

BALANCE DE TREINTA Y CINCO AÑOS DE CONSTITUCIÓN

*Por Santiago Sánchez González.
Profesor Emérito de Derecho Constitucional de la UNED*

Según la antigua sabiduría oriental, la historia de la humanidad se divide en periodos o ciclos, cada uno de los cuales llamado Maha Yuga o gran ciclo, comprende cuatro edades o Yugas –Krita o Satya, Treta, Dwapara y Kali, o de oro, plata, cobre y hierro- cada una de ellas de varios miles de años. Dichas edades o eras no se corresponden con las edades de piedra, hierro, bronce... que establece la antropología occidental. La época en que nos encontramos de acuerdo con la cosmogonía hindú, corresponde a la última de dichas edades, se denomina **Kali Yuga**, y es la edad sombría por antonomasia. En ella los hombres son considerados números, unidades, o dientes de una rueda, predomina el materialismo sobre la espiritualidad, la cantidad sobre la calidad, y la mediocridad se enseñorea en el universo. Así la describe una de las escrituras sagradas de la India, el Vishnu Purana¹: “En el Kali Yuga habrá numerosos gobernantes luchando por el poder. La violencia, las mentiras y la inmoralidad estarán a la orden del día. Se desvanecerán la piedad y la naturaleza del bien. La pasión y la lujuria serán la única atracción entre los sexos. Se ridiculizará y avergonzará a la gente culta. La ley del más rico será la única ley del mundo.”

Si descendemos de ese plano espiritual apocalíptico, a un nivel terrenal, histórico y laico, más científico, en el que los periodos de tiempo se establecen al margen de consideraciones religiosas o mitológicas, la etapa de la historia de la humanidad en la que nos encontramos es la era moderna o contemporánea. Esta era, que cuenta apenas unos cientos de años, atraviesa actualmente una fase, que ha sido diagnosticada por uno de los sociólogos más perspicaces como **modernidad líquida**, por mor de su naturaleza. Con esa denominación, Zygmunt Bauman ha pretendido poner de relieve el contraste con la cualidad de la solidez.

¹ Los Puranas se inscriben en la tradición religiosa oral del hinduismo, según la cual fueron revelados por Brahma. Poseen una autoridad moral equivalente a los Vedas.

La modernidad líquida es una categoría descriptiva de la gran transformación que está sufriendo la sociedad, causada por una revolución en el modo de producción capitalista, y en el correlativo condicionamiento de las relaciones laborales y familiares, del mundo de la política y del derecho, que se ha traducido en la generalización de un estado de inseguridad e incertidumbre. Los calificativos de líquida o fluida aplicados a nuestra sociedad son, en realidad, metáforas para referirse al carácter no ya transitorio, propio de todo tiempo humano, sino incierto, imprevisible e inseguro. La “precariedad, la inestabilidad (y la) vulnerabilidad son las características más extendidas (y las más dolorosas) de las condiciones de vida contemporáneas. Los teóricos franceses (...) hablan de *precarité*, los alemanes de *Unsicherheit* y *Risikogesellschaft* (sociedad del riesgo), los italianos de *incertezza*, y los ingleses de *insecurity*, pero todos ellos están considerando el mismo aspecto de la actual encrucijada humana [...]. El fenómeno que todos estos conceptos intentan aprehender y articular es la experiencia combinada de inseguridad (de nuestra posición, de nuestros derechos y medios de subsistencia), de incertidumbre (de nuestra continuidad y futura estabilidad) y de desprotección (del propio cuerpo, del propio ser y de sus extensiones: posesiones, vecindario, comunidad).”²

La causante de la actual situación es la revolución tecnológico-informática experimentada en los últimos treinta años y la **globalización** subsiguiente. Revolución espacial que “ha puesto ‘fin (no a la historia sino) a la geografía` – en palabras de Paul Virilio-, en la medida en que la distancia ha dejado de ser objetiva, física, y se ha convertido en un producto social, cuya magnitud varía en función de la velocidad empleada para superarla.”³ En la actualidad, el espacio que percibimos como significativo, y que realmente condiciona nuestra existencia cotidiana, ha dejado de ser nuestro pueblo, comunidad o Estado, y coincide con “una tierra de nadie”.

² Zygmunt Bauman, *Modernidad Líquida*, FCE de Argentina, Buenos Aires, 2002, pp.170-171.

³ Zygmunt Bauman, *La Globalización. Consecuencias Humanas*, FCE, México, 2001, pp. 20-21.

La globalización es un fenómeno principalmente económico, definido por José Luis Sampedro como: “la constelación de centros con fuerte poder económico y fines lucrativos, unidos por intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando para ello la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia o debilidad de medidas reguladoras y de controles públicos, y cuyo resultado es una creciente concentración planetaria de riquezas y poder económico.”⁴ Fruto de la globalización es una nueva estratificación social a escala planetaria, y las correspondientes jerarquía y desigualdad entre los globalizadores, detentadores de un poder desterritorializado, y el resto, los globalizados.

La globalización es un “fenómeno irresistible que, como ocurre con las religiones animistas y tribales, tan solo deja a los sujetos sociales y a los individuos la oportunidad de adaptarse, haciendo si es posible ‘sacrificios humanos.’”⁵ Realmente, no podemos sustraernos a la acción de unas fuerzas sin base territorial, como el capital financiero, porque carecemos de la capacidad de influencia y de gestión necesarias, y las instituciones políticas y económicas de que disponemos resultan inapropiadas. El desajuste existente entre las nuevas relaciones de producción correspondientes a las fuerzas productivas actuales –es decir la sociedad civil mundializada-, y la denominada superestructura jurídico-política –es decir, los Estados nacionales y las coaliciones de Estados, es patente.

La insuficiencia del Estado como organización política, para seguir sirviendo de instrumento de dirección de los asuntos generales de la comunidad, y de garantía de paz y libertad de sus miembros, era conocida desde hace varias décadas, pero se debía a otras razones. La bipolaridad que se produjo al final de la Segunda Guerra Mundial demostraba ya la pérdida al menos de la soberanía militar de la mayoría de los Estados-naciones, obligados a aliarse bajo la hegemonía de una u otra de las grandes potencias. Esa situación de equilibrio inestable entre los dos bloques dejó paso al predominio de la *pax*

⁴ José Luis Sampedro, *El mercado y la globalización*, Ediciones Destino, Barna. 2002, pp.65-66.

⁵ François Chesnais, *La mondialisation du capital*, Syros, Paris, 1994, p.16.

americana y, recientemente, a un reparto de zonas de influencia sin un liderazgo claro del planeta.

Pero la transformación de la forma de poder representada por el Estado⁶ se ha debido en parte a la pérdida de la importancia de su base física, el territorio, es decir, del ámbito sobre el que se ejercía el monopolio de la fuerza legítima. El poder representado por los centros de poder económico ignora ese marco de referencia en el establecimiento y gestión de los procesos económicos y culturales, caracterizados precisamente por su interdependencia y transterritorialidad o, si se quiere, por su radio de acción. El capital, sobre todo el financiero, no sólo ha acentuado su autonomía respecto al poder político formalmente encarnado por los Estados-naciones, sino que ha sometido a las respectivas poblaciones –tercer ingrediente de cualquier Estado- al condicionante de los mecanismos de mercado, cambiantes, incontrolables y a todas luces irresponsables, a los que solo cabe ir adaptándose. Se explican así, en ese contexto, las limitaciones que actúan sobre las políticas económicas nacionales, la privatización del sector público de la economía y la mal llamada flexibilización laboral. Ello no significa que el Estado esté desapareciendo, aunque le resulte cada vez más difícil desempeñar la labor que le asigna el capitalismo global de corregir los defectos del funcionamiento del mercado, o de redistribución de los recursos. La continuidad del Estado se debe precisamente a su utilidad para asumir los costes sociales dimanantes del actual proceso productivo.

La globalización también se deja sentir en el ámbito del Derecho⁷, como no podía ser de otra manera, dada su condición de ordenamiento del Estado-nación. Las normas jurídicas son, todavía en su mayoría, normas estatales; y normas vigentes en el territorio del Estado. Pero, junto al derecho estatal, podemos constatar: a) el desarrollo de un Derecho Supranacional y las instituciones encargadas de su gestión, que supone una cesión de soberanía y, desde luego una excepción al monopolio estatal de creación legislativa (tal

⁶ Cfr. Pedro Mercado Pacheco, “Estado y Globalización. ¿Crisis o Redefinición del Espacio Político Estatal?”, en *AFDUAM*, nº 9 (2005), pp. 127-150.

⁷ Véase sobre este tema el artículo, que seguimos, de Francisco Laporta, “Globalización e Imperio de la Ley. Algunas Dudas Westfalianas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39 (2005), 243-265.

sería el caso de la Unión Europea⁸); b) el nacimiento y proliferación de prácticas comerciales entre las corporaciones y empresas, equiparables a una *lex mercatoria* de alcance transnacional; c) la creación de organismos y agencias destinados exclusivamente al establecimiento y cumplimiento de criterios técnicos relativos a la economía—como el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, la Corte Internacional de Arbitraje, la Cámara Internacional de Comercio, etc.; y d) la extensión del *soft law*, ese derecho ‘blando’ consistente en declaraciones, convenios, llamamientos y recomendaciones, códigos éticos, relacionados con pretendidos derechos, la ecología, el desarrollo sostenible, la alianza de civilizaciones y la anti-corrupción, cuyo denominador común es la carencia de obligatoriedad o de carácter vinculante y, por lo tanto de efectividad.

La pérdida de algunas de las señas de identidad del Derecho del Estado hay que atribuirle, o no solo, al impacto de la globalización, a la cual ha contribuido, por otro lado, el propio Derecho del Estado. Así, la unidad de la producción legislativa ha quebrado en países donde, como en España, el sistema de distribución territorial de poder ha asignado competencias legislativas en numerosos campos a entidades regionales. Así, también, la influencia de institutos y convenciones foráneos, ha facilitado la adopción de modos de producción jurídica y de procedimientos de solución de conflictos contrarios a la predictibilidad del Derecho y a la certidumbre jurídica.

Con todo, el fenómeno más preocupante es el proceso de desnaturalización del Derecho como sistema imperativo de normas escritas regulador de las relaciones sociales, formulado en un lenguaje prescriptivo, comprensible y en gran medida inequívoco. No es casualidad que ahora se hable de una **dogmática jurídica ‘líquida’ o ‘fluida’** y de un **derecho dúctil**. G. Zagrebelsky, el autor de la obra *Il diritto mitte*, defiende “la exigencia de una dogmática jurídica ‘líquida o fluida’ que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos,

⁸ Las dos reformas de la Constitución española de los artículos 13 y 135, para posibilitar la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992 y para incluir el principio de estabilidad presupuestaria y fijar el límite de las administraciones públicas, son ejemplos de limitaciones de la soberanía española.

agrupándolos en una construcción no rígida, que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional”.⁹

Ya las propias expresiones revelan el contrasentido inherente a todo oxímoron¹⁰. Si por dogmática se entiende un conjunto de dogmas o proposiciones que se aceptan por firmes y ciertas como principios innegables de una ciencia, o como los fundamentos o puntos capitales de una ciencia o doctrina, no se entiende muy bien lo de la dogmática líquida o fluida. Y otro tanto cabe decir del derecho dúctil.

Empero, la ductibilidad es la palabra que G. Zagrebelsky emplea para referirse “al carácter esencial del Derecho de los Estados constitucionales actuales” – Alemania, Italia, España, entre otros-. Con ese término se alude una suerte de repositorio donde tienen cabida distintos valores, reglas y principios, y distintas concepciones sobre la vida, la paz, la justicia, la libertad y la igualdad ante la ley y la igualdad de resultados, la constitución y la democracia. Con la particularidad de que en este mixtiferi, ninguno de estos valores o principios es absoluto, salvo la defensa de la pluralidad de los valores y principios y la lealtad en el enfrentamiento entre ellos. En cuanto a la más que probable contrariedad entre unos y otros valores y principios no debería, a juicio de Zagreblesky, “obstaculizar la labor propia de la *jurisprudencia*, de intentar realizar *positivamente* la ‘concordancia práctica’ de las diversidades e incluso de las contradicciones”. Pues, si bien la convivencia de dichas contradicciones puede parecer ‘conceptualmente imposible’, ello no es, sostiene, un problema de la ciencia constitucional sino de la política constitucional, es decir, de la relativización en la práctica de aquellos valores y principios que, para poder coexistir, han de convertirse en ‘dúctiles o moderados’.¹¹

⁹ *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 3ª ed., 1999, Madrid, p.17.

¹⁰ Es decir, la combinación en una estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido.

¹¹ Op. cit. en la nota 9, pp. 16 y 18.

La Constitución española de 1978 es, sin duda, un claro ejemplo de ese derecho dúctil de que habla Zagrebelsky. Y lo es como consecuencia de las circunstancias que rodearon su elaboración y del texto final resultante, así como de su entendimiento e interpretación por los actores políticos y órganos encargados de la administración de justicia. Si recordamos el manido consenso, nunca se tradujo en la renuncia por las fuerzas políticas de los respectivos principios. En lugar de ello, sus redactores se limitaron a incorporar a la letra de la Constitución sus ideologías contrapuestas, yuxtaponiéndolas en cláusulas diversas y haciendo caso omiso de la divergencia entre sus postulados. Se ignoró entonces –y todavía hoy se hace- que el consenso, antes que un método, o una coincidencia de criterios, es, en rigor, el acuerdo sobre asuntos básicos. Y, a decir verdad, el único asunto básico sobre el que hubo acuerdo durante la transición a la democracia –¡con la conformidad del remanente franquista!- fue la liquidación del régimen anterior.

Hay que recordar que “la característica definitoria general del consenso es un compartir que de alguna manera obliga. En lo que respecta a la democracia podemos distinguir tres posibles objetos compartibles: en primer término, los valores fundamentales que estructuran el sistema de creencias; en segundo lugar, las reglas de juego o el procedimiento, y en particular, la regla para resolver conflictos, que en la democracia es la regla de la mayoría; finalmente, el tercer nivel de consenso, que versa sobre la acción de gobierno o el *indirizzo político* concreto. Estos tres consensos pueden denominarse consenso en el nivel de comunidad o consenso básico, consenso relativo a la forma política de gobierno, y consenso en torno a la acción política”¹². Pues bien, el consenso básico o sobre lo fundamental nunca existió. La sociedad española era, y continúa siendo, una sociedad ideológicamente dividida y enfrentada, con una escasa cultura política que no comparte en absoluto una y la misma idea sobre la justicia, la libertad, la igualdad, la vida, los derechos humanos y la clase de democracia.

¹² G. Sartori, *Teoría de la Democracia. 1. El debate contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp121 y siguientes.

Ello no disuadió a nuestros constituyentes de la idea de insertar esos ‘valores’ en el texto constitucional y de convertirlos en derecho positivo. Tampoco establecieron un orden jerárquico entre los mismos. Los redactores de la Constitución probablemente confiaron en que podrían convivir en el seno constitucional, sin roces ni enfrentamientos. Y en todo caso siempre quedaba el recurso al Tribunal Constitucional como último y supremo árbitro constitucional. Empero, la normativización de los valores no podía llevarse a cabo sin afectar profundamente al propio sistema jurídico..., haciéndolo maleable, reduciéndolo al estado líquido

La liquidez de la Constitución española, dimanante de su plasmación en un documento simultáneamente axiológico, principial y normativo, es también el resultado de otros dos factores. En primer lugar, de la ambigüedad o multivocidad de algunas de las nociones políticas escogidas (Estado democrático de derecho, nacionalidades, derechos históricos, libertad e igualdad reales y efectivas, autonomía, etc.). Y, en segundo término, de la labor de interpretación del texto realizada por el Tribunal Constitucional, que ha abandonado el recorrido silogístico deductivo en el pronunciamiento de las sentencias y ha optado por la ‘**nueva retórica**’¹³, presidida a veces por la ‘**lógica difusa**’¹⁴ que conduce a la postre a un derecho constitucional de libre creación.

Esa naturaleza líquida, que suponía la concesión de un amplísimo margen de discrecionalidad a los protagonistas de la acción política, no ha servido, sin embargo, a la finalidad de alcanzar una síntesis enriquecedora de las diferentes *Weltanschauungen* (concepciones del mundo y de la vida), y de concordar la solución de los problemas. Más bien ha sido utilizada por cada partido precisamente para conseguir, mantener y extender una parcela de poder al margen de cualquier consideración del interés general o del bien común. La Constitución no ha sido una fórmula eficaz para imposibilitar o frustrar la concentración y el abuso del poder. Y no lo ha sido porque fue una constitución pactista que eludió enfrentarse a los problemas más graves

¹³ Véase por todos el texto de Chaim Perelman *Logique Juridique*, Dalloz, Paris, 1976.

¹⁴ Véase el artículo de Federico Puppo, “Per un possibile confronto fra *lógica fuzzy* e teorie dell’argomentazione”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2, 2006, pp.221-271.

planteados –como la organización territorial- posponiendo su abordaje y solución *ad kalendas graecas*. Todavía hoy, cuando muchos propugnan su reforma, sigue predominando esa idea de Constitución como pacto entre las fuerzas políticas, sobre la idea de Constitución como instrumento de limitación y control del poder. Concebida de esa manera, es decir, ignorando que el control es un elemento central e inseparable del concepto de Constitución, la constitución no podía ser operativa, no podía realizarse porque no podía desplegar su eficacia normativa.

Es esa sencilla idea de límite, freno o contención, implícita, además, en la de Derecho, la que es consustancial a la de Constitución y significa, conviene insistir, que la Constitución para merecer tal nombre es, o tiene que ser, un límite estructural del poder político. Desde esta perspectiva, no se tiene en cuenta el origen del poder, ni su legitimidad. Conocemos nada más y nada menos que la experiencia secular de cientos de gobiernos de distinta índole y procedencia –monarquías y repúblicas, dictaduras y democracias-, que nos han demostrado de manera reiterada y patente, que el poder político dejado a su libre curso tiende al exceso, es proclive al abuso y desconoce la moral, la ética y cualquier tipo de pauta de conducta que no sean sus propios mantenimiento e incremento. Y que esto es así en todo caso; es decir, tanto si el poder político dimana de la conquista, como si procede de la estirpe, de la voluntad de unos pocos o de unas elecciones libres. Cualquier tipo de gobierno que no esté sometido límites, o sea, que no esté supeditado a una Constitución en el sentido genuino del término, representa un riesgo para los gobernados, para sus vidas y libertades. Por eso, cuando hablamos de democracia constitucional, estamos pensando en una democracia limitada, en la que los gobernantes no disponen de una patente de corso para hacer y deshacer a su capricho. La Constitución tiene que servir como garantía de que los gobernantes elegidos van a actuar con fidelidad a los principios del Estado de Derecho y siguiendo los procedimientos que impedirán o dificultarán cualquier arbitrariedad, y que de darse esa conducta encontrarán la correspondiente sanción legal.

En España, nuestra corta experiencia constitucional ha mostrado cómo la legitimación derivada de las urnas ha sido utilizada como una carta blanca para

actuar sin que importase si esa actuación conculcaba el Estado de Derecho. Asimismo, ha sido utilizada para extender el ámbito de la democracia a esferas ajenas a la política que deben, dadas su naturaleza y finalidad, guiarse por otras pautas organizativas y de funcionamiento. Estamos pensando en instituciones de la importancia de la familia, la enseñanza, el ejército, las fuerzas de seguridad y la empresa.

La fractura del Estado de Derecho comenzó pocos años después de la entrada en vigor de la Constitución. El funcionamiento del régimen parlamentario de gobierno condujo a la unión del legislativo y el ejecutivo bajo la dirección del partido político o coalición de partidos dominante y, luego, bajo la de los órganos dirigentes de ese partido y de su líder. La ocupación por los partidos de las instituciones del Gobierno y del Parlamento, que muchos estimaron justificada por su carácter democrático y temporal, puso fin al diseño de la separación de poderes. Hecho este que tenía que acabar produciéndose dada la naturaleza del poder y su propensión inevitable a la expansión, siempre que no encuentre resistencia capaz de hacerle frente. Es cierto que se preveían, en principio, límites externos al poder político como la Administración Pública y el Poder judicial. La primera, con el deber de servir al Estado con objetividad, imparcialidad y neutralidad, dentro del marco de la Constitución y de la ley. El segundo, como contrapeso del imperio de la ley y de la Constitución.

Durante los últimos años hemos podido comprobar que ni siquiera el sistema basado en el mérito y la capacidad ha logrado preservar plenamente la autonomía de la Administración en todos sus niveles, aunque haya servido como apariencia de legalidad para reclutar militantes, simpatizantes y votantes. Respecto al poder judicial, el desempeño de la trascendental función de administrar justicia con independencia, se ha visto condicionada por la dependencia económica del Ministerio de Justicia, es decir, del ejecutivo, y por la intervención partitocrática en el órgano de gobierno de los jueces, y en el nombramiento de los Tribunales Superiores y del Tribunal Constitucional.

Los partidos políticos mayoritarios no sólo han ocupado o condicionado los tres poderes clásicos del Estado y el Tribunal Constitucional. Su *longa manus* ha alcanzado a los órganos asesores y colaboradores más conspicuos como el Consejo de Estado, el Consejo Económico y Social, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo. Su control se ha extendido, incluso, a ese conjunto de entidades, creadas a imitación de las *agencias* norteamericanas y de los *quangos* (*quasi-autonomous national government organisations*)* británicos, o de las *autorités administratives indépendentes* francesas, que fueron concebidas, resulta irónico decirlo, para garantizar la neutralidad en el desempeño de determinadas funciones de relevancia económica y social, es decir, al margen de la esfera de influencia de los partidos políticos. Entre esas ‘autoridades’ habría que incluir el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, la Agencia de Protección de Datos, el Ente Público RTVE y los Consejos Audiovisuales.¹⁵

Esa ocupación generalizada del espacio público por los militantes de los partidos y el consiguiente fin de la separación de poderes, se ha realizado en nombre de la voluntad popular, y con el convencimiento pleno de la legitimidad de la misma. Nada puede violentar los dictados de la voluntad mayoritaria representada por los mandatarios públicos del pueblo soberano; ni siquiera en aquellos casos de violación flagrante de la legalidad y de la constitucionalidad. Así lo creen muchos gobernantes y ciudadanos en España. Son los consecuencialistas que piensan que el fin justifica los medios. Y los que creen que la salvación del Estado o de la nación es la ley suprema.

En ese contexto, uno puede imaginarse cual es el estado de la seguridad jurídica en España. Como se sabe, proporcionar seguridad jurídica es una de las funciones principales, si no es la esencial, de cualquier Estado de Derecho

* Denominados también *quasi autonomous non-governmental organisations*.

¹⁵ Para colmo de males, algunas Comunidades Autónomas han creado, a imitación del Estado, sus propios entes, duplicando innecesariamente el servicio y encareciéndolo. Así ha sucedido, entre otros, en los ámbitos del control de la competencia, del defensor del pueblo, de la protección de datos, del tribunal de cuentas, de la cooperación al desarrollo y de la promoción comercial en el exterior.

digno de tal nombre. Y su concreción es doble. De un lado, en la formulación de las normas del ordenamiento con pretensión de permanencia, de manera pública, clara, prospectiva, respetuosa de las fuentes y de la división de funciones entre los órganos del Estado, y del reparto de competencias entre los distintos niveles de administración. De esa manera quedan garantizadas la validez y la eficacia de aquellas, sin que quepa alegar desconocimiento. De otro lado, en el cumplimiento del Derecho por los ciudadanos y por los poderes públicos, especialmente por los encargados de su aplicación -“asegurar el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, en palabras del Preámbulo constitucional-.

Pues bien, si se exceptúa la publicidad, las normas jurídicas han perdido el resto de las características que deberían distinguirlas. Asistimos a una inflación legislativa sin precedentes en la historia del derecho: Las normas son efímeras, redactadas en un lenguaje desestructurado, opaco y ambiguo. Los decretos-leyes que dicta el poder ejecutivo son en su mayoría inconstitucionales. Apenas se realizan refundiciones y es frecuente que se susciten dudas entre los operadores jurídicos sobre cuál es el derecho vigente en cada momento. La Constitución, prefiguró una pluralidad de sistemas de derecho público –el estatal, el autonómico y el eurocomunitario, cuya vertebración se ha hecho imposible con los nacionalismos catalán y vasco. Y en el campo del derecho privado coexisten actualmente catorce ordenamientos. Un fenómeno que no tiene precedentes ni en la España anterior a la unificación bajo los Reyes Católicos y a su configuración como Estado.

En cuanto al cumplimiento de las leyes por los ciudadanos y por los poderes públicos, nos encontramos con dos circunstancias concurrentes. En primer lugar, la fluidez, la pluralidad y la contingencia del Derecho legislado, han determinado la asunción por los jueces del protagonismo en la creación del derecho realmente vigente, al modo de lo que ocurre en el derecho anglosajón. Nuestro Tribunal Supremo ha dejado de cumplir la función de fijación de una doctrina uniforme. En fin, el Tribunal Constitucional ha invadido en ocasiones señaladas la esfera competencial del poder legislativo y del poder judicial, sirviéndose de unas técnicas interpretativas caracterizadas por una discrecionalidad y un margen de apreciación equiparables a las que proponían

las corrientes doctrinales del ‘uso alternativo del Derecho’ y de los *critical legal studies*.

El segundo escenario, más conspicuo y significativo, es la desobediencia anunciada y la violación públicas de la Constitución, de las leyes y de las resoluciones judiciales, precisamente por los titulares de cargos políticos, empleos públicos y empresarios y sindicalistas. En algunos casos, sin que se exijan de las responsabilidades subsiguientes, de manera que, o no se incoan los procedimientos oportunos o no se aplican las sanciones previstas. Las razones de dicha impunidad son varias: la inactividad del Ministerio Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial o de las autoridades competentes, la invocación de las prerrogativas parlamentarias de inmunidad e inviolabilidad, el fuero especial que protege a todos los altos cargos, la afinidad ideológica conocida de los magistrados encargados del conocimiento y enjuiciamiento de las posibles causas, la presión de los medios de comunicación favorables a los responsables y la utilización selectiva del indulto.

Esa falta de observancia de la Constitución, y de las leyes, y la desigualdad en la aplicación de las mismas, ha generado una enorme desconfianza en la clase política, ha sembrado serias dudas sobre la naturaleza de la democracia, y ha creado un sentimiento de anomia constitucional, que se ha añadido a la incertidumbre y la inseguridad en las esferas laboral y familiar, derivadas de la globalización económica. Michelangelo Bovero ha escrito acertadamente que “en la lucha por el poder político en la democracia degenerada no vencen los mejores, sino, darwinianamente, los que se adaptan mejor al medio. Y los más adaptados a la democracia degenerada son los individuos degenerados; es decir, los peores. De donde esa forma de gobierno que he bautizado *kakistocracia*, literalmente el ‘gobierno de los peores’. Y bien, me temo que en el mundo la tendencia sea la globalización de la *kakistocracia*.”¹⁶

Las perspectivas no son, en verdad, halagüeñas. Percibimos algunas voces autorizadas que apuntan la conveniencia de actualizar la Constitución, movidas principalmente por la agitación provocada por las reivindicaciones

¹⁶ “Sette Globalizzazioni?”, en *Teoria Política*, 3, 2002, p.68

nacionalistas. Desde luego, la reforma de la Constitución es posible, siguiendo el procedimiento previsto en la misma; pero cambiar la forma de Estado o las normas sobre la Corona no va a modificar la conducta de nuestra clase política. No creemos que eso sea factible. Quizás, para empezar, lo que debería hacerse es “aplicar con rigor el principio de legalidad penal a los gobernantes y moralizar la vida pública, y por esta vía inducir a aquellos con mejores cualidades personales e intelectuales a dedicarse a la actividad política.”¹⁷.

¹⁷ Luis María Díez-Picazo, *La criminalidad de de los gobernantes*, Critica, Barcelona, 1996, p.30.