

LA REINVENCIÓN DE LA LEY

FRANCISCO J. LAPORTA*

Desde hace algunos años se extiende sin grandes objeciones la idea de que estamos asistiendo a una “crisis de la ley” como fuente del derecho. La ley ha sido durante más de un siglo la fuente de derecho por excelencia y ello ha determinado que el derecho fuera sobre todo derecho legislado o *statutory law*. Pero ahora se afirma que esa situación está tocando a su fin o está seriamente amenazada debido a un conjunto muy complejo de factores de todo tipo, entre los que suelen mencionarse el surgimiento de entidades políticas supranacionales que emiten disposiciones jurídicas vinculantes sin órganos legislativos adecuados, la variopinta y a veces caótica actividad de los parlamentos nacionales o regionales, el incremento de la fuerza y la presencia del poder ejecutivo en la vida nacional y el creciente protagonismo de las decisiones judiciales sobre todo en materias de control de constitucionalidad. El argumento que da pie a esta convicción no deja de ser poderoso: si tomamos una a una las propiedades que se han adscrito al concepto de ley, podemos constatar con gran facilidad que todas ellas han sido o son traicionadas por la realidad jurídica de todos los días. En las páginas que siguen trataré de reflexionar sobre esta situación elaborando para ello algo que pudiera denominarse una pieza de positivismo normativo o positivismo ético, o de ética del legalismo, como también se ha llamado (Campbell 1996; MacCormick, 1989). Al hacerlo creo estar avanzando por una senda señalada no hace mucho tiempo por Aurelio Menéndez (Menéndez 1997, 84)¹.

I

Para establecer los términos de esa reflexión voy a empezar por ofrecer un conjunto de rasgos o propiedades que parecen haber acompañado al con-

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Una senda, por cierto, que Aurelio Menéndez sabe distinguir perfectamente del llamado por Norberto Bobbio “positivismo como ideología” o “positivismo ideológico”. Cfr. Bobbio (1965).

cepto de ley a lo largo de la historia. No se trata aquí de realizar ninguna tarea de refinamiento conceptual ni de proponer una definición de lo que sea la ley, sino de reunir y enumerar de un modo meramente acumulativo, algunos de los caracteres más sobresalientes que parecen haber caminado en uno u otro tiempo junto a la noción de ley. La enumeración no pretende tener ni carácter cronológico ni carácter sistemático. Incluso no puede excluirse que haya rasgos que no acaben de casar bien entre sí. Sólo se trata de ofrecer una relación de las señas que han identificado históricamente a la ley. Tampoco complicaré las cosas tratando de encontrar una precomprensión adecuada de aquello a lo que me voy a referir cuando hablo de 'ley'. Supongo que cualquiera con una elemental experiencia de derecho puede hacerse una idea de ello. Para iniciar la reflexión me basta con pensar en cualquier disposición que sirva de vehículo a una norma jurídica o a un conjunto de normas jurídicas. En este amplio molde vamos a empezar a insertar las propiedades de que hablaba. Son ocho.

Uno. Se ha entendido usualmente que la ley es un constructo deliberado, a diferencia de la costumbre que parece surgir de forma anónima e involuntaria (Link, 1985, 157-8). Las leyes son creadas. Son creadas por agentes determinados² y son creadas dándoles por lo general una formulación escrita. La costumbre por el contrario no parece tener un autor ni tampoco una formulación o versión canónica y oficial. Es decir, a diferencia de la costumbre, la ley es artificial tanto en el sentido de no natural como en el sentido de no histórica. Se ha podido discutir si es producto de la *ratio* o de la *voluntas*, pero se acepta comúnmente que es algo *producido*, y producido deliberadamente. Y en su sentido más inmediato está orientada al futuro, es una manifestación de normas pro-futuro, trata de ocuparse de las conductas venideras mucho más que de las conductas pasadas. Esa puede ser, por ejemplo, la razón por la que puede incorporar desde muy pronto el mecanismo derogatorio de la *lex posterior* que es algo impensable, e históricamente combatido y condenado, cuando se trata de la costumbre o la tradición³. Al contrario que los usos, y las normas jurídicas o morales vehiculadas a través de ellos, que son – para expresarlo con las palabras de Hart – “inmunes al cambio deliberado” (Hart, 1961, 217), las leyes son creadas, cambiadas y derogadas por actos concretos y deliberados.

² La *determinación* del sujeto que crea la ley es una característica definitoria del concepto de las *laws properly so called* en Austin: “...being a *command*, every law properly so called flows from a *determinate* source, or emanates from a *determinate* author” (Austin, 1832, 133)

³ Aunque puede ser rastreada mucho antes, la formulación precisa del principio *lex posterior derogat legibus prioribus* se encuentra ya plenamente en Baldo de Ubaldis en el siglo XV. Cfr. (Grawert, 872)

Dos. La ley es algo que acompaña al soberano (Link, 1985, 157). El “poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular” es, según Bodino, el primer atributo del soberano, y un atributo que lleva ya en sí y prefigura a todos los demás atributos (Bodino, 1576, 168). Y del mismo modo que el soberano se define por su poder de dar la ley, la ley se define a su vez como emanación del soberano: *le commandement de celuy qui a la souveraineté* (Grawert, 883). Ley y soberano son pues como las dos caras de una misma moneda, la cara que refleja el poder supremo es el soberano, la que refleja el derecho de superior jerarquía es la ley. Parece por ello que por encima del soberano no puede haber leyes en sentido jurídico estricto (según algunas versiones, quizá solo leyes divinas o leyes naturales), y que por debajo de la ley no pueden existir soberanos (ni la Administración ni el poder judicial han sido considerados nunca soberanos⁴).

Tres. La ley es asociada desde la Edad Media a ciertos órganos en los que se refleja algún tipo de representación de sus destinatarios, sean estos ‘estamentos’, ‘brazos’, ‘territorios y villas’ o, desde la era moderna, simplemente ‘ciudadanos’ individuales. La idea de que la ley no puede ser pensada sin la participación en su elaboración de aquellos a quienes va destinada puede rastrearse hasta el derecho romano clásico⁵. Y como es sabido, a lo largo de la Edad Media se va introduciendo en su percepción el principio de que la potestad de hacer leyes no reside solamente en el Rey o el Emperador, sino que es el fruto de un pacto o convención entre él y el pueblo (Grawert, 875). Esa idea de pacto, convención, o contrato lleva consigo la de un acuerdo en el que han de participar todos por estar todos afectados por la ley, y se va incorporando con más y más intensidad a la concepción común de esta fuente del derecho. Por unos u otros caminos acaba en la idea de que las leyes no pueden ser otra cosa que declaraciones de la voluntad general (Rousseau, 1762, 3, 15). Como tal se incorpora literalmente al artículo 6 de la Declaración Francesa de 1789: “La Ley es la expresión de la voluntad general”. En esta concepción se alcanza una suerte de relación constitutiva entre ley y voluntad general, de forma tal que la ley no puede ser sino un acto de tal voluntad y tal voluntad no puede sino expresarse a través de la ley. Este componente definicional que incluye la presencia de los destinatarios en la configuración misma de la ley será determinante de la noción contemporánea de ley. Hasta existe una suerte de tópico que em-

⁴. Otra cosa, naturalmente, es que el soberano, el rey, tuviera tradicionalmente *iurisdictio*, es decir, competencias judiciales.

⁵. Gayo: “*Lex est, quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule) constituebat*” (Istitutiones, 1,2,4) (Cfr. Grawert, cit. 866) Sobre el concepto romano de ‘lex’ (Behrends, 1985)

puja incluso a aquellos órganos autoritarios a los que un derecho positivo no democrático confiere la competencia para hacer leyes a tratar de simular un sucedáneo de representación (como en la llamada 'democracia orgánica' de las Cortes del franquismo) o a fabular una suerte de 'representación' virtual (la comunicación mística del Führer con el espíritu de la comunidad).

Cuatro. Pero la ley es también aquello que define al poder. Desde la relación interna que en el siglo XIII establece Bracton entre 'lex' y 'rex' (*lex facit regem*) se viene entendiendo que al poder solo puede accederse con un título jurídico previo, y ese título sólo lo confieren las leyes. Un 'gobierno de leyes', a diferencia de un 'gobierno de hombres', es antes que nada un gobierno en el que las vías de acceso al poder están predeterminadas en la ley porque es la ley el instrumento normativo idóneo para hacerlo. El vehículo de las normas de competencia más importantes es por ello la ley. Y en coherencia con esa misión constitutiva o definitoria del poder, se va imponiendo la idea de que es precisamente la ley la que diseña los límites de ese poder y controla así su ejercicio, determinando lo que puede y no puede hacer. Ley y definición de ámbito del poder político serían así también nociones muy próximas.

Cinco. Como consecuencia de lo anterior la ley es también el instrumento adecuado para administrar la fuerza en la sociedad. La coerción que ejerce el soberano representativo como poder establecido es algo que le presta la ley. Decir cómo y cuando se proyecta sobre el ciudadano una dosis de violencia pública es el cometido de la ley. El binomio ley-castigo o castigo-ley se constituye así, al menos desde el derecho penal de la Ilustración, no solo en una exigencia ética y política a través del principio de legalidad penal, sino también en algo muy cercano a un componente definicional de lo que son las leyes y la aplicación de la fuerza sobre los miembros de la comunidad.

Seis. Hasta ahora he venido enumerando propiedades o rasgos de la ley predominantemente formales o adjetivos. Convendrá ahora penetrar en lo que fue llamado en la cultura jurídica alemana "ley en sentido material" (Böckenförde 1981, 226 y ss). Y el primer atributo que nos sale entonces al paso como el rasgo definicional más constante y más característico de la ley es la generalidad. Si puede decirse que hay una propiedad que se haya atribuido a la ley a lo largo de la historia esa propiedad es la generalidad. Desde los tiempos de Augusto (Aulio Gelio, 10,20,22) hasta las críticas de Schmitt a las leyes-mediada (Schmitt 1968) se ha considerado la generalidad como una de las características definitorias de la ley. Esta atribución se hizo particularmente intensa y unánime con el pensamiento racionalista e ilustrado que dio lugar al Estado liberal de Derecho (como consecuencia seguramente de una asociación, que

hoy seguramente discutiríamos, entre *generalidad* y *racionalidad*). En sus orígenes históricos se entiende seguramente por generalidad la cualidad de tener como destinatarios a todos los pertenecientes (sean súbditos, sean ciudadanos) a una comunidad política por encima de diferencias de status, rango y condición. Entonces la generalidad significó sobre todo que el emperador como titular de la *potestas legislativa* tenía competencia sobre todos sus súbditos, cualquiera que fuera su condición social o su poder territorial. Con el liberalismo adquirió ya el alcance de instrumento de superación de desigualdades estamentales y de igualdad de tratamiento a todos. Por eso, al lado de la generalidad se subraya entonces la ‘abstracción’ de la ley, que es la aplicación de la misma idea a la determinación del contenido de la norma: no casos concretos de acciones o actividades sino acciones o actividades tipo. A finales del siglo XIX y en virtud de la postulación de un doble concepto de ley fundado en una teoría de la *proposición* jurídica (*Rechtssatz*) que hoy parece muy poco convincente se recurre de nuevo a la generalidad o la abstracción para estipular una noción más precisa de ley. Ley es solo aquella disposición cuyo contenido es una *proposición* jurídica, y una *proposición* jurídica – según Georg Meyer, por ejemplo, - solo puede ser aquella que “incorpora prescripciones generales y abstractas” (Böckenförde, 260). En términos generales, y con cierto grado de imprecisión conceptual, la idea que se quiere transmitir a lo largo del siglo XIX con las nociones de generalidad y abstracción como propiedades de la ley es que las leyes no son normas de cualquier tipo, sino que tienen como condición esencial la de ser ‘reglas’ tanto por lo que a sus destinatarios respecta como por lo que respecta a las acciones que han de regular.

Siete. La misma teoría del doble concepto de ley (material y formal) basada en la idea de las proposiciones jurídicas como enunciados con un contenido material de derecho dado, determina que al lado de la generalidad antes vista se predique de la ley como rasgo conceptual el de ser la única disposición jurídica que puede interferir en la libertad y en la propiedad del ciudadano (Böckenförde, 226 y ss.). Ley en sentido material y proposición jurídica como enunciado normativo que interfiere, limita o define la libertad o la propiedad son para parte de la dogmática alemana del derecho público la misma cosa. Esta idea proviene obviamente de su plasmación en el artículo 4 de la Declaración Francesa⁶ y sus resonancias kantianas parecen indudables. Sus fundamentos históricos y teóricos serían fáciles de establecer, pero lo que interesa ahora es

⁶ “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tienen más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por Ley”

recoger una nueva dimensión conceptual de la ley como fuente del derecho para tratar de hacer nuestra enumeración lo más exhaustiva posible. Propiedad conceptual de la ley sería, pues, el que fuera una disposición cuyo contenido normativo interfiriera con los derechos individuales de libertad o propiedad con el fin de establecer los límites recíprocos y necesarios a la libertad de los individuos.

Ocho. Por fin, y recordando la circunstancia histórica en que Laband propone esa doctrina de la doble naturaleza de la ley (la pugna de Bismarck por aprobar presupuestos de guerra sin autorización del legislativo), voy a añadir una última caracterización de la ley. Me refiero a la que, al contrario precisamente de lo que pretendía Laband, identifica la ley como la disposición adecuada para establecer los beneficios y cargas económicas de la vida social, es decir, los impuestos y los gastos. Es decir, la convicción extendida de que solo la ley es disposición apta para establecer el presupuesto del Estado y con él la exacción de los impuestos y la determinación de los gastos. Tiene ya una expresión primaria en el Bill of Rights de 1688⁷, que responde e incorpora el viejo principio *No taxation without representation* como manifestación común de esta dimensión de la ley. Impuesto y ley, como libertad y ley o propiedad y ley, tienen por así decirlo, una relación biunívoca. Solo la ley puede conocer de su definición y condiciones, y tales definición y condiciones son al mismo tiempo una suerte de producto de la ley.

Pues bien, si simplemente yuxtapusiéramos todos estos variados ingredientes, aquí reunidos sólo para agotar todos los sentidos que ha transportado históricamente la noción jurídica de ley, podríamos construir la siguiente definición: **Ley es una disposición creada y emitida por el poder soberano situado en el órgano representativo de la comunidad, mediante la que se dictan normas que organizan el uso de la fuerza en la sociedad, tienen destinatarios generales y regulan conductas típicas que afectan a la libertad y propiedad de los ciudadanos, determinan los límites recíprocos de sus derechos y deberes, y establecen las cargas y beneficios económicos de la sociedad, sirviendo con ello de control jurídico de la acción de los poderes públicos.**

⁷ El *Bill* denuncia que el rey Jacobo II violó las leyes y libertades del reino “exigiendo tributos en dinero por y para el uso de la Corona, so pretexto de prerrogativa, de otro modo y con ocasión distinta de cómo fue permitido por el Parlamento”; y declara “que la exacción de tributos en dinero por o para el uso de la Corona so pretexto de prerrogativa, sin permiso del Parlamento, por más tiempo o de otro modo que como es o puede ser permitido en el futuro, es contrario a derecho”

II

Apenas es preciso decir que la definición anterior es una pura construcción conceptual que no tiene ningún reflejo ni en la teoría ni en la práctica jurídica⁸, sino que apunta más bien a servir de banco de pruebas en el hilo argumental de estas reflexiones. Puede servir, por ejemplo, para establecer con cierta precisión una versión débil y una versión fuerte de eso que se ha llamado ‘crisis de la ley’. En la versión débil, con esa idea de que la ley está en crisis se hace referencia a cosas muy heterogéneas y dispares, pero que sin embargo no subrayan quizás toda la gravedad del problema. Por ejemplo, con ella se alude a veces a la ausencia de relación con cualquier pretensión de representar la ‘racionalidad’ que tiene la ley actualmente (Burdeau 1963; Prieto 1998). También se insiste mucho desde hace tiempo (al menos desde que Schmitt denunciara la famosa ‘motorización’ de la legislación) en esa hipertrofia legislativa que se manifiesta en un flujo ‘desbocado’ de leyes imposibles de racionalizar en un esquema aplicativo debido a su número, su inestabilidad y su caprichosa sistematización (García de Enterría 1999, 45 y ss). Se habla también – en una especie de afirmación paradójica – de una suerte de “hipostenia” legislativa, como una progresiva pérdida de fuerza o eficacia de las leyes, que se ven ignoradas o inaplicadas con notable frecuencia debido a su volatilidad, perdiendo así su condición de punto de referencia más importante de la realidad jurídica (Pérez Luño 1993, 81). Se afirma asimismo que dadas las complejidades actuales del mundo social y económico, las leyes se limitan a tener contenidos vagos y meramente orientativos: “redactar una legislación precisa sería verdaderamente imposible dado el ingente tamaño del Estado moderno y la naturaleza altamente técnica de sus operaciones. Ningún Legislativo podría posiblemente tener tiempo para emitir más de una fracción de las leyes que apoya si le fuera exigido redactar las reglas que fueran a ser aplicadas en definitiva” (Rubin, 395). Por su parte, los expertos en técnica legislativa denuncian lo frecuente que es la utilización de la legislación con fines puramente simbólicos (para conjurar una campaña de prensa o tranquilizar a un sector de la sociedad, etc...). Por no decir nada de los neo-constitucionalistas que arguyen que el hecho de que la jurisdicción constitucional pueda pronunciarse sobre la adecuación de las leyes a la Constitución ha determinado su pérdida de rango. No

⁸ Sin embargo, Erhard Denninger ha estipulado algo parecido sobre la base de las actuales normas y decisiones constitucionales alemanas. Para él “Ley es a) una forma de acción jurídica para traducir decisiones democráticas de formación política de voluntad, b) instrumento para la dirección en la medida de lo posible y detallada de procesos sociales de acción, c) instrumento, apoyado en tales funciones, para garantía de los esferas individuales de disposición y libertad” (Denninger, 1994, 55)

creo necesario reproducir aquí todas esas teorías y argumentos que miran hoy a la ley en el mejor de los casos como solo un tipo entre otros de disposiciones jurídicas o, que sin más, dan por hecha su defunción⁹.

A diferencia de todo eso, lo que llamo una versión 'fuerte' de la idea de la crisis de la ley es más bien algo que tiene una relación directa con todas esas propiedades que hemos visto, y hace referencia directamente a la existencia de prácticas normativas jurídicas que ignoran algunos de los rasgos atribuidos tradicionalmente al concepto de ley. A efectos argumentativos creo que vale la pena representarse la crisis de la ley como una situación en la que se produce cotidianamente todo un conjunto de normas y decisiones jurídicas que regulan sin limitación alguna todo aquello que se pudo pensar como propio de la ley. Si analizáramos desde esta perspectiva cada una de las propiedades o rasgos que hemos visto antes, llegaríamos a la conclusión de que como propiedad de la ley no queda incólume casi ninguna.

No es difícil comprobar que las leyes no son ya emanación del soberano sino de las más diversificadas y variopintas instancias de poder: supranacionales, federales, regionales, sociales, etc... Tampoco cumplen ya la función de dar contenido a las reglas de reconocimiento porque de eso se ocupan mucho más autorizadamente algunos organismos de control de constitucionalidad que pueden definir qué normas son o no son válidas. Y no digamos nada de las características formales de la generalidad y la abstracción; frente a ellas proliferan las leyes de caso único, las leyes ad hoc, las leyes medida, las habilitaciones al gobierno, etc. Los Legislativos hacen con frecuencia leyes con destinatario individualizado, para resolver un caso o disciplinar un hecho: imponer medallas, atribuir status jurídicos, otorgar licencias, etc. La generalidad y la abstracción solo parecen exigirse todavía con seriedad para la redacción de los tipos penales en los códigos. Y al lado de ello, multitud de agencias normativas no legislativas emiten disposiciones de carácter general y abstracto para regular situaciones que escapan a la mirada de los representantes del pueblo. Y por lo que respecta a esa mirada ¿es realmente la representación popular la que elabora y emite las leyes? Pues en muchos casos no. No es ya que el Ejecutivo controle de un modo casi pleno tanto los proyectos de ley como el resultado de las deliberaciones y de las votaciones en los órganos legislativos (Miers & Page, 11; Zapatero, 169), es que dispone ya de un poder normativo directo que le exime con mucha frecuencia de pasar por el tamiz

⁹. "A imagen de los regicidios revolucionarios de su historia, los pueblos europeos han consumado su última gran transformación constitucional, como se sabe, mediante el destronamiento, juicio público y condena, en ocasiones, de la ley" (Jiménez Campo, 19).

formal de la discusión parlamentaria. Y tampoco puede consolar mucho el afirmar que al fin y al cabo los Ejecutivos de los sistemas parlamentarios son emanación de las Cámaras Legislativas, porque en una no pequeña medida, tampoco ellos determinan el contenido de las leyes. Muchas leyes, en efecto, son el producto de un auténtico “mercado de las leyes” en el que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador y el gobierno una presión tan eficaz como para lograr una “contractualización de los contenidos de la ley”, una auténtica legislación paccionada que solo consagra una relación de fuerzas existente al margen de la voluntad jurídicamente representada (Zagrebelsky, 37). Hasta el punto de que a la vista del incremento de esos sistemas de negociación de las normas se siente la inclinación de afirmar que asistimos a un proceso que deriva hacia la autonormación o ‘autonomía’ de los diversos intereses sociales, sin que la idea de interés común que servía de basamento a la noción de voluntad general incorporada en las instituciones representativas se haga presente en dichas negociaciones, ni el origen de la ley sea claro y conocido. Lo que significaría también que el poder no es, como se pretendía, algo definido por las leyes, sino que la existencia social de intereses corporativos fuertes proporciona una suerte de competencia ‘de facto’ para determinar el contenido de las leyes: son las leyes lo que son definidas por el poder, no el poder por las leyes.

En cuanto al paradigma liberal clásico que exige que sea la ley y sólo la ley la que determine y afecte los derechos básicos de libertad y de propiedad, las agencias políticas y jurídicas que llevan a cabo hoy día directa o indirectamente la definición y delimitación, y también la garantía, de tales derechos son tantas y tan heterogéneas que bien puede decirse que el ciudadano necesita realmente una guía profesional para orientarse por una densa realidad normativa que hasta para protegerle exige una capacidad experta imposible de obtener sin asesoramiento. Lo mismo sucede con la imposición de cargas y la distribución de la riqueza que se presumieron como tarea específica de la ley. Se ha escrito que debido al tamaño del Estado de Bienestar las leyes de contenido económico ni siquiera están en su mayoría dirigidas a los ciudadanos sino que son “más una serie de directivas emitidas por el legislativo hacia los mecanismos de implementación del gobierno, sobre todo agencias administrativas, que un conjunto de reglas para el gobierno de la conducta humana” (Rubin, 371). Las leyes de contenido económico lo que hacen, pues, es encargar a agencias especializadas la conformación de las directrices generales de política económica, es decir, la configuración de la concepción vigente de la justicia distributiva en un país. También en esto parecen haber renunciado a su tarea característica y han delegado su función.

III

Pues bien, si la situación es tal que, como estamos viendo, los rasgos que han definido a la ley se han desdibujado tanto que hay leyes en sentido meramente nominal que no cumplen con la mayoría de esos rasgos, y disposiciones no legislativas que se los apropian selectivamente consiguiendo con ello el alcance de leyes pero hurtándose a sus requisitos básicos, entonces puede decirse, efectivamente, que estamos en una situación de grave crisis de la ley y que hemos de ponernos a buscar una fuente alternativa de regulación jurídica y social que satisfaga algunas exigencias a las que no parecemos querer renunciar. Para hacerlo voy a proponer ocho argumentos de naturaleza ético-política que creo que todos aceptaríamos y que nos llevarán a reivindicar una nueva fuente, un nuevo vehículo idóneo de normas jurídicas que cumpla con esas razones o exigencias de carácter ético.

Hace ya años, Bobbio escribía lo siguiente sobre las notas de generalidad y abstracción de las normas jurídicas: "Bajo la apariencia de ser notas objetivas, estos caracteres son en realidad requisitos subjetivos, es decir, son atribuidos a las normas en base a valores en los que quisiera inspirarse el ordenamiento jurídico. No son, como los teóricos del derecho quieren hacer creer, caracteres de las normas tal y como son, sino de las normas tal y como deberían ser..." (Bobbio 1956). Pues bien, lo que creo necesario hacer precisamente es operar con toda deliberación la transformación de esas propiedades pretendidamente conceptuales que hemos visto adscritas a la ley para trocarlas en argumentos ético-políticos complejos que nos llevarían a la conclusión de que tenemos que reinventar la ley o algo muy parecido a la ley, y que la pretensión de que el lugar de ella pueda ser ocupado por una constitución, por la costumbre o por el derecho jurisprudencial es ilusoria. Naturalmente solo puedo presentar aquí esos razonamientos de modo muy esquemático, pero tengo la convicción de que serán familiares para todos. Tanto que al iniciar mis argumentos no puedo hurtarme a la sensación de que voy a mostrar lo obvio, lo que todos sabemos, y sólo me impulsa a hacerlo el pensar que a veces las suposiciones más importantes de nuestras convicciones jurídicas y políticas son por esa su misma obviedad las más escondidas e invisibles, y necesitan quizás por eso mismo ser aireadas, repensadas y reconstruidas como recordatorio capaz de impedir, o limitar al menos, la aparición y difusión de soluciones falsas para nuestros problemas reales. Vayamos, pues, a los argumentos. Pero esta vez invertiremos el orden; y no solo por amor a la simetría sino porque quizás entre todos ellos dibujen un solo argumento complejo en favor de esa reivindicación o reinvención de la ley.

Ocho. Si la justicia es un conjunto de criterios y pautas sobre la distribución correcta de los beneficios y cargas de la cooperación social, es decir, sobre la creación, adscripción y distribución de los derechos, bienes y recursos de una sociedad, todos estaremos de acuerdo en que la articulación de ese conjunto de criterios y pautas que versa en lo personal sobre el status de ciudadano y las obligaciones y deberes que lleva consigo, y en lo económico sobre la riqueza y los impuestos, los beneficios y las cargas correlativas, ha de llevarse a cabo a través de unas disposiciones normativas precisas y claras, accesibles al conocimiento público y prospectivas. No se trata, por lo demás, de determinar tan sólo qué derechos y deberes de naturaleza personal o económica promocionarán o interferirán la vida de los ciudadanos, sino también de poder conocer cómo han de llevarse a cabo las decisiones políticas y económicas. Cualquier posibilidad de prever con una cierta seguridad nuestro futuro como individuos o nuestros planes de vida como seres autónomos pasa por una cierta garantía en nuestro status jurídico y en la disposición de algunos recursos básicos y por la seguridad de aquellas transacciones económicas que les atañan.

Siete. Precisamente la noción moral de autonomía personal impondría a nuestra reflexión otra nueva tarea para ese vehículo normativo que estamos buscando: la de la configuración precisa del contenido y los límites de nuestros derechos y libertades básicas. Porque la autonomía personal como concepto ético se integra por un conjunto de derechos morales que exigen del sistema jurídico un reconocimiento y protección pleno e igual para todos como agentes morales. Su alcance como derechos ha de ser el máximo posible para cada uno y tienen que resultar en un respeto igual para todos. Tal tarea podría sin duda ser acometida en abstracto en un texto constitucional, pero el establecimiento de los sistemas de protección de esos derechos, de los límites que imponen a las agencias de poder y de la definición de los deberes recíprocos que llevan consigo es algo imposible de perfilar en una mera declaración constitucional o en una decisión judicial. Es necesario prever demasiadas cosas para que ello pueda ser así. Se requiere todo un tejido de reglas generales, procedimientos judiciales y garantías institucionales para cumplir con la tarea ética, no solo de reconocer, sino de configurar al ciudadano como agente moral autónomo provisto de todos sus derechos.

Seis. Cualesquiera que fueran las propiedades que imaginamos para esa nueva fuente del derecho que tiene como misión organizar la riqueza económica y conferirnos los derechos básicos, parece natural pensar que exigiremos de ella que lo haga con justicia, que transporte normas *justas*. Y si hacemos caso, por ejemplo, a John Rawls, la idea de justicia tiene ciertos condicionamien-

tos formales ineludibles (Rawls 1971, III, 23). En primer lugar las normas en cuestión deberían ser generales, es decir, deberían estar formuladas sin recurrir a nombres propios o descripciones definidas. Y deberían también ser universales en el sentido de ser aplicables a todos sin distinciones ni discriminaciones injustificadas. Ello haría de ellas normas especialmente idóneas para tratar a todos como iguales. No es que generalidad y universalidad sean equivalentes a igualdad de trato, pero la igualdad de trato solo es posible mediante normas generales y universales. A su lado también pensaríamos como requisito paralelo el que fueran abstractas, en el sentido de que regularan acciones típicas y no acciones individualizadas espacio-temporalmente, porque ello sería lo que le prestase su auténtica condición de *reglas*, es decir de pautas que tratan siempre al mismo supuesto igualmente. Pues solo serían reglas (a diferencia de mandatos o normas concretas) aquellas que nos permitieran conocer que en todas las ocasiones en que se dan las condiciones que especifica la norma, ésta será aplicada (Fuller 1969,49).

Estas condiciones formales que, como hemos visto, han acompañado a la noción de ley a lo largo de su historia, encuentran su fundamento no sólo en exigencias morales de igualdad de tratamiento y de no discriminación, sino también de predecibilidad de las conductas de los demás y de las reacciones de los poderes públicos. Sólo con reglas generales de esta condición puedo saber cual será el comportamiento de los demás y cuál la reacción del poder en el futuro, y ello es algo crucial para poder desarrollar mis planes de vida y con ello mi autonomía personal.

Cinco. Y si pretendiéramos – como parece razonable – que esos derechos básicos y esas pautas de cooperación económica fueran también límite y criterio para el ejercicio del poder, es decir, si entre nuestras aspiraciones éticas estuviera también aquella que se formula como sometimiento del poder al derecho, o como control del poder por el derecho ¿a qué tipo de disposiciones recurriríamos para darle satisfacción? ¿a qué podría decirse que se somete el poder si no es a una disposición conocida, clara, que mire hacia el futuro, y esté vigente antes de que las actividades de ese poder se desarrollen? El imperio del *derecho* entendido como un conjunto de decisiones sobre el ejercicio del poder basadas solamente en la jurisprudencia o en la aplicación genérica de principios jurídicos no es un mecanismo satisfactorio de control del poder por el derecho porque con él nunca podremos conjeturar por anticipado cuales son los límites del poder o si un acto determinado del mismo los ha sobrepasado. Solo una disposición o fuente de derecho que contenga normas jurídicas que expliciten claramente esos límites y obliguen a las agencias de poder a desarrollar su actividad dentro de su marco sería idónea para ello. No solo por

tanto imperio del *derecho* en términos abiertos, sino sobre todo imperio de esas novedosas disposiciones o fuentes que estamos aquí discutiendo y proponiendo.

Cuatro. Si se diera el caso de que fuéramos como seres lo suficientemente débiles como para que nuestra supervivencia estuviera en peligro a menos que pudiéramos establecer un esquema razonable de organización del uso de la fuerza física en la sociedad, una fuente del derecho que incorporase normas de las características apuntadas hasta aquí sería también el único criterio que aceptaríamos para hacerlo. Y del mismo modo que nuestra seguridad peligraría por la amenaza de la violencia privada de los demás, peligraría igualmente si no conocemos como se ejerce el poder y con él la violencia pública. El hecho de que esas reglas estén incorporadas en formulaciones lingüísticas conocidas *ex ante*, a las que se ha dado una publicidad suficiente, y que exigen para liberar actos de fuerza el cumplimiento de ciertos requisitos de procedimiento también conocidos, haría de esas disposiciones o fuentes las únicas vías aceptables de regulación y administración de la fuerza en la sociedad.

Tres. Naturalmente que sería fundamental para nuestra argumentación moral que el poder para realizar los actos de creación de esas disposiciones estuviera localizado en una agencia u órgano representativo conformado mediante el consentimiento de los destinatarios de esas disposiciones. Si exigimos ser tratados siempre como seres autónomos e iguales también habremos de exigirlo cuando se trata de nuestra posición en el importante proceso de elaboración de esas normas, y por tanto, en la configuración de ese órgano soberano del que van a emanar (Waldron, 101). Y ello lleva consigo naturalmente que tal órgano sea el resultado de un proceso electoral definido por la discusión pública, la exigencia de libertad y el principio de mayorías. No pretendo recurrir con ello al argumento – seguramente artificioso – de que hemos de ser nosotros mismos los que nos imponemos la ley. Es algo mucho más limitado pero ineludible: que cualquiera que sea la autoridad encargada de elaborar la disposición jurídica en cuestión, cada uno tenga un derecho de participación en su constitución y sea así tratado como un ser autónomo, y que ese derecho sea un derecho igual al de los demás, y sea así tratado como un igual. Por lo que respecta a las cargas y gravámenes de naturaleza económica creo que seguiríamos considerando fundado el viejo principio “*no taxation...*”, y si la esfera personal de nuestros derechos morales ha de ser modulada necesariamente por normas jurídicas no permitiríamos que esa interferencia normativa le fuera encargada a nadie que no fuera ese órgano representativo.

Y no solo ello, sino que nos parecería también una exigencia ineludible el que las disposiciones en cuestión fueran producto de una discusión pública y de la aprobación por mayoría de los votos representados en ese órgano superior. Por ello, todo aquel órgano de poder que no sea el producto directo o indirecto de ese derecho a participar no será apto para elaborar y poner en vigor esas nuevas disposiciones.

Dos. Como vehículo de normas vinculante para todos que definen lo que son los derechos del ciudadano y cómo se articulan las bases de la cooperación económica y social, la fuente de derecho de que estamos hablando debería ser el producto de actos del soberano como suprema autoridad política. Pues si las normas jurídicas decisivas son emitidas por actos de poderes distintos e inferiores no seríamos capaces de reconocer a la máxima autoridad jurídica, y por tanto, no seríamos capaces de establecer la jerarquía normativa. Que la fuente que identifica esas normas jurídicas mane de la autoridad soberana es una exigencia derivada de la demanda anterior y que se proyecta también sobre la posibilidad de controlar esos otros poderes de inferior jerarquía que también emiten normas jurídicas. Si buscamos una fuente de normas que nos pueda servir como punto de referencia central para posicionarnos ante el funcionamiento del sistema jurídico en el desarrollo de nuestras conductas cotidianas, tendremos que situar tal fuente en la cúspide del poder. Lo que necesitamos pues son normas que sean puestas en vigor mediante actos del soberano. Y comoquiera que el soberano constituyente no alcanza con sus disposiciones a precisar los objetivos hasta aquí mencionados, necesitamos un soberano distinto que pueda hacerlo.

Uno. Y de todo ello se seguiría, naturalmente, que esa fuente de derecho nueva tendría que ser producto de una construcción racional deliberada, no algo que simplemente emerge o se produce a partir de fuentes misteriosas o de 'hechos' de la historia. Sabemos ya perfectamente que las normas pertenecen al mundo del 'deber ser' y no al mundo del 'ser', y por tanto que eso que se llamó en tiempos 'fuerza normativa de lo fáctico' o aquello que se nos quiere hacer pasar por una especie de precipitado normativo a partir de la historia o de la tradición, no son hechos sino argucias para sacralizar la realidad. A pesar de que tenemos ya experiencias muy contrastadas sobre los límites de la racionalidad en su aplicación a las ciencias sociales y también en su aplicación a la legislación, no renunciamos sin embargo a que la organización de la sociedad a través de normas jurídicas se haga mediante proyectos deliberados y racionales de pautas y medidas que incidan sobre aquello que 'es' para tratar de alcanzar aquello que 'debe ser'¹⁰. En general no

¹⁰. Tales proyectos deliberados incluyen tanto actos normativos como omisiones normativas. *No regular* puede ser también una decisión deliberada y racional.

aceptamos las críticas fáciles a este mínimo de racionalidad y no estamos dispuestos a abandonar la regulación de los conflictos sociales a inercias fácticas o costumbres o tradiciones. Desde luego no aceptamos que el procedimiento para crearlas sea desconocido y el agente que las crea sea anónimo, sino que exigimos que quienes creen las normas sean conocidos y desarrollen un procedimiento visible para hacerlo, y nos oponemos por ello a que se nos impongan normas jurídicas surgidas de orígenes ignotos u oscuros, por ejemplo, de sedicentes fuentes transcendentales o mágicas. Esto me parece que excluiría al derecho consuetudinario y las diversas formas de derechos divinos y naturales cuya identificación y desciframiento se deja en manos de castas sacerdotales.

IV

Nuestro elemental experimento mental nos ha llevado a una suerte de ‘reinención’ de la ley. Solo que ahora me parece que nos vemos forzados a distinguir con gran claridad entre lo que es la ley en su versión más cotidiana, que sin duda es aquella versión meramente ‘formal’ de acuerdo con la cual “ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito” (Schmitt 1996, 153), y una suerte de ley en un sentido material que cumpliera con las exigencias y razones que hemos dado como necesarias para satisfacer algunas importantes demandas de carácter ético. O, si lo prefieren, que podemos aceptar que la ley en el primer sentido entre en crisis y se transforme en un instrumento normativo más, pero *no* podemos aceptar que la ley como vehículo normativo idóneo para la satisfacción de nuestras exigencias éticas sea incorporada a esa llamada crisis de la ley y sea ignorada y degradada como la otra. Solo podríamos permitirnos ese lujo si realmente, y no solo retóricamente como ha sido el caso en este trabajo, encontráramos otra disposición o fuente del derecho que pudiera cumplir con esas tareas éticas. Y a este respecto se habla demasiadas veces de la Constitución como tal fuente y se la presenta precisamente como defensa o alternativa ante la corrupción de la ley por el poder legislativo. Pues bien, lo que este trabajo concluye es que éste es un modo equivocado de enfocar el problema porque la Constitución puede, en efecto, recoger todas esas exigencias y argumentos éticos y plasmarlos en un texto, y con ello puede condicionar genéricamente el contenido de las leyes, pero es impensable que pueda ser un vehículo idóneo para sustituirlas en toda la variedad y complejidad de sus contenidos. Y la jurisprudencia, de cualquier clase y jerarquía que sea, no puede hacer ni lo uno ni lo otro. Por eso me parece necesario volver a recordar hoy que el núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico *debe* estar integrado por un cuerpo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una

deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso hoy volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: menos neo-constitucionalismo y más neo-codificación.

REFERENCIAS

- Aulio Gelio.** *Las Noches Aticas*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas España-América.
- Austin, J.** (1832) *The Province of Jurisprudence Determined*. Citado por la edición de H.L.A. Hart. London. Weidenfeld and Nicholson. 1955
- Behrends O.** (1985) "Der römische Gesetzesbegriff und das Prinzip der Gewaltenteilung", en Behrends & Link (1985)
- Behrends O. y Link, Ch.** (1985) *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*. 1.-Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart". Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen.
- Bobbio, N.** (1956) "Per una classificazione delle norme giuridiche", en *Studi per una teoría generale del diritto* (1970) Torino. G. Giapichelli editore. Trad. Esp. de Alfonso Ruiz Miguel, en Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia. Fernando Torres Editor. 1980, por la que se cita.
- (1965), *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano. Edizioni di Comunita.
- Böckenförde, E.W.** (1981.) *Gesetz un gesetzgebende Gewalt*. Berlin. Duncker und Humblot.
- Bodino, J** (1578) *Los Seis Libros de la República*. Ed. Pedro Bravo Gala. Instituto de Estudios Políticos. Universidad Central de Venezuela (1966) por la que se cita.
- Burdeau, G.** (1963) "Le Déclin de la Loi". *Archives de Philosophie du Droit*, VIII.
- Campbell, T.D.** (1996) *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney. Dartmouth.
- Denninger, E.** (1994) "El lugar de la Ley", en *Democracia Representativa y Parlamentarismo*. Ed. de Antonio López Pina. Madrid. Servicio de Publicaciones del Senado.
- Fuller, L.** (1969) *The Morality of Law*. New Haven. Yale Univesity Press.
- García de Enterría, E.** (1999). *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid. Cuadernos Civitas.
- Grawert, R.** "Gesetz", en *Geschichtliche Grundbegriffe*. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Herausgegeben von Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck.
- Hart H.L.A** (1961) *The Concept of Law*. Oxford. Oxford University Press. Trad. esp. de Genaro Carrió, *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1968, por la que se cita.
- Jiménez Campo, J.** (1997) "Qué hacer con la ley inconstitucional", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. *La Sentencia sobre la Constitucionalidad de la Ley*. Madrid. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- Link, Ch.** (1985) "Der Gesetz in späten Naturrecht", en Behrend & Link (1985)

- MacCormick, N.** (1989) "The Ethics of Legalism" en *Ratio Juris*, 2
- Menéndez, A.**, (1997), "Sobre lo jurídico y los justo", en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El Derecho, la Ley y el Juez*. Madrid. Cuadernos Civitas.
- Miers D. & Page A.** (1982) *Legislation*. London. Sweet & Maxwell.
- Pérez Luño, A.** (1993) *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Sevilla. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.
- Prieto, L.** (1998) *Ley, Principios, Derechos*. Madrid. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson.
- Rawls, J.** (1971) *A Theory of Justice*. Harvard. Harvard University Press.
- Rousseau, J.J.** (1762) *El Contrato Social* Madrid. Alianza Editorial. 1980
- Rubin, E.** (1989) « Law and Legislation in the Administrative State », *Columbia Law Review*, vol. 89, abril 1989, nº 3.
- Schmitt, C.** (1996) *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza Universidad. Trad. de la edición alemana de 1927 de Francisco Ayala, por la que se cita.
- Schmitt, C.** (1971) *Legalidad y Legitimidad*. Madrid. Editorial Tecnos.
- Waldron, J.** (1999) *Law and Disagreement*. Oxford. Clarendon Press.
- Zagrebelsky, G.** (1992) *Il Diritto Mite*. Torino. Einaudi. Trad. cast. de Marina Gascón, *El Derecho Dúctil* (1995). Madrid. Ed. Trotta, por la que se cita.
- Zapatero, V.** (1996) "Producción de Normas", en *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Vol 10. Madrid. Ed. Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.