (1995), p. 48.

⁴⁸ La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos es obra del jurista Georg Jellinek después de la evolución de la dogmática alemana en este punto. “Los derechos públicos subjetivos surgieron como decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivos, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista. Ahora bien, el pretendido carácter técnico de esta figura se vio desmentido por su estrecha vinculación a los esquemas políticos del Estado liberal de Derecho, de cuyo funcionamiento constituyó uno de los principales pilares.” Pérez Luño, (1995), p. 33.

⁴⁹ Clavero, (1997), pp.46-58.

La tradición francesa de reconocimiento de los derechos tenía a la ley como su instrumento natural de imbricación y desarrollo. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano suponía el reconocimiento de verdades fundamentales. Eran expresión de un Derecho Objetivo, propio de la razón y de la naturaleza humana, pero que no devenía directamente en un derecho subjetivo. Era la expresión del espíritu común de un pueblo y de una época pero no generaban directamente garantías ni protecciones jurídicas. En una línea similar, en un recuento de las lecciones de 1789 encontramos a Peter Haberle desmitificando el papel puramente jurídico de esta Declaración y relevando la significativa importancia de esta Declaración como proceso histórico. Así por ejemplo, destaca los principios que devienen desde 1789 como el carácter escrito de las Constituciones, el desarrollo de la libertad y la igualdad y el reconocimiento de derechos singulares. Pero también hay un recuento contra 1789 como la idea de reformas graduales, de pactos constitucionales, de función pública o de organización territorial del Estado.⁵⁰

Contra esta idea de Zagrebelsky se alza la tradición jurídica que ve en la Declaración de 1789 y, especialmente, en su famoso Artículo 16, la vinculación de los derechos fundamentales al derecho positivo. Sin embargo, cabe reafirmar la idea del autor italiano en el sentido de que esta Declaración constituyó tan sólo el Preámbulo de la Constitución de 1791 y que fue reafirmado por el catálogo de derechos del propio texto constitucional.⁵¹

La verdadera noción de derechos se traducía en la idea codificadora, que en su origen iba a ser amplia, no sólo civil, sino también administrativa. Esto es, un Código como expresión de los derechos y de todo el derecho. La idea de Código como derecho completamente nuevo que rompía con las estructuras jurídicas del absolutismo era parte constitutiva del modelo francés. La búsqueda de un único sistema positivo de normas precisas y completas se tradujo en la fuerza de la ley que era la fuerza de los derechos. Pero aquello devino en un Legicentrismo y en un giro copernicano en materia de derechos que se traducía en el control de legalidad de éstos. La Constitución verdaderamente operante era el Código Civil y los jueces tenían un servicio pasivo a la ley. Incluso, una demostración contundente de la idea de control de legalidad de los derechos era el surgimiento del recurso de casación ante los propios cuerpos legislativos como protección de la ley y no de los derechos. Resulta sintomático, aún cuando Zagrebelsky no lo menciona, que no surgieran mecanismos de control de constitucionalidad, típica expresión garantista de los contenidos sustanciales de la Constitución y, en particular, de los derechos.

En cambio, en el modelo norteamericano los derechos eran previos, originarios, independientes y protegidos frente a la ley. Los derechos eran un patrimonio subjetivo que la Constitución sólo podía reconocerlos. No hay que olvidar que nos encontramos frente a verdades autoevidentes por sí mismas.

⁵⁰ Haberle, (1998), pp. 75-81.

⁵¹ Ver Peces- Barba, Hierro, Iñiguez de Onzoño (1987), pp. 112-114.

En tal sentido, la posición de la ley era estar al servicio de los derechos. La legislación es un poder derivado o delegado, así “en el acto de delegación no hay autorización para actuar contra los derechos de los delegantes”⁵². Desde un punto de vista organizacional, “la concepción individualista de los derechos como patrimonio natural conducía a desconfiar de las asambleas omnipotentes en las que se diluyen las conciencias individuales”.⁵³ Esta dimensión abre paso a un papel muy destacado de los jueces como garantes de los derechos frente a su violación concreta. En síntesis, frente a una concepción francesa estatalista, legislativa y objetivista se opone un modelo americano preestatalista, subjetivista y jurisdiccional o como diría Fioravanti “la revolución americana tiende a combinar individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatalistas europeas de la soberanía política.”⁵⁴

Estos dos modelos, si bien, han tenido desarrollos en paralelo que los tienden a hacer cada vez más coincidentes, han construido un modelo europeo actual de derechos marcado por la ambivalencia. Así el modelo europeo no hace depender los derechos de la ley. Sin embargo, le reconoce a ésta fines autónomos en reconocimiento de potestades originarias relativas a la función política al interior de una sociedad democrática. Dicho de otra manera, el orden jurídico no son sólo derechos subjetivos y reconoce una doble dimensión de los derechos. Por un lado, los individuales como respeto a un núcleo de derechos entendidos como fortaleza o esfera íntima o privativa. Pero, por otro lado, reconoce derechos políticos que están en la base de las definiciones de la democracia y de la participación en el Estado.

En una segunda dimensión, avanza respecto del modelo francés en reconocer al juez una labor relevante en la actualización y protección del patrimonio subjetivo de derechos.

De esta manera, el Estado Constitucional, en términos institucionales, está en búsqueda de una síntesis que reequilibre la relación entre derechos y ley y, en último término, en el poder de actuación, delimitación y sentido de las tareas del legislador y de los jueces.

En este apartado, llama la atención la omisión de Zagrebelsky a un conjunto de derechos económico-sociales que modifican sensiblemente no sólo el estatuto jurídico de los propios derechos,⁵⁵ sino que la posición que ocupan respecto de ellos los legisladores, los jueces y, sobre todo, la Administración del Estado. Esta cuestión es crucial para verificar los alcances del modelo de derecho del Estado Constitucional. Asimismo, Zagrebelsky sostiene la mantención de poderes originarios en el Estado argumentándolos en función de la democracia. Sin embargo, jurídicamente se refiere a derechos políticos y de participación que es una de las maneras que, a través de los derechos, se reconoce legitimidad a un orden jurídico. Puede perfectamente existir separación de poderes en un contexto autocrático. Sin embargo, los derechos están en la base de la construcción de un modelo democrático y, por ende, no se ve razón

⁵² Zagrebelsky (1995), pp. 55-56.

⁵³ Zagrebelsky, (1995), p. 57.

⁵⁴ Fioravanti, (1996), p. 77.

⁵⁵ Ver Prieto Sanchís (1994), pp. 65-93.

para que Zagrebelsky apele a fundamentos o potestades extraordinarias en un orden democrático que no se refieran a derechos. No sólo los derechos políticos se confunden con la democracia sino que ésta es imposible de entender sin referencia a derechos. De esta manera, las potestades originarias reclamadas por Zagrebelsky pueden referirse a la mantención de poderes excepcionales o cuestiones políticas no justiciables como en el modelo americano. Pero aquellos argumentos rozan o se refieren simplemente a la Razón de Estado.

VIII. Segunda Transformación: Separación de la Justicia respecto de la Ley

Así como la noción jurídica de derechos –ya separada de la ley– es problemática para explicar el reconocimiento de nuevas necesidades sociales que no son típicamente derechos subjetivos y que mirado desde los deberes adquieren mejor explicación; es indudable que tales deberes se corresponden con un horizonte de sentido más global para entender este cambio profundo. A aquello Zagrebelsky le denomina cambio en el orden objetivo. Tal mutación se ha de traducir en el desarrollo conceptual de categorías jurídicas que se recompongan en un nuevo orden objetivo en donde el Estado tiene un papel central.

En tal sentido, el reduccionismo de la justicia a la ley ya carece de sentido en una democracia pluralista. La antigua noción de que la justicia era lo que la ley definía como tal se correspondía con una sociedad política donde la hegemonía la detentaba y ostentaba una sola clase. Las críticas a tal visión aparecían como exigencias éticas o prejuídicas. Sin embargo, en un contexto plural el Estado Constitucional ha ampliado sus bases consensuales al incorporar una dimensión de justicia material no unívoca existente en la sociedad.

De esta manera, nos enfrentamos a un nuevo Estado. Uno que se convierte en garante de la existencia de condiciones objetivas de un orden estructural, sea en el ámbito económico, político, social o ambiental. En tal sentido, “es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”.⁵⁶ Este cambio, tiene un relevante impacto en el ámbito de la concepción de los derechos. “De los derechos orientados a la justicia se destaca generalmente su función individual y de este modo no resulta clara la distancia que los separa de los derechos orientados a la libertad. Debería en cambio subrayarse su carácter distintivo: el estar, por así decirlo, a medio camino entre el interés individual y el general. No constituyen, en efecto, sólo un medio de protección del primero, sino también una forma de promocionar un orden general justo mediante el estímulo de energías individuales”.⁵⁷

⁵⁶ Zagrebelsky, (1995), p. 94.

⁵⁷ Zagrebelsky, (1995), p. 94.

Frente a la posible dimensión holista de esta propuesta, basada en un nuevo orden objetivo más cercano a deberes y responsabilidades, Zagrebelsky sostiene que “el Estado portador de una ética totalitaria 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 históricoconcreto”.⁵⁸

Esta confrontación supone la constitucionalización de principios de justicia. Este fenómeno tiene diversas virtualidades y virtudes. Así los principios de justicia vienen a constituirse en *oposición a la fuerza disgregadora de los derechos individuales*. El énfasis en los derechos individuales es la respuesta constitucional al exceso de estructuración social; el énfasis en la justicia lo es al desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los (derechos de los) más fuertes sobre (los derechos de los) más débiles, tal y como afirma la paradoja de la libertad, es decir, la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión”.⁵⁹

Asimismo, la constitucionalización de principios de justicia supone la *recuperación por parte del Estado de competencias políticas reguladoras de la economía*. El Estado es un instrumento de protección frente a un orden espontáneo inequitativo, superando las visiones abstencionistas o subsidiarias de su función y configurándose como “Estado social de derecho”. Es en esta dimensión en donde se expresa la doble caracterización de la regulación constitucional de lo económico “constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa y valoración por el Estado de exigencias de justicia, sea como protección de derechos de justicia, sea como afirmación inmediata de necesidades objetivas de alcance general”.⁶⁰ En nuestro dilema cotidiano algunos fallos del Tribunal Constitucional, en particular, el caso de la inconstitucionalidad de algunas normas reguladoras de las Instituciones de Salud Provisional se inscribe dentro de esta dinámica.⁶¹

La constitucionalización de principios de justicia también da cuenta del *cambio de relación entre el hombre y el medio ambiente*. Por vez primera la naturaleza ha perdido sus capacidades palingenésicas por sí misma. De esta manera, el derecho debe poner un coto a la espontaneidad del ejercicio de los derechos frente a la naturaleza. Este fin al caos supone que los deberes y responsabilidades se reconstituyen en un nuevo cosmos: el ecosistema y su protección y garantía como bien jurídico en sí mismo.

La constitucionalización de principios de justicia también se ha de traducir en una visión que exprese la *desconfianza del hombre frente al hombre*. Las teorías acrílicas de derechos están permanentemente fundadas en una visión antropológica únicamente positiva, olvidando la antropología negativa del tipo hobbesiana y en todos sus desarro-

⁵⁸ Zagrebelsky, (1995), p. 95.

⁵⁹ Zagrebelsky, (1995), p. 98.

⁶⁰ Zagrebelsky, (1995), p. 102.

⁶¹ Ver STC Rol 1710 del Tribunal Constitucional de Chile que declaró que los contratos de salud se rigen como normas de orden público, por tratarse de derechos constitucionales, respecto de los cuales no existía la adecuada remisión legal para su regulación por normas reglamentarias de la Superintendencia de Salud.

llos. El constitucionalismo exige una visión del hombre para parar la noción excesiva de derechos y de la muerte en nombre de derechos. Esta dimensión antropológica unilateral también ha sido la base para criticar algunas teorías de gran significación actual como la idea de un cosmopolitismo como estrategia universal, con base ética en el reconocimiento de los derechos humanos, con las convicciones asentadas en la democracia y con la perspectiva creciente de cooperación en los mercados. Las tesis democráticas que atenuaban la dimensión hegemónica de esta tendencia ponían énfasis en realizar una política de “deliberación democrática” (HABERMAS, 1998, pp. 363-405) o de “razón pública” y de “ideal de la ciudadanía democrática”. (RAWLS, 1996, pp. 251-255). Pues bien la crítica de Mouffé ha acentuado esta dinámica que, para el ámbito de la política nacional o internacional, ha descuidado en exceso una dimensión antropológica antagónica. (MOUFFE, 2009, pp. 21-26).

En este último punto, Zagrebelsky no logra deslindar con precisión los efectos de una imagen del hombre como contacto de una cultura con el derecho, en función de exigencias precisas para el orden jurídico nuevo. Es evidente y plausible encontrar ejemplos de horror provenientes de un exceso de racionalización subjetivista como de apelación a órdenes de valores objetivos o de representación simbólica (patria, nación, partido, clase, raza, etc.). Sin embargo, la dimensión de límite de los derechos de los más fuertes frente a los derechos de los más débiles ya no se resuelve con el respeto al derecho ajeno, puesto que está claro que es el más fuerte el que fija las fronteras del ejercicio del otro. De esta manera, la dimensión de justicia en la perspectiva del hombre contra el hombre puede reconducirse a los debates sobre la justicia y el poder en una sociedad. No obstante, ello no debiera traducirse en un reemplazo o eclipsamiento de la noción de derechos, sino que en una adecuada ponderación de la dimensión antropológica negativa traducida en deberes. “Queda así un espacio constitucional libre de vínculos jurídicos, pero no de valores normativos, que al juez corresponde ponderar, y que no puede reducirse a un positivismo legalista que deja contenidos constitucionales en el limbo en tanto los atiende el legislador, pero que tampoco puede reducirse al puro subjetivismo judicial que deja inactuados los valores y principios constitucionales.”⁶²

Esta es la manera en que se produce la separación conceptual u ontológica de la justicia respecto de la ley. Sin embargo, existe una dimensión estructural, operativa u organizacional de esta separación y la de los derechos respecto de la ley, que es la que finalmente abordaremos.

IX. El Derecho por Principios y el Ascenso de los Jueces

El nuevo derecho inherente al Estado Constitucional es el “Derecho por Principios”. Esto exige explicar que una norma, como mandato genérico puede ser de muy diversa naturaleza. Puede contener reglas propiamente tales o principios. Los principios des-

⁶² Criado de Diego y De Cabo de la Vega, (2004), p. 455.

empeñan un papel propiamente constitucional, en el sentido de ser constitutivo del orden jurídico. Las reglas constitucionales, por el contrario, son leyes reforzadas con quórum y que se agotan en sí mismas.

Para Zagrebelsky las reglas traerían aparejados métodos de interpretación jurídica y los principios están libres de esas metodologías. Este criterio es completamente discutible. Por un lado, existen métodos tópicos que sobresalen en la dimensión constitucional y principialista del derecho. Es así como los principios de corrección funcional o de concordancia práctica son algunas de esas manifestaciones específicas de interpretación de principios constitucionales. Sin embargo, en ello no existe una diferencia con las reglas que estarían más vinculados a los métodos tradicionales de interpretación, como el literal, el lógico o el histórico, por mencionar algunos de ellos. No obstante, sí subsiste una diferencia práctica significativa. Cuando nos encontramos con principios de por medio y las materias son constitucionales, la perspectiva de no estar atados por la jurisprudencia anterior o por precedentes –sean o no en perspectiva del *stare decisis* anglosajón o de satisfacción del principio de igualdad en el ámbito continental– es muy superior a los conflictos de reglas.⁶³ En eso sí que hay diferencias más que en la libertad interpretativa desvinculada de metodologías.

En cambio, en los principios hay que atender más a su ethos que a su literalidad. Las reglas se obedecen y a los principios se adhiere. Las reglas mandan, prohíben o permiten, en cambio, los principios nos proporcionan criterios para tomar posición, puesto que carecen de supuestos de hecho al cual ser aplicados. Sólo adquieren significado al reaccionar frente a un caso concreto. En una colisión de reglas una ha de prevalecer necesariamente y en una aparente colisión de principios se ha de juzgar de manera que ambas principios subsistan y no se excluyan de la solución.

Sirva esta explicación inicial para determinar los alcances y el tipo de nuevo derecho que está inmanente a las concepciones constitucionales. Las Constituciones son entendidas como una síntesis histórica de múltiples influencias para juzgar el derecho válido y no como una expresión lineal, progresiva y unívoca del derecho, como se extrae del positivismo. Estas influencias plurales son las que hay que reconstituir y pensarlas de nuevo.

En esta línea, en las Constituciones se reflejan mayoritariamente el núcleo de principios del derecho y las leyes son una clásica expresión de reglas. Los principios siempre han existido en el derecho y para el positivismo tenían una función accesoria. “Los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”.⁶⁴ Sin embargo, para Zagrebelsky esto demostraría la contradicción de asignar a las normas de mayor densidad de contenido –los principios– un papel menor en relación a las normas de menor densidad –las

⁶³ Beltrán de Felipe y González García, (2005), pp. 32, 33.

⁶⁴ Zagrebelsky, (1995), p. 117.

reglas. Volveré más adelante sobre este punto porque parece un aspecto relevante en la tesis de Zagrebelsky pero desafortunado en mi parecer.

Avanzando en la posición de este autor, la consecuencia de sostener el derecho por principios es vasta para muchos campos del derecho pero, sobre todo, para la jurisdicción. Al establecer los principios constitucionales un nexo privilegiado con las valoraciones políticas de una sociedad, la posibilidad de tener un derecho no contaminado por criterios extrajurídicos o avalorativos carece de toda realidad. De esta manera, los principios, al desvincularse de su “antiguo desarrollo legal”, se confrontan desde una posición eminente o constitucional para hacer una tarea de concordancia y no contradicción con las reglas. Y esta función recae, de manera significativa, en la jurisdicción y ha modificado las formas de interpretación. Por tal razón, algunos hablan de “administración judicial del derecho de naturaleza y se ha observado que la interpretación de la Constitución adquiere cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho, pues sus procedimientos, no obstante estar vinculados al derecho vigente, no pueden desenvolverse en el universo cerrado de las reglas jurídicas.”⁶⁵

La dimensión del derecho ha cambiado radicalmente y el constitucionalismo es expresión señera de tal mutación. Zagrebelsky asume un tipo de transformación que está marcada por el antiformalismo metodológico. Su concepción abierta, plural, “dúctil o comprehensiva” del derecho se corresponde con una idea de derecho abierto o dinámico. La racionalidad del derecho por principios viene dada por estos y desde fuera del sistema jurídico. Son las valoraciones que están en la base de legitimación del sistema constitucional las que le otorgan unidad al ordenamiento jurídico. Ya no es la ley como dato homogéneo, sino que la Constitución como factor unificador de la heterogeneidad política y social. Aquello supone un método dominado por la razón práctica en oposición a las metodologías lógico-deductivas. Una explicación más aguda de este aserto y que demuestra plenamente la vinculación del raciocinio jurídico con el moral y el político es el siguiente párrafo de Zagrebelsky: “resulta aquí oportuna la contraposición, cuyo profundo significado originario ya no se percibe hoy, entre *scientia juris* y *juris prudentia*, la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos *episteme* frente a *prhonesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo o nada, el que preside las segundas es una progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo”.⁶⁶ Así en cuanto a la calificación práctica, la tarea que se impone en la práctica interpretativa no es la de buscar la solución correcta bajo parámetros científicos, no es una tarea de conocimiento, sino que es una función de decisión y de valoración. No es descubrir, sino que es optar, algo que es propio de los contextos pluralistas.

⁶⁵ Zagrebelsky, (1995), p. 116.

⁶⁶ Zagrebelsky, (1995), p. 123.

Bajo este prisma el derecho por principios y la pluralidad de su composición harían imposible reconstituir un modelo lógico-deductivo, científico y formal del derecho. Una suerte de positivismo de principios carece de sentido por la realidad plural y abierta de derecho a la cual se adscriben. Ello supondría cerrar el sistema jurídico, establecer prevalencia de principios y excluir de la solución a alguno de éstos en caso de conflictos entre principios. Ello constituye una regresión social y valórica inaceptable para el constitucionalismo.

Zagrebelsky concluye estableciendo algunas orientaciones de cómo disponer jurídicamente para que los principios se asienten dogmáticamente. Así, reglas como la optimización radical de todos los principios; la búsqueda de un método persuasivo y discursivo como procedimiento de realización de los principios; desarrollo institucional de la prudencia en el derecho, etc. complementan esta visión antiformalista del derecho por parte del catedrático de Turín. Es el triunfo de la ponderación por sobre criterios preestablecidos de jerarquías de contenidos. Citando a Perelman, Zagrebelsky sostiene que “el conjunto de los principios constitucionales debería 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”.⁶⁷

Esta nueva definición dogmática supone un ascenso en la posición de los jueces, respecto de la que tenían en el positivismo decimonónico y como la mantienen por inercia del mismo en muchos ordenamientos. Sin embargo, la nueva posición de los jueces no es la de reemplazo del legislador omnipotente, sino que es la de ser “garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.⁶⁸

Quizás uno de los más potentes aportes de Zagrebelsky reside justamente en este punto de la defensa de un orden constitucional dinámico por los principios. No se trata de sustituir la esfera democrática del legislador por la argumentación racional del juez. Se trata de funciones diferentes. La dirección democrática de los asuntos de un país reside en aquellos a los cuales se les ha otorgado ese poder por mandato de las urnas. Sin embargo, la Constitución no va a las urnas ni se somete al escrutinio democrático circunstancial. Más bien todo lo contrario. Todos los días es sometida a examen puesto que las soluciones de justicia que una sociedad demanda pasan en buena medida por dilemas constitucionales. Para ello hay que mantener una estructura de poderes, de prerrogativas, atribuciones y mandatos que modelan el complejo Estado Constitucional del siglo XXI. Ese Estado y esos derechos fundamentales son los que el juez constitucional concilia en un equilibrio ponderativo. En nuestro país esa función se puede denominar “defensa de la Constitución” o la función de “ser garantes de la institucionalidad” que a todos los poderes públicos les compete.⁶⁹

⁶⁷ Zagrebelsky, (1995), p. 124.

⁶⁸ Zagrebelsky, (1995), p. 153.

⁶⁹ Artículo 6° de la Constitución Política de la República.

Esto nos viene a recordar que no se puede mirar el orden constitucional como un orden estático en donde hay que cautelar la estructura fija y preestablecida de la separación de poderes o del dibujo institucional inscrito en el programa normativo inicial de la Constitución. A veces, desde ahí, se critica el supuesto activismo judicial cuando realmente hay o debería haber activismo en todos los actores institucionales del sistema, incluyendo, a los propios ciudadanos. De esta manera, la estructura de poderes cambia y se producen determinados desequilibrios a los cuáles hay que atender. Eso también exige activismo de la minoría política, de las fuerzas sociales y de la dimensión jurisdiccional. Esto no lo recuerda el propio Bruce Ackerman quién busca el reconocimiento de un “poder supervisor de la integridad burocrática”⁷⁰ y que muchas veces se construye a partir de nuevas reglas e instituciones democráticas como, por ejemplo, la introducción del principio de probidad, de transparencia y de acceso a la información pública. Ellos alteran el equilibrio y hay nuevas herramientas en la dimensión de la defensa del orden constitucional.

Bajo esta posición se abandona la lógica de jueces como meros aplicadores de la ley y sin autonomía interpretativa al margen de los criterios legales de la misma. Zagrebelsky demuestra la influencia para la comprensión del derecho de la búsqueda de una vía interpretativa que pondere equilibradamente el caso y la norma, que se aleje de la abstracción y del casuismo y que refleje los principios constitucionales en lo que correspondan y cuando correspondan. En tal sentido, nos encontramos frente a un declinar de los modelos de interpretación que nos lleven a las soluciones “correctas”. El problema de estos modelos no son ellos en sí mismos, sino que son en cuanto técnicas jurídicas útiles y aplicables a los casos. El problema es que éstas son herramientas al servicio de soluciones jurisprudenciales preestablecidas. De esta manera, no pueden cerrar el arbitrio judicial. Incluso abren más alternativas al arbitrio judicial. El problema está en el arbitrio y no en las técnicas interpretativas. Y este problema es una expresión de una cuestión más profunda, relativo al pluralismo social divergente y propio de las democracias. Ello no implica tolerar arbitrariedad, es posible reducirla pero lo que se mantendrá relativamente inalterado es el pluralismo en el cual se sostiene.

X. Colofón

El valor de un autor reside en la cantidad y calidad de las preguntas que abre más que en la cantidad de respuestas satisfactorias que nos da de ellas. Zagrebelsky permite ejercicios intelectuales vigorosos, vigentes y sugerentes. Es más, abrió caminos, puesto que gran parte de las afirmaciones sostenidas esencialmente en su magnífico texto de *El Derecho Dúctil* en la década del noventa han arrastrado años de discusión. En cierta medida, Zagrebelsky es precursor del neoconstitucionalismo y éste ha llevado aún más lejos sus debates. Por lo mismo, en cierta medida es ahistórica

⁷⁰ Ackerman, (2007), pp. 83-86.

Hoy día se puede sostener, por ejemplo, que Zagrebelsky hace una asimilación gruesa de derechos por principios a Constitución y de reglas a la ley, en circunstancias que ello hoy no se corresponde con exactitud a la realidad y tiene un conjunto significativo de problemas. Puede llevar a desconocer el valor de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable. Asimismo, desconocería la existencia de principios estructurales alojados en el ordenamiento legal que tienen un alcance general como es el ejemplo del principio de buena fe, válido como ejemplo para España como para Chile. Asimismo, la descripción de un sinnúmero de reglas dentro de la Constitución conspiran con una tesis poco fina al respecto. Asimismo, los principios son de muy diversa entidad y podemos tener una visión reductora de los principios consagrando, por ejemplo, la libertad y la justicia como se argumentó en el Capítulo IV del presente libro o pueden ser principios que irrumpen a los aspectos operativos y organizacionales del modelo democrático, por ejemplo, independencia judicial, tecnificación de la Administración, etc. al punto de que los principios no tengan la misma fuerza ordenadora y unificadora. Tampoco parece acertado alegar que los principios tienen una función accesoria a las reglas, medido por los criterios de interpretación. Esto parece negar dos cosas. Primero, que muchas reglas constituyen un desarrollo específico de principios o traducción contingente de los mismos y, por ende, la función accesoria de interpretación puede entenderse como conformidad constitucional y lealtad de salvaguarda de tales principios, cuestión nada despreciable sobre todo en contextos de control de constitucionalidad a posteriori. En segundo lugar, que los principios, por su amplitud y pluralidad, tienen muchas “formas” de expresión diversa y constituyen el horizonte de sentido de las reglas. En tal sentido están en la periferia del sistema, lo cual no le resta moralidad ni fuerza a su condición jurídica. Ésta usualmente se manifiesta cuando aparecen flagrantemente violados y allí reluce el núcleo del principio, pero que no será más que la repulsa de sentido común de los principios frente al crimen o al horror. Sin embargo, el derecho por principios y el constitucionalismo abarcan muchos más aspectos que los críticos. Hasta aquí me parece que la relación entre principios y reglas debe matizarse en sede constitucional, cuestión que probablemente no afecte sustantivamente a la tesis de Zagrebelsky.

Finalmente, la otra reflexión es sobre los jueces y la democracia. Parece muy poco desarrollado este tema y es el eje de discusiones muy actuales que el propio Zagrebelsky ha compilado y ha sido traducido recientemente.⁷¹ Es evidente que nos encontramos frente a un nuevo ascenso de los jueces, necesario, pero que ha de ser prudente. Si bien no reemplaza al legislador omnipotente, puede hacer algo más complejo y dudosamente democrático que es reemplazar las opiniones políticas del legislador.⁷² Pese a aquello la reafirmación institucional de la democracia supone que en los contextos de control de constitucionalidad el juez, ya no sólo tiene más calidad democrática en sus designaciones, sino que será prudente para tratar políticamente de los principios.

⁷¹ Zagrebelsky (2014), pp. 161 – 173.

⁷² Muy interesante es la reflexión sugerida por Posner, (2011), especialmente pp. 31-140.

XI. Referencias bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce (2007): *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, Primera edición en español.
- ALEXY, Robert (1997): *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (1994): “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades*, 2, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid.
- BAUMAN, Zygmunt (2007): *Tiempos líquidos*, Editorial Tusquets, Barcelona.
- BELTRA DE FELIPE Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio (2005): *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid.
- BERGALLI, Roberto y RESTA, Eligio (1996): *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Paidós, Oñate, Barcelona, Primera Edición.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007): “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo” en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, Madrid.
- CLAVERO, Bartolomé (1997): *Happy Constitution*, Trotta, Madrid.
- CRIADO DE DIEGO, Marcos y DE CABO DE LA VEGA, Antonio (2004): “A vueltas con la rama menos peligrosa: la actualidad constitucional en Estados Unidos 2003”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N° 14, Madrid.
- DE ASIS, Rafael (1999): *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén, Dykinson, Madrid.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier (1997): *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FIORAVANTI, Mauricio (1996): *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, 1996.
- GARCÍA PINO, Gonzalo (2004): *La reserva legal de derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?*, con la colaboración de Pablo Contreras, Colección de Investigaciones Jurídicas N° 5, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.
- GASCÓN, Marina (1995), en ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid.
- GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim (1999): *Direito Constitucional e Teoria da Constituicao*, Almedina, Tercera Edición, Coimbra, Portugal, 1999.
- HABERLE, Peter (2007): *El Estado Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

- HABERLE, Peter (1998): Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Trotta, Madrid.
- HABERMAS, Jurgen (1998): Facticidad y validez, Trotta, Madrid.
- MATEUCCI, Nicola (1998): Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno, Editorial Trotta, Madrid.
- MOUFFE, Chantal (2009): En torno a lo político, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Primera reimpresión.
- NINO, Carlos Santiago (1989): Ética y Derechos Humanos, Ariel, Barcelona, 1ª Edición.
- NINO, Carlos Santiago (2003): La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, Primera reimpresión.
- PECES-BARBA, Gregorio, HIERRO, Liborio, IÑIGUEZ DE ONZOÑO, Santiago y LLAMAS, Ángel (1987):, Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Editorial Debate, Madrid.
- PECES-BARBA, Gregorio (1995): Ética, Poder y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 54, Madrid.
- PECES-BARBA, Gregorio (1991): Curso de Derechos Fundamentales, Eudema, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, Antonio (1995): Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, 5ª Edición, Madrid.
- POSNER, RICHARD (2011): Cómo deciden los jueces, Marcial Pons, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1994): Estudios sobre derechos fundamentales, Primera reimpresión, Debate, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1997): Constitucionalismo y positivismo, Fontamara, México.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): Ley, principios, derechos, Cuaderno Bartolomé de las Casas N° 7, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, Madrid.
- RAWLS, John (1996): Liberalismo político, Crítica, Barcelona.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992), Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Espasa, Madrid.
- RODRÍGUEZ-TOUBES, Joaquín (1995): La Razón de los Derechos, Tecnos, Madrid, 1995
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1993): La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991): Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1ª Reimpresión.
- VALENCIA AVARIA, Luis (1951): Anales de la República, Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, (1995): El Derecho dúctil, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2007): “Jueces Constitucionales” en Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política, Traducción de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (2014): La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional. , Traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid.