

Domingo García B.  
PO-7134

Donativo  
Ptdes

El derecho dúctil.  
Ley, derechos, justicia

Gustavo Zagrebelsky

Traducción de Marina Gascón

E D I T O R I A L T R O T T A

**COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS**  
**Serie Derecho**

*A Cris, ex novo*

Primera edición: 1995  
Segunda edición: 1997  
Tercera edición: 1999

© Editorial Trotta, S.A., 1995, 1997, 1999  
Sagasta, 33. 28004 Madrid  
Teléfono: 91 593 90 40  
Fax: 91 593 91 11  
E-mail: [trotta@infonet.es](mailto:trotta@infonet.es)  
<http://www.trotta.es>

Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*

© Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992

© Marina Gascón, 1995

Diseño  
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-071-9  
Depósito Legal: VA-72/99

Impresión  
Simancas Ediciones, S.A.  
Pol. Ind. San Cristóbal  
C/ Estañó, parcela 152  
47012 Valladolid



## DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

## 1. El «Estado de derecho»

El siglo XIX es el siglo del «Estado de derecho» o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*<sup>1</sup>. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o «Estado bajo el régimen de derecho», se distingue del *Machtstaat*, o «Estado bajo el régimen de fuerza», es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el «Estado bajo el régimen de policía», es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Estas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno.

La expresión «Estado de derecho» es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma<sup>2</sup>. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.

Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad<sup>3</sup>. El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típica de nuestro siglo, es presentado



con frecuencia como una versión particular del Estado de derecho. Esta visión no resulta necesariamente forzada, si consideramos la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias.

No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es en absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales. Antes al contrario, en su origen, la fórmula fue acuñada para expresar el «Estado de razón» (*Staat der Vernunft*)<sup>4</sup>, o «Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general»<sup>5</sup>, idea perfectamente acorde con el Despotismo ilustrado. Luego, en otro contexto, pudo darse de él una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado. Cuando, según la célebre definición de un jurista de la tradición autoritaria del derecho público alemán<sup>6</sup>, se establecía como fundamento del Estado de derecho la exigencia de que el propio Estado «fije y determine exactamente los cauces y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho (*in der Weise des Rechts*)» y se precisaba que eso no suponía en absoluto que el Estado renunciase a su poder o que se redujese «a mero ordenamiento jurídico sin fines administrativos propios o a simple defensa de los derechos de los individuos», aún no se estaba necesariamente en contra del Estado de policía, aunque se trasladaba el acento desde la acción libre del Soberano a la predeterminación legislativa.

Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»<sup>7</sup>. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto «legal», enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la «restauración» —tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización— del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social<sup>8</sup>.

Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley. El calificativo

de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los «Estados», por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente «de derecho»<sup>9</sup>. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Al final, se podía incluso llegar a invertir el uso de la noción de Estado de derecho, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Se llegó a propiciar que esta vinculación se considerase, en adelante, como el trofeo de la victoria histórico-espiritual del totalitarismo sobre el individualismo burgués y sobre la deformación del concepto de derecho que éste habría comportado<sup>10</sup>.

Pero el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era «la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad»<sup>11</sup>. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.

En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer<sup>12</sup>, 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) 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 éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Con estas formulaciones, la tradicional concepción de la organización estatal, apoyada sólo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un cambio. El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Éste



es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.

## 2. El principio de legalidad. Excursus sobre el rule of law

Se habrá notado que los aspectos del Estado liberal de derecho indicados remiten todos a la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad.

El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior «razón de Estado», ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).

La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Pero ¿qué debemos entender en realidad por ley? Para obtener una respuesta podemos confrontar el principio de legalidad continental con el *rule of law* inglés.

En todas las manifestaciones del Estado de derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente «fuerza» de la ley (*force de la loi* - *Herrschaft des Gesetzes*) se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general.

En la Francia de la Revolución, la soberanía de la ley se apoyaba en la doctrina de la soberanía de la nación, que estaba «representada» por la Asamblea legislativa. En Alemania, en una situación constitucional que no había conocido la victoria niveladora de la idea francesa de nación, se trataba, en cambio, de la concepción del Estado soberano, personificado primero en el *Monarchisches Prinzip* y después en el *Kaiserprinzip*, sostenido y limitado por la representación de las clases. Las cosas no eran diferentes en el constitucionalismo de la Restauración —del que el Estatuto albertino era una manifestación—, basado sobre el dualismo, jurídicamente no resuelto, entre principio monárquico y principio representativo. La «soberanía indecisa»<sup>13</sup> que caracterizaba estas formas de Estado sólo podía sobrevivir mediante compromisos y la ley se erigía en la fuente del derecho por excelencia al ser la expresión del acuerdo necesario entre los dos

máximos «principios» de la Constitución, la cámara de los representantes y el rey.

En la soberanía legislativa estaba ínsita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad<sup>14</sup>. En este sentido, el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones del derecho natural racional «objetivo» que habían sido su trasfondo y justificación<sup>15</sup>. El hecho de que el rey fuese ahora sustituido o apoyado por asambleas parlamentarias cambiaba las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado<sup>16</sup>. El buen funcionamiento de la segunda coincidía con la fuerza incondicionada de la primera.

En este fundamental aspecto de la concepción de la ley, el principio de legalidad en Francia, Alemania y, en general, en Europa continental se distanciaba claramente del paralelo, pero muy distinto, principio inglés del *rule of law* (también éste un concepto —conviene advertir— no menos «abierto» que el de Estado de derecho<sup>17</sup>). Distinto porque se desarrolló a partir de otra historia constitucional, pero orientado a la defensa de similares ideales políticos<sup>18</sup>.

*Rule of law and not of men* no sólo evocaba en general el *topos* aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha histórico-concreta que el Parlamento inglés había sostenido y ganado contra el absolutismo regio. En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los «privilegios y libertades» tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que éste: el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio; en otro, como poder absoluto<sup>19</sup>. Por eso, sólo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el «common law», nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones<sup>20</sup>.

La historia inglesa, cien años antes que la continental, había hecho del Parlamento el órgano tutelar de los derechos contra el absolutismo regio, mientras que los Parlamentos continentales postrevolucionarios seguían más bien la vía de concentrar en sí mismos la suma potestad política bajo forma legislativa. La originaria concepción inglesa de la ley como «producto de justicia», más que voluntad política soberana, puede sorprender a quien tiene las ideas modeladas sobre la tradición constitucional de la Europa continental, pero a la luz de los avatares históricos del constitucionalismo inglés no tiene nada de incomprensible<sup>21</sup>.



La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizaba perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más «jurisdiccional» que «política», en el sentido continental<sup>22</sup>. Como es sabido, el Parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían —desde el punto de vista actual— carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del *common law* en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio. El Parlamento podía considerarse, al estilo medieval, un Tribunal de justicia<sup>23</sup>. El procedimiento parlamentario no se encontraba en las antipodas del modelo judicial: en ambos casos regía la exigencia del *due process*, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer las propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente.

→ Por lo dicho, al menos en el origen del Parlamento inglés de la época moderna no se producía un salto claro entre la producción del derecho mediante la actividad de los tribunales y la producción «legislativa». *Circumstances, conveniency, expediency, probability* se han señalado como criterios esenciales de esta «extracción» del derecho a partir de los casos<sup>24</sup>. Y en efecto, los progresos del derecho no dependían de una cada vez más refinada deducción a partir de grandes principios racionales e inmutables (la *scientia iuris*), sino de la inducción a partir de la experiencia empírica, ilustrada por los casos concretos (la *iuris prudentia*), mediante *challenge and answer, trial and error*.

En esto radica toda la diferencia entre el Estado de derecho continental y el *rule of law* británico. El *rule of law* —como se ha podido decir<sup>25</sup>— se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del *Rechtsstaat*, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *Rechtsstaat*, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivationes*. Para el *rule of law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al *rule of law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos.

Estas contraposiciones reflejan los modelos iniciales, pero han cambiado muchas cosas al hilo de una cierta convergencia entre los dos sistemas.

Desde el siglo pasado, el *rule of law* se ha transformado en la *sovereignty of Parliament*<sup>26</sup>, lo que indudablemente ha aumentado el peso del derecho legislativo, aunque sin llegar a suplantarlo al *common law*, como testimonia el hecho de que en Gran Bretaña no existan códigos, en el sentido continental. Pues bien, aunque hoy en día ya no sea posible formular contraposiciones tan claras como las que se acaban de señalar, éstas sirven para esclarecer los caracteres originarios del Estado de derecho continental y mostrar la existencia de alternativas basadas en concepciones no absolutistas de la ley. Más adelante veremos cómo estas referencias pueden hablar un lenguaje que el Estado constitucional, en ciertos aspectos, ha actualizado.

### 3. Libertad de los ciudadanos, vinculación de la Administración: el significado liberal del principio de legalidad

El principio de legalidad se expresaba de manera distinta según se tratase de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato.

La sumisión de la Administración a la ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, *predeterminada* por la ley o, simplemente, *delimitada* por ella<sup>27</sup>. En el primer caso, prevalente en el «monismo» parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples «autoridades» derivadas<sup>28</sup>, la ausencia de leyes —leyes que atribuyesen potestades a la Administración— significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania<sup>29</sup> y en las constituciones «dualistas» de la Restauración, la ausencia de leyes —leyes que delimitasen las potestades de la Administración— comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. La «ley previa», como garantía contra la arbitrariedad, era aquí tan sólo una recomendación válida «en la medida en que fuese posible»<sup>30</sup>, no un principio inderogable.

Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que —como «por medio de un cuentagotas»<sup>31</sup>— le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de *leyes de autorización* y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de *leyes limitadoras*.

En cualquier caso, sin embargo, se coincidía al menos en un punto, sin lo cual se habría contradicho irremediabilmente la esencia del Estado liberal de derecho. Aun cuando se sostuviese la existencia de potestades autónomas del ejecutivo para la protección de los intereses unitarios del Estado,



eso sólo podía valer en la medida en que no se produjeran contradicciones con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad. Según una regla básica del Estado de derecho, las regulaciones referentes a este delicado aspecto de las relaciones entre Estado y sociedad eran objeto de una «reserva de ley» que excluía la acción independiente de la Administración. La tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad<sup>32</sup>.

Ahora bien, es característico del Estado liberal de derecho el modo en que se establecía la línea de separación entre Estado y ciudadanos. Según tal modelo, la posición de la Administración frente a la ley se diferenciaba esencialmente de la de los particulares.

La ley, de cara a la protección de los derechos de los particulares, no establecía lo que la Administración no podía hacer, sino, por el contrario, lo que podía. De este modo, los poderes de la Administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas.

No habría podido decirse lo mismo de los particulares, para quienes regía justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspasara el límite de la ley. Aquí la ley no era una norma que debiera ser ejecutada, sino simplemente respetada como límite «externo» de la «autonomía contractual» o, como también se decía, del «señorío de la voluntad» individual. Era así diferente el sentido de la ley en cada caso: subordinación de la función administrativa, de cara a la protección del interés público preestablecido legislativamente; simple regulación y limitación de la autonomía individual, en defensa del interés individual.

Esta distinta posición frente a la ley, que diferenciaba a la Administración pública de los sujetos privados, era la consecuencia de asumir, junto al principio de legalidad, el principio de libertad como pilar del Estado de derecho decimonónico. La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen sólo como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley. Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido. La ausencia de leyes era un impedimento para la acción de los órganos del Estado que afectara a los derechos de los ciudadanos; suponía, en cambio, una implícita autorización para la acción de los particulares. Como acertadamente se ha dicho<sup>33</sup>, libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio.

Estas afirmaciones no son más que un modo de expresar los principios fundamentales de toda Constitución auténticamente liberal, de todo Estado liberal de derecho: la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como

regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción<sup>34</sup>. Tales principios constituyen la inversión de los principios del «Estado de policía», fundado no sobre la libertad, sino sobre el «paternalismo» del Estado, donde, en general, la acción de los particulares se admitía sólo mediante autorización de la Administración, previa valoración de su adecuación al interés público<sup>35</sup>. En el Estado de policía, una sociedad de menores; en el Estado liberal, una sociedad de adultos.

#### 4. La ley como norma general y abstracta

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley<sup>36</sup>.

«El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso «no regulado» del poder. La generalidad de la ley comporta una «normatividad media», esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo»<sup>37</sup>.

La generalidad es además la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes. Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces. El legislador concentraría en sí todos los poderes del Estado. Si el derecho constitucional de la época liberal hubiese permitido este desenlace, toda la lucha del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría tenido como resultado que la arbitrariedad del monarca fuese reemplazada por la arbitrariedad de una Asamblea, y dentro de ésta por la de quienes hubiesen constituido la mayoría política<sup>38</sup>.

La generalidad de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. En todas las Cartas constitucionales liberales del siglo XIX está recogido el importante principio de la igualdad ante la ley como defensa frente a los «privilegios» (etimológicamente: *leges privatae*) típicos de la sociedad preliberal del Antiguo régimen. Desde el punto de vista del Estado de derecho, sólo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general.

Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como «generalidad en el tiempo» y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante «supuestos de hecho abstractos»<sup>39</sup>. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente «concretas», como también es enemiga de las leyes «a térmi-



no», es decir, destinadas a agotarse en un tiempo breve, y, en fin, es enemiga de la modificación demasiado frecuente de unas leyes por otras.

##### 5. *La homogeneidad del derecho legislativo en el Estado liberal: el ordenamiento jurídico como dato*

En el plano de la organización jurídica del Estado, el principio de legalidad traducía en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley.

Con respecto a la jurisdicción, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales.

Por lo que se refiere al ejecutivo, poder en manos del Rey, la cuestión era más difícil no sólo política, sino también constitucionalmente, pues latía la exigencia de garantizar el llamado «privilegio de la Administración», de acuerdo con su naturaleza de actividad para la protección de los intereses públicos. Esta función eminente de la Administración, ligada aún a lo que quedaba de la soberanía regia, difícilmente podía conducir a la plena asimilación de su posición a la de cualquier otro sujeto del orden jurídico. Desde luego, la Administración estaba subordinada a la ley, pero, dadas las premisas constitucionales que derivaban de las raíces absolutistas de los ordenamientos continentales, difícilmente podía pensarse que aquélla, como regla general, se situara en una posición de paridad con otros sujetos no públicos y entrase en contacto con ellos mediante auténticas relaciones jurídicas.

Esta consideración explica las dificultades, los límites y, en todo caso, las peculiaridades que, pese a la afirmación generalizada del principio de legalidad, se presentaron durante todo el siglo XIX a propósito de la realización de dicho principio en relación con la Administración. Dificultades que alcanzaron su grado máximo cuando se trató de organizar de forma concreta la supremacía de la ley por medio de controles eficaces y externos a la propia Administración, como los judiciales<sup>40</sup>.

Sin embargo, y pese a las dificultades que encontraron para afirmarse plenamente, las dos vertientes del principio de legalidad, en relación con los jueces y en relación con la Administración, aseguraban la coherencia de las manifestaciones de voluntad del Estado, en la medida en que todas venían uniformadas por el necesario respeto a la ley. No se planteaba, en cambio, porque aún no existía, la exigencia de asegurar también la coherencia del conjunto de las leyes entre sí.

Este punto es de importancia capital.

Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar

una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario se ocasionaría una suerte de «guerra civil» en el derecho vigente, paso previo a la anarquía en la vida social.

En la época liberal la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción constituía un problema que debía ser resuelto, y se resolvía como se acaba de decir, recurriendo al principio de legalidad. Respecto a la legislación, en cambio, no surgía un problema análogo de unidad y coherencia. Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal.

La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces. Las Cartas constitucionales dualistas de la Restauración venían degradadas, por lo general mediante avatares poco claros desde el punto de vista jurídico pero bastante explícitos desde el punto de vista político-social, a «constituciones flexibles», esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente. Como se pudo afirmar, aquellas constituciones —es decir, los compromisos entre monarquía y burguesía, aunque previstos como «perpetuos e irrevocables» y sin un procedimiento de revisión— debían considerarse para la burguesía (¡y sólo para ésta!) un punto de partida y no de llegada<sup>41</sup>. Permanecía, pues, un elemento de intangibilidad, pero éste sólo operaba en una dirección, contra el «retorno» a las concepciones absolutistas, sin que hubiera podido impedir que la ley de la burguesía «avanzase».

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política «monista» o «monoclase», como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden.

Naturalmente, las consideraciones precedentes no son más que una drástica esquematización y simplificación de acontecimientos bastante diferentes que se desarrollaron con características y ritmos desiguales en los distintos países de la Europa continental. No obstante, en general puede constatare un movimiento unívoco de las fuerzas que animaban la legislación. Las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley. El proletariado y sus movimientos políticos eran mante-



nidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto. El catolicismo —única fuerza religiosa que habría podido plantear conflictos— cuando no venía integrado en el derecho común permanecía al margen del mismo, bien a consecuencia de una autoexclusión, como en Italia, bien debido a la política concordataria que le reconocía un espacio separado del resto del ordenamiento, de manera que así no comprometía la homogeneidad de la «legislación civil».

En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como *rasgo lógico* del ordenamiento<sup>42</sup>, sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal.

Estos principios del ordenamiento, es decir, su propia unidad, nacían, pues, de una unidad presupuesta que, al ser fundamental, tampoco tenía que ser expresada formalmente en textos jurídicos. Sobre la base de esta premisa, la ciencia del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, es decir, de falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el «sistema». La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la «plenitud» del derecho.

No podríamos comprender esta concepción en su significado pleno si pensáramos «en la ley» como «en las leyes» que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias, ocasionales. La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferentemente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud.

En verdad, el código es la obra que representa toda una época del derecho<sup>43</sup>. Parecidas características tenían también las otras grandes leyes que, en las materias administrativas, constituían la estructura de la organización de los Estados nacionales.

No es que los regímenes liberales no conocieran otro derecho aparte de éste. Sobre todo en relación con los grupos sociales marginados, las constituciones flexibles permitían intervenciones de excepción (estado de sitio, bandos militares, leyes excepcionales, etc.) para contener la protesta política y salvaguardar así la homogeneidad sustancial del régimen constitucional liberal. Pero tales intervenciones, consistentes en medidas *ad hoc*, irreconducibles a los principios, temporales y concretas —en contradicción, por tanto, con los caracteres esenciales de la ley, según los cánones jurídicos liberales— eran consideradas como algo ajeno al ordenamiento, como actos episódicos incapaces de contradecir la homogeneidad básica que lo inspiraba.

## 6. Positivismo jurídico y Estado de derecho legislativo

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el «positivismo jurídico» como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho —esto es, los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Una «ciencia del derecho» reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era, pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura<sup>44</sup>.

Pero esta vocación de la ciencia del derecho es la que ha sido mantenida por el positivismo acrítico en el curso del siglo XIX —aun cuando existe distancia entre esta representación de la realidad y la realidad misma<sup>45</sup>— y todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.

## 7. El Estado constitucional

Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.



La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del «Estado constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible<sup>46</sup> el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho<sup>47</sup>. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

#### 8. La ley, la Administración y los ciudadanos

En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio<sup>48</sup>. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la Administración.

La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente «garantizadora» —es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.)— y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. He aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad<sup>49</sup>.

Quienquiera que reflexione sobre su propia experiencia con las grandes organizaciones públicas dedicadas a la gestión de intereses públicos, como por ejemplo la sanidad o la enseñanza, seguro que podrá ofrecer muchos ejemplos de la fuerza ineluctable de la que podríamos llamar la concreta «legislatividad de la organización». Frente a ella, el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinado a retroceder.

Incluso la realización de tareas administrativas orientadas a la protección de derechos —piénsese de nuevo en el sector de la sanidad y la enseñanza— puede comportar a menudo restricciones que no están predeterminadas jurídicamente. Ello supone un vaciamiento de la función «liberal» de la ley, como regla que disciplina la colisión entre autoridad y libertad.

Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización<sup>50</sup>. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos.

En estos casos, en efecto, es propio de la Administración, y no de la ley, «individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica»<sup>51</sup>. Por tanto, corresponderá también a la Administración establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos. Esto es particularmente evidente (y necesario) en los ya numerosísimos casos en que se confieren a las administraciones funciones a mitad de camino entre la acción y la regulación: las funciones de planificación. Dichas funciones inciden normalmente en el ámbito de la actividad económica: precisamente un ámbito «privilegiado» de la tutela legislativa de los particulares, según la concepción de la legalidad característica del siglo XIX.

En segundo lugar, se produce también una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley en numerosos sectores del derecho que ya no se inspiran en la premisa liberal de la autonomía como regla y del límite legislativo como excepción.

No es sólo que la ley intervenga para orientar, esto es —como suele decirse— para enderezar la libertad individual a fines colectivos (como en el caso de la propiedad y la iniciativa económica), autorizando a la Administración a poner en marcha medidas «conformadoras» de la autonomía privada. Es que además, en determinados sectores particularmente relevantes por la connotación «social» del Estado contemporáneo, se niega el principio de la



libertad general salvo disposición legislativa en contrario. En su lugar se establecen prohibiciones generales como presupuesto de normas o medidas particulares que eventualmente las remuevan en situaciones específicas y a menudo tras el pago de sumas en concepto de títulos diversos. Piénsese en las actividades relacionadas con la utilización de bienes escasos de interés colectivo, y por ello particularmente «preciosos» (el suelo, los bienes ambientales en general). La tendencia es a considerarlas prohibidas en general, salvo autorización cuando sean compatibles con el interés público, situación que deberá ser valorada por la Administración en cada caso, y mediante pago por el particular de sumas equivalentes a la incidencia sobre la colectividad de la utilización privada del bien.

Presumiblemente, en una lógica no muy distinta está también destinada a inspirarse —en los casos en que el derecho consiga establecer su primacía— la regulación jurídica de la aplicación de la tecnología a otro bien «precioso» para la sociedad, la vida. Todo lo relacionado con las intervenciones artificiales sobre la vida humana (genética, reproducción, extracción y trasplante de órganos, interrupción voluntaria del embarazo, suicidio y eutanasia) está regulado, y aún lo estará más, mediante prohibiciones generales, salvo las excepciones establecidas positivamente. De este modo, frente a los peligros de una libertad sin responsabilidad, resurge la llamada a un «paternalismo» del Estado del que quizás no pueda prescindirse en asuntos como éstos.

Por ello, hoy ya no es posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico. El significado que debe atribuirse a la ausencia de leyes es una cuestión que habrá de resolverse dependiendo de los distintos sectores del ordenamiento jurídico, en algunos de los cuales se podrá mantener la existencia de normas generales implícitas de libertad, mientras que en otros deberá reconocerse si acaso la existencia, por así decirlo, de normas generales prohibitivas. La regla liberal clásica, según la cual las actividades privadas siempre son lícitas si no vienen expresamente prohibidas por la ley, invierte su sentido en algunos supuestos y, en cualquier caso, ya no puede ser afirmada con carácter general.

Hoy día ya no se mantienen los caracteres liberales de la ley, concebida como límite a la situación de libertad «natural» presupuesta en favor de los particulares. Separada de este contexto general de referencia, en el que actuaba estableciendo los límites entre dos ámbitos perfectamente distinguibles, el de la autoridad pública y el de la libertad privada, la ley ha perdido el sentido de la orientación, haciéndose temible por lo imprevisible de su dirección.

#### 9. La reducción de la generalidad y abstracción de las leyes

A la confusión en la relación autoridad pública-libertad privada se añade el deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica.

La época actual viene marcada por la «pulverización» del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, «de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción»<sup>52</sup>, hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención «regulativa» en sentido propio: en lugar de normas, medidas.

Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características «clásicas» de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el «mercado de las leyes».

Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado «Estado social» (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.

La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción.

A estas explicaciones debe añadirse aún la cada vez más marcada «contractualización» de los contenidos de la ley. El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza.

En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*.

#### 10. La heterogeneidad del derecho en el Estado constitucional: el ordenamiento jurídico como problema

A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.



La ley —en este punto de su historia— ya no es la expresión «pacífica» de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, «constitucionales», del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, en razón del número progresivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social. En estos campos, en los que las leyes actúan sobre todo como medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación.

La amplia «contractualización» de la ley, de la que ya se ha hablado, da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante sistemas de *do ut des*.

La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extienda a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que —para conseguir el acuerdo— todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.

Además de ser consecuencia del pluralismo político-social que se manifiesta en la ley del Parlamento, los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos «menores» que viven a la sombra del estatal y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano<sup>53</sup>. A este respecto, se ha hablado de «gobiernos particulares» o «gobiernos privados» que constituyen ordenamientos jurídicos sectoriales o territoriales.

De tales ordenamientos, algunos pueden considerarse enemigos del estatal y ser combatidos por ello, pero otros pueden ser aceptados para concurrir con las normas estatales en la formación de un ordenamiento de composición plural. De este modo, la estatalidad del derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los Estados actuales, bien de la autonomía de sujetos sociales colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales. Tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.

Según lo que se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento —como podía suceder en el siglo pasado—. La crisis de la idea de código<sup>54</sup> es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho.

#### 11. La función unificadora de la Constitución. El principio de constitucionalidad

No debe pensarse que la inagotable fragua que produce una sobreabundancia de leyes y otras normas sea una perversión transitoria de la concepción del derecho, pues responde a una situación estructural de las sociedades actuales. El siglo XX ha sido definido como el del «legislador motorizado» en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha «mecanizado» y «tecnificado»<sup>55</sup>. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la



antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

## 12. Rasgos de la unificación del derecho en el Estado constitucional

Con esto, sin embargo, el tema del derecho en el Estado constitucional apenas queda esbozado, pues la cuestión que se trata de abordar hace referencia a la naturaleza de esta unificación. Si pensásemos, mediante una trasposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero semejante sustitución no es posible<sup>6</sup> y nos conduciría a un malentendimiento de los caracteres del Estado constitucional actual.

En primer lugar, lo que se viene operando en éste no es en absoluto una unificación, sino una serie de divisiones, cuya composición en unidad no puede proponerse en los términos lineales con que en el pasado se realizaba la coherencia del ordenamiento bajo la ley.

A este respecto, podemos decir, a grandes rasgos, que lo que caracteriza al «Estado constitucional» actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o «reducidos» en la ley. Para expresar cumpli-

damente la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley y para hacerse posible en la práctica, la «soberanía» de la ley debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del derecho. En esta reconducción y reducción consistía propiamente —como se ha dicho— el positivismo jurídico, es decir, la teoría y la práctica jurídica del Estado de derecho decimonónico. Si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la «ley constitucional», no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables. La supervivencia «ideológica» del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado.

Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atención a las separaciones que constituyen la novedad fundamental de los ordenamientos jurídicos del siglo XX y que hacen del iuspositivismo decimonónico un puro y simple residuo histórico.

## NOTAS

1. Nótese el orden de construcción de las fórmulas compuestas *Staatsrecht* (*supra*, p. 11), y *Rechtsstaat*, en cada una de las cuales el significado fuerte corresponde al primero de los dos términos.
  2. Indicaciones en P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Mohr, Tübingen, 1986, cap. 1.
  3. K. Eichenberger, «Gesetzgebung im Rechtsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 8.
  4. K. T. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813), reed. Scientia, Aalen, 1964, pp. 25-26 y 71 ss.
  5. J. C. F. von Aretin, «Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie» (1824), citado en E. W. Bökenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), ahora en *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 145.
  6. F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts II, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, parte II, libro IV (1878), reimpresión G. Olms, Hildesheim, 1963, pp. 137-138.
  7. La discusión —que en Alemania implicó no sólo al ámbito de los juristas, como C. Schmitt, O. Koellreutter, J. Binder, E. R. Huber y E. Forsthoef, sino también a un círculo de hombres del régimen, como J. Frank y H. Göring— fue reconstruida por F. Neumann, *The Governance of the Rule of Law. An Investigation into the Relationship between the Political Theory, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society*, 1936 [trad. alemana *Die Herrschaft des Gesetzes*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1980, pp. 249 ss.]. Para la discusión en Italia, cf. P. Bodda, *Lo stato di diritto*, Milano, 1935; E. Allorio, «L'ufficio del giurista nello Stato unitario»: *Jus* (1942), p. 282. Para el debate en cuestión, C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1938, pp. 71 ss.; F. Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940, pp. 225 ss.
- Entre todas, resulta elocuente la doble posición asumida por C. Schmitt, quien en un primer momento sostuvo la irreducibilidad del nuevo Estado a los principios del *Rechtsstaat*, considerado este último sustancialmente como un concepto del liberalismo («Nationalsozialismus und Rechtsstaat»: *Juristische Wochenschrift* [1934], pp. 17 ss.) y después, adecuándose al ambiente oficial, se dispuso a aceptar la tesis de la continuidad, pese a desvalorizar el significado global de la discusión mediante la reducción del «Estado de derecho» a un concepto exclusivamente formal («Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* [1935], pp. 189 ss.). En esta segunda



ocasión, se suprimía del concepto de *Rechtsstaat* cualquier connotación (o incrustación) sustancial-constitucional mediante su total formalización y tecnificación.

8. M. Fioravanti, «Costituzione e Stato di diritto»: *Filosofia politica* 2 (1991), pp. 325 ss.
9. Así, en consonancia con su genérica desvalorización de todo concepto que no fuese exclusivamente formal, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 315; Id., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen, 1928, p. 191.
10. C. Schmitt, «Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?», cit., p. 201.
11. R. v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Siebeck, Freiburg-Tübingen, 1872, p. 106. Sobre las transformaciones de las concepciones originarias del *Rechtsstaat*, D. Grimm, «Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945» (1984), ahora en *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1987, pp. 298 ss. y E. W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», cit., pp. 144 ss.
12. O. Mayer, *Derecho administrativo alemán* (1904), trad. de H. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. I, pp. 72 ss.
13. Por ejemplo, E. W. Böckenförde, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en A. Buschmann (ed.), *Festschrift für R. Gmür zur 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 1983, p. 10.
14. C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (1932), trad. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.
15. A. de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856), trad. D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1982, p. 58, cita una ilustrativa carta del 1790 de Mirabeau a Luis XVI en la que dice: «Comparad el nuevo estado de cosas con el antiguo régimen; esta comparación consuela y hace nacer la esperanza. Una parte de los actos de la Asamblea nacional, la más importante, es claramente favorable al gobierno monárquico. ¿No significa nada, pues, no tener Parlamento (el Parlamento nobiliario del Antiguo régimen, que controlaba los actos del rey), ni países de estados, ni cuerpos del clero, de la nobleza, de los privilegiados? La idea de no formar más que una sola clase de ciudadanos le hubiese agradado a Richelieu: esta superficie completamente igual facilita el ejercicio del poder. Muchos reinados de gobierno absoluto no habrían hecho tanto por la autoridad real como este solo año de revolución».
16. Sobre las metáforas mecánicas del Estado y su significado en el ámbito de las concepciones del Estado, O. Mayr, *Authority, Liberty and Automatic Machinery in Early Modern Europe* (1986), trad. it. *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna, 1988. La tradición continental absolutista se reconduce a la imagen del reloj, es decir, del mecanismo capaz de funcionar sólo si el movimiento se le confiere desde el exterior, desde la fuerza que puede operar como la cuerda: al margen ya de la metáfora, la ley del Soberano. La tradición antiabsolutista británica, en cambio, se refleja en la imagen de la balanza, cuyo funcionamiento consiste en el equilibrio y se determina a través de un juego interno de acciones y reacciones que actúan por el reequilibrio. Además, B. Stollberg-Riligne, «Der absolute deutsche Fürstenstaat als Maschine», en *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 99 ss.; S. Smid, «Recht und Staat als "Maschine". Zur Bedeutung einer Metapher», en *Der Staat*, 1988, pp. 325 ss. y F. Rigotti, *Metafore della politica*, Il Mulino, Bologna, 1989, sobre todo, pp. 61 ss.
17. L. Paulson, «Teorie giuridiche e Rule of Law», en P. Comanducci y R. Guastini (coords.), *Analisi e diritto* 1992, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 251 ss.
18. D. N. McCormick, «Der Rechtsstaat und die rule of law»: *Juristenzeitung* (1984), pp. 65 ss.
19. Sobre el desarrollo del *rule of law* en la época del conflicto entre Jacobo I y el Parlamento en las primeras décadas del siglo XVII, K. Kluxen, *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1983, pp. 50 ss.
20. Sobre el significado doblemente antiabsolutista de la defensa del *common law* hecha por Edward Coke, tanto contra el absolutismo regio como contra el absolutismo parlamentario, K. Kluxen, *op. cit.*
21. R. Dreier, «Recht und Gerechtigkeit» (1982), ahora en *Recht - Staat - Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 24 ss. y G. Bognetti, «I diritti costituzionali nell'esperienza costituzionale»: *Quaderni di Iustitia* (Milano) 27 (1977), p. 27, nota 4.
22. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992, p. 70; R. Dreier, *op. cit.*; M. Kriele, *op. cit.*, pp. 106 ss.
23. U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, pp. 77 ss.
24. K. Kluxen, «Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des englischen Parlamentarismus», en Id. (coord.), *Parlamentarismus*, Athenäum, Berlin, 1980, p. 103.
25. M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado* (1975), trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 146 ss.

26. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 1915, pp. XXXVI ss.
27. K. Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, cit., p. 9.
28. Por ejemplo, R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, pp. 17 y 29 ss.
29. O. Mayer, *op. cit.*, vol. I, pp. 80 y 84 (en las posteriores ediciones de esta obra, la idea de la potestad originaria del ejecutivo aún queda más puesta en evidencia, al observar que compete a éste «vivir y actuar, incluso en ausencia de una ley que dirija su acción»).
30. O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Pierro, Napoli, 1912, p. 143.
31. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 30.
32. La fórmula «ley en sentido material» —en contraposición a la ley en sentido meramente formal— hacía referencia a las normas que incidían sobre la libertad y los derechos individuales, y, dada la ideología jurídica del Estado liberal de derecho, ésta era la «auténtica» tarea de la ley. Este concepto tenía un significado desde el punto de vista de la división de poderes constitucionales. En las constituciones dualistas, en efecto, la función de dictar normas legislativas sólo en sentido formal (referentes a la organización y a la acción del Estado, sin consecuencias directas sobre los derechos de los particulares) podía dejarse en manos del gobierno. Sobre el tema, P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Mohr, Freiburg i. Br., 1887, pp. 226 ss.
33. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y prólogo de F. Ayala con un epílogo de M. García Pelayo, Alianza, Madrid, 1982.
34. El antecedente famoso de esta concepción está contenido en el artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La Loi n'a le droit d'empêcher que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas».
35. La discusión indicada en el texto volvió a cobrar actualidad a propósito del así llamado «Estado administrativo», una continuación tardo-decimonónica de temáticas del Estado de policía. Se trataba de definir el significado del «silencio legislativo», del «espacio vacío de derecho». La doctrina liberal, en contraste con la proclive a la autoridad, sostenía que las intervenciones administrativas *praeter legem* deberían considerarse ilegítimas, en la medida en que entran en contradicción con la llamada «norma general exclusiva» de libertad, según la cual todo lo que no está expresamente prohibido está permitido.
- Los términos de la discusión en F. Cammeo, «Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo», en V. E. Orlando (comp.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* III, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, p. 143; D. Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libreria, Milano, 1910; O. Ranelletti, *op. cit.*, vol. I, pp. 279 ss. (los primeros para los principios del Estado de derecho, el último, para los del Estado administrativo). Sobre este debate histórico, R. Guastini, «Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, recopilados por G. Tarello, vol. VI, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 513 ss.; y M. Fioravanti, «Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato», en A. Schiavone (coord.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Bari, 1990, p. 36.
36. A partir de estos elementos, los modelos ideales de la generalidad de la ley en el siglo XIX liberal se asientan en la *sûreté* como condición de la libertad de la que habla Montesquieu (*Esprit des lois*, XII, 2; trad. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985), más que en la rousseauniana *volonté générale* del pueblo soberano que decide teniendo frente a sí al pueblo mismo *en corps* (*Contrat social*, II, 6; trad. de S. Masó, en *Escritos de combate*, Alfaguara, Madrid, 1979).
37. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Fontemoing, Paris, 1923, p. 145: «la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo este peligro. El carácter garantista de la ley e incluso su propia razón de ser se encuentran en su carácter general».
38. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 159.
39. La expresión «supuesto de hecho» (el término italiano es *fattispecie*) significa «representación» o descripción del hecho de la vida al que la norma atribuye una cierta relevancia jurídica (como derecho subjetivo, ilícito, deber, etc.). El supuesto de hecho es abstracto cuando es indicado no en concreto, es decir, con referencia a circunstancias históricamente determinadas, sino con vocación de permanencia. En la lengua alemana, el equivalente de «supuesto de hecho» es *Tatbestand*, expresión que encierra en sí, de modo más claro que la expresión italiana, la idea del estar, de la estabilidad, de la duración, expresada por la raíz *st* de *bestehen*.



40. Éste es el gran tema de la «justicia en la Administración», a propósito del cual es preciso señalar la dificultad de considerar a la Administración como parte de una relación sobre la que un juez es llamado a juzgar en un procedimiento contradictorio y paritario. Queda, por lo general, un reconocimiento residual de la posición de autoridad de la Administración en relación con la libertad de los administrados que lleva a la creación de sistemas de justicia administrativa diferentes de los sistemas jurisdiccionales comunes, en los cuales el «juez administrativo» está llamado a proteger la legalidad del acto de la Administración más bien que las pretensiones jurídicas subjetivas de los administrados. El modelo, a grandes rasgos, viene representado por el napoleónico *Conseil d'État* francés. La alternativa es la representada por el sistema de «derecho común» vigente en Gran Bretaña, donde, en aplicación del *rule of law*, los administradores (*civil servants*) se sitúan en el mismo plano que los administrados y sus controversias se dirimen ante los tribunales de justicia ordinarios (aunque sea con algunas limitaciones): al respecto, el famoso capítulo XII de la parte II (del título *Rule of Law Compared with Droit administratif*) de la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 213 ss., de A. V. Dicey. Para la cuestión en Italia, en el ámbito del debate europeo, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 1985; sintéticamente, A. Romano, *Premessa a Comentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1992, pp. IX ss. Puede verse un cuadro comparativo en G. F. Ferrari, «Giustizia amministrativa in diritto comparato», en *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991, pp. 567 ss.

41. La «doctrina» de la concepción de las Cartas *octroyés* como constituciones flexibles puede ser representada en Italia por el célebre artículo de Camillo de Cavour, aparecido en *Il Risorgimento* del 10 de marzo de 1848; sobre el mismo véase J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappicelli, Torino, 1990, pp. 170 ss.

42. Sobre la base de este presupuesto, se sostenía que las concretas disposiciones legislativas podían considerarse como partículas constitutivas de un edificio coherente y que el intérprete, recurriendo a los principios que sustentaban aquél, podía recabar, mediante una simple operación intelectual, las normas necesarias para colmar las eventuales lagunas de tal edificio.

43. H. Coing, «Allgemeine Züge der privatrechtlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert», en *Id. (coord.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, parte III, *Das 19. Jahrhundert*, vol. I, pp. 3 ss., Beck, München, 1989, pp. 4 ss.

44. El autor de esta expresión (que se suele usar en la forma: «un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado») es J. H. Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. de A. Truyol y Serra, CEC, Madrid, 1983. El contexto de la referida afirmación es la concepción de la jurisprudencia como un mero trabajo a partir de los defectos de la legislación positiva: «la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador» constituyen el objeto de los estudios de los juristas. «Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; alejándose de la sana, establecen su nido en la enferma» (*Ibid.*, p. 29). Sobre esta representación, C. Schmitt, «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, p. 400.

45. Por ejemplo, A. Gambaro, «Codice civile», en *Digesto IV, Discipline privatistiche, sez. civile* II, Utet, Torino, 1988, pp. 450 ss.

46. En todo caso, no se trata de una realización total, imposible en cualquier visión no rigurosamente iusnaturalista del derecho. El elemento «político», es decir, emanado de la concreta voluntad de los hombres, está simplemente circunscrito y relegado en lo alto, en el acto constituyente. Sobre esta problemática, M. Dogliani, «Costituente (potere)», en *Digesto IV, Discipline pubblicistiche*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 281 ss.

47. Al respecto, C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 149 ss. y N. Bobbio, «Governo degli uomini o governo delle leggi?», en *Nuova antologia*, 1983, pp. 135 ss.

48. *Supra*, pp. 27 ss.

49. Por todos, S. Fois, «Legalità (principio di)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XIII, especialmente pp. 696 ss.

50. En este desarrollo, que bajo ciertos aspectos podría parecer un retroceso a situaciones preliberales, encuentran explicación las numerosas peticiones a favor de declaraciones sectoriales de derechos, no necesariamente legislativas (del enfermo, del estudiante, de los usuarios en general), garantizados por «Tribunales» *ad hoc*, ajenos a la organización judicial del Estado e insertados en la lógica de la organización a la que van referidos. Nada nuevo: frente a la reproducción de situaciones de supremacía administrativa se manifiesta una recuperación de las exigencias del Estado de derecho.

51. A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Comunità, Milano, 1963, p. 272.

52. *Ibid.*, p. 270.

53. El fenómeno de la «pluralidad de los ordenamientos jurídicos» ha sido destacado y tematizado como rasgo propio del Estado contemporáneo (frente a las lamentaciones de quienes, al comienzo del siglo, simplemente veían en ello la crisis del Estado *tout court*) por S. Romano en su más célebre obra, *El ordenamiento jurídico* (1918), trad. de S. y L. Martín-Retortillo, IEP, Madrid, 1963. Sobre el particular, P. Biscaretti di Ruffia (coord.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977 (sobre todo, N. Bobbio, «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», pp. 25 ss. [hay versión castellana del trabajo de N. Bobbio a cargo de A. Ruiz Miguel en *Contribución a la teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, pp. 155 ss.]). En el mismo volumen, para la crítica a las visiones corrientes del Estado pluralista como modelo «estático» y la afirmación del pluralismo como fenómeno de transición de una vieja a una nueva obligación política «monista», G. Miglio, «La soluzione di un problema elegante», p. 214. La aceptación de este punto de vista conduciría a desvalorizar demasiado el significado de la actual estructuración pluralista de los Estados y a afianzar, en el plano teórico, su contrario; es decir, la versión fuerte de la soberanía estatal.

54. Puesta en evidencia, en Italia, sobre todo por N. Irti, *La edad de la descodificación* (1986), trad. de L. Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona, 1992.

55. C. Schmitt, «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», cit., pp. 404 ss. y 420.

56. Así, en un marco conceptual de trazos distintos, pero análogamente inspirado, A. Baldassare, «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, 1991, pp. 639 ss.