

# SOBRE LAS ESPALDAS DE UN GIGANTE

(A propósito de «La lengua de los derechos»,  
de Eduardo García de Enterría)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

## I

Pidiendo disculpas por un retraso que sólo a mí es imputable, procedo con gusto a cumplir el encargo que me hizo la dirección de la *Revista Española de Derecho Constitucional* de recensionar el libro de Eduardo García de Enterría *La lengua de los derechos (La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa)*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Esta obra constituye el discurso de ingreso del autor en la Real Academia Española, leído el 24 de octubre de 1994. De ella existe una edición anterior, publicada por la propia Academia, en la que se recogen, además, una semblanza de Alfonso García Valdecasas, predecesor del autor en el sillón de académico, y la contestación al discurso pronunciada por Angel Martín Municio.

Hace algunos años recensioné para la *Revista Española de Derecho Administrativo* (núm. 72, 1992) los *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*. En aquella ocasión concluía recordando la célebre frase atribuida a Newton: si pude ver más lejos fue porque estaba subido sobre las espaldas de gigantes. Hoy deseo empezar con la misma idea: Eduardo García de Enterría es, sin duda alguna, un gigante y este libro es una de las mejores pruebas de ello. Pocas personas, y no sólo en España, habrían sido capaces de escribir algo parecido. Hay en él una rara mezcla de solidez técnica de jurista, insaciable curiosidad y acumulación de conocimientos, habilidad para ir derecho al núcleo de los problemas, olfato para seleccionar los autores y fuentes mejores y, sobre todo, entusiasmo. Más que ningún otro libro de García de Enterría, *La lengua de los derechos* está inspirado por la pasión: la pasión de resolver un problema de historia de las ideas y las instituciones y la pasión de defender un modelo de organización jurídico-

política porque, en su sentir, sigue encarnando una no superada visión de la justicia.

Lo más curioso es que semejante despliegue de maestría se desarrolla en torno a un tema clásico como es la formación del Derecho público europeo contemporáneo a raíz de la Revolución Francesa. Partiendo del papel fundacional que la idea de derechos desempeñó en el intento, justamente calificado de «mesiánico», de reconstrucción racional del orden social y político llevado a cabo por la Revolución, el autor nos hace de guía en una fascinante excursión intelectual. Nos muestra cómo se han formado las modernas nociones de derecho subjetivo y de principio de legalidad y, sobre todo, cómo ambas están profundamente interrelacionadas. A ello se dedican los dos capítulos centrales del libro. Este concluye con una sumaria exposición sobre la recepción de esas nociones en las principales ramas del Derecho público (administrativo, tributario, penal, procesal, de organización de tribunales, etc.) y con una nota sobre los más destacados autores españoles que, en el siglo XIX, se hicieron eco de esta nueva cultura jurídico-política de los derechos.

No es posible dar aquí noticia de todos los recovecos de *La lengua de los derechos*. Es preferible leerlo. Importa destacar, sin embargo, que este libro es fascinante no sólo por la reinterpretación de conjunto que hace de los fundamentos del Derecho público europeo, sino también por la información que contiene. Tal vez se trate de mi propia ignorancia, pero confieso que, leyéndolo, he aprendido cosas que no sabía, y más aún, he logrado comprender conceptos que nunca habían dejado de tener para mí contornos nebulosos.

## II

Un ejemplo de lo primero viene dado por uno de los dos argumentos centrales de la obra: la formación del concepto de derecho subjetivo. Que la tradición jurídica romana e incluso la de los glosadores y comentaristas desconocieran la idea de derecho subjetivo era cosa sabida. De modo similar a lo que siempre ha sucedido en el mundo del *common law*, esa tradición se basaba más bien en la idea de acción, es decir, de la facultad de poner en marcha el proceso para reclamar algo. También era conocida la primera formulación, deudora de la filosofía nominalista, del concepto de derecho subjetivo, así como su elaboración sucesiva por parte del pensamiento iusnaturalista del siglo XVII. Los derechos subjetivos no nacieron, en consecuencia, como instrumento conceptual para la interpretación del Derecho positivo, sino como derechos naturales; pero aquí llega el descubrimiento: en origen, la idea de derecho subjetivo sirve sólo

para designar libertades de naturaleza supralegal o, si se prefiere, suprapositiva. Dicho en términos actuales, la función originaria de la noción de derecho subjetivo era configurar genuinos «derechos fundamentales», ámbitos de libertad sustraídos a la capacidad de regulación del poder. Todavía hoy, en los países anglosajones el término *rights* suele identificarse, más que con cualesquiera facultades otorgadas por el ordenamiento, con los derechos de rango constitucional o incluso de naturaleza moral.

Esta constatación puede parecer trivial, pero sólo lo es en idéntica medida en que damos por supuestos beneficios técnicos de la civilización contemporánea, como la luz eléctrica, el teléfono o el automóvil. Hoy día estamos demasiado acostumbrados a que el razonamiento jurídico, incluso en cuestiones sin trascendencia constitucional, se estructure en términos de derechos subjetivos. Ello se debe, como también muestra el autor, a la tecnificación del concepto, en especial por obra de los juristas alemanes del siglo XIX. No deja de ser fascinante descubrir que una idea que nació dotada de un inequívoco significado revolucionario —en el pensamiento del iusnaturalismo racionalista, la tutela de los derechos es la única finalidad legítima del Estado— ha terminado siendo cotidianamente utilizada por todos, juristas y legos, y ello de manera inconsciente, pues ni siquiera quienes albergan sentimientos reaccionarios estarían hoy dispuestos a renunciar a su uso.

Esta última observación puede ayudar a comprender la participación de García de Enterría, como paladín de la causa de la Francia revolucionaria, en una célebre polémica que tuvo lugar hace casi cien años, cuando Georg Jellinek negó toda originalidad a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Lo decisivo no es que, como sostenía Jellinek, el contenido de los concretos artículos de la Declaración de 1789 estuviera indudablemente inspirado en los diferentes *bills of rights* norteamericanos. Lo decisivo es que declarar solemnemente ciertos derechos adquiere un nuevo sentido: ya no se trata, como en Norteamérica, de proclamar derechos destinados a ser invocados ante los tribunales, sino de presentar un programa de regeneración política a la humanidad, que a partir de entonces sólo podrá ser concebida como un conjunto de seres libres e iguales. Esta idea de los derechos, innegablemente francesa, está en frontal oposición a la vieja «idea preilustrada de derechos, franquicias, fueros y libertades» que, por influencia inglesa, aún late en las declaraciones norteamericanas. A partir de 1789 será anacrónico ver la titularidad de derechos en clave particularista: los derechos —todos los derechos— se tienen no por pertenencia a un grupo concreto (familiar, étnico, profesional, etc.), sino como hombre y ciudadano.

## III

Un ejemplo, en cambio, de concepto cuyo significado nunca había acabado de captar antes de leer este libro es el de *rule of law*. Es notorio cómo su traducción a términos comprensibles para los juristas europeo-continenciales, tales como «principio de legalidad» o «Estado de Derecho», ha sido siempre problemática e insatisfactoria. En la mente de todos está la famosa diatriba decimonónica de Albert V. Dicey contra el *droit administratif*, que nunca habría podido ser trasplantado en Inglaterra por ser radicalmente contrario al *rule of law*; pero si éste equivale a principio de legalidad, no se comprende bien dónde reside el problema, porque el Derecho administrativo francés estaba ya basado en la atribución legal de potestades a la Administración. No —se dice—, la objeción de Dicey estribaba más bien en el hecho de que, en régimen administrativo, las autoridades públicas están sometidas a un Derecho diferente del que rige las relaciones entre particulares; pero esta explicación del sentido del *rule of law* tampoco es del todo convincente, porque en Inglaterra siempre ha habido ámbitos de «prerrogativa regia», esto es, potestades del poder ejecutivo exentas de regulación legal, y por ello mismo, tan exorbitantes o más que las potestades administrativas de corte francés.

García de Enterría nos aclara este enigma: el núcleo duro de la noción de *rule of law* ha consistido siempre en la igual sujeción de todos, autoridades públicas y particulares, a unos mismos tribunales. Desde la Revolución Gloriosa de 1688, el rechazo de la justicia de excepción es la garantía jurídica por excelencia. Que luego esos tribunales decidan según normas legales preestablecidas o mediante precedentes judiciales, que ellos mismos crean y desarrollan, es de secundaria importancia. Lo fundamental es que nadie pueda escapar a la justicia ordinaria. A nadie se le oculta que, a pesar de las actuales tendencias hacia la convergencia, el *rule of law* así entendido es distinto de nuestro concepto de Estado de Derecho, que tiene un significado predominantemente sustantivo. Este es, ante todo, sujeción de los poderes públicos a la ley, y sólo instrumentalmente, en la medida en que es preciso para dar efectividad a dicha sujeción, es también tutela judicial efectiva o plena justiciabilidad de los actos de la autoridad.

Este pensar en términos de la ley está íntimamente vinculado a la lengua de los derechos, de modo similar a cómo pensar en términos de los tribunales, está relacionado con la lengua de las acciones y los remedios propia de los antiguos romanos y de los anglosajones. Se llega, así, al meollo de la argumentación del autor: García de Enterría reconstruye cuidadosamente las sucesivas etapas de esa compleja empresa intelectual que fue la elaboración del principio de legalidad, así como de su ulterior colocación como piedra angular de todo el Derecho público europeo contemporáneo.

El punto de partida es el traslado de la titularidad de la soberanía, operado por la Revolución, del rey a la nación y más tarde al pueblo. No obstante, este sujeto colectivo no puede ejercer por sí mismo la soberanía, y aunque pudiera, tampoco debe hacerlo, pues, en expresión de Benjamin Constant cara a García de Enterría, ello sería incompatible con la «libertad de los modernos». A diferencia de la de los antiguos, que consistía en la participación permanente en la gestión de la cosa pública, ésta es la garantía de un conspicuo ámbito de autonomía privada, que es el único que puede generar una verdadera sociedad civil. De aquí la necesidad de la representación: sólo los representantes actúan en nombre de la nación y, en consecuencia, sólo su acto típico, la ley, puede vincular a los ciudadanos. Se llega, de este modo, a la idea de gobierno de la ley o, en la expresión revolucionaria, *règne de la loi*: sólo en virtud de la ley puede exigirse obediencia.

Ahora bien, sucede que en el diseño de la Revolución la ley no había de ser un mero acto de voluntad, sino la suprema manifestación de la razón, que habría de dar concreta expresión en los distintos ámbitos (civil, penal, etc.) a los derechos que la Declaración había proclamado. No se olvide que proteger y desarrollar los derechos es la única posible justificación del Estado y, por tanto, también de la ley. La articulación de los derechos, transformándolos en facultades efectivas que tengan en cuenta los diferentes intereses existentes en la sociedad, es la misión de la ley. No me cabe duda alguna de que García de Enterría admira —es más: ama— ese «legicentrismo» de la Revolución por el cual la voluntad general rectamente formada no hace sino vivificar derechos preexistentes e inalienables. Sólo quienes tenemos un alma secretamente dieciochesca podemos compartir esa admiración.

#### IV

El problema, no obstante, es que mientras la Revolución Americana ha sido sustancialmente fiel a sus promesas y ha hecho a los poderes públicos hablar su lengua de los remedios, no es seguro que pueda decirse que la Revolución Francesa hizo hablar la lengua de los derechos. Entiéndase bien: no creo que la crítica a García de Enterría deba ser de índole historiográfica. Es cierto que la organización jurídico-política que disecciona, fundada en la actuación de los derechos por la ley, nunca ha sido enteramente llevada a la práctica, pero él no es un historiador ni pretende serlo. En este sentido, más que un libro de historia de las instituciones, *La lengua de los derechos* es un libro de historia de las ideas jurídico-políticas, de esa *Dogmengeschichte* que el propio García de Enterría ha calificado como uno de los más refinados placeres intelectuales.

Ahora bien, incluso adoptando el punto de vista del autor —es decir, las grandes nociones que subyacen al Derecho público europeo contemporáneo y, por tanto, la coherencia conceptual y axiológica del entero edificio—, creo que cabe hacer, al menos, dos observaciones críticas.

La primera es que el Derecho público europeo contemporáneo no sólo es hijo de la Revolución y, en consecuencia, de los derechos y la ley, sino también en gran medida del llamado «principio monárquico», o dicho de otro modo, de los privilegios del poder ejecutivo. Sus nociones fundamentales también han sido perfiladas por ese compromiso que el liberalismo europeo-continental del siglo XIX se vio forzado a concluir con las fuerzas reaccionarias de la tradición prerrevolucionaria. Baste pensar en institutos tales como la potestad reglamentaria, la autotutela administrativa, etc. Es claro que el esfuerzo sostenido de sucesivas generaciones de juristas comprometidos con la causa liberal-democrática —y García de Enterría es un magnífico exponente de este esfuerzo porque a él debemos, más que a ningún otro, la salida del Derecho público español del oscurantismo— ha logrado ir limando los aspectos más autoritarios del Derecho público, aquéllos de más directa inspiración en el principio monárquico. Por usar expresiones del autor, piénsese, por ejemplo, en la «lucha contra las inmunidades del poder» o en la «batalla por las medidas cautelares».

Con todo, este esfuerzo por colocar de nuevo a la ley como único centro del sistema, alrededor de la cual han de girar todos los institutos jurídico-públicos, ha traído consigo una consecuencia negativa: ha impedido una reflexión autónoma sobre la naturaleza del poder ejecutivo y, más en general, de las diferentes Administraciones públicas. No querría ser mal entendido: considero una conquista irrenunciable la plena sujeción de todos los órganos ejecutivos y administrativos a la ley y, en consecuencia, la plena justiciabilidad de sus actos. Ahora bien, ello no debe hacernos perder de vista que el Gobierno —lo propio podría decirse de los órganos ejecutivos autonómicos y, en alguna medida, locales— no es un mero ejecutor de la ley. So riesgo de caer en el asamblearismo —recuérdese que 1793 no fue sino la perversión de los ideales de 1789—, no se puede ignorar que la moderna democracia constitucional exige que el poder ejecutivo sea coordinador e impulsor de toda la acción pública, incluida la legislativa. El legicentrismo sigue impidiéndonos comprender los problemas específicos del poder ejecutivo y darles soluciones adecuadas.

Pondré un ejemplo. Cuando examina el «acto arbitrario como acto contra la ley» y los correspondientes remedios frente al mismo, García de Enterría señala certeramente cómo la centralidad de la ley y el hecho de no poder exigir obediencia más que en su nombre llevó aparejada la introducción del principio de responsabilidad de todos los agentes públicos. Se trataba de imponer el deber de rendición de cuentas «políticas en primer término, pero también judi-

ciales en las vías que procediesen, aún no desarrolladas hasta más tarde» (pág. 144). En efecto, al inicio, la responsabilidad de los agentes públicos sólo se concebía en términos penales y el autor señala las limitaciones de este enfoque:

«La fórmula de la condena penal al agente infractor de la ley vuelve a hacernos caer en un mecanismo excesivo, a la vez que torpe, formalista y tardío, para resolver el problema de la aplicación ordinaria con los ciudadanos» (pág. 140).

Totalmente de acuerdo: la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ilícitos causados en el ejercicio de funciones públicas, al igual que la generalización de la técnica de la nulidad de cualesquiera actos antijurídicos, es un medio mucho más evolucionado y eficaz de combatir la arbitrariedad. No cabe duda alguna que, para el ciudadano que ha sido víctima de un acto arbitrario, la responsabilidad patrimonial del Estado —que, en España, suele ser, además, objetiva y directa— constituye un remedio mucho más satisfactorio que la condena del agente causante del daño.

Ahora bien, incluso dejando de lado las específicas cuestiones de la responsabilidad política y del tratamiento de las conductas inequívocamente delictivas de los agentes públicos, ¿puede decirse que todo el problema de la responsabilidad civil por actos arbitrarios queda así resuelto? Por más que siempre quepa aplicar medidas disciplinarias y por más que siempre quepa la acción de regreso contra los agentes públicos, la generalización de la responsabilidad patrimonial del Estado tiende a desresponsabilizar a aquéllos de sus decisiones y comportamientos. Saben que, en la medida en que no cometan delito o falta grave, sus errores serán cubiertos por esa entidad impersonal que es la Hacienda pública. De este modo, el servicio y la vinculación a la ley dejan de predicarse de los agentes públicos para pasar a predicarse, en puridad, de la Administración. El perfeccionamiento de los remedios y garantías a favor del concreto «administrado» puede desembocar en una relajación de los derechos del genérico «ciudadano», incluido su derecho a una gestión minuciosa de la cosa pública.

En este orden de consideraciones, los anglosajones han mantenido siempre un enfoque distinto: más que la vinculación del Estado a la ley, existen concretos agentes públicos civilmente responsables de sus actos y, por ello, más cuidadosos del modo en que ejercen sus funciones. En este sentido, cada persona dotada de una esfera de poder público, por pequeña que sea, es individualmente responsable del respeto de los derechos de los ciudadanos. Esta construcción de la responsabilidad deriva de una diferente lengua de los derechos: no haber practicado jamás el legicentrismo les ha permitido ver el poder

ejecutivo como una rama autónoma del aparato estatal, que se relaciona por sí sola con los ciudadanos según los cánones comunes a todos los poderes públicos, cánones que por lo demás no son sino los derechos consagrados en la Constitución.

## V

La otra observación crítica que cabe hacer a este libro es mucho más obvia y podría resumirse diciendo que no da cuenta de la ya antigua, hasta el punto de ser endémica, crisis de la ley. El sueño ilustrado y liberal era que los representantes de la nación, a través de un debate abierto y regular, podrían siempre hallar una solución conforme a la razón. La historia lo ha desmentido, poniendo de manifiesto que existe el universo de los intereses o, por decirlo en términos ilustrados, el espíritu de facción. Hoy día todos sabemos que la ley tiende a ser expresión de la nuda voluntad. De aquí, innovaciones fundamentales en el Derecho público: la justicia constitucional, la revalorización de la función de los jueces, el abandono del positivismo legalista, el descubrimiento de los principios generales del Derecho, etc.

Todo ello también nos lo ha enseñado García de Enterría. Pero, leyendo *La lengua de los derechos*, ¿dónde se halla traza del García de Enterría de *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, o de *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, o de *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, por mencionar tan sólo algunos títulos justamente célebres? No es mi intención juzgar la coherencia de nadie, entre otras razones porque una coherencia granítica es siempre pobre e improductiva. El punto es muy otro: en mi opinión, si la ley no puede ser la manifestación de la razón y, por consiguiente, tampoco el medio fundamental de articular los derechos en la sociedad, no debemos construir el entero Derecho público en torno a ella.

Todos sabemos que este nuevo edificio del Derecho público postlegalista —de ningún modo «postmoderno»— ya no tiene la elegancia neoclásica. Es atormentadamente barroco: debemos batirnos por hallar la norma aplicable más que interpretar el significado de disposiciones fácilmente identificables; debemos apoyarnos en la Constitución y en otros documentos que contienen normas abiertas (Convención Europea de Derechos Humanos, Tratados de la Unión Europea, etc.); debemos razonar en términos de principios generales y proceder a complejas operaciones, cuyo estatuto lógico dista de ser claro, tales como la llamada «ponderación» de valores e intereses; debemos confiar en la

discrecionalidad de los jueces. Pero, sobre todo, debemos adquirir consciencia de que no hay marcha atrás.

Aunque probablemente el autor no esté de acuerdo, creo que cuestiones tales como el razonamiento por principios generales o la discrecionalidad del juez no son resolubles en un sistema que tenga por único centro a la ley, y ello porque la justificación de tales operaciones mediante su referencia o enganche a la ley se resuelve en mero formalismo en tanto en cuanto la ley misma no ofrezca, al menos en estado embrionario, una solución sustantiva. El Derecho público del inmediato futuro será necesariamente policéntrico, pues ni siquiera la Constitución por sí sola puede sustituir a la ley.

## VI

Todo lo anterior no quiere decir que *La lengua de los derechos* sea, con todo su virtuosismo, un libro nostálgico. Me parece percibir en él la lección destilada que el experimentado jurista quiere transmitirnos de su larga y variada experiencia profesional e intelectual.

La lección tiene que ver ante todo con la propia ley. A pesar de haber perdido su posición solar en el sistema del Derecho público, no ha dejado de ser un elemento fundamental del mismo. No podemos permitirnos olvidar que, sin buenas leyes y sin un difuso respeto por ellas, no es posible salvaguardar los derechos ni más en general lograr una convivencia democrática satisfactoria. Hacer hoy el elogio de la ley es, así, hacer una llamada al reforzamiento de la seguridad jurídica, a la mejora de la técnica legislativa, al abandono del sectarismo y la improvisación en la actividad legislativa, a no creer que las disposiciones legales admiten un número ilimitado de posibles interpretaciones, a cerrar el paso a la creatividad de los operadores jurídicos cuando la ley existe y es clara y sobre todo a recordar que en una democracia la ley sigue siendo la única expresión legítima de la voluntad popular.

La lección posee, además, otra faceta más sutil. Tiene que ver con las raíces mismas de nuestra cultura jurídico-política. En unos tiempos en que el llamado proceso de «globalización» tiende a hacer desaparecer las diferencias culturales corremos el serio riesgo de ver diluido en un conjunto de píos deseos y fórmulas genéricas la rica tradición del Derecho público europeo y tal vez la propia tradición jurídica romano-canónica. No se trata de hacer comparaciones ni juicios de valor con respecto al mundo del *common law*, pero me parece que *La lengua de los derechos* es, en este sentido, una llamada de atención frente al canto de sirena de la aculturación. No sólo somos depositarios de un admirable cuerpo de ideas y valores construido en torno a la noción de ley, sino que —lo

que es tal vez más importante— es el cuerpo de ideas y valores con el que hemos llegado a ser lo que somos y con el que sabemos hacer funcionar el Estado democrático de Derecho. La apertura al universo exterior es siempre buena a condición de no olvidar quién se es.

Es posible, por lo demás, que en este libro sí haya una pequeña dosis de nostalgia. Cada uno acaba volviendo siempre a los lugares amados, a sus clásicos. No es de extrañar, pues, que Eduardo García de Enterría, que con tanta generosidad nos ha puesto en condiciones de ser juristas democráticos abiertos al mundo presente, termine por volver a su Revolución Francesa. Después de todo, es normal en alguien que comenzó a interesarse por el Derecho público leyendo a Maurice Hauriou. En fin, esto es todo lo que he visto subido sobre las espaldas de este gigante.