

SEGURIDAD JURÍDICA, CRISIS DE LA LEY Y CRISIS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY

1. Presentación
2. El imperio de la ley y la crisis de la ley
3. Dos diagnósticos y diversas medidas terapéuticas
4. Conclusiones: constitucionalismo débil e imperio de la ley
 - 4.1 ¿Más principios que reglas?
 - 4.2 ¿Más ponderación que subsunción?
 - 4.3 ¿Más jueces que legislador?
 - 4.4 ¿Más constitución que ley?
 - 4.5 ¿Una paradoja constitucional?

Liborio L. Hierro
Universidad Autónoma de Madrid

1. Presentación

Hace unos años estuvo de moda entre nosotros el tema de la "crisis de la ley". La primera vez que me ocupé del tema fue en 1996¹. Tres años después la revista DOXA publicó tres trabajos presentados por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, el profesor Michele Taruffo y el profesor Francisco Laporta en una Mesa Redonda celebrada en el IV Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, que había tenido lugar en Almagro en octubre de 1998, dedicada, precisamente, a la crisis de la ley. Otros cinco años después y exactamente en el mismo contexto, el IX Seminario Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en octubre de 2003 en Agrigento, tuvo también como tema central la crisis de la ley y allí presenté un nuevo trabajo sobre el tema. Yo mismo formé parte, en los años 2003 y 2004, de dos tribunales para juzgar sendas tesis doctorales monográficamente dedicadas a desentrañar la crisis de la ley, definiendo su diagnóstico y proponiendo su tratamiento terapéutico. La primera, leída en julio de 2003, se debe a la profesora Gema M^a Marcilla, fue dirigida por la profesora Marina Gascón, se titula "Crisis de la Ley y Ciencia de la Legislación" y está publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. La segunda, leída en febrero de 2004, es de Miguel Ángel

¹ El trabajo de 1996 fue la ponencia presentada en unas jornadas de homenaje a Francisco Tomás y Valiente, asesinado por ETA ese mismo año. Fue publicada luego en el número 19 de la revista DOXA; se titulaba "El imperio de la ley y la crisis de la ley" y en ella defendía el imperio de la ley afirmando que los problemas –unos nuevos y otros no tan nuevos- que afectaban a la ley no exigían poner en duda su vitalidad normativa si la ley se entendía como norma emanada de la voluntad del pueblo expresada por sus representantes y mucho menos poner en duda, lo que me parecía el verdadero objeto de la discusión, el principio del imperio de la ley. La ponencia presentada siete años después, en 2003, en el IX Seminario hispano-italiano de Teoría del Derecho celebrado en Agrigento, se titulaba "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley", se publicó también en DOXA, en el número 26, y sostenía las mismas tesis sobre el fondo de la cuestión. En 2005, en la primera sesión del Seminario Coloquio Jurídico Europeo, patrocinado por el Colegio de Registradores, hablé de nuevo sobre ello con el título "La crisis de la ley revisitada: ¿una paradoja constitucional?". Finalmente discutí las mismas ideas en diciembre de 2008 cuando los profesores Rafael Escudero, Andrea Greppi y José María Sauca me invitaron a hablar sobre cultura de la legalidad y crisis de la ley en una sesión del Seminario Permanente en Cultura de la Legalidad (SPCL) y en abril de 2014 en el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, invitado por los profesores Lorenzo Peña y Txetxu Ausín.

Suárez, fue dirigida por el profesor Javier Ansuátegui y se titula "Crisis de la Ley y Estado Constitucional"².

Como creo que la presunta crisis de la ley o, dicho más modestamente, los viejos y nuevos defectos de las leyes tienen más que ver con la seguridad que con la igualdad, mi propósito será hoy analizar si las propuestas de quienes consideran que la ley sufre una profunda crisis, que inevitablemente se extiende al principio ético-normativo del imperio de la ley, ofrecen una mejor perspectiva para la seguridad jurídica. Lo haré en tres breves apartados. En el primero resumiré mi tesis sobre el imperio de la ley. En el segundo resumiré los diagnósticos contenidos en las dos monografías citadas y algunas de las medidas terapéuticas que se ofrecen, situando entre ellas las cuatro que el profesor Luis Prieto enumeró como rasgos del constitucionalismo. En el tercero y último, comentaré cómo estas cuatro medidas se enfocan desde el constitucionalismo llamado "fuerte" (o post-positivista) y cómo se pueden enfocar desde el constitucionalismo llamado "débil" (o positivista).

2. El imperio de la ley y la crisis de la ley

Me parece que cuando la idea de "crisis de la ley" se quiere elevar a categoría se recurre siempre, como argumento principal, a la pérdida de generalidad y abstracción que la ley habría sufrido en el paso del estado liberal al estado social. Este argumento tiene dos premisas bien diferenciadas; la primera supone que las leyes, en algún momento de nuestro inmediato pasado, fueron generales y abstractas; la segunda supone que, precisamente por ser generales y abstractas, las leyes satisfacían el ideal de igualdad. El corolario de estas premisas es que las leyes, en el estado social, han perdido su generalidad y abstracción y, al hacerlo, han dejado de realizar ese ideal de igualdad. En "Igualdad, generalidad,

² En todo caso el tema no era nuevo. Francesco Carnelutti lo puso en boga en 1930 con su artículo "La crisi della legge" y, en España, Alvaro D'Ors publicó una pequeña monografía en 1952 y Alfonso de Cossío abrió el año académico 1954-55 con un discurso sobre la crisis de la ley. Aunque parece haber disminuido la atención sobre el tema, se han seguido publicando trabajos en los últimos años (Luis Martínez Roldán 2004, Edgardo Rodríguez 2005-6, Alfonso Celotto y Emanuele Conte 2006, Fernando Centenera 2012).

razonabilidad y crisis de la ley”, publicado en 2003, traté de demostrar que aquellas premisas son falsas. Sostuve allí que, por el contrario, la igualdad requiere precisamente normas menos-que-generales y menos-que-abstractas. Si este argumento es correcto, entonces y al margen de que las leyes nunca se hayan caracterizado por su absoluta generalidad y abstracción, la mayor generalidad y abstracción no es una exigencia del derecho a la igualdad aunque sí sea una relativa exigencia del derecho a la seguridad jurídica.

Bajo el rótulo de “la crisis de la ley” me parece también que se incluyen problemas, modificaciones, carencias, defectos y limitaciones de la legislación de índole muy distinta como para constituir manifestaciones de un mismo fenómeno. Y lo que es peor: con el rótulo de “la crisis de la ley” se trata de poner en cuestión, no por primera vez, el principio ético-político del imperio de la ley. Este principio se dirige principalmente a los operadores encargados de aplicar el derecho, a los jueces y magistrados en forma paradigmática. Su puesta en cuestión se dirige del mismo modo, principalmente, a los jueces y magistrados. Entre los argumentos principales que utilizan algunos de los predicadores de la crisis de la ley se encuentra el de que, en el estado constitucional, la fuerza normativa de la constitución y de los principios que en ella se declaran implica la desaparición del imperio de la ley, ley que ahora no puede ser más que una norma subordinada a la constitución y a sus principios. Lo paradójico, sin embargo, es que entre esos principios que la constitución declara se encuentra precisamente el del imperio de la ley.

En el trabajo de 1996 mi punto de partida era - como sigue hoy siendo- que el imperio de la ley está asociado a una cierta idea de ley, la ley como expresión de la voluntad general. Esta idea procede del pensamiento ilustrado y encontré formulaciones afortunadas en Locke, en Rousseau y en Kant, entre otros muchos, arraigó en el pensamiento jurídico contemporáneo y, más recientemente, fue considerada uno de los elementos del estado de derecho por Elías Díaz (1966). El imperio de la ley es, desde luego, un ideal o un imperativo ético, como había señalado Laporta. Me separaba yo de Laporta en

un solo aunque importante aspecto: para él, el imperio de la ley como imperativo ético se limita a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas (Laporta 1994, 142-144) siendo independiente del principio democrático; por mi parte, siendo en esto más fiel a la tesis de Elías Díaz, defendía y defiende la conveniencia de mantener asociado el principio democrático al imperativo ético del imperio de la ley. Nuestra diferencia es sólo de oportunidad ya que ni Laporta niega el principio democrático ni yo niego que su versión del imperio de la ley constituya también, quizás en un sentido más débil, un imperativo ético³.

El segundo paso consistía en constatar que la concepción liberal ilustrada del imperio de la ley como expresión de la voluntad general había asociado al concepto de ley –particularmente al de ley formal- ciertos presuntos caracteres que, básicamente, eran su carácter único (sólo hay un tipo de ley que es la voluntad del parlamento), su carácter originario (la ley formal expresa la voluntad normativa última que reside en los miembros del cuerpo social representados en el parlamento), su carácter supremo y su carácter incondicional. En resumen, la ley había terminado por ser considerada, en aquella concepción ilustrada, como fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del derecho.

El tercer paso estribaba en analizar los motivos prácticos y teóricos por los que semejante concepto de ley –cuyo imperio, no olvidemos, se predicaba como imperativo ético- parecía haber entrado en crisis. Propuse, como propongo, resumirlos en cuatro. (1) En primer lugar, la diversificación de las leyes, diversificación que se produce en tres niveles: (a) en el nivel de ordenación

³ Debo advertir, además, que en un segundo artículo de 1999 Laporta acoge como segunda acepción del término "ley" su definición como expresión de la voluntad general lo que, sin ser textualmente contradictorio con su tesis anterior, le permite ahora atender la supuesta crisis de la ley también en este aspecto que afecta a su legitimación (Laporta 1999, 322-323). Creo que en su imprescindible libro sobre el imperio de la ley, Laporta continúa sosteniendo su tesis inicial aunque entre las ocho propiedades históricas que atribuye a la idea de "ley" introduce, bajo el número tres y como un carácter contingente, la de ser expresión de la voluntad general (Laporta 2007, 153-154).

horizontal, en los estados complejos o políticamente descentralizados, al distribuirse la competencia legislativa entre la ley federal y la ley estatal o, en otros sistemas como el nuestro, entre la ley estatal y la ley regional o autonómica; (b) en el nivel de ordenación material o de contenido, al aparecer leyes formales de dudoso contenido como ley material, perdiendo todo atisbo de generalidad y abstracción e incluso a veces de pretensión normativa directa, como en los manidos supuestos de leyes-medida, leyes-programa, leyes-plan, leyes de habilitación, leyes-retóricas, etc.; (c) finalmente, en el nivel de ordenación vertical al haber aparecido en ciertos sistemas jurídicos diferentes categorías de leyes, como las orgánicas que aprueban estatutos de autonomía, las meramente orgánicas y las ordinarias, creando así diferentes tipos de legislador y suscitando el debate sobre si la distinción es meramente competencial o estrictamente jerárquica. (2) El segundo motivo residía en la aparición, en el contexto del proceso de integración europea, de normas no legales en sentido formal que cobraban fuerza paralegal, desplazando la aplicabilidad de las leyes internas a favor de los reglamentos y ciertas directivas comunitarias. (3) El tercer motivo era, naturalmente, la expansión de la fuerza normativa de la constitución que supone una obvia limitación de la potestad legislativa. (4) El cuarto y último era la expansión de la fuerza normativa de los principios; quizá el único de los cuatro que tiene un carácter, o al menos un origen, más claramente teórico que fáctico.

La conclusión que cerraba aquel análisis era la siguiente: la diversificación de tipos de leyes no afecta en nada al ideal del imperio de la ley. Que la ley haya de ser única (es decir, de un solo tipo) y suprema no son en realidad, caracteres necesarios que deriven de que la ley sea expresión de la voluntad general: "...la pluralidad de manifestaciones de la voluntad popular en nada afecta al carácter de la ley, a su legitimidad y a su pretensión moral de obediencia" (Hierro 1996, 305). La aparición de normas no legales de carácter paralegal sí afecta a ese ideal ético-jurídico en cuanto expresión del conocido déficit democrático de las normas supranacionales. La supremacía de la constitución parece afectar al imperio de la ley al difuminar el carácter

originario, supremo e incondicional de la ley pero, una vez más, hay que señalar que tales caracteres son meramente contingentes para la concepción de la ley como expresión de la voluntad general. Decía allí, en este aspecto, que "los rasgos de originariedad, supremacía e incondicionalidad corresponden más a los intentos de explicar la posición de la ley en la estructura del sistema normativo que a la concepción moral (normativa) del imperio de la ley" (ibídem, 306). Y, finalmente, la fuerza expansiva de los principios sí suscitaba -me parecía- problemas graves al proponer un debilitamiento de la función de aplicar reglas en favor de aplicar razones lo que iría consustancialmente unido a una progresiva judicialización del derecho.

Mi tesis, por lo tanto, se reduce básicamente a la idea de que las modificaciones producidas en la estructura normativa del estado de derecho cuando se convierte en estado constitucional no afectan al principio ético-normativo del imperio de la ley. En este sentido sostengo que, aunque la ley haya sufrido evidentes cambios de posición jerárquica y el legislador esté sometido a evidentes limitaciones, nada de ello obliga a abandonar el principio del imperio de la ley. Naturalmente no se me ocurre negar que la legislación tenga, además, otros muchos problemas pero sospecho que la mayoría de esos otros problemas los ha tenido siempre y, por tanto, que no hay nada nuevo que permita hablar de crisis de la ley si con ello se pretende identificar algún suceso novedoso y de alguna forma específico de nuestro tiempo. Hoy solo querría añadir que las terapias ofrecidas por quienes se aferran a la crisis de la ley y niegan que en el estado constitucional de derecho se pueda mantener el principio del imperio de la ley, no sólo no favorecen la igualdad (que se supone haber quedado en peligro por la pérdida de abstracción y generalidad de las leyes) sino que, además, ponen en grave peligro la seguridad jurídica.

3. Dos diagnósticos y diversas medidas terapéuticas

Los trabajos que he conocido posteriormente, a algunos de los cuales ya he hecho mención, no me han hecho cambiar de opinión. Tengo la impresión de

que los argumentos sobre la crisis de la ley pueden ordenarse en dos grandes grupos según el tipo de diagnóstico que realizan, diagnóstico al que normalmente se asocia una determinada terapia.

El primero entiende que la crisis de la ley es una especie de enfermedad crónica que la ley ha padecido siempre aunque con episodios temporales más activos. La invocación de una "crisis" parece hacerse aquí en las acepciones sexta y séptima del Diccionario de la Real Academia, conforme a las cuales "crisis" significa bien escasez o carestía o bien cualquier situación complicada. Esta enfermedad estriba, en efecto, tanto en la insuficiencia de la ley para ordenar de forma exhaustiva, coherente y eficaz la vida social como en la diversificación de las formas de producción legal. Bajo este diagnóstico, la enfermedad se manifiesta esporádicamente en esos fenómenos de hipostenia e hipertrofia legislativa –según la denominación del profesor Pérez Luño- cuyos síntomas son la diversificación, la inestabilidad, la sobre-regulación, la infra-regulación, etc. Cuando esta enfermedad crónica concurre con otros fenómenos como un cambio social brusco, un período de inestabilidad política o una situación revolucionaria, la enfermedad entra en un período más agudo de actividad sintomática.

Me parece que este diagnóstico está presente en el trabajo de Miguel Ángel Suárez quien, tras distinguir conceptualmente entre crisis de la ley, crisis del Derecho y crisis del imperio de la ley, sostiene llanamente que la ley siempre ha estado en crisis. El análisis de Gema Marcilla es, en mi opinión, algo más restringido y algo más riguroso pero define el fenómeno en términos parecidos. La "primera crisis de la legislación" se sitúa también por ella en el orden medieval (Marcilla 2005, 42) que se supera en el tránsito a la modernidad con la aparición del concepto moderno de ley. En un sentido más estricto, la primera crisis de la ley –en su concepto moderno- se produce en el estado liberal, ya desde el comienzo del último tercio del siglo XIX, y se manifiesta en la revuelta antiformalista y en la crisis política del propio estado liberal tras la Primera Guerra Mundial. La segunda crisis de la ley se produce, casi

inmediatamente, en el estado social y se manifiesta en la inflación legislativa, la pérdida de estabilidad y la pérdida de generalidad y abstracción. La tercera crisis se produce en el actual estado descentralizado y se manifiesta en la pérdida de unicidad por los fenómenos de infraestatalidad y supraestatalidad normativa y en la pérdida de valor normativo por los fenómenos de desregulación y globalización. La consolidación del estado constitucional, por su parte, viene a coadyuvar en esta tercera crisis por lo que supone de agresión al principio de supremacía legislativa. El diagnóstico, aunque más limitado en el tiempo y mejor definido, viene a ser el mismo: la ley –incluso la ley en su sentido moderno- ha estado en situación crítica permanentemente.

La terapia para esta enfermedad crónica que se define fundamentalmente en términos de insuficiencia, indeterminación, incoherencia, diversificación, carencia de abstracción y generalidad, etc. se resuelve, para ambos autores, recurriendo a la vieja receta de la Ciencia de la Legislación que había encontrado una feliz reformulación en la obra del profesor Manuel Atienza: si conseguimos que el legislador siga los dictados de la racionalidad lingüística, la racionalidad lógico-sistemática, la racionalidad pragmática, la racionalidad teleológica y la racionalidad ética –que son los cinco niveles de racionalidad legislativa- la enfermedad habrá quedado definitivamente curada. Me interesa particularmente destacar que en este primer diagnóstico la enfermedad de la ley se entiende como una enfermedad curable y ello supone que la ley, incluso en las nuevas condiciones del estado constitucional, puede recuperar un papel decisivo como segunda fuente del derecho, instrumento legítimo de desarrollo de la constitución y guía preceptiva de la aplicación del derecho por los jueces aunque esto último requiera un tipo de argumentación más depurado en la cual la interpretación y aplicación de la ley ha de resultar coherente con los principios constitucionales.

El segundo diagnóstico es distinto y parece responder a las primeras acepciones de “crisis” en el Diccionario de la Real Academia y, particularmente, a la tercera que entiende por crisis el momento en que un negocio está en trance de

transformación o de cese. La crisis de la ley es, según este diagnóstico, un fenómeno nuevo. Me servirá de ejemplo un trabajo publicado en 1999 en los Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho por la profesora Queralt Tejada, de la Universidad de León. Sostiene allí Queralt Tejada que "esta ley nuestra está enferma" habiendo perdido "aquella envidiable forma física del siglo XIX". La enfermedad se produce, según ella, por diez motivos (o "virus") que son los siguientes: el paso del silogismo a la argumentación, el paso del centralismo a la descentralización y a la globalización, el paso del estado liberal al estado constitucional, el paso del soberano legislativo al soberano constitucional, el paso de la política legislativa a la política constitucional, el paso de la instancia legislativa al estamento constitucional (sic), el paso de la centralidad de la ley a la centralidad de los derechos fundamentales, el paso de las reglas a los principios, el paso del legislador al juez y, finalmente, el paso del espejismo a la realidad.

Me parece que, en la argumentación de la autora, el paso del legislador al juez funciona, más que como otro motivo de la crisis, como la terapia misma de la enfermedad actual de la ley, terapia que consistiría en "la idea de un juez no estrictamente sometido a la legalidad... la idea del "decisor libre", [que] se impone como consecuencia de reconocer toda una serie de elementos que, por lo pronto, exceden de los tradicionales parámetros de la lógica", a lo que se añade que "el adentramiento de la constitución en el mundo de lo jurídico" coloca a la figura del juez "en un plano de igualdad respecto al legislador". Aplicada esta terapia, dice la autora, "el espejismo del juez sumiso había terminado; la crisis de la ley había sido desenmascarada, dando paso a un nuevo concepto de la tarea judicial, en el que el juez antes que subsumir, interpreta, antes que sentenciar, persuade, y antes que reproducir el contenido de la ley, justifica su personal y subjetiva visión como la mejor de entre todas las posibles" y, como consecuencia final, el intérprete del derecho ha de ser consciente de que para su actividad el centro de atención "lejos de girar en torno al concepto "ley", ... será el concepto "auditorio"". Es fácil comprender

que la terapia que aquí se propone para la crisis de la ley es directamente la extirpación quirúrgica del principio del imperio de la ley.

No tengo inconveniente en aceptar el primer diagnóstico aunque sospecho que el diagnóstico peca de sobre-demostración y la terapia peca de cierta ingenuidad. En todo caso ese primer diagnóstico pone de manifiesto que cuando hablamos de crisis de la ley no hablamos de ningún fenómeno radicalmente nuevo y que cuando busquemos su solución podemos continuar moviéndonos en la misma tradición ilustrada que convirtió a los derechos del hombre en criterio de legitimación por origen y legitimación por ejercicio del poder público, que en consecuencia atribuyó la soberanía al pueblo, que en consecuencia estableció el sometimiento de todo el poder al derecho y que en consecuencia, y como condición necesaria para conseguirlo, estableció la separación de poderes y el imperio de la ley. Este diagnóstico no nos exige, por otra parte, abandonar la vieja distinción trazada por Austin según la cual "la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra. Si lo es o no lo es, es una investigación; si es conforme o no con un principio asumido, es una investigación diferente" (Austin [1832] 1971, 184), distinción que constituye una característica central de lo que hasta hoy se ha denominado positivismo jurídico. Este diagnóstico sólo nos obliga a establecer los mecanismos más idóneos para controlar la constitucionalidad de las leyes así como a elaborar los criterios de interpretación de las leyes más ajustados a los principios constitucionales que, en cada caso, resulten aplicables.

El segundo diagnóstico no sólo me parece equivocado sino gravemente peligroso pues si aceptáramos la terapia que incluye provocaríamos nosotros mismos la enfermedad que en él se ha diagnosticado y terminaríamos por vivir en un mundo donde los jueces están en un plano de igualdad con el legislador, no sentencian sino que persuaden y no reproducen el contenido de la ley sino que justifican su personal y subjetiva visión como la mejor de todas las posibles. No se trata, sin embargo, de un punto de vista aislado el de Queralt Tejada. Resuenan en su breve trabajo, además de numerosas referencias a

Zagrebelski y Alexy, los ecos de tesis bien conocidas. Veamos sólo algunas de ellas. En España la autorizada opinión del profesor Rubio Llorente ha sostenido que "la idea de estado de derecho que informa la realidad jurídico-política española no identifica estado de derecho con "imperio de la ley". Lejos de postular la noción de soberanía parlamentaria, no es ni siquiera compatible con ella. La idea de estado de derecho hoy viva en España implica más bien la radical limitación del poder legislativo... lleva consigo, junto con un indudable debilitamiento de la ley como fuente del derecho, una cierta necesidad de replantear la concepción misma de la ley..." (Rubio 1986, 99-100) y en ese replanteamiento incluye el profesor Rubio "esta colocación del juez en cierto sentido, si no por encima del legislador, al menos en el mismo plano que él" (Rubio 1993, 681, cita que, naturalmente, invoca la profesora Queralt Tejada). Manuel Atienza ha señalado, en parecido sentido, doce rasgos del paradigma constitucionalista entre los que, en el primer lugar, se encuentra la importancia de los principios -aunque, señala él, "además de las reglas"- y en el sexto lugar, "entender que los jurisdicción no puede verse en términos legalistas -de sujeción del juez a la ley-, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales" (Atienza 2001, 309-310). La tesis central de este segundo diagnóstico es, por lo tanto, una tesis paradójica pues lo que viene a sostener es que nuestra Constitución -como las constituciones similares- contiene una contradicción pragmática ya que la correcta interpretación de la cláusula de supremacía que se contiene en su artículo 9 deja necesariamente sin contenido el mandato del párrafo primero del artículo 117 que somete a los jueces y magistrados "únicamente al imperio de la Ley".

Luis Prieto, por su parte, ha ofrecido como perfil del constitucionalismo contemporáneo los cuatro rasgos siguientes: "más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más constitución que ley" (Prieto 1998, 35), perfil que resultaría preocupante, como resulta en la versión de la profesora Queralt Tejada, aunque no lo sea tanto en la versión del profesor Prieto que, a renglón seguido, matiza cada uno de esos cuatro rasgos hasta convertirlos en proposiciones de sentido común sobre la posición de la

legislación en un sistema constitucional. Ello no obstante, merece la pena repasar estos cuatro rasgos pues el trazo que los une marca la separación entre lo que venimos llamando constitucionalismo "fuerte" o post-positivista y lo que venimos llamando constitucionalismo "débil" o positivista.

4. Conclusiones: constitucionalismo débil e imperio de la ley

4.1 ¿Más principios que reglas? El mismo Prieto señala que del hecho de que la Constitución contenga una amplia serie de principios así como que los derechos fundamentales que en ella se enuncian y protegen tengan, en general, la estructura de normas-principio (lo que no siempre es así como, por ejemplo, en los artículos 17.2, 21.1 y 25.1) no significa que "los conflictos jurídicos puedan ser encomendados en exclusiva a las directivas que emanan [de ellos]... sino que éstos han de ser tomados en consideración y que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la validez de las leyes relevantes en el caso" (Prieto 1998, 35-36). Puesto que los artículos 53.1 y 81.1 prevén la regulación del ejercicio de los derechos y libertades resulta obvio que la constitución habilita al legislador, orgánico en este caso, para establecer las reglas que convertirán aquellos derechos "prima facie" en derechos institucionales definitivos. Que deban hacerlo respetando su contenido esencial y que las decisiones legislativas sean susceptibles de control por el Tribunal Constitucional no suscita, en este primer renglón ninguna contradicción relevante.

El constitucionalismo fuerte y el constitucionalismo débil se oponen aquí solamente en sostener unas presunciones diferentes. Para el constitucionalismo fuerte hay una presunción de inconstitucionalidad de la ley que requiere de cada juez en cada caso un previo escrutinio sobre la constitucionalidad de las leyes aplicables al caso. Entre nosotros, por ejemplo, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero afirman: "A veces se supone que los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificativo de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a casos difíciles, pues en

los casos fáciles las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Esta forma de ver las cosas no nos parece, sin embargo, aceptable, por lo siguiente. Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sistema normativo de que se trate" (Atienza y Ruiz Manero 1996, 22). La conclusión que de aquí derivan es, naturalmente, que la obediencia del juez a las reglas exige previamente una deliberación sobre si el caso es fácil, esto es decir sobre si la regla supuestamente aplicable es conforme con los principios y ello tanto si se trata de valores -en cuyo caso hay que deliberar si la regla los realiza- como si se trata de objetivos -en cuyo caso hay que deliberar si la regla es el medio adecuado- (ibídem). Es fácil comprobar que el constitucionalismo fuerte implica, por lo tanto, dos presunciones: una presunción (si se quiere más débil) de inconstitucionalidad de las reglas y una presunción (notablemente fuerte) de que el juez -incluso cualquier juez- está en mejor posición que el legislador para determinar el alcance de los principios. El constitucionalismo débil asume, por su parte, las dos presunciones contrarias. La presunción de constitucionalidad de las leyes (y de las reglas que éstas contienen) y la presunción de que el legislador está en mejor posición que el juez para apreciar el alcance de los principios o, al menos, de que goza de mayor legitimidad democrática para hacerlo. El constitucionalismo débil asume, por tanto, la regla de Thayer y consecuentemente el principio *in dubio pro legislatore* lo que supone, como ha señalado Pablo de Lora siguiendo a Víctor Ferreres, "un anhelo similar al que da forma a la noción de imperio de la ley" (De Lora 2000, 64).

Una posible respuesta desde el constitucionalismo fuerte sería que sólo en cada caso concreto podemos establecer la conformidad de la regla con el principio o de la ley con la constitución y de ahí la insuperable judicialización que un sistema basado en principios implica. Naturalmente si esto fuera cierto el corolario no sería que el juez no está sujeto a la ley o que está en igualdad de posición con el legislador sino simple y llanamente que las leyes son innecesarias y el legislador también. Las dos presunciones del constitucionalismo débil implican, por el contrario, que no sólo es posible sino conveniente crear normas generales para solucionar casos individuales, entendiendo "por normas generales las que

correlacionan un caso genérico con una solución; [e] indirectamente... solucionan también todo los casos individuales que pertenecen a ese caso genérico” (Alchourrón y Bulygin 1974, 59).

4.2 ¿Más ponderación que subsunción? El corolario metodológico del constitucionalismo fuerte es un decidido entusiasmo por el método de la ponderación. Sin entrar ahora en las específicas dificultades del método⁴ basta señalar que su aplicación parece adecuada cuando lo que está en juego es decidir la configuración de dos principios constitucionales o el conflicto entre dos derechos fundamentales que entran en colisión. Se trata entonces de tomar una decisión sobre la prevalencia de uno u otro con el menor sacrificio del contrario. Como ha señalado Juan Carlos Bayón “puede haber situaciones en las que entren en colisión varios principios y no quepa hallar metanorma de prioridad alguna. Pero en tal caso no habrá ningún fundamento jurídico para sopesarlos y hablar de «ponderación» no pasará de ser un abuso verbal con el que se encubre lo que no podrá ser sino decisión pura y simple tomada en un espacio de indeterminación” (Bayón-Rodríguez 2003, 303). Naturalmente no es éste el propósito del constitucionalismo fuerte cuando pretende que el imperio de los principios implica la sustitución del método de la subsunción por el método de la ponderación. Su pretensión, como he señalado en el apartado anterior, parece vincularse a la idea de que cada caso requiere, o puede requerir, una respuesta correcta desde el principio o la ponderación de principios aplicable. Esta pretensión, si es sostenida seriamente, conduce en realidad a un particularismo jurídico que, si es consistente, no puede ofrecer un método de justificación de las decisiones nuevo y distinto sino la descarnada realidad de una decisión sin justificación. Si, para eludir esta consecuencia, la decisión a la que se llega tras ponderar los principios en juego es considerada como una “instancia de una generalización que rige también más allá de ese contexto particular” entonces “la justificación... tiene un carácter subsuntivo” (ibídem, 306) y la generalización lo que ha hecho es “determinar qué circunstancias del caso cuentan y qué circunstancias del caso no cuentan” lo

⁴ Creo que, en este aspecto, tienen un interés especial el esfuerzo de Robert Alexy por axiomatizar su teoría de la ponderación (Alexy 2004) y, entre sus críticos, los comentarios de José J. Moreso y Juan A. García Amado (Moreso 2007 y García Amado 2007).

cual –como afirma Laporta- es legislar (Laporta 1999, 327). No se trataría, por tanto, de que el juez no esté sujeto a la ley o esté al mismo nivel que el legislador, sino simple y llanamente de que el juez se convertiría en legislador, eso sí de un legislador *ex post facto* que, como concluye Laporta, daría al traste con la estabilidad, predecibilidad e igualdad formal que suponíamos virtudes del estado de derecho.

El constitucionalismo débil asume que la ponderación es un tipo de argumento necesario y útil en la justificación de decisiones últimas sobre el alcance de los principios y derechos constitucionales, precisamente en la medida en que no hay metanormas que regulen la eventual colisión entre ellos, pero asume también que precisamente la función de legislar estriba en realizar esa ponderación. Que la ponderación hecha por el legislador sea revisable en vía constitucional es una cosa, que la ponderación sea el tipo de justificación de todas las decisiones judiciales otra bien distinta. Naturalmente, cuando el juez tiene razones suficientes para dudar de la constitucionalidad de una ley debe hacer un ejercicio previo de ponderación –algo así como una anticipación de la argumentación que piensa debiera hacer el Tribunal Constitucional-, como también puede tener que recurrir a la ponderación cuando la ley admite diversas interpretaciones para buscar la que más se ajusta al peso relativo de los principios o derechos en juego; pero en tales casos la ponderación no sustituye a la subsunción sino que es simplemente una operación previa. En palabras de José Juan Moreso: “La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces –por razones conceptuales- no hay aplicación del derecho sin subsunción” (Moreso 2009, 284).

4.3 ¿Más jueces que legislador? El argumento que Luis Prieto introduce bajo este renglón es intachable. No se trata de prescindir del legislador sino de admitir que la legislación queda sometida a un eventual control de

constitucionalidad que, es por definición un control jurisdiccional se atribuya a quien se atribuya (Prieto 1998, 36 nota 121). Hasta aquí nada hay que se oponga a que el control se atribuya a un órgano jurisdiccional especial como lo es el Tribunal Constitucional en el esquema kelseniano que hemos adoptado. Pero la idea de que la mejor garantía de los principios y derechos está en liberar al juez de la sujeción a la ley y activar por ello su control de la legislación, aunque sólo sea con carácter previo antes de tomar cualquier decisión, es un simple corolario de las mencionadas presunciones asumidas por el constitucionalismo fuerte. Basta ahora añadir que la presunción de que los jueces están en mejor posición que el legislador para establecer el alcance de los principios o los derechos constitucionales y de su aplicación al caso concreto es una versión renovada de un viejísimo prejuicio antiparlamentario por lo que, frente a este argumento, uno tiene una inevitable sensación de paramnesia (lo que suele llamarse "dèjà vu").

No estaba muy desarrollado el estado liberal y era incipiente la codificación cuando ya Savigny, en su opúsculo sobre "La vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", consideraba no tanto que la ley estuviese enferma como que la ley era el síntoma de la enfermedad del derecho: "es cosa bien clara –dijo- que esta marcha hacia la codificación ha sido ocasionada tan sólo por la incontrastable decadencia del derecho" (Savigny [1814] 1978, 40) y presentaba dos escenarios cuya precisa diferencia estaba en la posición del juez: "La circunstancia más desfavorable en este respecto, es indudablemente aquella en la que el juez debe limitarse a aplicar mecánicamente un texto que no le es lícito interpretar..." (ibídem, 118-119). Ciento veinte años después Carl Schmitt repetía prácticamente las mismas palabras: "La ficción de la vinculación normativista del juez a una ley se ha vuelto hoy teórica y prácticamente insostenible en campos esenciales de la vida práctica del derecho. La ley no puede proporcionar la calculabilidad y seguridad que, según el pensamiento jurídico-estatal, pertenece a la definición de la ley... Aquí sólo hay un camino: ...si ha de seguir existiendo una aplicación independiente del derecho y, sin embargo, no es posible una vinculación mecánica y automática a normaciones

establecidas anteriormente, entonces todo depende del tipo de nuestros jueces” (Schmitt [1934] citado en Garzón 1985, 10). Probablemente la formulación más brillante de este enfoque, y la más cercana al diagnóstico que ahora discutimos, se encuentra en el conocido discurso rectoral de Otto Bachof de 1959 titulado "Jueces y Constitución". El discurso podría resumirse -creo- en cuatro proposiciones encadenadas: (a) Existe un derecho anterior a las leyes (y a cualquier constitución positiva) del que las leyes eran "antes" expresión racional en cuanto reglas generales y abstractas (Bachof 1985, 24, 40, 47 y 50). (b) Las leyes han dejado de ser expresión racional del derecho en cuanto han dejado de ser reglas abstractas y generales, convirtiéndose en "actos de conformación política" mediatizados por la mayoría parlamentaria y los grupos partidistas que la dominan (ibídem, 48, 49, 50, 51 y 52). (c) Es necesaria una "fuerza" que restablezca los "valores superiores del derecho" y la "paz jurídica", y esta fuerza "sólo puede ser el juez" (ibídem, 47 y 54). (d) El juez está sometido a la ley, pero no sólo a la ley; ni siquiera a la constitución como ley de rango superior, pues existe la posibilidad, aunque lejana, de que una norma constitucional esté en contradicción con las ideas de justicia que preexisten a la constitución. El juez, en última instancia, está sólo sometido a la soberanía del derecho y al "imperio del derecho" (ibídem, 65 y 68).

La versión actual propia del constitucionalismo fuerte parece dar por supuesto que el juez tiene la misma legitimidad democrática que el Parlamento para decidir sobre las cuestiones morales controvertidas respecto al contenido esencial, alcance y ponderación de los principios y derechos constitucionales, e incluso que por alguna razón sacramental se encuentra en mejor posición que el Parlamento para hacerlo. Da por supuesto que quien tiene la función de resolver un caso a la luz de los principios aplicables no incurrirá en las desviaciones propias de quien tiene la función de regular un universo de casos a la luz de los principios aplicables. Aun prescindiendo del principio de legitimidad democrática, del que no podemos prescindir sin cometer grave pecado, el argumento estaría por demostrar. La única razón que nuestra propia historia nos enseña es que la reivindicación del activismo judicial ha ido siempre asociada al desprecio por la

legitimidad del parlamento y de los partidos políticos. También nos enseña, por cierto, que nunca ha conducido al fin supuestamente deseado: la realización de los valores superiores del derecho y la paz jurídica.

4.4 ¿Más constitución que ley? Prieto sostiene aquí, con toda razón, que esto “no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la constitución” (Prieto 1998, 36). Una vez más su tesis me resulta intachable en la misma medida de su modestia. Es evidente que, en el sistema constitucional, la forma última en sentido jerárquico en que la voluntad general se expresa es la constitución, y la constitución es bien definida como primera instancia de poder legislativo. Pero es asimismo evidente que una constitución es un momento del pacto social pero un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación. La legislación sigue siendo, bajo el modelo constitucional, el ejercicio de la soberanía si como tal entendemos el ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante las técnicas de instrumentación de la libertad positiva.

4.5 ¿Una paradoja constitucional? Para el constitucionalismo fuerte la crisis de la ley no es una enfermedad antigua y curable, es la muerte irreversible de la ley tal y como era en el estado legislativo de derecho y, consecuentemente, la desaparición del principio ético-jurídico del imperio de la ley. Ciertamente ello se traduce en una paradoja constitucional del siguiente tenor:

- (a) La Constitución somete a los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley.
- (b) La Constitución desplaza el principio del imperio de la ley.

El constitucionalismo fuerte resuelve la paradoja abandonando el primer enunciado, como herencia de un pasado ya superado. Para el llamado constitucionalismo débil tal paradoja no existe. El que la legislación puede ser

sometida a control de constitucionalidad no establece ninguna sospecha general sobre la legislación; al contrario, hemos de partir de un principio democrático estrictamente thayeriano que se traduce en una presunción de constitucionalidad de las leyes, en la normal sujeción de los jueces al imperio de la ley y en una auto-restricción del órgano de control de la constitucionalidad de las leyes.

Y si aquellos defectos de la ley -diversificación, inestabilidad, sobre-regulación, infra-regulación, etc.- se han incrementado en nuestros días afectando gravemente a la seguridad jurídica, no hay el más mínimo indicio de que más principios, más ponderación, más jueces y más constitución puedan aumentar la seguridad pues, indefectiblemente, estos rasgos dibujan un escenario de particularismo jurídico que idealmente podría justificarse por ofrecer mejores perspectivas de justicia casuística pero a costa de la seguridad.

En definitiva deseáramos, como Laporta, "que hiciéramos un esfuerzo para volver a guiarnos por un ordenamiento cuyo núcleo duro fuera un conjunto de leyes generales y abstractas, coherentes con la Constitución y aplicadas rigurosamente por los jueces" (Laporta 1999, 330). Incluso, dadas las circunstancias, quizá deberíamos apoyar lo que Luis Díez Picazo pedía hace ya treinta años: "una vigorosa reacción... una revaluación de la ley y por consiguiente un nuevo jacobismo, acompañado naturalmente de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes" (Díez Picazo 1985, 23).

Bibliografía citada

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (1974) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.

Alexy, Robert (2004) *Epílogo a la «Teoría de los Derechos Fundamentales»*, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Alexy, Robert y otros (2007) *Derechos sociales y ponderación*, edición a cargo de Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Atienza, Manuel (1997) *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas.

Atienza, Manuel (2001) *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1996) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

Austin, John [1832] (1971) *The Province of Jurisprudence determined*, edición de H.L.A. Hart, Londres, Weidenfeld and Nicolson.

Bachof, Otto (1985) *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas (orig: *Grundgesetz und Richtermacht*, Tubinga, C.B. Mohr-Paul Siebeck, 1959).

Bayón, Juan C. y Rodríguez, Jorge (2003) *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Carnelutti, Francesco (1930) "La crisi della legge" en *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 22, pt. 1, 424-431.

Celotto, Alfonso y Conte, Emanuele (2006) "La ley. De los orígenes a la crisis" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXIX, 117, septiembre-diciembre 2006, 613-635.

Centenera, Fernando (2012) "La crisis de la ley en Luigi Ferrajoli: algunas consideraciones desde la teoría de la legislación" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 309-339.

De Lora, Pablo (2000) De Lora, Pablo (2000) "La posibilidad del constitucional thayeriano" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 49-75.

Díaz, Elías (1966) *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo.

Díez Picazo, Luis (1985) "Constitución, Ley, Juez" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 15, septiembre-diciembre 1985, 9-23.

D'Ors, Álvaro (1952) *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley. Con una lámina de Verdú*, Madrid, Editorial Crece o Muere. Ateneo.

García Amado, Juan A. (2007) "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica" en *Alexy*, Robert 2007, 249-331.

Garzón Valdés, Ernesto (comp.) (1985) *Derecho y filosofía*, Barcelona, Alfa.

Hierro, Liborio L. (1996) "El imperio de la Ley y la crisis de la Ley" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, 287-308.

- Hierro Liborio L. (2003) "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 449-476.
- Laporta, Francisco J. (1994) "Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz" en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, vol. 1, 133-145.
- Laporta, Francisco J. (1999) "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley" en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 321-330.
- Laporta, Francisco J. (2007) *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- Marcilla, Gema M. (2005) *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Roldán, Luis (2004) "El derecho y la crisis de la ley" en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 13, 109-145.
- Moreso, José J. (2007) "Alexy y la aritmética de la ponderación" en *Alexy, Robert* 2007, 223-248.
- Moreso, José J. (2009) *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- Prieto, Luis (1998) *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, Dykinson.
- Rodríguez, Edgardo (2005-2006) "¿Crisis de la ley?, principios constitucionales y seguridad jurídica" en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, 3, 23-42.
- Rubio Llorente, Francisco (1986) "El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16, enero-abril 1986, 83-113.
- Rubio Llorente, Francisco (1993) *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Savigny, Friedrich K. von [1814] (1978) *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Valparaíso, EDEVAL.
- Suárez, Miguel Ángel (2003) *Crisis de la ley y Estado Constitucional*, Tesis Doctoral, Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.
- Tejada, Queralt (1999) "La crisis de la ley" en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2.