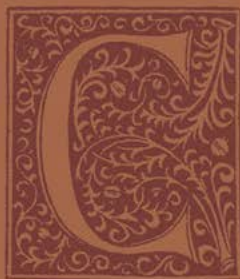


Tomás Ramón
Fernández
Manuel Aragón

*Motorización o
incontinencia legislativa.
Producción, normas,
análisis económico de los
efectos que produce esta
situación*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PRESIDENTE:

Ernesto Garzón Valdés

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

*Motorización o incontinencia
legislativa. Producción,
normas, análisis económico de
los efectos que produce esta
situación*

Tomás Ramón
Fernández
Manuel Aragón

*Motorización o
incontinencia legislativa.
Producción, normas,
análisis económico de los
efectos que produce esta
situación*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2023 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Tomás Ramón Fernández y Manuel Aragón

I.S.B.N.: 978-84-09-54394-6

Depósito legal: M-29880-2023

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
<i>Alfonso Candau Pérez</i>	11
LA INCONTINENCIA LEGISLATIVA. SUS CAUSAS. SUS EFECTOS. SUS POSIBLES REMEDIOS	19
<i>Tomás Ramón Fernández</i>	19
I. Un problema permanente	19
II. Los datos actuales.....	23
III. Las causas.....	26
IV. Una causa adicional: la proliferación de legisladores	37
V. Sus efectos.....	41
VI. Los posibles remedios	46
LA EROSIÓN DE LA LEY	55
<i>(25-4-2023, Manuel Aragón)</i>	55
1. La suplantación gubernamental de la potestad legislativa de las Cortes Generales: el	

extraordinario abuso de los decretos-leyes	57
2. El deterioro de la legislación parlamentaria	64
2.1 <i>Por la utilización desmedida del procedimiento legislativo de urgencia</i>	64
2.2 <i>Por las proposiciones de ley fraudulentas</i>	66
2.3 <i>Por la introducción de enmiendas en el procedimiento legislativo sin conexión material y de objeto con el proyecto o proposición de ley que se debate</i>	71
2.4 <i>Por las leyes y decretos-leyes “ómnibus”</i>	74
3. Conclusiones	79
AUTORES	83

PRÓLOGO

Alfonso Candau Pérez

Que exista una ciencia de la legislación en sentido propio es hoy algo sumamente discutido. Observando con detalle la vida de los conceptos jurídicos, percibimos en esta cuestión un deslizamiento progresivo desde la inicial concepción ilustrada, codificadora, hasta nuestros días. Constituye cita obligada la venerable obra de Filangieri, *La Scienza de la Legislazione* cuyos siete volúmenes se publicaron a partir de 1780, incluso una parte póstuma, falleciendo el autor un año antes de los sucesos revolucionarios en Francia. Por cierto, y para desmentir nuestro tradicional hábito de la autoflagelación intelectual, obra inmediatamente traducida al español y publicada. Lo que en el autor italiano era ciencia, ya durante los años 1811-31, en los que Bentham va publicando su *Nomografía o el arte de redactar leyes* (también tempranamente vertida al español), se transforma en otra cosa, que, más recientemente entre nosotros, se ha calificado como “arte”. Y paulatinamente se va transitando hacia una “teoría” de la legislación, o, más frecuentemente, hacia una “técnica” legislativa.

Así, lo que al iniciarse el s. XIX, se trataba como ἐπιστήμη, yuxtapuesto al resto de las ciencias aplicadas, va mutando en *ars*, en el más modesto sentido de habilidad o industria, θεωρία (no en su acepción etimológica de contemplación, sino en la usual, como opuesta a la práctica), para culminar siendo τέχνη, designando ya directamente la fabricación o producción de algo. Incluso en los países de cultura anglosajona se habla del *draftman*, perito en esta técnica. Y en todos los parlamentos existen funcionarios expertos en la materia, así como órganos asesores que aconsejan sobre la elaboración de las leyes.

Pero, cualquiera que sea la naturaleza del conocimiento preciso para hacer leyes (dejémoslo pacífica y perezosamente en un *saber*, que no compromete de forma concluyente) es lo cierto que existe acuerdo en el malestar sobre y por el deterioro del conjunto de leyes que se promulgan. La cuestión podría contemplarse desde la vertiente de la calidad de las normas, pero parece fuera de toda discusión que desde la perspectiva de la cantidad de las mismas merece una reflexión.

Siguiendo los pasos de García de Enterría, se alude siempre que se trata de este problema, a Schmitt y a Ortega. Conforme al primero, ya en 1946 se había referido C. Schmitt al fenómeno de la aceleración de la producción nor-

mativa. Tan sólo he podido encontrar al respecto un librito de apenas 32 páginas, publicado en Tubinga en 1950, bajo el título de *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, que, ciertamente, rubricaba su cuarto apartado “La crisis de la legalidad en la legislación estatal; segundo estadio, el siglo XX: la motorización legislativa.” Desde entonces, casi no existe un tratadista que aborde el tema sin aludir a la expresión, la cual, dicho sea *en passant*, no se refiere literalmente (al menos en la obra a la que me refiero) a la motorización legislativa sino a la motorización “del legislador” (*Der motorisierte Gesetzgeber*).

La acuñación orteguiana se encuentra -como certeramente apunta Enterría- en una conferencia titulada *Individuo y Organización*, pronunciada en Darmstadt en 1953, que se puede leer íntegra en el Tomo X de las Obras Completas editadas por la Fundación José Ortega y Gasset-Gregorio Marañón. La expresión legislación *incontinente* se produce en un contexto en el que Ortega reflexiona sobre el Estado como “super organización”

El problema es y no es de actualidad. Demostrar que lo es se encuentra relevado de toda prueba, pues basta citar el número de normas que anualmente incrementan el ordenamiento jurídico de cualquier país europeo y que ascienden a decenas de miles. Estas normas se

superponen sobre otras ya existentes, de suerte que se va formando fatalmente un magma con sus partes solidificadas, otras líquidas y otras gaseosas en el que, en ocasiones, incluso los juristas encuentran dificultades para determinar con certidumbre que es lo que está vigente, lo que está derogado y lo que está en trance de adquirir uno u otro estado.

La cuestión excede del ámbito estrictamente jurídico dogmático, afectando directamente a la actividad económica y, en general, a la vida social. Y aunque la comunidad jurídica tiene conciencia de ello, no acaban de adoptarse medidas enérgicas para paliarlo. Es verdad que en ocasiones se han dictado normas para intentarlo (paradójicamente normas para evitar normas). A título de ejemplo y para España, el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, prevé que los trabajos prelegislativos contengan dicha Memoria. Pero, examinando el texto del Decreto se observa que ordena, a su vez, que el Consejo de Ministros apruebe una Guía Metodológica que elaborarán hasta cuatro Ministerios, tratando de delimitar las competencias de la ya existente Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, que, a su vez, concurrirá con la actividad de la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, de la Secretaria de Estado para la Función

Pública del Ministerio de la Presidencia... De momento, con la loable finalidad de examinar el impacto normativo de la sobreregulación, se dicta una nueva norma y se incrementa la actividad administrativa de diferentes instancias. Cualquier exposición general con respecto a este fenómeno global por los estudiosos del análisis económico del Derecho (Law & Economics entre los anglosajones) examina y cuantifica el fenómeno.

Al mismo tiempo de enturbiar la vida económica social, esta proliferación afecta directamente a la seguridad jurídica y a la justicia en sí mismas consideradas, exacerbando la condición de la presunción de conocimiento del Derecho, desde la pura ficción que ya representaba, al sarcasmo que ha llegado a ser.

Por otra parte, como ya se adelantó, esta inflación normativa no es nueva. Frenada temporalmente por la Codificación, va brotando, como mala hierba que cuanto más se cercena más vigorosa se torna, abonada por circunstancias tales como la progresiva intervención de la mano pública en la vida social, la multiplicación de los centros de producción normativa, la promulgación de normas *desiderativas* sin verdadero contenido jurídico, la ilusión psicológica de estimar que la modificación que se contiene en la gaceta legislativa provoca una automática modificación de la realidad, la valo-

ración de una instancia pública por la cantidad de normas que ha sido capaz de producir, la sustitución *in totus* de una norma por otra por la potísima razón de que lleva demasiados años en vigor sin ser modificada (lo que parecería *iuris tantum* debería hacer presumir su conveniencia) y así sucesivamente.

Las intervenciones de la sesión del seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo que se contienen en este librito constituyen, en mi opinión, una excelente reflexión sobre el problema. Dos maestros del Derecho público han vuelto a considerar la cuestión.

El Profesor Tomás Ramón Fernández reconoce que se trata de un problema permanente porque se viene hablando de él desde hace siglos, a lo largo de los cuales se han formulado las mismas denuncias y las mismas quejas con los mismos resultados, negativos siempre. A pesar de lo cual no considera inútil, ni mucho menos, el volver a repensarlo, porque no lo es nunca reflexionar seriamente sobre los problemas importantes y éste lo es en grado sumo. Realiza un erudito examen histórico del fenómeno para desembocar en la situación presente, de los datos actuales como el de las *cuatrocientas mil normas de la democracia española*, examina las causas que han producido estos efectos, entre los que no es el menor el que denomina la devaluación

de la ley, ejemplificando que igual que la inflación económica termina necesariamente en una devaluación de la moneda, como hemos tenido ocasión de comprobar muchas veces con anterioridad a la entrada en vigor del euro, de la inflación legislativa resulta inevitablemente su degradación. No obstante, apunta posibles remedios para tratar la enfermedad.

El profesor Aragón, por su parte, coincidiendo en lo sustancial con el planteamiento denunciado anteriormente, se propone ahondar, de manera más detallada, en la explicación de los fenómenos que muestran la actual degeneración en España de la ley parlamentaria. Recuerda y actualiza lo ya apuntado en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, al que contestó, por cierto, el Profesor Fernández Rodríguez, sobre la suplantación gubernamental de la potestad legislativa de las Cortes Generales por el extraordinario abuso de los decretos-leyes.

A ello agrega una serie de circunstancias que agravan la situación: el deterioro de la legislación parlamentaria por la utilización desmedida del procedimiento legislativo de urgencia, por las proposiciones de ley fraudulentas (orillando consultas, informes y dictámenes preceptivos de órganos constitucionales), por la introducción de enmiendas en el procedimiento legislativo sin conexión material y de objeto con el

proyecto o proposición de ley que se debate o por las leyes y decretos-leyes “ómnibus”.

Con todo, también el último ponente se niega rotundamente a aceptar que España esté condenada, de modo inevitable, a la decrepitud institucional y se afirma en no permanecer ajeno a las condiciones políticas y sociales que son base y objeto del Derecho a cuyo cultivo nos dedicamos.

En modestísima medida, este seminario, y su publicación, pretenden contribuir a ello.

LA INCONTINENCIA LEGISLATIVA. SUS CAUSAS. SUS EFECTOS. SUS POSIBLES REMEDIOS

Tomás Ramón Fernández

I. Un problema permanente

El tema objeto de estudio en este Seminario hace referencia a un problema permanente porque se viene hablando de él desde hace siglos, a lo largo de los cuales se han formulado las mismas denuncias y las mismas quejas con los mismos resultados, negativos siempre. Por eso estamos, aquí y ahora, de nuevo ante un idéntico requerimiento, que, a pesar de lo que acabo de decir, no considero inútil, ni mucho menos, porque no lo es nunca reflexionar seriamente sobre los problemas importantes y éste lo es en grado sumo.

Las palabras utilizadas para rotular el Seminario aluden inequívocamente a los trabajos ya clásicos de Carl SCHMITT sobre la “motorización legislativa” y de ORTEGA Y GASSET sobre la incontinencia del legislador, publicados en 1946 y 1953, respectivamente. Más reciente-

mente E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha hablado de “Leyes desbocadas” recordando a sus ilustres predecesores.

Todo esto lo tenemos muy cerca, pero el problema no es de hoy; en realidad, siempre ha sido así. Para comprobarlo basta asomarse un momento al balcón de la Historia. Cuando ésta comienza otra vez en lo que hoy llamamos el mundo occidental, tras el derrumbamiento del Imperio Romano a mediados del siglo V, el Derecho, todo el Derecho, era al mismo tiempo divino, natural y positivo. La comunidad de fé y la comunidad jurídica eran la misma cosa. El Derecho era, sobre todo, consuetudinario, el Derecho de los padres, las *leges patrum*, el viejo y buen Derecho heredado del pasado, que se consideraba un don de Dios, de forma que quien pretendía introducir novedades en él no podía considerarse un buen cristiano. El propio Príncipe no era legislador, sino juez; no creaba Derecho nuevo, sino que se limitaba a “descubrirlo”, a deducir del Derecho vigente la norma aplicable al caso cuando no aparecía *prima facie* norma expresa alguna que contemplara éste.

Este, no sé si idílico panorama, que ha estudiado muy bien M. GARCÍA PELAYO, empezó a quebrar en el siglo XI al mismo tiempo que comenzaba a formarse la pretensión de universalidad del Derecho Romano en el marco de

un renacimiento intelectual que los emperadores medievales aprovecharon para presentarse como continuadores de los emperadores romanos con la ayuda inestimable de los doctores. Los cuatro doctores, BULGARUS, MARTINUS, UGO y JACOBUS, que en la Dieta de Roncalia de 1.185 no dudaron en calificar al emperador como ley viva, *lex animata in terra* y en proclamar su poder de dar, disolver y proclamar leyes y de crear y decaer duques. En esta línea, BODINO definiría más adelante la soberanía como el poder de dar y casar la Ley. El fin de la Ley seguirá siendo, desde luego, la Justicia, pero el Príncipe será su único intérprete, ya que de otro modo dejaría de ser el soberano.

Y es que, efectivamente, cuando en el siglo XIII, que es el siglo de las autonomías, se empiezan a formar los Reinos particulares, más o menos vinculados al Imperio, al Sacro Romano Imperio, los Príncipes de estos nuevos Reinos reclamarán el reconocimiento dentro de ellos de los mismos poderes que el Emperador ya tenía reconocidos en el ámbito imperial. *Rex superiorem non recognoscent in regno suo est imperator*. El Rey en su Reino y el Emperador en el mundo proclaman este de modo un poder absoluto, como el que tiene el propietario en su fundo, una *potestas extraordinaria o ab(lege) soluta*, libre de la Ley, que les permita modificar o corregir a su arbitrio las Leyes existentes sin limitación alguna.

Sobre estas bases conceptuales, por el camino así abierto, la proliferación de normas sería inevitable y pronto se hablará, ya en la Edad Moderna, de una *machine à faire lois*, de cuyo funcionamiento incansable darán fé, entre nosotros, la Nueva y la Novísima Recopilación.

Sólo la Revolución Francesa será capaz de frenar este proceso, pero la bajamar no durará mucho tiempo y el paso del Estado garante al Estado gestor y protector y las sucesivas crisis de la Ley harán subir las aguas nuevamente a niveles que harán sencillamente ridículas las cotas alcanzadas en el pasado. Joaquín COSTA, que en 1883 dedicaría su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas a la ignorancia del Derecho, se quedaría suspenso si pudiera ver a que extremos ha llegado el problema en nuestros días.

El libro dirigido por Aurelio MENÉNDEZ y Antonio PAU que recoge los trabajos de un seminario impulsado por el Colegio de Eméritos con la colaboración de las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas bajo el título *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, publicado por Thomson-Civitas en 2004, es una excelente muestra de la situación en que nos encontramos y de las preocupaciones que a todos nos asaltan, unas preocupaciones que no pueden estar más justificadas a la vista

de los datos que ofrece la realidad actual, a los que voy a hacer referencia inmediatamente a continuación.

II. Los datos actuales

Un trabajo reciente de Juan S. MORA-SANGUINETTI, que es entre nosotros uno de los autores que más se ha dedicado y más de cerca sigue la evolución de las dimensiones del fenómeno de la inflación constante de las normas jurídicas, nos ofrece el dato de las 411.804 normas aprobadas por el Estado y las diferentes Administraciones Públicas en el periodo comprendido entre 1979 y 2021. En este último año –dice- se aprobaron 12.704 normas, cuatro veces más que en el año 1979, en el que no llegaron a tres mil (vid. Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa en España, en Revista de las Cortes Generales nº 114, segundo semestre de 2022).

Más adelante habrá ocasión de volver sobre estos datos, que son verdaderamente espectaculares. Lo que ahora puede decirse es que, si están extraídos, como cabe suponer, del Boletín Oficial del Estado, de los Diarios Oficiales de las distintas Comunidades Autónomas y de los Boletines Oficiales de las cincuenta provincias, esa cifra de 411.804 normas se quedaría todavía un poco corta porque habría que añadir a ella las

normas dictadas por entidades que no publican las normas que aprueban en Boletín o Diario Oficial alguno. Es el caso de las Universidades, que desde que gozan de autonomía aprueban numerosos reglamentos, de cuya existencia los miembros de la comunidad universitaria no suelen enterarse hasta que tropiezan con ellos.

También el de los Colegios Profesionales, que hasta hace bien poco aprobaban unas normas de indisimulable importancia: las relativas a los honorarios que los colegiados podían cobrar por sus trabajos profesionales o, en una versión más reciente y más ligera, las relativas a los criterios recomendados para elaborar las minutas o facturas correspondientes, normas éstas que los colegiados conocen bien, por supuesto, pero que son un enigma para sus clientes.

En la misma situación se encuentran las Federaciones Deportivas, que disponen igualmente de un poder normativo no despreciable del que hacen un uso sistemático.

Ignoro si en el cómputo de MORA-SANGUINETTI están incluidas las normas que aprueban las instituciones europeas, cuya publicación en el Diario Oficial de la Unión surte todos sus efectos en nuestro país sin necesidad de que se re-publiquen en nuestro Boletín Oficial del Estado, que está, incluso, formalmente prohibida.

¿Cómo hemos podido llegar hasta aquí?
¿Cómo puede desarrollarse nuestra vida colectiva día tras día sin que se produzca el colapso de la actividad social? ¿Por qué razón crece tan disparatadamente el número de normas? ¿Es acaso inevitable que esto sea así?

Aunque aturdido y desconcertado por la magnitud del problema intentaré ensayar, al menos, algunas respuestas a éstas y otras preguntas semejantes. Antes de ello no me resisto a destacar aquí un hecho que demuestra que quienes nos gobiernan no parecen estar preocupados en absoluto por este asunto, ya que, lejos de manifestar la menor inquietud, pregonan con el énfasis con el que suelen dirigirse a los ciudadanos cuando nos hacen una oferta o nos anuncian algún beneficio o ventaja futuros que las normas existentes les parecen pocas todavía y que en este año electoral de 2023 tienen el propósito decidido de aumentarlas.

El diario *El Mundo*, en la página 11 de su edición de 20 de marzo último, daba cuenta de que el Ministro de la Presidencia había explicado ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados su plan de trabajo para lo que restaba de legislatura, apenas nueve meses con las vacaciones de verano por medio, en el que incluía la aprobación de 117 Leyes más, ¡se dice pronto!, de las cuales 3 de

carácter orgánico, 33 ordinarias y 81 Decretos-Leyes, confesión esta última ante la cual uno no sabe si reír o llorar porque si tienen preparadas con varios meses de antelación la aprobación de 81 Decretos-Leyes es obvio que éstos no responden a una situación de extraordinaria y urgente necesidad, que es de lo que depende la legitimidad del uso de esta figura según la Constitución.

La machine à faire lois sigue, pues, funcionando a tope.

III. Las causas

En un cuidadoso estudio titulado *Teoría y realidad de la legislación: una introducción general*, que abre el libro dirigido por A. MENÉNDEZ y A. PAU al que más atrás hice referencia, Francisco LAPORTA hace un repaso de las distintas etapas en la evolución del Estado y del papel atribuido en cada una de ellas a la ley en el que encuentra, en principio, explicación el fenómeno que analizamos ahora. A él me remito aquí para evitar repeticiones.

Me limitaré por ello a formular algunas indicaciones generales sobre las sucesivas crisis por las que ha atravesado la ley a lo largo de la Historia contemporánea con el deseo y la esperanza de que nos permitan visualizar más

claramente el proceso a través del cual hemos llegado donde ahora estamos.

En un principio –y aquí el principio al que me refiero es la Revolución Francesa con la que se inicia la Edad Contemporánea– la Ley tiene un fundamento y una función muy claros y muy precisos. El nuevo orden parte del reconocimiento de unos derechos fundamentales que son intangibles para los gobernantes. Sólo la Ley puede establecer sus límites y ello sólo para proteger en toda su integridad la pacífica coexistencia de los derechos de todos los ciudadanos. El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano es absolutamente claro al respecto. *“La libertad -dice- consiste en hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley”*.

Siendo ésta su función, asegurar la libertad de todos, es obvio que las leyes tienen que ser pocas, duraderas y estables. Otra cosa no tendría sentido. En esa misma dirección apunta la propia esencia de la Ley, que ROUSSEAU concibe como expresión de la voluntad general obedeciendo a la cual somos libres porque formamos parte de

ella y, por lo tanto, al obedecerla nos obedecemos a nosotros mismos.

Esa idea mística de la voluntad general sufre pronto el embate del principio de representación que SIEYES aporta. Con la introducción de esa nueva idea la Ley deja de ser expresión de la voluntad general para convertirse en la voluntad de la mayoría circunstancial de la Asamblea que la aprueba con su voto, que es cosa bien distinta.

Aunque el cambio es muy importante porque supone el aterrizaje del mundo de los conceptos filosóficos en la realidad cotidiana, el escenario no cambia de inmediato en la medida en que el sufragio censitario permite mantener la falsa ilusión de que todos los individuos que componen la sociedad son iguales y tienen los mismos intereses. Esa ilusión desaparece bruscamente con la implantación en el último tercio del siglo XIX del sufragio universal masculino, que da acceso al Parlamento a un conjunto radicalmente heterogéneo de personas y grupos con intereses muy distintos entre sí, que, como es lógico, todos ellos quieren satisfacer.

En ese nuevo contexto pronto se hace evidente que la ley, cualquier ley, es simplemente el resultado aritmético de la suma de los votos de este grupo, de aquel otro y del de un poco más allá, suma que se hace posible al incluir en el

mismo texto legal, en una u otra medida, los intereses que cada uno de esos grupos representa. La ley, que inicialmente estaba estrechamente vinculada a la Justicia, que los derechos fundamentales representaban, se aleja ya de esa idea y adquiere otro sentido diferente como expresión puntual, coyuntural, de una determinada combinación de intereses que no tiene que ser definitiva ni mucho menos y que en la mayoría de los casos tiene ya desde el principio fecha de caducidad.

A esta primera crisis de la Ley seguirá sin tardar demasiado otra más fuerte si cabe a raíz de la quiebra que estuvo a punto de arruinar el sistema liberal-capitalista en 1929. Diez años después estallaría la terrible guerra mundial que exigiría a su término la reconstrucción de toda Europa, tanto de la parte vencedora, como de la vencida.

En este nuevo escenario Carl SCHMITT vió muy bien que el concepto clásico de ley como definidora de un orden racional y abstracto basado en una idea de Justicia con vocación de permanencia tenía que dejar paso a respuestas concretas, a medidas singulares dirigidas a hacer frente a problemas determinados cuya solución no admitía demora. Estas leyes-medida, *Masnahmegesetzes*, orientadas a la instrumentación de políticas públicas y a la consecución de objetivos determinados eran,

por su propia naturaleza, temporales, contingentes, susceptibles siempre de corrección en cualquier momento para asegurar su eficacia. Como no pretendían instaurar un orden abstracto de Justicia, sino simplemente alcanzar un objetivo que en un momento dado parecía deseable, se presentaban como normas puramente ocasionales, explicables sólo en función de una situación que se pretendía superar o de un problema que se intentaba resolver, de una política que se quería articular, por lo que renunciaban incluso en muchos casos a la generalidad que suele ser consecuencia natural de la abstracción característica de las Leyes del pasado.

Esta conversión de la Ley en un acto de conformación política, dirá Otto BACHOF en su célebre discurso rectoral de Tubinga, es lo que explica la desconfianza en el legislador y la impresión, dominante ya en la fecha en que pronuncia el discurso y en mayor medida si cabe en estos mismos días, imprecisa sin duda pero no por ello falsa, de que la Ley, que en otro tiempo fue escudo de la libertad y del Derecho, se haya convertido en una amenaza para aquélla y éste.

En 1959, fecha en que pronuncia su discurso, y en 1963, que es cuando pudimos leerlo en nuestra lengua gracias a la traducción que hizo Rodrigo BERCOVITZ para Editorial Taurus, en España no teníamos Constitución, ni esperanza

razonable de tenerla por lo que las palabras del maestro alemán nos dejaron paralizados por la sorpresa por su claridad y por su dureza.

Su denuncia del peligro del absolutismo parlamentario resultó, sin embargo, profética, como hoy tenemos bien comprobado.

Ahí está, sin duda, el origen de los problemas que hoy tanto nos agobian. G. LEIBHOLZ nos advirtió también unos años después del peligro que la libertad corre a manos del Poder Legislativo en los regímenes de democracia a base de partidos políticos, un peligro que supera con mucho al que en las comunidades políticas le puede venir a la libertad de otros órganos rectores.

Y esto no es todo, sin embargo. Hay, en efecto, una tercera crisis de la Ley a la que me parece imprescindible aludir aquí porque también tiene su influencia en la inflación legislativa que soportamos en nuestra sociedad. Me refiero a la creciente banalización de la Ley, a la conversión de ésta en una pieza más de la política espectáculo de nuestros días. En septiembre de 2006 la revista francesa *Pouvoirs* dedicó a la Ley su número 114 y la *Revue de Droit Public* incluyó en su número 1 de ese año un *dossier* especial sobre el desorden normativo. En ambas revistas se denunciaba muy duramente el hecho, sorprendente pero indiscutible, tanto en el país vecino como en el nuestro, de la conversión

del proceso legislativo y de la Ley en un acto de comunicación, en un simple mensaje publicitario con el que se pretende, no resolver un problema, sino simplemente dar la impresión a la población de que el Gobierno ya está en ello y de que lo resolverá de inmediato.

Ives GAUDEMET en uno de los trabajos incluidos en la *Revue de Droit Public* que acabo de citar, expresivamente titulado *La loi administrative*, denunciaba con acierto que la proclamación de una nueva reforma, el anuncio de los textos correspondientes, es un asunto que se gestiona como una operación mediática, como un puro problema de comunicación. Lo que realmente importa no es tanto el texto de la futura Ley, como lo que se diga de él en la correspondiente campaña publicitaria.

En una sociedad mediática como es la nuestra no importan gran cosa las respuestas, pero sí que sean rápidas. Lo que interesa sobre todo al gobernante es mostrarse rápido de reflejos, imaginativo, dinámico o, por lo menos, parecerlo en mayor medida que sus adversarios políticos. Legislar, ha dicho Guy CARCASSONNE, se ha convertido en un reflejo a menudo condicionado por la televisión. Todo tema de un “20 horas”, de un “telediario de las nueve”, diríamos nosotros, es virtualmente una Ley. La Ley es una respuesta, a falta de ser una solución. Se

legisla primero y después, si no hay algo mejor que hacer, se reflexiona.

Y esto no son opiniones de algunos autores especialmente radicales, en absoluto. En el mismo número de la revista *Pouvoirs* se recogen otras del entonces Vice-Presidente del *Conseil d'Etat*, R. DENOIX DE SAINT MARC, que no dudó en afirmar públicamente en esas mismas fechas que “la acción política ha tomado la forma de una gesticulación legislativa”.

Desde entonces se habla de leyes *jétables*, desechables, de usar y tirar, de textos de *affichage*, perfectamente ajenos, no ya a la Justicia, que eso quedó ya muy atrás, sino a la eficacia económica o social perseguida por las *Masnahmenengesetzes*.

Y todavía falta aludir a una categoría de Leyes de las que hasta hace bien poco no teníamos la menor noticia, las llamadas *Leyes memoriales*, epidemia que también cruzó los Pirineos años atrás, como atestigua nuestra Ley 24/2006, de 7 de julio, que declaró el de 2006 Año de la Memoria Histórica. Lo que en un primer momento se limitó a un ejercicio de declaraciones puramente testimoniales o, como mucho, conmemorativas, de las que uno podía olvidarse sin más, se ha pasado a las Leyes que pretenden reescribir la Historia e imponer por la fuerza la visión de ésta que tienen quienes las

promueven, como acredita la Ley 20/2022, de 30 de octubre, de Memoria Democrática, que es toda una invitación al futuro legislador, si es de otro signo o de otro color político, a que ejerza su poder en sentido contrario.

Lo que acabo de decir sobre estas gesticulaciones legislativas tomando como referencia la literatura jurídica francesa es tan evidente que no requiere una ilustración con ejemplos extraídos de nuestra propia realidad. Hay uno, sin embargo, que no me resisto a exponer aquí porque muestra muy bien cómo funcionan estas gesticulaciones y cuáles son sus consecuencias.

Me refiero, en concreto, a lo que finalmente se convirtió en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones, que modificó el Texto articulado de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, texto de notable calidad técnica que había venido “reinando” pacíficamente en el urbanismo español sin que nadie demandara su reforma.

Ocurrió, sin embargo, que a raíz del ingreso de España en las Comunidades Europeas, que, al fin y al cabo, es un sistema de vasos comunicantes, los precios del suelo y, por lo tanto, de la vivienda experimentaron una espectacular, por lo prolongada, subida, especialmente en Madrid y en otras grandes ciudades, a la que contribuyó

notablemente una Ley de activos financieros que hizo salir de golpe a la superficie el dinero invertido por el público en instrumentos fiscalmente opacos hasta entonces.

Los periódicos daban cuenta a diario de las alzas experimentadas en el mercado, que alcanzaron también la primera página de los telediarios nacionales, lo que, naturalmente, hizo crecer la alarma. A tal punto llegaron las cosas que el Gobierno del momento se las arregló para conseguir hacerse en poco más de quince días con un texto de un nuevo proyecto de Ley, que la televisión pública presentó en el telediario del mediodía como la noticia estrella. Naturalmente, no dijo que el Gobierno había aprobado un proyecto de Ley y que había acordado remitirlo al Congreso de los Diputados para su tramitación, sino que el Gobierno había aprobado una Ley de reforma de la del Suelo para resolver el problema del alza de los precios que tan alarmada tenía a la ciudadanía.

Se dio tanta prisa para confeccionar el proyecto en cuestión que ni siquiera consultó a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de su propio color político, que, sintiéndose ofendidas por ver invadido su ámbito competencial se apresuraron a interponer recurso de inconstitucionalidad una vez que el proyecto se convirtió en Ley, recursos que se sumaron a los promovidos por la oposición.

Ante esta avalancha de recursos, propios y ajenos por así decirlo, el Gobierno no se atrevió a aprobar el Texto refundido que la nueva Ley 8/1990, de 25 de julio, le había encargado elaborar y hasta el último momento estuvo dudando si sacaba a la luz o no el Texto que sus técnicos tenían preparado por si acaso, Texto que efectivamente fue aprobado el 26 de junio de 1992 cuando apenas faltaban cinco días para que venciera el plazo concedido.

Como era de esperar, el Texto refundido de la Ley reformadora y de la reformada fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por los mismos que tenían ya recurrida en esa vía la primera de dichas Leyes y así llegó *piano piano* la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997, que declaró inconstitucionales y nulos dos tercios del Texto Refundido de 26 de junio de 1992 por razones estrictamente competenciales, esto es, sin entrar a examinar las cuestiones de fondo, es decir, las medidas de reforma cuya apresurada puesta en marcha dio origen al conflicto.

La historia no terminó aquí porque la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997 al declarar inconstitucional y nulo en sus dos terceras partes el Texto Refundido estatal de 26 de junio de 1992 dejó “desnudas” a las propias Comunidades Autónomas recurrentes, que no esperaban tan radical resultado y que no tenían

otro texto legal para gobernar su urbanismo que el texto estatal anulado.

Para completar el esperpento hay que decir que las Comunidades Autónomas recurrentes tuvieron que apresurarse para cubrir la “desnudez” urbanística en la que, sin haberlo sospechado siquiera, habían venido a quedar. Hubo una, concretamente, y con esto acabo mi relato de este curioso episodio, la de Cantabria, que aprobó en lectura única una ley de artículo único por la que resucitaba como Derecho propio de Cantabria el Texto Refundido estatal que el Tribunal Constitucional había anulado.

¡Las gesticulaciones legislativas de una política espectáculo tienen estas cosas! Se empieza por hacer un gesto en el telediario del mediodía y se llega a donde nadie había sospechado siquiera y, menos aún, el propio Gobierno que lo hizo.

Ahora se entenderá mejor, estoy seguro, la hipertrofia legislativa de la que venimos hablando.

IV. Una causa adicional: la proliferación de legisladores

A las causas generales a las que acabo de hacer referencia hay que añadir en nuestro caso otra autóctona y singular, la proliferación de legisladores. Según los datos ofrecidos por

MORA-SANGUINETI, en 1979, fecha en la que aún no se había puesto en marcha lo que ha dado en llamarse Estado de las Autonomías, el número de normas registradas ascendió a cerca de 3.000; en el año 2021, en cambio, se rebasó la cifra de 12.000. En 1979 el 88% eran normas estatales; en 2018 este tipo de normas no llegaba al 15% del total, correspondiendo a las Comunidades Autónomas el 71'8%.

La multiplicación del número de legisladores al ponerse en pie diecisiete Comunidades Autónomas con sus respectivos Parlamentos territoriales (y otras tantas Administraciones, productoras de disposiciones reglamentarias), más las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que carecen de poder legislativo, pero tienen también una Administración con un amplio poder reglamentario, explica en parte el aumento, aunque eso no ahorre preguntarse el por qué.

Nuevamente voy a acudir a un ejemplo para ilustrar lo que digo: el caso de los Conjuntos Históricos. Cuando se promulgó la vigente Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 teníamos en toda España 360 Conjuntos Históricos formalmente declarados, a los que se añadieron tres en el período comprendido entre la aprobación de la citada Ley y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1991, que, como es sabido, in-

terpretó el artículo 9 de la Ley en el sentido de que la competencia para declarar un bien de interés cultural corresponde, en principio, a las Comunidades Autónomas y que sólo excepcionalmente podía ser ejercida por Real Decreto del Gobierno cuando se tratase de bienes que formasen parte del Patrimonio Nacional o de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado.

Esta interpretación dio alas a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas que, a partir de esta Sentencia del Tribunal Constitucional “descubrieron” 164 nuevos Conjuntos Históricos antes de que terminara el siglo. En sólo ocho años, por lo tanto, se declararon Conjuntos Históricos un número próximo a la mitad de los catalogados a lo largo de medio siglo. Hacerlo cuesta muy poco y todo son parabienes. ¿Cómo resistirse a esta tentación?

Se dirá que éste es un supuesto marginal por su naturaleza que no puede extenderse sin más a todo el inmenso espacio que cubre el poder legislativo (y su acompañante inseparable, la potestad reglamentaria).

La experiencia demuestra, sin embargo, que sí lo es y que las recomendaciones del informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías políticas de 1981, que presidió E. GARCIA DE ENTERRIA y de la que yo mismo formé parte,

de que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas debían reducir al mínimo su período de sesiones y evitar su profesionalización quedaron muy atrás y fueron arrolladas por la praxis política desde el minuto uno.

Ejemplos podían ponerse muchos para demostrar que el despliegue de su autonomía política no requiere esa utilización exuberante del poder legislativo. Vuelvo al ejemplo del urbanismo. Hasta la Sentencia constitucional de 20 de marzo de 1997 todas las Comunidades Autónomas sin excepción habían venido rigiéndose por la legislación estatal, incluso Cataluña, que, muy cautelosamente, se limitó a aprobar una Ley, de 9 de enero de 1984, de Medidas de Adaptación del ordenamiento urbanístico. Sólo en el ámbito de la ordenación del territorio, ciertamente enunciado desde el primer momento por el Legislador estatal pero nunca desarrollado por éste, y en el de la disciplina urbanística, en el que la precariedad de la legislación estatal era insostenible en el nuevo marco constitucional, hicieron acto de presencia los legisladores autonómicos, señal inequívoca de que no se encontraban incómodos con la legislación urbanística heredada del Estado con la que pudieron desarrollar sin problemas sus propias políticas territoriales.

Cuando la Sentencia constitucional de 1997 hizo saltar por los aires el ordenamiento urba-

nístico estatal todas las Comunidades Autónomas sin excepción se lanzaron a aprobar sus propias Leyes, de forma que hoy, veinticinco años después, todas tienen su propia Ley del Suelo. Todas han modificado sus primeras Leyes varias veces hasta que, después de muchos parches, han terminado por aprobar una segunda Ley y, a veces, incluso, una tercera.

¿Ha aportado alguna novedad todo este abundante repertorio legislativo de las Comunidades Autónomas? Realmente no, con la única excepción de la Comunidad Valenciana, que aportó el “invento” del llamado agente urbanizador, un *revival* del antiguo concesionario que todos los demás Gobiernos autónomos copiaron. Fue una moda, fugaz como todas ellas.

Estamos, pues, más o menos, donde estábamos y los problemas del urbanismo español siguen siendo los mismos. Muchas Leyes en lugar de una, pero todas ellas muy parecidas entre sí y con su modelo estatal del que todas parten. Como algunas de esas Leyes autonómicas han sido hechas por las mismas manos no es difícil encontrar, incluso, preceptos idénticos en algunas ellas, lo que no deja de ser significativo.

V. *Sus efectos*

El primero y más importante es la radical devaluación de la ley. Igual que la inflación

económica termina necesariamente en una devaluación de la moneda, como hemos tenido ocasión de comprobar muchas veces con anterioridad a la entrada en vigor del euro, de la inflación legislativa resulta inevitablemente la devaluación de la ley.

La diferencia entre un fenómeno y otro es, obviamente, que la inflación económica se cuantifica, bien por la acción de los mercados, que son los que miden día a día o incluso hora a hora la fiebre de una economía, bien por decisión del Gobierno correspondiente que decide fijar una nueva paridad, lo que supone el compromiso de tener que defenderla. De un modo u otro las cosas están claras y los números lo dicen todo, incluidos, por supuesto, los de la balanza de pagos y los de la “cesta de la compra”.

Para la devaluación de la ley, que es igual de corrosiva, no tenemos todavía una herramienta que nos permita encontrar una medida, siquiera sea aproximada de la intensidad del fenómeno. Digo todavía porque estamos en el camino de encontrarla. En esta línea es de destacar el informe del Círculo de Empresarios de 2018 sobre *La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y del progreso social*.

Benito ARRUÑADA, de la Universidad Pompeu Fabra, ha publicado en septiembre de 2020 un interesante documento de trabajo

en el que propone el estudio de doce casos, el primero de los cuales se dedica justamente a analizar la posición de España en los índices internacionales de seguridad jurídica. En los indicadores de gobernanza del Banco Mundial de 2019 España aparece solo por encima de Italia, bastante por encima por cierto, y por debajo, aunque las diferencias sean pequeñas, de Alemania, Francia y Portugal.

El autor advierte, sin embargo, que los indicadores apenas nos informan sobre cuestiones tan importantes como son la calidad de las leyes o el grado de estabilidad y retroactividad de la normativa y subraya que la pregunta más importante es cómo se podrían cuantificar estos atributos con el fin de no basar la discusión en meras conjeturas o impresiones subjetivas.

Esa pregunta no tiene todavía una respuesta, por lo que no hay más remedio que correr el riesgo de exponer sin más la propia opinión con el deseo y la esperanza de que resulte plausible.

La devaluación de la Ley genera, desde luego, una indiscutible y generalizada desconfianza en el Legislador y, por supuesto, un notable distanciamiento del ciudadano con respecto a la Ley. En su *rapport* anual de 1991, que el *Conseil d'Etat* francés dedicó a la seguridad jurídica, se incluye una frase que expresa muy bien esa actitud: *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui*

prête qu'une oreille distraite. El ciudadano no se molesta ya en poner más que un oído distraído cuando el Legislador parlotea.

La Ley conserva, desde luego, su fuerza de obligar, pero ha perdido la fuerza adicional que antes la aseguraba el asentimiento, mayor o menor según las circunstancias, pero siempre importante, de los ciudadanos o, al menos, de una gran mayoría de ellos. Esto no es, ni mucho menos, banal. El Derecho se sostiene gracias a una mezcla de ideología y coerción, de aceptación social, de consenso, y de fuerza coactiva. Si desciende el nivel de asentimiento, de aceptación voluntaria, tendrá que aumentar correlativamente la cuota de coerción, de imposición forzosa, so pena de caer más pronto que tarde en la anarquía y el desorden generalizados. En esa situación o muy cerca de ella estamos tras esta penosa legislatura que ha preferido dividir a reforzar el consenso básico y la unidad, porque la dosis de coerción que es posible inyectar en un sistema democrático como el nuestro es, lógicamente, muy reducida y, por lo tanto, insuficiente para compensar el déficit, que es muy profundo, de consentimiento y de consenso.

La pérdida del consenso básico al que me refero, la desconfianza creciente en el Legislador genera inevitablemente inestabilidad porque las normas cambian continuamente sin que los ciudadanos sepan por qué, lo que les impide

adherirse a ellas aumentando su desconfianza inicial. Y así sucesivamente.

Sin confianza no puede haber seguridad jurídica y, si ésta falta o disminuye por debajo de ciertos niveles el sistema económico se resentiría inevitablemente porque nadie se atreverá a tomar riesgos, ni a afrontar empresas de cierta envergadura para cuyo desarrollo es imprescindible operar con plazos de tiempo largos. Un clima de inseguridad y de desconfianza sólo es propicio para negocios especulativos del tipo “toma el dinero y corre” que sólo benefician al que los hace, pero que no añaden valor desde el punto de vista de la colectividad.

La inflación legislativa, cuando se convierte en estructural como es nuestro caso produce una enorme complejidad del ordenamiento jurídico, que hace extraordinariamente difícil su manejo. Porque no es sólo una cuestión de volumen, de número, de normas; es también un problema de legibilidad, de interconexión entre todas ellas. No hacen falta estadísticas para aceptar sin más la lapidaria observación de CARNELUTTI: cuantas más Leyes se hacen, peor se hacen.

Si fuera necesaria una prueba de la exactitud de esta apreciación bastaría traer a colación la tristemente célebre Ley de “*sólo sí es sí*”, ejemplo difícilmente superable de los efectos catastróficos que se producen cuando el espíritu sectario

y el tremendismo populista se juntan con la más clamorosa incompetencia.

Hacer leyes requiere con toda evidencia algo más que entusiasmo y gesticulaciones declamatorias; exige un cierto reposo, la *sage lenteur* de la que hablaba HAURIOU y, por supuesto, un conocimiento suficiente de la técnica jurídica. No está al alcance, desde luego, de simples aficionados entusiastas; es tarea de profesionales, de los que el Estado está bien dotado, aunque de nada sirva si su concurso, legalmente preceptivo, se orilla por afán de protagonismo, por miedo a que “estropeen” el cuadro que ese gobernante-legislador aficionado ha dibujado, por las prisas en llegar cuanto antes al Boletín Oficial o por cualquier otra razón.

Que hacer las leyes mal, torpemente y apresuradamente, aumenta el desconcierto de los operadores jurídicos y, en último término, la conflictividad tampoco es dudoso. Todo ello redundará obviamente en un incremento de los costes de transacción. Aunque sea difícil medir, cuantificar, estas negativas consecuencias, sería necio negarlas de puro evidentes.

VI. Los posibles remedios

¿Tiene algún remedio esta situación? Podemos dudarlo, dada la experiencia acumulada. Con todo, parece obligado hacer un repaso

aquí, siquiera sea breve, de las herramientas con las que ya contamos cuyo buen uso permitiría frenar esta disparatada carrera y reducir notablemente, incluso, el ritmo de crecimiento del anexo normativo.

La primera de ellas es el procedimiento de elaboración de las normas, tanto administrativas como legales.

La regulación del procedimiento administrativo de elaboración y aprobación de reglamentos tiene entre nosotros una ya larga y no despreciable tradición, puesto que esa regulación arranca de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, cuyo artículo 129 impuso un cuadro preciso de trámites que durante un tiempo establecieron una disciplina útil y eficaz. Esta disciplina se fue deteriorando poco a poco. La tabla de vigencias que la Ley exigía, cuya utilidad era y es innegable, se dejó de hacer muy pronto sin duda porque confeccionarla requiere un trabajo que quienes manejan la máquina de hacer normas consideran incompatible con la rapidez que les obsesiona sin darse cuenta que basta que pasen algunos meses, a veces simplemente semanas, para que esa pretensión de rapidez resulte poco menos que ridícula. El informe de las Secretarías Generales Técnicas, que jugó también el papel de filtro, se difuminó y hoy ya ha perdido todo interés. El desuso y la práctica en contrario se terminaron, pues,

imponiendo y la jurisprudencia acabó por aceptarlo.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no mejoró las cosas. Sí lo hicieron, en cambio, las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, que dieron nueva redacción al Título V de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, que aportó dos innovaciones de interés: la obligación del Gobierno de aprobar un Plan Anual Normativo y la exigencia con carácter preceptivo de elaborar una Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

El Plan en cuestión debe incluir las iniciativas, legislativas o reglamentarias, que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente y habrá de identificar también las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación. El Plan, dice el artículo 25.4 de la Ley, estará coordinado por el Ministerio de Presidencia “con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo”.

No se puede pedir más, realmente, si se tiene en cuenta que la tramitación de una propuesta normativa que no figure en el Plan requerirá “justificar este hecho en la correspondiente Memoria de Análisis Normativo” (artículo 25.3).

Este documento parece también impecable en su concepción. En él debe justificarse “la oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aportar ninguna regulación”, amén del impacto económico y presupuestario, las cargas administrativas que conlleve la propuesta, el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas (artículo 26).

Es obvio que si esto se respetara se legislaría mucho menos y mucho mejor, pero, como suele decir el vulgo, quien hace la Ley hace la trampa y el apartado 4 del propio artículo 26 de la Ley autoriza al Consejo de Ministros a prescindir de esta pieza “cuando razones de urgencia así lo aconsejan”.

Por lo demás, el vendaval de la pandemia del Covid-19 ha dejado inédita esta nueva disciplina, tan prometedora, y hay que esperar que la jurisprudencia la reactive porque el paréntesis sanitario no puede durar indefinidamente.

El procedimiento parlamentario *stricto sensu* da para un libro entero, como ha puesto de manifiesto Ignacio ASTARLOA en su discurso académico de 23 de noviembre de 2020 (vid. *La vocación de nuestro tiempo por la legislación y los retos para el Legislativo*, RAJyL). Nadie como

él ha dedicado tanta atención al asunto y, desde luego, nadie lo conoce mejor porque lo tiene muy vivido y muy sufrido desde dentro por su condición de Letrado de las Cortes y su experiencia adicional de diputado. A su obra me remito, por lo tanto.

Sólo quisiera añadir aquí dos breves observaciones. La primera se refiere a la intangibilidad en sede jurisdiccional del incumplimiento o mal cumplimiento por diputados y senadores de los trámites integrantes del procedimiento legislativo que resulta de su calificación como *interna corporis*.

Según esta vieja doctrina, que podría tener una justificación teórica en el pasado en la medida en que el Legislador podía autoatribuirse la condición de soberano al no existir una justicia constitucional capaz de asegurar su sometimiento a la Constitución como norma superior que es, nada de lo que ocurre en el interior de esa especie de *sancta sanctorum* que son las Cámaras, es accesible a los ciudadanos. Sólo los *sacerdotes* pueden moverse dentro de él y pueden hacerlo con plena libertad, sólo sujetos al orden interno que ellos mismos establezcan.

La jurisprudencia constitucional sigue fiel a esta inaceptable doctrina, a pesar de que es público y notorio el abuso en que los *sacerdo-*

tes del templo parlamentario incurren a diario manejando a su capricho los preceptos de los Reglamentos de las Cámaras. Sólo cuando estima violado el derecho que a los parlamentarios reconoce el artículo 23 de la Constitución ha accedido a correr las cortinas que ocultan el *sancta sanctorum* y a juzgar lo que ha ocurrido en su interior. Las veces que lo ha hecho han puesto de manifiesto un escenario que pone en cuestión las convicciones democráticas más firmes.

La última de ellas tiene que ser recordada porque pone al descubierto que las cosas han llegado a unos extremos que no admiten ya ningún tipo de disculpa. Me refiero a las enmiendas formuladas por la mayoría a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para adoptar la legislación penal de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, con la finalidad de modificar la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la también Orgánica Ley del Poder Judicial y de conseguir por esa vía la integración de los dos Magistrados designados por el Gobierno en dicho Tribunal, sin permitir que éste pudiera verificar siquiera sus nombramientos y de alterar también el sistema de designación por el Consejo del Poder Judicial de los dos Magistrados constitucionales restantes para que pudieran ser designados por mayoría simple,

limitando el derecho al voto de los Consejeros a un solo voto por cada uno de ellos.

El abuso, que la Mesa del Congreso permitió, dio lugar a la impugnación en amparo de los acuerdos de ésta ante el Tribunal Constitucional, que vivió el día 15 de diciembre último una tensión extrema, y no pudo adoptar acuerdo alguno sobre la admisión del recurso ante la amenaza de algunos Magistrados de ausentarse del Pleno para impedir que éste tuviera el *quorum* necesario. Las abusivas enmiendas pudieron seguir adelante gracias a esto y el Pleno del Congreso las aprobó como parte integrante de la Proposición de Ley Orgánica en tramitación el propio día 15 de diciembre, ¡seis días después de su presentación!

En un nuevo Pleno, que tuvo lugar el 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional pudo finalmente dictar el Auto que admitió a trámite el recurso de amparo y suspender cautelarmente la tramitación parlamentaria en el Senado de los preceptos modificatorios de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, lo que *in extremis* evitó el atropello.

Una proposición de Ley Orgánica firmada por parlamentarios de la mayoría, en lugar de un Proyecto de Ley del Gobierno, con el fin de evitar la intervención del Consejo de Estado y del propio Consejo del Poder Judicial que hu-

biera sido imprescindible. Unas enmiendas que no tienen nada que ver con la Proposición de Ley en tramitación que se presentan el último día y en instantes inmediatamente precedentes a la finalización del plazo. Una tramitación de esas enmiendas espúrea que se ventila en sólo seis días, del 9 al 15 de diciembre. Una sesión para el debate y votación del texto de la Proposición de Ley Orgánica con las enmiendas ya incorporadas a su texto sin posibilidad alguna de presentar enmiendas de contrario que se celebra en apenas una hora y veinte minutos y en la que los portavoces de los grupos parlamentarios disponen solo de cinco minutos para defender sus posiciones. ¡Es imposible reunir en un mismo asunto más manipulaciones del procedimiento legislativo!

Tenemos los medios para legislar mejor, pero, lejos de utilizarlos, se agudiza el ingenio para eludirlos. En estas circunstancias es vano hablar de remedios. Arrojar la cara importa, el espejo no hay por qué.

Tomás-Ramón Fernández
*Catedrático emérito de la Universidad
Complutense de Madrid y Académico de
la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación de España*

LA EROSIÓN DE LA LEY

(25-4-2023, Manuel Aragón)

Ante todo, quiero mostrar mi agradecimiento por esta invitación a intervenir en el Seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, más aún al hacerlo en la compañía de mi buen y admirado amigo Tomás-Ramón Fernández Rodríguez.

El tema del Seminario es la “Motorización e incontinencia legislativa”. Ya el Profesor Fernández Rodríguez nos ha hablado de la escasa meditación y preparación con la que se elaboran las leyes y, en general, las disposiciones generales, así como de la excesiva proliferación de normas, encuadrando ese fenómeno en la Historia y en Derecho Comparado. En lo que se refiere a España, ha llamado la atención sobre esa la excesiva y apresurada proliferación normativa que hace de nuestro ordenamiento una selva inextricable en la que es difícil orientarse y más difícil aún encontrar los caminos adecuados para la interpretación y aplicación del Derecho en cada caso.

Mi intervención se dedicará al examen más concreto de la penosa situación actual de la ley como norma jurídica que emana de la potestad del parlamento, algo a lo que también acaba de referirse el Profesor Fernández Rodríguez con el tino que le caracteriza. Verán que mi coincidencia con él es sustancial, pero, al objeto de que mi ponencia no sea sólo repetitiva de la suya, sino complementaria, lo que me propongo hacer es ahondar, de manera más detallada, en la explicación de los fenómenos que muestran la actual degradación en España de la ley parlamentaria.

A mi juicio, la actual situación política española pone de manifiesto un innegable deterioro de la legislación, asunto que desde hace tiempo vengo denunciando, y que se ha agudizado en la última legislatura. Precisamente sobre ello, y sobre otros problemas de nuestra democracia constitucional, nos hemos pronunciado, críticamente, en un libro colectivo, “España: democracia menguante”, que hemos elaborado un grupo de profesores, entre ellos el propio Tomás Ramón Fernández, y yo, que se ha publicado en el pasado mes de marzo.

Tal deterioro de la ley, que ha estudiado también con precisión Ignacio Astarloa, se refleja en una serie de fenómenos a los que a lo largo de mi ponencia me referiré.

Una última observación preliminar debo hacer: mi ponencia no se limitará al examen crítico de esta situación actual, sino que propondrá determinadas reformas para intentar remediarla.

1. La suplantación gubernamental de la potestad legislativa de las Cortes Generales: el extraordinario abuso de los decretos-leyes

De ello me he venido ocupando desde hace tiempo, y de manera más especial en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, al que contestó, por cierto, el Profesor Fernández Rodríguez, así como en mi libro relativamente reciente: “Uno y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”.

El abuso de los decretos-leyes ha sido constante desde que la Constitución entró en vigor. Pero en los últimos tiempos ese abuso ha llegado a extremos verdaderamente inaceptables: en la presente legislatura casi el 70 % de la legislación se ha producido mediante decretos-leyes, muchos de ellos sin que se diera el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad, o más concretamente, sin que fuera imposible haberlos iniciado como leyes y tramitados en las Cámaras por el procedimiento de urgencia. Aparte de que en algunos de esos decretos-le-

yes se regulaban materias que perfectamente podría haberse hecho mediante la potestad reglamentaria, blindándose así, de manera incorrecta, esas materias frente al control de la jurisdicción ordinaria.

El decreto-ley se ha convertido, en realidad, en el modo ordinario de legislar, contraviniendo abiertamente la significación constitucional del decreto-ley como excepción a la potestad legislativa de las Cortes Generales. Y ello, aunque producido sobre todo en el ámbito estatal, se ha trasladado también a las Comunidades Autónomas, a las que, por reformas de sus Estatutos, también se les ha conferido, innecesariamente a mi juicio, esta forma de legislación gubernamental.

Esa situación no supone sólo un menoscabo de la ley parlamentaria, sino también, y por ello, una auténtica erosión del significado y función de nuestro parlamento. El Gobierno, y no el parlamento, se presenta así como el auténtico legislador. No hace falta decir más para insistir en lo que ello significa de destrucción de uno de los pilares en que se asienta nuestra democracia parlamentaria.

La solución de esta situación tan anómala correspondería, en primer lugar, a los agentes políticos, especialmente al Gobierno, que debieran someter su actividad a lo que la Constitución impone. Pero dada la escasa esperanza

en que esa auto restricción pudiera tener lugar, la única institución del Estado que podría poner fin a ese problema no es otra que el Tribunal Constitucional, que debería cambiar su laxa doctrina sobre el control de presupuesto de hecho habilitante por otra mucho más restrictiva, como creo que manda el art. 86.1 CE, para lograr que sólo en auténticos supuestos de extraordinaria y urgente necesidad pudieran considerarse válidos los decretos-leyes.

Ese laxo control por el TC del presupuesto de hecho habilitante, doctrina constante desde el comienzo de nuestra democracia constitucional, comenzó, sin embargo, a hacerse algo más incisivo un los cinco últimos años, pero, lamentablemente, parece haber recuperado la plena laxitud en la actualidad, como lo muestra la STC 18/2023, de 21 de marzo, según critican, con acierto, los magistrados Ricardo Enríquez, Enrique Arnaldo, Concepción Espejel y César Tolosa en su voto particular disidente conjunto a esa Sentencia.

Es claro que, siendo los decretos-leyes una excepción a la potestad legislativa de las Cámaras, el presupuesto constitucional que los habilita, la extraordinaria y urgente necesidad, ha de regirse por una interpretación sumamente restrictiva. El TC, como intérprete y defensor jurídico supremo de la Constitución tiene, sin ninguna duda, la obligación de abandonar su

débil control para hacerlo auténticamente incisivo, como la correcta interpretación de la Constitución exige.

Un control incisivo que debe ser no sólo sobre el presupuesto de hecho habilitante, sino también sobre las materias prohibidas al decreto-ley, algo que hasta ahora tampoco el TC ha hecho. Como se sabe, respecto de las materias exentas del decreto-ley, la debilidad del control por el TC se originó muy pronto, a partir de la STC 111/1983, de 14 de diciembre, sobre el Decreto-ley Rumasa. Por razones de tiempo, sólo voy a referirme a la interpretación que allí se dio (y que persiste hasta ahora) de una de las principales materias exentas, según el art. 86.1 CE: “la afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”. El TC decidió (y esa doctrina, insisto, se ha mantenido hasta ahora) que tal afectación sólo se produce si “el decreto-ley regula el régimen general de esos derechos, deberes y libertades”. De lo que se deriva la licitud del decreto-ley para afectar los derechos de modo concreto, restringiéndolos respecto de una persona o un grupo de personas (físicas o jurídicas).

Algo que resulta enteramente criticable, puesto que se introduce un trato desigual respecto de los derechos y libertades, convirtiéndose el decreto-ley en una especie de ley singular, o más aún, de ley acto que rompe el

principio de generalidad de las leyes y vulnera la igualdad garantizada por el art. 14 CE. La improcedencia de esta doctrina constitucional resulta patente, a mi juicio, y por ello la necesidad de su modificación.

Pero, además, el abuso de los decretos-leyes está teniendo otras consecuencias indeseables: el mantenimiento en el ordenamiento jurídico por tiempo indeterminado de los decretos-leyes convalidados. Y ello se produce porque, de un lado, no todos los decretos-leyes son después tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia (sólo lo son, aproximadamente, el 50 %) y, de otro, porque incluso respecto de los que así se tramitan, una mala práctica parlamentaria alarga dicha tramitación en exceso, de manera incoherente con el procedimiento de urgencia.

El art. 86.3 CE, con una redacción poco meditada, dispone que, en el plazo de 30 días para la convalidación de los decretos-leyes, las Cortes Generales podrá tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. Constatado que esa tramitación resulta imposible como alternativa a la convalidación, el Reglamento del Congreso, en su art. 151.4, lo que ha previsto es que, una vez convalidados, si la Cámara así lo decide, se tramitarán como proyectos de ley por el procedimiento de

urgencia, aunque ya he advertido que ello no se hace en todos los decretos-leyes y que, respecto de los que se tramitan así, una práctica contraria al propio procedimiento de urgencia acordado (y exigido por el art. 86.3 CE y el art. 151.4 del RC) viene a retrasar extraordinariamente la aparición de la ley sustitutiva del decreto-ley.

De ahí que fuera muy conveniente adoptar algunas reformas normativas para evitar que los decretos-leyes regulen de modo permanente una materia, de manera que, una vez convalidados, puedan ser sustituidos en poco tiempo por la ley parlamentaria, quedando la vigencia del decreto-ley limitada a la regulación urgente de la materia, regulación que, de modo más completo, pasaría a la ley producto de la tramitación del decreto-ley como proyecto de ley, garantizándose así no sólo una mayor calidad legislativa, sino también la participación en el procedimiento legislativo bicameral del pluralismo político representado en las Cámaras a través de los debates y las posibles enmiendas.

Esta ley derogaría el decreto-ley, que ya habría cumplido su función de regulación inmediata y urgente, dando paso, como debe ser en una democracia parlamentaria, a la ley como norma ordinaria destinada a la regulación estable de las materias.

Para lograr ese objetivo debiera de reformarse el art. 151.4 del RC, abriéndose dos opciones:

Opción A: obligándose a que, necesariamente, todos los decretos-leyes, una vez convalidados, se tramiten como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

El art. 86.3 CE no creo que impida esta opción, ya que al decirse en él que “las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”, cabe interpretar que el término “podrán” vale tanto para las decisiones concretas acerca de cada decreto-ley como para la decisión general, adoptada por el RC, de que ese procedimiento sea el adoptado para todos los decretos-leyes.

Opción B: obligar a que los decretos-leyes, una vez convalidados, se tramiten siempre como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, salvo que el Pleno del Congreso, por mayoría absoluta, lo impida.

Esta opción es menos incisiva, en cuanto que deja al Congreso la facultad de decidir o no, en cada caso, la tramitación como proyecto de ley, aunque, para salvaguardar el pluralismo político, que es un valor esencial que ha de regir en el procedimiento legislativo, sea necesaria, no la mayoría simple (como ahora para decidir

esa tramitación), sino la mayoría absoluta para poder rechazarla.

De todos modos, para evitar, en ambas opciones, la práctica viciada consistente en desvirtuar, como se viene haciendo, el procedimiento de urgencia, no hay reforma legislativa posible: sólo cabe apelar a que los órganos de las Cámaras y los grupos parlamentarios actúen con lealtad a la Constitución y a los Reglamentos de las Cámaras, aplicando debidamente y sin retrasos el procedimiento de urgencia.

2. El deterioro de la legislación parlamentaria

2.1 Por la utilización desmedida del procedimiento legislativo de urgencia

A diferencia de lo que sucede con los decretos-leyes que se tramitan, una vez convalidados, como proyectos de ley, donde el procedimiento de urgencia suele alargarse hasta dejarlo sin sentido, en el caso de los demás proyectos de ley, así como en las proposiciones de ley, lo que ocurre es que se abusa del procedimiento legislativo de urgencia, en detrimento del procedimiento legislativo ordinario, una urgencia, además, que, en muchas ocasiones, funciona en sentido contrario a lo que antes de dijo que pasaba respecto de los decretos-leyes tramitados como proyectos de ley.

Ahora, lo que se produce es el extremo acortamiento de los plazos para presentación y debate de las enmiendas (a veces dados por muy pocos días, o asombrosamente, por unas pocas horas), en detrimento innegable del pluralismo democrático representado en las Cámaras y del suficiente estudio y abierta discusión que debe de acompañar a la actividad legislativa.

Esta práctica debe considerarse, a mi juicio, contraria a la Constitución y a los Reglamentos del Congreso y el Senado, porque despoja de significado al debate parlamentario, dejando sin sustancia la participación real de los miembros de las Cámaras y de los grupos parlamentarios en la formación de la propuesta normativa que se está elaborando, originando leyes de muy escasa calidad técnica que ponen en riesgo la seguridad jurídica.

No creo que esta mala práctica pueda solucionarse con reformas en los Reglamentos de las Cámaras, sino mediante una llamada a la responsabilidad de los órganos de las Cámaras y de los grupos parlamentarios para que cumplan con fidelidad las normas a que están sujetos. Incluso, en mi opinión, esa práctica podría impugnarse ante el Tribunal Constitucional por ser lesiva del pleno ejercicio de la función representativa y contraria tanto al pluralismo político como a la correcta formación de la voluntad de las Cámaras.

2.2 *Por las proposiciones de ley fraudulentas*

Literalmente, ni la Constitución, en sus arts. 87.1, 88 y 89, ni el Reglamento del Congreso de los Diputados, en su arts. 108, 109 y 124, establecen una diferencia material entre proyectos de ley y proposiciones de ley, de manera que parecen iniciativas legislativas fungibles, con las únicas excepciones de los proyectos de planificación (art. 131.2 CE) y de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134.1CE) que deberán de iniciarse necesariamente como proyectos de ley.

No obstante, creo que, desde una interpretación sistemática de la CE y del RC, basada además en el recto entendimiento de nuestra forma parlamentaria de gobierno, cabe sostener que existe una diferencia cualitativa entre los proyectos de ley y las proposiciones de ley, dado que el significado y tramitación de ambas formas de iniciativa tienen determinadas diferencias que impiden concebirlas como iniciativas enteramente fungibles.

No se trata sólo de sostener que, por exigencias teóricas de la forma parlamentaria de gobierno, las proposiciones de ley deban de entenderse como la forma de iniciativa legislativa al servicio de las minorías parlamentarias o de la oposición, y no del grupo o grupos parlamentarios que sostienen al Gobierno (que para ello tiene a su disposición

los proyectos de ley), sino de que, como antes apunté, la recta interpretación sistemática de la CE y del RC conduce además a esa solución, dado que, en el caso de las proposiciones de ley, los arts. 84 y 134.6 CE facultan al Gobierno para oponerse a ellas si fuesen contrarias a una delegación legislativa en vigor o supusieran un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios, y el art. 126.2 del RC dispone que la Mesa del Congreso las remitirá al Gobierno para que manifieste su criterio sobre la toma en consideración así como su conformidad o no a la tramitación si la proposición de ley implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios.

Lo que significa, claramente, que las proposiciones no son instrumentos provenientes, de modo general, de la voluntad del Gobierno o de los grupos parlamentarios que le apoyan, pues de lo contrario carecería de sentido que aquél haya de expresar su criterio acerca de la toma en consideración de las proposiciones e incluso que pueda oponerse a ellas. Estas facultades de control del Gobierno sobre las proposiciones de ley presentadas en la Cámara adquieren, pues, todo su sentido desde el punto de vista del equilibrio propio del régimen parlamentario.

Ese equilibrio (y esa diferenciación) entre el Gobierno y el parlamento requiere que el

Gobierno tenga capacidad de reaccionar ante iniciativas legislativas que, por no provenir de él o de su mayoría parlamentaria (como son las proposiciones de ley), sino de la oposición o de las minorías, no expresan la voluntad del Ejecutivo y, por ello, pudieran perjudicar la política gubernamental presupuestaria, financiera o sobre cualquier otra materia.

Sin embargo, este argumento, importante, sin duda, resulta mucho más potente cuando se intentan regular materias que, por su importancia, si se utilizase el proyecto de ley, requerirían de determinadas consultas, informes y dictámenes preceptivos de órganos constitucionales (así el Consejo General del Poder Judicial) o incluso del Consejo de Estado. Usar entonces la proposición de ley para eludir tales informes y dictámenes, privando a las Cámaras del conocimiento suficiente para formarse su voluntad, no sólo afectaría al pluralismo político parlamentario, sino incluso a pleno ejercicio por los parlamentarios y los grupos parlamentarios de su función representativa.

Lo que resulta aún más evidente en los casos en que el Gobierno hubiera reconocido públicamente que la iniciativa era suya, pero que, en lugar de presentarla, como sería debido, por medio de un proyecto de ley, acude a su grupo o grupos parlamentarios para que éstos la presenten como proposición de ley.

En tales supuestos se da, a mi juicio, es un auténtico fraude de ley, ya que el único objeto de esa utilización instrumental por el Ejecutivo de la proposición de ley no es otro que el de eludir las consultas, informes, memorias y dictámenes preceptivos que las Leyes 50/1997, del Gobierno, y 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado, exigen para los proyectos de ley. El fraude en tal caso parece evidente, no hay más que acudir a lo dispuesto en el art. 6.4 del Código civil, que determina con toda claridad que “los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se ha intentado eludir”.

Situación ésta que ha venido ocurriendo con alguna frecuencia en los últimos tiempos, por citar dos ejemplos recientes: el uso de una proposición de ley para reformar el Código Penal en materia de delitos de sedición y malversación, o para establecer, por la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, el Gravamen Temporal Energético y sobre Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros. Iniciativas ambas declaradas y reconocidas públicamente como decididas e incluso preparadas por el propio Gobierno.

Es cierto que, frente a la tesis que acabo de sostener, podría argumentarse que el Tribunal Constitucional, en su STC 153/2016, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra una Ley de las Cortes Valencianas convalidó el uso de una proposición de ley presentada por el grupo parlamentario que sustentaba al Gobierno autonómico. A mi juicio, aparte de la crítica dogmática que puede hacerse a esa STC, no cabe derivar de ella que el TC haya convalidado el uso fraudulento de las proposiciones de ley para instrumentar iniciativas legislativas declaradamente gubernamentales, puesto que esa denuncia, que fue la principal de los recurrentes, el TC ni la estudió ni la resolvió. Si alguien tiene especial interés en dicha STC, en el debate puedo dar más detalles sobre ella.

Creo que el uso fraudulento de las proposiciones de ley es un asunto grave, al que con vendría poner coto mediante determinadas reformas normativas que afectarían tanto al Reglamento del Congreso como a la Ley Orgánica del Consejo de Estado. La modificación del Reglamento del Congreso consistiría en que, en su art. 124, en lugar de decirse, como hasta ahora, que las proposiciones de ley deberán de ir acompañadas “de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellas”, se concretara que deberán de ir acompañadas de una memoria económica sobre el impacto de la proposición

de ley, de otra memoria acerca de la oportunidad de esa proposición y de un informe sobre la repercusión de la proposición en el sistema normativo vigente en ese momento. Añadiéndose también que, si la proposición de ley afecta a materias que, de haberse tramitado como proyecto de ley, debieran de haberse sometido a dictámenes de órganos constitucionales o del Consejo de Estado, tales dictámenes habrán de ser requeridos por la Mesa del Congreso antes de la publicación de la proposición de ley.

La posibilidad de que el Congreso requiera un dictamen del Consejo General del Poder Judicial está ya prevista en el art. 561.9ª de la LOPJ. En cambio, no lo está en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, por lo que debiera de modificarse ésta para que sus dictámenes se emitan si así lo prevén los Reglamentos del Congreso y del Senado.

2.3 Por la introducción de enmiendas en el procedimiento legislativo sin conexión material y de objeto con el proyecto o proposición de ley que se debate

Pese a que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado, reiteradamente, como inconstitucional, la introducción de enmiendas a una proposición o a un proyecto de ley que no tengan conexión de materia y objeto con el texto normativo que se debate

en las Cámaras (por todas, SSTC 23/1990, FJ 5; 119/2011, FFJJ 6 y 9); 136/2011, FFJJ 6 y 8; y 172/2020, FJ 8), lo cierto es que esa situación inconstitucional se sigue produciendo de manera frecuente en el procedimiento legislativo parlamentario, lo que ha dado lugar incluso a la suspensión de la tramitación parlamentaria de ese tipo de enmiendas decidida por el relevante y conocido ATC del Pleno 177/2022, de 19 de diciembre.

La aludida inobservancia parlamentaria de la doctrina constitucional está produciendo unas consecuencias indeseables: de un lado, la posible interposición de recursos de amparo parlamentarios que pueden provocar la suspensión de la tramitación de las referidas enmiendas y, de otro, si tales recursos no se interpusieran, la producción de un vicio de inconstitucionalidad formal que puede afectar a la ley una vez aprobada, sancionada y publicada.

Y ello es así porque la admisión de enmiendas sin conexión con la materia y objeto de la iniciativa legislativa que se debate convierte, fraudulentamente, en una enmienda lo que es, sin duda, una nueva iniciativa legislativa, provocando una vulneración de los derechos de los parlamentarios a ejercer en plenitud sus funciones en el procedimiento legislativo, además de una vulneración del pluralismo político

que ha de regir en dicho procedimiento, impidiendo al mismo tiempo la recta formación de la voluntad de las Cámaras.

Esta situación inconstitucional se está produciendo con frecuencia. Como ejemplos recientes bastan el ya aludido de la introducción de enmiendas en una proposición de ley de reforma del Código Penal para modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y que dio lugar a que este Tribunal acordara la suspensión de la tramitación de dichas enmiendas. O el del establecimiento del Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas mediante una enmienda a la proposición de ley sobre el Gravamen Temporal Energético y de las Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros, pese a la desconexión material y de objeto de aquel Impuesto con el texto la proposición, dada la naturaleza tributaria del Impuesto y la no tributaria de los dos Gravámenes según la propia proposición reconocía. La consecuencia, a mi juicio, es clara en este caso: la inconstitucionalidad formal del art. 3 de la Ley 38/2022, que regula el referido Impuesto.

Se hace necesario, pues, por exigencias de la doctrina del TC, modificar el Reglamento del Congreso, para que la Mesa de la correspondiente Comisión rechace las enmiendas a los proyectos de ley y a las proposiciones de ley

que no tenga conexión de objeto y materia con tales proyectos y proposiciones.

2.4 Por las leyes y decretos-leyes “ómnibus”

La aprobación de leyes y decretos-leyes de contenido heterogéneo (llamados usualmente leyes y decretos-leyes “ómnibus”) es algo que se está convirtiendo en habitual en nuestro ordenamiento jurídico, con consecuencias indeseables para la calidad de la legislación y la seguridad jurídica. Esa forma de legislar debiera erradicarse, sin duda, puesto que vulnera además principios esenciales que deben acompañar al uso de la potestad legislativa, provocando serias deficiencias en el procedimiento legislativo, en la aplicación e interpretación de las normas y, en definitiva, en la condición sistemática que el ordenamiento ha de tener.

La heterogeneidad de materias acarrea, sin duda, una merma de la correcta formación de voluntad de las Cámaras, puesto que, en la votación final de una ley de este tipo, dicha voluntad ha de expresarse sobre un todo (la ley al completo) sin poderse separar las diversas materias que ese todo contiene, cuando resulta perfectamente verosímil que haya parlamentarios que están de acuerdo con algunas de sus partes y en desacuerdo con otras. Pero es que, además, la tramitación parlamentaria de las leyes “ómnibus” rompe el sistema de las Comisio-

nes legislativas especializadas, puesto que toda esa ley ha de elaborarse en una sola Comisión parlamentaria pese a la multiplicidad material de su contenido.

Es cierto que el Tribunal Constitucional no ha apreciado que las “leyes-ómnibus” sean inconstitucionales por el sólo hecho de su heterogeneidad material. Pero también lo es que, al menos ha señalado que se trata de una manera de legislar técnicamente criticable.

La STC crucial en ese asunto es la 136/2011, en la que, después de advertirse (y cito literalmente lo dicho en su FJ 3) que esa opción legislativa “puede ser eventualmente criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica”, y que “puede afectar en cierta manera al ejercicio efectivo del derecho de participación política”, concluye, sin embargo, que, “en el caso que se debate no se ha demostrado que tal afectación sea sustancial”, máxime, se dirá, cuando no hay ningún precepto de la CE que impida ese tipo de leyes. En virtud de ese razonamiento, el TC decidirá finalmente que las “leyes-ómnibus” no pueden considerarse prohibidas por la Constitución.

Una STC que estimo desafortunada desde el punto de vista dogmático, como se razona en el voto particular disidente que yo mismo emití y que acompaña a dicha STC, en el que se dirá

que ese tipo de leyes no representa sólo una forma técnicamente criticable de legislar, sino que resultan inconstitucionales en cuanto que suponen, además de una degradación de la ley y por ello de la potestad legislativa parlamentaria, una vulneración del principio democrático pluralista y de su necesaria proyección en el procedimiento legislativo.

Estas deficiencias se agudizan más aún cuando se trata de los decretos-leyes “ómnibus”, dado que la intervención parlamentaria sobre los decretos-leyes ni siquiera sigue el procedimiento bicameral, sino que sólo el Congreso se pronuncia sobre ellos, en un plazo máximo tasado, 30 días, limitándose además a una mera votación de totalidad sin poderse introducir enmiendas: la votación parlamentaria sólo lo es de ratificación o rechazo, en bloque, esto es, de convalidación o derogación del decreto-ley.

Es evidente, a mi juicio, que un decreto-ley de contenido múltiple (mediante el que se aprueban o reforman muy diversas normas jurídicas, de materias, además, heterogéneas) resulta inconciliable con el hecho de que únicamente pueda ser sometido, en su totalidad, a un mero voto de ratificación o rechazo. Aquí, en mayor medida aún que en el caso de las leyes “ómnibus”, el decreto-ley “ómnibus” vulnera, de plano, la exigencia de una correcta formación de la voluntad de la Cámara y, por supuesto,

el pluralismo político consustancial a nuestro régimen parlamentario.

No cabe ocultar, de todos modos, que el Tribunal Constitucional, del mismo modo que hizo con las “leyes-ómnibus”, también ha considerado constitucionales los “decretos-leyes ómnibus”.

La STC fundamental en este caso ha sido la 199/2015, en la que, no obstante volverse a advertir como se hizo en la STC sobre las leyes “ómnibus”, de que ese tipo de decreto-ley representa una “práctica” “muy desaconsejable” “técnicamente” (FJ 2) y “puede ser expresión de una deficiente técnica normativa” (FJ 3), concluye que, sin embargo, desde el punto de vista de la validez, no resulta abiertamente inconstitucional.

Algo de lo que discrepa el voto particular disidente suscrito por los magistrados Adela Asúa, Fernando Valdés y Juan Antonio Xiol, que entienden, atinadamente, que en un decreto-ley como ese, por el que se modifican 28 normas con rango de ley, afectándose a medio centenar de materias, es imposible apreciar, de manera global, como exige el voto de totalidad de convalidación o derogación, que la urgencia pueda darse en todas ellas.

Dicho todo lo cual, y al margen de la crítica dogmática que cabe hacer a estas dos SSTC, no

puede negarse que, al menos, el TC ha advertido en ellas las notables deficiencias técnicas de las “leyes ómnibus” y los “decretos-leyes ómnibus”, y con ello ya bastaría para recomendar su erradicación. La escasa calidad de esas normas de contenido ampliamente heterogéneo no sólo degrada la potestad legislativa parlamentaria y el control por el Congreso de los decretos-leyes, sino que pone en riesgo la propia seguridad jurídica constitucionalmente garantizada.

Mientras el TC no cambie radicalmente su doctrina, y tengo escasas esperanzas en que eso suceda, el único modo de erradicar las leyes y decretos-leyes “ómnibus” sería la de modificar la Ley 50/1997, del Gobierno, y la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para exigir que los proyectos de ley y los decretos-leyes tengan por objeto la regulación de una única materia, salvo que, por estricta y necesaria conexión se requiera en ese mismo texto regular alguna más.

Así como modificar también el Reglamento del Congreso para disponer que la Mesa de la Cámara, antes de la apertura del plazo para presentación de enmiendas (en el caso de los proyectos de ley), antes de su remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto de la toma en consideración (en el caso de las proposiciones de ley) y antes de la inserción en el orden del día (en el caso de los decretos-le-

yes), pueda rechazar la iniciativa legislativa o el decreto-ley presentado en la Cámara si se tratase de un texto que careciera de unidad de materia, con la salvedad antes aludida. Si se tratase de un decreto-ley, la comunicación al Gobierno debiera de advertirle de la obligación de desglosar en distintos decretos-leyes la variedad de materias, previendo el RC que se suspenderá el plazo de 30 días para la convalidación o derogación por el tiempo que el Gobierno tarde en efectuar ese desglose.

Quizás a algunos puedan parecerle demasiado drásticas estas reformas normativas que propongo, pero creo que la utilización de las leyes y los decretos-leyes de contenido altamente heterogéneo ha llevado a tal extremo de degradación de la ley y del procedimiento legislativo parlamentario que hacen necesario, y urgente, adoptarlas.

3. Conclusiones

La actual degradación de la ley que se ha venido criticando a lo largo de esta ponencia resulta inconciliable, tanto con nuestra democracia parlamentaria como forma de Estado, como con nuestro régimen parlamentario como forma de gobierno. Además, las consecuencias prácticas de tal degradación se reflejan en una mala calidad técnica de las leyes, con grave riesgo para la seguridad jurídica.

Para remediar esa situación resulta indispensable dotar de efectividad y racionalidad a las dos funciones principales de las Cámaras, la legislativa y la de control, hoy lamentablemente debilitadas o incluso prácticamente desaparecidas. Ese es el camino para que las Cortes Generales recuperen su posición de centro de legitimidad del sistema y de institución que representa a la totalidad de los españoles y no a la mayoría de ellos. Nuestra democracia actual dejaría de ser así una democracia “menguante” para convertirse en una democracia “creciente”, que es lo que, a mi juicio, exige el cabal cumplimiento de la Constitución.

No puedo ocultar, sin embargo, que las propuestas de reformas normativas que en tal sentido he formulado en mi ponencia no serían posibles, ni eficaces, si no hay suficiente voluntad política para apoyarlas y después cumplirlas. Para el buen funcionamiento del sistema democrático (o en general de cualquier otro sistema ordenado), el Derecho no lo puede todo, aunque sin él no pueda hacerse nada justo y duradero, puesto que la eficacia de ese sistema no sólo ha de basarse en la existencia de normas jurídicas, sino también de unas reglas políticas y sociales que son consustanciales al mismo. Por ello, cuando el incumplimiento de tales requisitos, normativos y políticos, se convierte en algo reiterado, el sistema puede entrar en crisis, que es lo quizás está sucediendo, a mi juicio,

en la España actual (y por extensión, en otros países que sufren, como nosotros, una erosión de su sistema constitucional y democrático de Derecho).

Teniendo en cuenta esa situación, es posible, quizás, que se me tenga por demasiado optimista al proponer, como he hecho, determinadas reformas normativas para salir de ella. Sirva en mi descargo que, como jurista, creo que ello es mi obligación, y que, como ciudadano, tengo la convicción, que aún no he abandonado ni querría abandonar, de que esas reformas son posibles si hubiera, por fin, una voluntad política suficiente para llevarlas a cabo. Y, sobre todo, si una sociedad alerta y responsable no dejase electoralmente impune a los dirigentes que, por acción u omisión, hubieran contribuido al actual deterioro del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Un pesimista razonable pudiera pensar que ello resulta imposible en vista de la situación política y social de la España actual. Un optimista razonablemente moderado, como yo, no puede abandonar la esperanza de que ello podría conseguirse. Si así sucedió en momentos aún más difíciles, como fue, en el último tercio del pasado siglo, el del paso de la dictadura a la democracia, no hay que descartar que también suceda ahora, cuando de lo que se trata es de un cambio menos radical, y que consiste, en

realidad, en dar exacto cumplimiento a lo que nuestra propia Constitución exige.

Me niego rotundamente a aceptar que España esté condenada, de modo inevitable, a la decrepitud institucional, pues creo que nuestra sociedad, pese al adocenamiento derivado de una educación inadecuada y de pertinaces y masivas campañas de propaganda y desinformación, tiene aún capacidad de reaccionar, ejerciendo sus derechos, y entre ellos el del voto, para que se ponga remedio, por fin, a la penosa situación actual de nuestra política y de nuestras instituciones públicas.

Estas últimas reflexiones son más de naturaleza política que jurídica, y ello es cierto, pero ya advertí antes que el Derecho no lo puede todo, y que los juristas, por eso mismo, sin renunciar al método que cualifica nuestro saber, no podemos permanecer ajenos a las condiciones políticas y sociales que son base y objeto del Derecho a cuyo cultivo nos dedicamos.

AUTORES

Tomás Ramón Fernández. Catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Con anterioridad lo fue de la Universidad del País Vasco y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de la que fue elegido Rector en 1977. Ha sido profesor invitado en la Universidad de París X y en la Universidad Nacional de Buenos Aires de la que fue nombrado Doctor honoris causa en 2016. Es autor junto con el Profesor García de Enterría de un Curso de Derecho Administrativo que se viene publicando ininterrumpidamente desde 1974 (20ª edición, 2022) y también de un Manual de Derecho Urbanístico (27ª edición, 2023) además de otras treinta monografías. Ha sido Consejero de Estado Consejero del Banco de España y patrono del Museo del Prado. Es Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España desde 2004 y en la actualidad ejerce como Abogado en Madrid.

Manuel Aragón. Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Director de la Revista Española de Derecho Constitucional. Profesor en diversas universidades europeas y americanas. Ha dirigido el Centro de Estudios Constitucionales. Ha sido Consejero de Estado. Es autor de más de una docena de libros y de tres centenares de trabajos académicos en materias de Derecho Constitucional.