EN TORNO A LA CRISIS DEL DERECHO

JAVIER PAMPARACUATRO MARTÍN

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. FENOMENOLOGÍA DE LA CRISIS DE LA LEY. A) Inflación; B) Debilitamiento; C) Volatilidad; D) Fragmentación-Desestructuración. 3. CONCLUSIÓN

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 92, enero-abril 2015, págs. 165-194

Fecha recepción: 15.05.2014
Fecha aceptación: 12.01.2015

EN TORNO A LA CRISIS DEL DERECHO*

JAVIER PAMPARACUATRO MARTÍN

Universidad del País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

Un fantasma recorre Europa. Nadie sabe cómo ni de dónde ha llegado, pero ha venido para quedarse. De hecho, aunque muchos no lo hayan advertido, lleva tiempo instalado entre nosotros, impregnando con su ominosa presencia cada vez más espacios de la casa común. Por si no se ha adivinado, aludo a un proceso anómico sin precedentes que ha trastocado todo el universo cultural, moral y espiritual de Occidente en tan solo unas décadas.

Antes de comenzar, conviene recordar aquí los tres sentidos —relacionados entre sí— del concepto de anomia. «Haciendo siempre referencia a la crisis de los marcos normativos de la acción [anomia], puede denotar: (a) vacío absoluto de normas o reglas de acción; (b) colisión o incongruencia normativa de la que resultan incertidumbre y desorientación prácticas y/o conducta desviada; (c) falta de asunción, asimilación o reconocimiento de normas legítimas»[1]. La definición ofrece, como es lógico, una idea absoluta o máxima de anomia, pero, obviamente, el estudio de la crisis de validez de las normas en la realidad social remite a una escala que admite grados. Cuando se quiere explicar con arreglo a

* Este artículo es una variante de una comunicación presentada en el seminario «Pérdida del marco trascendental. Consecuencias en la realidad sociopolítica», celebrado en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad del País Vasco el 19 de diciembre de 2013. Agradezco al profesor Javier Tajadura Tejada el comentario e indicación que me aportó.

[1] Giner, S.; Lamo de Espinosa, E.; Torres, C. (eds.) (1998, 2006²). *Diccionario de sociología*, Madrid, Alianza, pp. 27-28.

dicho concepto una situación histórica dada, es preciso ubicar esta en uno u otro lugar de un continuo. Pero si de lo que se trata es de explicar la situación presente, entonces además hemos de figurárnosla como un punto móvil que se halla en desplazamiento constante a lo largo de la escala y hacia su extremo: «el camino hacia Anomia», de que habla Dahrendorf[2].

La anomia global, o crisis de todos los marcos normativos de acción, cristaliza en distintas anomias (jurídica, política, moral…), cada una de las cuales está dotada de características singulares y de una dinámica propia que acentúa la desorganización general de fondo. El conjunto de las manifestaciones anómicas en el ámbito del derecho conforma lo que desde hace bastantes años se viene diagnosticando como una situación de grave crisis o decadencia paulatina de la ley. Esta crisis forma parte indiscernible de una misma conmoción histórica. En 1946, Carnelutti destacó: «a la crisis de la civilización corresponde, o, mejor, en la crisis de la civilización está comprendida también, una crisis del ordenamiento jurídico»[3]. A mediados del siglo XX, Ripert analizó el panorama del derecho en un libro, *Le déclin du droit* (1949), que puede considerarse premonitorio —empezando por su título— de muchas voces de alarma o inquietud actuales. Pero, ya antes, el autor arriba mencionado, Carnelutti, anunció la crisis de la ley y la crisis del derecho en sendos artículos de 1930 y 1946 (y, por último, la muerte del derecho en un trabajo de 1953).

A pesar de que cada uno de los ámbitos de la cultura (político, jurídico, moral, intelectual, etc.), tras resultar afectados por el proceso anómico, exhibe su peculiaridad distintiva, su idiosincrasia, todos ellos presentan una común fenomenología analizable en una misma serie de notas. En la esfera jurídica, esa serie constituye en definitiva el conjunto de aspectos en que se deteriora la calidad formal y material de la ley. Algunos de ellos son los siguientes: inflación, debilitamiento, volatilidad, fragmentación-desestructuración.

2. FENOMENOLOGÍA DE LA CRISIS DE LA LEY

A) Inflación

Es la característica más visible. A fin de evitar equívocos, conviene, antes de nada, considerar la inflación como un rasgo hasta cierto punto independiente de

[2] «El camino hacia Anomia», en Dahrendorf, R. (1994) [1985]. *Ley y orden*, Madrid, Civitas, pp. 13-58.

[3] Carnelutti, F. (1953) [1946]. «La crisi del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, vol. II, pp. 65-82, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 73.

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 92, enero-abril 2015, págs. 165-194

los demás rasgos que no determina necesariamente que aparezcan o se agraven los mismos. Para aclarar este extremo, valga la analogía con la inflación en economía. La inflación económica no es mala por fuerza. Si se mantiene en tasas bajas y no crece fuera de control, es incluso conveniente. Así, de la misma forma que en economía un nivel contenido de inflación es beneficioso para el sistema, en derecho un número moderadamente alto, pero controlado, de leyes —o su ajuste periódico— quizá sea, además de inevitable, necesario y útil para responder a la complejidad de la sociedad actual y a su rápido cambio en todos los órdenes (por ejemplo, la ley habrá de hacer frente a los peligros de la sociedad tecnológica).

Sin embargo, la realidad del derecho en nuestras sociedades dista mucho de someterse a contención. Nuestros parlamentos fabrican masivamente leyes que lo son solo en la forma, mas no en su sustancia. Es «un abuso político y una prestidigitación lógica», denunciaba Carl Schmitt, «designar como ley ("ley en sentido formal") sencillamente todo lo que hagan dentro del procedimiento legislativo los órganos competentes para legislar»[4]. Sucede entonces una inflación excesiva de «leyes» que aumenta sin medida, una hiperproducción de preceptos legales. «La vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables (…) ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y de Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético»[5].

Las leyes ya han dejado de ser normas establecidas de forma ponderada, cauta y reflexiva por las asambleas deliberantes y por los codificadores, para pasar a ser producto apresurado, negligente y masivo de gobiernos y parlamentos. Frente a lo que Hauriou llamaba *la sage lenteur*, la sabia lentitud, de los legisladores y asambleas del siglo XIX en el estudio y reflexión de las leyes, tenemos hoy el fenómeno opuesto, un fenómeno —en todas las acepciones de la palabra— muy conocido, constatado en todos los países, descrito ya hace tiempo y que hoy configura un auténtico *topos* del pensamiento jurídico. Casi todas las expresiones que los juristas han utilizado para designarlo son metáforas provistas de una gran carga negativa. Schmitt lo calificó en 1950 con el nombre de «ley motorizada»[6]; Ortega lo criticó en 1953 llamándolo «legislación incontinente» (v. n. 63);

[4] Schmitt, C. (2011) [1928]. *Teoría de la Constitución,* Madrid, Alianza, pp. 209-210.

[5] García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, pp. 47-48.

[6] En el original, «das "motorisierte Gesetz"». Schmitt, C. (1950). *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft,* Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, p. 20.

Luhmann en 1981 usó los términos de «marea de leyes»[7] o «hiperjuridificación»; «leyes desbocadas» es la expresión escogida por García de Enterría. Son denominaciones que se pueden integrar en la lista que Laporta ha elaborado de expresiones acuñadas por juristas de todo el mundo: explosión legislativa, avalancha de leyes, inflación legislativa, orgía legisladora, desbordamiento de fuentes, hipertrofia legislativa, contaminación legislativa, cúmulo salvaje de leyes, aluvión legislativo, etc[8].

Desde que fue definido por vez primera, el problema no ha hecho otra cosa que agravarse. Los viejos códigos, herencia de Napoleón, si bien continúan siendo una referencia prestigiosa, son relegados al limbo del derecho supletorio por las llamadas «leyes especiales», regulaciones pormenorizadas y sectoriales no siempre justificadas que los condicionan y excepcionan por todas partes. Por ello, resalta Irti, «el período histórico que se abre con la segunda posguerra será quizás recordado como el de la *edad de la descodificación*: de una cotidiana y penetrante conquista de territorios por parte de las leyes especiales»[9]. La técnica decimonónica de los códigos ha cedido ante la aprobación de innumerables leyes de forma independiente o aislada. Yendo más allá, se ha sostenido incluso que «los viejos instrumentos de codificación se han quedado obsoletos frente a una realidad compleja, diversa y segmentada»[10]. Por diversas razones parecerían, si se hicieran hoy, un brindis al sol propuestas como una de hace más de cincuenta años —que entonces aún tenía sentido y era realizable— que aconseja que las leyes, previamente a su elaboración parlamentaria, «y en su último período de preparación, pasen por un solo órgano técnico. Es decir, que las comisiones que tradicionalmente se llamaron de codificación extiendan su función a todas las leyes, cualquiera que fuera su contenido, y que lo mismo se hiciera con las disposiciones emanadas de la función reglamentaria de la Administración»[11].

Si hemos de proyectar una imagen que represente las consecuencias inmediatas de la excesiva inflación de leyes, sería la de caótico laberinto o inextricable maraña, cuadros contrapuestos al ideal de simplicidad que debe realizar el orde-

---

[7] Luhmann, N. (1993) [1981]. *Teoría política en el Estado de Bienestar,* Madrid, Alianza, p. 154.

[8] Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en Menéndez Menéndez, A.; Pau Pedrón, A. (dirs.). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, pp. 29-88, Madrid, Civitas, pp. 45 y 63.

[9] Irti, N. (1992) [1978]. *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, p. 33.

[10] Martínez Roldán, L.; Fernández Suárez, J. A.; Suárez Llanos, L. (2007). *La ley desmedida. Estudios de legislación, seguridad y jurisdicción,* Madrid, Dykinson, p. 94.

[11] Batlle Vázquez, M. (1962). «De la profusión de normas jurídicas», *Anales de la Universidad de Murcia.* Derecho, 20 (pp. 209-214), p. 214.

namiento jurídico. En España, a la multiplicación incontenible de las leyes del parlamento de la nación se le suman los desarrollos igualmente incontenibles que emanan de los parlamentos regionales e instancias europeas, sin olvidar las normas reglamentarias que complementan o ejecutan las leyes, las ordenanzas y reglamentos de diputaciones y ayuntamientos… Pero a este desbordamiento y dispersión de fuentes volveré a referirme en el subapartado D, dedicado a la fragmentación y desestructuración de la ley.

B) Debilitamiento

Debilitamiento es tanto como decir desnaturalización de la ley, merma o pérdida de sus propiedades más consustanciales. El debilitamiento de las leyes obedece a muy diversos factores. En un primer acercamiento al proceso, se observa que es correlativo a la inflación. «Las leyes inútiles debilitan las necesarias»[12], escribió Montesquieu. Del mismo modo que la inflación monetaria trae consigo la disminución en el valor del dinero, la inflación legislativa acarrea la devaluación de las leyes. «Nuestras leyes valen hoy menos que las de otros tiempos», se lamentaba Carnelutti; «al crecer su número, no consiguen llenar ya su función»[13]. A la hipertrofia legislativa le corresponde un debilitamiento estructural y una «hipostenia» legislativa. Por decirlo de otra forma, la expansión cuantitativa de las leyes comporta «un marcado déficit en la intensidad de su eficacia»[14], que se traduce en falta de respeto, incumplimiento o inaplicación de muchas normas.

Consideremos tan solo un ejemplo de entre los muchos que pueden proponerse. Nos lo suministra la legislación tributaria. Las leyes fiscales descargan su mayor peso sobre el contribuyente medio y lego, pues siempre tienen portillos que permiten a los contribuyentes ricos y bien asesorados llevar a cabo una defraudación efectiva, pero formalmente irreprochable. Hay, en suma, un derecho para contribuyentes, y otro para defraudadores materiales cubiertos por la ley. En esta segunda variedad —dice Alejandro Nieto—, «el Derecho está tan distorsionado que ha dado en llamarse "ingeniería legal" o "ingeniería organiza-

[12] Montesquieu (2003) [1743]. *Del Espíritu de las Leyes,* Madrid, Alianza, XXIX, 16.

[13] Carnelutti, F. (1994) [1954]. *Cómo nace el derecho,* Santa Fe de Bogotá, Temis, p. 53.

[14] Pérez Luño, A. E. (1993, 2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, La Ley, p. 117. «Eficacia», «efectividad» y «eficiencia» no son, en teoría general del derecho, términos sinónimos. Eficacia es «la correspondencia entre el modelo de comportamiento previsto en la norma y el comportamiento real de los destinatarios de la misma. Y así se dice que una norma es eficaz cuando es obedecida» (Zapatero, V. (2009). *El Arte de Legislar*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 33). Una norma es efectiva cuando alcanza el estado de cosas que se persigue con la misma. El concepto de eficiencia alude a la consecución de un estado de cosas determinado al menor coste posible.

tiva" —ambición suprema de los mejores despachos de abogados—, que es el arte de defraudar sin delincuencia, de realizar lícitamente lo prohibido y, en fin, de burlar el Derecho en la tolerancia de éste»[15].

El legislador, al fracasar en su función principal, se deslegitima a sí mismo. Hace ya décadas se constató el fenómeno, entonces nuevo, de un desapego o desconfianza generalizados hacia la ley que revelaba que la relación del hombre con la misma había cambiado radicalmente. Se trata de una impresión, escribía Bachof, «dominante, imprecisa, pero no por ello falsa, de que la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes»[16]. El malestar y desconfianza hacia la ley —la anomia jurídica— no siempre han existido, y, cuando existen, no siempre son conscientes, ni presentan una única y misma forma. En el polo opuesto, el liberalismo y constitucionalismo clásicos creían con firmeza en la ley y no desconfiaban del legislador. Rousseau aseguraba que la ley, dado que es fruto de la voluntad general, no puede ser injusta, puesto que nadie es injusto contra sí mismo[17].

Actualmente, la ley ha perdido su antigua e inexorable supremacía. Procede de una diversidad de orígenes ajenos al legislador; testimonia la alteración del principio de división de poderes, o, lo que es lo mismo, la confusión de los tres poderes. La ley ha pasado a estar sometida «a la posibilidad de ser —cosa impensada para la doctrina clásica— enjuiciada y anulada por un tribunal»[18]. A lo que hay que sumar que «la incuestionada omnipotencia de una ley que se proyectaba sobre el caso concreto se resquebraja: los pilares parlamentarios ya han cedido»; en su lugar, «se proclama una justicia material»[19] henchida de principios y valores que al juez le compete descubrir. Se hace realidad así lo opuesto a lo que recomendaba Voltaire: «que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros»[20].

Clásicamente, la ley se caracterizaba ante todo por su generalidad, universalidad, abstracción, pretensión de estabilidad y permanencia. En esos rasgos

[15] Nieto, A. (2007). *Crítica de la Razón Jurídica,* Madrid, Trotta, p. 207.

[16] Bachof, O. (1985) [1959]. *Jueces y constitución,* Madrid, Civitas, p. 48.

[17] Rousseau, J.-J. (1973) [1762]. *El contrato social*, Madrid, Aguilar, libro II, cap. VI.

[18] García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, pp. 42-43.

[19] Martínez Roldán, L.; Fernández Suárez, J. A.; Suárez Llanos, L. (2007). *La ley desmedida*, p. 92.

[20] Voltaire (1926) [1767]. «Fragment des instructions pour le Prince Royal de ***», en *Oeuvres complètes*, Paris, Baudouin Frères, vol. XXXVIII, p. 85. Citado en Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, p. 8.

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 92, enero-abril 2015, págs. 165-194

radicaba justamente su prestigio y primacía. Hoy, la transformación parece ser completa. Según la doctrina alemana, hoy la ley es sobre todo una *Massnahmegesetz*, una ley-medida[21]: un precepto que se propone, no definir un orden abstracto de justicia tendencialmente permanente, sino solventar un problema actual y concreto, para lo cual arbitra una medida también concreta, que sin embargo mantiene la apariencia de norma abstracta. Así, concentrándose en supuestos específicos y objetos determinados, la ley-medida, característica de nuestro tiempo (más específicamente, del estado gestor y social[22]), renuncia a sus señas de identidad clásicas para convertirse en un puro acto instrumental. Es en este paso del gobernar *en* la ley a gobernar *mediante* leyes, en donde el constitucionalismo clásico queda desbancado. Con la perversa consecuencia de que el gobierno *mediante* leyes equivale, en definitiva, a un modo de escapar a su control. Schmitt explicó el giro así: «En un Estado de Derecho debe imperar "la ley" y estar colocada la total actividad del Estado bajo la reserva de la ley. Con eso quiere impedirse precisamente que las instancias competentes para legislar coloquen su propio imperio en el lugar del imperio de una norma, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes, de las "leyes"»[23]. (Es revelador que el origen doctrinal de la distinción entre ley y medida se halle en el análisis de Schmitt del artículo 48, 2, 1, C. a. de la Constitución de Weimar. En situaciones tales como guerra o insurrección, en que la seguridad y orden públicos están gravemente alterados, tal artículo faculta «al presidente del Reich para adoptar *todas* las *medidas* que juzgue adecuadas para el restablecimiento de la seguridad y orden público», «medidas que no son ni actos legislativos, ni judiciales». La autorización para «toda clase de *medidas* exigibles según la situación de las cosas» significa potestad para quebrantar prescripciones legales, y su contenido no está determinado de antemano, sino que «depende tan sólo de lo que el autorizado

[21] Schmitt identifica tempranamente el núcleo de la cuestión (la distinción entre ley y medida, que veremos a continuación en el texto). Retomando el planteamiento de Schmitt, en una reelaboración teórica, Forsthoff delimita conceptualmente la noción de *Massnahmegesetz* (definida como acto jurídico con forma de ley caracterizado por la concreción del contenido y su vinculación a un objeto determinado) (cf. Forsthoff, E. (1973) [1955]. «Le leggi-provvedimento», en Forsthoff, E. (1973) [1964]. *Stato di diritto in trasformazione*, pp. 101-128, Milano, Giuffrè, p. 109).

[22] Cfr. Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación…», pp. 30-46. El tipo de estado que correspondería a la concepción ilustrada de ley puede denominarse «estado garante». Esta entidad, a diferencia del estado gestor y social, constituye mucho más un modelo teórico que una realidad histórica.

[23] Schmitt, C. (2011) [1928]. *Teoría de la Constitución*, p. 210.

tenga por conveniente». «Este postulado contiene la regulación de una dictadura típica»[24], dice Schmitt).

La ley-medida es solo una de las distintas causas que explican la pérdida de generalidad y de abstracción. Entendido como privación de esos rasgos fundamentales, el debilitamiento de la ley hace siglos que fue señalado. Tal y como Vives intuyó, supone la pérdida de la condición misma de ley. Cuando la ley se promulga, dice, «para una localidad concreta o para un hombre preciso o un municipio particular», «la ley toma el nombre de privilegio»[25]. En este sentido, en nuestras sociedades, la ley disipa su condición de tal, se desnaturaliza, entre otros motivos, porque el legislador, solicitado por los más diversos grupos e intereses, no puede resistir la tentación de dar respuesta legislativa a problemas concretos de individuos y colectividades. El interés general salta en pedazos, y es sustituido por un sinfín de intereses de grupos de damnificados, agraviados o indignados, a los que el político mima porque al fin y al cabo le conceden el voto. Si en otro tiempo la sociedad se estructuraba en grandes clases homogéneas, ahora se presenta como un conglomerado de minorías cuyos intereses o demandas es imposible articular en un proyecto político común y para todos. Irti hablaba de «una *sociedad pulverizada*, que no se reconoce en una común escala de valores y se descompone en la variedad de los grupos»[26].

Muchas normas son, según Zagrebelsky, producto de un auténtico «mercado de las leyes»[27] en el que los distintos grupos sociales e intereses corporativos reclaman para sí un trato normativo diferenciado. «Sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado "Estado social" (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador», acaece una verdadera explosión de legislaciones diversificadas según grupos sociales, «con la consiguiente crisis del principio de generalidad»[28]. Continuamente se originan, además, relacionadas con tales grupos, situaciones y necesidades nuevas y cambiantes que requieren normas jurídicas apropiadas para cada caso, adaptadas a las circunstancias, y en constante renovación. Sobreviene entonces la crisis del principio de abstracción. A este cuadro hay que añadirle la «contractualización» de los contenidos de la ley —amparada en ocasiones por el propio ordenamiento

[24] *Ibíd*., p. 167. El subrayado es del autor.

[25] Vives, J. L. (1948) [1531]. *De las disciplinas*, parte II, lib. V, cap. IV, en *Obras completas*, vol. II, Madrid, Aguilar.

[26] Irti, N. (1992) [1978]. *La edad de la descodificación*, p. 80. El subrayado es del autor.

[27] Zagrebelsky, G. (1995) [1992]. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,* Madrid, Trotta, p. 37.

[28] *Ibíd*.

© UNED.

cuando contempla la admisión en el procedimiento legislativo de los grupos de interés—, proceso de creación de derecho en que participan distintos agentes sociales (sindicatos, partidos, grupos de presión) y que discurre al margen de la deliberación legislativa en las cámaras. El resultado de este proceso plural es una legislación paccionada que refleja una relación de fuerzas contingente, vigente en un momento dado, pero quizá no en otro posterior. Por su propia índole, ese resultado no consagra intereses generales, ni se basa en la común aceptación de valores por parte de los ciudadanos; «está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad», siendo ésta «la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes»[29].

Entre la plétora de leyes con las que el estado diversifica según variados criterios a sus ciudadanos tratándolos de forma desigual, incluyo la legislación discriminatoria (aquella que impone cupos, cuotas, medidas de compensación) derivada del dogma de la discriminación positiva o *affirmative action*. El auge de una legislación con vocación de ocuparse de problemas que atañen a segmentos concretos de la población, el incremento de una legislación que no es igual para todos, sino que favorece a algunos destinatarios perjudicando a otros, tiene como efecto la desprotección del ciudadano. La ley débil es también debilitadora. Volveré sobre este punto más adelante.

Me atrevería a afirmar que a la ley inspirada por los principios de la Ilustración le ha sucedido la ley del más débil, en extraña cohabitación con la ley del más fuerte, pues es indudable que, al lado de la discriminación positiva, de los regímenes especiales, de la excepción legal para con el más «desfavorecido», se yergue el hecho incuestionable de que la ley es también el resultado de un proceso de «concertación» o pacción, en el cual la participación de todos los grupos sociales es restringida y desigual y el interés general queda, con toda seguridad, subordinado a los intereses particulares de fuertes poderes fácticos (bancos, corporaciones industriales, profesionales, partidos políticos, asociaciones patronales, sindicales, etc.), ya sea de ámbito nacional o transnacional, que ejercen considerable influencia y presión con objeto de inclinar a su favor el contenido de la legislación. «En estas circunstancias —apunta Zagrebelsky—, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*»[30].

Como he venido señalando, el estado gestor y protector hace incompatible con él la concepción ilustrada de ley, esto es, la generalidad y abstracción de las leyes, su escasez y su perdurabilidad. Tal vez, como dice Bachof, «lamentarse de

[29] *Ibíd*.
[30] *Ibíd*.

esta evolución es inútil, porque es algo inevitable, adecuado al estado moderno y, finalmente, porque no se puede impedir»[31]. Torres del Moral destaca que el estado social tiene como norte «dar cumplimiento a uno de los retos más formidables de dicho Estado: la igualdad», un valor que ya no puede ser identificado sin más con el principio de la generalidad de la ley: necesita además dar cabida «al principio dialécticamente opuesto de "a cada cual según sus necesidades"»[32]. A los valores burgueses por excelencia (libertad, propiedad), protegidos por ideales jurídicos de antaño (generalidad, reserva de ley, etc.), se oponen los valores igualitarios de hogaño, inspiradores de una transformación institucional y jurídica que se orienta a la distribución y redistribución de renta y recursos.

Aceptando esta transformación jurídica como algo consustancial al estado social, se han de distinguir en ella, con todo, dos tramos. El primero es una evolución del derecho inevitable, necesaria, útil y en consonancia con los cambios de la sociedad. Por ejemplo, «la contratación privada, tradicionalmente regida por el principio dispositivo o de autonomía de la voluntad, se convierte en objeto de disposiciones imperativas que pretenden tutelar los intereses de la parte negociadora más débil»[33]. En el estado social y protector, la juridificación no se limita a la contratación laboral, ámbito paradigmático de contrato en que más restricciones se imponen a la negociación, sino que se ha extendido y se plasma asimismo en leyes de consumidores, suscriptores de pólizas de seguro, propietarios de pequeñas empresas, etc., leyes que tienen la finalidad de tutelar a los ciudadanos en negociaciones desiguales y proteger sus intereses frente a situaciones y condiciones impuestas por entidades financieras y grandes empresas. Este ejemplo describe el tramo «bueno» en el desarrollo histórico del derecho. Ahora bien, está seguido por un segundo tramo, un tramo «malo»: hay un punto a partir del cual la juridificación se vuelve incontrolable, superflua y disfuncional para la sociedad.

Como dice Prieto, «parece que el problema de la calidad de las leyes tiene bastante que ver con la incidencia del Estado social en los procesos de producción jurídica»[34], una incidencia e intromisión que cada vez son mayores y que, consecuentemente, aceleran el proceso de degeneración de la ley. Por otra parte —apostillemos—, se observan demasiados fenómenos, y demasiado importantes,

[31] Bachof, O. (1985) [1959]. *Jueces y constitución*, p. 51.

[32] Torres del Moral, A. (1997). «Cortes Generales y centralidad política», en VVAA. *Estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruiz-Rico,* vol. II, pp. 1057-1081, Madrid, Tecnos (3 vols.), p. 1078.

[33] Marcilla Córdoba, G. (2005). Racionalidad legislativa. *Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 178.

[34] Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos,* p. 28.

© UNED.

que hacen pensar que se ha desarrollado una verdadera patología en la forma en que ha evolucionado hasta hoy dicho estado social. La lista de trastornos ligados a él que sigue a continuación no es, desde luego, exhaustiva: «ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo»[35].

El problema de las leyes diversificadas y de su relación con el estado social es complejo, y no lo puedo abordar aquí. Es complejo, en parte porque tiene conexión directa con el principio de igualdad, un asunto intrincado y sujeto a discusión y controversia inacabables. Se ha afirmado que el estado social, al ser sensible a las circunstancias particulares de las personas y de los grupos sociales, no sólo no opone obstáculos a la aprobación de leyes sectoriales, sino que incluso las propicia por mor del principio de igualdad[36]. Pero yo añadiría que tal principio tiene varias vertientes, y que el estado social se decanta evidentemente por una en particular[37]. Sin ánimo de profundizar en la vidriosa cuestión, es innegable la existencia de un conflicto entre criterios de igualdad a la hora de determinar cuál debe ostentar la primacía en la vida social. A mi modo de ver, el objetivo primordial de la ley no es facilitar la redistribución de riqueza, sino alcanzar la alta fiabilidad y estabilidad —la fortaleza— de un conjunto de leyes y sanciones. Si antes no se genera riqueza porque no hay seguridad jurídica, la redistribución simplemente no podrá producirse[38].

Ahondando en el quebramiento de los ideales de generalidad y abstracción, se da en la actualidad un sospechoso incremento de leyes singulares, leyes con escasos destinatarios y plazos breves[39]. Aquí se encuadran las leyes *ad personam* y

---

[35] Ferrajoli, L. (1999) [1994, 1997, 1999]. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, p. 30.

[36] Torres del Moral, A. (1997). «Cortes Generales y centralidad política», p. 1078.

[37] Un análisis de los distintos criterios de igualdad y de su relación con la ley se encuentra, por ejemplo, en: Sartori, G. (1987, 2007). *¿Qué es la democracia?* Madrid, Taurus, pp. 207-226. El criterio de «a cada cual según sus necesidades», propio del estado social, es el de la igualdad proporcional.

[38] Leemos en un manual básico de economía: «Una de las razones primordiales por las que Gran Bretaña prosperó durante los años de la Revolución Industrial fue porque su sistema jurídico se consideraba muy fiable. Esto diferenciaba con claridad al país de muchos de sus homólogos europeos, donde las guerras y las disputas a menudo hacían tambalear los derechos de propiedad» (Conway, E. (2010) [2009]. *50 cosas que hay que saber sobre economía*, Barcelona, Ariel, p. 107).

[39] La *Massnahmegesetz* es un fenómeno distinto a la ley singular, por cuanto su naturaleza jurídica «deriva de la noción de *medida* como disposición y, en concreto, del engarce entre el medio y el objeto» (Montilla Martos, J. A. (1994). *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, p. 100). «La naturaleza de la ley-medida no puede deducirse ni de la

las leyes *ad hoc*. Las primeras son leyes de caso único o con destinatario individualizado. Un ejemplo es la ley 21/2005, de 17 de noviembre, que restituye a la Generalidad de Cataluña los documentos incautados durante la Guerra Civil y que se hallaban custodiados en el Archivo de Salamanca. Las leyes *ad hoc* son leyes a las que se dota de un falso carácter general y abstracto destinadas a liquidar una situación problemática para el gobierno, pero respetuosa con la legalidad vigente. Pongamos por caso el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía, una norma *ad hoc* y *a posteriori* abiertamente favorable a la OPA de Gas Natural sobre ENDESA y encaminada, entre otras cosas, a obstaculizar la intervención de un tercero, la empresa alemana E. ON, que pretendía alzarse con la OPA ateniéndose a la legalidad vigente. Como muestra el ejemplo, a veces se legisla en particular obedeciendo impulsos poco confesables, y entonces se diría que la ley *ad hoc* envuelve insidiosamente una norma *contra personam* (física o jurídica).

En el caso de las leyes singulares, es claro que las Cortes no dictan normas generales y abstractas, esto es, no legislan en sentido propio, sino que *administran*, y con estas medidas materialmente administrativas «lo que de veras pretenden es escapar al control de los tribunales ordinarios amparándose en la inmunidad —salvada la intervención excepcional del Tribunal Constitucional— que les ofrece su condición de leyes formales. Un dato que en España tiene una enorme trascendencia si se piensa que contamos con dieciocho órganos legislativos»[40]. Estas normas con forma de ley cierran a los interesados el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo cual se endosa a la Constitución las funciones de control a la administración. «En estas condiciones es difícil seguir manteniendo que el Poder tiene que ajustarse a la ley cuando realmente es ésta la que se ajusta a la voluntad del Poder»[41].

Inquiramos la razón última de que las leyes no generales, las leyes que prevén exclusiones, ya no sean leyes protectoras (por no hablar de la regresión que representa el que los derechos desiguales de las políticas compensatorias reduzcan la ley al estadio anterior de privilegios). Hayek diferencia entre la ley y el mandato: la primera no presupone que hay alguien en su origen, y se define por su generalidad, impersonalidad y abstracción; el segundo tiene un contenido específico[42]. «Así pues, activar leyes sectoriales equivale a percibir las leyes como

contraposición general-individual ni de la antítesis abstracto-concreto» (FORSTHOFF, E. (1973) [1955]. «Le leggi-provvedimento», p. 108).

[40] NIETO, A. (2007). *Crítica de la Razón Jurídica,* p. 205.

[41] *Ibíd*., p. 206.

[42] HAYEK, F. A. (1998) [1959]. *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, pp. 197-198.

© UNED.

órdenes, como un *iussum* más que como un *iustum*»[43]. En contraste, «una ley "general" no mira a nadie a la cara»[44]. Y no es que una ley general, por el hecho de serlo, no pueda ser perniciosa; es que, como dice Sartori, al menos se cierne como una garantía frente a la arbitrariedad del tirano o de un poder que reviste características tiránicas. La ley protege a todos si quien la dicta queda sometido a los mismos daños y castigos que la ley impone a los otros. «La ley general sanciona el principio de no hacer a los demás lo que no querrías para ti»[45], resume el politólogo italiano. Si la imposición de la pena es extensible por principio a quien hace la ley, este se guardará de hacer leyes odiosas en perjuicio de sus súbditos. Inhibición que no tiene por qué suceder si la norma legal excluye de su alcance a quien la promulga; entonces dicha norma queda reducida a la condición de orden, y «ya no es un instrumento de "libertad en la ley"», pudiendo incluso «convertirse en arbitrio en nombre de la ley»[46]. Por ello, «mal asunto si la ley se conmueve, si empieza a hacer excepciones»[47]…, ya sea por arriba o por abajo. Por otro lado, si la protección de la ley no está salvaguardada por su generalidad, ¿con qué legitimidad contarán los poderes públicos para exigir el cumplimiento de la ley a sus ciudadanos en la sociedad de hoy? Si se percibe que se están burlando, por la vía de la excepción, exigencias imprescriptibles, si se descubre la contingencia y artificio de una ley meramente formal que abre compuertas para conceder privilegios y no cumplir verdaderamente las leyes, ¿cómo podrán los poderes públicos hacerlas cumplir siempre y en todo momento?; ¿a tal fin serán suficientes el adoctrinamiento, la vigilancia y la represión?... La contestación negativa a estas preguntas añade un factor de incertidumbre normativa para el futuro. Hay más de un camino que lleva a Anomia.

Un tipo diferente de debilitamiento de la ley proviene, curiosamente, no de la hipertrofia legislativa o de la legislación «con nombre y apellidos», sino del fenómeno contrario, la *desregulación*, el enflaquecimiento de la ley hasta su volatilización. La desregulación «implica el "éxodo" o el "abandono" de la reglamentación legal de determinados ámbitos, antes legislados, que ahora quedan fuera de la normatividad estatal»[48]. Como se sabe, su auge es consecuencia del desarrollo de la cultura neoliberal y de su reacción contra la omnipresencia del intervencionismo estatal. Conviene distinguir la desregulación del simple vacío legal:

---

[43] Sartori, G. (1987, 2007). *¿Qué es la democracia?*, p. 204.

[44] *Ibíd*., p. 216.

[45] *Ibíd*.

[46] Sartori, G. (2001, 2003). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos,* Madrid, Taurus, p. 98.

[47] Sartori, G. (1987, 2007). *¿Qué es la democracia?*, p. 217.

[48] Pérez Luño, A. E. (1993, 2011). *El desbordamiento de las fuentes del derecho,* p. 121.

«la desregulación no ha sido más que una re-regulación, en ocasiones encubridora de todo un programa político»[49]. Su importancia no se puede exagerar. En la creación de zonas exentas de regulación estatal en el ámbito financiero se ha visto, con razón, uno de los elementos desencadenantes de la actual crisis económica. La desregulación en ese ámbito vino acompañada de una supuesta *autorregulación*[50], un derecho de baja intensidad, meramente indicativo, o *soft law*. Sin embargo, cuando se trata de sectores vitales para el funcionamiento del sistema, y el financiero indudablemente lo es, «recurrir sólo a la autorregulación es un ejemplo de irresponsabilidad del poder»[51]. A nadie se le escapa a estas alturas que los ámbitos estratégicamente desregulados —o *autorregulados*— se configuran como terrenos óptimos para que puedan explayarse y prosperar la corrupción y el arbitrio.

Con lo que se ha expuesto hasta el momento, ya se dispone de base suficiente para avanzar alguna tesis y afirmar, citando a Ferrajoli, que el debilitamiento de la función normativa del derecho está asociado a «la quiebra de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, y, por tanto, de garantía de los derechos fundamentales»[52].

C) Volatilidad

Ripert, uno de los primeros autores que reflexionaron sobre la decadencia de la ley, escribía en 1953: «Las leyes se fortalecen por su duración. No envejecen en el sentido en que los hombres envejecen, pues, cuanto más viejas son, tanto más se las respeta»[53]. «La ley está hecha no solo para mandar, sino para durar. No puede ser, por supuesto, eterna, pero debe ser longeva»[54], aseguraba Carnelutti. Sin embargo, constataba, la realidad es que «las leyes ya no consiguen llegar a

[49] Zapatero, V. (2009). *El Arte de Legislar,* p. 12.

[50] La autorregulación se refiere al «acuerdo institucional mediante el cual una organización regula los estándares de conducta de sus miembros» (*ibíd*., p. 159). En este caso, además, es resultado de la delegación, no debidamente controlada, de potestades normativas en organismos tanto públicos como privados.

[51] *Ibíd*., p. 165.

[52] Ferrajoli, L. (1999) [1994, 1997, 1999]. *Derechos y garantías*, p. 17.

[53] Ripert, G. (1953). «Evolución y progreso del derecho», en VVAA (1961) [1953]. *La crisis del derecho,* pp. 11-31, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 15.

[54] Carnelutti, F. (1930). «La crisi della legge», *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia,* 22 (pp. 424-431), p. 429.

© UNED.

viejas»[55]. «Mejor soportar una mala ley que cambiarla demasiado a menudo»[56], es su consejo, formulado en una sentencia lapidaria, pero punzantemente acertada y oportuna.

Citemos a Tocqueville. «La inestabililidad legislativa es un mal inherente al gobierno democrático, puesto que está en la misma naturaleza de las democracias el llevar hombres nuevos al poder. Pero este mal es más o menos grande según el poder y los medios de acción que se concedan al legislador»[57]. Pues bien, el mal de la inestabilidad es hoy sin duda superlativo y generalizado. La contingencia y provisionalidad marcan los destinos de la ley. Las normas son inestables, obedecen a propuestas ocasionales y muchas veces improvisadas, se las somete a modificaciones incesantes y antojadizas, su vigencia temporal es en muchas ocasiones fugaz (a veces incluso se suspende para reanudarla cuando conviene). A este respecto, Zagrebelsky subraya que la «contractualización» de las leyes ocasiona su mutabilidad y falta de estabilidad[58]. Leyes hay, por otra parte, en que el espíritu que las anima es el de usar y tirar (es el caso de aquella legislación que, una vez cumple el objetivo económico —consumo, empleo, ahorro, reducción del déficit, etc.— para la consecución del cual ha sido diseñada, deja de tener utilidad). En el extremo opuesto a *la sage lenteur*, a la prudente parsimonia, las leyes «de partido» reflejan los intereses de una formación política que dispone de mayoría o de los apoyos suficientes para no tener que deliberar con el resto de fuerzas. La ley, de esta forma, constituye el resultado de negociaciones veladas, no de la deliberación racional y pública guiada por la voluntad de crear una regulación perdurable en interés de todos. Los gobiernos españoles con mayoría absoluta han burlado en su práctica cotidiana el procedimiento parlamentario de elaboración, debate y aprobación de leyes, reduciendo en este alarde de autoritarismo a las Cortes Generales a un mero papel de comparsa. Cuando se produce la inevitable alternancia, el nuevo gobierno, como es de suponer, pasa a derogar lo que el anterior aprobó a toda prisa y sin deliberación ni acuerdo, y así es como la volatilidad de las leyes adquiere en España también el rasgo adicional de exasperante cantinela del cuento de nunca acabar.

La permanencia ha dejado de ser una aspiración en sí misma. Lo que impera es salir del paso, el presentismo, el cortoplacismo, captar la adhesión de los ciudadanos, adaptarse a cualquier contingencia sobrevenida, legislando, si es preci-

[55] Carnelutti, F. (1953). «La morte del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto,* vol. II, pp. 275-290, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 280.

[56] Carnelutti, F. (1930). «La crisi della legge», p. 430.

[57] Tocqueville, A. de (1985) [1835]. *La democracia en América*, Madrid, Alianza, vol. I, parte II, cap. VII.

[58] Zagrebelsky, G. (1995) [1992]. *El derecho dúctil*, p. 38.

so, «en caliente». El poder político en las democracias actuales no elabora pacientemente un modelo sólido y coherente de política global; se limita a reaccionar ante los estímulos sociales, sirviéndose del derecho para ir poniendo parches en conflictos puntuales. El poder normativo no responde a una necesidad objetiva y general examinada con cuidado y sin prisa; actúa por impulsos para resolver problemas concretos. Cuando el político no sabe qué hacer, anuncia una ley para dar solución de urgencia a una cuestión, real o imaginada. La volatilidad alcanza también a la Constitución, con anuncios esporádicamente recurrentes de reformas acerca de la admisión de las mujeres en el orden sucesorio de la Corona, de la estructura y funciones del Senado, de la incorporación al texto constitucional del nombre de las comunidades autónomas, y de otras cuestiones que a casi nadie verdaderamente preocupan[59].

Los ejemplos de inestabilidad son innumerables. El Código Penal ha sufrido 29 reformas desde su entrada en vigor en 1995 hasta 2012, y se ha anunciado ya otra[60], que será la más profunda, pero presumiblemente no la definitiva. Incluso se modifican leyes antes de su entrada en vigor, como fue el caso de la ley del Jurado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo), que se vio variada en el entretanto en dos ocasiones. Pero más importante que detallar la casuística de la volatilidad jurídica y seguir enumerando ejemplos es recalcar la relación directa que existe entre la excesiva inflación e interinidad de las leyes y la pérdida de certeza de la regulación, o «una situación de anomia jurídica en la que los ciudadanos y los agentes económicos y sociales acaban por no saber bien cómo guiar su conducta»[61]. Se persevera, recordando una vez más la expresión de Dahrendorf, en la ruta hacia Anomia, «un estado de extrema incertidumbre, en el cual nadie sabe qué comportamiento esperar de los demás en cada situación»[62].

La volatilidad supone la pérdida de valores tan fundamentales e inherentes a la noción de ley como la durabilidad y estabilidad, valores que están orientados a la exacta predecibilidad y certeza del derecho. El concepto de seguridad jurídica (por cierto, consagrado como garantía por el artículo 9.3 de la Constitución) no equivale a inmutabilidad del derecho, sino a una función del ordenamiento jurídico consistente en permitir que los ciudadanos organicen sus proyectos de

[59] Sosa Wagner, F. (2007). «Prólogo para españoles», en Vandelli, L. (2007) [2006]. *Trastornos de las instituciones políticas*, pp. 9-39, Madrid, Trotta-Fundación Alonso Martín Escudero, pp. 29-30.

[60] Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[61] Laporta, F. J. (2004). «El deterioro de las leyes». *Claves de Razón Práctica*, 142 (pp. 24-31), p. 29.

[62] Dahrendorf, R. (1994) [1985]. *Ley y orden*, p. 41.

© UNED.

vida con arreglo a previsiones fiables. En este sentido, la seguridad jurídica es el correlato de la fiabilidad institucional. La seguridad jurídica no es un valor accesorio de carácter burgués que hace posibles las transacciones económicas; no es solo condición *sine qua non* del desarrollo y prosperidad económicos, con ser esto suficientemente importante. Ortega escribió que «la legislación incontinente» le impide al individuo proyectar su propia vida, «le desencaja de sí mismo, le impide ser»[63]. Si las normas no perduran, si se reforman o recambian continuamente, si lo que hoy está permitido mañana se convertirá en prohibido, desaparece la seguridad que se supone que debe proporcionar la ley, y con ella, el sólido marco de organización, de orden y convivencia que en las sociedades civilizadas ha constituido tradicionalmente el derecho.

Dada esta situación, la tarea de codificar en un sistema estructurado y armónico una producción legislativa que se presenta a velocidad desbocada es prácticamente imposible, debido a su enorme volumen, inestabilidad e inconsistencia. Ante esa hipertrofia legislativa, el intérprete ya no es capaz de hacer la labor exegética de seguimiento. Al profesional del derecho no le es ya posible conocer las leyes. Naturalmente, tampoco está ya capacitado para conocerlas (ni, por tanto, para observarlas) el ciudadano. Queda así convertido en una ilusión el principio de la necesaria presunción de conocimiento jurídico de los ciudadanos (*ignorantia iuris non excusat*). Hace más de un siglo, Joaquín Costa dedicó un opúsculo a denunciar que «esta presunción se mantiene a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas, a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad»[64]. El artificio no solo no se ha desvanecido, sino que hoy sigue más vigente que nunca: «El principio que hoy formula el artículo 6.1 del Código Civil, "la ignorancia de las Leyes no excusa de su cumplimiento", se nos presenta casi como un sarcasmo, pues no hay persona alguna, incluyendo a los juristas más cualificados, que pueda pretender hoy conocer una minúscula fracción apenas de esa marea inundatoria e incesante de Leyes y Reglamentos»[65]. El ordenamiento jurídico deja de ser funcional, toda vez que una condición para

[63] Ortega y Gasset, J. (1983) [1953]. «Individuo y organización», en *Obras completas*, pp. 677-690, Madrid, Alianza, p. 688.

[64] Costa, J. (1908). *El problema del derecho y sus relaciones* [con] *el status individual, el referendun* [sic] *y la costumbre,* Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, p. 5. Costa se apoya en el humanista Vives: «¿No resulta inicuo que la ignorancia de la ley a nadie excuse, por un lado, y por el otro, que las leyes sean tan largas y de tan arisca interpretación que nadie pueda ni retenerlas ni comprenderlas?» (Vives, J. L. (1948) [1531]. *De las disciplinas,* parte I, lib. VII, cap. II). Igualmente, para sustentar su tesis, Costa cita al economista español del siglo XVII, Sancho de Moncada.

[65] García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas,* p. 49.

ello es la reducción «al mínimo de los casos de *ignorantia iuris*». Si, en efecto, «las zonas en las que la ley no es conocida son las zonas estériles del territorio jurídico»[66], lo que se alza ante nuestra vista hoy son vastísimas regiones baldías que van extendiéndose y desertizando en su avance los terrenos todavía fértiles. En la línea de una tradición que se remonta al menos a Vives y a Justiniano[67], Bentham argumentó que el mal más grave que causa la proliferación jurídica es «la incognoscibilidad que genera», ya que cualquiera que sea el fin que se fijen las leyes no podrán conseguirlo si es imposible conocerlas[68]. Luhmann añade que, si no es posible conocer las leyes, tampoco será posible aplicarlas[69].

En lugar de los valores de la fijeza y estabilidad de la ley, los criterios que ahora prevalecen son la temporalidad y la oportunidad, que pronto degeneran en fugacidad y oportunismo. El poder político demagógico se mueve cómodamente en el ámbito de lo casual y en un medio de incertidumbre normativa. En un contexto legal borroso, de límites indeterminados, le es más fácil sustraerse al imperio de la ley. Cuanta más confusión e imprevisibilidad legales produzca, cuantos más problemas concretos solvente un sistema demagógico, mayores serán sus probabilidades de seguir ejerciendo el poder sin trabas. Ciertamente, a tal fin contribuye el hecho de que la inestabilidad de las leyes hace vulnerables a sus destinatarios: «unos ciudadanos asaltados por incesantes erupciones legales que modifican continuamente su situación jurídica tienden a ser más serviles y menos dueños de sí mismos que aquellos que pueden asentar su ciudadanía y su vida en leyes estables y bien hechas»[70].

El análisis de los resultados y de los costes sociales y económicos que han tenido las sucesivas leyes de educación que se han venido promulgando en España revela la palmaria inefectividad e ineficiencia características de las malas leyes. Enumeremos las leyes orgánicas en materia educativa fabricadas por el parlamento español desde la Ley General de Educación de 1970. En la década de los 80, la LOECE, de 1980, y la LODE, de 1985. El sistema establecido por la ley de 1970 fue sustituido gradualmente por el de la Ley Orgánica de Orde-

[66] Carnelutti, F. (1930). «La crisi della legge», p. 430.

[67] «Reperimus autem omnem legum tramitem (…) ita esse confusum, ut in infinitum extendatur et nullius humanae naturae capacitate concludatur». «Hemos reparado en que toda la senda de leyes (…) es de tal modo confusa que se extiende al infinito y excede a toda capacidad natural humana» (Dig. Praef. I, citado en Batlle Vázquez, M. (1962). «De la profusión de normas jurídicas», p. 214).

[68] Bentham, J. (2000) [1843]. *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Madrid, BOE y CEPC, p. 33.

[69] Luhmann, N. (1993) [1981]. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 154.

[70] Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación…», p. 76.

© UNED.

nación General del Sistema Educativo (LOGSE), de 1990. En 1995, la LOPEGCED. En 2002, la LOGSE se sustituye por la Ley Orgánica de Calidad en la Educación (LOCE), que no se llegaría a implantar. En 2006, se aprueba la Ley Orgánica de Educación (LOE), que deroga totalmente la LOGSE y paraliza la LOCE. La última ley (hasta el momento) es la LOMCE (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa). La gran controversia que la rodea hace pensar que su vida será efímera y que otra la sustituirá tan pronto como cambien las mayorías parlamentarias. Los resultados de tal desmesura legisladora son de sobra conocidos. En palabras de uno de sus muchos críticos, «el sistema educativo no aguanta más»[71]. La catástrofe ha sobrevenido precisamente porque *el legislador ha legislado*, pasando por alto en esa desatinada actividad manufacturera de leyes que la educación debe «mantener invariantes una serie de valores, contenidos, instituciones, dinamismos que permitan a la sociedad identificar puntos de referencia, coordenadas (…), so pena de sentir que todo se mueve bajo los pies, que no hay estabilidad, ni seguridad, ni dirección»[72].

D) Fragmentación-Desestructuración

La fragmentación del ordenamiento se observa en varios niveles y órdenes. Ya se ha hecho mención a uno de los más importantes: el intenso particularismo según grupos sociales. Sin embargo, tal vez el nivel de fractura más básico corresponda a la tremenda dispersión de las fuentes de producción legislativa, dispersión de la cual deriva «el competitivo ejercicio por alcanzar la primacía de la regulación», que a su vez «anima el conflicto institucional y el "desorden"»[73].

La presente es una época en la que han surgido poderes o instancias que limitan la soberanía estatal y, consiguientemente, la suprema potestad que el estado nacional tradicional ostentaba en la creación del derecho. Esa transformación consiste en una «cesión» de soberanía legislativa a instancias supraestatales e infraestatales que de hecho sigue un proceso inverso al de la formación del estado moderno. De esas dos cesiones legislativas, solo me ocuparé más adelante de la infraestatal, mejor dicho, de uno de sus tipos más importantes en nuestro país. Pero la dispersión constituye un proceso más amplio y no se agota en la

[71] Sáenz Barrio, O. (1999). «LODE, LOGSE y LOPEGCED: 3BLEPUPQNE». *Profesorado. Revista de currículum y formación del profesorado*, 3, 1 (pp. 1-12), p. 1.

[72] *Ibíd.*

[73] Martínez Roldán, L.; Fernández Suárez, J. A.; Suárez Llanos, L. (2007). *La ley desmedida*, p. 90.

transferencia legislativa «hacia arriba» y «hacia abajo»; la ley continúa su multiplicación y diversificación «de forma más o menos imprevista inundando el sistema de fuentes»[74].

Por razones de espacio, no es posible extenderse sobre el tema de la dispersión de fuentes. Es de tal calado y amplitud que vale más guardar deferente silencio sobre él que presentar una lista apresurada e incompleta de los distintos puntos del desbordamiento. En cualquier caso, como resultado de la erosión del estado y de la dispersión *en todas direcciones* de las fuentes del derecho, se debilita el nexo que une al ciudadano con las normas y que es el origen de la legitimidad de las mismas. Las leyes resultan lastradas por un importante déficit democrático. En ese sentido como en otros, el individuo se halla cada vez más alienado de la superestructura jurídico-política.

La fragmentación supone la quiebra de la unicidad, una de las virtudes vinculadas a la concepción ilustrada de ley: «la existencia de una sola regulación para cada objeto, conflicto o relación jurídica, común además para todos los ciudadanos»[75]. La multiplicación de regímenes, tratamientos desiguales en función de la situación o grupo al que se pertenezca, etc., hace que algunos sectores del ordenamiento presenten la apariencia de una legislación-mosaico en la que es difícil orientarse. Buena prueba de ello es la normativa en materia de contratación laboral, indisimulado tributo a la desigualdad y discriminación en el mercado de trabajo, y la legislación de la Seguridad Social. Con respecto a esta última, observamos que presenta una vía de fragmentación abierta por la legislación «en cascada»[76], a la que se unen las que abren la ordenación por regímenes (general[77], especial de trabajadores autónomos, especial de la minería del carbón y especial de trabajadores del mar) y por grupos normativos funcionales (gestión,

[74] *Ibíd*., p. 89.

[75] Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa*, p. 193.

[76] La «legislación en cascada» es un proceso de delegación normativa «que en su desarrollo termina fragmentando la regulación de la materia». «El legislador delegante remitía al Gobierno la elaboración de la legislación delegada, pero ésta encomendaba su desarrollo a los reglamentos generales que debían ser aprobados por Decreto y que, a su vez, preveían que el Ministro de Trabajo dictaría las correspondientes Órdenes de aplicación. Éstas, por su parte, autorizaban a los órganos administrativos inferiores para resolver las cuestiones que pudieran plantearse en su aplicación, abriendo así la vía para el "derecho subterráneo" de la Seguridad Social» (Desdentado Bonete, A. (1996). «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de la Protección Social"», *Relaciones Laborales*, tomo I (pp. 473-486), p. 478).

[77] El general incluye además regímenes especiales integrados y sistemas especiales que se rigen por las normas comunes del régimen general, a excepción de las particularidades específicamente previstas en cada uno de ellos.

© UNED.

recaudación, desempleo, asistencia sanitaria, pensiones…). «Hay así tres *formas institucionales de fragmentación* (…). El efecto acumulado de estas formas de ordenación fragmentaria lleva al máximo la dispersión»[78].

Pero la segmentación más notable y significativa en nuestro país es la geográfica. La potestad legislativa queda dividida entre el estado y los entes políticos territoriales infraestatales, no siendo infrecuentes, en el caso español, las regulaciones discordantes respecto a los mismos asuntos, ni las rivalidades y contiendas entre el estado y las comunidades autónomas, y entre estas entre sí. El derecho autonómico ha puesto fin al carácter único de la ley (un legislador y una sola ley, igual y común para todos) y ha abierto paso a «una multiplicidad de legisladores, cada uno con su competencia propia, exclusiva o concurrente, y cada uno portador de una legitimidad política en definitiva independiente y conflictiva»[79]. Junto al hecho de que cada autonomía tiene su legislación en numerosos ámbitos, no debe olvidarse que alguno de ellos conforma claramente un espacio de privilegio otorgado a ciertas regiones (como el de la tributación para Navarra y País Vasco), situación compleja a la cual hay que agregar, por si estuviera poco enmarañada, que a determinadas zonas o regiones se les reconoce un derecho civil diferenciado, denominado foral o especial, frente al común del resto… No es necesario recordar aquí todos los inconvenientes, vicios, desigualdad e irracionalidad que esta exuberancia genera[80]. Parafraseando a Voltaire, lo verdadero y justo en un territorio pasa a resultar falso e injusto en otro[81]. En su conjunto, la fragmentación dibuja un paisaje jurídico que nos devuelve al estado de cosas propio del Antiguo Régimen, caracterizado porque las leyes relativas a los mismos supuestos se diversificaban enormemente atendiendo a una multiplicidad de factores como el territorio, el estamento al que el individuo pertenecía, etc.

Pasando al nivel de fragmentación de los propios textos legales y de sus interrelaciones y arquitectura, se observa una variada gama de anomalías. En no pocas ocasiones, el texto se autofracciona, por ejemplo, en el sentido de que diversos preceptos de la ley entran en vigor en días distintos. Luego están las

[78] Desdentado Bonete, A. (1996). «La nostalgia del sistema…», p. 478. El subrayado es del autor.

[79] Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos,* p. 30.

[80] Por no referirme más que a un solo punto: respecto a la articulación del derecho foral con el común, se han señalado los ya conocidos problemas, a saber, descodificación, dificultades de interpretación de los textos, desconocimiento de la normativa aplicable, generación de privilegios para unos ciudadanos (Jarillo Gómez, J. L. (2003). «El derecho español: problemática actual en las relaciones de funcionamiento existentes entre el derecho común y el derecho foral». *Saberes*, 1).

[81] Voltaire recomendaba «que lo verdadero y justo en una ciudad no resulte falso e injusto en otra» (Voltaire (1926) [1767]. «Fragment des instructions pour le Prince Royal de ***». Citado en Prieto Sanchís, L. (1998). *Ley, principios, derechos*, p. 8).

leyes que modifican invasoramente preceptos que no tienen nada que ver con su presunta finalidad. Por ejemplo, una ley como la de igualdad «efectiva» de hombres y mujeres (3/2007, de 22 de marzo) cuenta con 31 disposiciones adicionales que modifican las leyes de jurisdicción contencioso administrativa, función pública, sociedades anónimas, el Estatuto de los trabajadores, la normativa de consumidores y usuarios[82]… Leyes como éstas o como las de acompañamiento a los presupuestos[83] vehiculan normas que invaden los más variados terrenos, alterando el ordenamiento existente en ellos y produciendo una deslocalización normativa de efectos demoledores. El conocimiento de las leyes se ve enormemente obstaculizado. En el lugar menos pensado para el especialista (por ejemplo, legislación sobre caza) brota un precepto que cambia el objeto de su especialidad (los seguros)[84].

No se debe omitir en una relación de fragmentaciones jurídicas el caso de las llamadas *leges repetitae*. El Tribunal Constitucional ha advertido de los riesgos derivados de esta práctica legislativa de —diríamos— fragmentación por repetición. Como su nombre indica, es aquella legislación que reproduce preceptos de otras disposiciones: por ejemplo, leyes que reproducen preceptos constitucionales, leyes autonómicas que reproducen normas incluidas en la legislación básica del estado, y leyes ordinarias que reiteran preceptos contenidos en ley orgánica. La doctrina constitucional sobre las *leges repetitae* se halla recogida en muchas sentencias. La STC 10/1982 establece que el procedimiento en cuestión, «al utilizarse por órganos legislativos distintos, con ámbitos de competencia distintos, está inevitablemente llamado a engendrar tarde o temprano una innecesaria complicación normativa, cuando no confusión e inseguridad»[85]. Según la STC 162/1996, puede incluso «conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía. Pero, sobre todo y, muy especialmente cuando (…) existe falta de competencia de la Comunidad Autónoma en la materia»[86]. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaraba en su STC 62/1991 que la «simple reproduc-

[82] Sosa Wagner, F. (2007). «Prólogo para españoles», p. 19.

[83] La ley de presupuestos para 2007 (42/2006, de 28 de diciembre) tenía 66 disposiciones adicionales, 7 transitorias y 15 finales que modificaban, entre otras, leyes como la general de la Seguridad Social, la general presupuestaria, el texto refundido de la ley de contratos de las Administraciones Públicas, la ley general de subvenciones, el texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales y la ley de régimen del personal del cuerpo de la Guardia Civil (*ibíd*., pp. 19-20).

[84] Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación…», p. 72.

[85] STC 10/1982, de 23 de marzo (FJ 8).

[86] STC 162/1996, de 17 de octubre (FJ 3).

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 92, enero-abril 2015, págs. 165-194

ción por la legislación autonómica, además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma»[87]. La práctica de la copia de preceptos pertenecientes a otras normas, lejos de conferir solidez al conjunto del ordenamiento jurídico como ingenuamente podría pensarse, termina por resquebrajarlo y hacerlo azaroso.

El resultado de la fragmentación es la disgregación y desestructuración normativas y la imposibilidad de hacer predicciones fiables. Algo que se agrava cuando la negligencia e impericia, tanto del legislador como del técnico jurista redactor de normas, dan lugar a una creciente incoherencia del orden jurídico. La presencia de fórmulas contradictorias, antinómicas o sin sentido aumenta día a día. Son demasiados los casos en que, sin una apreciación mínima de lo que se innova, se crea una nueva ley sin dotarla de la necesaria tabla de derogaciones, en que una ley reproduce preceptos de una norma anterior sin citarlos, en que se da una superposición normativa de la ley reciente a otra anterior sobre análogo objeto sin que se haya llevado a cabo una abrogación expresa[88]. El examen de esta mala praxis ha llevado a decir que las normas antiguas o sus reglamentos subsisten a modo de entidad legislativa fantasmal porque nadie sabe muy bien qué hacer con ellos. En general, al incumplirse el canon elemental de técnica legislativa que establece que «el conjunto de normas vigentes de un país constituye un sistema», y que, por tanto, «es malo no contemplar tal sistema en su conjunto cuando se han de dictar nuevos preceptos», sobreviene un hecho en el que no se ha insistido lo suficiente: «la desnaturalización de las instituciones»[89]. O, en otras palabras, su escasa fiabilidad: la anomia institucional.

En suma, el balance que se presenta a nuestra vista se compone de: «fragmentación de la normativa, antinomias, redundancias, ambigüedades, estratificaciones, abrogaciones innominadas, generadoras de "desorden y caos normativo"»[90], de falta de regulación que provoca anomia, tanto en el plano de las instituciones como en el individual. A la primera me acabo de referir. En cuanto a la segunda, «el hombre de la calle, ante el fárrago de leyes, está cada vez más desorientado, de igual modo que el conductor de un vehículo cuando demasiados faros se cruzan a lo largo de la carretera»[91]. El desconcierto y perplejidad que se generan en el destinatario cuando percibe que su conducta no está claramente gobernada por norma alguna fomentan a su vez la litigiosidad, «el

[87] STC 62/1991, de 22 de marzo (FJ 4).
[88] Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación…», pp. 67-68.
[89] Batlle Vázquez, M. (1962). «De la profusión de normas jurídicas», p. 211.
[90] Laporta, F. J. (2004). «Teoría y realidad de la legislación…», p. 68.
[91] Carnelutti, F. (1953). «La morte del diritto», p. 280.

síntoma clásico de la disfunción de un ordenamiento jurídico»[92], un factor que deteriora aún más la difícil situación de la administración de justicia.

3. CONCLUSIÓN

He pintado un paisaje sombrío, pero no he tratado de hacer un retorno antihistórico a un estado de pureza o unidad perdidas, no he proferido una lamentación por el paraíso de antaño. Ciertamente, el parlamento del que supuestamente habría emanado el modelo de ley ilustrado constituye una entelequia; nunca existió, ni siquiera en el siglo XIX[93] (cfr. n. 22). Los poderes del estado nunca han estado auténticamente separados, nunca han sido independientes, y aun cuando fuera factible su separación rigurosa, no sería seguramente deseable[94]. Como ha recalcado la doctrina más consagrada (von Stein, Esmein, Schmitt, Loewenstein), la idea de un equilibrio de poderes bajo la dirección del gabinete «describe mejor la naturaleza del sistema parlamentario, incluso durante la pasada centuria [siglo XIX], que la muy repetida y casi nunca cumplida supremacía del Parlamento»[95]. El parlamento, el más directo exponente de la soberanía nacional, ha de compartir el espacio político con otros órganos e instituciones: gobierno, tribunal constitucional, partidos políticos[96]. Y, al no estar rígidamente separados los poderes, las funciones de creación del derecho tampoco pueden recaer únicamente en el parlamento, y menos aún puede ser de este modo en el estado social y democrático de derecho: así, por ejemplo, el debilitamiento de la correlación entre parlamento y ley y el protagonismo del gobierno en la dirección política del estado son «una consecuencia indeclinable del Estado social»[97].

---

[92] Carnelutti, F. (1953) [1946]. «La crisi del diritto», p. 69.

[93] Torres del Moral, A. (1997). «Cortes Generales y centralidad política», p. 1075. La idea de que el Parlamento actual se halla casi en las antípodas de lo que un día fue encierra, en el mejor de los casos, «una simplificación, idealización y mistificación del parlamentarismo británico decimonónico, que no responde a la verdad histórica» (*ibíd*., p. 1079). Schmitt, señalando este punto, desmontó el «cuadro místico» en que la burguesía liberal había convertido, en el siglo XIX, la institución inglesa por excelencia (Schmitt, C. (2011) [1928]. *Teoría de la Constitución*, pp. 412-414). Sin embargo, Schmitt no omitió la función histórica de esas «diversas construcciones, esquematizaciones, idealizaciones e interpretaciones», pues sirvieron, en los distintos estadios del proceso, «a la burguesía liberal del continente europeo para la lucha contra el absolutismo del príncipe» (*ibíd*., p. 412).

[94] Cfr. *ibíd*., pp. 249-263.

[95] Torres del Moral, A. (1997). «Cortes Generales y centralidad política», p. 1077.

[96] *Ibíd*., p. 1079.

[97] *Ibíd*., pp. 1066-1067.

© UNED.

Si he expresado un lamento, en todo caso ha sido por el naufragio de la razón. La concepción ilustrada de ley, nunca o casi nunca materializada históricamente, ha funcionado en Occidente como modelo jurídico ideal (no por ideal menos real y existente: incluso, platónicamente, lo es más), como extremo asintótico que ha inspirado hasta hace unas décadas la creación y evolución de los ordenamientos concretos. El estudio del paradigma *ideal* de ley lleva implícita la discriminación de fenómenos de variación y evolución que se dan en la *realización* del mismo.

En las páginas precedentes, no he realizado una exposición ni remotamente exhaustiva de todas las posibles formas de adulteración de la ley. Empero, todos los aspectos comentados a lo largo de este trabajo creo que bastan para concluir que el derecho en España durante la época democrática no ha hecho sino empeorar de modo vertiginoso e imparable. En este sentido, es importante poner de relieve que el derecho discurre por un derrotero paralelo al curso que siguen los regímenes liberal-democráticos hacia su degeneración (en el sentido ya explicado de desviación creciente, no de un pasado idealizado y quimérico, sino de la asíntota pragmática u horizonte normativo de acción). Así, en el ámbito de lo político, el recurso a un patrón racional ideal de medida es lo que permite hablar, en ciertos casos, de confusión de poderes.

La crisis del derecho, «el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada», representan «el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio»[98], ocasionan la crisis del valor vinculante que deben tener las leyes para los poderes públicos, que «se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder»[99]. La crisis del derecho, según Ferrajoli, «corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia», esto es, en «amplios márgenes de irresponsabilidad de los poderes públicos», «en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos». Siguiendo a autores como Luhmann, Teubner y Zolo, Ferrajoli sostiene la tesis de que la política irresponsable y el fallo de los controles necesarios en una democracia generan «una creciente incoherencia, falta de plenitud, imposibilidad de conocimiento e ineficacia del sistema jurídico»[100]. Degeneración del derecho y de la democracia son causa y efecto la una de la otra; se necesitan mutuamente y se mueven muy unidas en un círculo que se fortalece e intensifica a cada paso.

---

[98] Ferrajoli, L. (1999) [1994, 1997, 1999]. *Derechos y garantías,* p. 16.

[99] *Ibíd*., p. 15.

[100] *Ibíd*., p. 17.

Gráficamente, a modo de conclusión, distinguimos cuatro áreas y dos planos. En el plano objetivo, a la fenomenología de la crisis de la ley analizada en este trabajo le corresponde una fenomenología de la ilegitimidad/ilegalidad del poder. En el plano subjetivo, la primera se relaciona con la alienación del ciudadano respecto a la ley, y la segunda, con la alienación respecto a las instituciones (caracterizadas ambas por desafección, desconcierto, indiferencia, aceptación pasiva, fraude…). En ulteriores investigaciones, sería factible e interesante proponer como noción explicativa unitaria el concepto de anomia, con su doble vertiente objetiva y subjetiva, implícita en la definición introductoria.

Se ha dicho hoy que el nuestro es un «derecho gaseoso», ya no el «derecho sólido» surgido en la Ilustración que defendía la ley objetiva frente al despotismo, y la certidumbre frente a la inseguridad. En realidad, de igual modo que se puede hablar de derecho gaseoso, se puede hablar también de moral gaseosa, cultura gaseosa, pensamiento gaseoso, etc. El gas es el estado de la materia que mejor define nuestro estado de espíritu, es cierto, pero yo prefiero atenerme a la imagen del fantasma con que comencé esta disertación. Tiene la misma consistencia evanescente que el gas, y además un algo de imprevisible, amenazador y funesto.

En fin, quizá ya sea demasiado tarde para seguir teniendo fe en lo que Ripert afirmó hace justo sesenta años: «en la comunión en un ideal común de justicia», es decir, en una recta y unánime apreciación de qué significa el derecho, «los juristas tienen el honor de defender la civilización y de conjurar los peligros que la amenazan»[101].

Title:

AN APPROACH TO THE CRISIS OF LAW

Summary

1. Introduction. 2. Phenomenology of the crisis of law. (A) Inflation; (B) Weakening; (C) Volatility; (D) Fragmentation-Disintegration. 3. Conclusion.

Resumen:

El presente artículo se propone revisar el problema clásico de la decadencia de la ley. Lleva a cabo un examen de la crisis en el ámbito del derecho a lo largo de una serie de notas fenomenológicas que son, en definitiva, algunos de los distintos modos de deterioro de la ley en

[101] Ripert, G. (1953). «Evolución y progreso del derecho», pp. 30-31.

el plano formal y material. Asimismo, el trabajo contempla aquellos aspectos de la cuestión que se hallan relacionados con la noción concomitante de anomia.

Abstract:

The present paper aims to re-examine the classic issue of the decline of law. The article looks into the crisis in the domain of law through the study of a series of phenomenological features which turn out to be some of the various ways law deteriorates both materially and formally. It also reflects upon those aspects of the problem connected with the concomitant notion of anomie.

Palabras clave:

Decadencia de la ley, anomia.

Key words:

Decline of law, anomie.