

Cómo y por qué legislar con
espíritu moralizador degrada
el ideal de la ley y los derechos
humanos



**PABLO
DE LORA**

Los derechos en broma

**LA MORALIZACIÓN
DE LA POLÍTICA EN LAS
DEMOCRACIAS LIBERALES**

DEUSTO

Los derechos en broma

La moralización de la política en las
democracias liberales

PABLO DE LORA



EDICIONES DEUSTO

© Pablo de Lora, 2023

© Centro de Libros PAFP, SLU., 2023

Deusto es un sello editorial de Centro de Libros PAFP, SLU.

Av. Diagonal, 662-664

08034 Barcelona

www.planetadelibros.com

Primera edición: septiembre de 2023

Depósito legal: B. 12.277-2023

ISBN: 978-84-234-3610-1

Preimpresión: Realización Planeta

Impreso por Gómez Aparicio Grupo Gráfico

Impreso en España - *Printed in Spain*

La lectura abre horizontes, iguala oportunidades y construye una sociedad mejor. La propiedad intelectual es clave en la creación de contenidos culturales porque sostiene el ecosistema de quienes escriben y de nuestras librerías. Al comprar este libro estarás contribuyendo a mantener dicho ecosistema vivo y en crecimiento. En **Grupo Planeta** agradecemos que nos ayudes a apoyar así la autonomía creativa de autoras y autores para que puedan seguir desempeñando su labor.

Dirígete a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesitas fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puedes contactar con CEDRO a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 91 702 19 70 / 93 272 04 47.



El papel utilizado para la impresión de este libro está calificado como **papel ecológico** y procede de bosques gestionados de manera **sostenible**.

Sumario

Introducción. Una exposición de motivos	9
1. Las razones de la ley.	29
2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo	63
3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario.	107
4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación	153
5. Constitución, populismo y democracia	183
Epílogo. Las fronteras del derecho: tomarse la moral en serio	235
Bibliografía	243

Las razones de la ley

«Será ley.» Lo habrás oído decenas de veces en los últimos tiempos en boca de quienes, por ejemplo mediante el Proyecto de Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (conocida popularmente como «ley trans»), han estado pugnando por la reforma de la legislación vigente en materia, entre otras, de rectificación registral de la mención del sexo.³⁰

Más de 400.000 normas fueron aprobadas desde 1979 y hasta 2021 por todas las Administraciones públicas españolas de acuerdo con el estudio de Juan S. Mora-Sanguinetti. Sólo en ese último año se dictaron 12.704, mientras que en el período anterior a la democracia el número de normas aprobadas ascendía a unas tres mil por año.³¹ La complejidad relacional entre ellas ha aumentado sensiblemente y su

30. Esta ley, la 4/2023, de 28 de febrero, fue finalmente publicada en el BOE de 1 de marzo de 2023.

31. Mora-Sanguinetti, 2022, p. 237.

carácter exponencialmente abstruso hace de su legibilidad e inteligencia todo un desafío.³² El Código Penal llamado «de la democracia», el texto aprobado en 1995, ha sido reformado desde entonces más de treinta veces, y no precisamente para ponérselo sencillo al aplicador del derecho, como indicaba antes a propósito de la ley del sólo sí es sí.

No todas aquellas normas establecidas «han sido ley», pues, como sabe cualquier estudiante de Derecho que da sus primeros pasos, la ley es una, pero no la única, de las fuentes del derecho, esto es, de los modos de producción de normas.³³ En ese conjunto de estándares normativos con los que organizamos la vida común y regulamos el comportamiento de los ciudadanos mediante el respaldo del uso monopolístico de la fuerza por parte del Estado, la ley es el «vehículo»³⁴ en el que se insertan las normas jurídicas; la «forma» o «instrumento» prioritario, el dotado de mayor fuerza, tanto para *desplazar* a otras leyes previas —excepción hecha de la Constitución, como veremos— como para *resistir* en caso de que una norma con menos rango entre en conflicto con ella. Cuando afirmamos vivir en un Estado de derecho, o desear hacerlo, en el que «imperla la ley», lo que decimos es que ese «vehículo» (la ley) en el que se in-

32. *Ibidem*, pp. 241-242.

33. En una formulación decimonónica, el Código Civil establece en su artículo 1.1 que las fuentes del derecho son «la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

34. La expresión es de Francisco Laporta (2022). El artículo 1 del Código Civil menciona también «la costumbre y los principios generales del Derecho» como «fuentes» del derecho, aunque en el Estado constitucional el sistema de fuentes es extraordinariamente más complejo y las dos segundas son extraordinariamente residuales.

sertan las normas jurídicas es el que debe primar, abrirse paso en el tráfico jurídico con la preeminencia del coche de bomberos, la policía o la ambulancia.

Y ello porque la noción moderna de «ley» está férreamente vinculada a la voluntad popular (es su «expresión», dice la Declaración francesa de 1789 en su artículo 6), pero también a otros valores o ideales que nos son muy caros y que conforman el ideario de la Revolución francesa: la primacía de la libertad, es decir, que la ley sólo debe prohibir lo dañino para la sociedad; que lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y que no cabe imponer hacer lo que no es legalmente obligatorio [artículo 5]. De suerte tal que la ley establece ese perímetro que permite que la libertad de cada cual sea compatible con el ejercicio de los derechos naturales de los demás hombres [artículo 4], o, como dirá contemporáneamente el filósofo John Rawls, con un esquema general de libertades para todos.³⁵

Bajo esos presupuestos, la ley, según condensa Francisco Laporta, «es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales y abstractas sobre la protección y [los] límites a la libertad y la propiedad de los ciudadanos».³⁶ Como ha recordado oportunamente Laporta, es difícil exagerar la influencia en el orden institucional de ese

35. Rawls, 1971.

36. Laporta, 2022, p. 257. «La ley es un instrumento normativo creado deliberadamente por los órganos representativos electivos superiores de una comunidad (Parlamentos o Asambleas) subordinado a la “Constitución” y superior en rango a los reglamentos del gobierno y la administración ejecutiva, que pone en vigor (o deroga) normas jurídicas generales sobre la organización de los poderes y aspectos de la vida individual y social de la comu-

imaginario revolucionario que supuso la Declaración francesa. Su recepción universal fue temprana y llegó, ejemplifica Laporta, hasta la Constitución Imperial de Brasil de 1824.³⁷ No es un capricho afirmar «será ley» por estas y otras razones que analizaré, y sobre las que abundaré, enseguida.

La denuncia que hace Mora-Sanguinetti de lo contraproducente que resulta la exacerbada producción normativa (aspecto con el que abría este capítulo) no es nueva. Ya en 1995 habían saltado las alarmas, y una comisión de expertos llamaba la atención sobre la mala técnica legislativa que se gastaba en España; el proceso de rampante «decodificación» y la urgencia que ya había de proceder a una «recodificación». En parecidos términos se pronunciaba un informe del Círculo de Empresarios de 2018 sobre la mala calidad de las leyes.³⁸

A ello añádase el abuso de ese instrumento normativo, a caballo entre lo legislativo y lo ejecutivo, que es el decreto ley, previsto para situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad» de acuerdo con lo que establece el artículo 86 de la Constitución española, pero que, al menos en los últimos años, se ha convertido en instrumento legislativo rutinario. En el año 2020, en el que hubo que afrontar la excepcionalidad de la pandemia de la COVID-19, fueron 39

idad considerados relevantes por la cultura vigente», dirá en una formulación más depurada páginas después; *ibidem*, p. 264.

37. *Ibidem*, p. 256.

38. Arruñada, 2020.

los decretos leyes que se convalidaron, pero la tendencia ya era preocupante desde tiempo atrás. En 2012, en plena crisis económica de la llamada Gran Recesión, fueron 29, como en 1997. Ambas cifras se superaron en 2021 (31 decretos leyes), y en el año 2022, ya en plena «normalidad pospandemia» se alcanzaron los 20.³⁹ Pero hay más: el propio gobierno español ya los anticipa como proyectos de ley. Así lo hace mediante el anuncio en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados de su Plan Anual Normativo para el año 2023, en el que ya prevé que, junto con tres leyes orgánicas y 33 leyes ordinarias, aprobará 81 decretos leyes. ¿Cabe mayor prueba de la degradación del presupuesto habilitante —la extraordinaria y urgente necesidad— de dicho instrumento normativo?⁴⁰

Con todo, una métrica más ajustada, como han señalado Eva Belmonte, David Cabo y Carmen Torrecillas, ofrece una mejor imagen del abuso. Así como durante los años 1996-2004 el número de páginas de decretos leyes fue de 63, desde 2018 esa cifra es de 918.⁴¹ De la dimensión del fraude, y ya no del abuso, da buena cuenta el hecho de que, pese a la

39. Los datos proceden de <<https://www.epdata.es/datos/numero-reales-decretos-aprobados-espana-estadistica/591>>.

40. El plan se puede consultar en la página del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, <<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/mpresidencia14/Paginas/2023/030323-bolanos-plan-normativo.aspx>>. El dato procede de la página 11 del documento, véase <<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2023/310123-PAN2023.pdf>>.

41. Belmonte, Eva; Cabo, David; y Torrecillas, Carmen, «La crisis sanitaria y económica acelera el aluvión de decretos ley[es], que bate todos los récords con Sánchez», Civio, 7 de julio de 2022, <<https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2022/07/07/decretos-ley-desde-1996/>>.

«extraordinaria y urgente necesidad», ha habido decretos leyes que, tras su convalidación parlamentaria, han tardado hasta 16 días en ser publicados en el BOE.⁴² Otros han establecido un período de *vacatio legis* (un interregno hasta la entrada en vigor de la norma) de hasta 8 meses.⁴³ Urgencia, pero sin prisas. La exhumación de Franco en el Valle de los Caídos se dispuso por razones de extraordinaria y urgente necesidad, cuando habían transcurrido 43 años desde su enterramiento, dada la «[...] perentoria exigencia de dar cumplimiento a los reiterados requerimientos de Naciones Unidas que, en los últimos años, ha venido requiriendo al Estado español para que dé cuenta de las medidas adoptadas en materia de memoria histórica y regeneración democrática».⁴⁴ Entre dichos requerimientos se mencionaba un informe de un grupo de trabajo de Naciones Unidas emitido cuatro años antes.

Otros decretos leyes se han justificado en que no cabía esperar más tiempo para resolver problemas como el de la

42. Fue el caso del Real Decreto Ley 12/1999, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la contención del gasto farmacéutico en el Sistema Nacional de Salud.

43. Se trata del Real Decreto Ley 1/2023, de 10 de enero, de Medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. Véase Belmonte, Eva, «El extraño caso de los decretos ley[es] que tardaron semanas en llegar al BOE», Civio, 16 de enero de 2023, <<https://civio.es/el-boe-nuestro-de-cada-dia/2023/01/16/cuando-no-hay-prisa-por-publicar-un-decreto-ley/>>.

44. Exposición de motivos del Real Decreto Ley 10/2018, de 24 de agosto, por el que se modifica la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (conocida comúnmente como «ley de memoria histórica»).

brecha salarial de género o la infrarrepresentación de las mujeres en carreras CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), asuntos de enorme complejidad y que en buena medida permanecen irresueltos, por mucho que el gobierno dictara el Decreto Ley 6/2019 de «medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación» y que el Tribunal Constitucional haya avalado recientemente la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad de dicha norma.⁴⁵

La mayoría de esos decretos leyes siguen, además, el pernicioso método de englobar materias inconexas,⁴⁶ aprovechando la transposición de directivas europeas, algo que también se ha acostumbrado a hacer el legislador en las llamadas «leyes ómnibus»,⁴⁷ o las leyes de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado, o pervirtiendo

45. Lo hace, a la espera de dar a conocer su sentencia, en la «nota informativa» 23/2023, de 21 de marzo de 2023: <https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_023/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2023-2023.pdf>. Esa denuncia también se ha hecho en relación con la urgente y extraordinaria necesidad de dictar medidas provocadas por la crisis financiera de 2008. Así se hizo en los votos particulares de la magistrada Adela Asúa Batarrita y los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Fernando Valdés Dal-Ré en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 199/2015, de 24 de septiembre de 2015, sentencia en la que se enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto Ley 8/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

46. Véase, para todos, el más extenso de todos los decretos leyes aprobados hasta la fecha: el Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que ocupa 252 páginas.

47. «Saco», «escoba» son también denominaciones acostumbradas entre los constitucionalistas —por ser bien expresivas.

el proceso de enmiendas de normas que nada tienen que ver con el asunto que se somete a reforma —lo que se conoce como «enmiendas intrusas»—, con lo que se quiebra el principio de «homogeneidad», una garantía para que el proceso legislativo sea constitucionalmente aceptable, como ha destacado el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia consolidada.⁴⁸

Todo lo anterior ha ocurrido hasta el extremo de que el Poder Ejecutivo impulse la modificación de la forma de elección de órganos constitucionales tan importantes como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, aprovechando el trámite de enmiendas en una reforma del Código Penal espuriamente destinada al «caso» de los líderes del golpe de Estado en Cataluña,⁴⁹ una evidente «reforma de caso único», pero tramitada como una «exigencia de adaptación al derecho europeo» mediante procedimiento de urgencia, hurtando con ello el imprescindible debate y el contraste sosegado entre los grupos parlamentarios sobre una decisión tan trascendental.⁵⁰

48. Entre las primeras, la STC 119/2011, de 5 de julio de 2011, que resuelve, a su favor, el recurso de amparo de un grupo de senadores del PSOE que cuestionaban la constitucionalidad de la introducción por parte del Grupo Popular de enmiendas a la Ley de Arbitraje mediante las que se introducía en el Código Penal, entre otros, el delito de convocatoria ilegal de un referéndum.

49. Se trataba de lograr su vuelta a España, o de habilitarlos para el cargo público, mediante la rebaja de sus penas firmes o posibles, dictadas o imponibles por la comisión de los delitos de malversación y sedición.

50. Así lo establece la STC 119/2011 mencionada anteriormente. A mi juicio, y al de otros muchos, este asunto ha llevado al sistema institucional español a la que, sin exageración, cabe describir como una de sus más graves

A la luz de los férreos controles que han ejercido los gobiernos sobre los grupos parlamentarios que le dan apoyo, no debe extrañar que sólo cuatro decretos leyes hayan dejado de ser convalidados por el Parlamento en 26 años;⁵¹ ni es exagerado afirmar que del ideal deliberativo del órgano llamado a legislar, el Parlamento, apenas quedan trazas a poco que uno siga los debates parlamentarios, las dinámicas de los partidos y los resultados legislativos. En España, y en los días en los que se escriben estas páginas, el «legislador», ese que según John Locke, es el «alma que da forma, vida y unidad a la comunidad política»,⁵² se encuentra en estado terminal.

Hay otras dimensiones en la erosión del ideal de la legalidad en las que conviene detenerse. Por un lado está la profusión de formas de normatividad ambiguas —lo que se viene conociendo como *soft law*—, y por otra parte tenemos el uso bastardo de la ley, el abuso y el fraude de ese instrumento normativo, una consecuencia que quizá resulta inevitable por el desbordamiento de funciones exigidas al Estado

crisis desde el advenimiento de la democracia tras la muerte de Franco (excepción hecha de los golpes de Estado del 23-F y del protagonizado por las autoridades catalanas en los meses de septiembre y octubre de 2017). Pocos dudan de la flagrante contravención que, para la arquitectura constitucional española, hubiera supuesto la aprobación de dichas enmiendas; pero es igualmente peligrosísimo el precedente de dictar unas medidas «cautelarísimas», a solicitud de los diputados recurrentes en amparo, que, en aras de la preservación de su derecho a la participación recogido en el artículo 23 de la Constitución española, ha implicado la paralización de un procedimiento legislativo. La aceptación de esas medidas cautelarísimas se hizo mediante Auto 177/2022, de 19 de diciembre.

51. Belmonte, Cabo y Torrecillas, artículo cit., 7 de julio de 2022.

52. La cita procede del segundo tratado de Locke, 1970, p. 425.

moderno (prestacional, distribuidor, social...), pero que en los últimos tiempos se ha exacerbado de una manera colosal y apenas entrevista.

«¿Qué tienen aún de común con el concepto clásico de ley [...] las leyes de ayuda a la inversión, los preceptos sobre el fomento de la industria pesquera del arenque a través de la entrega de combustible diésel rebajado y, sobre todo, las numerosas subvenciones legales a determinadas ramas de la economía?»,⁵³ se preguntaba el jurista alemán Otto Bachoff hace más de sesenta años, un asunto sobre el que también más recientemente ha reflexionado el renombrado jurista italiano Luigi Ferrajoli.⁵⁴

Y añadía Bachoff: «Tales leyes son actos de dirección política [...]. Lamentarse de esta evolución es inútil, porque es algo inevitable, adecuado al Estado moderno y, finalmente, porque no se puede impedir».⁵⁵ La ley, en ese sentido clásico al que aludía Bachoff, era, en sus propias palabras, el «escudo de la libertad y del derecho»; la «Carta Magna de la Libertad».⁵⁶

Llevamos casi un siglo conviviendo con la diversificación que supone la existencia de leyes-edicto, leyes-programa, leyes-medida, leyes-fotografía, o leyes «puramente retóricas» como las describió Liborio Hierro,⁵⁷ o, más re-

53. Bachoff, 1963, pp. 41-42.

54. Ferrajoli, 2010, p. 12.

55. Bachoff, 1963, pp. 38, 40.

56. Ídem.

57. Hierro, 1996, p. 294.

cientemente, «leyes volitivas», al decir de Eloy García.⁵⁸ En ese género figura también lo que me atrevo a denominar como «leyes santimonia». Se trata de normas cuyo contenido prescriptivo es escaso, y flota, un tanto indecorosamente, en un mar de proclamas ideológicas variopintas; de buenos propósitos; de descripciones necesariamente sumarias, y muchas veces falseadas, de los estados de la ciencia; de supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos»; y de repastos históricos innecesariamente prolijos e inmensamente superficiales —como he tenido ocasión de ejemplificar en la exposición de motivos de este ensayo—. De las normas que componen la «legislación santimonia», más que decir que «establecen», «disponen» o «prescriben», se debe decir que «rezan», ha dicho con suma pertinencia Benito Arruñada.

En la legislación santimonia, el legislador aprovecha para imponer un cierto relato, como ha destacado el constitucionalista Andrés Betancor.⁵⁹ La retórica del relato se traslada de la exposición de motivos —frecuentemente profusa y gratuitamente extensa como sabemos— a un articulado en el que se expresa más que se prescribe; se anuncia más que se ordena; se desea más que se regula. Y todo con el afán, apenas disimulado, de mostrar músculo moral. Cuando este libro termina de escribirse, la Comunidad Autónoma de Aragón ha promulgado una «Ley de Cultura de la Paz en Aragón».⁶⁰ En su exposición de motivos (ocupa la

58. García, 2023.

59. Betancor, 2022.

60. Ley 8/2023, de 9 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* el 23 de marzo de 2023.

mitad de una ley que cuenta con nueve artículos), el legislador aragonés da cuenta de que «antropólogos e historiadores han demostrado que los seres humanos están programados para la cooperación y la ayuda mutua» y que «en Aragón, la cultura de la paz tiene un fuerte arraigo, vinculado con la fuerza del pacto como tradición». El legislador aragonés se remonta a las «asambleas de paz y tregua», del siglo XII, o al Compromiso de Caspe, de 1412. Mejor no remontarse a julio de 1938 cuando empezó a librarse la batalla del Ebro.

Refiriéndose a la legislación abolicionista en materia de prostitución, Daniel Gascón, un aragonés ilustre a fuer de universal, ha sintetizado felizmente la piedra angular sobre la que se asienta la política legislativa santimonia: «[...] en la lucha contra el mal lo que importa es sentirse bien».⁶¹ Y sobre todo parecerlo, añadido yo: en la Ley de Cultura de la Paz en Aragón, la comunidad autónoma se propone hacer lo que no puede dejar de hacer —que se cumplan los compromisos internacionales de España, proteger a las víctimas de violencia— o promover aquellos fines sobre los que nadie sensatamente podría estar en desacuerdo: fomentar la paz, investigar sobre la paz y educar en ella, divulgar su importancia, promover el diálogo...

En la legislación santimonia predominan los anuncios, como decía, así como los prolijos listados de intenciones u objetivos que muchas veces serán las tareas que de ordinario tienen encomendadas las Administraciones públicas sin necesidad de que se reiteren; o lo que va de suyo que

61. Gascón, 2022.

puede hacer el Gobierno sin necesidad de anunciarlo ni de establecer permiso alguno, y, al fin, un elenco de principios «rectores» cuya mención huelga puesto que, o bien no podrían dejar de regir sobre esa regulación, o bien ya se encuentran constitucionalmente consagrados.

El caso de la alusión al principio de igualdad y no discriminación es paradigmático. Por ejemplo, el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación establece que el «Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación» se rige por los principios de «calidad, coordinación, cooperación, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, internacionalización, apertura de la investigación científica, evaluación de resultados, igualdad de trato y oportunidades, inclusión y rendición de cuentas». Añadiendo: «Estos principios deben estar en consonancia con los fundamentos de una investigación abierta, inclusiva y responsable».⁶²

En la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, una ley destinada a, entre otras metas, «descarbonizar la economía española» y alcanzar, en un plazo determinado de tiempo, la reducción de gases de efecto invernadero, la generación de electricidad a partir de energías de origen renovable y la «neutralidad climática», se establece, entre otros principios rectores, el de igualdad entre hombres y mujeres [artículo 2 i)].⁶³

62. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 25 de febrero de 2022.

63. Conviene señalar de nuevo que para lograr los anteriores objetivos no hay apelación a principios, programas, estrategias o propósitos, sino crasas prohibiciones: no habrá «nuevas autorizaciones de exploración, permisos de investigación de hidrocarburos o concesiones de explotación para los

La Ley 16/2012, de 28 de junio, de Apoyo a las Personas Emprendedoras y a la Pequeña Empresa del País Vasco⁶⁴ dispone en su artículo 15 que: «Las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dentro de su respectivo ámbito de competencia, adoptarán los oportunos programas y actuaciones de apoyo a la actividad emprendedora en orden a la consecución de los objetivos señalados en el artículo anterior». ¿Acaso no podían hacerlo? ¿Hace falta decirlo?

La disposición adicional centésimo trigésima («Creación de la Agencia de Supervisión de Inteligencia Artificial») de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 dispone que: «Se autoriza al gobierno a impulsar una ley [...]».⁶⁵ El gobierno ya cuenta con dicho permiso establecido constitucionalmente sin necesidad alguna de que otra ley «lo autorice». El subconsciente gubernamental traiciona: se trata de exhibir que el gobierno está atento, es consciente y está dispuesto a «impulsar», a «adoptar oportunos programas y actuaciones...».

De las 20 páginas que ocupa el Proyecto de la Ley de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, 12

mismos» [artículo 9.1], ni de «[...] exploración, permisos de investigación o concesiones directas de explotación, ni sus prórrogas, regulados al amparo de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, de minerales radiactivos, tal y como se definen en la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, cuando tales recursos sean extraídos por sus propiedades radiactivas, fisiológicas o fértiles» [artículo 10.1].

64. BOE de 19 de julio de 2012.

65. Véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 17 de junio de 2022.

de ellas se dedican a la exposición de motivos. El proyecto cuenta con 19 artículos, entre los que destaca el deber de los «agentes de la cadena alimentaria» de jerarquizar las prioridades en cuanto a las pérdidas y al desperdicio alimentario de acuerdo con una lista de posibles destinos en la que, en primer lugar, figura la donación de alimentos. Así, de acuerdo con el artículo 5, la prioridad es donar los alimentos, un objetivo sin duda loable pero sometido a grandes incertidumbres en cuanto a su efectiva aplicación. De hecho, no está prohibido no donar, sino más bien *no justificar debidamente no hacerlo*, pues ello resulta finalmente posible de acuerdo con ese mismo artículo. ¿Las consecuencias de la infracción de esa «indebida justificación»? La comisión de una «infracción leve» que se puede multar hasta con 2.000 euros, lo cual bien podría entenderse como «el precio a pagar por no atender a la jerarquía de prioridades» al haber decidido, en primer término, no dar sino atender a otros usos. La técnica de «multar por la indebida justificación de una no-priorización» haría las delicias de cualquier gobernante o cacique del Antiguo Régimen por el amplísimo margen que atribuye a la administración en el ejercicio de su poder sancionatorio.

La ley también es profusa en proclamar propósitos de sensibilización y formación para que los agentes «actúen de forma activa en la prevención y reducción de las pérdidas y [del] desperdicio alimentario» y para «implicarlos» —de nuevo «no obligarlos»— en esta acción [artículo 11 e)]. Con respecto al pequeño comercio, se adoptarán medidas para que dispongan de líneas de venta de productos «feos», «imperfectos» o «poco estéticos» [artículo 11 d)]. Las vaguedades

des e inconcreciones son razonablemente intranquilizadoras para los agentes que participan en la distribución y comercialización de alimentos, y probablemente acaben tirando por la calle de en medio despojándose de más de lo razonable. De nuevo, la seguridad jurídica para los destinatarios de las normas se presenta en bancarrota.

La Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de Igualdad de trato y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Cataluña lista en su exposición de motivos un total de 33 razones de discriminación prohibidas,⁶⁶ y el objetivo de erradicar: «[...] el racismo y la xenofobia; el antisemitismo, la islamofobia, la arabofobia, la cristianofobia, la judeofobia o el antigitanismo; la aporofobia y la exclusión social; el capacitismo; la anormalofobia; el sexismo; la homofobia o la lesbofobia, la gayfobia, la transfobia, la bifobia, la intersexfobia o la LGBTIfobia, y cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas».

Impulsar, implicar, sensibilizar, concienciar, promover, seguir, implementar, informar, inspeccionar, evaluar, educar, orientar, supervisar, acompañar, armonizar, fomentar, vigilar..., éstos son, entre otros, los infinitos infinitivos que colonizan la legislación santimonia.

66. «[...] nacimiento o lugar de nacimiento; procedencia, nacionalidad o pertenencia a una minoría nacional; raza, color de piel o etnia; opinión política o de otra índole; religión, convicciones o ideología; lengua; origen cultural, nacional, étnico o social; situación económica o administrativa, clase social o fortuna; sexo, orientación, identidad sexual y de género o expresión de género; ascendencia; edad; fenotipo, sentido de pertenencia a grupo étnico; enfermedad, estado serológico; discapacidad o diversidad funcional, o por cualquier otra condición, circunstancia o manifestación de la condición humana, real o atribuida».

«Será ley», pero será ley «integral», otra seña de identidad de la legislación hodierna. Se trata de un adjetivo que figura con profusión en la legislación santimonia y que seguramente tuvo, en la popularmente conocida como «ley de violencia de género»,⁶⁷ su bautismo más célebre. Las leyes de carácter «integral» epitomizan el afán de abarcar el carácter multifactorial en el origen y devenir de los conflictos sociales que se pretenden reglar. Esto es muestra, nuevamente, de exhibición virtuosa, de un legislador que no está dispuesto a dar puntada sin hilo ni dejar títere con cabeza en la erradicación del «mal». Y ello aunque ni disponga de los recursos suficientes para proceder a ese «abordaje integral», ni pueda, en esas leyes, más que anunciar propósitos, deseos, buenas intenciones o disposiciones de conducta de la administración, una administración que en ningún caso va a poder abarcar todas las encomiendas en todos y cada uno de los sectores donde el Estado quiere estar presente, y que por eso mismo justificará aún mayor presencia, intervención, formación y presupuesto.

La pregunta es si debemos resignarnos; si no cabe ya reivindicar las genuinas y buenas razones que anidan tras el uso de la ley y su primacía como instrumento regulador con el sentido y propósito originarios y no en los modos perversos y fraudulentos que he ejemplificado en los anteriores párrafos. Mi respuesta es afirmativa, pero antes conviene

67. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

volver sobre los pasos de aquellas razones, las razones del ideal de la «legalidad».

He aludido anteriormente a la legalidad como una «forma», ésa de la que el gran jurista alemán Rudolf von Ihering (o Jhering) afirmó en *El espíritu del derecho romano* que era «enemiga de la arbitrariedad [...], hermana gemela de la libertad [...], el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia, la que contiene y protege. El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino el guardián de su libertad».

Contemporáneamente, Paolo Flores d'Arcais se ha pronunciado en parecidos términos en su libro *El individuo libertario*: «Hoy, la legalidad tomada en serio, la legalidad como estrategia y práctica coherente, constituye más que nunca el poder de los sin poder [...]. Una política de legalidad es hoy la más radical de las revoluciones posibles, además de la primera de las revoluciones deseables».⁶⁸

Con todo, «forma» puede ser pura «formalidad», la que, como bien explicó Carl Schmitt, permitió a la burocracia alemana durante el III Reich cumplir cualesquiera órdenes, por inhumanas que fueran.⁶⁹ Así, la Ley de Salud Marital, de octubre de 1935, una de las conocidas como «leyes de Núremberg», que prohibía las uniones entre «saludables por herencia» y las personas consideradas «genéticamente ineptas», formaba parte del derecho alemán y era aplicable por los jueces, como bien ilustra la recreación cinemato-

68. Flores d'Arcais, 2001, cap. VIII. En la misma línea, Peña Freire, 2018, pp. 151, 194.

69. Schmitt, 2016, pp. 115 y ss.

gráfica *Judgment at Nuremberg* (1961).⁷⁰ Y es que una determinada forma jurídica es lo que meramente, sin mayores introspecciones, permite en la comunidad jurídica de referencia identificar el rango normativo que tienen los preceptos que emanan de un concreto órgano cuando ha seguido un concreto procedimiento y así actuar en consecuencia, es decir, aplicando la consecuencia jurídica prevista.

Pero más allá del «revestimiento», de esa «forma», hay un sentido «material» de la ley que apela a su contenido necesario y exclusivo —los aspectos más relevantes o decisivos de la convivencia— y al modo en el que se produce esa disciplina de la conducta de los ciudadanos y de quienes participan en el tráfico jurídico. Así, y teniendo el método de la ciencia empírica como espejo y la explicación nomológico-deductiva como el ideal ilustrado de la racionalidad jurídica, el legislador del Estado liberal, hoy tenido como antigualla, anhelaba regular el comportamiento con carácter general y abstracto, es decir, imputar consecuencias jurídicas a clases de acciones o sujetos; y hacerlo de manera sistemática y coherente. Lo explica Fernanda Pirie en su monumental *Ordenar el mundo: cómo 4.000 años de leyes dieron forma a la civilización*:

Los gobernantes recurren a las leyes porque clasifican en categorías y clases a las personas y a las cosas, así como a sus actividades, y especifican las relaciones entre ellas, lo que

70. Dirigida por Stanley Kramer, en España se tituló *Vencedores o vencidos*, y en Hispanoamérica *Juicio en Núremberg* y *El juicio de Núremberg*.

hace posible un gobierno más exhaustivo y eficaz. Usan las leyes para definir qué es delito y cuál es la pena adecuada; especifican cómo se pueden vender, alquilar y heredar las propiedades; definen las condiciones para un contrato vinculante o un matrimonio válido [...]. De este modo, las leyes apuntalan regímenes de disciplina, jerarquía y control centralizado.⁷¹

Esa aspiración habría cristalizado en su mejor expresión durante el período llamado de la «codificación», el desiderátum del iusnaturalismo racionalista: a partir de ciertos axiomas, como, por ejemplo, «la cosa pertenece al dueño», cabría derivar todo un conjunto de reglas como teoremas. Por ejemplo, la propiedad por «accesión» que establece el artículo 353 del Código Civil, que da derecho «a todo lo que ellos [los bienes] producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente». La escuela que predominó en la «ciencia jurídica» durante el siglo XIX en Europa, conocida como «jurisprudencia de conceptos» y capitaneada por Ihering, ve en el jurista a un químico, y contempla el derecho como una tabla periódica de elementos combinables al modo del hidrógeno y el oxígeno para conformar la molécula del agua. El derecho, proclamó Ihering en esa etapa, es «el organismo objetivo de la libertad humana».⁷²

71. 2022, p. 391.

72. Ihering, *El espíritu del derecho romano*, 1998. Por su parte, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, el «padre» del Código de Napoleón, el Código Civil francés, afirmaba en 1793: «Existe una ley superior a todas las demás, una ley eterna, inalterable, propia de todos los pueblos, conveniente a todos los climas: la ley de la naturaleza. He aquí el código de las naciones,

En 1811, Jeremy Bentham, el insigne representante del reformismo británico y artífice del utilitarismo moderno, escribía a John Adams, entonces presidente de Estados Unidos, para que, del mismo modo que acaecía en Europa, codificara el *common law*, o «derecho común» de creación eminentemente judicial, un simulacro jurídico (*mock law*), según Bentham, cuyos frutos son la incertidumbre y la imposibilidad de conocer el derecho. Le interpelaba en los siguientes términos:

[...] en su país (por no decir en el nuestro), ¿sobre qué base descansan los más importantes y caros intereses de los individuos? ¿O más bien fluctúan? En alguna decisión aleatoria, o en una cadena de decisiones frecuentemente contradictorias, pronunciadas en esta o aquella época bárbara, casi siempre sin razón inteligible que la respalde, bajo el impulso de algún interés privado y siniestro, perceptible o no, sin haberse pensado, o sin posibilidad de haberse pensado [...].⁷³

No es casualidad que el derecho penal, el derecho codificado por antonomasia, no siga el modelo mosaico, la admonición del tipo «no matarás», sino el que le asemeja al razonamiento de la lógica de predicados: «para todo x , si x es un y entonces z ». Lo explicaba el ilustrado Giuseppe Beccaria en 1764, en una de las obras cumbres del pensamiento jurídico: *De los delitos y de las penas*. En su prólogo señalaba:

que los siglos no han podido alterar ni los comentaristas transformar. Es ella únicamente lo que se necesita consultar».

73. Carta de 30 de octubre de 1811. Disponible en <<https://founders.archives.gov/documents/Madison/03-03-02-0595>>.

Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, recopiladas por orden de un príncipe que hace doce siglos reinaba en Constantinopla, mixturadas después con ritos longobardos y envueltas en farragosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes, forman aquella tradición de opiniones que en gran parte de Europa tiene todavía el nombre de leyes.⁷⁴

Y más adelante:

[...] las penas deben establecerse por la ley, no por los jueces, cuyos decretos siempre se oponen a la libertad política cuando no son proposiciones particulares de una máxima general existente en el código [...]. Un malvado [...] puede ser temido, y por tanto desterrado y excluido, en virtud de la fuerza superior de la sociedad; pero no castigado con la formalidad de las leyes, que son vengadoras de los pactos, no de la malicia intrínseca de las acciones.

El vigente artículo 138 del Código Penal español reza: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años». El antiquísimo equivalente del primer Código Penal español, el de 1822, establecía: «Los que maten a otra persona voluntariamente, con premeditación, y con intención de matarla, no siendo por orden de autoridad legítima, sufrirán la pena de muerte». Compárense ambos preceptos con el arbitrio

74. Cita extraída de la edición de *De los delitos y de las penas* de Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 21.

judicial al que invitaba el derecho del III Reich cuando, en leyes como la de 28 de junio de 1935, se establecía que: «Todo aquel que cometa un acto que la ley declare castigable o que *merezca una pena de acuerdo con las concepciones fundamentales del derecho penal y del cabal sentimiento popular, será castigado*» (las cursivas son mías).

O contrástese con las infracciones establecidas en un decreto del Ministerio de Justicia publicado en la *Gaceta de Madrid* el 13 de agosto de 1936, ya en plena Guerra Civil, en el que se clausuraban todos los establecimientos de las órdenes y congregaciones religiosas que «*de algún modo* hubieran intervenido en el presente movimiento insurreccional», y se calificaba como uno de esos posibles modos de intervención insurreccional el hecho de que alguno de sus miembros hubiera «hecho votos o elevado preces por el triunfo de la rebelión» [artículo 2.3; las cursivas son mías]. He aquí el acto de íntima convicción que supone el ruego, o la súplica expresada en una oración, elevados a la categoría de infracción jurídica punible. De «*algún modo...*», reza —con perdón— el precepto. Hoy, las leyes que «rezan» no ha mucho tiempo castigaban rezar, contravenían ese brocardo romano de acuerdo con el cual: *cogitationis poenam nemo patitur*. ‘El pensamiento no delinque’, asumen hogaño los penalistas liberales.

Y en el otro bando, otro tanto. Y me refiero concretamente al Bando de 28 de julio de 1936 en el que el presidente de la Junta de Defensa Nacional de España (el general Miguel Cabanellas) había «hecho saber» que las circunstancias que atravesaba España exigían de todo ciudadano el «cumplimiento estricto de las leyes». Es una declara-

ción que sorprende, pues va de suyo que los ciudadanos —y no digamos ya las autoridades públicas— deben cumplir las leyes. La realidad era que mediante ese bando se profundizaba en el uso ilegal de la fuerza, en la subversión del orden jurídico, extendiendo a todo el territorio nacional el estado de guerra, calificando como delitos la falta de auxilio o desobediencia de los funcionarios y otros servidores públicos a la autoridad sublevada; ampliando la competencia de la jurisdicción militar a los delitos de rebelión (y conexos), a los de atentado, a los cometidos contra las personas o la propiedad por motivos políticos o sociales y extendiendo la tipificación de la rebeldía. Así, se incluía en la calificación de «rebeldes» a quienes, por ejemplo, celebrasen y asistiesen a «cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la Autoridad». Y todo lo anterior, como se señalaba en el preámbulo del bando: «[...] por si alguno [de los ciudadanos], cegado por un sectarismo incomprensible, cometiera actos u omisiones que causaren perjuicio a los fines que persigue este movimiento redentor de nuestra Patria».⁷⁵ He aquí a los rebeldes, en definitiva, calificando y juzgando como rebeldía la conducta de quienes defendían el orden jurídico vigente...; he aquí el derecho como pura forma hueca.

Y así fue durante la guerra y a su conclusión. Por poner un ejemplo célebre y trágico, a Julián Besteiro, el dirigente socialista y presidente de las Cortes, se le procesó, juzgó y

75. Publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional*, número 3, Burgos, 30 de julio de 1936.

condenó a cadena perpetua (pena sustituida por treinta años de reclusión mayor) en julio de 1939 por la comisión de un delito de adhesión a la rebelión militar establecido en los artículos 237 y 238 del Código de Justicia Militar en vigor desde 1890. El artículo 238 incluía entre las conductas tipificables como «adhesión» la de quienes: «[...] valiéndose del servicio oficial que desempeñen, propalen noticias o ejecuten actos que puedan contribuir a favorecerla [la rebelión]». Es decir, Julián Besteiro, y no quienes le juzgaban, que fueron los que se rebelaron, se había adherido a la rebelión con una conducta consistente en intentar frenar la rebelión. ¿Y qué había hecho Julián Besteiro para «adherirse» y ser condenado por ello? Asistir en mayo de 1937 a los actos de coronación de Jorge VI en representación del presidente de la República española.⁷⁶

Cuando ya el avance de las tropas franquistas presagiaba su victoria, allá por 1938, Ramón Serrano Súñer, que sería ministro del Interior al concluir la guerra, encargó a una comisión de 22 juristas (catedráticos de universidad, jueces y políticos) presidida por Ildefonso Bellón, magistrado del Tribunal Supremo, la redacción de un dictamen sobre la legitimidad del alzamiento.⁷⁷ Se trataba, se dice en la exposición de motivos de dicha orden, de «demostrar al mundo,

76. Una excelente y exhaustiva crónica del proceso es la de Juliá, 2002, pp. 466-483. Véase también Tébar Rubio-Manzanares, 2013.

77. «[I]nstruir las actuaciones encaminadas a demostrar plenamente la ilegitimidad de los poderes actuantes en la República española en 18 de julio de 1936», reza el artículo 1 de la Orden de 21 de diciembre de 1938 publicada en el BOE el 22 de diciembre de 1938. Bajo el título «Dictamen de la Comisión sobre la ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936», fue finalmente presentado en febrero de 1939.

en forma incontrovertible y documentada, nuestra tesis acusatoria contra los sedicentes poderes ilegítimos [...] que al alzarse contra ellos el Ejército y el pueblo, no realizaron ningún acto de rebelión contra la autoridad ni contra la ley». El informe, el «Dictamen de la Comisión sobre la ilegitimidad de los poderes actuantes en 18 de julio de 1936» (conocido como «Informe Bellón»), fue presentado en febrero de 1939 y sirvió de base para la promulgación de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939. Se trata de una «ley» dictada por Franco mismo por mor de sus autoatribuidas competencias para establecer normas de carácter general mediante la Ley de 30 de enero de 1938 [artículo 17],⁷⁸ una ley esta última dictada por... ¿lo adivinas?..., en efecto, por ese mismo «dictador».

En 1934, Carl Schmitt afirmaba:

En un Estado dirigido por un solo líder en el que el cuerpo legislativo, el gobierno y la justicia no se vigilan con recelo, como sucede en el Estado de derecho liberal, lo que normalmente se consideraría justo para un «acto de gobierno» tiene que serlo en una medida muchísimo mayor al tratarse de un acto por medio del cual el *Führer* probó su liderazgo y judicatura supremos. *El Führer mismo determina el contenido y los alcances de su proceder.*⁷⁹

78. Esta prerrogativa se confirmó como «personalísima» por la Ley Orgánica del Estado de 1967, pues no sería adquirida por quien sucediera a Franco a título de rey.

79. Esta defensa schmittiana de ser el *Führer* la fuente del derecho alemán (*Führerprinzip*) aparece en el artículo «El *Führer* defiende el derecho» en el que Schmitt glosa el discurso de Hitler ante el Reichstag pronunciado