

“Crisis de la ley”, *principios constitucionales y seguridad jurídica*, pp. 23-42.

“CRISIS DE LA LEY”, PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SEGURIDAD JURÍDICA

por **Edgardo Rodríguez Gómez***

RESUMEN

La ley, general y abstracta, expresión de la voluntad general ha sido puesta en entredicho en los últimos años frente al auge del constitucionalismo y la apertura a pautas principialistas en los ordenamientos jurídicos continentales actuales. La “crisis de la ley” ha sido alegada ante la evidencia de supuestas nuevas formas de concebir al Estado y el papel cada vez más activo que vienen asumiendo sus magistrados. No obstante, el Estado de Derecho y la seguridad jurídica la precisan y asumen el reto de nuevos tiempos que demandan una actualización en su concepción. Más que un mito o una decadencia, la ley da cabida a la oportunidad que se le presenta para ponerse al día y dar cauce al ideal democrático.

PALABRAS CLAVE

Crisis de la ley, Estado de Derecho, Estado constitucional democrático, principios, seguridad jurídica.

SUMARIO

Introducción. I. La importancia de la ley en el ordenamiento jurídico contemporáneo. II. Los efectos del Estado constitucional y la crisis de la ley. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Este trabajo tiene como objetivos en primer lugar, aproximarse al estado de la cuestión acerca de la situación de la ley como expresión de la voluntad general en el marco del Estado de Derecho contemporáneo en el contexto continental europeo para precisar los términos en los que se puede hablar de una supuesta “crisis de la ley” afectada por principios constitucionales y; en segundo lugar, defender la necesidad de una valoración de la seguridad jurídica ínsita en la consagración de la legalidad, que debe merecer una prioritaria consideración en todo momento ante el surgimiento de un conflicto entre reglas y principios.¹

Para tal fin se ha desarrollado un esquema en el que de entrada se describirá a la ley y su importancia dentro del ordenamiento jurídico actual, para enseguida, en una segunda parte, hacer un tratamiento de ella en el marco del denominado Estado constitucional que incorpora principios y criterios de justicia que afectarían a la concepción de la ley como regla a ser aplicada directamente por los operadores.

De modo que, presentado el panorama se procederá a revalorar la necesidad de una consideración de la ley compatible con el Estado constitucional que de modo alguno signifique su afectación de fondo, sino una adecuación que tiene en consideración la importancia de la certeza que busca garantizar y su carácter legítimo proveniente de su origen democrático.

* Investigador del Centro de Desarrollo Humano de Puno – Perú (CEDEH-Puno).

¹ Es preciso indicar que tanto para la elección del tema así como para la determinación de los objetivos y el esquema de desarrollo de este trabajo se han aprovechado las sugerencias y aportes del Profesor Luis Martínez Roldán.

I. La importancia de la ley en el ordenamiento jurídico contemporáneo

La ley, considerada en el marco del ordenamiento jurídico moderno como la decisión del pueblo entero (voluntad general), decidiendo sobre el pueblo entero, por medio –y esto es igualmente esencial- de normas generales y comunes,² ha impreso su huella en los dos últimos siglos en el mundo occidental, especialmente de Europa continental, articulando la coexistencia de derechos o libertades en las sociedades al desterrar la idea antigua³ de la suprema voluntad de uno (el príncipe) por la del pueblo.

En ese sentido, la frase rousseauiana “No hay libertad sin Leyes” significará la respuesta a la necesidad de garantía para los sujetos que se expresará a partir del siglo XVIII, y que conducirá a la elaboración de una idea de la ley útil para la convivencia en las sociedades que han adoptado postulados individualistas y que pretenden un funcionamiento ordenado donde se pueda predecir la intervención del Estado y se indiquen los límites de las conductas de los ciudadanos a través de prohibiciones. Todo ello a través de normas escritas y públicas que a la larga contribuirán a cimentar el valor de una seguridad que es capaz de desplegar sus efectos en una realidad enmarcada por el ideal liberal, de la forma como lo precisa el Profesor García de Enterría:

*“La ley en todo caso incorpora, aparte del principio democrático, dos valores sin los cuales no puede vivir la sociedad de un Estado de Derecho, el principio de la seguridad jurídica y el principio de certeza del Derecho y su previsibilidad como ordenador de las conductas, sin los cuales sería difícil hablar de una sociedad libre”.*⁴

De este modo, se puede verificar que existe una concepción de la ley que ha prolongado sus efectos hasta nuestros días, a partir de la Revolución Francesa. Mas es interesante constatar que sus propios alcances y contenidos no han permanecido estáticos sino, han ido adaptándose a las circunstancias y lógicas en las que se iba desarrollando. Así, tras un cambio metodológico destacable desde el pensamiento racionalista ilustrado propio del ambiente filosófico alejado de la vida pública activa del siglo XVIII al de otro esquema de reflexión en el siglo XIX cuando los temas referidos a leyes, libertad y derechos pasan a ser materia de tratamiento de ciudadanos políticamente comprometidos, se conecta la concepción de la ley con la de la libertad que conduce al progreso moral del individuo; libertad entendida como lo que los individuos tienen derecho a hacer y la sociedad no tiene derecho a impedir, proclamada entonces ya, como parte del pensamiento constitucional de Constant.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Civitas. Primera Edición. 1999. Pág. 24.

³ En el sentido de “ancien”, es decir, entendida en el contexto del Estado absoluto o despótico.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales”, en VV.AA. *La Crisis del Derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Pág. 34.

En efecto, mientras que para los liberales del siglo XVIII, como Montesquieu, la libertad política⁵ es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, para Constant se tiene que encontrar alguna forma de imponer límites a las leyes; es decir que se hace necesario entender la libertad como hacer lo que las leyes permiten y a su vez que se considere lo que no está permitido que la ley prohíba, planteándose un límite a la posibilidad de prohibir de la ley.

Asimismo, respecto de Rousseau para quien la libertad es la participación en la cosa pública así como la obediencia a la ley y; a su vez, obedecer a la ley no es más que obedecer a la conciencia de uno mismo⁶, Constant sostendrá que si bien es posible justificar la voluntad general como el principio de legitimación de la ley, ésta, a diferencia de lo que piensa el filósofo ginebrino, no es una ley que puede regularlo todo, sino que es una ley que tiene límites, al existir espacios en los que no puede intervenir y que están referidos a la conducta y la conciencia; de modo que introduce la conciencia moral individual como límite a la voluntad general que a su vez se extiende a la soberanía nacional, en consecuencia la soberanía rousseauiana queda limitada por la conciencia individual, la cual estaría en la base de los derechos de los individuos. De ese modo señala que:

“Hay por el contrario, una parte de la existencia humana que, necesariamente, permanece individual e independiente y que se encuentra, por derecho, fuera de toda competencia social”⁷

De esta manera, Constant intenta plantear la dimensión típicamente liberal de un “coto vedado”⁸ en el que no puede entrar la sociedad, ni incluso

⁵ Montesquieu contrapone la libertad de la polis con la libertad fuera de la polis, es decir la libertad política con la libertad natural. Para él, la libertad natural es poder hacer aquello que la naturaleza no impida hacer, no hay más límite para el ejercicio de la libertad natural que las obligaciones y los impedimentos que ponga la naturaleza. A partir del concepto de libertad natural propone el de libertad política, que implica hacer todo aquello que la ley permite, por tanto, la libertad política es un concepto con un ámbito diferente, es aquello que se puede realizar en la organización social: *“ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana”*. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos. Madrid. 2000. Pág. 10.

⁶ Rousseau, al plantear que la ley expresa el interés general considera que uno obedece a una ley que está ordenando lo que debe querer, lo que debe querer es el interés general, por tanto uno es libre cuando obedece a la ley porque está obedeciéndose a sí mismo: *“Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le tienta y que puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. (...) Según lo precedente, podría añadirse a la adquisición del estado civil la libertad moral, la única que hace al hombre auténticamente dueño de sí; porque el impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad.”* ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Del Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Trad. Mauro Armiño. Alianza Editorial S.A. Primera Edición. 1992. Págs. 27 – 28.

⁷ CONSTANT, Benjamín. “Principios de política” en *Escritos Políticos*. Trad. M^a Luisa Sánchez Mejía. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Pág. 10.

⁸ La expresión “coto vedado” corresponde al Profesor Ernesto Garzón Valdez, y ha sido desarrollada en el artículo “Representación y democracia” publicada en GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*. Introducción de Miguel Muguerza, Centro de Estudios

aquella legitimada de acuerdo con la voluntad general. Sin lugar a dudas, ello implica la consideración de una nueva concepción de la libertad, la de los modernos que se contrapone a aquella de fases anteriores de la evolución de la humanidad, a la que denomina de los antiguos, entendida como de participación en la configuración de la ley.⁹ En suma, al considerar ineludible la representación y asimilar la voluntad general al consenso mayoritario, este autor no puede sino abandonar la propuesta rousseauiana.¹⁰

Sin embargo, cabe precisar que, pese a esta postura limitadora de la ley, dentro de los derechos que forman ese núcleo inatacable consistente en la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, el gozo de la propiedad y la garantía contra toda arbitrariedad; hay uno de ellos que en su calidad de convención social es de competencia y está bajo la jurisdicción de la sociedad. Para tal caso, los límites de las prerrogativas del soberano provienen ahí del hecho de que la propiedad está ligada a otras parcelas de la existencia humana y que el legislador no puede intervenir en la regulación de la propiedad sino en la medida en la que ésta no conlleve atentar a los otros derechos fundamentales (que serían naturales para este autor). Habría entonces en el derecho de propiedad aspectos que tocan al derecho natural y otros que están sometidos al soberano que permanece como juez del interés común. A través de esta concesión a la doctrina rousseauiana, Benjamín Constant dejaba abierta la posibilidad de una inflexión democrática del liberalismo político que, no obstante, la mayoría de sus sucesores, no considerarían.¹¹

Ahora bien, merece ser destacado que es precisamente en el siglo XIX que gran parte del aparato conceptual del siglo XX comienza a ser construido. De allí provendrán muchos términos, nociones y definiciones que han influido en el debate y pensamiento que se ha prolongado hasta la actualidad, muy vinculados al ámbito filosófico jurídico-político y constitucional como aquellos de Estado de Derecho, derechos de participación política, derechos sociales, positivismo, liberalismo y socialismo; y muchos más que irrumpen en la reflexión decimonónica como producto de la lógica más pragmática y vinculada a las situaciones concretas de ese momento y que conllevan a descentrar la atención sobre los argumentos abstractos propios del siglo XVIII.

De allí provendrá la importancia del concepto de Estado de Derecho y su íntima relación con la definición de la ley hasta la actualidad. Así, al ser institucionalizado jurídicamente por la burguesía como Estado liberal de Derecho, este modelo adopta lo prescrito en los artículos 3 y 6 de la Declaración de 1789, que proclama la absoluta primacía de la ley, expresión de

Constitucionales, 1993, Págs. 631 - 650. Así como en su trabajo "Algo más acerca del 'coto vedado'" aparecido en *Doxa* Nº 6 Alicante. 1989. Págs. 209 -213.

⁹ (...) *Aquella consistía en ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias (...)*. CONSTANT, Benjamín. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en *Escritos Políticos...* Págs. 257 - 285.

¹⁰ RAYNAUD, Philippe. "Le libéralisme français a l'épreuve du pouvoir". VV.AA. en *Nouvelle histoire des idées politiques*. Obra colectiva dirigida por Pascal Ory. Hachette. París. 1987. Pág. 207.

¹¹ Ídem. Pág. 209.

la voluntad general en cuanto que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Tal como lo señala el Profesor Elías Díaz:

“Se trata, por tanto, del imperio de la ley (positiva) como base de toda construcción: ley entendida en un sentido muy concreto como disposiciones emanadas de la Asamblea Nacional, primando así sobre los demás actos estatales (administrativos, judiciales y legislativos de inferior rango) que a ella deben subordinarse.”¹²

De esta forma, la evolución de este concepto ha conllevado al surgimiento de otras versiones que lo complementan dentro de los cuales se encuentran el Estado social de Derecho, el Estado democrático de Derecho, e incluso alguna variante del denominado Estado constitucional¹³. De modo que en cada una de estas versiones se ha considerado la importancia del imperio de la ley en su definición, más allá de la relevancia que se le otorgue en relación con el resto de elementos que lo caracterizan.

Por ello, según el Profesor Elías Díaz, las exigencias más básicas e indispensables de todo auténtico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en: a) Imperio de la Ley: ley como expresión de la voluntad general, b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial, y d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material. Ciertamente, no todo imperio de la ley es de por sí Estado de Derecho, puesto que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida.

“(…) donde la ley se dicta sin suficiente participación popular, y donde se olvidan las otras exigencias del Estado de Derecho. En este contexto autoritario “imperio de la ley” no significa ni más ni menos que “imperio de la voluntad absoluta del ejecutivo incontrolado”, nunca “imperio del legislativo de representación popular”.¹⁴

Frente a esta postura exigente, contradicha posteriormente por el Profesor Eusebio Fernández, básicamente en cuanto al contenido del último requisito, queda precisado por el catedrático de la Carlos III algo que es coincidente en ambos autores respecto de la importancia del imperio de la ley, el control jurídico del poder estatal y la seguridad frente a la arbitrariedad¹⁵ como rasgos definitorios del Estado de Derecho en la actualidad.

¹² DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus. 9ª edición. Madrid. 1998. Pág. 40

¹³ Pese a la posición de Gustavo Zagrebelsky para quien el Estado Constitucional no puede entenderse como una versión más de este modelo. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley. Derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Epílogo de Gregorio Peces Barba. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 33 – 34.

¹⁴ DÍAZ, Elías. *Op. Cit.* Pág. 45.

¹⁵ Aunque la posición del Profesor Fernández García respecto del imperio de la ley resulta más contundente cuando señala: *“Por eso, precisamente, el Estado de Derecho es, en primer lugar, imperio de la ley, subordinación de todos, incluido el propio Estado y sus representantes, a la legalidad, pero no a una legalidad con cualquier contenido, sino una*

En definitiva, el valor que cabe conceder a la ley y a la legalidad vuelve a reconducirse a la necesidad de reducir al máximo posible la discrecionalidad del poder político y de conocer de manera previa y clara las reglas de juego que permitan a cada individuo procurarse sus fines y planes de vida autónomamente. Todo ello en concordancia con el objetivo de todo Estado de Derecho según el Profesor Elías Díaz:

*“Puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas que estamos analizando se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho”.*¹⁶

Es decir, que para lograr esa garantía y seguridad jurídica de los derechos resulta de especial importancia estimar la seguridad jurídica en sí, entendida ésta como un valor procedimental que pretende crear condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral, a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás¹⁷. De ahí que por ejemplo Gustav Radbruch la valore más allá de su crítica tras la Segunda Guerra Mundial, al positivismo jurídico:

*“Claro es que, aun sin consideración de su contenido, toda ley positiva lleva ya consigo un cierto valor: porque siempre será mejor que la total ausencia de leyes, al dar lugar al menos a la seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único, ni siquiera el valor decisivo que tiene que realizar el Derecho.”*¹⁸

Considerando estos presupuestos, cabe revisar la inserción de la ley dentro del ordenamiento jurídico contemporáneo, entendido éste en sus dimensiones epistemológica, ontológica y axiológica; es decir en primer lugar como la que hace posible el conocimiento del Derecho como un todo unitario, coherente, y que lo convierte en algo perfectamente comprensible y explicable en todos sus extremos; en segundo lugar como conjunto unitario y sistemático de normas jurídicas¹⁹; y en tercer lugar como una consideración de los principios que derivan de valores positivizados para identificar a las normas en virtud de sus contenidos materiales.²⁰

legalidad selectiva”. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”. En Revista Sistema 138. 1997. Págs. 101 – 114.

¹⁶ DÍAZ, Elías. *Op. Cit.* Pág. 45.

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1999. Pág. 246.

¹⁸ RADBRUCH, Gustav. “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”. En *Derecho injusto y derecho nulo*. Trad. José M^a Rodríguez Paniagua. Aguilar. Madrid. 1971. Pág. 12.

¹⁹ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. *Curso de Teoría del Derecho*. Ariel Derecho. 2^a Edición. Barcelona. 1999. Págs. 86 -88.

²⁰ En este caso, se adopta un criterio que busca complementar la tesis purista del Derecho, reconociendo la existencia de una serie de valores asumidos históricamente, y que son pasibles de ser integrados en el ámbito jurídico mediante su positivación, sirviendo de guía

Enseguida, a partir de estas dimensiones del ordenamiento conviene esclarecer los sentidos atribuidos a las expresiones Derecho y ley en el marco de la dogmática jurídica actual, verificándose las consecuencias a que dan lugar. Así, en un primer sentido, la ley es un acto normativo adoptado por un órgano legitimado siguiendo un procedimiento determinado y dotado de ciertos efectos. En un segundo sentido, es empleado como sinónimo de Derecho, no necesariamente referido a un acto normativo específico revestido de la forma legislativa, sino a cualquier regla jurídica ubicada en el esquema de las fuentes del Derecho que es aplicable a un caso concreto. Ahora bien, en cuanto fuentes, resulta importante considerar de manera rigurosa el sistema que éstas conforman en el marco jurídico de un país determinado, lo que implica a su vez, saber el modo a través del cual el Derecho se produce, interpreta y aplica en un orden dado, para aproximarse mejor a la relatividad de cada sistema jurídico que evoluciona permanentemente según sus propias circunstancias.²¹

En consecuencia, en la medida en que vamos situando a la ley en el propio marco jurídico de la actualidad continental, se puede decir que se ha considerado en su evolución doctrinal tres acepciones que permanecen vigentes. Por una parte, un concepto formal que se coloca ante el problema doctrinal de contribuir a la libertad de los individuos para lo cual es entendida como cualquier acto o documento que, independientemente de su contenido, proviene del órgano legislativo y por ese hecho goza de un lugar preponderante en el ordenamiento. Por otra, un concepto material²² que pretende afirmar el valor de la seguridad jurídica por el cual sólo son leyes las normas que regulan determinadas materias. Finalmente un concepto general que lo que pretende es que se verifique el principio de igualdad, al considerar que el número de sujetos a los que vaya dirigida siempre debe ser indeterminado y que las hipótesis normativas, una vez verificadas en la práctica conduzcan a la aplicación permanente y continuada de las consecuencias previstas por la norma.²³

De ese modo, si como se ha sostenido previamente, conviene tener en cuenta la ubicación de la ley dentro del sistema de fuentes del Derecho; esta consideración requiere incidir especialmente en las denominadas fuentes formales ya que se tendrá en cuenta el problema de la producción normativa y en especial el de las autoridades normativas: órganos legislativos, en particular

y límite al resto del ordenamiento. LLAMAS, Ángel. *El Ordenamiento Jurídico* en Curso de Teoría del Derecho a cargo de Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. Marcial Pons. Madrid. 2000. Pág. 190.

²¹ Aunque, en la actualidad, la globalización probablemente ha generado el inicio de un proceso de transformación a largo plazo, capaz de modificar el mapa creado en Europa desde el Tratado de Westfalia. PIZZORUSSO, Alessandro, asistido por Paolo Passaglia. “La loi nationale face à la construction européenne.” XV Cours International de Justice Constitutionnelle. *La loi. En Groupe d’Études et de Recherche sur la Justice Constitutionnelle (GERC). Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. Economica-Presses Universitaires d’Aix-en-Provence. 2003. Pág. 426.

²² La referencia al término “material” en este contexto está referida más que al carácter sustantivo referido a valores o a la referencia al contenido de las formas, al tratamiento de materias o temas como objeto de tratamiento de las normas.

²³ SUÁREZ, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y Estado Constitucional*. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2003. Págs. 179 – 199.

el Parlamento que al provenir de un origen democrático que traduce en la práctica la idea de la voluntad popular dota de un doble contenido a la norma expedida: su legalidad (órgano y procedimiento previstos) y a la vez su legitimidad de procedencia.

Así, al asumirse la ley como una regla deóntica, enunciada de manera general y abstracta en el marco del derecho contemporáneo, entendido como ordenamiento jurídico de carácter sistémico, el tratamiento de ella implica valorar los aspectos derivados de su estructura y composición, así como del papel y la posición que desempeñan en relación con el resto de normas.

En síntesis, como señala Miguel Ángel Suárez, la ley se constituye en el tipo de fuente-acto por excelencia de los tiempos modernos, al reunir las características de ser un acto jurídico que presupone necesariamente la existencia de una regla que confiere ciertos poderes y facultades. Por ello:

“(...) “La ley” debe ser concebida como la fuente-acto del Derecho, con carácter preeminente en el orden jerárquico del sistema jurídico, que la convierte a su vez en fuente delegada y única fuente de calificación jurídica, emitida por una autoridad normativa con plena capacidad y competencia, a través del acto normativo o proceso legislativo con intención de prescribir una conducta determinada, que se concreta en un texto o documento normativo que concluye la actividad reglada y que vincula a la autoridad emisora con sus destinatarios.”²⁴

No obstante, la dogmática jurídica también considera que los caracteres tradicionales de las leyes han sido afectados ya que al no venir establecidos en ordenamiento jurídico alguno, son resultado de una creación doctrinal que no es unívoca; a lo que se agrega la consagración de leyes singulares y leyes-medida que trasgreden la concepción de la ley como norma general y abstracta. Así mismo tampoco cabría hablar de una unidad formal ni de rango, ya que dentro del ordenamiento se han generado distintos procedimientos para crear leyes con diferentes órganos competentes para ello, de modo que no es posible predicar que todas posean un valor idéntico.

Al final, si en los sistemas jurídicos de la cultura continental o de tradición romano-germánica, se asume la supremacía de la ley sobre el resto de posibles fuentes del Derecho; también, debe precisarse que la fuerza de la ley tiene importantes límites, como los que plantean las normas constitucionales, las sentencias de los tribunales constitucionales y otras normas con idéntico rango.²⁵ Este fenómeno merece una profundización en su estudio para llegar a determinar si es posible hablar de la tan alegada crisis o decadencia en la que se habría sumido esta norma en nuestros días.

²⁴ Ídem. 261.

²⁵ DE ASÍS ROIG, Rafael. *La creación del Derecho* en Curso de Teoría del Derecho a cargo de Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. Marcial Pons. Madrid. 2000. Pág. 208.

II. Los efectos del Estado constitucional y la crisis de la ley

Dos son los fenómenos –según el Profesor García de Enterría- que han afectado gravemente a la situación privilegiada de la ley. El primero es la relevancia que ha ido adquiriendo sobre su valor normativo, hasta ahora supremo, una norma suprallegal, en la que los revolucionarios franceses no habían reparado, aunque sí los americanos: la Constitución.²⁶ El segundo, como consecuencia de su desvalorización, es la desmedida inflación en su producción.²⁷

Ahora bien, a efectos de este trabajo interesa centrar el tema en el primer fenómeno que está referido a la impregnación del ordenamiento jurídico por normas previstas en las constituciones, lo que implica además considerar la forma como éstas son desarrolladas e interpretadas progresivamente por la jurisprudencia constitucional²⁸. En ese sentido, resulta necesario abordar la cuestión referida a la configuración del modelo denominado Estado constitucional, para describir los efectos de su consagración sobre la ley; y en tanto la Constitución se presenta como una norma que da acogida a una serie de principios, resultará de interés evidenciar los conflictos que se dan lugar cuando hay contradicciones con disposiciones generales de mayor especificidad como son la reglas contenidas en la legislación.

De este modo, resulta ineludible explorar alguna definición del término Constitución dentro del ordenamiento contemporáneo para establecer su relación con las características del Estado constitucional. Al respecto, el Profesor Ricardo Guastini ha planteado cuatro posibles acepciones: a) una primera referida a todo ordenamiento jurídico de tipo liberal, b) la segunda que implica un cierto conjunto de normas jurídicas en algún sentido fundamentales que caracterizan e identifican todo ordenamiento, c) una tercera que refiere a un documento normativo que tiene ese nombre y finalmente d) una cuarta definición que trata de un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, es decir que enmarca un particular régimen jurídico.²⁹

A partir de ello, la primera acepción que es utilizada por la filosofía política y que concibe a la Constitución como un límite al poder político teniendo como antecedente el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789, si bien conllevaría –según Guastini- una importante carga emotiva derivada de los valores propios de la ideología liberal asociada a la división de

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica...* Pág. 40 -41.

²⁷ Habría que añadir el nuevo escenario que se le presenta a la ley en el ámbito continental de cara a la construcción europea con los temas referidos a la pluralidad de órdenes jurídicos más allá de los establecidos en el marco de los estados soberanos. PIZZORUSSO, Alessandro y PASSAGLIA, Paolo. “La loi européenne face à la notion traditionnelle de loi” en *Op. cit.* Págs. 433 - 446.

²⁸ Al respecto, FAVOREU, Louis. *La constitucionalización del Derecho Penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal.* En Revista Chilena de de Derecho. Vol. 26 N° 2 Trad. Alejandro Vergara. Universidad Católica de Chile. Santiago. 1999. Págs. 279 – 322. y GUASTINI, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en *Estudios de Teoría Constitucional.* Trad. Miguel Carbonell. 1ª Edición. Fontamara. México. 2001. Págs. 153 – 183.

²⁹ GUASTINI, Ricardo. *Op. Cit.* Pág. 29 -30.

poderes y a la garantía de los derechos lo cual para este autor significa que dicho concepto habría caído en cierto desuso; puede verificarse, no obstante que aún vendría presupuesto en algunas expresiones de uso común en la teoría constitucional como “constitucionalismo”, “gobierno constitucional” y en el “Estado constitucional”. Por eso, es posible considerar en la actualidad, como señala Miguel Carbonell que:

“(...) un texto constitucional debe prever una efectiva división de poderes, así como el aseguramiento –“la garantía” se suele decir- de los derechos fundamentales. Si no contiene esos dos requisitos un Estado no puede ser considerado “Estado constitucional”.”³⁰

Sin embargo, existe otra noción de Estado constitucional que genera mayor controversia y a su vez, mayores consecuencias respecto de la concepción de la ley que hemos venido desarrollando, y es a la que hace referencia el Profesor Gustavo Zagrebelsky en su obra “El derecho dúctil”. En la obra de este autor italiano este modelo no debe ser entendido como una versión más del Estado de Derecho, el cual por su carácter abierto ha podido ser llenado de contenidos diversos manteniendo su vitalidad, en función de las exigencias históricas.

Para Zagrebelsky, con un concepto de Estado de Derecho carente de contenidos por su carácter formal, se producía un vaciamiento que omitía tratar lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era fundamental: las funciones y los fines del Estado y su relación con la naturaleza de la ley. Por ello este modelo de Estado permitía su aplicación a cualquier situación en que se excluyese la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley cualquiera que ésta fuese. Así todos los Estados en tanto dotados de un orden jurídico resultaban siendo “de derecho”. Inclusive se podía llegar a invertir el uso de dicha noción, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Por ello, el Estado liberal de Derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. Así, al parafrasear a Otto Mayer:

“(...) la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en a: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre estos y la Administración del Estado.”³¹

Por lo tanto, dentro de la lógica de que el Estado constitucional es distinto del Estado legislativo, es indispensable, según el profesor italiano, que

³⁰ CARBONELL, Miguel, “Presentación. Guastini y los temas constitucionales” en GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. 1ª Edición. Fontamara. México. 2001. Pág. 17.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.* Pág. 23.

deje de presentarse al primero como una versión en continuidad con el Estado de Derecho de desarrollo decimonónico, puesto que se trataría en realidad de una profunda transformación que afectaría de manera necesaria a la misma concepción del Derecho.³²

En efecto, para este autor, la referida transformación se habría concretado con la afectación de la posición de la ley en vista de que por primera vez desde su consolidación en la modernidad, se vería sometida a una relación de adecuación y en consecuencia de subordinación, a un estrato más alto de Derecho establecido por la Constitución; de modo que dentro de los grandes rasgos de dicho Estado constitucional, cabe destacar la separación entre los distintos aspectos o componentes del Derecho que en el modelo de Estado del siglo XIX estaban unificados o “reducidos a la ley”, en el entendido de que la soberanía de ésta debía suponer la reconducción y, por tanto, la reducción a la misma de cualquier otro aspecto del Derecho.

Todo lo cual, a su vez, encuentra una explicación ante la evidencia actual de un pluralismo de fuerzas políticas y sociales en competencia que conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes; y atendiendo a que éstas albergan el conflicto, dejan de lado su carácter de acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables; adquiriendo el aspecto de acto personalizados, instrumento y causa de inestabilidad.

En consecuencia, para el profesor italiano se ha generado una necesidad de recurrir a la Constitución como Derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria y capaz de asumir a la unidad del ordenamiento como un dato que ha devenido en un difícil problema cuya respuesta implica aprovechar la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de valores constitucionales superiores y principios sobre los que se da un amplio consenso.³³

Por todo ello, conviene, a fin de establecer el papel que los principios juegan en la configuración de la ley y del Derecho actual, considerar la forma como Zagrebelsky propone su tratamiento en relación con las reglas, así como el importante punto de vista que al respecto tiene el Profesor Ronald Dworkin. Y ello en razón de que si bien para el autor italiano el Derecho actual está compuesto por reglas y principios, las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios. De lo que concluye que:

“Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.”³⁴

De esta manera, a rasgos generales, la distinción entre ambos es que: a) los principios desempeñan un papel “constitutivo” del orden jurídico, mientras las reglas, aun las contenidas en la Constitución, se agotan en sí mismas sin

³² Ídem. Pág. 34.

³³ Ídem. Pág. 40.

³⁴ Esta aparente simplificación, se atenúa cuando supone que las Constituciones a su vez contienen no sólo principios sino también reglas. Ídem. Pág. 110.

tener un carácter constitutivo fuera de lo que en sí significan, b) de acuerdo con el tratamiento de la ciencia del derecho sólo a las reglas se aplican los métodos de la interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, mientras que los principios cuentan con un significado lingüístico autoevidente que requieren más que una interpretación, ser entendidas conforme a su ethos, c) a las reglas cabe obedecerlas siendo importante por ello su precisión, mientras que a los principios se les “presta adhesión”, siendo importante conocer el mundo de los valores y las grandes opciones de cultura jurídica de la que forman parte, d) las reglas dicen como se debe, no se debe o se puede actuar en determinadas situaciones previstas por ellas, en tanto que los principios proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas generando actitudes favorables o contrarias, de apoyo o repulsa de modo que sólo ante los casos concretos se puede entender su alcance; y finalmente e) las reglas son aplicables a la manera de “todo o nada”, los principios son relativizables.

Entonces, los principios no agotarían su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que además poseerían una autónoma razón de ser frente a la realidad, en tanto ésta última al ponerse en relación con alguno de aquellos deja de ser un mero objeto pasivo de aplicación de reglas, vivificándose; es decir, viéndose revestida de cualidades jurídicas propias. Así, el valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él.³⁵

A lo que agrega que el Derecho, como disciplina práctica, está anclado en la realidad al ser esos criterios de valor, parte de la misma; sin que por ello pretenda que exista una preeminencia de lo fáctico sobre lo normativo. A esto añade la convicción de que resulta imposible establecer un formalismo de los principios en vista de que no se los puede estructurar en una “jerarquía de valores” que da lugar más que a una ciencia sobre su articulación, a una prudencia en su ponderación en el caso concreto.

De forma que al ser posible que los principios y valores se relativicen, cabe su conciliación recíproca frente a las circunstancias que rodean los hechos, dando cabida a la denominada ductilidad constitucional en la que:

“(…) -más allá de los escasos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías- el modo en que los valores y principios convivan ya no es problema de la ciencia constitucional sino de la política constitucional.”³⁶

En conclusión, esta política constitucional respecto de temas que tienen un contenido principista como son los derechos fundamentales, puede adquirir diversos significados,³⁷ sin dejar de considerar que si los principios demandan

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho por principios* en Op. Cit. Pág. 109 - 130.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.* Pág. 17.

³⁷ Como señala Miguel Carbonell: “(…) por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras que otro puede considerar más adecuado delegar dichas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se

a la dogmática constitucional contemporánea que se mantenga abierta a los requerimientos de dicha política, no se llegue a afectar el denominado “coto vedado”.³⁸

Por otro lado, junto a esta visión que da cabida al papel de la historia constitucional y su contenido principista, cabe efectuar un repaso de los postulados del Profesor Ronald Dworkin quien desde una perspectiva filosófico jurídica intenta construir una teoría del Derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico considerando que el Derecho no debe separar la ciencia descriptiva de la política jurídica, en la que sin derechos individuales no existe Derecho.

Para Dworkin existe una distinción lógica entre normas, directrices y principios, de modo que en su cuestionamiento al positivismo, atribuye a éste dedicarse exclusivamente a las primeras dejando fuera de su tratamiento a los restantes. En ese sentido, mientras que las normas se aplican en todo o no se aplican, es decir operan como reglas; los principios, al hacer referencia a la justicia y la equidad, dan razones para decidir en un sentido determinado pero su enunciado no determina las condiciones que hace necesaria su aplicación.³⁹

De ese modo Dworkin precisa que en su obra utiliza el término “principio” en sentido genérico refiriéndose a todo el conjunto de los estándares que no son normas. A su vez, de manera específica implica:

*“... (el) patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de la justicia y equidad (fairness) o de alguna otra dimensión de la moralidad”.*⁴⁰

Por ello, mientras las normas son aplicables de manera disyuntiva, puede haber principios que se contradigan, dependiendo del caso en concreto,

podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la constitución hay espacios que la política constitucional puede ocupar de distinta forma.” CARBONELL, Miguel. “Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional.” En ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 15.

³⁸ Para Zagrebelsky: *“las normas constitucionales de principio no son más que la formulación sintética, privada casi de significado desde el punto de vista del mero análisis del lenguaje, de las matrices histórico-ideales del ordenamiento. Por un lado declaran las raíces y, por otro, indican una dirección. Ofrecen un punto de referencia en el pasado y, al mismo tiempo, orientan el futuro. Los principios, dicen por un lado, de qué pasado se proviene, en qué líneas de continuidad el derecho constitucional actual quiere estar inmerso; por otro, dicen hacia qué futuro está abierta la constitución. Los principios son, al mismo tiempo, factores de conservación y de innovación, de una innovación que consiste en la realización siempre más completa y adecuada a las circunstancias del presente del germen primigenio que constituye el principio.”* En ZAGREBELSKY Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 89.

³⁹ CALSAMIGLIA, Albert. *Ensayo sobre Dworkin*. Prólogo a la obra de DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 2ª Edición. Ariel. Barcelona. 1989. Pág. 9.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald M. *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Trad. Javier Esquivel y Juan Revollo. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1977. Pág. 19.

siendo necesario determinar cuál es el decisivo de acuerdo con su dimensión de peso o importancia relativa que deberá considerar quien esté a cargo de resolver el conflicto.⁴¹ Así, para Dworkin, en caso de conflicto entre normas una de ellas no puede ser válida, para lo cual bien podría recurrirse al propio sistema jurídico que prevé la regulación de tal situación mediante otras normas, o en todo caso se podría optar por la norma fundada en los principios más importantes. Todo esto, a su vez, admitiendo que una prescripción estándar no siempre deja claro si se trata de una norma o de un principio, o por otra parte, en ocasiones una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes y la diferencia, aparece principalmente como una cuestión de forma.

En consecuencia, al establecer el papel de los principios respecto de la obligación jurídica es posible que éstos sean tratados como normas por tanto sean obligatorios como Derecho y han de ser tomados en cuenta por los operadores, o, por otra parte se podría negar que puedan ser obligatorios de la misma manera como no lo son “en la práctica” algunas normas. Así el primer punto de vista trataría a los principios como vinculantes, mientras el segundo lo haría como resúmenes de lo que la mayoría de jueces hacen “por principio” cuando se ven obligados de ir más allá de las normas que obligan.

En definitiva cuando se analiza las tesis de este autor, es importante verificar que éstas son enunciadas en un contexto que les da una particular relevancia puesto que trata de establecer los aspectos de la relación entre la labor de los jueces y el Derecho a ser considerado por éstos. De modo que si de inicio en el siglo XIX, tanto en los países anglosajones y particularmente en la Europa continental, se había considerado que el Derecho se traducía por entero en la ley, sea ésta adoptada por el poder legislativo o como resultado de precedentes, el juez tenía como única tarea aplicarla, resultando de ello que la potestad de juzgar era prácticamente nula. Enseguida, se había establecido a inicios del siglo XX que el juez era el único verdadero creador de Derecho (a través de la denominada doctrina realista).

Como parte de ese proceso, la doctrina positivista moderna puede ser presentada, de una manera esquemática, como intermediaria entre esas dos posiciones, ya que admite, en su versión hartiana, que normalmente el juez debe aplicar reglas creadas por otros, y que en ausencia de reglas, o cuando las reglas no son claras, puede y debe resolver discrecionalmente. Sin embargo, las tesis de Dworkin aparecen a la inversa de esta perspectiva, ya que sostiene que el juez no tiene poder discrecional alguno puesto que siempre debe aplicar un derecho preexistente, pero ese Derecho no aparece siempre expresado, por lo que al lado de las reglas hay principios y derechos naturales,⁴² proponiendo la necesaria conexión entre el Derecho Constitucional y la teoría ética.

⁴¹ DWORNIK, Ronald. *Op. Cit.* Pág. 77.

⁴² TROPER, Michel. “Dossier Ronald Dworkin” en *Droit et société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1985. Págs. 30 -31.

En consecuencia, la constitucionalización del Derecho y la cabida a principios, muchos de ellos consagrados en los textos constitucionales, habría generado una situación de “crisis de la ley” que requiere ser comprendida a partir de diversas causas y ámbitos de afectación diferentes, algunas adelantadas al inicio de este punto por el Profesor García de Enterría. No obstante, como lo señala el Profesor Liborio Hierro, es necesario precisar que bajo este rótulo se quiere señalar en líneas generales, el cuestionamiento desde diversos frentes teóricos y prácticos de la idea de la ley como expresión de la voluntad general y sólo por ello, expresión normativa suprema.⁴³

Para el profesor de la Autónoma, estos cuestionamientos referidos a la “crisis de la ley” pueden resumirse en cuatro: a) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes, b) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados, c) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones y d) la expansión de la fuerza normativa de los principios. En ese sentido considerando los objetivos de este trabajo, se profundizará en las dos últimas situaciones, dejando señalados los primeros citados.

De ahí que, en primer lugar, el fenómeno de la diversificación se produce generalmente en los denominados Estados complejos, particularmente de carácter federal donde se producen conflictos entre las leyes del Estado y las de cada federación, que generan dudas y cuestionamientos acerca de los atributos de la soberanía estatal que se ve limitada en función de criterios de competencia; además han surgido en la práctica de la producción legislativa, leyes-medida o leyes-programa, que trastocan el carácter general y abstracto de dichas normas. En segundo lugar, en cuanto a la situación de las normas legales de carácter paralegal como las provenientes de organismos internacionales con incidencia en el ordenamiento interno de cada Estado, se ha verificado en el caso de la configuración de la Unión Europea, la existencia de un fenómeno de cesión de soberanía y un escaso origen democrático de las normas.

Enseguida, merece la pena detenerse en la situación a través de la cual la expansión de la fuerza normativa de la Constitución, contribuye a la crisis de la ley desde que se asume como norma jurídica con fuerza vinculante o contiene normas de esta naturaleza y deja de lado su carácter meramente programático. De ese modo se hace factible el denominado control de constitucionalidad de las leyes a través del cual la potestad legislativa parlamentaria se asume sujeta a una importante limitación.

Habría que agregar, como se indicó previamente que la ley además de dejar de ser un tipo de norma único y originario, deja también de ser la norma suprema y omnipotente, con lo que parece haber perdido no sólo alguna sino todas las notas que la caracterizaban en el contexto jurídico europeo. Por tanto, ya no es suprema porque recibe su validez de la constitución y está jerárquicamente subordinada a ella; ya no es incondicional y omnipotente porque está limitada por los principios y por los derechos subjetivos declarados

⁴³ HIERRO, Liborio. “El Imperio de la ley y la crisis de la ley.” En *Doxa* N° 19. Alicante. 1996. Pág. 288.

en la norma de máxima jerarquía. De este modo, el denominado imperio de la ley habría devenido en imperio de la constitución; en consecuencia, es posible decir que la noción de lo que fue la ley según los clásicos, es la de la constitución de estos tiempos.⁴⁴

Además, acerca de la expansión de la fuerza normativa de los principios, en la medida en que se ha adelantado su tratamiento ante su presencia en el marco constitucional y su relación con las reglas generalmente consignadas en la legislación, es necesario considerar el modo en que se llega a afectar a las concepciones del imperio de la ley cuyo carácter indiscutible en la definición del Estado de Derecho, incidirá en sus efectos, en la fortaleza de las propias normas legales.

En ese sentido, para el Profesor Liborio Hierro, la idea de imperio de la ley conlleva a la referencia de un valor o una exigencia ética y como tal admite dos interpretaciones: una débil y una fuerte. La interpretación débil limita las exigencias de la ley a criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas, reduciéndose a la existencia de un conjunto de normas que cancelen el ámbito de las decisiones arbitrarias a través de la competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad y un cierto procedimiento institucional de aplicación de las mismas. Una interpretación fuerte introduce a lo anterior el elemento democrático, que bajo el punto de vista ético, dota de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley y a su vez, en caso contrario contribuye a justificar moralmente su desobediencia.

En suma, la fuerza expansiva de los principios plantea problemas a ambas formas de interpretar el imperio de la ley. Frente a la interpretación débil se produce una afectación en la medida en que se genera una progresiva judicialización del Derecho, con la consiguiente aplicación de razones en desmedro de reglas. Asimismo, frente a la interpretación fuerte, la afectación es mayor al situarse al juez fuera de toda perentoriedad normativa; ello en razón de que la legitimación del juez y de cualquier funcionario, proviene de la que tengan las normas a aplicar; es decir al no provenir su legitimidad de la representación sino de su función, esta función que no se sobrepone al origen democrático del que debe emanar el sistema.⁴⁵

En conclusión, el escenario en el que se encontraría la ley bajo la supremacía constitucional y el marco principista que impregna el Derecho contemporáneo, ha generado una necesidad de entenderla y estudiarla, a partir de una perspectiva que permita integrar y controlar la relación entre reglas y principios, asegurando la vigencia y supremacía de la Constitución como norma y la importancia de una ley que desde su consagración suprema hace dos siglos, ha sufrido embates que han sido asimilados convenientemente y que confirman su situación imprescindible, siendo aún portadora de garantías en el marco de un Estado constitucional democrático, que la sigue recogiendo y valorando, como se tratará a continuación.

⁴⁴ Ídem. Pág. 300.

⁴⁵ HIERRO, Liborio. "Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley." En *Doxa* N° 26. Alicante. 2003. Págs. 473 - 474.

Conclusiones

1. ¿Es posible plantear la existencia de una “crisis de la ley” en el contexto jurídico actual?

Partiendo de lo que se ha venido señalando en este trabajo, es evidente que más allá de las alusiones a un “mito y decadencia de la ley”⁴⁶ o a un “desencanto del imperio de la ley”⁴⁷. Tanto la importancia de una, la ley, como del otro, el imperio de la ley; son destacables en la actualidad dentro de cualquier tipo de ordenamiento jurídico y en especial en el vigente en la Europa continental; es más aún relevante la necesidad de su funcionamiento como garantía de seguridad y estabilidad en las sociedades contemporáneas. De allí que es útil a fines de valorarlos, recurrir a su funcionalidad que antes de encerrarse en una lógica excluyente y enclaustrada en sus presupuestos exclusivamente teóricos, se abre a la posibilidad de su adaptación frente los novedosos contextos jurídicos que vienen dándose como resultado de la imparable transformación social, que demanda al Derecho estar atenta y dar respuestas adecuadas.

Es en ese sentido que, al concluir este recorrido por diversos aspectos que inciden en la definición clásica de la ley, uno puede coincidir con la impresión al respecto apuntada por Miguel Ángel Suárez en su tesis doctoral; es decir:

“No se trata de negar que la ley haya sufrido, sobre todo en épocas recientes, ciertas transformaciones tanto en su concepto como en su estructura, sino que precisamente porque la problemática de la ley ha experimentado en los últimos tiempos cambios tan profundos (...) no sólo no permiten considerarla un tema o debate agotados, sino que por el contrario demanda nuevas reflexiones”⁴⁸

De modo que, cabe ser cuidadosos cuando se plantea la expresión crisis de la ley, aún con la distinción que efectúa el profesor Liborio Hierro, para quien bajo este rótulo se encierra la crisis de cierto concepto más que la institución misma de la legislación. Y ello en la medida en que subsisten rasgos del concepto clásico que se pueden seguir proclamando hasta hoy en día, y que una transformación implicaría asumir una supuesta crisis más que como una decadencia, como una oportunidad de adaptación a los requerimientos de una realidad cambiante, que ha ido marcando a su definición original, no bien adoptada, como se ha ido demostrando en la primera parte de este trabajo, especialmente cuando entra en relación con valores como la libertad y va definiendo su ámbito de actuación y sus límites.

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Del mito a la decadencia de la ley. La Ley en el Estado constitucional*. En Ley, principios, derechos. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 5 - 45.

⁴⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *El imperio de la ley. Motivos para el desencanto*. En Jueces para la Democracia Nº 32. Madrid. 1997. Págs. 25 – 35.

⁴⁸ SUÁREZ, Miguel Ángel, *Op. Cit.* Págs. 262 – 263.

2. En ese entendido, los rasgos de dicha ley clásica, ya en el estado constitucional, se insertarán en el contenido de las normas de la propia Constitución, entendida como norma general y abstracta. De modo que en concordancia con el Profesor Hierro no hay en la idea de ley como expresión de la voluntad general, ninguna implicación necesaria de que ésta constituya un tipo único, o un grado jerárquico único. Por lo tanto:

“Lo que tienen en común diversos tipos de normas como la Constitución, las leyes orgánicas, las ordinarias, las autonómicas, las estatales o las federales, es su peculiar autor y su peculiar procedimiento de decisión.”⁴⁹

3. Es esta noción, la que contribuye a hacer posible la función constitucional de seguridad referida a la forma del Derecho, mediante reglas establecidas para que los operadores jurídicos conozcan sus competencias y los ciudadanos sepan a qué atenerse; y de esa manera resulte regulado el acceso al poder y su cambio, las garantías procesales y el sistema de recursos, la norma básica de identificación normativa que fija las condiciones de producción y modificación de las demás normas, los órganos competentes para su producción y el procedimiento adecuado. Así como la regulación del uso de la fuerza contribuyendo a alcanzar cierto valor de paz, imprescindible y procedimental para el cumplimiento de las funciones de legitimidad y justicia.

4. Finalmente, es a su vez la mejor forma de admitir que dicha legitimidad provenga de una base democrática, que surja de la posibilidad de participación de todos los componentes del cuerpo político, entendiendo de ese modo que la Constitución no es básicamente un conjunto de principios consagrados previamente, sino ante todo, el resultado de un consenso mayoritario que es capaz de actuar históricamente y asumir que hay valores que pueden guiar su actuación como colectivo, proviniendo de una moralidad crítica que llega a positivarse; y que finalmente reprime la arbitrariedad de los pocos frente a la voluntad general, hoy, representativa.

Bibliografía

Libros

- CARBONELL, Miguel. “Prólogo: Zagrebelsky y el uso de la historia por el derecho constitucional.” En ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 15.
- CONSTANT, Benjamín. *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos en Escritos Políticos*. Trad. M^a Luisa Sánchez Mejía. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989. Págs. 257 – 285.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Taurus. 9^a edición. Madrid. 1998. Pág. 193.
- DWORKIN, Ronald M. *¿Es el derecho un sistema de reglas?* Trad. Javier Esquivel y Juan Revollo. Colección Cuadernos de Crítica 5. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1977. Págs. 54.

⁴⁹ HIERRO, Liborio. *Op. Cit.* Pág. 472.

- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 2ª Edición. Ariel. Barcelona. 1989. Págs. 508.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Civitas. Primera Edición. 1999. Págs. 109.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La aplicación del Derecho en los sistemas políticos continentales*”, en VV.AA. *La Crisis del Derecho y sus alternativas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Pág. 234.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto, *Derecho, Ética y Política*. Introducción de Miguel, Muguerza, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, Págs. 631 -650
- GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. 1ª Edición. Fontamara. México. 2001. Págs. 253.
- LLAMAS, Ángel. *Los valores jurídicos como ordenamiento material*. Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid.1993. Págs. 278.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. *Curso de Teoría del Derecho*. Ariel Derecho. 2ª Edición. Barcelona. 1999. Págs. 235.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Tecnos. Madrid. 2000. Págs. 472.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid. 1999. Págs. 720.
- PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael. *Curso de Teoría del Derecho*. Segunda Edición. Marcial Pons. Madrid. 2000. Pág. 383.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos. Madrid. 1997. Pág. 252.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Dykinson. Madrid. 1998. Págs.128.
- RADBRUCH, Gustav. *Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes*. En *Derecho injusto y derecho nulo*. Trad. José Mª Rodríguez Paniagua. Aguilar. Madrid. 1971. Págs. 127.
- ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Del Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Trad. Mauro Armíño. Alianza Editorial S.A. Primera Edición. 1992. Págs. 341.
- VV.AA. *Nouvelle histoire des idées politiques*. Obra colectiva dirigida por Pascal Ory. Hachette. París. 1987. Págs. 832.
- ZAGREBELSKY Gustavo. *Historia y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Trotta. Madrid. 2005. Pág. 91.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Epílogo de Gregorio Peces Barba. Editorial Trotta. Madrid. 1995. Págs. 173.
- *La Constitución Española*. Prólogo de Gregorio Peces-Barba. Centro de Estudios Adams. Ediciones Valbuena S.A. Madrid. 2001. Págs. 119.

Artículos de revistas

- FAVOREU, Louis. *La constitucionalización del Derecho Penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho Constitucional Penal*. En *Revista*

Chilena de de Derecho. Vol. 26 N° 2 Trad. Alejandro Vergara. Universidad Católica de Chile. Santiago. 1999. Págs. 279 – 322.

- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho*. En Revista Sistema 138. 1997. Págs. 142.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *El imperio de la ley. Motivos para el desencanto*. En Jueces para la Democracia N° 32. Madrid. 1998. Págs. 25 – 35.
- HIERRO, Liborio. *El Imperio de la ley y la crisis de la ley*. En Doxa N° 19. Alicante. 1996. Pág. 288.
- HIERRO, Liborio. *Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley*. En Doxa N° 26. Alicante. 2003. Págs. 473 - 474.
- PIZZORUSSO, Alessandro, asistido por Paolo Passaglia. *La loi nationale face à la construction européenne*. XV Cours International de Justice Constitutionnelle. La loi. En Groupe d'Études et de Recherche sur la Justice Constitutionnelle (GERC). Annuaire International de Justice Constitutionnelle. Economica-Presses Universitaires d'Aix-en-Provence. 2003. Pág. 425 - 524.
- TROPER, Michel. *Dossier Ronald Dworkin en Droit et société: Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1985. Págs. 121.

Tesis

- SUÁREZ, Miguel Ángel, *Crisis de la ley y Estado Constitucional*. Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. 2003. Págs. 493.