DIVERSAS FORMAS DE ANTIMODERNIDAD JURÍDICA

José Joaquín Jerez Calderón

1. El significado equívoco de la posmodernidad

La premisa de la que voy a partir es, en alguna medida, contraria a las expectativas que anuncia el título, pero en todo caso es una premisa realista que no me parece posible eludir: ninguno de los fundamentos del derecho moderno ha sido puesto seriamente en cuestión, ni mucho menos sustituido por otro u otros de signo radicalmente diferente. La desconexión entre el orden metafísico y el jurídico, la primacía de un derecho positivo de origen convencional con la Constitución al frente y la centralidad de la ley y, en general, de las normas escritas como fuentes del derecho siguen siendo principios indiscutibles, lo que cual significa que no se hayan producido o se estén produciendo algunos cambios relevantes en el ámbito de la elaboración, interpretación y aplicación del derecho que merezcan ser analizados.

El derecho de la posmodernidad, como la posmodernidad misma, se presenta en una relación dialéctica con el pensamiento jurídico de la modernidad que no es una relación de oposición sino de complementariedad. La posmodernidad carece –se ha señalado reiteradamente– de un significado unívoco, como la propia experiencia demuestra: en unos casos, ha supuesto una agudización de los dogmas sobre los que se asientan los ordenamientos jurídicos modernos, llevándolos a su máximo apogeo; en otros, se ha caracterizado como una reacción frente a la modernidad, es decir, como una antimodernidad, en el bien entendido de que no comportaría en ningún caso un retorno al estadio previo o anterior a la modernidad sino una crítica de ésta que, en el ámbito jurídico, se limita al cuestionamiento de

Fundación Speiro

tales dogmas por razones en muchos casos ligadas a las propias contradicciones del sistema.

Ambas tendencias, en principio contradictorias y aun opuestas, tienen un punto de llegada común, por cuanto evidencian, desde diferentes puntos de vista, un relativo agotamiento o decadencia del sistema. Así, la radicalización de los dogmas del derecho moderno –primera de las tendencias señaladas– no obedece tanto al convencimiento acerca de la bondad de los mismos como a una incapacidad creciente para regular las diferentes formas de la vida social a través de normas escritas que se ha querido resolver exacerbando las mismas prácticas que están en el origen y son la explicación misma de esa incapacidad. Del mismo modo, las críticas a tales dogmas –segunda de las direcciones apuntadas– no se realiza en la mayor parte de las ocasiones extramuros del sistema, sino partiendo de los propios fundamentos del derecho moderno y sin ninguna pretensión de sustituirlos. Estos signos de agotamiento o decadencia, de crisis si se quiere, no auguran una nueva concepción del derecho distinta de la que actualmente conocemos, sino un replanteamiento de sus postulados en función de las circunstancias actuales dirigido a mantener su vigencia a través del tiempo.

Son diversos los planos en que puede apreciarse la tensión entre dos fuerzas que, como vectores opuestos, no terminan de imponerse. La disolución del concepto de Constitución como norma jurídica, el reconocimiento indiscriminado de nuevos derechos de rango fundamental, la clausura formalista de las fuentes del derecho y las transformaciones en el significado de la ley son algunos de los ámbitos en que se manifiesta esta pugna.

2. La Constitución delicuescente

El concepto de «Constitución» es consustancial al Estado moderno. Todas las sociedades humanas, de todas las épocas históricas, se han regido por sus propias leyes políticas fundamentales, cualesquiera que éstas fueran, y en tal sentido puede afirmarse que han gozado de una constitución. Pero desde finales del siglo XVIII se asigna a dicho término

Fundación Speiro

un contenido valorativo concreto y específico, el propio de la ideología revolucionaria liberal. A partir de este momento, la Constitución descansará en la doctrina del pacto social, es decir, en la voluntad popular como instancia de legitimación del poder político y límite de éste. Por tal razón, el contenido de los textos constitucionales debía incorporar una declaración de derechos fundamentales y arbitrar una separación de poderes –legislativo, ejecutivo y judicial– que permitiera superar los excesos del absolutismo regio. Tal es la concepción subyacente en la Constitución norteamericana de 1787 y la que, por influjo del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 («Toda sociedad –dice este precepto– en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la división de poderes determinada carece de Constitución»), se encuentra presente en las constituciones francesas de la época revolucionaria. Con este planteamiento no se aspiraba meramente a ordenar las sociedades existentes sino a transformar su fisionomía de acuerdo con patrones racionales, adecuándola a los valores entonces en boga. A tal fin resultaba indispensable que los principios constitucionales no se limitasen a ser meros enunciados retóricos de carácter político o filosófico y gozaran de virtualidad jurídica.

El constitucionalismo anglosajón, y en particular el norteamericano, fue consecuente con las exigencias de esta concepción, consagrando desde principios del siglo XIX un sistema de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias en manos del Tribunal Supremo destinado a salvaguardar la supremacía de la Constitución (caso *Marbury* v. *Madison*, 1803). La labor jurisprudencial resultó así determinante, en coherencia con la tradición del *common law*, para garantizar la efectividad material de las previsiones constitucionales.

En el continente europeo hubo, por el contrario, grandes resistencias a aceptar este nuevo modelo constitucional. Las monarquías restauradas tras la aventura napoleónica trataron de conciliar el principio monárquico con la idea de Constitución, reduciéndola primero a una simple carta otorgada por el rey y considerándola después, cuando ya no era posible poner freno al avance de la soberanía popular,

Fundación Speiro

como el resultado de un pacto entre la Corona y el pueblo. De este modo se quiso atemperar el contenido de las constituciones, eliminando aquellos principios y enunciados considerados más peligrosos, por revolucionarios, para la pervivencia de la institución monárquica. Paradójicamente, algunos teóricos de la izquierda hegeliana y marxista contribuyeron decisivamente a este proceso de desnaturalización, argumentando que los textos constitucionales constituían una superestructura acorde a las inquietudes de la sociedad burguesa que obviaba las relaciones sociales y económicas subyacentes (1).

Las críticas recibidas, unidas a la inexistencia de un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, determinaron que la mayor parte de las constituciones europeas decimonónicas quedasen reducidas a meras declaraciones formales y, en todo caso, limitadas a establecer reglas de organización de los diferentes poderes del Estado. El avance de las ideas liberales en las sociedades de la época no es el resultado –al menos en sentido jurídico– de la aplicación de unos textos constitucionales entonces carentes de eficacia normativa y, por ende, no invocables antes los tribunales de justicia. No cabe negar, sin embargo, que tales textos se hacían eco de los nuevos valores imperantes que, en mayor o menor medida –en función de que el gobierno estuviera en manos de partidos conservadores o progresistas– servían de inspiración a la legislación ordinaria.

Esta situación dará un giro radical en el primer tercio del siglo XX. El constitucionalismo europeo de entreguerras, influido por las doctrinas kelsenianas, asumió la necesidad de introducir un sistema de control de constitucionalidad de las leyes que, a diferencia del norteamericano, no se atribuyó a la jurisdicción ordinaria sino a un órgano creado *ad hoc* con el nombre del Tribunal Constitucional. Las diferencias entre el modelo europeo y americano de control son consecuentes con las tradiciones jurídicas –el *common law* de base jurisprudencial frente al derecho continental de origen legislativo– y políticas –menos estatistas allí que aquí– en

(1) Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, págs. 41-43 y 129-130.

Fundación Speiro

que se insertan (2), pero en ambos casos condujeron a que la Constitución se consolidase como norma jurídica.

Este hito resultó decisivo desde un punto de vista técnico para que los textos constitucionales dejaran de ser un mero conjunto de reglas ordenadoras de la organización política y pasaran a convertirse en instrumentos transformadores de la realidad social. Pero este proceso no hubiera producirse sin los cambios políticos e ideológicos que se produjeron tras las dos guerras mundiales y que se reflejaron en la parte dogmática de las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX y en la jurisprudencia norteamericana.

Las exposiciones académicas al uso suelen afirmar que el constitucionalismo de la posguerra se caracterizó por el tránsito del Estado liberal al Estado social. Se trata de una explicación válida siempre que se advierta que el segundo no constituye un estadio del primero sino, por el contrario, una agudización de los dogmas de éste. Las novedades introducidas entonces no se redujeron a la proclamación de la igualdad como correctivo de los excesos libertarios y de una serie de derechos económicos y sociales que vinieran a completar los derechos civiles y políticos del orden constitucional burgués. La implicación activa de los poderes del Estado en la realización de tales derechos –de todos ellos, también de aquellos derechos de libertad presentes desde las primeras constituciones– es el rasgo más sobresaliente de esta nueva etapa. Buena muestra de este cambio de paradigma es el artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947: «Constituye obligación de la República –dice este precepto– suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»; o el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, que se manifiesta en términos muy parecidos: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se

(2) Para una exposición de las divergencias entre ambos sistemas y de su progresivo acercamiento, *vid.* Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Fundación Speiro

integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural». Estas cláusulas constitucionales imponen un criterio de actuación a los diferentes órganos del Estado dirigido a potenciar la libertad individual en todos los ámbitos, eliminando cuantas trabas pudieran existir para que la misma se manifieste en plenitud y con el único límite de la igualdad.

Esta directiva constitucional se ha traducido en la imposición del criterio de la «libertad negativa» –entendiendo por tal aquella que se ejerce sin otro fundamento que la propia voluntad– como parámetro de interpretación de la Constitución y, por ende, como canon de la constitucionalidad de las leyes. Para favorecer este criterio, la jurisdicción constitucional no ha dudado en alterar el significado natural de conceptos contemplados en las propias constituciones –y, por ende, de los derechos y principios vinculados a tales conceptos– con el fin de refrendar la validez de aquellas medidas legislativas que pudieran entrar en conflicto con los mismos. Con ello no sólo se hace decir a la Constitución lo que ésta no dice, sino que incluso se niega u obvia lo que dice.

El activismo político y judicial de matriz progresista, secundado por otro de signo contrario que se afana en conservar los logros de aquél, ha contribuido a que los poderes constituidos, con las asambleas parlamentarias y las cortes constitucionales a la cabeza, desempeñen funciones auténticamente constituyentes (3), ensanchando o restringiendo el sentido de las normas constitucionales y alterándolo en todo caso, so pretexto de que la interpretación evolutiva del derecho exige adecuar su contenido a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

No se atisba en el horizonte reacción alguna que permita alberga la esperanza de revertir un proceso que amenaza con convertir nuevamente a las constituciones en una mera hoja de papel, como sucedió durante el siglo XIX, aunque por diferentes razones. Las constituciones tienen ahora una eficacia jurídica de las que carecían entonces, pero su contenido está

(3) Cfr. Miguel Ayuso, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016, págs. 158-159.

Fundación Speiro

siendo progresivamente diluido con el propósito de servir a la voluntad política del momento. Se trataría de una Constitución *líquida*, por utilizar un término caro a uno de los sociólogos del momento, que «permitiría […] todo contenido y, por tanto, sería la garantía de mantenimiento del único principio considerado irrenunciable por la democracia moderna: el indiferentismo» (4).

Se trata de la derivada posmoderna de una concepción del derecho como puro arbitrio que supone, en realidad, la negación del mismo. El remedio a esta situación no se encuentra en proponer una interpretación de la Constitución que se adecúe a lo querido por el constituyente. No otra cosa sugiere el «originalismo» defendido por algunas corrientes doctrinales y aun judiciales del conservatismo estadounidense (5). Esta tesis tiene el mismo fundamento convencional e incurre en los mismos excesos racionalistas que pretende combatir. Si las constituciones acertaron a recoger, en su primera intención y redacción, algunas determinaciones de la ley natural no fue debido a su consideración objetiva de tales sino a la voluntad de los constituyentes de proceder en tal sentido. El originalismo, llevado a sus últimas consecuencias, obligaría a desconocer la juridicidad sustancial de las instituciones en el caso de que los padres fundadores hubieran querido negarla. Por ello, las consecuencias positivas que puedan haberse derivado de este planteamiento en la doctrina y jurisprudencia norteamericana deben considerarse tan sólo coyunturales.

---

(4) Danilo Castellano, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 52-53 y 101.

(5) El juez norteamericano ya fallecido Antonin Scalia, fue seguramente el más conspicuo representante de esta corriente, a la que dedicó diversos artículos y libros, entre otros: «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review* (Cincinnati), vol. 57 (1988-1989), págs. 849 y sigs.; *A matter of interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1998; *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (escrito con Bryan A. Gardner), Saint Paul, Thomson/West, 2012. Véase Christopher Ferrara, «El positivismo judicial como reacción conservadora en el derecho constitucional estadounidense», en Miguel Ayuso (ed.), *Utrumque ius*, Madrid, Marcial Pons, 2014, págs 187 y sigs. Con la propuesta de nombramiento del juez Neil Gorsuch por el presidente Trump, el tema recobró actualidad incluso en medios periodísticos no especializados: *vid.*, por ejemplo, Hughes, «La senda de Scalia», *ABC*, edición de 1 de febrero de 2017.

Fundación Speiro

Ciertamente, parece preferible, en términos de política práctica, un orden constitucional de base convencional, como el que existió hasta bien entrado el siglo pasado, a la ausencia de todo orden que caracteriza a la situación actual. Pero el rechazo de ésta no puede llevar a considerar a aquél, al menos a nivel intelectual, como una solución óptima, por más que a día de hoy pueda ser la mejor de las posibles.

3. Los derechos del desorden

La vis expansiva de los derechos humanos es seguramente uno de los rasgos más destacados del neoconstitucionalismo, que atribuye a estos una función que excede con mucho de aquella con la que fueron originariamente concebidos pero que, en el fondo, es consecuente con las premisas intelectuales sobre las que se construyeron. Ya se ha visto que el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 menciona a las declaraciones de derechos, junto a la separación de poderes, como uno de los contenidos esenciales de las constituciones modernas. Los derechos humanos aparecen así concebidos como derechos públicos subjetivos de los ciudadanos frente al poder político.

La génesis de los derechos humanos se encuentra estrechamente ligada a una nueva concepción del derecho que, asumiendo postulados racionalistas, prescinde de cualquier fundamentación trascendente al pacto social. Esta novación se refleja en la relevancia que, a partir de cierto momento, cobra la noción de derecho subjetivo y, sobre todo, en el uso que se hace de la misma. El derecho subjetivo, entendido como facultad o conjunto de facultades atribuidas a las partes de una relación jurídica es algo consustancial e inherente a la experiencia jurídica y, en cuanto tal, se encuentra presente –sino como concepto, sí al menos como realidad tangible– en todas las sociedades humanas. Tales facultades son el reflejo de una regla objetiva de justicia y, en consecuencia, su contenido y ejercicio han de estar necesariamente orientados a este fin. La existencia de derechos subjetivos no resulta pues incompatible con una concepción clásica del derecho como situación justa –*id quod iustum est*, de acuerdo con la

Fundación Speiro

formulación tomista–. Cuestión distinta es que, abandonando toda perspectiva realista, el derecho sea concebido como un conjunto de facultades de origen convencional definidas por la razón humana. En tal caso, los derechos subjetivos ya no serán reflejo de una regla de justicia sino fundamento del derecho mismo (6). El pensamiento jurídico moderno ha asumido mayoritariamente este último planteamiento, que no en vano constituyó, con la ayuda de la segunda escolástica y el derecho natural racionalista, el punto de partida de las declaraciones de derechos humanos.

En los siglos XVI y XVII se produce «una decisiva trasposición al plano de la subjetividad de los postulados de la ley natural, configurándose una amplia teoría de derechos naturales» en la que «jugaron un importante papel los teólogos y juristas españoles». El pensamiento iusnaturalista de la escuela española influyó en el «racionalismo humanista» centroeuropeo, «anticipando el decisivo impulso del iusnaturalismo europeo en la evolución de los derechos naturales» que, tras el aldabonazo revolucionario, pasarán a denominarse «derechos del hombre». Esta nueva expresión, al igual que la de «derechos fundamentales», forjada también en el mismo período, «revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales» (7).

Una aspiración que no responde únicamente al deseo de reconocerlos y garantizarlos sino también al de delimitar su contenido y establecer unos límites a su ejercicio. Los derechos naturales del individuo frente al poder omnímodo de los reyes, que en los tiempos medios eran deducidos del orden natural trascendente, quedarán condicionados por el primer constitucionalismo a su expresa recepción en el ordenamiento estatal, de forma que sólo podrán ser ejercidos en los términos y condiciones establecidos en el mismo. Ciertamente, el proceso de recepción de derechos y libertades en

(6) No otro sentido debe atribuirse al clásico estudio de Michel Villey, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», en *Le droit subjectif en question*, Archives de Philosophie du Droit, tomo IX, París, Sirey, 1964.

(7) Antonio-Enrique Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, págs. 30-33.

Fundación Speiro

documentos escritos es previo a la Revolución, pero la razón de su positivación, después de ésta, obedece al fundamento contractualista que a los mismos –como al Estado– se atribuye: tales derechos existen porque los reconoce una norma positiva, no son, por tanto, realmente naturales ni preexistentes. El trasfondo iusnaturalista que todavía se advierte, aun con un sesgo racionalista, en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, no tardará en desaparecer en las constituciones de la centuria siguiente: «En esta etapa se inicia un proceso de progresiva relativización del contenido iusnaturalista de los derechos, los cuales pasan a encuadrarse en el sistema de relaciones jurídico-positivas, entre el Estado, y los sujetos privados, que la dogmática alemana del Derecho público estudiará bajo el epígrafe de los derechos públicos subjetivos» (8). El Estado se convierte así en presupuesto necesario del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. No existen otros derechos que aquellos que se encuentran recogidos en las constituciones estatales, ni estos pueden ser esgrimidos en forma distinta de la prevista en ellas. De este modo se pretende cohonestar la defensa y garantía de los derechos de la persona en clave liberal con las exigencias de funcionamiento del Estado moderno, en una suerte de equilibrio entre individualismo y estatismo que, tras la segunda guerra mundial, terminará cediendo en favor del primero.

Los textos internacionales, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a la cabeza, y las constituciones de los principales países democráticos reconocieron de forma mayoritaria «el libre desarrollo de la personalidad» del hombre como algo inherente a su propia dignidad y consecuencia de ésta –así, la alemana (art. 2.1), la italiana (arts. 2 y 3), la griega (art. 5.), la portuguesa (art. 26.1) o la española (art. 10.1), por sólo citar algunas de entre las europeas–. La superposición de este principio sobre el ambiente de indiferencia moral y neutralidad ideológica de las sociedades contemporáneas abrió paso a una interpretación radical del ámbito de libertad que a cada hombre corresponde por naturaleza. De acuerdo con esta interpretación, que está en el origen del derecho –ampliamente aceptado en nuestros días–

(8) *Ibid.*, pág. 37.

Fundación Speiro

a la autodeterminación individual, la licitud de las acciones humanas no depende de que las mismas sean justas sino de que no transgredan las reglas convencionalmente fijadas para garantizar una convivencia pacífica. De modo que un ejercicio arbitrario de la autonomía individual, pero conforme con la norma positiva, encontraría amparo en aquel derecho.

La sustancia acelerante de esta nueva forma de entender la libertad vino dada por el reconocimiento del «pluralismo» como uno de los valores superiores de los ordenamientos contemporáneos, en algunos casos de forma expresa, como en la Constitución española (art. 1.1). La pluralidad de intereses políticos, económicos y sociales que existe en cualquier comunidad y la necesidad de que todos ellos estén debidamente representados constituye una realidad innegable y diversa del pluralismo que se afirma como dogma. Las doctrinas pluralistas, surgidas en el ámbito de la *political science* estadounidense de los años cincuenta y siguientes –con Robert Dahl como uno de sus principales defensores–, propugnan que el bienestar de las democracias modernas es tanto mayor cuando más grupos humanos compitan entre sí limitando la acción de los demás, evitando la monopolización del poder político por uno solo de ellos y cooperando, en definitiva, en beneficio mutuo. Se alejan así de una consideración clásica de la comunidad política como sociedad de sociedades y orientada al bien común, defendiendo un sistema de representación de intereses que, a través de la realización de bienes privados, garantice –como un juego de pesos y contrapesos– la coherencia del conjunto: «Efectivamente, prevalece la tesis según la cual la liberal-democracia consiste en garantizar la coexistencia de las muchas «morales», ideologías, confesiones religiosas que de hecho se han sucedido en la sociedad, sin preferir a ninguna de ellas como exclusiva, absoluta. En dirección análoga, responde a la lógica del pluralismo ético evitar opciones a favor de una u otra concepción del hombre. Todo ello significa que en los regímenes liberal-democráticos la doctrina oficial ha de inspirarse en visiones contingentes y relativistas» (9).

(9) Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 45-46.

Fundación Speiro

Asumiendo estas coordenadas intelectuales, los Estados occidentales de la segunda mitad de siglo no se opusieron al avance del individualismo, permitiéndolo en todo aquello que no afectara al cumplimiento de sus propias prerrogativas y competencias, a costa de sacrificar bienes jurídicos de indudable valor en lugar de buscar una coexistencia entre ellos. La autodeterminación personal se fue así abriendo camino por vía legislativa y jurisprudencial en cuestiones de gran trascendencia ideológica y moral que los poderes públicos decidieron abordar como cuestiones privadas ante las cuales debían permanecer ajenos. La despenalización de conductas prohibidas fue el instrumento elegido para reconocer supuestos de lícita actuación (*agere licere*) en un marco previamente definido por la legislación aplicable y que, a impulsos de la presión política y social, se iba ensanchando progresivamente –tal sucedió, por ejemplo, con el aborto–. La autonomía personal no se concibe todavía en estos momentos como fuente de nuevos derechos.

Pero no hubo que esperar demasiado para que el principio de autodeterminación individual desbordase los límites propios de la ideología liberal. El individuo de nuestro tiempo ya no sólo se considera facultado para hacer todo aquello que no está prohibido por el ordenamiento jurídico sino que se arroga el derecho a hacerlo, exigiendo a los poderes públicos que reconozcan y garanticen ese derecho. Las ansias de autodeterminación personal exigen algo más que la mera despenalización de las conductas prohibidas. El Estado se está viendo obligado a otorgar derechos, muchos de ellos con una dimensión prestacional (10), que le pueden ser reclamados a requerimiento de sus titulares –derecho al aborto, derecho a la libre determinación del sexo, derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y a la adopción de hijos o derecho a la eutanasia, por sólo poner algunos ejemplos–. El libre desarrollo de la personalidad se erige así en el título habilitante de un catálogo de derechos *à la carte* que está progresivamente sustituyendo al orden convencional de valores –del natural no digamos– en que

(10) Andrés Ollero, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho* (Pamplona), núm. 66 (2012/1), págs. 49-62.

Fundación Speiro

se basa el Estado mismo. Dicho de otro modo, la subjetividad individual está suplantando al pacto social, lo que viene a agravar todavía más si cabe los problemas derivados de la fundamentación voluntarista del orden jurídico y político en la que descansa el Estado mismo (11).

Esta proliferación indiscriminada de derechos se completa, por vía jurisprudencial, con la atribución a los mismos de una virtualidad que desborda el estricto ámbito de relaciones entre el Estado y el ciudadano, irradiando –no ya en forma de derechos públicos subjetivos sino de principios jurídicos– a las relaciones entre particulares: es la denominada «eficacia horizontal de los derechos fundamentales» de origen tudesco (*Drittwirkung*), con la que defiende la idea de que sus titulares puedan ejercerlos frente a terceros que carecen de la condición de poder público (12). Si tal pretensión pudiera tener justificación cuando una de las partes de esa relación *inter privatos* ocupa una posición social y económica de dominio, como mecanismo de protección de las otra más débil –es el caso, por ejemplo, de las relaciones laborales, donde el trabajador se encuentra subordinado al empresario–, carece de ella en todas aquellas situaciones en las que lo que se persigue es que la conducta de los sujetos privados se adecúe a los valores dominantes –la proyección del principio de no discriminación por razón de sexos en el ámbito de las asociaciones o entes privados carentes de utilidad pública apunta a esa dirección–.

Las transformaciones apuntadas no son, a la postre, más que consecuencias lógicas de una categoría que desde su origen «testimonia la descomposición del concepto de derecho» como relación justa (13). Los derechos fundamentales se han convertido en mera expresión de «pretensiones»

(11) José Joaquín Jerez, «La autodeterminación individual en la evolución de la codificación y la jurisprudencia de las cortes constitucionales», en *La autodeterminación: problemas jurídicos y políticos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

(12) Existen diversos estudios sobre esta cuestión, por todos, *vid.* Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

(13) Michel Villey, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pág. 148.

Fundación Speiro

que son formuladas sin otro criterio objetivo que el ejercicio de la propia libertad por parte del sujeto agente (14) y que, precisamente por ello, «no dicen de un fin, sino de una miríada de fines individuales, particulares, subjetivos, relativos, según los conciba cada uno» (15).

4. La jibarización de las fuentes del derecho

El racionalismo ilustrado de finales del siglo XIX quiso instaurar sobre las ruinas del Antiguo Régimen un nuevo orden político y jurídico basado en la voluntad general y organizado *more geometrico*. Para ello entendió imprescindible que las normas esenciales reguladoras de la organización política y de las relaciones jurídico-privadas quedasen claramente establecidas en un solo cuerpo legal –la Constitución, en el primer caso, el Código Civil, en el segundo–; y, en coherencia con el mismo propósito, otorgó a las leyes escritas un papel preponderante, casi exclusivo, dentro del panorama las fuentes del derecho.

Aunque las constituciones y los códigos respondían al mismo patrón racional, se proyectaron con un distinto grado de intensidad sobre ámbitos diferentes. Las primeras establecieron los fundamentos de un sistema político desconocido hasta entonces y, por tanto, creado *ex nihilo*; en cambio, los segundos se ocuparon de sistematizar el derecho vigente, el derecho entonces vivido, ordenándolo y dotándolo de coherencia, sin solución de continuidad respecto del derecho histórico. Las constituciones, por otra parte, no contenían principios ni normas susceptibles de surtir efectos en las relaciones *inter privatos*, limitándose a ordenar los poderes del Estado y a reconocer a los particulares unos derechos, los denominados «derechos de libertad», que, por su contenido, sólo tenían transcendencia en las relaciones jurídico-públicas, como freno de aquellos poderes; esta

(14) Danilo Castellano, «El derecho y los derechos en las constituciones y declaraciones contemporáneas», *Verbo* (Madrid), núm. 533-534 (2015), pág. 326.

(15) Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 93.

Fundación Speiro

circunstancia, unida a la ausencia de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, hizo que los códigos se convirtieran en la norma suprema del derecho privado, del mismo modo que las constituciones lo eran del derecho público, sin interferencia alguna de éstas sobre aquéllos.

La situación descrita se mantuvo durante toda la época liberal y hasta bien entrado el siglo XX. El establecimiento de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes en el periodo de entreguerras y la incorporación a la parte dogmática de las constituciones de algunos derechos o principios destinados a proyectarse en las relaciones sociales –fundamentalmente, aunque no sólo, los derechos de igualdad, naturalmente contrarios al principio de autonomía privada de la voluntad (16)– hicieron que los códigos civiles perdieran su antigua autonomía como norma de cabecera del derecho privado y quedasen jerárquicamente subordinados a las determinaciones constitucionales, alumbrando lo que se ha dado en llamar el «derecho civil constitucional» (17).

La Constitución es, por tanto, la primera fuente del derecho, de todo el derecho, tanto del público –lo fue siempre– como del privado –lo es también ahora–. Esta ampliación del ámbito material de influencia de las normas constitucionales, lejos de ser accidental, resulta consecuente con la necesidad de crear un modelo de sociedad, masificada e informe, que comparta los valores secularizados que sustentan el funcionamiento y pervivencia de las democracias modernas. La configuración de una determinada organización social, con las características mencionadas, constituye un

(16) En la Constitución española, el principio de igualdad genéricamente reconocido (art. 14) se refleja de forma expresa en el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio «con plena igualdad jurídica» (art. 32.1) o en la igualdad de los hijo antes la ley «con independencia de su filiación» (art. 39.2). Con independencia de estas concretas manifestaciones, que han motivado sucesivas reforman del Código Civil español, el principio de igualdad se ha proyectado a otros ámbitos como, por ejemplo, el de la sucesión de los títulos nobiliarios, en el que la Ley 33/2006, de 30 de octubre, impuso la igualdad del hombre y la mujer, quebrando la regla de preferencia del varón habitualmente establecida en sus cartas de otorgamiento.

(17) Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *Derecho civil constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.

Fundación Speiro

presupuesto existencial de los sistemas parlamentarios. La ideología constitucionalista tiende, por ello, al constructivismo social. Así lo demuestran las relaciones entre la Constitución y el Código durante los dos últimos siglos, en los términos ya examinados, y la prevalencia atribuida a la ley sobre las normas no escritas dentro de las fuentes del derecho.

En el Estado constitucional, la creación del derecho se encuentra reservada casi en exclusiva a las fuentes escritas, es decir, a las leyes parlamentarias y reglamentos gubernamentales de creación racional, en detrimento de aquellas otras –la costumbre, la jurisprudencia y, en particular, los principios generales del derecho– que, por su propia naturaleza, son más proclives a reflejar sin intermediarios la juridicidad ínsita en los hechos y relaciones humanas. La primacía de la ley sobre las fuentes no escritas no es algo que, por sí mismo, resulte cuestionable. Antes bien, encuentra una razonable explicación en las necesidades derivadas del gobierno de cualquier sociedad humana que, por sus dimensiones, revista una cierta complejidad: «La maduración cultural de un pueblo se realiza en un lento predominio del derecho escrito sobre la costumbre, de la unidad o estructuración sobre el localismo tribal, del plano teórico sobre la pura adaptación al medio. Sin embargo, también en ese orden la salud consiste en una tensión y equilibrio entre lo ideal y lo real, en una permanente toma de contacto con la realidad en la que no se abstractice el saber ni se reduzca la vida y las relaciones de los hombres a esquematismos artificiales e infecundos» (18). Desde este punto de vista, el problema de las fuentes del derecho no es tanto de jerarquía como de contenido. La cuestión relevante no estriba tanto en establecer la más correcta ordenación de tales fuentes como en identificar los criterios que deben seguirse en la determinación del derecho emanado a través de ellas. Esta consideración nos conduce a la distinción entre fuentes materiales, contenidas en la esencia de los hechos e instituciones jurídicas que resulta del orden divino y natural de las cosas, y las fuentes formales, a través de las cuales se exteriorizan el derecho emanado de

(18) Rafael Gambra, *El silencio de Dios*, Madrid, Ciudadela, 2007, pág. 93.

Fundación Speiro

aquellas (19). Atendiendo a la materia regulada y al grado de claridad y concreción de las reglas jurídicas obtenidas con el análisis de las fuentes materiales, podrá determinarse cuál es la fuente formal –sea la ley, la costumbre o la jurisprudencia– más adecuada para expresarlas en cada caso.

La distinción aludida es extraña a una concepción del derecho –como la imperante en el pensamiento jurídico moderno– que niegue la existencia de un orden trascendente a la voluntad de los parlamentos estatales, de la sociedad o de los jueces. A resultas de esta negación, la determinación de la jerarquía de las fuentes del derecho, o lo que es lo mismo, de la voluntad jurídica prevalente, adquiere un relevante trasfondo político y social: «La discusión teórica acerca de la preferencia a favor de una fuente jurídica será […] el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega la primacía de una fuerza social respecto de las demás» (20). La ideología revolucionaria defendió la primacía de las leyes con el fin de imponer la voluntad del Estado sobre las fuerzas sociales que lo combatían. El principio de soberanía estatal exigía una unidad política y jurídica que sólo podía conseguirse a través de la primacía del derecho positivo legislado, al que las demás fuentes debían quedar subordinadas. La historia constitucional española del siglo XIX constituye un buen ejemplo del combate librado, y en buena medida ganado, por el Estado liberal contra quienes desde los territorios forales discutían dicha unidad.

De este modo, las leyes estatales, como expresión de la voluntad soberana, desplazaron a las demás fuentes del derecho, que han pasado a desempeñar un papel meramente residual en la creación del derecho. Y ello no sólo en el ámbito de la organización política y administrativa, del denominado derecho público, que es naturalmente proclive, en función de la materia regulada, al uso de normas parlamentarias y gubernativas de carácter escrito y origen burocrático, sino también en el del derecho privado. La existencia de

(19) Juan Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 155 y 156.

(20) Federico de Castro, *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 339-340.

Fundación Speiro

usos jurídicamente vinculantes con valor de costumbre resulta cada vez más extraña, por no decir que constituye una anomalía, dentro las modernas sociedades de masas, y en caso de que tales usos existan, sólo es posible aplicarlos en defecto de ley, es decir, en ningún caso pueden prevalecer sobre la voluntad legislativa estatal. Los principios generales del derecho se encuentran relegados, por su parte, al tercer y último lugar de las fuentes del derecho, después de la ley y de la costumbre, y son generalmente considerados como principios de cierre del sistema deducidos de una interpretación sistemática del ordenamiento vigente. La función de la jurisprudencia se encuentra circunscrita, por lo demás, a interpretar y aplicar el derecho emanado de las fuentes mencionadas, sin poder propiamente crearlo, al menos en nuestro ordenamiento. A lo que debe añadirse que los jueces forman hoy parte de uno de los poderes del Estado, el Poder Judicial, por lo que, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, no expresan la voz de un estamento o cuerpo social –como sucedía en el Antiguo Régimen– sino la misma voluntad estatal. La primacía atribuida a las leyes estatales, unida a que la efectividad de la costumbre y de los principios generales del derecho está en buena medida condicionada a su recepción jurisprudencia por los órganos asimismo estatales, evidencian que el proceso de creación y determinación del derecho se encuentra principalmente en manos del Estado o, cuando menos, controlado por éste.

La situación descrita ha experimentado algunos cambios de relieve en las últimas décadas, aunque no necesariamente para mejor. La crisis de la soberanía y la creciente deslegitimación social de los procedimientos democráticos de representación política han propiciado la aparición de otros centros de producción normativa, dentro y fuera del propio Estado, que ponen en jaque el monopolio estatal sobre las fuentes del derecho.

El derecho de la Unión Europea es un buen ejemplo de este fenómeno. El objetivo de la integración económica ha impulsado la constitución de un poderoso aparato burocrático que, a través de normas de obligado cumplimiento para

Fundación Speiro

los Estados miembros –en muchas ocasiones ininteligibles o de dudosa factura–, imponen criterios puramente tecnocráticos que las autoridades nacionales deben aplicar, careciendo en muchos casos de un margen relevante para su desarrollo. Los poderes estatales soberanos se convierten así en meros ejecutores de las directrices emanadas de unas instituciones europeas a las que sólo de manera indirecta o mediata puede atribuirse un carácter representativo de los ciudadanos.

Este proceso se completa con la aparición de una serie de «autoridades administrativas independientes» dentro de los Estados miembros que, por designio de la propia normativa europea, vienen a ejercer las funciones de regulación y supervisión de importantes sectores de actividad económica hasta ahora eran desempeñadas por los poderes ejecutivos nacionales, así como las potestades normativas en dichos ámbitos (21). La creación de estas autoridades responde a la creencia de que estos sectores deben regularse con planteamientos exclusivamente técnicos, al margen de cualquier interferencia política. Pero la experiencia enseña que la realidad social y económica constituye un todo inescindible en el que cualquier cuestión –también aquellas a las que pudiera atribuirse el calificativo de técnicas– debe ser abordada con un tratamiento de conjunto, teniendo en consideración todas sus implicaciones. El ámbito competencial de las autoridades administrativas independientes se extiende a ámbitos de indudable relevancia política, como lo demuestra que las actividades desarrolladas en los mismos fueran prestadas hasta hace no demasiado tiempo en régimen de servicio público. El desapoderamiento del poder ejecutivo en estas materias responde a una visión economicista tendente a fomentar una libre competencia entre operadores que mejore las condiciones del servicio en beneficio de los usuarios, pero, paradójicamente, pude dar lugar a resultados contrarios al interés público si tales autoridades deciden ejercer sus propias competencias de

(21) En España, la más relevante de estas autoridades es la Comisión Nacional para los Mercados y de la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, que vino a integrar en su seno diversas comisiones preexistentes.

Fundación Speiro

espaldas a las directrices de política general, lo que sucede con alguna frecuencia por el deseo que tienen de reafirmar a toda costa su independencia (22).

Las normas aprobadas por las instituciones europeas, desde el exterior, y por las autoridades administrativas independientes, en el interior, suponen una quiebra tan sólo relativa del monopolio estatal de las fuentes del derecho. No es el fruto de resistencias sociales internas que pugnen por abrir nuevos canales de participación antes cegados, sino el resultado de una cesión de soberanía estatal –y, por ende, de poder político– justificada en motivaciones puramente económicas. Las normas emanadas de tales instituciones y autoridades responden a las mismas premisas racionalistas que el derecho positivo estatal, aunque ahora llevadas al extremo por la insensata pretensión de atribuir a los miembros de la clase burocrática el ejercicio de las potestades normativas propias de los gobiernos representativos.

El clima político reinante es, sin embargo, favorable a este tipo de soluciones, incluso con un alcance más general del que ahora es objeto de análisis, ante la incapacidad demostrada por las democracias parlamentarias de hacer frente a los actuales desafíos. No son pocas las voces que postulan gobiernos tecnocráticos como vía de escape de la última crisis económica –la solución «Monti» en Italia es un buen ejemplo–, cuyos efectos todavía persisten con riesgo de empeorar. El diagnóstico del problema subyacente resulta, sin embargo, incompleto. No cabe duda de que la desigualdad social resultante de la crisis es uno de los factores que han contribuido a generar una creciente desafección de los ciudadanos hacia el actual sistema político. Pero la causa principal de este descontento es lo que se percibe como el déficit representativo de unas instituciones secuestradas por una clase política que, enredadas en el laberinto del consenso, no saben dar respuesta a las cuestiones que se le presentan. No parece que esta situación pueda resolverse aplicando

(22) Así está sucediendo en nuestro país con la mencionada Comisión que, al poco de asumir potestades normativas en el ámbito energético, ha formulado diversos proyectos de circular que plantean una rebaja sustancial de las retribuciones del sector energético en la que los sucesivos gobiernos no habían reparado hasta ahora.

Fundación Speiro

criterios tecnocráticos que, lejos de constituir una solución, ahondarían la brecha existente entre Estado y sociedad.

A la misma conclusión ha de llegarse en el plano estrictamente normativo ante el riesgo de que una minoría de tecnócratas monopolice la creación del derecho. Si dicho riesgo ha sido siempre consustancial a la propia existencia del Estado –el último gobierno conservador español entre los años 2011 y 2018 dio muestra de ello–, su presencia se redobla dentro de la Unión Europea por la propia lógica de su funcionamiento y los fines que ésta persigue. El derecho europeo tiene como único objetivo la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Las diferentes condiciones sociales, económicas y políticas de los países europeos ceden así ante un derecho uniforme que se les impone desde arriba como condición de entrada y permanencia en aquélla. La Unión Europea ha dejado de ser, por otra parte, una organización de integración exclusivamente económica para convertirse en una instancia supraestatal que, como sucede en todos los procesos de construcción y concentración institucional, aspira a la supremacía del poder político y jurídico en un sentido amplio. Las reacciones frente a esta deriva –sea el rechazo del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europea o la inminente salida del Reino Unido de la Unión Europea– no han alterado, en lo sustancial, las dinámicas centralizadoras existentes en su seno.

La acción uniformizadora de la legislación europea se circunscribe fundamentalmente al derecho público y a aquellas áreas del privado en las que existen intereses económicos relevantes. No se ve afectado el derecho civil, salvo en algunos aspectos negociales. La regulación de las relaciones entre particulares sigue correspondiendo a las fuentes estatales internas del derecho y, dentro de ellas, a la ley casi en exclusiva, como ha sido usual desde la época de la codificación. El elenco de fuentes contemplado en el artículo 1 de Código Civil español de 1889 –ley, costumbre, principios generales del derecho– constituye una quimera.

El estatalización de las fuentes del derecho civil común ha alcanzado en nuestro país, a través de las Comunidades Autónomas –entes creados dentro del Estado y, por tanto,

Fundación Speiro

coherentes con la lógica estatal–, a los territorios forales que desde antiguo han ostentado un derecho propio caracterizado por una ordenación de las fuentes en las que la ley coexiste, en grado de equilibrio, con las fuentes no escritas. Cierto es que dicho proceso ya se inició con el Código Civil español de 1889, que ordenó elaborar unos Apéndices, luego llamados Compilaciones, para reunir en un texto escrito el derecho de aquellos territorios. Pese a que las compilaciones aprobadas en la segunda mitad del siglo XIX, algunas todavía vigentes, conservaron el peculiar sistema de fuentes del derecho foral y fueron respetuosas con la tradición jurídica vigente, eran ya, por el método jurídico empleado, el reflejo de la expansión irrefrenable del ideal racionalista que, aspirando a la unidad política y jurídica, prioriza al derecho positivo legislado sobre las fuentes no escritas que resultan más permeables a los variados matices de la realidad social. Y es que las diferencias de contenido que presenta el derecho foral histórico respecto del derecho civil común traen precisamente causa de un sistema de fuentes a través del cual se expresaba «un derecho espontáneo, formado en un ambiente de libertad civil, mediante costumbres adecuadas a las necesidades sentidas en cada localidad y en cada comarca» (23), que las Compilaciones quisieron encorsetar. Los esfuerzos realizados por los redactores del título preliminar del Código Civil en el año 1974 para sancionar «el pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes» (artículo 13.2), y el reconocimiento constitucional cuatro años más tarde de «los derechos civiles forales o especiales allí donde existan» (artículo 149.1.18ª), no consiguieron la reversión de un proceso de decadencia en el que, a los factores ideológicos ya apuntados, se unieron otros de carácter sociológico –la disolución de las estructuras comunitarias tradicionales, proclives a la percepción del derecho a través de fuentes no escritas, en las modernas sociedades de masas– que han trastocado profundamente la ordenación de fuentes del derecho civil foral, conduciendo

(23) Juan Vallet de Goytisolo, «Plenitud y equilibrio de percepción sensorial en las antiguas fuentes de derecho foral», *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), vol. XXIII-III (1970), pág. 556.

Fundación Speiro

a la prevalencia de las leyes escritas. Antes bien, dicho reconocimiento constitucional constituyó la «mayor amenaza política» para su supervivencia (24). Al haberse roto, por las razones sociológicas apuntadas, el equilibrio entre fuentes escritas y no escritas en beneficio de las primeras, los parlamentos autonómicos han asumido un protagonismo exclusivo en la labor de conservar, modificar y desarrollar tales derechos. De este modo, el derecho civil foral se ha convertido hoy en lo que nunca fue: la expresión de un principio de autonomía política y, por ende, de un privilegio constitucional. Por eso el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que en el pasado tuvieron derecho foral ha pasado a ser «derecho civil autonómico» –término que habla por sí mismo– para un buen número de tratadistas (25).

El panorama descrito pone de manifiesto, en definitiva, que la ley es la fuente predilecta del derecho moderno, la única en la práctica, tanto para la regulación de las instituciones políticas y administrativas como en el ámbito del derecho privado. La reducción formal de las fuentes de derecho a una sola –ley– pone en primer plano el problema de su contenido.

5. Las contorsiones de la ley

La conversión de la ley en fuente primaria del derecho ha venido acompañada por un cambio en su significado. En el pensamiento clásico, la ley era una regla de derecho elaborada teniendo presente las pautas de bien común. El requisito de la «generalidad» de las leyes era una consecuencia derivada de que en su contenido se habían atendido las exigencias de la justicia general. Habiendo sido aceptada en nuestra época una concepción del derecho de origen convencional, sin vinculación alguna con un orden trascendente, dicha característica ya no es una condición

(24) Id., *Reflexiones sobre Cataluña. Religación, interacción y dialéctica en su historia y en su derecho,* Barcelona, Fundación Caja Barcelona, 1989, pág. 520.

(25) José Joaquín Jerez, «Libertad civil y derecho foral», en *La comunidad política: organización y ordenamiento. En el centenario de Juan Vallet de Goytisolo,* Madrid, Itinerarios, 2017, págs. 61 y sigs.

Fundación Speiro

imprescindible de las leyes: «El dogma de la generalidad de la ley –escribe uno de los principales exponentes de la doctrina española– podrá expresar una directiva política, pero carece de consistencia como requisito técnico. Puede ser, y es lo corriente, un mandato preceptivo general, pero puede ser también un mandato singular o excepcional. De hechos son usuales y, por supuesto, valen como Ley, que es lo que importa, preceptos singulares o específicos, para supuestos únicos o para sujetos también concretos» (26). En la actualidad, el requisito de la generalidad de las leyes ya no resulta consecuente con la exigencia de que el contenido de la ley sea adecuado al bien común y se limita a ser una garantía del principio de no discriminación frente a la arbitrariedad del legislador.

Los sistemas constitucionales modernos asumen pues un concepto formal y no material de ley, como norma de aprobación parlamentaria que, por debajo de la Constitución, ocupa el primer lugar dentro de las fuentes escritas del derecho (27). La subordinación a la Constitución, como sustituto laico del bien común, nada dice del contenido de la ley, teniendo en cuenta que los textos constitucionales han sido formulados e interpretados con gran apertura a fin de dar cabida a las diferentes opciones políticas, económicas y sociales en las que se expresa la ideología pluralista –la antes denominada «Constitución delicuescente o líquida»–. El canon de constitucionalidad de las leyes ha quedado progresivamente reducido a un conjunto de reglas competenciales y procedimentales. La justicia constitucional recela de la utilización de criterios materiales en el enjuiciamiento de las leyes por el temor de que sus decisiones puedan ser consideradas antidemocráticas por contravenir los mandatos de la voluntad general parlamentaria. De este modo, la ley está recuperando el espacio perdido cuando, a principios del siglo XX –antes en los países anglosajones–, la Constitución se

(26) Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1983, pág. 144

(27) En este sentido, Ignacio de Otto define la ley como «todo lo acordado por el órgano legislativo mediante el procedimiento correspondiente, con independencia de cuál sea su contenido», *Derecho Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1987, pág. 162.

Fundación Speiro

erigió en norma suprema del ordenamiento jurídico. No es que formalmente haya dejado de serlo, pero su virtualidad se ha visto limitada a servir de campo de juego en el que las diferentes partidos políticos imponen, siguiendo un turno que recuerda a épocas pasadas, sus intereses privativos. Este es el primer signo de que la posmodernidad está permitiendo que la ley asuma de nuevo un protagonismo que había perdido en beneficio de la Constitución. Bien se comprende que este proceso de «reconquista» de la ley no ha comportado, ni previsiblemente comportará, el regreso a una concepción material que no atribuya tal calificativo a cualquier norma abstracta de aprobación parlamentaria.

Las circunstancias actuales apuntan, por el contrario, a una radicalización del concepto formal de ley en la que ha influido una característica que es propia o que, por lo menos, se ha acelerado en nuestra época: la disolución de la política en el derecho. Sea por una ingenua confianza en el valor taumatúrgico de las leyes, sea por una calculada estrategia de inmovilismo dirigida a minimizar el riesgo electoral derivado de la toma de decisiones políticas, se asiste a una confusión, en ocasiones querida y en ocasiones inconsciente, entre la función de gobernar y la función de legislar. El éxito gubernamental de los sucesivos gabinetes no se mide o cuantifica en los problemas resueltos, sino en el número de iniciativas presentadas ante las cámaras legislativas, incluso con independencia de que éstas se hayan aprobado o no. La confusión apuntada tiene consecuencias indeseables tanto para la política como para el derecho: para la política, porque la acción de gobierno exige la adopción de decisiones concretas que las normas jurídicas no pueden suplir, y para el derecho, porque las leyes carecen por sí solas de una virtualidad transformadora de la realidad social sin unas políticas públicas que las precedan, acompañen o secunden.

Las consecuencias de esta situación se manifiestan en, entre otros, los siguientes aspectos: el Gobierno ejerce con mucho más frecuencia de la debida las potestades que tiene constitucionalmente atribuidas para aprobar normas con rango de ley; las leyes han pasado a ocuparse de cuestiones que, por su carácter accesorio, serían más propias de

Fundación Speiro

los reglamentos u ordenanzas; y el número de leyes aprobadas es, a día de hoy, notablemente superior al que existía hace algunas décadas, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca.

La aprobación parlamentaria de las leyes encuentra en un buen número de países –también en España (art. 86 de la Constitución)– algunas excepciones en las que, por razones de urgencia, se atribuye al Poder Ejecutivo la potestad de aprobar normas con rango de Ley. Sucede, sin embargo, que el uso que se viene haciendo de esta potestad, lejos de ser ocasional, se ha convertido en algo habitual, sin que la justicia constitucional hayan reaccionado contra esta práctica, seguramente por la consideración de que, en los sistemas políticos parlamentarios, el Gobierno que aprueba tales normas cuenta con la confianza parlamentaria de la cámara. Se desdeña de este modo que la tramitación parlamentaria de las leyes aporta unas garantías de publicidad y transparencia que, en alguna aunque modesta medida, pueden contribuir a mejorar el contenido de las leyes. No cabe duda, en todo caso, que el ejercicio ordinario de potestades legislativas de excepción pone en cuestión la concepción moderna de la ley como norma de aprobación parlamentaria, al tiempo que contribuye a apuntalar su carácter meramente formal.

A esta misma dirección apunta el hecho de que las leyes se hayan adentrado en ámbitos propios de los reglamentos u ordenanzas. La modernidad conjugó la preeminencia de la ley, como expresión de la voluntad general representada por las asambleas parlamentarias, con la pervivencia de una potestad normativa reglamentaria en manos del Poder Ejecutivo y de la Administración a su servicio, como una suerte de residuo del principio monárquico. Las relaciones entre la ley y el reglamento se articularon reservando a la primera la regulación del núcleo sustancial de las materias que afectaban a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y atribuyendo al segundo el desarrollo de dicha regulación legal en cuestiones concretas o de detalle, siempre dentro del marco legal previamente establecido.

En el momento actual se advierte la tendencia cada vez más generalizada a reunir en un solo cuerpo normativo con

Fundación Speiro

rango de ley todas las previsiones relativas a una determinada materia, a fin de facilitar –se dice– el conocimiento y aplicación del derecho. Con este objetivo no se ha dudado en difuminar la distinción entre la ley y el reglamento, llevando a la ley previsiones que, por su naturaleza, deberían estar ubicadas en normas reglamentarias, o incluso elevando de rango disposiciones que, habiendo sido inicialmente aprobadas con carácter reglamentario, pasan a ubicarse en una norma con rango de ley. Pero no son sólo razones de seguridad jurídica sino también de marketing político –la aprobación de una ley como medidas estrella– las que en muchas ocasiones están detrás de este tipo de iniciativas (28).

Esta expansión desenfrenada de la ley, en detrimento del reglamento, se observa también con ocasión del proceso de incorporación al derecho español de las normas de la Unión Europea. En puridad, la incorporación de las directivas europeas no tendría necesariamente que realizarse –al menos no en todas sus previsiones o en el íntegro contenido de éstas– a través de una norma con rango de ley, dado que las materias reguladas no siempre se encuentran constitucionalmente reservadas a la ley. Pero la práctica legislativa demuestra que las directivas europeas son siempre, o al menos muy habitualmente, incorporadas a través de normas con rango de ley. El legislador interno rehúsa discernir, en función de su importancia, entre aquellas previsiones de las normas europeas que pueden ubicarse en la ley y aquellas otras que, por su marcado carácter técnico o por otras circunstancias, pueden remitirse al reglamento. Prefiere incorporar todas las previsiones a través de una ley, acaso con el propósito de manifestar a las autoridades europeas un compromiso político máximo en el cumplimiento de las directrices tecnocráticas emanadas de los burócratas europeos.

(28) Así, la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas constituida en el año 2011 impulsó la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que no contienen novedades sustanciales –sí formales y no precisamente afortunadas– respecto del ordenamiento precedente. Constituyen, en realidad, una refundición de normas legales y reglamentarias ya existentes, aunque sistemáticamente ordenadas de forma distinta, con pocos cambios relevantes.

Fundación Speiro

Este proceder está teniendo consecuencias indeseables tanto para la creación del derecho, ya que las leyes incorporan contenidos propiamente reglamentarios se encuentran expuestas a constantes modificaciones que, además de contrariar la estabilidad y certeza de las relaciones jurídicas, no pueden realizarse –en razón de la congelación del rango normativo de la materia regulada– en ejercicio de la potestad reglamentaria, obligando a tramitar el correspondiente procedimiento legislativo; como para la interpretación y aplicación del mismo, dado que se difumina la distinción entre principios y normas, dificultando la identificación de aquellos.

La situación descrita constituye un magnífico ejemplo de que la posmodernidad se manifiesta en ocasiones como una radicalización de los dogmas del pensamiento liberal, en este caso el de la centralidad de las leyes en la jerarquía de las fuentes escritas del derecho, que ha llevado a arrinconar al reglamento y privar a éste de la función que incluso los revolucionarios quisieron respetar. La modernidad otorgó a la ley la primacía entre las fuentes del derecho, aunque admitiendo la existencia de otras normas escritas que, por no ser expresión directa de la voluntad popular, tenían un rango subordinado a la Ley. La posmodernidad, en cambio, mira con un recelo cada vez mayor a los reglamentos, acaso por su origen «ilegítimo».

A resultas de los factores apuntados se ha producido un crecimiento exponencial en el número de leyes. El deseo irrefrenable de los sucesivos gobiernos de evidenciar una acción política inexistente a través de un ejercicio delirante –por la frecuencia e inconsistencia de las iniciativas– de su potestad legislativa que se ha traducido en una hipertrofia normativa que, aunque ya advertida en la primera mitad del siglo XX –es famosa y muy repetida la alusión del jurista alemán Carl Schmitt a lo que él denominaba «legislación motorizada», para referirse a la continua sucesión de normas jurídicas que se aprueban y publican en los boletines oficiales–, ha adquirido ahora una velocidad de vértigo por razones parcialmente diversas a las de entonces. La proliferación normativa se explica, antes y ahora, por la

Fundación Speiro

complejidad de las sociedades modernas y, sobre todo, por el intervencionismo de los poderes públicos consecuente con una determinada evolución de los fines del Estado. Pero también influye, en igual o mayor medida, la creciente desnaturalización de la ley –no sólo en su concepción clásica, sino también en la moderna– consiguiente a una desnaturalización de la política que nos conduce a una suerte de nomocracia.

La incesante sucesión de leyes provoca inestabilidad e inseguridad jurídica y repercute en el contenido de las leyes, muchas veces defectuoso y necesitado de reformas al poco tiempo de haber sido aprobadas. Estas circunstancias, unidas a una concepción de la ley meramente formal, han contribuido a echar por tierra uno de los últimos de los mitos del pensamiento liberal: la irresponsabilidad del poder legislativo. Este dogma trae causa de la consideración de la ley como un mandato soberano que sus destinatarios están obligados a cumplir en todos sus términos, soportando los eventuales efectos desfavorables que de las mismas puedan derivarse. Los Estados modernos se mostraron siempre reacios a admitir errores o asumir responsabilidades en el ejercicio de la potestad legislativa. En Francia, un conocido catedrático, a la sazón vicepresidente del Consejo de Estado, expresó sin ambages as razones ideológicas subyacentes en dicho dogma: «Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación». Y en el Reino Unido, en un sentido similar, era clásico el aforismo *The King can do not wrong*.

El pensamiento jurídico moderno nunca aceptó la posibilidad de que las leyes, en cuanto expresión de la voluntad soberana, pudieran comprometer la responsabilidad del Estado, ni siquiera cuando las constituciones dejaron de ser meros textos políticos de carácter programático y se consolidó la idea de que constituían una auténtica norma jurídica, con un rango superior a las leyes y, por tanto, parámetro de validez de éstas. Para garantizar la supremacía normativa de la Constitución se arbitró el control de constitucionalidad de las leyes, a fin de expulsar del ordenamiento jurídico todas aquellas que vulnerasen al texto constitucional. Pero los sistemas de control de constitucionalidad

Fundación Speiro

no cuestionan propiamente el fundamento convencional de las leyes, sino que se limitan a comprobar si existe una adecuación entre la voluntad soberana originaria, plasmada en la Constitución, y la voluntad originaria derivada, expresada en las leyes. Además, las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes tienen un carácter prospectivo, *ex nunc*, de forma que, al amparo de ellas, no se pueden revisar situaciones jurídicas pasadas –sentencias o actos administrativos firmes–, por más que estas traigan causa de una ley declarada inconstitucional. La eficacia meramente prospectiva de las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes obedece ciertamente a razones de seguridad jurídica pero es, al mismo tiempo, deudora de una concepción de la ley como norma soberana. De este modo, los ciudadanos carecen del derecho a obtener una revisión de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley posteriormente declarada inconstitucional.

En las últimas décadas, estas premisas intelectuales se han puesto en cuestión. Se sigue sosteniendo que, por motivos seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes no puede justificar la revisión de situaciones jurídicas pasadas –sentencias o actos administrativos firmes–. Pero se reconoce, en cambio, que los ciudadanos involucrados en tales situaciones puedan obtener una reparación o compensación a título de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos a resultas de la aplicación de esta dicha ley (29). De este modo, la concepción de la ley como mandato soberano ya no es –a diferencia de lo que sucedía hasta hace bien poco– una razón que justifique la irresponsabilidad de los poderes públicos en caso de declaración de inconstitucionalidad de una ley. Pese a todo, el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados en caso de leyes declaradas inconstitucionales se mueve todavía dentro de las coordenadas ideológicas de la modernidad.

El pensamiento jurídico posmoderno ha dado sin embargo un paso más, admitiendo el efecto potencialmente lesivo de leyes que no hayan sido declaradas inconstitucionales y

(29) *Vid.* artículo 32.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Fundación Speiro

la obligación estatal de resarcir los daños ocasionados por éstas. En el ordenamiento español, el deber público de resarcimiento de los daños causados por leyes no declaradas inconstitucionales quiso limitarse a aquellos supuestos en que las propias leyes preveían la indemnización, de modo coherente con la concepción de la ley a que antes he hecho referencia (30). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de indemnización sin necesidad de que las leyes lo prevean, de forma que una ley perfectamente constitucional, en cuanto reflejo de una voluntad soberana acorde con la Constitución, pueda resultar lesiva para los ciudadanos.

En definitiva, se ha terminado por aceptar, aunque sea a regañadientes, que la voluntad soberana no resulta infalible y que, por tal razón, las previsiones contenidas en una ley, aunque sean expresión de dicha voluntad, pueden resultar antijurídicas e incluso dañinas para los ciudadanos.

6. Conclusión

Las consideraciones expuestas no deben llevar a engaño acerca del verdadero designio de la posmodernidad. La crítica o censura a la aplicación dogmática de los principios del derecho moderno apreciable en algunos ámbitos no se realiza con la pretensión de sustituirlos, sino simplemente con la de eliminar los excesos apreciados en su aplicación y reconducirlos a límites, a fin de que tales principios puedan seguir aplicándose. Se trata de una reacción frente a la modernidad, pero dentro de la modernidad, que además, se combina con una intensificación, agudización y radicalización de tales principios en otros aspectos. No es pues un movimiento

(30) *Vid.* art. 139.3 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, Régimen Jurídico del Sector Público: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen».

Fundación Speiro

de oposición de la modernidad que aspire a retornar a la situación precedente o establecer una concepción del derecho y de la política radicalmente diferente a la que hoy conocemos. Su propósito no es debilitar a la modernidad sino reforzar sus cimientos y perpetuar su vigencia.

Fundación Speiro