

LA LEY CONTRA EL DERECHO. REFLEXIONES SOBRE LA CALIDAD DE LAS NORMAS¹

Benigno PENDÁS
Letrado de las Cortes Generales
Catedrático de Ciencia Política
de la Universidad CEU San Pablo
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

RESUMEN

El artículo contiene algunas reflexiones sobre los defectos actuales de las normas y los intentos para mejorar el ordenamiento jurídico.

Palabras clave: calidad de la ley, inflación normativa, lenguaje legal, Tribunal Constitucional, técnica legislativa

ABSTRACT

This essay contains some observations on actual shortcomings in law quality and some intents to improve the legal system.

Key words: legal drafting, excess of legislation, legal language, Constitutional Court

SUMARIO: I. INFLACION NORMATIVA. II. EL DERECHO Y EL LENGUAJE. III. APELAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. ANEXO: LOS LETRADOS DE LAS CORTES GENERALES Y LA CALIDAD NORMATIVA

¹ Remito para esta feliz iniciativa de la *Revista de las Cortes Generales*, impulsada por la Directora de Estudios del Congreso de los Diputados, Blanca Hernández Oliver, el texto de una conferencia impartida en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de noviembre de 2013, con notas mínimas de actualización.

Empezamos con un recuerdo para la Constitución de Cádiz, la mejor aportación de los españoles a los orígenes del Estado constitucional. “La Pepa” dice que los derechos de los ciudadanos deben ser protegidos mediante “leyes sabias y justas”, una hermosa expresión que sirve de contraste (a veces cruel) con la realidad actual del ordenamiento jurídico. Por eso utilizo un título provocativo: *La ley contra el Derecho*. Una reflexión que nos recuerda de inmediato al artículo 103.1 de la Constitución: “La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. También el control jurisdiccional de los poderes públicos, en el artículo 106.1. Por supuesto, los principios del artículo 9.3, un amplio despliegue de las reglas propias del Estado de Derecho. Todo ello me lleva a evocar al maestro y amigo Eduardo García de Enterría, que nos dejó hace unos meses.

A pesar de los buenos propósitos de la Constitución y del esfuerzo entusiasta de la doctrina, el ordenamiento jurídico contemporáneo ha perdido el sentido integrador propio de los grandes textos que heredamos de nuestros mayores. Estamos ante un fenómeno de hipertrofia legislativa. Como es notorio, cada día hay más leyes, más afán regulador, más obsesión intervencionista.

INFLACIÓN NORMATIVA

Si me permiten la metáfora, estamos ante una especie de ballena varada en una playa. Como bien dice Santiago Muñoz Machado, la sociedad ya no se rige por un Derecho que ni conoce ni entiende ni prevé. Dicho de otro modo: la inflación normativa produce el mismo efecto que la monetaria, porque el exceso de leyes nos conduce a la “ciudad sin ley”. Cuantas más normas se dictan, menos valor tienen.

Por otra parte, aunque sea paradójico, está de moda la desregulación, a través de códigos éticos, buenas prácticas, en definitiva *soft law*, al estilo del Derecho anglosajón. O, si se prefiere, algo similar a la clásica *lex mercatoria*, tan influyente en los orígenes del Derecho Mercantil. Más negativo todavía es el fenómeno de las normas promocionales o programáticas. Me preocupa mucho la pérdida del carácter imperativo de las normas, esos programas “políticos” según los cuales los poderes públicos “promoverán”, “buscarán”, “pretenderán”, “impulsarán”... No hace falta ser un positivista

a la vieja usanza para sostener una verdad concluyente: el Derecho sólo merece tan honroso nombre si lleva consigo un elemento coactivo. Si no, estamos ante ámbitos tan respetables como la moral o las reglas del trato social... Así pues, si no hay supuesto de hecho y consecuencia jurídica, no existe Derecho en sentido estricto.

El viejo concepto de ley (*ordinatio rationis ad bonum commune...*, de Santo Tomás) resulta ya irreconocible. En realidad, está destinado a ocupar un honroso lugar en un hipotético museo de arqueología jurídica. El legislador es hiperactivo, porque la sociedad espera respuestas urgentes a demandas inaplazables. Los adjetivos se acumulan gracias a una doctrina más brillante para diagnosticar los males que para ofrecer soluciones: legislación “anoréxica”, “ciclotímica”, “mera fotocopia...”

Me fijo en algunos detalles significativos. Las Exposiciones de Motivos (Preámbulo a la hora de publicar la norma) ya no son lo que fueron. Por supuesto, no siempre van a ser como la legendaria que preside la Ley Hipotecaria, pero convendría un mayor esmero en su redacción y evitar obviedades al estilo de “esta regulación mejora la anterior...”. Otra cuestión: el legislador debería saber a estas alturas que la estructura sistemática de una disposición incluye (eventualmente): Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos, Apartados, Párrafos. Que no es lo mismo una Adicional, una Derogatoria, una Transitoria o una Final. Hablando de derogación, que es mucho mejor derogar de forma expresa o acudir a los tablas de vigencias y no a las fórmulas implícitas que inducen siempre a confusión.

EL DERECHO Y EL LENGUAJE

El Derecho *es* lenguaje. La eficacia constitutiva de la norma sugiere que la realidad se *crea* y no sólo se describe en virtud de la incorporación de un texto normativo al ordenamiento jurídico. Por eso hay que cuidar las “palabras” de la ley. Los clásicos (Montesquieu o Bentham, por ejemplo, ambos pioneros de la técnica legislativa) insisten en un lenguaje claro, preciso, sencillo y asequible. Ahora bien, el lenguaje normativo tiene sus propias reglas, y por eso no fue un éxito la Comisión de Estilo de las Cortes de la Segunda República. Incluso las pocas veces que las Cortes Generales acuden al docto auxilio de la Real Academia Española se producen circunstancias peculiares. Así, en el “Código Penal de la democracia” (1995) los

académicos emitieron un excelente informe, que recomendaba eliminar por “arcaico” el futuro imperfecto de subjuntivo, toda una tradición en Derecho penal: “El que matare a otro...” La ley lo sigue utilizando.

¿Soluciones? Por supuesto, se pueden poner algunos “parches”, y me voy a referir con brevedad a ciertas actuaciones recientes. Por una parte, volver a Alonso Martínez: es decir, utilizar las técnicas, previstas por la Constitución, de las leyes de bases y los textos refundidos. Está en trámite parlamentario un proyecto de ley² que autoriza al Gobierno a dictar una serie de decretos legislativos, en temas de urgente aclaración: mercado de valores, ley del suelo, Derecho laboral,... Es un paso en la buena dirección... También lo es otro proyecto de ley de gran alcance, sobre Unidad de Mercado³. Según el estudio que acompaña al proyecto, se han identificado ¡2700! normas (un tercio estatales y dos tercios autonómicas) que suponen barreras injustificadas a la libre circulación. Otro más: la ya vigente Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley 19/2013) atribuye a la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes la elaboración de un Plan de racionalidad y simplificación normativa. Hace mucha falta⁴. En fin, el Boletín Oficial del Estado publica en los últimos tiempos “textos consolidados” (por ejemplo, del Estatuto de los Trabajadores) que plantean alguna duda sobre su valor oficial, pero son muy útiles para los sufridos operadores jurídicos.

Dirán ustedes, con toda razón, que no se puede combatir un cáncer a base de aspirinas. Pero les aseguro que existe, al menos, la voluntad de

² Una vez aprobado, Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en los artículos 82 y siguientes de la Constitución Española.

³ Ahora, Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

⁴ Como es frecuente, por desgracia, la previsión normativa nunca llegó a cumplirse. Los buenos propósitos se reproducen periódicamente. El Ministerio de la Presidencia puso en marcha una serie de iniciativas: Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa, y Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, creada poco antes. Me consta la buena intención de sus promotores: pero, me parece, que son “arpones” demasiado livianos para luchar contra el “Moby Dick” que destruye la unidad, coherencia y plenitud de nuestro ordenamiento.

luchar contra un fenómeno que supera las mejores intenciones de políticos, legisladores y juristas.

APELAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hablamos de seguridad jurídica: “saber a qué atenerse”, como repetimos todos desde la STC 271/81, una de las primeras, que dice que es la “suma de certeza y legalidad, de jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad...”. A pesar de la torre de babel normativa, el Alto Tribunal se resiste a extraer las consecuencias imprescindibles. Dice, con razón, que el TC es guardián de la constitucionalidad de las leyes, y no de su calidad... Pero es que la seguridad jurídica es un principio constitucional que resulta maltratado día tras día. Sólo una vez se declaró inconstitucional, por “incomprensible”, una ley canaria en materia de aguas, porque el juego de remisiones normativas que establecía superaba la capacidad de comprensión del intérprete más avezado. Para el Tribunal, en general, la homogeneidad de una norma es deseable (76/92 o 136/11 por ejemplo) pero la norma heterogénea no es inconstitucional por esa exclusiva razón. El TC es muy respetuoso, insisto, y hace bien, con el legislador democrático, aplica el principio de conservación de la ley, pero sería importante que fuera sensible y lo ha sido alguna vez.

La Sentencia 119/2011 introduce un rayo de esperanza. Dice que la Mesa del Senado no debió admitir a trámite una enmienda que era manifiestamente heterogénea con respecto al contenido del proyecto de ley. Fíjense que era una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre el arbitraje, y lo que allí se introdujo –por cierto, el tema vuelve a estar de moda– es la incorporación al Código Penal del delito de convocatoria de referéndum ilegal. La heterogeneidad era patente. Siete años después, y cuando ya ese precepto había sido derogado por impulso del siguiente Gobierno, el TC dice que la Mesa del Senado no tenía que haber admitido a trámite la enmienda. Es un rayo de esperanza porque el único precepto de nuestro ordenamiento jurídico que exige normas homogéneas es la Ley Reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular, artículo 5º. Exigimos a la iniciativa popular mucho más que al Gobierno, autor de los proyectos de ley.

Termino ya. Puestos a citar a juristas olvidados me viene a la memoria un título profético de Georges Ripert, *Le déclin du droit*, la decadencia

del Derecho. Tal vez, lo digo con muchas dudas, el espíritu del Derecho Romano, el buen Derecho viejo medieval, las excelencias del *Common Law* o el tiempo de los Códigos liberales sean incompatibles con la sociedad de masas y con la democracia mediática.

Recuerden ustedes que Stendhal leía, antes de ponerse a escribir, algunos artículos del *Code* napoleónico. Él decía: “para coger el tono”. Imagínense ustedes si ahora leyera el Diario Oficial de la Unión Europea o la versión digital de nuestro Boletín Oficial del Estado: jamás habría escrito *La Cartuja de Parma* ni *Rojo y Negro*. No podemos perder ni un minuto más para recuperar el buen sentido jurídico. Y no solo, que ya es importante, porque los juristas tenemos el derecho y el deber de hacer bien las cosas, sino también porque está en juego –vuelvo al principio– el valor constitucional de la seguridad jurídica y, en definitiva, el Estado de Derecho. Si somos sensibles al problema, si lo abordamos con realismo y sentido de la responsabilidad, quizá nos queda esa última esperanza que sirvió de consuelo al personaje de Esquilo: “acaso el futuro nos reserva una suerte mejor”.

ANEXO: LOS LETRADOS DE LAS CORTES GENERALES Y LA CALIDAD NORMATIVA

Por razones fácilmente comprensibles, los letrados de las Cortes hemos luchado con ahínco en favor de una causa imposible. Muchos de los mejores estudios doctrinales proceden de ilustres colegas y amigos. Los informes que (a veces) emitimos en relación con los proyectos de ley o incluso el asesoramiento verbal en trámite de Ponencia han remediado algunos errores groseros. No se puede hacer mucho más: *ad impossibilia nemo tenetur*. No obstante, hay que animar a las generaciones jóvenes de brillantes compañeros mediante esa frase ya referida de Esquilo con la que concluye el texto de mi conferencia.