

SOBRE EL ESTADO DEL DERECHO. A PROPÓSITO DE ALGUNAS GRIETAS EN NUESTRO EDIFICIO NORMATIVO

Luis Fernando Prieto González*

RESUMEN

En este artículo se estudian las patologías (complejidad creciente e imparable del sistema normativo, su carácter pluricentral, la cada vez más dudosa vigencia del principio de separación de poderes y la escasa calidad de las normas), y problemas que aquejan a nuestro sistema normativo, en particular a la ley, elemento cardinal del mismo y reflejo, al menos en el plano teórico, de la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo (artículos 97 y 103.1 CE) y el Judicial (artículo 117 CE), sometidos ambos enteramente al primero

PALABRAS CLAVE: ley, ordenamiento jurídico, hipertrofia normativa, separación de poderes, primacía del Poder Legislativo, principio de legalidad.

ABSTRACT

This contribution is focused on the pathologies our legal framework suffers due to its complexity, the lack of a clear centrality and the enforcement of the separation of powers principle, and also the lack of quality of its norms; the problems are specially troubling with its characteristic product: the law.

KEY WORDS: law, legal framework, separation of powers principle, supremacy of the legislative power, rule of law.

I. INTRODUCCIÓN

Durante años, generaciones de juristas, entre los que me incluyo, estudiamos primero y explicamos después que el Derecho Administrativo es un producto histórico, fruto de la Revolución Francesa y consecuencia lógica de un modelo de Estado que se fundamenta básicamente en la lucha frente al absolutismo mediante la garantía de una esfera de actuación en libertad para los ciudadanos, el control del ejercicio de la autoridad mediante la separación de poderes y el sometimiento de todos ellos al imperio de la ley, verdadera clave de bóveda del sistema¹.

Así lo hemos aprendido y así lo hemos contado; adornándolo, claro está, con los pormenores de una historia que pasa del liberalismo más riguroso del siglo XIX —fruto de la desconfianza ante el poder— al intervencionismo paternalista del siglo



xx, y que confluye en este siglo, validando la lógica hegeliana, en una extraña síntesis liberal en lo económico e intervencionista en lo social.

De un tiempo a esta parte, sin embargo, no deja de inquietarme el hecho de que a este viejo edificio hayan empezado a crujirle las vigas. No hablemos ya del dogma de la voluntad general, distinta y superior a la de los ciudadanos y que justifica la no sujeción de sus representantes a mandato imperativo (artículo 67.2 CE), pero sí a la disciplina de partido; ni tampoco del control al Gobierno por parte del Poder Legislativo (artículo 66.2 CE), ejercida por parlamentarios compañeros de formación política; ni tampoco al fin, Dios me perdone, de un Poder Judicial sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 CE), pero creador del Derecho.

Pero sí me preocupan, y mucho —y a eso vamos a dedicar las próximas páginas—, las patologías que aquejan a nuestro sistema normativo, particularmente a la ley, elemento cardinal del mismo y reflejo, al menos en el plano teórico, de la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo (artículos 97 y 103.1 CE) y el Judicial (artículo 117 CE), sometidos ambos enteramente al primero.

Creo no exagerar si digo que el sometimiento a la ley, el principio de legalidad en suma y los que sobre él se apoyan sustentan todo el edificio del Estado de Derecho. Ley es, en la primera acepción del *Diccionario de la Real Academia*, «norma constante e invariable de las cosas», en definitiva, seguridad, que como ha precisado el Tribunal Constitucional, «... es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad» (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10).

II. LA COMPLEJIDAD DEL SISTEMA

Para empezar, el primer síntoma alarmante de las dolencias de nuestro sistema normativo es la extraordinaria complejidad del mismo². Ya tuvo ocasión el Tribunal Constitucional, precisamente en su Sentencia 46/1990, de 15 de marzo, que declaró

* Doctor en Derecho. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna. Texto ampliado de la conferencia impartida en el Seminario de Derecho Administrativo de la ULL en mayo de 2013.

¹ El tema no es nuevo y sobre él se ha escrito ya mucho con mejor pluma que la mía. Por lo que se refiere a los principios políticos, tanto en el Antiguo Régimen como en el Estado de Derecho, sobre todo J. TOUCHARD, en su *Historia de las ideas políticas* (Tecnos, 2006), y el magnífico ensayo de B. MANIN sobre *Los principios del gobierno representativo* (Alianza, 1998), sin desdeñar las incisivas reflexiones de A. NIETO en *La organización del desgobierno* (Ariel, 1990).

² Sobre el sistema normativo en general, el segundo tomo de la monumental obra de S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Iustel, 2006) resulta insustituible, como lo son también los Capítulos que J. A. SANTAMARÍA PASTOR dedica a las Fuentes del Derecho en *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Ceura, 1988).

inconstitucionales, y por tanto nulas, varias disposiciones de las Leyes 14/1987, de 29 de diciembre, y 6/1989, de 22 de mayo, del Parlamento de Canarias, de explicar que «... la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas...» (FJ 4).

2.1. MULTICENTRALIDAD DE LA PRODUCCIÓN NORMATIVA

En el Derecho Romano, por ejemplo, existía un único centro de producción normativa y una única dimensión de la norma: su dimensión temporal. Así, el magistrado que proponía la redacción de una ley, tras consultar el parecer del Senado, leía en público el proyecto (*promulgatio*), que conforme a la *lex Cecilia Didia* (655 a.u.c.) debía quedar expuesto al público durante tres jornadas de mercado (*nundinae*) antes de la votación. Aprobado el proyecto, los subjuntivos se convertían en imperativos, se redactaba la *praescriptio* y, conforme a la *lex Licinia Junia* (691 a.u.c.), se depositaba, grabado en bronce, en el *aerarium*, en el templo de Saturno, con lo que se garantizaba su certeza y durabilidad.

Y en cuanto a su vigencia temporal, una ley nueva sólo podía revocar en su totalidad otra precedente (*abrogatio*), sustituir algo de una ley anterior (*subrogatio*) o anular parte de la misma (*derogatio*).

Frente a esto, nuestro sistema actual presenta dos rasgos distintivos. El primero, y aunque parezca una antinomia, la multicentralidad de la producción normativa. Nótese que el propio artículo 66 de la CE, que encabeza el Título III de la misma, establece en su apartado segundo que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa, pero añadiendo inmediatamente la expresión «del Estado», a la que hay que sumar las de las Asambleas Legislativas que el artículo 152.1 de la propia Constitución reconoce a las Comunidades que hayan accedido a su autonomía por el procedimiento del artículo 151 —vaya por Dios—, y que se extiende luego, vía Estatutos, a todas las Comunidades Autónomas, quedando reducidas las diferencias entre unas y otras a lo que se denominó «techo competencial» inicial.

Y por si esto fuera poco, aparece un tercer actor, el Gobierno «del Estado», que también puede ejercer competencias legislativas, bien como titular originario de dicha potestad en casos de extraordinaria y urgente necesidad (decretos-leyes, artículo 86 de la CE), bien como delegado de las Cortes Generales (decretos legislativos, artículos 82 y ss. CE).

Pero no queda ahí la cosa. Se reconocen también por vía estatutaria (legal al cabo, que no constitucional) potestades legislativas a los ejecutivos de las distintas



Comunidades Autónomas; a la mayoría de ellos en el caso de la legislación delegada, bien expresamente (artículos 63 del Estatuto de Autonomía [EA] de Cataluña, 10.1.a del de Galicia, 109 del de Andalucía, 24 bis del de Asturias, etc.), bien implícitamente (artículo 15.5 del EA de Canarias) y a otros incluso la posibilidad de dictar decretos-leyes (artículo 64 del EA de Cataluña, 110 del EA de Andalucía).

Finalmente, y para complicar un poco más las cosas, aun dejando a un lado los Tratados Internacionales que obligatoriamente deben ser incorporados al ordenamiento interno (96 CE), no podemos obviar la existencia de los reglamentos comunitarios, adoptados por el Parlamento y el Consejo a propuesta de la Comisión (289.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE), obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro (288.2 del TFUE) desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, capaces de desplazar a cualquier norma estatal, y que pueden ser alegados ante los tribunales nacionales. Y no sólo en el ámbito de las competencias ordinarias de la Unión, sino también en el marco de los poderes implícitos a que se refiere el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento.

Téngase en cuenta, por cierto, que los reglamentos comunitarios tienen eficacia directa en los Estados miembros, por lo que deben ser aplicados como normas propias (STJCE *Van Gend-Loos*, de 5 de febrero de 1963), y prevalecen sobre cualquier norma interna, incluso las constitucionales (SS TJCE *Costa-ENEL*, de 15 de julio de 1964 y *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978).

2.2. PLURIDIMENSIONALIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO

Además de lo dicho, frente a la dimensión lineal de las normas que se resumía en el viejo aforismo de *lex posterior derogat anterior*, y la regla de la prevalencia de la ley especial sobre la general en caso de conflicto, la aplicación efectiva de las leyes resulta ser una tarea extraordinariamente compleja, fruto de la pluridimensionalidad del sistema normativo.

a) *La dimensión temporal de las normas*

Hace referencia a la eficacia temporal de las mismas, y no es tan sencillo como en un primer momento pudiera parecer. El primer problema que se plantea es el de su entrada en vigor, que conforme al principio de publicidad de las normas (9.3 CE) se producirá normalmente a los veinte días de su completa publicación (en el Boletín Oficial que corresponda, claro), si en ellas no se dispone otra cosa (artículos 2.1 del CC y 297.2 del TFUE). El segundo problema hace referencia al término formal de su vigencia o derogación; y aquí la cosa ya no está tan clara como pudiera parecer, pues el artículo 2.2 del CC permite no sólo la derogación expresa («... tendrá el alcance que expresamente se disponga...») sino también la derogación genérica que «... se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior» y eso teniendo en cuenta que la eficacia derogatoria de una norma sólo alcanza a las del mismo o inferior rango de su propio subsistema normativo (europeo, estatal, autonómico).



Finalmente, el tercer problema se refiere a la posible extensión de los efectos de la norma a situaciones anteriores a su entrada en vigor. Sabido es que la Constitución prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3), lo que deja abierta la posibilidad de la eficacia retroactiva de las normas favorables, no tanto a la denominada *de grado máximo*, que implica la aplicación de la nueva ley a relaciones y situaciones nacidas y agotadas en todos sus efectos conforme a la ley anterior, como a los casos que la doctrina y la jurisprudencia han denominado retroactividad *de grado medio*, en que la norma nueva se aplica a situaciones y efectos nacidos antes de su entrada en vigor, pero no agotados completamente, o a la retroactividad *de grado mínimo*, en que la nueva norma sólo tiene efectos de futuro (SS del TC 42/1986, de 10 de abril y 126/1987, de 16 de julio, entre otras).

b) *La dimensión espacial de las normas*

Si bien pudiera parecer que las leyes y las normas jurídicas, como reglas de comportamiento que pueden ser impuestas coactivamente, deberían aplicarse sólo en el ámbito territorial en que la autoridad que las impone ejerce su poder, la realidad es bien distinta. Regulada básicamente en los artículos 8 y ss. del CC, la dimensión espacial de las normas se puede reducir a las siguientes pautas: a las relaciones que tienen como sustrato el derecho de las personas, de familia o sucesiones, se les aplica la *ley personal*, determinada conforme a su nacionalidad (artículo 9); los derechos y deberes relativos a la posesión, la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes se regirán por la ley del lugar donde se hallen, o *ley territorial* (artículo 10); las formas y solemnidades relativas a los contratos, testamentos y demás actos jurídicos realizados por las personas se regirán normalmente por la ley del país en que se otorguen (en aplicación del principio *locus regis actum*), si bien podrán ser válidos también los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes (artículo 11.1); por último, las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español (artículo 8) y, para complicar más las cosas, según en qué casos, a los españoles y extranjeros por hechos cometidos dentro o fuera del territorio nacional (artículo 23 de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial).

c) *La dimensión vertical de las normas*

Hace referencia al principio de jerarquía normativa, aparentemente sencillo, que reconoce el artículo 9.3 de la CE y que aparece definido en el 1.2 del Código Civil («carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior») pero extraordinariamente complejo en realidad.

Lo cierto es que la única norma de superior jerarquía respecto a todas las demás es la Constitución (artículo 9.1), de tal manera que cualquier otra que la contravenga resultará nula, ya se trate de una norma con rango de ley (artículo 39.1 de



la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), ya se trate de una disposición reglamentaria, que también será nula si vulnera lo establecido en las leyes o en otras disposiciones de rango superior (artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

El problema de las relaciones jerárquicas entre leyes del mismo o de distinto subsistema normativo (estatal, autonómico) y de éstas respecto de los reglamentos es mucho más complejo. Por ejemplo, no existe relación de jerarquía entre leyes orgánicas y ordinarias, ni entre leyes estatales y autonómicas (salvo la subordinación de estas últimas a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía), como tampoco existe con carácter general entre leyes estatales y reglamentos autonómicos o viceversa; ni siquiera en el ámbito de las relaciones entre legislación básica y legislación de desarrollo, que sigue siendo una relación de especialidad partiendo de la noción material del carácter de básico (SS TC 32/1981, de 28 de julio; 1/1982, de 28 de enero y otras muchas, incluida la 69/1988, de 19 de abril y posteriores, que vienen exigiendo la indicación explícita del mismo).

d) *La dimensión horizontal de las normas*

Quizá la más difícil de entender, se refiere al principio de competencia, que supone la reserva de un ámbito de actuación exclusiva al legislador en función de las materias de que se trate y que, por no hablar de las competencias atribuidas a la Unión Europea (artículos 2 a 6 del TFUE), no se agota en el juego del 148 y 149 de la CE, que no es ni muchísimo menos un reparto de cartas entre dos jugadores pues, en primer lugar, la propia Constitución reconoce que las competencias exclusivas del Estado del 149 permiten la normación compartida (así, 149.1.1, 8, 11, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 27, 30); en segundo lugar, que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias legislativas sobre otras materias no atribuidas expresamente al Estado por vía estatutaria (artículos 148.2 y 149.3); y en tercer lugar, que esta atribución competencial puede alcanzar a materias de competencia estatal, bien por vía de transferencia o delegación (artículo 150.2), bien en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal (artículo 150.1).

III. LA DUDOSA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

A la complejidad del sistema normativo, que por sí sola dificulta enormemente el conocimiento y la correcta aplicación de la norma aplicable, debemos añadir ahora algunas reflexiones sobre la vigencia de uno de los principios fundacionales del Estado de Derecho, como el de la separación de poderes, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de la potestad de dictar leyes, exclusivamente reservada al Poder Legislativo en cuanto representante legítimo de la voluntad general.



3.1. LA USURPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO

Preocupa también, y mucho, la invasión de potestades legislativas por parte del Ejecutivo, que se manifiesta al menos en tres síntomas muy concretos. En primer lugar, en el monopolio de la iniciativa legislativa. Como sabemos, y dejando a un lado la que tienen atribuida las Comunidades Autónomas regulada en el artículo 87.2 de la Constitución, ésta puede proceder del Gobierno (proyecto de ley, artículo 88), de las propias Cámaras legislativas (proposiciones de ley, artículo 89) o de los ciudadanos (iniciativa legislativa popular, artículo 87.3 CE). Pues bien, en contra de lo que pudiera parecer, la mayor parte de las iniciativas, al menos de las iniciativas que prosperan y que acaban convirtiéndose en textos legislativos, proceden del Gobierno. A modo de ejemplo, en la actual legislatura (hasta enero de 2014) se han presentado en el Congreso de los Diputados 84 proposiciones de ley, 59 proyectos de ley y 22 iniciativas legislativas populares. De todas ellas, sólo los proyectos de ley han acabado (o acabarán convertidos en fechas próximas) en leyes que hemos visto o veremos publicadas en el Boletín Oficial del Estado. De las 84 proposiciones de ley registradas, 83 han sido inadmitidas a trámite, rechazadas o retiradas por sus proponentes, y sólo una ha sido aprobada con modificaciones, convertida en Ley 1/2013, de 14 de mayo; aunque, eso sí, subsumida en un proyecto de ley (de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios), procedente a su vez del Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre. Y de las 22 iniciativas legislativas populares, sólo de una se puede decir que ha prosperado parcialmente (eso sí, subsumida también en el citado proyecto de ley de protección de los deudores hipotecarios) y tan desvirtuada, que difícilmente podemos decir que se trata de la misma iniciativa.

Pero esta usurpación de funciones del Parlamento por parte del Gobierno no sólo se manifiesta en el monopolio de hecho de la iniciativa legislativa, sino también, y sobre todo, en el uso y abuso de la potestad de dictar decretos-leyes (artículo 86 CE) «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», expresión que, como ha recordado el TC, no es una cláusula «vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes...» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, que, por cierto, se refiere literalmente a la «invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución»).

Para ilustrar mejor el argumento, basta constatar que en el año 2012 se publicaron en el Boletín Oficial del Estado 8 leyes orgánicas, 17 leyes ordinarias (incluida la de Presupuestos Generales del Estado) y 29 reales decretos-leyes, algunos tan urgentes como el 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, o el 8/2012, de 16 de marzo, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico.

Por último, otro de los síntomas que pone de manifiesto el desplazamiento casi total de la función legislativa por parte del Gobierno es el de la superproducción de normas reglamentarias. Se calcula que aproximadamente el noventa y ocho por ciento de todas nuestras normas escritas proceden del Poder Ejecutivo por la vía del ejercicio de la potestad de dictar reglamentos, algo contra lo que lucharon los revolucionarios franceses —bien cierto que sin demasiado éxito, pues la Constitución del Año VIII (1799)



volvió a reconocerla—, que pretendieron para la Asamblea Nacional el monopolio de la producción normativa prohibiendo al Poder Ejecutivo dictar ninguna ley, salvo las denominadas «... proclamaciones de conformidad con las leyes para ordenar o recordar su observancia» (Constitución de 1791, Tít. III, Cap. IV, Secc. I, artículo 6). Igual que hicieron nuestras Cortes de Cádiz con el Decreto de 16 de enero de 1811, aunque también con resultados efímeros, pues el decreto de 26 de enero de 1812 ya permitía a la Regencia expedir «... los decretos, reglamentos e instrucciones que sean conducentes para la ejecución de las leyes, oyendo antes al Consejo de Estado» (Cap. II, Art. V).

Nos basta con ojear cualquier Boletín Oficial (estatal, autonómico o provincial) para comprobar que, de entonces acá, el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha ido multiplicando en la medida en que lo han hecho también los titulares de dicha potestad, que se reconoce no sólo al Gobierno (artículo 97.1 de la CE) sino a las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración local (artículo 4.1.a de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

3.2. LA PROGRESIVA REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR

Y no acaba aquí el declive del Poder Legislativo. Una de las características que siempre se ha reconocido a las leyes es la ilimitación de su ámbito material y contenido. Es conocida, y a todos nos resulta familiar, la cita de Jean-Louis de Lolme (1740-1806) según la cual «la ley lo puede todo, excepto convertir a una mujer en hombre o a un hombre en mujer» (cuestión hoy ya resuelta, por cierto, si se me permite la ironía).

Pues bien, en el momento actual, esta característica es otro de los mitos que se desvanecen. Para empezar, la ilimitación del ámbito material de la ley encuentra una barrera infranqueable en el sistema de distribución competencial entre los distintos poderes territoriales, de tal modo que el legislativo estatal no podrá regular materias que sean de la exclusiva competencia autonómica, ni los Parlamentos de las Comunidades Autónomas podrán invadir con sus leyes el ámbito competencial exclusivo del Estado. Bien claro lo dejó el Tribunal Constitucional, entre otras, en las conocidas sentencias 147/1991, de 4 de julio; 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo.

Pero es que además el legislador está limitado también en cuanto al contenido de sus regulaciones. En primer lugar, por la propia Constitución, como norma de superior jerarquía, de tal modo que las leyes contrarias a ella serán anuladas por el Tribunal Constitucional (artículo 39 de su ley orgánica) y, en consecuencia, expulsadas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, por el contenido esencial de los derechos y libertades (artículo 53.1 CE) que, según el TC, comprende por una parte «... aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así», y por otra, «...aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (sentencias 11/1981, de 8 de abril, FJ 8 y 37/1987, de 16 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).



Por último, no podemos olvidarnos tampoco de los límites que imponen al legislador las directivas comunitarias. Como instrumento de armonización de las legislaciones de los Estados miembros, las directivas obligan en cuanto al resultado, con independencia de los medios y las formas de llegar a él (artículo 288 del TFUE), lo que remite a la normativa interna de cada Estado en cuanto al reparto competencial, con lo que, en aquellas materias que exijan para su transposición una norma con rango de ley, el margen de actuación de los legisladores resulta seriamente comprometido.

IV. LA SUPERPRODUCCIÓN NORMATIVA

Complejidad del sistema, confinamiento del legislativo... Lo peor es que no son éstos los únicos males que aquejan a nuestro sistema normativo. Se atribuye a Napoleón la frase de que «hay tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado». Y éste es, en efecto, otro de los grandes problemas —junto con sus secuelas de inestabilidad— a los que nos enfrentamos día a día tanto los destinatarios de las normas como los profesionales del Derecho.

4.1. LA HIPERTROFIA DEL SISTEMA NORMATIVO

Existen demasiadas normas. Se producen demasiadas normas; no tanto de rango legal como reglamentario, pero para el caso lo mismo da. El artículo 9.1 de la CE nos declara sujetos «... a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», y eso tanto vale para una ley orgánica como para el más insignificante de los reglamentos del más pequeño de los municipios españoles.

Por ilustrar el argumento con datos concretos, el manuscrito que se conserva en la catedral de León de la *Lex Romana Visigothorum*, o Breviario de Alarico (siglo VI), quizá el texto más fiable de la recopilación del Derecho Romano postclásico que se conoce, vigente en un reino germánico, consta de 107 hojas. La Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el Señor Don Carlos IV (1805), está compuesta por doce libros que, con sus índices y suplementos, no superan las 1.200 páginas, siendo ésta toda la legislación vigente en nuestro país hace apenas dos siglos.

Hoy, los cálculos más prudentes estiman en cien mil (100.000) las leyes y reglamentos vigentes en España, y en más de novecientas mil (900.000) las páginas de Boletines Oficiales que se publican anualmente, buena parte de ellas conteniendo nuevas normas. El cálculo es bien sencillo, sólo el Boletín Oficial del Estado superó las sesenta mil páginas (60.000) en el año 2013.

Si ya en el siglo XVI decía Quevedo, a quien quisiera ser letrado almendruco, que «... a todas las cosas que te dijeren, di que hay ley expresa, que habla en propios términos... Y sabe cierto que no hay disparate en el mundo tan grande que no tenga ley que lo apoye...», imagínese hoy el lector en medio de la selva impenetrable de normas que acabamos de describir.



4.2. LA INESTABILIDAD DEL SISTEMA NORMATIVO

Y claro, el mayor problema de esta superabundancia de normas —consecuencia también de la ingente cantidad de poderes normativos, todo hay que decirlo— genera una enorme inestabilidad del sistema que se refleja en las siguientes manifestaciones:

a) *En la mutabilidad de las propias normas*

Si se me permite, lo peor de todo no es el fluir incesante de nuevas normas, sino la inseguridad que genera la continua modificación de las existentes, en un aluvión imposible de contener. Como no quiero que se me tache de hacer afirmaciones carentes de fundamento, voy a citar algunos ejemplos. Empezando por nuestra propia casa, el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, norma de especial trascendencia en nuestro ordenamiento, como bien se puede comprender, fue aprobado por un decreto legislativo, el 1/2000, de 8 de mayo, que entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, el 15 de mayo. Pues bien, a fecha de hoy (31 de enero de 2014) ha sido modificado en dieciséis (16) ocasiones. La primera a escasos dos meses de su vigencia, por Ley 2/2000, de 17 de julio.

Otro ejemplo. La legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, fue modificada seis (6) veces —sin contar cuatro (4) actualizaciones más de cifras y cuantías—, hasta que se aprobó un texto refundido, por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el cual fue objeto a su vez de doce (12) modificaciones más hasta la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la más estable de todas, pues sólo se modificó en dos (2) ocasiones hasta la aprobación del nuevo texto refundido, por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que ha sido modificado ya, en apenas dos años de vigencia, en nueve (9) ocasiones más.

Y para el que siga sin creérselo del todo y piense que la volatilidad de las leyes afecta sólo al ámbito del Derecho Administrativo, un último dato espeluznante: el Código Penal, ni más ni menos que la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha sido modificada en veintisiete (27) ocasiones, de las cuales, al menos en nueve (9) no se indica en el título de la norma que contiene una modificación del Código Penal. Sólo en el año 2000, se modificó en seis (6) ocasiones, por Leyes Orgánicas 2/2000, de 7 de enero; 3/2000, de 11 de enero; 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería; 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores; 7/2000, de 22 de diciembre y 8/2000, de 22 de diciembre. Sobra todo comentario.

b) *En los cambios en las instituciones y en las regulaciones*

Podría pensarse, sin embargo, que esta avalancha normativa es, con todo, un mal menor si a pesar de las transformaciones del Derecho positivo, los conceptos y las instituciones se mantuvieran, no inmutables, pero sí con un cimiento estable.



Pero eso tampoco ocurre. Fue Von Kirchmann (1802-1884) quien dijo que una palabra del legislador convertía en basura bibliotecas enteras, de tal forma que la labor del jurista, del que persigue los conceptos trascendiendo las normas, «... se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, camina todo el día y a la noche están tan alejados de él como por la mañana...».

Aunque me he resistido todos estos años, empiezo a creer que Von Kirchmann tenía un punto de razón. Por ejemplo, desde el Derecho Romano, el contrato, como acuerdo de voluntades, existe «... desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (artículo 1254 del CC), perfeccionándose por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el mismo (1262.1 del CC), lo que trasladado a los contratos públicos significaba (nótese el tiempo verbal) que el contrato se perfeccionaba con la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que fuese el procedimiento o la forma de adjudicación (artículo 27 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), de tal forma que a partir de ese momento surgían derechos y obligaciones recíprocos para las partes, entre otros, la obligación de formalizar el contrato (artículo 140.3), cuyo incumplimiento hacía incurrir al contratista en causa de resolución (artículo 206, apartado d).

Pues bien, la Ley 34/2010, de 5 de agosto modifica, a mi modo de ver sin una motivación convincente, la institución del contrato administrativo, de tal manera que a partir de entonces los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan «con su formalización».

Una palabra del legislador convirtiendo en papel mojado veinte siglos de teoría jurídica.

Pero tan grave como la transformación de los conceptos y las instituciones, y aún más, por los efectos directos que tiene sobre la vida diaria de los ciudadanos, son los cambios permanentes y continuos en la regulación de las cuestiones más ordinarias, más cotidianas, por decirlo de alguna manera. No podemos olvidar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica es la suma de dos elementos, uno objetivo, en cuanto certeza de la norma aplicable, y otro subjetivo, en cuanto previsibilidad de los efectos de su aplicación, ya que dicho principio «protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles» STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 6.º).

Por poner un ejemplo, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, dentro de la prohibición total de fumar en determinados centros y establecimientos (artículo 7), permitía la habilitación de ciertas zonas para fumadores en algunos de dichos lugares, previo cumplimiento de los requisitos que se establecían en la propia ley (artículo 8, apartados 1 y 2 respectivamente). Pues bien, los titulares de aquellos establecimientos que invirtieron en adaptar espacios conforme a las exigencias legales para permitir el uso del tabaco se encontraron tan sólo cinco años después con la prohibición absoluta de fumar en los mismos por una nueva ley, la 42/2010, de 30 de diciembre, que modificaba la anterior.

Lo propio ocurre en el sector de las energías renovables. Desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, los pequeños productores de energía podían



optar por participar en el mercado de electricidad, en determinadas condiciones, o por incorporar sus excedentes a la red, en cuyo caso percibirían el precio final del mercado más una prima, régimen que se pretende consolidar con el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, creando así un sistema estable y previsible, modificado luego por Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que establece unos límites máximos y mínimos (techo y suelo *cap & floor*) y por los Reales Decretos 1578/2008, de 26 de septiembre, y 6/2009, de 30 de abril. Pronto empiezan los recortes, que se materializan en el Boletín Oficial, algunos incluso con carácter retroactivo, mediante los Reales Decretos 1565/2010, de 19 de noviembre, y 1614/2010, de 7 de diciembre, además de en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre. Tres cambios en el plazo de un mes. Pero lo peor estaba por llegar. Por Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, se suprime el régimen económico regulado en el Real Decreto 661/2007, y por Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, se elimina la opción de venta al mercado más la prima y se modifica la metodología para el cálculo de la retribución de este tipo de energías. Falta el golpe de gracia, que se espera con la anunciada nueva ley del sector eléctrico y que, según parece, impondrá a los pequeños productores un «peaje» de acceso a la red.

c) En el problema de las leyes ómnibus

Contribuyen también —y no poco— a sembrar el caos en este desolador panorama normativo las denominadas «leyes ómnibus», que son aquéllas que modifican, en una sola disposición, decenas de normas de distintas materias. A mediados de la década de los ochenta, las leyes de Presupuestos empezaron a incorporar modificaciones de normas que nada tenían que ver con la materia presupuestaria, pero que aprovechaban la cobertura formal de dicha ley para agilizar los trámites parlamentarios que hubiera supuesto su debate y votación por separado, atendiendo a su contenido material. El Tribunal Constitucional hizo algunas advertencias al respecto (así, STC 126/1987, de 16 de julio) y a partir de la sentencia 76/1992, de 14 de mayo, aceptando la posibilidad de que las leyes anuales de Presupuestos puedan contener disposiciones de naturaleza no presupuestaria, señala que «este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria», estableciendo como condiciones para admitir la inclusión en las leyes de Presupuestos de las materias que no constituyen el núcleo esencial, mínimo e indisponible de las mismas «... la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes y la justificación de la inclusión de esa materia conexas en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales» (FJ 4).

A partir de ahí, la solución consistió en aprobar anualmente, junto a la ley de Presupuestos de cada año, otra en la que se recogían las modificaciones normativas que no tuvieran cabida en aquélla por falta de conexión con la materia presupuestaria. La primera, Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, se dividía en tres títulos y contenía 43 artículos, 19 disposiciones adicionales, 4 transitorias,



1 derogatoria y 2 finales, modificándose con ella 13 leyes, 2 decretos legislativos y 1 decreto-ley. Aceptable para lo que vendría después. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en tan sólo 11 artículos, 44 disposiciones adicionales —nótese la evolución de la técnica legislativa—, 17 transitorias, 7 derogatorias y 6 finales, modifica 89 disposiciones con rango de ley (76 leyes, 7 decretos legislativos y 6 decretos-leyes).

No hace falta recordar otros ejemplos, como el de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, conocida y citada como «Ley ómnibus», que apenas modifica 50 normas de rango legal, o la 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, 56 más, que casi hubiera pasado desapercibida de no ser porque en su articulado proclama solemnemente que, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá «... de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible...» (artículo 4.4 LES) y que resulte «... lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación...» (artículo 4.9 de la propia ley 2/2011). Sin comentarios.

V. LA ESCASA O NULA CALIDAD DE LAS NORMAS

Por si lo dicho hasta ahora no ha sido suficiente, otro de los síntomas más preocupantes de nuestro sistema normativo es la escasa calidad formal de las normas. No debemos olvidar que una norma es un mensaje y, como tal, debe ser fácilmente entendible por su destinatario³.

Por ello, no dejo de preguntarme cada día si la fórmula de promulgación de las leyes es quizá la más adecuada: «A todos los que las presentes vieren y entendieren», no tanto por el escaso número de los que las ven como por el aún más escaso de los que las entienden.

5.1. LA NECESARIA CLARIDAD DEL MENSAJE NORMATIVO

Sin duda una de las cualidades que más se echa de menos en nuestro actual sistema normativo es la claridad del mismo. Suelo poner como ejemplo a mis alumnos, para ilustrar esta afirmación, la notable diferencia entre el artículo 613 del Código Civil, que dice aquello de que «las palomas, conejos y peces que de su

³ Sobre nomología, la Prof. P. GARCÍA-ESCUADERO ha publicado un excelente *Manual de Técnica Legislativa* (Civitas, 2011), y sobre las patologías y vicios que aquejan a nuestras leyes, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (Civitas, 2006), pero sobre todo, L. VANDELLI, *Trastornos de las instituciones políticas* (Trotta, 2007), en el que brilla con luz propia el *Prólogo para españoles* de F. SOSA WAGNER.



respectivo criadero pasaren a otro perteneciente a distinto dueño, serán propiedad de éste, siempre que no hayan sido atraídos por medio de algún fraude o artificio», y el artículo 60 del Texto Refundido de nuestra legislación urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que regula el aprovechamiento medio y que, de sucumbir a la tentación de reproducirlo aquí, ocuparía casi dos páginas.

Lamentablemente, el lenguaje de nuestros Boletines Oficiales está plagado de vicios ortográficos, gramaticales y de estilo; de tecnicismos, de paráfrasis, de eufemismos, de expresiones vacías de contenido y de redundancias que hacen las normas virtualmente ininteligibles. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero son tantos que casi carece de sentido destacar alguno. Basta con ojear el último Boletín y escoger entre los muchos que allí se ofrecen.

Por eso, no está de más recordar que el Fuero Juzgo (ya en el siglo XIII) decía que «el fazedor de las leyes debe hablar poco, e bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas llano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin ninguna gravedumbre...» (Lib. I, Tit. I, VI).

5.2. LA ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LAS NORMAS, MANIFIESTAMENTE MEJORABLE

El problema no se reduce sin embargo a un mensaje difícilmente interpretable desde el punto de vista lingüístico, sino que alcanza a otros aspectos formales de las normas que coadyuvan —y mucho— a esta ceremonia de la confusión.

A la heterogeneidad del contenido de las normas ya nos hemos referido al tratar de las denominadas «leyes ómnibus», que, sin embargo, no dejan de tener la coherencia de lo que no tiene orden ni concierto, como las cajas de galletas o de caramelos surtidos. El problema verdadero lo encontramos en las normas intrusas, aquéllas que aparecen por sorpresa en una ley y que nada tienen que ven con el contenido real de la misma. Así, la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, esconde un conejo en su chistera: entre sus disposiciones adicionales, la primera de ellas modifica la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y las siguientes dentro de la misma ley, las leyes de los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades.

A tales extremos ha llegado, que el Tribunal Constitucional ha tenido ya que pronunciarse, considerando contrario a la legalidad parlamentaria «... la más absoluta desconexión entre el proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de arbitraje, cuya única finalidad era modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial para atribuir determinadas competencias en materia de arbitraje a los Juzgados de lo Mercantil y las enmiendas admitidas a trámite por la Mesa del Senado, cuyo objeto era modificar el Código penal añadiendo tres tipos penales relacionados con la convocatoria ilegal de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum y el allegar fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos así como a los partidos, entes o grupos parlamentarios que los sucedan,



cuestiones manifiestamente ajenas a la determinación de una competencia procesal en materia de arbitraje» (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 8.º).

A ello hemos de añadir la estructura ilógica de las normas, como la Ley 50/1998, ya citada (11 artículos, 44 adicionales, 17 transitorias, 7 derogatorias y 6 finales) y que podríamos calificar de *Ley cometa*, en el sentido de que su cola es mucho más visible que su núcleo; la abundancia de cláusulas derogatorias genéricas e implícitas, que esparcen una pesada neblina sobre el derecho hasta entonces vigente; las disposiciones transitorias que hacen inaplicable la norma vaciándola de contenido (2.ª de nuestra Ley 12/1990, de Aguas); las *normas placebo*, que alivian pero no solucionan nada, como la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y cultura de la paz; o las *redundantes*, como el artículo 47 de la Ley 30/1992, que establece que «los plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados»; o las *ocurrencias legislativas*, como la Ley del Parlamento de Galicia 7/2013, de 13 de junio, de la galleguidad, entendida como «... el derecho de las comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo gallego...» (artículo 2) o, en fin, las que insultan la inteligencia al declarar el derecho de los ciudadanos «a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios...» (artículo 35, apartado i de la citada Ley 30/1992).

A MODO DE CONCLUSIÓN

Se atribuye al lexicógrafo francés Émile Littré (1801-1881) que, habiendo sido encontrado tonteando con la cocinera, su mujer exclamó: «Monsieur, me sorprende usted» (*vous me surprenez*), a lo que el aludido replicó: «No, señora, es usted quien me sorprende a mí en esta situación embarazosa. Yo a usted *la asombro*» (*je vous étonne*).

Y viene a cuento la anécdota porque, si con estas modestas reflexiones que acabo de hacer a vuelapluma sobre el penoso estado en que se encuentra nuestro sistema normativo, no he podido sorprender al lector —que presumo conocía ya los males que aquejan a nuestras leyes—, acaso haya podido asombrarlo con la contundencia de los ejemplos que los ilustran⁴.

⁴ Como las normas de edición de la revista no me permiten añadir una reseña bibliográfica, permítame al menos el lector el desahogo de dejar aquí constancia de otras aportaciones menores sobre el tema —en tamaño, que no en importancia—, como la de S. Martín Retortillo, sobre La doctrina del Ordenamiento Jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo (RAP núm. 39, 1962), la de R. Gómez-Ferrer, sobre Relaciones entre leyes, competencia, jerarquía y función constitucional (RAP núm. 113, 1987), y la más refrescante, que no menos sería, de M. Fuertes, Once tesis y una premática para restablecer la dignidad de la Ley (RAP núm. 177, 2007).

