

La ley y el legislador ¹

Por ROBERTO L. BLANCO VALDÉS

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Santiago de Compostela

El profesor Rubio Llorente nos ha pedido que en este momento del debate nos refiramos a los aspectos descriptivos de la obra del profesor Zagrebelsky con los que existan discrepancias o que susciten entre nosotros la conveniencia de algún tipo de comentario o la necesidad de alguna precisión.

En tal sentido yo quisiera comenzar recordando la intervención del profesor Francisco Laporta con la que me parece que ayer cerrábamos nuestro debate vespertino. Destacaba Paco la, a su juicio, cierta minusvaloración del legislador democrático que en algunos pasajes de la obra cuyo comentario nos ha reunido aquí puede observarse. Creo, efectivamente, que el libro de Gustavo Zagrebelsky está recorrido todo él por una apreciable desconfianza hacia el legislador democrático, de la que podría ser una buena muestra el párrafo en el que el autor justifica su afirmación, que a algunos parecerá sorprendente, de que la ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad sino instrumento y causa de inestabilidad: «La amplia “contractualización” de la ley afirma en el segundo capítulo de su obra, da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida cada vez con más frecuencia, por cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante sistemas de *do ut des*. La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del pro-

¹ Este texto constituye una reconstrucción, realizada a partir de mis propias notas, de mi intervención oral en el debate celebrado en la Facultad de Derecho de Albacete con motivo de la presentación de la obra del profesor GUSTAVO ZAGREBELSKY.

ducto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extiende a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras, y sobre todo expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo– todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles»².

Más allá de la eventual certeza de esta descripción, creo que la dureza de la misma probablemente guarda alguna relación con la agudísima crisis del sistema político italiano y con el papel, digamos poco edificante, que en esa crisis han jugado algunas instituciones del Estado, entre las cuales habría que incluir también al propio Parlamento de la República. Pero al margen de estos elementos de explicación coyuntural, no parece incorrecto afirmar que el juicio –el profesor Zagrebelsky me permitirá que afirme que se trata de un juicio *prescriptivo*– de nuestro colega italiano se realiza a la vista de una determinada interpretación de los acontecimientos históricos o, si ustedes lo prefieren, por mantenerme en las indicaciones del profesor Rubio, de una cierta descripción de esos acontecimientos. Y es éste justamente el aspecto que querría subrayar en mi intervención.

El profesor Zagrebelsky parte de un hecho, cuya significación nadie podrá relativizar: la importancia que ha tenido la introducción del principio político del control de la constitucionalidad en la configuración del que él mismo llama «Estado constitucional»: «Las Constituciones contemporáneas –afirma nuestro colega italiano al referirse a la función unificadora de la Constitución y a la significación del principio de constitucionalidad– intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico –Zagrebelsky se refiere a la «tecnificación» y «mecanización» del derecho– mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido». Es justamente al servicio de esta necesidad como se produciría –según Zagrebelsky– el surgimiento del denominado por él, como antes señalaba, principio de constitucionalidad. Para decirlo de nuevo con sus propias palabras, «la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí

² Cursivas y entrecomillados en el original.

misma, unida y pacífica. En la nueva situación –concluye nuestro colega– el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad».

Creo que ésta es, en efecto, una cuestión nuclear, no sólo desde la perspectiva histórica del funcionamiento de los diferentes Estados constitucionales, sino incluso desde el punto de vista de la teoría general de la Constitución, es decir, desde una óptica teórico-dogmática. Pedro Cruz Villalón ha subrayado entre nosotros –en su magnífica obra sobre *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, entre 1928 y 1939– y con una claridad a mi juicio inigualable, la profunda significación que ha tenido el paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y la sustitución, que se produce de forma paralela e inescindible, de un sistema de garantía «política», por un sistema de garantía «jurisdiccional». Y ello hasta el punto de que –según sus propias palabras– «aunque la *idea* de la primacía de la Constitución ha sido inseparable, desde su origen, del concepto mismo de Constitución, sólo ha alcanzado a ser un “específico concepto dogmático” cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a aquélla»³.

Yo mismo he tenido ocasión de referirme de forma pormenorizada, muy recientemente –en mi libro sobre *El valor de la Constitución*– al proceso histórico complejo que acabará conduciendo al profundo contraste existente entre la experiencia norteamericana, en la que la Constitución se configura desde los momentos inmediatamente posteriores al nacimiento del Estado constitucional, como una norma jurídica indisponible para el legislador, y la experiencia europea continental –perfectamente simbolizada en la Revolución francesa– en la que, por el contrario, la Constitución se acaba considerando como un mero documento político, desprovisto de los elementos de garantía de una auténtica norma jurídica, y, por lo tanto, del que el legislador puede disponer con entera libertad y sin ningún tipo de limitación *jurídica*. Y ello pese a que, tanto en uno como en otro caso, la Constitución fuera concebida por los respectivos constituyentes como una norma «diferente» y «superior» por el hecho de proceder del poder constituyente. Es suficiente, a tal efecto, con consultar las reflexiones al respecto de Alexander Hamilton en *El Federalista*, para el caso americano, y de Emmanuel Sieyès, en su celeberrimo discurso sobre el veto real, para el caso francés, para comprobar hasta dónde algunos de los puntos de partida de los revolucionarios –pese haber dado lugar a consecuencias muy distintas por las razones que en mi libro he intentado explicar– eran realmente similares.

Y es que, como con notable precisión ha apuntado Javier Pérez Royo en su interesantísimo estudio sobre *Las fuentes del derecho*, la experiencia constitucional europea comparada –de la que la española no se separa ni un ápice en esta materia– demuestra que todo aquello en lo que el Par-

³ Cursivas y entrecomillados en el original.

lamento y el Rey estuviesen de acuerdo era automáticamente ley sin que se pudiese establecer limitación o elemento de control externo alguno: «Para la tradición constitucional española –recuerdo textualmente las palabras de Pérez Royo– que es básicamente la tradición monárquico-constitucional, ejemplificada por las Constituciones de 1845 y 1876, que cubren la casi totalidad de la historia constitucional de nuestro país previa al régimen del general Franco, la Constitución no era norma jurídica, documento jurídico, sino un documento político consistente casi exclusivamente en la institucionalización de los agentes básicos del proceso político: el Rey y las Cortes. Todo aquello en que estuvieran de acuerdo ambos agentes era jurídicamente legítimo, no existiendo límite jurídico alguno para su actuación conjunta. La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes que ella misma organizaba, sino que la Constitución eran el Rey y las Cortes, la Constitución estaba permanentemente a disposición de estos dos órganos del Estado, titulares conjuntamente del poder legislativo.»

La constatación de la decisiva importancia del «principio de constitucionalidad» en el funcionamiento del conjunto del sistema jurídico lleva al profesor Zagrebelsky a concluir –conclusión que se configura como uno de los puntos centrales de su construcción en el espléndido libro que comentamos en estas jornadas– que en el Estado constitucional los derechos han adquirido un fundamento distinto de la ley. Nuestro colega lo plantea, con extraordinaria claridad y yo aun diría que con notable radicalidad, casi al principio de su obra, a partir de una «recreación», si me permitís la expresión, de la distinción de Thomas Hobbes entre *lex* y *ius*, distinción que en la actualidad dejaría de ser, según Zagrebelsky, exclusivamente una precisión conceptual: «Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizás aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como “patrimonio jurídico” de sus titulares, independientemente de la ley.»

Y retoma la cuestión en el último de los capítulos del libro, referido a «Los jueces y el derecho», en el que, como una de las conclusiones básicas de su recorrido intelectual, Gustavo Zagrebelsky plantea que el puesto del legislador en el Estado constitucional ha cambiado como consecuencia, entre otros fenómenos, de la importancia creciente del papel del juez, de un juez protagonista de la defensa de unos derechos amparados no en la ley, sino directamente en la Constitución: «La unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores

del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos, la justicia. Habíamos comenzado nuestro recorrido en una época constitucional muy distinta, cuando el señor del derecho era el legislador y esos elementos que componen el derecho se encontraban todos reunidos en él, en la ley. La transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado este cambio de mano, ciertamente al margen de las intenciones y de las previsiones de los autores de las Constituciones actuales.»

Esta conclusión, que en su formulación más general parece difícilmente discutible, lleva, a mi juicio, implícita una doble afirmación, que sí podría resultar quizás, sin embargo, objeto de debate: de un lado, la de que en el moderno Estado constitucional los derechos no se fundamentan en la ley; y de otro lado, la de que durante el período de vigencia del, digamos, Estado liberal, los derechos sí se habrían fundamentado en la ley, cambio éste que, supuestamente, simbolizaría la gran transformación que se ha producido con el tránsito del Estado liberal al constitucional. Mi posición es la de que ambas afirmaciones podrían ser matizadas. Y podrían serlo, a mi juicio, a partir sobre todo del análisis histórico de la evolución político-constitucional de la mayoría de los Estados europeos. En todo caso, a partir, desde luego, de la experiencia constitucional española.

La contemplación de tal evolución nos permite afirmar, en primer lugar, que los derechos se fundamentan en la actualidad, en los modernos Estados constitucionales, en la ley, como nunca se habían fundamentado en la misma en el pasado. Y ello, podría decirse, tanto desde un punto de vista cuantitativo, como cualitativo. Los poderes públicos, y entre ellos, el poder legislativo, llegan hoy a penetrar en los más remotos intersticios de la vida económica o social y esa penetración se produce en gran medida de la mano de la ley, que tiene un protagonismo en la vida del Estado y de la sociedad que creo no es exagerado afirmar que nunca había tenido. Es cierto, y con ello volvemos a la tesis de Gustavo Zagrebelsky, que esa acción del legislador se produce dentro de los límites de la Constitución, pero no lo es menos que el margen de autonomía del legislador es –y así debe serlo, a mi juicio– amplísimo, de forma tal que el control de constitucionalidad de la ley se configura como un límite exclusivamente de carácter jurídico, dentro del cual caben múltiples opciones desde el punto de vista político, en las que el controlador de la constitucionalidad no puede ni debe entrar «La interpretación “mejor” de la Constitución –ha escrito recientemente Javier Pérez Royo en su excelente *Curso de Derecho Constitucional*– es, por hipótesis, la que hace el legislador. El criterio de interpretación mejor o peor es un criterio exclusivamente político. Es la sociedad a través de sus representantes la que decide cual es la mejor interpretación de la Constitución. Y porque considera que es la mejor, es por lo que la sociedad elige una determinada mayoría parlamentaria y ésta aprueba las normas que considera adecuadas a las preferencias políticas manifestadas por los ciudadanos en las urnas».

Si traigo aquí a colación estas reflexiones de nuestro colega sevillano es porque creo que de una forma sintética, pero extraordinariamente clara, las mismas ponen de relieve cuáles son los límites al «principio de constitucionalidad», tal y como lo describe en su obra Gustavo Zagrebelsky, y, también, cuáles son los límites a los cambios que la introducción de tal principio en el sistema jurídico pueden producir en su interior. Es cierto que el legislador ya no podrá hacer todo lo que quiera –como sucedía durante el período de vigencia del Estado liberal, siempre que para ello contara con la anuencia del Rey titular de la facultad de sancionar y siempre que el legislador «existiera» físicamente, lo que sólo solía suceder de forma excepcional, como expondré de inmediato–, pero no lo es menos que su margen de maniobra sigue siendo –y así tiene que suceder en democracia– muy amplio, lo que le convierte en pieza esencial del sistema jurídico. Por expresarlo de nuevo con las palabras de Pérez Royo, «la Constitución opera *como un límite* para la interpretación constitucional y tiene, por tanto, que ser interpretada en cuanto tal. La interpretación efectuada por el legislador no tiene por qué ser la mejor desde una perspectiva racional. El Tribunal Constitucional puede considerar que no es la mejor, ni la que mejor responde a la letra y al espíritu de la Constitución. Y sin embargo, si la interpretación “cabe” dentro de la Constitución, dicha interpretación no debe ser anulada, la ley tiene que ser declarada constitucional». Por ello, dice con toda razón, a mi juicio, Javier Pérez Royo que el legislador, que es el representante de los ciudadanos, la voluntad general, «no ejecuta derecho, ni siquiera la Constitución. El legislador crea derecho *a partir* de la Constitución y *con el límite* que la Constitución supone. Pero crea derecho. No interpreta una voluntad ajena, sino que expresa una voluntad propia».

En contraste con este panorama creo que puede afirmarse –y ésta sería la segunda de las matizaciones que antes apuntaba– que durante todo el período de vigencia del Estado liberal, que se caracterizó por afirmar el principio de la supremacía de la ley, la ley fue, sin embargo, un elemento secundario en el desarrollo de la vida estatal y social. En efecto, y pese a que desde la Revolución francesa se afirmaría el principio de la superioridad de la ley, como expresión de la *volonté générale* –principio que imposibilitaría el surgimiento de un sistema de control de la constitucionalidad de la ley– lo cierto es que en la práctica la ley fue siempre una norma de relativa importancia, en comparación con la normativa emanada del Gobierno. Pensemos que, en España, por ejemplo, el Código Civil lo elabora el gobierno, a partir de una ley de bases aprobada por el Parlamento, y que desde nuestro primer Código Penal, de 1822, aprobado por las Cortes del Trienio Liberal, el único texto que ha sido emanación directa del Parlamento es el Código Penal que acaba de aprobarse en las Cortes.

Aunque es cierto que en este aspecto la historia de España es ciertamente peculiar, nadie podrá acusarme de exagerado si afirmo que la historia de los derechos no es la historia de su regulación legal –es decir de su normación por el poder legislativo del Estado– sino la de sus instru-

mentos de limitación y suspensión. Hace ya muchos años, y en una obra pionera que hoy sigue siendo en mi opinión de mucha utilidad para acercarse a nuestra historia constitucional –*Constituciones y periodos constituyentes en España. 1808–1936*– Jordi Solé Tura y Eliseo Aja ponían de relieve que en nuestra historia constitucional prácticamente no había funcionado nunca un verdadero sistema de libertades públicas. Es muy probable que la desastrosa evolución española –que puede apreciarse en sus aspectos más dramáticos. en ese libro demoledor de Manuel Ballbé que es *Orden público y militarismo en la España constitucional. 1808-1983*– no tenga parangón en otros países, pero si hemos de ser rigurosos no lo es menos que el Estado liberal generó toda una serie de instrumentos destinados a que la práctica de los derechos no se basase tanto en la ley como en la normativa de procedencia gubernamental que tenía una finalidad básicamente, cuando no únicamente, limitadora: basta con leer a este respecto, para los momentos iniciales del proceso, el libro de Pedro Cruz Villalón sobre *El Estado de sitio y la Constitución*, en donde se contiene un análisis comparado de Inglaterra, Francia y España, que no deja lugar a dudas sobre lo que acabo de afirmar.

Por no extenderme más y para concluir, fijaría mi línea de discrepancia con las reflexiones en este ámbito de nuestro colega y amigo Gustavo Zagrebelsky en el espléndido libro cuyo comentario nos ha reunido aquí, debido a la magnífica iniciativa de su traductora, Marina Gascón, poniendo de relieve que en mi modestísima opinión ni los derechos están hoy tan alejados de la ley ni lo han estado históricamente tan cerca.