

EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD*

DR. MANUEL ARAGÓN REYES**

SUMARIO

1. Advertencia preliminar. 2. El principio de legalidad en sentido amplio. 3. El principio de legalidad en sentido estricto. 4. El falseamiento de la legalidad por su uso inadecuado. 4.1. En las situaciones de emergencia. La pandemia del Covid-19 como banco de prueba. 4.2. En la legislación gubernamental de urgencia. 4.3. En la legislación gubernamental por delegación parlamentaria. 4.4. En la degradación normativa de los preceptos legales. 4.5. En el activismo judicial. 4.6. En el uso de la potestad reglamentaria. 5. El falseamiento de la legalidad por abierta destrucción de la misma. 5.1. La destrucción del Estado de Derecho. 5.2. La destrucción de la legalidad. 6. Conclusiones.

* Ponencia en la *Opening Session* del WJC celebrada en Caracas el 11/3/2021, dedicada al “Falseamiento del Estado de Derecho”.

** Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid. Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

1. ADVERTENCIA PRELIMINAR

He optado por redactar esta ponencia con fidelidad a su necesaria extensión limitada y al carácter coloquial y directo de su exposición. De ahí que renuncie a las citas doctrinales y jurisprudenciales propias de un estudio académico, así como a la extensión que éstos suelen tener. Además, creo que, de esa manera, el texto será más fácilmente comprensible por quienes, no siendo juristas, accedan a él, sin que su brevedad y la ausencia de citas merme en modo alguno la adecuada comprensión del texto por quienes sí sean juristas profesionales, pues tratándose aquí de temas nucleares y básicos de su saber, ha de presumirse que dominan sobradamente la materia y que dichas citas, por ello, serían ociosas por perfectamente conocidas por cualquier estudioso del Derecho bien informado.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO AMPLIO

Desde un punto de vista material, que identifica la “legalidad” con la “normatividad”, cabe entender que, en tal sentido, el principio de legalidad supone, de un lado, la sumisión positiva de los poderes públicos al Derecho, de manera que sus actos han de descansar necesariamente en las atribuciones que el Derecho les confiere y, de otro, la sumisión negativa de los ciudadanos al Derecho, porque no deben quebrantar las restricciones u obligaciones que el Derecho les imponga. En este sentido amplio, pues, el principio de legalidad no es otra cosa que la base jurídica que sustenta al Estado de Derecho.

Como no existe, realmente, sumisión al Derecho si no se cuenta con garantías efectivas de su cumplimiento, el control aparece como condición imprescindible para que pueda hablarse, con propiedad, de

Estado de Derecho. Controles de todo género: sociales, políticos y jurídicos, pero, en especial, control judicial, que es el control objetivo irrenunciable. No hay Derecho, ni derechos, sin jueces independientes que los tutelen. De ahí que la existencia de un control jurisdiccional llevado a cabo por una organización judicial independiente (condición para la objetividad de su control) sea un requisito necesario para que exista un auténtico Estado de Derecho. Su falseamiento, en consecuencia, puede producirse tanto cuando el Derecho no cumple la doble función que tiene el principio de legalidad en el sentido amplio que se está describiendo, como cuando se falsea el control jurisdiccional, bien porque los jueces no sean independientes del poder político, bien porque los jueces se extralimiten en el cumplimiento objetivado de su control.

Ahora bien, este examen amplio del falseamiento del Estado de Derecho es justamente el objetivo de la *Opening Session* que celebramos, y que se desarrollará mediante las diversas ponencias que en este acto se van a exponer. Entre ellas, las que me han antecedido, pues la primera consecuencia del principio de legalidad en sentido amplio es la sumisión a la norma suprema que encabeza el ordenamiento jurídico: la Constitución. Y, en consecuencia, el mayor riesgo que corre el Estado de Derecho es el falseamiento del principio de constitucionalidad.

Este falseamiento puede consistir tanto en que la Constitución no cumpla con la función que ha de desempeñar, porque no establezca una limitación del poder ni garantice la libertad (es decir, porque no sea una auténtica Constitución, aunque así se la denomine oficialmente: Constitución meramente semántica), cuanto en que, pese a tener la Constitución un contenido adecuado, no sea efectivamente cumplida por los poderes públicos (Constitución meramente nominal, es decir, en el fondo, como se ha dicho en frase célebre, una “hoja de papel que el legislador puede reescribir a su capricho”), sin que rijan las garantías jurídicas que aseguren dicho cumplimiento, bien por carencia de ellas o bien por la falta de independencia de los controles jurisdiccionales al servicio de dichas garantías.

A ello ya han dedicado, con solvencia, sus exposiciones los doctores Allan R. Brewer-Carías y Néstor Pedro Sagüés, y a los controles y, en especial a la exigencia de una justicia independiente, dedicarán sus exposiciones los ponentes que intervendrán después.

A mí me corresponde examinar un aspecto concreto del Estado de Derecho, el del principio de legalidad en sentido estricto, no en sentido amplio, así como a su falseamiento. Eso es lo que haré a continuación.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Considerado de manera restringida, al principio de legalidad ya no se identifica con la sumisión a la totalidad del ordenamiento, sino a uno de los tipos de normas que lo integran: las leyes, en su condición de normas primarias infraconstitucionales. En consecuencia, el riesgo que debo analizar no es el de la “desconstitucionalización”, sino en concreto el de la “deslegalización” o más exactamente, el de la degradación de la ley y del principio de legalidad que le acompaña. Y desde la perspectiva del control, tampoco trataré del falseamiento del control de constitucionalidad, sino del control de legalidad. Con una precisión añadida: no me referiré al falseamiento de ese control desde el punto de vista orgánico, pues a la justicia independiente se dedicarán otras ponencias, sino desde el punto de vista normativo, esto es, examinando cómo se falsean, a veces, por el poder político, las exigencias que en la producción de actos y de disposiciones impone el principio de legalidad.

Dicho lo anterior, conviene dejar claro lo que el principio de legalidad en sentido estricto significa, que es, como se sabe, la vinculación positiva del Ejecutivo y la Administración a la ley, de manera que sólo pueden hacer aquello que le ley les permite, y la vinculación negativa de los ciudadanos a la ley, de forma que pueden hacer todo (principio general de libertad que es la base de un ordenamiento democrático) menos lo que la ley les prohíbe.

De ahí se derivan una serie de consecuencias, primero en cuanto a la sumisión del poder a la ley, que son, de un lado, el entendimiento restrictivo de los supuestos de apoderamiento al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley, bien por delegación parlamentaria, bien en situaciones de urgencia y, de otro, la interpretación también estricta, de la subordinación del reglamento a la ley, tanto porque no pueden entrar en materias reservadas a la ley, cuanto porque no puede modificar lo que las leyes hayan establecido sobre cualquier materia por ellas regulada. La reserva de ley y la subordinación completa del reglamento a la ley son, así, un requisito esencial del principio de legalidad.

Y en cuanto a la relación entre los ciudadanos y la ley, la consecuencia que se deriva es que sólo por ley pueden establecerse obligaciones ciudadanas, entre ellas, y no únicamente, las tributarias; que sólo por ley pueden limitarse (con apoyo constitucional, por supuesto, pues las leyes han de respetar su contenido esencial) los derechos de los ciudadanos; y que sólo por ley pueden establecerse sanciones, ya sean penales o administrativas.

También del principio de legalidad se deriva una condición respecto de la misma ley: en un Estado democrático de Derecho, la ley ha de ser producto de la voluntad democrática expresada en el parlamento, lo que significa, primero, que el parlamento ha de ser democrático, producto de elecciones por sufragio universal, libre, igual y secreto, transparentes, abiertas, sin restricciones, a la libre competencia entre partidos o agrupaciones ciudadanas, organizadas por una Administración electoral independiente y sometidas al control jurisdiccional; segundo, que en el procedimiento legislativo parlamentario no puede cercenarse el pluralismo político representado en la Cámara; y tercero, que los Gobiernos no pueden coaccionar, de ninguna manera, la autonomía legislativa de la Cámara.

Cuando cualquiera de todos estos requisitos, sobre la ley, y sobre las relaciones de la ley con el Gobierno y la Administración, se incumple, se falsea el principio de legalidad, que es lo que veremos a continuación.

4. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR SU USO INADECUADO

4.1. En las situaciones de emergencia. La pandemia del Covid-19 como banco de prueba

Las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia sanitaria que desde hace un año se ha extendido de manera global nos ofrecen un buen ejemplo de acerca de cómo, a través de dichas medidas, ha podido falsearse la legalidad, en unos casos por el uso abusivo del Derecho de excepción y, en otros, cuando no se ha acudido a él, sino al Derecho de la normalidad para atajar la crisis, por el uso inadecuado

de ese Derecho, pues ambos instrumentos jurídicos se han utilizado en determinados países en relación con la pandemia.

No voy a referirme con detalle a las condiciones constitucionales para la puesta en marcha del Derecho de excepción, pues ello sobrepasaría el objeto concreto de mi ponencia. Sólo advertiré que en el Estado constitucional y democrático de Derecho no son admisibles los apoderamientos constitucionales al Ejecutivo para actuar sin límites en situaciones de emergencia. Los plenos poderes, en definitiva, la dictadura constitucional (la vieja dictadura comisoria del Derecho Romano) para hacer frente a situaciones de crisis (naturales, sanitarias, sociales, económicas o políticas) que por su gravedad no puedan ser resueltas a través del Derecho ordinario, no son fórmulas compatibles con un Estado constitucional y democrático de Derecho.

De ahí que los controles políticos propios del Estado democrático no deban ser abolidos en situaciones de excepción, ni tampoco los controles jurisdiccionales propios del Estado de Derecho. De manera que, desde el punto de vista de una correcta teoría constitucional, el Derecho de excepción ha de estar limitado, material y procedimentalmente. Si en algún país esto no se cumpliera, nuestra obligación de juristas es denunciarlo y proponer, de *constitutione ferenda*, su reforma.

Dicho lo anterior, no me ocuparé de los defectos de constitucionalización que aún existe en determinados países acerca del Derecho de excepción, pues ello no es cometido de mi ponencia, pero sí a los defectos de legalización que, incluso cuando el Derecho de excepción está correctamente previsto en la propia Constitución, se han venido produciendo como consecuencia de que las medidas adoptadas han excedido de las previsiones constitucionales. Ello ha ocurrido en algunos países. Por citar el caso que mejor conozco, me referiré a España.

En España, efectivamente, el texto constitucional cumple fielmente las condiciones teóricas del Derecho de excepción ya aludidas más atrás. Las situaciones de emergencia (en España: estados de alarma, excepción y sitio) están previstas en la Constitución (art. 116) de manera material y procedimentalmente limitada: el Gobierno, para declarar cualquiera de esas situaciones y poner en marcha el Derecho de excepción, y prorrogarlo, ha de contar con la intervención del Congreso de

los Diputados, intervención también necesaria para sus prórrogas; tienen unos plazos exactos de vigencia (salvo, por razones elementales, el supuesto del estado de sitio); se asegura que durante la vigencia de esas situaciones no podrá disolverse el Congreso, ni interrumpirse su funcionamiento, así como tampoco el de los demás poderes constitucionales del Estado. Si bien, como es propio de las situaciones de emergencia, su declaración y prórroga pueden contener prescripciones limitativas de derechos fundamentales (e incluso de la distribución de territorial de competencias), sólo mediante los estados de excepción y de sitio (no el de alarma) podrán suspenderse algunos (tasados) de esos derechos (art. 55.1 de la Constitución). Creo, de manera objetiva, que España cuenta con uno de los Derechos de excepción más adecuados a lo que la teoría constitucional exige.

Sin embargo, si examinamos las medidas de emergencia adoptadas en España para hacer frente a la pandemia (todas bajo la cobertura del estado de alarma) cabe detectar un criticable apartamiento de lo que la Constitución prescribe. Así, en el primer estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 y que, con sucesivas prórrogas, estuvo en vigor hasta el 21 de junio de ese año, no sólo se limitaron derechos, sino que también, a mi juicio, se suspendieron derechos (de libre circulación, reunión y libertad de empresa), que es algo que la Constitución no permite mediante el estado de alarma. Y en el segundo estado de alarma, declarado el 25 de octubre y aún en vigor, el Gobierno optó por delegar en las comunidades autónomas la determinación de las medidas limitativas a adoptar, algo que, en mi opinión, el Derecho constitucional de excepción no permite, además de que se haya prorrogado, no por quince días como la Constitución prevé, sino por ¡seis meses! hasta el 9 de mayo de 2021. No creo, además, que sirva, como excusa de esa exorbitante duración, el hecho de que el propio Congreso (por mayoría) la hubiera aprobado, pues la intervención parlamentaria cada quince días no es una potestad disponible por la propia Cámara, sino una obligación constitucional que a ella se le impone y por eso una potestad a la que no puede, en Derecho, renunciar.

Por otra parte, en el periodo intermedio entre esos dos estados de alarma, es decir, entre finales de junio y finales de octubre, en el que se optó por hacer frente a la pandemia mediante la utilización, no del

Derecho de excepción, sino del Derecho de la normalidad, el Gobierno endosó a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de actuar escudándose en que el Estado carecía, en materia sanitaria, de competencias para ello, cuando resulta que eso manifiestamente no es así pues la Constitución, en esa materia, atribuye al Estado la competencia exclusiva para la legislación básica y la coordinación en todo el territorio nacional. Ello originó, además, la adopción, por reglamentos autonómicos, de medidas limitativas de derechos sin suficiente cobertura legal.

El control jurisdiccional capaz de corregir esos apartamientos de la Constitución está siendo ineficaz, pues, de un lado, en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del Derecho de la normalidad, las reclamaciones judiciales ordinarias dieron lugar a resoluciones contradictorias en distintos ámbitos territoriales; y en cuanto a las medidas que se tomaron durante la vigencia del estado de alarma, los recursos de inconstitucionalidad (que son los que corresponde dada la fuerza de ley de las declaraciones y las prórrogas) que en su día se interpusieron aún están si resolver por el Tribunal Constitucional, retraso que quizás podría ser reprochable, pero que también se explica por la carencia, en la Ley Orgánica del Tribunal, de un procedimiento especial, preferente y sumario, dentro del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, para las reclamaciones frente a la declaración y prórroga de los estados excepcionales.

Por lo demás, las consecuencias de todo orden (sanitarias, económicas y sociales) de estas actuaciones públicas (en uso de los poderes de excepción o de los poderes ordinarios), tan escasamente adecuadas a la Constitución, han sido patentes: un alto grado de ineficacia para hacer frente a la crisis. Cuando el Derecho se tuerce, el Derecho se venga, venganza que se traduce en inseguridad jurídica y, por ello, en inseguridad social por el incumplimiento de los fines a los que el Derecho ha de servir.

Pido disculpas por haberme extendido al examinar el caso español, pero me ha parecido necesario porque muestra un ejemplo de los defectos que, en plano de la legalidad, y para hacer frente a la pandemia, se han venido produciendo también en otros países, no de manera idéntica pero sí similar a lo sucedido en España, tanto si se ha hecho un uso no constitucionalmente adecuado del Derecho de excepción, como (y así

ha sido en algunos países, entre ellos Alemania) si se ha acudido exclusivamente al Derecho de la normalidad (al Derecho ordinario). En ambos supuestos, estamos asistiendo, en el panorama internacional, a falseamientos, en mayor o menor grado, del principio de legalidad.

Cualquier jurista bien informado que haya observado con detenimiento las medidas públicas adoptadas para hacer frente a la pandemia ha podido detectar, en la mayoría de los países, lo que antes acaba de decirse: tanto el uso inmoderado del Derecho de excepción, en unos casos, adoptando medidas que exceden de lo que para ese Derecho la Constitución ha previsto, como, en otros, el desvío del Derecho de la normalidad, adoptando medidas de Derecho ordinario que se han apartado de las reglas que, para el Derecho de la normalidad, también la Constitución prescribe. En este último caso, limitándose derechos de los ciudadanos sin suficiente cobertura legal, o ampliando indebidamente las competencias del poder Ejecutivo, con ruptura de la división y equilibrio de poderes que la Constitución determina. Y, en no pocos países, hibernando al parlamento, que debe ser, sin duda alguna, el centro de legitimidad del sistema (sea éste presidencialista o parlamentario), y cuyos cometidos no deben burlarse, ni en el Derecho de excepción ni el Derecho de la normalidad.

4.2. En la legislación gubernamental de urgencia

Es común (o al menos, muy frecuente) que las Constituciones apoderen al Gobierno para adoptar normas con fuerza de ley por razones de urgencia. Esta figura, que no tiene nada que ver con el Derecho de excepción, pues pertenece al Derecho de la normalidad, precisa de garantías suficientes para que ese modo extraordinario de legislar no sustituya a la ley parlamentaria; así, respecto del presupuesto de hecho habilitante, la necesaria interpretación restrictiva de la urgencia y la necesidad de la posterior intervención parlamentaria, y respecto de las materias que pueden regularse, la exclusión de aquellas que afectan a las instituciones principales del Estado y a los derechos de los ciudadanos. Tales precauciones son indispensables para que el Gobierno no suplante al parlamento en la legislación y, en definitiva, para que esta legislación gubernamental no se convierta en un modo ordinario de legislar.

Sin embargo, sucede que en muchos países, desde hace tiempo, y no sólo con ocasión de la pandemia, se ha venido haciendo un uso abusivo de la legislación gubernamental de urgencia (en forma decretos-leyes o normas similares aunque no tengan esa denominación) con el indebido desplazamiento de la ley parlamentaria. La pandemia simplemente ha intensificado ese abuso, que venía de mucho más atrás. La conversión, de manera ordinaria, del Gobierno en legislador mediante el uso inmoderado de la legislación de urgencia supone, sin duda, un grave quebranto del Estado de Derecho, que, aparte de en la Constitución, descansa en la ley como expresión de la voluntad popular representada en las Cámaras.

Por acudir al ejemplo que más conozco, en España, al decreto-ley se ha acudido, en el último decenio, con una frecuencia igual o superior a la legislación parlamentaria, como he denunciado en mi reciente libro, *Uso y abuso del decreto-ley*; y en el último año, 2020, se han dictado 39 decretos-leyes frente a sólo 14 leyes parlamentarias. Estos datos de 2020 se refieren al Derecho ordinario, al margen del gran número de disposiciones dictadas en ejercicio de Derecho de excepción. El panorama de elusión del parlamento no puede ser más sombrío. Así como la suplantación del parlamento por el Gobierno no puede ser más reprochable. Cuando de manera usual y ordinaria el Gobierno se convierte en legislador, ese desvío del principio de legalidad resulta incompatible con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

4.3. En la legislación gubernamental por delegación parlamentaria

La posibilidad, constitucionalmente admitida en determinados países, de que, por razones, no de urgencia, sino de complejidad técnica, el parlamento delegue en el Ejecutivo la facultad de dictar normas con fuerza de ley, puede originar un falseamiento de la legalidad si la delegación parlamentaria no impone límites exactos, tanto temporales (plazo tasado para el ejercicio de la delegación) como materiales (fijación de las bases o principios de los que no puede apartarse el resultado de la delegación).

Estas condiciones suelen darse en la mayoría de los casos, pero no obstante, en algunos otros, puede observarse que la delegación parla-

mentaria es tan abierta que deja un amplio margen para la regulación gubernamental, con quebranto del significado de la ley (norma cuya capacidad de regulación no deriva de la voluntad del Gobierno, sino de la voluntad democrática expresada en el parlamento) y del sistema de división de poderes. Por supuesto que el falseamiento de la ley también se da cuando, existiendo tales límites en la delegación parlamentaria, estos no son observados por el Gobierno a la hora de poner en práctica dicha delegación.

De ahí la necesidad de que estén implantado los suficientes controles para remediar tales desvíos de la legalidad, en especial controles jurisdiccionales sobre la inconstitucionalidad de una ley parlamentaria de delegación sin límites y sobre la ilegalidad (y al mismo tiempo también inconstitucionalidad) de una regulación gubernamental que no cumpla con los límites de la delegación. El problema es que dicho falseamiento de la legalidad quedaría sin remedio si el control jurisdiccional fallara, bien por su indebida aplicación, bien porque ese control no reúna las condiciones de independencia y solvencia técnica que le dan sentido. Y esto está sucediendo en algunos países.

4.4. En la degradación normativa de los preceptos legales

Otro modo, cada vez más frecuente, de falseamiento de la legalidad consiste en el desvalor normativo de la propia ley. Me refiero a la redacción de preceptos legales que no contienen auténticas normas jurídicas (precisas, directamente aplicables) o principios jurídicos (“derecho condensado” del que cabe deducir, objetivamente, consecuencias normativas), sino mera proclamación de intenciones, o proposiciones tan indeterminadas o abiertas que, de un lado, dejan un espacio prácticamente en blanco al Ejecutivo para desarrollarlas y, por otro, no sólo impiden su aplicación inmediata, sino que, además, dejan un margen (de discrecionalidad y a veces de libertad) tan amplio a su comprensión que convierte a la interpretación de las mismas en una tarea prácticamente impredecible. Estas leyes, programáticas o meramente didácticas, suponen un modo inaceptable de legislar, no sólo por la abdicación que realizan del correcto ejercicio de la potestad legislativa parlamentaria con el consiguiente debilitamiento de la división de poderes, o

por quebrantar la buena técnica legislativa, sino, lo que es peor, por vulnerar el principio de seguridad jurídica. Los jueces, en esos casos, a la hora de interpretarlas, en lugar de ser los aplicadores de las normas se convierten, de hecho, en los libres creadores de ellas.

4.5. En el activismo judicial

En este caso no me refiero al activismo judicial derivado del carácter no estrictamente normativo de algunos textos legales, que hace que su interpretación sea una tarea prácticamente libre, que es lo que he examinado antes, sino al activismo judicial representado por determinadas actuaciones judiciales que, simplemente, no respetan la ley. Ello puede suceder cuando, sin apreciar su inconstitucionalidad, los órganos judiciales deciden no tener en cuenta a la ley en la resolución de los casos. Este es hoy un problema de muy especial relevancia y actualidad, porque, al margen de supuestos absolutamente criticables de libre apartamiento judicial del deber de sumisión judicial a la ley, lo que más frecuentemente suele suceder es que dicho apartamiento esté relacionado con una comprensión inadecuada del principio de constitucionalidad o del llamado principio de “convencionalidad”.

El principio de constitucionalidad, correctamente entendido, significa que para que una ley no se aplique por considerarse injusta ha de apreciarse primero su inconstitucionalidad (bien por el poder judicial ordinario en los sistemas de control difuso, bien por la jurisdicción constitucional en los sistemas de control concentrado). De manera que, sólo por ser inconstitucional y razonarse así, la ley, en tales casos, puede ser inaplicable (o anulada). Si no se cumple esa condición, el activismo judicial que pretende, al margen de la ley, realizar “justicia material” (ateniéndose a las convicciones políticas o morales del juez) y no “justicia formal” (respetando la ley y las formas que del Derecho prescribe) ha de entenderse inconciliable con el Estado constitucional y democrático de Derecho.

El llamado principio de “convencionalidad” significa el otorgamiento a los tratados internacionales (especialmente a los tratados sobre derechos humanos) de una fuerza similar a las Constituciones, de manera que el juez, ante la contradicción de una ley con uno de esos trata-

dos, debe hacer prevalecer éste e inaplicar la ley que lo contradiga. Esta labor ha supuesto, sin duda, un paso adelante en la internacionalización de los derechos humanos, más aún cuando lo que se da es una “transnacionalización” de ellos por la existencia de convenios específicos de reconocimiento cuya fuerza de obligar está además garantizada por la existencia de tribunales a los que compete vigilar su interpretación y aplicación (casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Sin embargo, un uso inadecuado de ese principio puede llevar a desnaturalizarlo. Y así sucede cuando un juez nacional aparta a la ley por entenderla contradictoria con el tratado en supuestos no previstos exactamente por el tratado, o en casos en que la jurisprudencia de aquellos tribunales no está clara o no ha impuesto de manera incondicionada la solución que el juez nacional pretende extraer de ella. O cuando, al existir contradicción entre el tratado y la Constitución nacional, no ha apelado primero al procedimiento debido para salvar dicha contradicción.

En tales casos (no infrecuentes hoy), el principio de “convencionalidad” no debe amparar la postergación judicial de la ley, pues ello significaría incumplir los deberes que el Estado de Derecho impone.

4.6. En el uso de la potestad reglamentaria

Desde hace años el Estado de Derecho está siendo gravemente amenazado en determinados países por la indebida expansión normativa de los reglamentos. Con esto no me refiero a que el número de reglamentos sea superior al de leyes, que ello es perfectamente comprensible por razones derivadas de la necesaria capacidad de intervención y regulación que han de tener los Ejecutivos en el Estado democrático de nuestro tiempo.

Lo que debe denunciarse es otra cosa: la regulación reglamentaria independiente de la ley, esto es, no subordinada a la ley. Y eso sucede cuando los reglamentos invaden la reserva de ley, o cuando modifican materias reguladas por la ley. Y puede ocurrir en cualquier campo de la actividad normativa, pero con mayor gravedad aún cuando recae sobre un ámbito especialmente sensible para al Estado democrático como es

el de los derechos ciudadanos. Si, sobre cualquier materia, el reglamento no puede tener capacidad reguladora si no está apoderado por la ley, cuando se trata de derechos, el reglamento no puede, de ninguna manera, regular, pues sólo la ley es el instrumento debido para ello, de manera que, la tal materia, únicamente puede actuar, como complemento de ley, y siempre que la ley le haya habilitado expresamente para ello, en la regulación de cuestiones adjetivas y de detalle, no en cuestiones sustantivas. La ley no puede establecer habilitaciones en blanco a favor del reglamento.

Si la ley lo hiciera, estaría falseando el principio de legalidad. Falseamiento en el que también incurriría el reglamento si, con una habilitación legal vulneradora de ese principio, o sin habilitación legal alguna, introdujera reglas sustantivas en la regulación de los derechos de los ciudadanos. Este desprecio, por la misma ley de su función reguladora, o por el reglamento de la función de la ley que la Constitución determina, supone, como antes dije, una forma, lamentablemente extendida, de falseamiento del Estado de Derecho.

Y no cabe justificar esa actuación exorbitante de los reglamentos con el argumento (a veces utilizado) de que el poder Ejecutivo recibe también una legitimación popular, ya que en el Estado constitucional democrático (ya sea presidencialista o parlamentario), la potestad legislativa no reside en el gobierno (que en todo caso, directa o indirectamente, sólo descansa en una fracción de la representación: la mayoritaria), sino en el parlamento (en el que está representado el pluralismo político y por ello toda la sociedad). En definitiva, no resulta admisible apelar al principio democrático para justificar un poder reglamentario fuera de la ley, salvo que ese principio democrático se falsee y, con él, la división de poderes de la que no puede desligarse.

5. EL FALSEAMIENTO DE LA LEGALIDAD POR ABIERTA DESTRUCCIÓN DE LA MISMA

5.1. La destrucción del Estado de Derecho

El análisis que se ha venido haciendo con anterioridad está referido al falseamiento del principio de legalidad en Estados que cumplen, al

menos en cuanto a sus características generales, con la condición de Estados de Derecho, aunque, desde el punto de vista del principio de legalidad, fallen o tengan defectos que conviene subsanar. Cosa bien distinta es el de los países en los que el Estado de Derecho no es que tenga defectos, sino que no existe, por haberse destruido, pese a que la Constitución que así lo proclame no haya sido formalmente abolida.

Ello ocurre en las mal llamadas “democracias iliberales”, y digo mal llamadas porque un término así encierra dos afirmaciones contradictorias. Democracia liberal es un oxímoron, dado que democracia sin libertad no es democracia. Por eso prefiero en esos casos hablar de dictadura, que no deja de serlo porque haya eufemísticamente una norma denominada Constitución, cuando resulta que esa Constitución ha perdido su vigencia por haber sido derogada, *de facto*, por un sistema de poder político que se sostiene y actúa en abierta contradicción con ella. Si la Constitución ya no es la norma suprema, por haberse eliminado los controles que garantizan tal superioridad, en especial el control jurisdiccional independiente, y, en consecuencia, no puede cumplir con eficacia su doble fin de limitar el poder político y garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que sucede es que ni hay Constitución ni hay Estado constitucional ni hay Estado de Derecho.

Aquí ya no nos encontramos con defectos de una realidad jurídica imperfecta que pueden, y deben, subsanarse, siendo nuestra obligación de juristas la de proponer las mejoras convenientes para ello; sino ante situaciones que, por ser abiertamente contrarias a los mismos fundamentos del Estado de Derecho, deben, sin concesiones, denunciarse y combatirse, auspiciando, no reformas concretas, sino su radical transformación. Función que debemos asumir, de manera firme, y por supuesto pacífica: utilizando las armas de la razón que son las propias de nuestra condición de juristas.

En un Estado democrático el poder público no puede estar por encima o al margen del Derecho, por la sencilla razón de que sólo dentro del Derecho pueden garantizarse la libertad y la igualdad y asegurarse una paz ciudadana asentada en la dignidad de las personas. En definitiva, sin el Estado de Derecho, ninguno de esos fines puede conseguirse.

De ahí que el Estado democrático, social y de Derecho sea un sistema en el que no cabe prescindir de cualquiera de sus tres elementos.

Sólo mediante el Derecho puede garantizarse la democracia. Sólo es legítimo el Derecho si es democrática su emanación y si el propio Derecho en sus contenidos cumple con la concepción material de la democracia. Sólo puede haber un Estado social efectivo si es, al mismo tiempo, democrático y de Derecho. Si así no sucede, lo que habrá, simplemente, será una dictadura, basada en la fuerza o disimulada bajo el manto de la demagogia. Hoy, aunque pervivan aún ciertos casos, no es ya la dictadura militar el modo más genuino de la tiranía, sino otro menos brutal, pero quizás más grave: el populismo, que es, por desgracia, una lacra extendida en el panorama político de nuestro tiempo.

Las consideraciones que anteceden están relacionadas con el principio de legalidad en sentido amplio y por ello no voy a extenderme más sobre ellas, pues exceden el ámbito concreto de mi ponencia. Sólo las he recordado porque el quebranto de la legalidad también se emplea como sinónimo del quebranto del Derecho, situación que históricamente pretendió eliminar el Estado constitucional, al propugnar que “el gobierno de los hombres” fuera sustituido por “el gobierno de las leyes”.

5.2. La destrucción de la legalidad

Ateniéndome, pues, al cometido de mi ponencia, de lo que ahora trataré es de la destrucción de la ley en su significación estricta, esto es, de la ley que debe emanar de la voluntad popular representada en el parlamento. En tal sentido, no pueden revestirse con el nombre respetable de la ley aquellas que, por carencia de un auténtico parlamento democrático, se producen en las dictaduras que aún existen, lamentablemente, en algunos lugares del mundo.

Pero tampoco merecen el carácter de leyes las que se dictan en un Estado con parlamento auténticamente representativo si éste ha sido falseado, pues resulta obvio que la ley se destruye si el parlamento ya ha sido destruido, bien por desapoderarle de sus potestades propias (entre ellas, y muy principalmente, la legislativa), bien por haberlo suspendido o suplantado. Lo que sucede si el poder político evita la renovación del parlamento a través de elecciones parlamentarias democráticas, transparentes y abiertas o si el poder político, para desactivar al parlamento democrático, crea al margen suyo una cámara no democrática que lo sustituya o invalide. La ley, en sentido constitucional-democrático, ha-

bría sido destruida, pues a las decisiones tomadas por un poder que ha suspendido o amordazado al parlamento o por una cámara que ilegítimamente lo hubiera suplantado, ya no puede llamárselas leyes, aunque así lo pretendieran.

Esta forma de destrucción de la ley se produce hoy en algún país iberoamericano, destacadamente en Venezuela, a la que sólo, eufemísticamente, podría calificarse de Estado constitucional democrático. Y aquí se revela muy bien la exactitud de un axioma constitucional: que la destrucción de la ley no significa sólo la destrucción de una fuente del Derecho, sino la del Derecho en su conjunto, o lo que es igual, que en el Estado democrático no pueden separarse al principio de legalidad en sentido estricto y el principio de legalidad en sentido amplio, pues cuando el primero se vulnera, también, inevitablemente, se vulnera el segundo.

El Estado de constitucional y democrático de Derecho no admite compartimentos estancos: si la ley cae también está cayendo la Constitución; si cae el parlamento democrático también está cayendo la democracia; si la independencia judicial no está garantizada, el Estado de Derecho desaparece.

Una sabia máxima del Derecho Romano, aplicable tanto a las relaciones privadas como a las instituciones públicas, dice así: *“Vigilantibus non durmientibus iura succurrunt”*. Esto es, “vigilando y no durmiéndose se protegen los derechos”. Los juristas debemos no olvidarla en el ejercicio de nuestro particular saber: que no es otro que enseñar y practicar las exigencias que el Estado de Derecho impone. Sólo una vigilancia constante puede impedir que el Estado de Derecho se malogre. Esa es nuestra responsabilidad. La de ejercer una vigilancia permanente para que las exigencias del Estado de Derecho sean observadas, por los particulares, pero sobre todo por los poderes públicos, denunciando los casos en ello no se haga y procurando su remedio, como nuestras propias y pacíficas armas, que no son otras que las de la razón.

6. CONCLUSIONES

Hoy el mundo está experimentando, en casi todos los lugares (aunque en algunos de manera más grave), un decaimiento de las razones del

Derecho, o si se quiere, del buen Derecho, que no es otro que el constitucional-democrático. Cunden los extremismos, los fundamentalismos, los movimientos identitarios, la demagogia, en suma, pervirtiendo los principios nucleares de la democracia representativa y de la igualdad de derechos de todos los ciudadanos. A ello se suma un decaimiento de la división de poderes reflejado en la atonía de los parlamentos y en la prepotencia del poder Ejecutivo. Es cierto que, en algunos países, se está reaccionando frente a esa deriva (por ejemplo, recientemente en los Estados Unidos de América) y que en otros la infección todavía no ha llegado a producirse con intensidad, pero también es cierto que ese mal se extiende, amenazando a la forma política (la democracia constitucional) que ha deparado, históricamente, las mejores oportunidades para el progreso y la convivencia pacífica.

Puede que la democracia constitucional esté en crisis, pero de ella no se sale pervirtiéndola, sino mejorándola por medio de reformas que la aproximen a las necesidades de nuestro tiempo. Reformas para mejorar el funcionamiento de los partidos políticos; la eficacia y centralidad de los parlamentos; la potenciación de los controles; la independencia, agilidad y eficacia de la justicia; la ejemplaridad de los políticos y de las instituciones; la consecución de la igualdad; y, en fin, la extensión entre los ciudadanos de la cultura cívica. Pero todo ello sin poner en cuestión los principios a los que la democracia constitucional no puede renunciar, so pena de desaparecer. Entre esos principios se encuentra uno fundamental: el del respeto al Derecho y, por ello, a la ley, cuyo cumplimiento han de garantizar unos tribunales auténticamente independientes.

Ese es el reto urgente que nuestro tiempo nos plantea, pues a la actual pandemia sanitaria (de tan graves efectos para la vida, la sociedad y la economía) se ha sumado otra pandemia de mayor alcance y más difícil solución, a mi juicio: la pandemia política que cabalga a lomos de la demagogia (con ímpetu acrecentado gracias a las nuevas técnicas de comunicación, entre ellas las llamadas redes sociales). Para esta otra pandemia no existen más remedios que los derivados de la defensa de la institucionalidad y del Derecho, pues fuera del Derecho y las instituciones no puede haber seguridad, libertad, igualdad y prosperidad, sino el regreso al hobessiano estado de naturaleza caracterizado por la lucha

de todos contra todos, donde los fuertes siempre triunfarán sobre los débiles y donde la sociedad estará condenada al miedo, a la desesperación y a la miseria.

Por ello, el Estado constitucional y democrático de Derecho no tiene alternativas. Defenderlo es hoy, pues, obligación de todos, y muy especialmente obligación de los juristas que ejerzan fielmente las funciones que su saber les ha encomendado.