

EL ESTADO DE DERECHO: ¿MUERTE Y RESURRECCIÓN?

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN
pronunciado por la Académica de Número
Ilma. Sra. Dña. MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ



CONTESTACIÓN por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA
Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 2024

EL ESTADO DE DERECHO: ¿MUERTE Y RESURRECCIÓN?

DISCURSO DE INGRESO EN ESTA REAL CORPORACIÓN

pronunciado por la Académica de Número

Ilma. Sra. Dña. MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ



CONTESTACIÓN por el

Excmo. Sr. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA

Académico de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Granada, 27 de junio de 2024

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de Granada

Coordinación: José Soto Ruiz

Diseño y maqueta: Susana Martínez Ballesteros

Depósito legal: GR 1319-2024

I.S.B.N.: 978-84-09-65004-0

Imprime: Imprenta del Arco, Granada

«Publicación no venal»

*Libro impreso en España,
sobre papel ecológico, libre de cloro
y proveniente de bosques sostenibles*

Excelentísimo señor presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, excelentísimos e ilustrísimos señores y señoras miembros de esta Real Academia, autoridades militares y civiles, señores y señoras:

*P*OCAS SORPRESAS ME SORPRENDEN y una de ellas fue cuando el presidente de esta Real Academia me solicitó cita para hacer una consulta siendo yo secretaria general de la Universidad de Granada; y, en buena lógica, esperaba alguna pregunta concerniente a la Fundación de Práctica Jurídica; nada más lejos de la realidad perceptible por los sentidos, ni de la fantasía propia de la ilusión, podría llevarme a pensar que venía con una propuesta para ingresar como académica de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. Y yo que suelo ser de rápida respuesta, he de confesar que tras unos segundos que me parecieron eternos, tímidamente dije «es un honor». No acepté en ese momento, me tomé mi tiempo para poder saber más de la Academia, de su funcionamiento, de los compromisos y si puedo responder a ellos. Lo cierto es, que desde que comienzo mi carrera académica he sabido de esta Institución a través de quien fuera presidente de la misma

el excelentísimo señor don Eduardo Roca Roca, y tuve un grato sentimiento de cariñoso recuerdo a su persona, siempre amable y cercana y acepté la propuesta con conocimiento de causa.

Espero no defraudar.

Quiero mostrar mi gratitud al excelentísimo señor don Rafael López Cantal; y especialmente a los académicos ilustrísimo señor don Diego Javier Liñán Noguera, excelentísimo señor don Lorenzo del Río Fernández y excelentísima señora doña Carmen Senés Motilla, quienes presentaron al pleno de académicos la propuesta de mi nombramiento; así también mi agradecimiento al pleno de académicos que el 14 de julio de 2023 tuvieron a bien aprobarla, en una fecha muy señalada para la Universidad de Granada a la que pertenezco, pues el 14 de julio de 1531 fue el día en el que el Papa Clemente VII firma la bula papal que confirma su fundación; en unos años celebraremos con júbilo el quinientos aniversario de nuestra universidad.

Me siento, asimismo, muy agradecida, por la amabilidad y disponibilidad del excelentísimo señor don Andrés Ollero Tassara para contestar mi discurso de ingreso, a la vez que muy, muy, comprometida ante su extraordinaria trayectoria académica y profesional.

* * *

Más allá de descubrir las bondades del Derecho Administrativo, disciplina a la que me dedico en las aulas de la Facultad de Derecho, o en la Facultad de

Comunicación, en la investigación científica-académica o en el asesoramiento profesional, y teniendo presente que la Institución en la que nos encontramos está formada por estudiosos del Derecho, cuidadores del mismo en el ejercicio profesional que a cada uno le corresponde, con la inquietud y el deber como Académicos de contribuir a la investigación y el cultivo del Derecho, he querido presentar un discurso de Derecho, un discurso sobre Derecho, un discurso sobre el Estado de Derecho preservado en nuestra Constitución, y que constituye el sustrato, la sustancia, el ser de la formación en Derecho. Un Estado de Derecho abrigado por la Unión Europea, cuyos postulados esenciales son la división de poderes, el imperio de la ley y los derechos humanos. Nos corresponde, como juristas, ejercer nuestra profesión con respeto a los principios y valores constitucionales, y advertir de los desvíos, alertar de los riesgos que pueden llevar a nuestro Estado a alejarse de sus fundamentos. Siendo conscientes también, de que el Derecho y nuestro Estado de Derecho no se encuentran anclados en el tiempo, sino que son fuerzas vivas que evolucionan, pero siempre han de hacerlo respetando el marco de los principios y valores constitucionales.

Centro mi discurso en dos partes, una primera referida a la división de poderes y la percepción de algunos síntomas que afligen al Estado de Derecho, que vienen madurando desde hace tiempo, aunque en estos momentos preocupan especialmente, pero como agua que lleva el río finalmente pueden desembocar en el mar, siendo ya difícil encauzarlos. Junto a estas manifestaciones, me referiré también a algunos de los retos que el Derecho

debe afrontar, derivados del paso de una sociedad de la información a una sociedad del riesgo en un contexto tecnológico avanzado que auspicia una nueva Edad, la Edad Digital, aunque serán los historiadores quienes se ocupen de periodificar la Historia.

Presentados los síntomas haré mi diagnóstico sin perder la esperanza.

1

LA DIVISIÓN DE PODERES: DESCUBRIENDO LOS SÍNTOMAS

Desde los albores del Estado de Derecho, los juristas han estado llamados a la lucha contra las dispensas del poder y la defensa de los derechos de los ciudadanos. La evolución del propio Estado y del modelo de Estado puede decirse que es paralela a los períodos marcados por las diversas revoluciones industriales que llevaron consigo el reconocimiento de los derechos humanos. Cada una de estas revoluciones es fruto del avance de las tecnologías que propiciaron inventos útiles para rendir los mejores servicios a la sociedad del momento en las que ellas acontecen; presentando un nuevo orden económico, nuevas formas de entender el mundo y la relación entre Estado y sociedad; variando la forma de ser y estar en el mundo en su época; cambia la forma de entender y de ser el Estado de Derecho y la propia idea de la separación de poderes como dogma del Estado de Derecho.

Hemos de recordar que la idea de la separación de poderes dimana de las reflexiones teóricas de finales del siglo XVII y primera mitad del siglo XVIII que de modo

sucesivo elaboran Locke, Montesquieu y Hume, cada uno con relación a la realidad social de su época. Debemos, pues, conocer el origen, la historia, pero con la prudencia del tiempo en que acontece cada teoría¹.

La primera gran revolución industrial podemos situarla entre el siglo XVII hasta finales del siglo XVIII, y el descubrimiento de la máquina de vapor por James Watt (1769) fue el gran protagonista; así como el paso de la economía agrícola a la economía industrial y un incipiente Estado de Derecho que comienza a conformarse².

-
1. GARCÍA ROCA, J. «Del principio de separación de poderes», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 108, 2000, p. 44 y ss., se refiere a esta evolución de la separación de poderes necesaria para comprender que «la teoría de la democracia a la que la división de poderes atiende no se agota en un exclusivo análisis normativo»; de modo que debe conocerse el origen, la historia, con la cautela de que «la validez del principio trasciende cualquiera de las visiones dogmáticas de los diferentes autores» (p. 43).
 2. En 1688-1689 estalla la llamada Revolución Gloriosa con el golpe de Estado en Gran Bretaña que supuso la destitución del rey católico Jacobo II y la instauración de una Monarquía constitucional compartida con el Parlamento. En este contexto, Locke defenderá la separación de poderes en tres, el legislativo, el ejecutivo y el federativo, sin embargo, entiende que, de los tres poderes, es el legislativo un poder representativo que tiene supremacía con respecto a los otros dos con el fin de evitar actuaciones despóticas o arbitrarias; así lo define en su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil en el que pretende demostrar que todo Gobierno ha de estar limitado en sus poderes, siendo superior el legislativo limitado por la ley natural y solo puede gobernarse conforme a la ley. En LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Carlos Mellizo (trad.). Madrid, Alianza Editorial, 2004. En la idea de Locke subyace que los hombres han de ser gobernados por las leyes; donde acaba la ley comienza la tiranía.

Sin duda, es exponente de la época Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu (1689-1755), en cuyos estudios están presentes las relaciones que se entablan entre la naturaleza, los elementos medioambientales, culturales, las formas políticas, sociales y la especie humana. De su obra se desprende su interés de «alcanzar la felicidad siendo buenos ciudadanos bajo un buen gobierno»; persigue el equilibrio y la moderación, de modo que la división de poderes que propugna en *De l'Esprit des Lois* (1748, *El Espíritu de las Leyes*) no es una mera separación de los poderes institucionales o políticos. Advirtiendo la decadencia de las virtudes en el mundo político, pretende construir un modelo ideal normativo e indaga sobre las fuentes éticas y morales de la política, pero recurre a elementos empíricos de la ciencia de su época³. La supremacía del interés en el ámbito político confirma que el ordenamiento político no puede ser sostenido por el principio de la virtud, de modo que solo la ley positiva puede frenar la tensión entre las necesidades de los ciudadanos y el interés del gobernante; solo la distribución del poder puede garantizar la libertad y la paz social⁴.

3. «Pero en un Estado popular no basta la vigencia de las leyes ni el brazo del príncipe siempre levantado; se necesita un resorte más, que es la virtud», en MONTESQUIEU, C. *El Espíritu de las Leyes*. Santa Fe, El Cid Editor, 2016, Libro Tercero, capítulo III, p. 61.

4. FILGUEIRAS, F. «Montesquieu, Tocqueville y la corrupción de la República», *Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, vol. 16, núm. 2, 2009; donde recuerda que Althusser observó que la teoría de la separación de poderes de Montesquieu no es sólo un problema jurídico-administrativo de la organización

No es mi intención dar una lección de filosofía o de historia del pensamiento político, es suficiente con destacar que la libertad para los pensadores clásicos solo se garantiza y protege a través de un gobierno representativo, equilibrado, un gobierno en el que se diferencian poderes a los que se atribuyen funciones distintas y que se limitan unos con otros, so pena de caer en el abuso.

Pero sí me interesa distinguir dos axiomas presentes en la obra de Montesquieu, si acaso, porque quizás podemos atisbar cómo en pleno siglo XXI, con una «democracia consolidada», tienen todo su sentido:

Uno indica:

La corrupción de cada régimen político empieza casi siempre por la de los principios (Libro Octavo, capítulo primero).

El otro dice así:

Cuando los salvajes de Luisiana quieren fruta, cortan el árbol por el pie y la cogen. He aquí (el Gobierno) despótico (Libro Quinto, capítulo XIII).

El problema se traduce ya entonces en un problema jurídico: en la arbitrariedad del poder, que hoy en día es uno de los síntomas graves de nuestro Estado de Derecho, al que haré referencia más adelante.

del gobierno, como muchos doctrinarios jurídicos observaron, sino un problema de crearse correlaciones de fuerzas que moderen las pasiones y los intereses de las diferentes clases sociales, manteniendo intacta la libertad política.

A finales del siglo XVIII, en 1789, acontece la Revolución francesa. Se abre paso el Estado Liberal de Derecho. 1789 fue un año de conquistas de los derechos de igualdad (si bien, igualdad formal), de libertad (en tanto que el Estado no interviene en las libertades públicas), fraternidad, y propiedad, siendo este último, el derecho de propiedad, el más defendido por las revoluciones liberales configurándose un nuevo orden económico; con el legado de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que será la base de la Declaración de las Naciones Unidas en 1948. Aparece entonces un nuevo lenguaje para dar vida al concepto de soberanía nacional y al de democracia representativa⁵. Precisamente, son estos años y fruto de esta Revolución donde podemos encontrar el germen del nacimiento de una nueva disciplina jurídica, el Derecho Administrativo, ligado a la división de poderes y a la configuración de límites al poder; aunque tendrá su consolidación y expansión en los siglos XIX y XX⁶.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho público tras la Revolución francesa*. Madrid, Alianza Editorial, 1994.

6. Así lo manifiestan, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Madrid, Civitas, 1998; CHINCHILLA MARÍN, C. «Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo», *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*. Madrid, Civitas, 1992; o SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX*. Oviedo, Instituto de Estudios García, 1972. Muchos autores, entre los que citamos a Hauriou, Duguit, Weil, Santi Romano, Zanobini y Giannini, coinciden en encontrar en la Revolución francesa el nacimiento del Derecho Administrativo.

Sin embargo, muy pronto se verían contestados estos logros por la ley de 1790, justo un año después, al establecer una neta separación entre Administración y Justicia; una ley que estableció que «los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de su función»; y al juez también se le prohíbe interpretar la ley, será el Legislativo quien tenga que atender la interpretación de la ley para que el juez la aplique⁷. El esquema derivado de los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre se vería perturbado al romperse con ello el equilibrio de la teoría de la división de poderes.

Quiero también destacar, durante el siglo XVIII, la figura de Alexis de Tocqueville (1805-1859), uno de los más brillantes pensadores de la época, quien defenderá que la libertad consiste en la ausencia de arbitrariedad; es la ley a la que corresponde protegerla para evitar que el poder absoluto se concentre en las manos de un solo hombre. En toda su obra pretende comprender el porqué de la Revolución francesa y la necesidad de pensar para Europa un modelo de democracia como en América, aunque, bien es cierto que, una vez allí, donde las leyes son iguales para todos, sin embargo, estaba vigente el modelo de esclavitud en el sur de los Estados Unidos, entre otros aspectos, lo que le lleva a manifestar en su obra

7. CANNADA BARTOLI, E. «Vanum disputare de potestate: Riflessioni sul Diritto Amministrativo», *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Amministrativo*, núm. 2, 1989.

que de todos los sistemas políticos es preferible aquél que mantiene en armonía la libertad y la igualdad⁸.

Este es otro de los graves síntomas que padece nuestro Estado de Derecho, la ruptura de la armonía entre los principios de libertad e igualdad.

A finales del siglo XIX comenzará la segunda Revolución Industrial, que se prolongará hasta las primeras décadas del siglo XX. Hitos significativos serán la producción masiva basada en la electricidad y el invento de la cadena de montaje que supuso un excepcional desarrollo del sector industrial. Durante este período, puede afirmarse ya que la Administración Pública y el Derecho Administrativo han nacido vinculadas a los principios de legalidad y división de poderes derivados de la Revolución francesa⁹. Si bien, el modelo napoleónico de Justicia Administrativa (que se instaura en España a través de la Constitución de Bayona, y, especialmente, las leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845), a efectos de delimitar la competencia de los órganos contenciosos frente a

8. Alexis de TOCQUEVILLE. *La democracia en América*. Eduardo Nolla (trad.). Madrid, Trotta, 2018. De gran interés sobre la figura y la obra de TOCQUEVILLE NOLLA, E. «La Democracia como Problema» (Conferencia 1/2) y «La democracia como solución», en el ciclo *Tocqueville: su vida, su obra, su tiempo*, 2015, <<https://clubtocqueville.com>>.

9. No insistimos, pues no viene al caso en el Discurso, en el debate doctrinal sobre el origen del Derecho Administrativo y de la Administración, entre quienes consideran que el Derecho Administrativo es el resultado de una evolución del Antiguo Régimen y quienes sitúan en el siglo XIX su real origen cuyo germen se encuentra en los principios de la Revolución; sobre ello existe una rica y abundante bibliografía.

los ordinarios, va a diferenciar entre los actos de gestión, susceptibles de control de la jurisdicción contencioso-administrativa, y los actos de poder, no susceptibles de control jurisdiccional alguno.

Todo un debate doctrinal comienza en torno a la lucha por el Derecho y por el control de los actos discrecionales de la Administración Pública, primero, y de los actos políticos del Gobierno y de los actos normativos del Gobierno, después; un control que, en todo caso, solo podrá ser ejercido por jueces y magistrados independientes e imparciales.

Es una desventura que hoy tengamos que poner en evidencia de nuevo las graves amenazas que se ciernen sobre los postulados esenciales del Estado de Derecho y a las que a continuación dedicaré mis palabras.

LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DEL PODER LEGISLATIVO

Con ocasión de la proposición de Ley Orgánica de Amnistía, recientemente publicada en el Boletín Oficial del Estado (y ya aplicada en casos concretos), Ley Orgánica para la Normalización Institucional, Política y Social en Cataluña, he tenido ocasión de pronunciarme advirtiendo del ataque al Estado de Derecho que desde hace tiempo ha sido denunciado por la doctrina, especialmente administrativista: la arbitrariedad del Poder Legislativo y su control por el Tribunal Constitucional.

El Derecho público, los procedimientos, las formas y las garantías que hoy constituyen la regla común del funcionamiento del Estado, es fruto de conquistas en pro

de los derechos ciudadanos acumuladas a lo largo de los siglos y de la lucha de los juristas contra las inmunidades del Poder, y su cumplimiento no es solo garantía de justicia, sino de buen gobierno.

Ello me lleva a destacar la beligerancia en el debate académico en torno a la arbitrariedad de los poderes públicos y su control; no en vano uno de los principios constitucionales esenciales del Estado de Derecho y al que está sometida toda actuación de los poderes públicos es el principio de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. Un principio muy destacado en nuestra Constitución si comparamos con las Constituciones de nuestro entorno y que expresamente fue introducido como enmienda por el entonces Senador, ilustre administrativista, Lorenzo Martín-Retortillo, y con toda la intención derivada de la justa lid de su maestro García de Enterría contra las inmunidades del poder, que en un Estado de Derecho obliga a que todos los poderes públicos actúen bajo el imperio de la ley, enfocado su discurso especialmente en el control de los actos discrecionales, primero, los actos políticos del Gobierno y los actos normativos del Gobierno¹⁰.

Lo expresaba así Martín-Retortillo:

10. GARCÍA DE ENTERRÍA se refirió por vez primera a este principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos con el fin de llegar al control de la discrecionalidad administrativa, lo que plasmó en diversos estudios académicos, tales como «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959.

Ya que se incluyen importantes principios, vale la pena dar cabida al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desarrollado por la doctrina, asimilado por la jurisprudencia y que puede surtir beneficiosos efectos a la hora de informar la actuación de todo el aparato público¹¹.

No hay duda de que la Constitución es una norma jurídica plena que puede exigir al legislador la razón de su validez, so pena de incurrir en arbitrariedad, a través del control de constitucionalidad que corresponde ejercer al Tribunal Constitucional.

Pero, ¿cómo ha ejercido su control el Tribunal Constitucional? He ahí la cuestión de la arbitrariedad del legislador que recupera todo su esplendor en estos momentos cuarenta y cinco años después de la Constitución sin todavía haber superado el mito del legislador que desde hace ya tiempo y ahora reclamaba el profesor Tomás Ramón Fernández¹².

11. MARTÍN-RETORTILLO, L. *Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*. Madrid, Alkal Editor, 1984.

12. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas, 1998; «La lucha contra la arbitrariedad del poder en el cuarenta y cinco aniversario de la Constitución», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 108-109, 2023. En 1998 culmina en su libro el análisis de la doctrina constitucional en torno a la arbitrariedad del legislador; e insiste en que «la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos ayuda así, frente a todos ellos, a profundizar en el proceso de sustitución del mito por la razón, que es una constante histórica en toda la evolución del Derecho público occidental» (p. 22). Analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la arbitrariedad del legislador, con dos líneas de argumentación, una muy amplia basada en el

El debate doctrinal se inicia entre Rubio Llorente, para quien el principio de interdicción de la arbitrariedad carece de sustantividad propia y está estrechamente ligado a la aplicación del principio de igualdad sostenido por Leibholz, y García de Enterría, para quien este principio tiene un sentido más amplio y es el que expresamente se quiso recoger en la Constitución, y que va más allá de la prohibición de la desigualdad, pues supone además un veto a cualquier otra forma de abuso de la discrecionalidad¹³.

De modo que no solo la igualdad, sino también la razonabilidad, la motivación suficiente, el interés general que sustenta la actuación del legislador y que debe ser atendido y justificado a través de la exteriorización de las razones que le llevan a dictar la norma, esto es lo que permite valorar con mayor precisión cuándo hay arbitrariedad del legislador; y es donde, en mi opinión, también cabe la técnica de «la desviación de poder» del legislador y su control por el Tribunal Constitucional en su juicio

principio de igualdad y la necesidad exigir un razonamiento que justifique las desigualdades derivadas de una ley; y otra basada en la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, del artículo 9.3 CE señalando las diferencias entre la arbitrariedad de la Administración y la arbitrariedad del legislador en tanto en cuanto no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la ley (p. 47 y ss.).

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota», *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991.

sobre la apreciación de la arbitrariedad, pues aún cuando hay razón, aún cuando hay motivación suficiente de la norma, puede no ser más que una mera apariencia de legalidad, que encubre los verdaderos motivos del legislador muy alejados del interés general al que se debe.

La desviación de poder es una técnica de control pensada para su aplicación en el control de la actuación de las Administraciones Públicas, sometidas a la ley y al Derecho; y recogida en nuestras leyes administrativas (art. 70 LJCA, en la propia CE art. 106.1 CE) definida en palabras de HAURIOU como «el hecho de una autoridad pública que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en una violación formal de la ley, usa su poder con fines y motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder, distintos del bien del servicio»¹⁴; un control que, por cierto, es difícil de ejercer con éxito por nuestros tribunales de lo contencioso-administrativo cuando la apariencia de legalidad es tal que difumina la verdadera intención de la Administración en la decisión adoptada. Pero ello no es óbice para desplegar los controles que nuestras leyes disponen frente a la arbitrariedad del poder; no es menos cierto que cuando se aprecia prueba severa sobre la desviación de poder, se alcanza la justicia.

Sobre la base de lo expuesto, con relación al ejemplo concreto mencionado al inicio: la Ley Orgánica de

14. HAURIOU, M. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris, Recueil Sirey, 1921 (2^e éd.).

Amnistía, podemos afirmar con toda razón que tiene un vicio en su origen, desde que se gesta como proposición de ley, un vicio que responde a una grotesca desviación de poder; una desviación de poder que trasciende el ámbito de las decisiones administrativas de los órganos administrativos y se eleva a las acciones de quienes dirigen la Administración, el Poder Ejecutivo y el abuso de poder cada vez más frecuente y no para defraudar cualquier norma, sino la Constitución española. Apreciamos una desviación de poder que se eleva a fraude de ley constitucional, toda vez que se ha usurpado la potestad constitucional de promulgar leyes para fines no previstos en el ordenamiento jurídico constitucional¹⁵.

15. Con gran preocupación así lo manifestaba JORDANO FRAGA (*El Diario de Sevilla*, noviembre 2023), recordando lo prescrito en el artículo 6. 4 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir»; manifestando con razón la existencia de dos fraudes de ley constitucional: «que la iniciativa no fue del grupo socialista —fue en realidad del gobierno en funciones— y que el propósito de la norma no es la satisfacción del interés general». Sobre el análisis de la amnistía en el marco de la Constitución española, debe leerse RUIZ ROBLEDO, A. «La amnistía en la España Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 40, 2024; RAMOS TAPIA, M. I. y RUIZ ROBLEDO, A. «¿Se olvidó la constitución de la amnistía?», *Diario La Ley*, núm. 10345, 2023. Para un conocimiento profundo sobre el tema: ARAGÓN REYES, M.; GIMBERNAT, E.; y RUIZ ROBLEDO, A. (dirs.). *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho* (La Coruña, Colex, 2024), una obra muy necesaria cuando el riesgo informativo derivado de la desinformación, intencionada o no, y del olvido del origen de esta ley, debe ser contrarrestado con el fomento

En este caso podemos preguntarnos:

¿Dónde está en esta norma la satisfacción del interés general?

Y cierto es que aparece en el preámbulo una motivación: la normalización institucional, política y social en Cataluña; pero ello no es sino un engaño para cumplir con uno de los elementos de la desviación de poder: la apariencia de legalidad. No desviemos la atención, es de evidente conocimiento el porqué de esta Ley de Amnistía, el disfraz de un claro interés particular.

Casos como este, me permite afianzar la necesidad de que el Tribunal Constitucional supere su doctrina conforme a la cual «la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno como titular del poder reglamentario, en relación con la ley»¹⁶; o bien, cuando justifica la decisión del legislador que genera discrepancia política, en su arbitrio que no capricho y por tanto no hay arbitrariedad¹⁷. Podemos compartir la tesis del Tribunal Constitucional; es cierto, que las posiciones

del pensamiento crítico y el fomento de voces autorizadas, como las que se alzan en esta obra, dando una información clara, oportuna, sobre lo que se conoce y lo que se desconoce, argumentando jurídicamente un no a esta Ley de Amnistía.

16. STC 66/1985 de 23 de mayo.

17. STC 99/1987 de 11 de junio.

y las funciones son distintas, las del legislador y las del Gobierno y la Administración Pública; pero no es menos cierto, que el legislador no puede ser arbitrario y su actuación arbitraria está sometida al control que este Tribunal debe ejercer, y hacerlo con la prudencia debida, pero con el pleno sentido que se le atribuye al principio constitucional, como principio autónomo, vinculado al principio de igualdad, pero no identificado con el mismo; por ello, el juicio sobre la desviación de poder es un aspecto más de la arbitrariedad del legislador que podría dar lugar a la nulidad de una norma.

El Estado Constitucional de Derecho quiebra sistemáticamente cuando se evita entrar en el juicio de arbitrariedad del legislador en su plenitud; se arrastra la idea asentada de la Historia del constitucionalismo europeo de que el control de los poderes del Estado está en el juicio de su sometimiento a la ley, más que a la Constitución, derivándose así la supremacía de la ley¹⁸. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos obliga al legislador no solo a justificar la desigualdad si esta se produce; también le obliga, aunque no se vulnere el principio de igualdad, a que el fin de la norma sea un fin lícito, adecuado constitucionalmente, enfocado al interés general.

Por otra parte, en el caso concreto se da la circunstancia, además, del procedimiento seguido; y sin entrar

18. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *De la arbitrariedad del legislador...*, *op. cit.*, p. 116; DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987.

a discutir sobre la constitucionalidad o no del mismo, presumiendo que se ejerciera una competencia legítima a través del diseño de una ley de caso único, ley singular, a priori y, en mi opinión, inconstitucional, y salvo que pudieran alegarse razones que justificaran la desigualdad, en modo alguno, y en ningún caso, tales motivos pueden suponer un atentado al sistema de valores constitucionales, como el que aquí se produce. Los derechos fundamentales (en especial, la tutela judicial efectiva) no pueden ser objeto de una ley singular que condicione su ejercicio. Con una desviación de poder que persiste y de la que se ha desviado la atención.

***LEYES SINGULARES:
DEL USO EXCEPCIONAL AL ABUSO***

Esto me lleva a referirme, siquiera brevemente, al uso y mal uso de este producto normativo utilizado, las denominadas leyes singulares o de caso único, en primer lugar, porque rompen la regla de la generalidad y abstracción que significan a las normas en el sistema de fuentes (dogma liberal del Estado de Derecho) y pueden poner en peligro también la división de poderes o el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva.

Una de las preocupaciones de la doctrina administrativista ha sido desde hace un tiempo el uso abusivo de la ley y el control por el Derecho de la actuación del Poder Legislativo, que ya no reside exclusivamente en el Tribunal Constitucional, sino que, traspasando nuestras fronteras, alcanza la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos. Y uno de los temas más complejos precisamente ha sido el del uso de este tipo de leyes que arranca de los años ochenta y noventa del siglo pasado con las expropiaciones del caso Rumasa y una Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 166/1986, de 19 de diciembre) cuya doctrina se ha mantenido a lo largo de los años para autorizar el uso de las leyes singulares siempre que se dicten

*en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro*¹⁹.

En todo caso, existen límites al uso de la ley singular, es un recurso excepcional por exigencias del principio

19. Se mantiene en la STC 48/2005, de 3 de marzo. Extensa, al respecto, es la bibliografía, que evito reproducir. Merece destacar algunos, entre muchos destacables, ARIÑO ORTIZ, G. «Leyes singulares. Leyes de caso único», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989; REQUEJO RODRÍGUEZ, P. «Cuestión de inconstitucionalidad y tutela judicial efectiva», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015 (Segunda Época); MONTILLA MARTOS, J. A. *Las leyes singulares en el ordenamiento español*. Madrid, Civitas, 1994. Vienen a señalar cómo en un Estado social como el nuestro, caracterizado por el pluralismo, crecen las leyes singulares con el fin de asegurar la efectividad de la libertad y la igualdad, pero cuyos contenidos son los propios de la función ejecutiva y que, no por ello, los ciudadanos tienen más garantías, observando un deterioro del derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por tales leyes. ARANA GARCÍA se refiere a la confusión de poderes como un problema de técnica legislativa, en «Dos manifestaciones de la confusión de poderes de nuestro tiempo convertidos en problemas de técnica legislativa: abuso de decretos leyes y leyes singulares», en ARANA GARCÍA, E. (dir.). *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*. Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 121 y ss.

de igualdad; su objeto está acotado en casos extraordinarios y complejos que impiden ser atendidos por los instrumentos ordinarios o los habituales de que dispone la Administración Pública, sujeta al principio de legalidad. Pero, además, no se puede a través de una ley singular condicionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales, materia con reserva de ley en su pleno sentido, con vocación de generalidad y permanencia.

Las leyes singulares tienen en común la falta de las características esenciales de la ley que define nuestro Estado de Derecho: la generalidad y la abstracción, y la vocación de permanencia. Por ello, las leyes de este tipo, de carácter singular, solo podrán admitirse de manera excepcional so pena de vulnerar los principios esenciales del Estado de Derecho, siendo uno de sus límites fundamentales el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. La legalidad formal no es suficiente; la ley no está al servicio de los intereses particulares; y el principio de seguridad jurídica, valor supremo del Estado de Derecho, garantiza el derecho de los ciudadanos a conocer cuáles son sus derechos, cómo puede ejercerlos, cuáles son sus deberes, las consecuencias jurídicas de sus actos; en palabras de Ariño «el pueblo debe sentirse a salvo y seguro dentro de los límites de la ley»²⁰.

Cuando esto quiebra, se rompe la confianza en el Derecho, se rompe no solo la igualdad, se rompe la libertad.

Generalidad y racionalidad son dos elementos absolutamente inseparables que nos llevan a confirmar que

20. ARIÑO ORTIZ, G. «Leyes singulares, leyes de caso único», *Revista de Administración Pública*, núm. 118, 1989, p. 97.

«nada legítimo tiene ya fuerza cuando las leyes no la tienen» (Rosseau). Sirva también el dogma revolucionario en América *Government by laws, not by men*.

USO Y ABUSO DEL DECRETO LEY

La división de poderes responde a un sistema equilibrado en el que a cada uno de los tres poderes le corresponde una función principal, sin perjuicio de la participación de cada uno de ellos de las funciones de los otros dos, dentro del marco establecido legalmente conforme a los postulados constitucionales. Y con el juego de los frenos y contrapesos que recíprocamente se establecen entre los tres.

Derivado de ello, el equilibrio preciso que clama la división de poderes del Estado, también se ha quebrantado como consecuencia de una falsa disposición por parte del Gobierno de la potestad legislativa reconocida constitucionalmente en el artículo 86 CE. Si la potestad legislativa es la función que por excelencia corresponde al Poder Legislativo, al Gobierno se le reconoce también una potestad limitada para dictar normas con valor de ley, más allá de su potestad reglamentaria (disposiciones normativas de grado inferior a la ley y que, en general, se encuentran sometidas al marco establecido en las leyes, sin poder contradecir lo en ellas prescrito).

La figura del decreto ley está pensada para casos excepcionales, y le está vedada determinadas materias²¹.

21. Artículo 86.1 CE: «No podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades

Solo podrá el Gobierno hacer uso del decreto ley «en caso de extraordinaria y urgente necesidad» y ello comporta demostrar fehacientemente dos cosas: primero la necesidad y después la urgencia de una regulación que permita de un modo eficaz y sumario, obviando los plazos y controles derivados del procedimiento parlamentario, atender sin demora ese imperioso menester.

Todo hace pensar que serán pocas las ocasiones en las que un Gobierno deba hacer uso de esta potestad y, en todo caso, con escrupuloso respeto al presupuesto de hecho exigido por la Constitución, manifestado en el profuso razonamiento que deberá arrojar sobre la extraordinaria y urgente necesidad que impide ser abordada por el legislador.

La división de poderes, elemento esencial del Estado de Derecho, queda amparada mientras se mantenga esta armonía, este equilibrio; pero desgraciadamente también ha recibido un perseverante azote, pues en los últimos tiempos se ha generalizado esta forma de legislar con un futuro más que prometedor en la actual legislatura. El uso racional se ha convertido en abuso de Derecho. A ello se une una doctrina constitucional derivada de los recursos de inconstitucionalidad que se han ido planteando contra este tipo de normas que, si en la teoría es correcta, sin embargo, deja mucho que desear en su aplicación práctica.

de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

La Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2023 de 21 marzo sintetiza la doctrina del este Tribunal sobre el sentido y alcance del presupuesto de hecho que legitima la acción del Gobierno, un concepto jurídico indeterminado cuya apreciación²²:

1. Es un verdadero límite jurídico al uso por parte del Gobierno del decreto ley y corresponde al Tribunal Constitucional controlar el uso racional del mismo declarando la inconstitucionalidad cuando no exista el presupuesto habilitante por entender que se ha invadido la potestad legislativa que corresponde al legislador.
2. Corresponde al Gobierno dar las razones de modo expreso y consistente de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, declarando la oportuna relación de adecuación entre la situación de necesidad y las medidas adoptadas mediante el decreto ley. Ello exige absoluto respeto del principio de proporcionalidad. Dicho esto, sin embargo, avanza el Tribunal Constitucional al no considerar ineludible que tal razonamiento se contenga en el propio decreto ley, sino que es posible que «tal presupuesto puede ser deducido de toda una pluralidad de elementos» y que, en definitiva, son los que quedan reflejados en la

22. Entre otras sentencias, se refieren a esta doctrina las SSTC 68/2007, de 28 de marzo; 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero; 39/2013, de 14 de febrero; 34/2017, de 1 de marzo; 152/2017, de 21 de diciembre; o también la 61/2018, de 7 de junio.

exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la norma.

3. El decreto ley es un instrumento permitido por la Constitución, conveniente con los límites que establece, para alcanzar el fin que justifica la legislación de urgencia, esto es, atender

situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

4. El control que ejerce el Tribunal Constitucional es un control *ex post*, cuyo objetivo es velar porque el Gobierno no se aparte del margen de apreciación concedido por la norma constitucional y se mantenga dentro de los límites derivados de la extraordinaria y urgente necesidad.
5. Finalmente, viene a decir esta doctrina, que la Constitución «se ha decantado por una regulación de los decretos leyes flexible y matizada» que se traduce en que:

[...] la necesidad justificadora de los decretos leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas

de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina, y los casos concretos en los que se ha debido pronunciar el Tribunal Constitucional, que arrojan un resultado en el que gana por goleada la desestimación del recurso, puede cambiar erróneamente, en mi opinión, la percepción que *ab initio* se deriva de la propia Constitución, esto es, que hay que ser muy cautos en el uso de este recurso por parte del Gobierno, so pena de lesionar la división de poderes²³. Ha ocurrido todo lo contrario, los sucesivos

23. La doctrina constitucionalista y administrativista se ha pronunciado sobre el uso y abuso del decreto ley. Merece ser destacada la obra de ARAGÓN REYES, M. *Uso y abuso del decreto ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional* (Madrid, Iustel, 2016), amén de otros escritos de este mismo autor, quien fuera además, magistrado del TC durante nueve años; quien denuncia el abuso durante más de cuatro décadas del recurso por el Gobierno al decreto ley rebasando los límites constitucionales; y denuncia que el Gobierno no puede convertirse en el legislador ordinario. ASTARLOA HUARTEMENDICOA, I. «Teoría y práctica del decreto ley en el ordenamiento español», *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985. Entre los administrativistas: ARANA GARCÍA, E. «Uso y abuso del decreto ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, que hace un análisis de cómo esta norma se aleja de su consideración constitucional como fuente del Derecho de utilización excepcional, teniendo en cuenta el extraordinario aumento de decretos ley a partir de 2008, presentando un uso abusivo e incorrecto de esta figura. Más recientemente, destacar la monografía de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. *Las mutaciones del principio de legalidad administrativa (bases constitucionales y dogmáticas del Derecho*

gobiernos se han animado a usar esta potestad gracias a la flexibilidad de la doctrina del Tribunal Constitucional, al escaso control del Congreso, y ven con normalidad dictar normas con valor de ley sin tener que debatirlas en las Cortes.

Entre las razones formales en que se amparan los gobiernos para usar el decreto ley se encuentran asuntos de carácter global, como puede ser la crisis económica, que van a servir para adoptar medidas de lo más variado, algunas de las cuales no responden al fin al que tiende la norma, rebasando con ello los límites constitucionales y vulnerando otros principios como el de proporcionalidad. Asimismo, se deslegitima esta acción cuando lo que se pretende es su vigencia inmediata y, sin embargo, en la propia norma se demora la entrada en vigor y, por lo tanto, la ejecución de las medidas tendentes a paliar la situación de urgente necesidad.

Un caso especialmente preocupante es el uso del decreto ley para regular situaciones singulares y concretas, pues, además de romper con los caracteres propios de las leyes de abstracción y generalidad, se comprometen derechos fundamentales como es la tutela judicial efectiva²⁴.

Administrativo) (Madrid, Iustel, 2023), donde nos recuerda que, en contra del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la mayoría de las veces el legislador se convierte en un espectador que convalida lo que ha hecho el Gobierno, anulando la posibilidad de un mínimo debate parlamentario.

24. Como indica ARANA GARCÍA, con ello, además de «pervertirse los postulados clásicos del sistema de fuentes del Derecho en un ordenamiento jurídico occidental, se está vulnerando un principio nuclear del Estado de Derecho: la tutela judicial efectiva. La tutela

O también los llamados decretos ley ómnibus, con un contenido diseminado y de lo más variado, que cuando menos genera inseguridad jurídica; se aprovecha esta norma para regular las más variopintas materias y modificar diversas leyes que nada tienen que ver con el objeto propio del decreto ley, y que no responden al presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad.

Ni que decir tiene que una norma como esta, que requiere una ejecución inmediata, rompe la coherencia con su propósito cuando su extensión es tal que se antoja difícil presumir la urgencia, al mismo tiempo que su control *ex post* por el Tribunal Constitucional aventura un proceso dilatado en el tiempo²⁵. Podríamos pensar que todo

judicial efectiva tiene una dimensión esencialmente individual y, por tanto, no es predicable de las normas con rango de ley, que [...] son generales y no estaría justificado extender la garantía de la tutela judicial efectiva para ellas. Sin embargo, si esa norma con rango de ley está dirigida para una persona o un grupo de personas muy determinada, la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva resulta flagrante» (p. 349). Esto nos recuerda también el riesgo advertido en el uso de las leyes singulares o leyes de caso único.

25. Basta citar los últimos reales decretos ley para darnos cuenta de ello: el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, con doscientas veintitrés páginas, dividido en Libros, Títulos y Capítulos, además de cinco Disposiciones Adicionales, diez Transitorias; nueve Finales y Derogatoria. A ello se refiere, entre otros, MARTÍN REBOLLO, L. «Sobre la banalización del decreto ley», *El Cronista el Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2024, también se refiere al Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo y que modifica leyes de diferentes sectores y materias, con ciento ochenta y tres páginas.

ello podría ser superado con la tramitación como proyecto de ley del propio decreto ley, una vez convalidado por el Congreso, en el que no hay debate parlamentario; pero esta posibilidad depende de la voluntad del Gobierno y la realidad nos muestra que solo un diez por ciento de los decretos ley se tramitan como proyectos de ley²⁶.

El riesgo de este abuso nos advierte del peligro para la estabilidad de nuestro Estado de Derecho ante la quiebra de uno de sus postulados esenciales que es el imperio de la ley fruto del ejercicio legítimo del Poder Legislativo que observa sin apenas darse cuenta esta intromisión ilegítima del Ejecutivo, llegando a convertirse en el legislador ordinario, al haber perdido consistencia el presupuesto de hecho habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» con una «complaciente» aplicación por el Tribunal Constitucional de su doctrina al caso concreto. Se pone en riesgo la seguridad jurídica y la calidad democrática del país y la única manera de restaurarlo es recuperar el lugar que constitucionalmente le corresponde a la ley y al Parlamento, con un enjuiciamiento más preciso por parte del Tribunal Constitucional.

26. MARTÍN REBOLLO es muy crítico al respecto de modo acertado señalando cómo de esta manera «se banaliza el decreto ley, se normaliza como norma del Gobierno dejando para luego los posibles cambios, si se tramita como ley»; de modo que asistimos con ello a la normalización de una fuente excepcional; como antes señalara también ARANA GARCÍA, *op. cit.* En este mismo sentido, se ha pronunciado una buena parte de la doctrina. Recientemente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en el prólogo a la obra *La importancia y el significado del Estado de Derecho. La ley como principio y garantía de los derechos*. En Juan José TORRES-FERNÁNDEZ NIETO y Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dirs.). Pamplona, Aranzadi, 2024.

EL DESCONCIERTO DEL PODER JUDICIAL

Ante tales abusos, que se producen sin ningún tipo de pudor, la división de poderes impone el control del Ejecutivo y el control del legislador ejercido por órganos imparciales, e independientes.

Dice la Constitución:

La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE).

Reconoce, asimismo (al igual que otras Constituciones del entorno europeo aprobadas tras la II Guerra Mundial), la existencia de un órgano de gobierno de los jueces, un consejo judicial denominado Consejo General del Poder Judicial (CGPJ); un órgano constitucional situado en la cúspide del Poder Judicial e integrado por miembros elegidos por otros órganos constitucionales o por los mismos jueces y magistrados.

Los recientes acontecimientos provocados por las decisiones del Gobierno actual han encendido aún más la crisis del Estado Constitucional de Derecho, pues tocan de lleno al Poder Judicial, del que la Constitución dice ha de ser un poder integrado por jueces y magistrados independientes e imparciales y a su órgano de gobierno²⁷.

27. La oportunidad de un órgano como este se vio en algunas de las Constituciones aprobadas tras la II Guerra Mundial (España, Italia, Francia...) con el fin de asegurar la independencia de la función jurisdiccional; si bien, como la historia ya nos cuenta, con la grave dificultad de separar sus facultades con el Ejecutivo,

Existe, además, cierta inquietud en la Unión Europea, desde la última década de modo más intenso, sobre la percepción que, en general, la ciudadanía tiene de la Justicia. Por más fórmulas, que son muy necesarias, se ideen para preservar la independencia e imparcialidad del órgano de gobierno del Poder Judicial, cuando ha calado de modo tan profundo en la sociedad la desconfianza hacia las instituciones, especialmente hacia la Justicia, cuyo descrédito se incrementa, junto con el ascenso de otros poderes no institucionales, lo que procede, además, es recuperar la autoridad.

Este desasosiego se manifiesta a través de los variados informes y documentos procedentes de diversas instituciones y organismos europeos quienes en su esfuerzo por defender el Estado de Derecho pretenden dar pautas a los Estados con el fin de evitar la erosión del Estado de Derecho que se sistematizan en la preservación de los elementos esenciales del mismo: la división de poderes, la independencia judicial y los derechos humanos²⁸.

perjudicando con ello el reclamado sello de autoridad que le concierne en el marco de la división de poderes (ROCA, J., *op. cit.*, p. 56).

28. La Comisión Europea presentó en el mes de julio de 2023 su cuarto informe anual sobre el Estado de Derecho, con una Comunicación en la que analiza con carácter general la situación global en la Unión Europea, y veintisiete capítulos, referido cada uno de ellos a cada Estado miembros con un estudio concreto de la situación evaluando la puesta en marcha de las recomendaciones advertidas en el informe anterior. Uno de los puntos fuertes se centra en las reformas en el ámbito de justicia. Puede verse en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_3631>. Así también, en el seno del Consejo de Europa, a través de los informes de evaluación del Grupo de Estados para la Corrupción (GRECO)

La doctrina sobre la independencia judicial de la denominada Comisión de Venecia parte de la vinculación del Estado de Derecho a la separación de poderes y de los límites que recíprocamente se establecen entre ellos; los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo han de ser revisados por tribunales imparciales e independientes y «la independencia significa que la judicatura se encuentre libre por presiones externas, y que no se encuentre sujeta a influencias políticas o manipulaciones de ningún tipo, en particular de parte del Poder Ejecutivo. Este requerimiento es una parte integral del principio democrático fundamental de separación de poderes. Los jueces no deben estar sujetos a la influencia o manipulación política»²⁹.

Para la Comisión de Venecia, sin pronunciarse en favor de un modelo concreto, considera que el consejo judicial para preservar su independencia en el ejercicio de

donde se establecen recomendaciones a los Estados, que no cumplen eficazmente; o las actuaciones de la llamada Comisión de Venecia. Preocupación, alerta y defensa.

29. La Comisión para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia) es un órgano consultivo del Consejo de Europa para asuntos relacionados con la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, creado en 1990, con el fin de asesorar sobre las reformas constitucionales y legislativas de los Estados del Este de Europa que permitieran una transición a la democracia pluralista y constitucional. En CASTELLÀ ANDREU, J. M. «Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público*, vol. 70 (1), 2022, p. 40. En los criterios de verificación del Estado de Derecho de 2016 sitúa, entre los *core elements*, el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales.

sus funciones no jurisdiccionales, sino de gobierno y administración (nombramiento y la promoción de los jueces y en las medidas disciplinarias contra ellos), en cuanto a la composición y la elección de sus miembros ha de ser mixta entre jueces y juristas y por una elección doble en la que intervienen los propios jueces y el Parlamento.

De las dos perspectivas de la independencia judicial derivadas del artículo 117.1 CE, la de cada juez, la de cada tribunal y la del Poder Judicial con respecto a los otros dos poderes, me detengo en esta última, la independencia del poder institucional cuya garantía es pretendida a través del Consejo General del Poder Judicial y donde se aprecia desde hace tiempo una patente contaminación del Poder Ejecutivo³⁰.

Aquí encontramos otro daño al Estado de Derecho, un claro empuje a la independencia del Poder Judicial en cuanto tal, a través de su consejo judicial.

Un consejo judicial que está integrado por el presidente del Tribunal Supremo y por veinte miembros, doce de los cuales serán elegidos entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, conforme a lo que

30. La de cada juez: referida a la independencia profesional y funcional de jueces y magistrados, entendida como garantía de sus derechos personales como funcionarios públicos, y garantía de su libertad de criterios en su actuación profesional. La garantía de su independencia e inamovilidad les protege de la discrecionalidad/arbitrariedad de los otros poderes en cuanto a su jubilación, la suspensión de sus funciones, tal como reza el artículo 117.2 CE: «Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley».

determine una ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión (art. 122.3 CE).

¿Acaso el sistema de elección de los miembros de este órgano podría llegar a ensombrecer su digna función?

¡EUREKA!

No me referiré a las normas que de modo sucesivo hasta la actualidad han regulado la forma de designación de los miembros del CGPJ³¹; pero sí insistiré en un hecho:

31. En línea con lo establecido en la Constitución, la LO 1/1980, de 10 de enero, del Poder Judicial pretendía un régimen de autogobierno de jueces y tribunales alejado del Poder Ejecutivo para no vulnerar la independencia del Poder Judicial; establecía que doce miembros fueran elegidos por los jueces y magistrados en activo, de los cuales tres serían magistrados del TS, seis magistrados y tres jueces; la reforma por LO 6/1985, del Poder Judicial impuso la plena designación por el Parlamento de los miembros del CGPJ amparándose en el principio democrático serán las Cámaras las que elijan los doce jueces vocales del CGPJ; una reforma que dio lugar a la STC 108/1986, tras la impugnación por el partido popular, validando la reforma. El sistema mixto de elección llega con la LO 2/2001, de 28 de junio, conforme a la cual la elección de los vocales judiciales se hará sobre una lista de treinta y seis nombres propuestos por las asociaciones profesionales de jueces o por un número de jueces que representen al menos el dos por ciento del total de jueces en activo. Ello en la práctica ha resultado que los jueces no asociados no se verán representados; la reforma llevada a cabo por la LO 4/2013, de 28 de junio establece el requisito de veinticinco avales o el aval de una asociación judicial para poder presentarse como candidato a vocal judicial, lo que, sin embargo, no garantiza que las Cámaras elijan a candidatos no asociados,

sistemáticamente se ha vulnerado el artículo 122.3 CE que impone la renovación de los miembros del CGPJ cada cinco años. Ni el Congreso ni el Senado han cumplido con el mandato constitucional. «No se trata de una dilación indebida, sino de un flagrante incumplimiento constitucional, que dará lugar indeseadas consecuencias para el Estado de derecho y, sobre todo, para los propios ciudadanos»³².

En palabras de Alejandro Nieto, «confundiendo los deseos con la realidad, los objetivos ideológicos tienden a convertirse en dogmas, de la misma manera que luego los dogmas se protegen con barreras intelectuales y políticas para impedir que se descubra la impostura», lo que llevaba a este maestro del Derecho Administrativo a concluir que «la independencia judicial es un mito, una imaginación histórica que en España sigue conservándose hipócritamente en declaraciones normativas y discursos ideológicos, sean políticos o académicos»³³.

ex artículo 578.2 LOPJ; en todo caso, se mantiene el requerimiento de tres magistrados del TS, tres magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y seis jueces o magistrados sin sujeción a antigüedad. Debemos referirnos también al intento de reducir la mayoría necesaria para la elección de los doce vocales judiciales de tres quintos a mayoría absoluta en la segunda votación en la Cámaras, que no prosperó; y a la LO 4/2021, de 29 de marzo, sobre la reducción de funciones del CGPJ una vez se haya agotado el período de su mandato.

32. FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (miembro del CGPJ durante dos mandatos íntegros y prorrogados; exmagistrado del Tribunal Supremo), 08/09/2022: <https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1225819>.

33. NIETO GARCÍA, A. *El desgobierno judicial*. Madrid, Trotta, 2004, p. 109.

Esto es lo que está sucediendo en estos momentos con más fuerza que nunca, con inquietantes efectos para el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia. La intervención del Poder Ejecutivo desfigura la naturaleza del Poder Judicial y genera una situación de indefensión entre jueces y magistrados³⁴.

Bien es cierto que la STC 108/1986 argumentó que la mayoría cualificada es garantía del adecuado pluralismo en el seno del Poder Judicial; no es menos cierto que para desbloquear el nombramiento de los vocales judiciales, la pretendida reducción de las mayorías a tal fin encierra un fin distinto cual es el de asegurar perfiles afines a los partidos políticos en el Gobierno a través de las mayorías parlamentarias.

(En estos momentos, conocido el pacto alcanzado entre las dos fuerzas políticas mayoritarias para desbloquear la renovación del CGPJ —es obvio que no voy a entrar en ello— solo cabe esperar que su materialización signifique lograr una verdadera independencia, teniendo en cuenta el pretendido compromiso de permitir una «despolitización de la Justicia»).

34. Como bien indica OLLERO TASSARA: «La independencia del juez en su decisiva labor dependerá, ante todo, de su propia honestidad personal y de su sólida formación profesional, incluida su dimensión ética. No lo es menos, sin embargo, que en ámbito público las cosas no siempre son como son, sino que con frecuencia se aprecian como parecen ser», en «El condicionamiento institucional de la independencia del juez», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 108-109, diciembre 2023-enero 2024, p. 126. De gran interés es su obra *La justicia en el escaparate* (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022), en la que realiza un análisis de la situación de la Justicia en España.

Continuando con mi discurso, en tanto que la Constitución remite a una ley orgánica para definir el modelo de nombramiento de los vocales judiciales, debemos defender un sistema de elección libre entre los jueces y magistrados de carrera en activo, con criterios objetivos para la definición de candidatos, basado en el *Nombre* y la *Autoridad*, en el mérito y la capacidad profesional, con una carrera ininterrumpida; estos mismos criterios deben ser aplicables a la designación del resto de miembros de este consejo (cuyo porcentaje debe reducirse al menos un noventa por ciento), que permita el oportuno control de legalidad de la discrecionalidad, so pena de incurrir en arbitrariedad en los nombramientos. No es suficiente, por imprecisión, la demanda constitucional *ex* artículo 122.3 CE que como criterios objetivos nos presenta los dos mencionados: «entre abogados y otros juristas» y «con más de quince años de ejercicio en su profesión», junto a la «reconocida competencia», que no es sino un concepto jurídico indeterminado cuya concreción se está pervirtiendo de la misma manera que la «extraordinaria y urgente necesidad» en el caso del decreto ley por el Gobierno. Pero aún debemos precisar más esos criterios con el establecimiento de límites legales que impidan ser miembro de este consejo a quienes hayan sido designados altos cargos de la Administración tales como ministro, secretario de Estado, delegado del Gobierno, o bien hayan ejercido funciones gubernativas en el seno de un determinado partido político; centrándose la elección en aquellos jueces y magistrados que de modo ininterrumpido han desarrollado exclusivamente sus funciones jurisdiccionales.

Tampoco podemos olvidarnos del Ministerio Fiscal, cuyo estatuto requeriría también ser reformado en garantía de la independencia de su actuación; y establecer asimismo criterios reglados sobre el prestigio profesional, susceptibles de control judicial, para el nombramiento de los altos cargos, evitando así pronunciamientos del Tribunal Supremo apreciando, como ejemplo, desviación de poder en la propuesta del fiscal general del Estado para promover a quien fuera ministra de Justicia como fiscal de Sala³⁵.

Con carácter general, no podemos compartir la opinión de quienes ven en este tipo de fallos judiciales una ruptura de la separación de poderes por entender una intromisión ilegítima en las funciones del Ejecutivo a quien le corresponde la potestad del nombramiento de los altos cargos, con una discrecionalidad política amplísima.

35. La Sala tercera del TS estimó parcialmente el recurso interpuesto contra el Real Decreto 907/2022, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre de 2022), por el que se promueve a la categoría de fiscal de Sala a Dolores Delgado García y se le nombra fiscal de Sala de la Fiscalía Togada del Tribunal Supremo; la sentencia aprecia desviación de poder consistente en «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico», toda vez que resulta acreditado que la finalidad del fiscal general del Estado fue la de asegurar a Dolores Delgado García su promoción a la máxima categoría de la Carrera Fiscal, tratando de llenar lo que, en opinión del proponente, es una carencia de la legislación en vigor. Ello se aparta de la finalidad propia de la potestad de resolver convocatorias para plazas del Ministerio Fiscal, cuyas vacantes deben proveerse fundamentalmente con arreglo al criterio del mérito. O también, la STS de 30 de noviembre de 2023 (5059/2023), que anula el nombramiento como presidente del Consejo de Estado de la señora doña Magdalena Valerio, que ejerció, entre otros cargos públicos, el de ministra de Trabajo.

El Ejecutivo no es un poder absoluto, está sometido a límites jurídicos; precisamente, el ejercicio de su potestad política-discrecional, basada en criterios objetivos y reglados de aplicación al caso concreto, es y debe ser susceptible de control judicial, evitando con ello la arbitrariedad en la designación de los altos cargos y la designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial³⁶.

Estas mismas consideraciones deben aplicarse a la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, puesto que en un Estado Constitucional de Derecho, en respeto al mismo, las decisiones de los jueces ordinarios se van a ver condicionadas por los dictados del Tribunal Constitucional y cuando la realidad nos muestra cómo los últimos nombramientos de magistrados del Tribunal Constitucional acordados por el Gobierno y el Congreso recaen sobre personas con vinculación partidista o que han desempeñado cargos en el propio Gobierno que los nombró, cuando menos, puede generar desconfianza e inseguridad jurídica en el acierto de sus decisiones, que se presume intentarán avenirse al parecer del órgano que les nombró.

Se advierte del peligro, no ya del riesgo, derivado de una preocupante simpatía de los partidos políticos a conquistar las instituciones³⁷.

36. Véase JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Instituciones rotas. Separación de poderes, clientelismo y partidos en España*. Zaragoza, Cometa, 2023.

37. SANCHEZ MORÓN, M. «El control judicial de los nombramientos de altos cargos de las instituciones públicas», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 231, 2024. Señala el autor que puede

Sabio el refranero español:

No solo hay que ser bueno, sino parecerlo.

Estas decisiones del Gobierno sobre nombramiento están sometidas al control judicial, para lo que se requiere que las normas definan criterios a seguir para el nombramiento y que exista una impugnación legítima del acto de nombramiento³⁸.

Se trata de dos órganos con una misma función, aunque desde perspectivas distintas: garantizar la división de

haber opiniones diversas respecto de la actuación judicial en estas sentencias, así, habrá quienes opinen que el Tribunal Supremo se excede de sus funciones infringiendo el principio de separación de poderes en perjuicio del Ejecutivo o, incluso que ello supone un ejemplo de la «judicialización de la política», y con ello una desviación indeseable del principio democrático. No es así, en tanto en cuanto, las decisiones del Gobierno por las que se designan nombramientos, siendo amplia la discrecionalidad, no están exentas de control judicial, toda vez que las normas y la Constitución establecen criterios y requisitos determinados a tal efecto.

38. Con respecto a los miembros del Tribunal Constitucional, el artículo 159.2 CE exige que se nombren entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y abogados, que sean de «reconocida competencia» y con más de quince años de ejercicio profesional.

Por otra parte, el control que cabe ejercer contra los actos de nombramiento efectuados por las Cámaras no es el mismo que el que procede del Gobierno; en el primer caso, solo podría interponerse un recurso de amparo sostenido en la vulneración de un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2023, *Caso Lorenzo Bragado y otros contra España*); en el segundo caso, procede el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

poderes, conforme a lo establecido en la Constitución, que exige independencia e imparcialidad en el cumplimiento de tal función, alejados de los otros dos poderes del Estado, alejados del Ejecutivo y alejados del Legislativo. Dos órganos de los que se demanda confianza, seguridad jurídica y, especialmente, se pretende recuperar la *Autoridad*³⁹.

Me permito leer los siguientes versos que describen esta realidad:

*Que sea el otro letrado
por Salamanca aprobado,
bien puede ser;
mas que traiga buenos guantes
sin que acudan pleiteantes,
no puede ser.*

*Que sea médico más grave
quien más aforismos sabe,
bien puede ser;
mas que no sea más experto
el que más hubiere muerto,
no puede ser*

(Luis de Góngora y Argote)

39. La *auctoritas* entendida en el sentido orsiano, definida como el «saber socialmente reconocido» a diferencia de la *potestas* definida como «poder socialmente reconocido», en DOMINGO, R. *Auctoritas* (Barcelona, Ariel, 1999, p. 52), destacando, asimismo, la función principal de la autoridad como límite natural de la potestad (p. 93).

2

**DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
A LA SOCIEDAD DEL RIESGO**

Estos síntomas de que adolece el Estado de Derecho que acabamos de describir, siendo los más graves, no son los únicos. Advertimos cómo desde la tercera Revolución Industrial, las transformaciones de nuestra sociedad provocan silenciosamente transformaciones en nuestro Estado de Derecho, en sus roles y en la forma de producir Derecho. Brevemente damos cuenta de ello.

En la segunda mitad del siglo XX hasta el inicio del XXI se sitúa la tercera Revolución Industrial, que nos trae la necesidad de afrontar el reto de la promoción del desarrollo de la acción social, especialmente el mercado; comienza el desarrollo de la programación de las máquinas y se desarrolla la informática, dando lugar a una progresiva automatización en todos los procesos; emerge el denominado Estado del Bienestar y se emprende el reto del Derecho hacia la protección de las generaciones futuras, con una creciente preocupación por la protección del medio ambiente, el cambio climático, los deberes colectivos; aparecen también nuevas responsabilidades del Estado a las que se hace frente a través de las técnicas de la planificación y del consenso; junto con las cada vez más habituales maneras de resolver los conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Y junto a la regulación formalizada se tenderá a una cada vez más frecuente y necesaria autorregulación del sector privado.

Durante este período el cambio es absoluto y España se abre a Europa con su entrada en la Comunidad Económica Europea, hoy llamada Unión Europea; lo que

va a suponer nuevas maneras de entender y producir el Derecho; España acepta el compromiso de contribuir, a través de las políticas o acciones comunes, al

*desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*⁴⁰.

La década de los años noventa comienza una nueva etapa a la que podemos llamar la Era Neotécnica, la del progreso, la del desarrollo; una verdadera revolución tecnológica origen de la competencia mundial, y que, en gran medida, va a acentuar la importancia de las políticas europeas; en concreto la política europea de investigación y desarrollo tecnológico, propiciada por el progreso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) que sustenta el paso a una nueva sociedad de la información.

El cambio tecnológico va a determinar la convergencia de las distintas tecnologías de la información, la informática y las telecomunicaciones que desencadena la necesidad de nuevos servicios integrados, que, a su vez, necesitan la demanda de nuevas redes globales que han de transmitir voz, datos, estadísticas, imagen, hacia

40. Artículo 2. Tratado de la Unión Europea.

múltiples terminales. Un horizonte nuevo y futuro se encara a través de la armonización política y una estrategia planificada; aparecen nuevas formas y categorías jurídicas: el desarrollo de las infraestructuras, la normalización, la certificación (investigación y desarrollo).

El Estado Social prestador de servicios cede ante un moderno Estado supervisor del cumplimiento de los servicios esenciales de la sociedad. Las libertades económicas defendidas en Europa propician la liberalización de los sectores económicos de interés general, y conlleva la privatización de las empresas públicas y la configuración de un nuevo escenario en el que la prestación de estos servicios se rige cada vez más por las leyes de la competencia. Ello provoca el traslado del control industrial y el poder al sector del mercado. El debate ideológico y académico sobre la teoría del Estado lleva a dos planteamientos centrados en la doctrina del Estado como garante y el Derecho de la regulación⁴¹.

41. WAHL, R. *Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo alemán* (Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 133 y ss.), muestra la importancia de un debate amplio y profundo sobre la teoría del Estado y los resultados prácticos de las políticas privatizadoras y desreguladoras que destacan la relevancia del debate sobre las funciones estatales y el Derecho positivo o la política legislativa concreta. ESTEVE PARDO, J. *Principios de Derecho Regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos* (Barcelona, Marcial Pons, 2ª ed., 2023, p. 35 y ss.), destaca la configuración del Estado como Estado garante que refleja la propia evolución de las relaciones Estado-sociedad, en una sociedad en la que el protagonismo del conocimiento científico-técnico está en manos de sujetos privados la principal responsabilidad del Estado es la de garantizar la atención de los intereses generales y valores constitucionales y el Derecho regulatorio es «expresión e instrumento del modelo de Estado Garante».

Nuevos retos deben afrontarse:

1. La modernización de las Administraciones Públicas; la aplicación real de toda la normativa de incorporación y uso de las nuevas tecnologías por el sector público. la modernización del sector público ya no consiste en introducir nuevas tecnologías, sino que, además, es necesario «modificar las normas y las prácticas de trabajo para cosechar los beneficios que aporta la tecnología»⁴². las Instituciones comunitarias y las Administraciones Públicas nacionales han de utilizar las tecnologías de la información para desarrollar servicios eficientes al servicio de las empresas y los ciudadanos europeos⁴³. Comienzan a desarrollarse los servicios basados en Internet para mejorar el acceso de los ciudadanos y las empresas a la información y los servicios públicos; para mejorar la transparencia de las Administraciones Públicas; la contratación electrónica, etc.
2. La organización administrativa, en el sentido de que en los Estados miembros existan organismos especializados en cada materia a través de los cuales se ejerza la coordinación nacional-Unión Europea.

42. En la Comunicación «e-Europe 2002» (COM/2001/0140 final/), destaca la Comisión Europea que las Administraciones Públicas son más lentas en introducir los servicios en línea; así la contratación electrónica aún no es una realidad aparte de la simple aceptación de ofertas por correo electrónico y no es fácil obtener en todos los Estados miembros información sobre el sector público crucial para los servicios de valor añadido.

43. TORRES LÓPEZ, M. A. «Unión Europea, Ciencia y Tecnología», *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003.

3. La producción del Derecho por organismos ajenos a los poderes del Estado, lo que hoy en día cambiará nuestro sistema clásico de fuentes: No solo porque la asunción del acervo comunitario implica la aceptación de las normas aprobadas por las instituciones comunitarias, unas de directa aplicación como el Reglamento, otras de aplicación tras su transposición al ordenamiento estatal, las Directivas. Junto a ello, además, comienzan a generalizarse toda una serie de normas de aplicación directa, que se desenvuelven en el ámbito de la técnica y que son elaboradas por organismos ajenos a quienes tienen la potestad normativa, lo que, en cierta medida, no solo afecta al sistema de fuentes, sino que rompe con las reglas del Estado de Derecho.
4. Emerge un nuevo Poder, denominado el Cuarto Poder, la prensa y los medios de comunicación, que se sitúa al mismo nivel de los tres poderes del Estado y que ha provocado no pocos conflictos entre el Poder Judicial y el poder mediático, en asuntos trascendentes para la opinión pública que han afectado de modo directo a la independencia judicial, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, derivado de la difusión de noticias falsas, manipuladas o sesgadas, por diversos motivos que engloban el sensacionalismo, la audiencia o la enemistad política. Ello tendrá como efecto una pérdida de libertad en la función jurisdiccional.

En la evolución del Derecho, especialmente del Derecho Administrativo y su vis expansiva, se aprecia una

tensión o relación dialéctica entre la irrenunciable garantía de estabilidad y su vocación transformadora, que ha ido decantándose a lo largo del siglo XX y en la actualidad.

Si bien, todo ello enmarcado en el proceso de globalización, cuyo origen se encuentra en la apertura de los espacios económicos y el desarrollo de los intercambios internacionales, pero que tiene también una dimensión social, una realidad ideológica y cultural y que se apoya en la evolución-revolución de las nuevas tecnologías y el profundo desarrollo de la denominada sociedad de la información. Como expresa AUBY son dos los aspectos más importantes e impactantes, de un lado la desterritorialización de las actividades y de los mecanismos sociales y económicos; de otro lado, el proceso de desestatización de las sociedades y del mundo⁴⁴.

Este proceso de globalización implica una gran transformación para el Derecho, para las instituciones jurídicas; realmente lo que está en cuestión es la propia

44. AUBY, J. B. *La globalización, el Derecho y el Estado* (Sevilla, Derecho Global, 2013), señala cómo lo más impactante de este proceso de globalización es la desterritorialización de las actividades y de los mecanismos sociales y económicos: está en juego una recomposición de los territorios, al hilo de la desterritorialización de ciertas actividades; y junto a ello, se destaca como elemento característico de la globalización el proceso de desestatización de las sociedades y del mundo. La apertura de los espacios económicos reduce la aptitud de los Estados para dominar y regular los procesos sociales. Si bien, en muchos aspectos lo que está en cuestión es más bien la modificación del lugar y del papel de los Estados, y no su supresión; aunque, es cierto, que la globalización contribuye a alimentar un cierto declive de la centralidad del Estado en nuestras sociedades.

función del Estado, pero no su incapacidad para regular los procesos sociales; se impone la cooperación, la coordinación internacional, y no solo interestatal, a través de las diversas Agencias de regulación y supervisión, también de las entidades públicas y privadas, dentro y fuera de las fronteras.

La evolución tecnológica ha sido desde entonces abrumadora, si las anteriores revoluciones industriales se significaron por las profundas transformaciones económicas, tecnológicas y sociales acontecidas, en estos momentos, podemos decir que asistimos a una cuarta Revolución que, separada de la inmediatamente anterior, desde la perspectiva jurídica, ha puesto en alerta a todos los Estados ante los riesgos que se pueden derivan del uso de las nuevas tecnologías, especialmente la Inteligencia Artificial y su combinación con otras tecnologías como la computación cuántica, y que pueden provocar serias lesiones a los derechos fundamentales, con el consecuente daño a uno de los pilares del Estado de Derecho⁴⁵.

El proceso de globalización, en su dimensión económica, ideológica, cultural y jurídica, ha conducido a que hoy en día nos encontremos ante un nuevo modelo de Estado que debe responder a los intereses colectivos en una nueva era o, podríamos decir, una nueva Edad en la Historia, la Edad Digital. El imparable proceso evolutivo de las tecnologías condiciona el funcionamiento de los

45. Toda una serie de tecnologías disruptivas como son: Internet de las cosas; inteligencia artificial y computación cognitiva; Big Data; Realidad aumentada y virtual (Metaverso); o la computación en la nube.

poderes del Estado; no olvidemos que nuestro Derecho es un Derecho de garantías y la función que le corresponde al Estado es la de garantizar los intereses colectivos, los intereses generales, para lo cual, su posición es la de un Estado regulador y un Estado que ejerce un control *ex post*.

La sociedad de la información que nos trajo la tercera Revolución Industrial abre paso a una nueva sociedad del riesgo y un Estado de Derecho que se expresa a través de nuevos roles bien definidos por la doctrina, especialmente el profesor Esteve Pardo, un Estado garante del desarrollo de los servicios de interés general, del desarrollo correcto de los sectores estratégicos y la garantía del abastecimiento de agua, de la salud ambiental, las comunicaciones, el transporte...; garante de los derechos frente a los riesgos derivados de la innovación y la implantación de las nuevas tecnologías en dichos sectores tan relevantes, como es el sector alimentario, farmacológico, industrial o energético, desde la perspectiva de seguridad, la protección de los datos y la ciberseguridad⁴⁶.

Pero también esta Cuarta Revolución Industrial-Tecnológica nos trae nuevos desafíos que pueden poner en riesgo nuestro Estado de Derecho. En este proceso transformador es protagonista el sector privado, con la entrega al mercado de los servicios de interés general; son protagonistas las empresas a través de su dominio del conocimiento científico y técnico.

46. ESTEVE PARDO, J. *Estado Garante. Idea y Realidad*. Madrid, Innap Investiga, 2015.

¿Qué le corresponde al Estado? ¿Cuál es la respuesta del Derecho?

Sin duda, uno de los retos principales está en adoptar mecanismos de control que sean realmente eficaces para el sector privado, respetando las libertades económicas protegidas por el Derecho de la Unión Europea.

El Estado debe responder a la garantía de los derechos ciudadanos a través del control y la regulación de las actividades privadas y de los riesgos que de ellas se derivan. Cuando la legislación se proyecta sobre actividades de riesgo, el principio de precaución es el instrumento de gestión del riesgo ante la incertidumbre científica sobre el riesgo potencial para los derechos fundamentales. De ahí la dificultad de abordar una regulación en cuya base está la búsqueda del justo equilibrio entre la investigación e innovación y la confianza de la sociedad en la misma, con referencia a aquellos campos científicos generadores de ciertos temores y recelos (así la investigación biomédica, la calidad y seguridad industrial, Big Data, drones, ciborg...) ⁴⁷.

En 2024 los principales riesgos globales que se advierten en el ámbito internacional derivan de tres hechos muy significativos: las consecuencias del clima extremo;

47. CIERCO SEIRA, C. «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004, se refiere al impacto que este principio tiene en áreas tales como la Medicina, la Psicología, la Sociología, la Bioética, la Economía, la Filosofía o la Ciencia Política; ámbitos en los que el avance de la Ciencia produce incertidumbre sobre los riesgos que genera.

las consecuencias de la información errónea y la desinformación generada por Inteligencia Artificial; y la polarización social y/o política. Siendo preocupaciones también importantes la «ciberinseguridad», la crisis energética y la alimentaria⁴⁸.

El desarrollo y liderazgo tecnológico está en manos del sector privado y ello determina que las barreras regulatorias sean aún más necesarias. Podemos decir que emerge un quinto poder extra-institucional, el poder de las empresas tecnológicas. El proceso transformador de la globalización, iniciado décadas atrás, ha demostrado que no hay marcha atrás; y el Estado de Derecho debe adaptarse a este nuevo escenario, en el que las relaciones entre lo público y lo privado, entre el Estado y la sociedad, trazan una nueva senda.

Derivado de ello, hemos de advertir cómo de modo silencioso, poco a poco, se pueden quebrar los pilares de nuestro Estado.

Así, nos encontramos, entre otros desafíos:

1. *La ley cede ante el contrato*

Apreciamos cómo múltiples funciones públicas que se deben al imperio de la ley, ceden ante el contrato, la negociación entre las partes. Apreciamos

48. *The Global Risk Report 2024*, World Economic Forum, www.weforum.org. En el que se realiza un análisis muy completo de los riesgos globales en la actualidad, y a futuro en un horizonte de diez años vista, advirtiendo de la necesidad de actuar para evitar el deterioro de los derechos de los ciudadanos y de las generaciones futuras.

cómo la libertad cede ante la autonomía de la voluntad.

La doctrina, especialmente entre nosotros el profesor Esteve Pardo, lleva advirtiendo desde hace tiempo de la retirada de la ley en muchos espacios que están siendo ocupados por el contrato; y este es un proceso que tiende a pasar también desapercibido, pero que tiene un riesgo evidente para la inmutabilidad del principio del imperio de la ley, en tanto en cuanto, cada vez es más frecuente que ante el proceso judicial se anticipe el pacto: la justicia negociada; la infiltración del contrato en el aparato Ejecutivo del Estado con la retirada de la Administración Pública en el ámbito de los servicios públicos y la seguridad; incluso la disponibilidad y contratación sobre derechos fundamentales⁴⁹.

2. *Neo-composición del Sistema de Fuentes*

También el sistema clásico de fuentes del Derecho que enseñamos en las aulas de nuestras Facultades, basado en la generalidad del artículo 1.1 del Código Civil, conforme al cual «Las fuentes

49. Desde 2015, en su obra *El Estado Garante...*, *op. cit.*, p. 97 y ss. En 2023, *El camino a la desigualdad. Del imperio de la ley a la expansión del contrato*, Ed. Marcial Pons, 2023; magnífico libro que nos invita a una reflexión profunda sobre hechos apenas perceptibles, consentidos por las instituciones públicas, por la sociedad, pero con un riesgo tremendo de llega a vulnerar los principios sobre los que esta sociedad se asienta, los derechos fundamentales que atañen a sus ciudadanos y, en definitiva, nos invita a los juristas a situarnos en la vanguardia de la lucha por el Derecho.

del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», ha sido ampliamente superado, con ciertos riesgos que ponen en peligro el imperio de la ley como dogma del Estado de Derecho⁵⁰.

La adhesión de España a la Unión Europea lleva consigo la aceptación del denominado acervo comunitario, y la cesión de soberanía para la asunción de los productos normativos elaborados en las instituciones comunitarias, especialmente las Directivas y el Reglamento, siendo esta última una norma de directa aplicación en los Estados, lo que significa que está por encima de la ley, en tanto en cuanto, si una ley contradice el Reglamento será desplazada por este. El Derecho de los Estados está en buena medida condicionado por las políticas públicas de la Unión Europea a través de su enfoque armonizador.

Pero me interesa más destacar el fenómeno expansivo en nuestro sistema de fuentes referido a la aceptación de un tipo de normas a las que se dota de un valor de ley o de reglamento, que innovan el ordenamiento jurídico y, sin embargo, son normas elaboradas por organismos ajenos al

50. FERRAJOLI sostiene que el sistema de fuentes se ha complicado, no solo es nacional, cada vez más supranacional, con la consecuente dificultad de definición clara de las esferas de competencia y sus relaciones jerárquicas; lo apunta como un factor de quiebra del principio de legalidad. En FERRAJOLI, L. «Por una refundación garantista de la separación de poderes», *AFDUAM*, 20, 2016, p. 21 y ss.

Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo. Se trata de las denominadas con carácter general normas técnicas, cada vez más numerosas, y a las que se les augura halagüeño porvenir en esta nueva Edad de la Historia fruto del avance de las tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial. Este fenómeno expansivo cuando menos provoca una alerta ante la debilidad del principio democrático que asiste a la norma jurídica y el pluralismo político en las distintas fuentes jurídicas⁵¹.

Los problemas jurídicos que plantean este tipo de normas que elaboran los llamados organismos de normalización son variados derivados de la trascendencia jurídico-pública atribuida a normas de carácter privado, entre otros, el cumplimiento del principio de publicidad normativa y publicación oficial requerido para el despliegue de efectos jurídicos o del principio de seguridad jurídica en garantía del derecho de los ciudadanos a conocer sus obligaciones y sus derechos.

51. Desde la Unión Europea se han empleado diversos instrumentos normativos y sistemas para regular las características técnicas de los productos en territorio comunitario, incorporándose en el sistema de fuentes dada su trascendencia jurídica en la construcción del mercado interior; junto a los Reglamentos y Directivas, las normas técnicas armonizadas, las reglamentaciones técnicas comunes y las especificaciones comunes, elaboradas por la Comisión Europea con un efecto jurídico valiosísimo cual es la presunción de conformidad de las mismas: ÁLVAREZ GARCÍA, V. «Los instrumentos normativos reguladores de las especificaciones técnicas en la Unión Europea: un breve ensayo de identificación de nuevas fuentes del Derecho», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 64, 2023.

Unas normas que nacen en el ámbito privado y devienen en obligatorias por imposición de los poderes públicos⁵².

3. *La protección de los derechos frente a los algoritmos*

Recientemente, se ha aprobado la primera regulación de la Inteligencia Artificial, a través de un Reglamento de la Unión Europea, en el que se ofrece un nuevo modelo de gobernanza basado en el fomento de la investigación e innovación industrial para el desarrollo más eficiente de los servicios a la sociedad, con el respeto a los derechos fundamentales en una suerte de equilibrio a través de la definición del concepto de riesgo en

52. ÁLVAREZ GARCÍA, V. «La problemática de la publicidad oficial de las normas técnicas de origen privado que despliegan efectos jurídico-públicos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 72, 2022, p. 461, refiere la primera vez que se ha enfrentado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la publicación oficial de las normas técnicas: la reciente sentencia de la Gran Sala asunto *Stichting Rookpreventie Jeugd* y otros, que se pronuncia sobre la cuestión de si una concreta norma técnica elaborada por un organismo de normalización a la que remite un acto legislativo europeo debe ser publicada oficialmente en el Diario Oficial para que pueda producir efectos jurídicos dicho acto legislativo; la sentencia establece que «aunque un acto legislativo que remite a normas técnicas no publicadas sea válido, eso no significa que pueda ser oponible a los ciudadanos en general». De obligada referencia es la monografía de TARRÉS VIVES, M. *Normas Técnicas y Ordenamiento Jurídico* (Barcelona, Marcial Pons, 2003), donde ya se advertían las debilidades del Derecho para abordar directamente los aspectos técnicos del objeto de la regulación; en la esfera de la seguridad y calidad, en Derecho entra en los procedimientos, en las garantías y los objetivos y a la técnica corresponde proporcionar los medios y las determinaciones para lograr tales objetivos.

sus distintos niveles, siendo conscientes de que el riesgo cero no existe⁵³. Con esta regulación se pretende generar confianza y seguridad jurídica en el empleo de los sistemas de inteligencia artificial tanto en el ámbito público como en el privado. Pero esta norma no regula la tecnología en sí misma considerada, sino sus usos; establece unos requisitos que son aplicables a los distintos sistemas de inteligencia artificial en función de los riesgos que de ellos se puedan derivar, especialmente para la seguridad, la salud o los derechos fundamentales de las personas. Hemos de ser conscientes de que la regulación va a depender del ámbito en el que la tecnología se emplee, de modo que existen espacios poco regulados por el Derecho en los que el uso de la inteligencia artificial tendrá muy pocas o ninguna restricción, como el inicio de procedimientos administrativos, mientras que otras aplicaciones de inteligencia artificial se enfrentarán a límites específicos por la intervención del Derecho⁵⁴.

53. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM/2021/0206; C9-0146/2021; 2021/0106/COD).

54. HUERGO LORA, A. «Inteligencia Artificial: una aproximación jurídica no catastrofista», *Revista Española de Control Externo*, núm. 74-75, 2023, p. 110 y ss., análisis entre los grandes beneficios de esta tecnología y los riesgos, y sobre el cómo debe tratarse jurídicamente, más allá de pretender una regulación positiva, la

Los poderes públicos deben acoger en su funcionamiento los favores de estas nuevas tecnologías, acomodarse a los sistemas de Inteligencia Artificial que permitan la mejora y eficiencia de sus funciones a través de una regulación que garantice los derechos de los ciudadanos, especialmente en el ámbito de las decisiones discrecionales.

Los riesgos están presentes.

Sin entrar a valorar el propio concepto de la inteligencia artificial, partimos de la consideración que no se trata de una única tecnología, sino de varias cuya combinación permitirá en un futuro no muy lejano desarrollar la capacidad de autoaprendizaje a límites extremos, incluso superando al cerebro humano (del *Machine learning* al *Deep learning*); la inteligencia artificial se basa en el uso de algoritmos y de datos, cada vez más presentes en nuestra sociedad, que da lugar a una transformación automática de los datos en resultados que permitirán abordar un determinado objetivo⁵⁵: adoptar una decisión administrativa, resolver un

inteligencia artificial es un instrumento para el ejercicio del poder, para la toma de decisiones (p. 125). Entre otros, RIVERO ORTEGA, R. «¿Pueden los robots reemplazar a los funcionarios?», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm. 16, 2023, sobre los desafíos que plantea la aplicación de la inteligencia artificial al sector público y el desconcierto del legislador que retrasa el necesario estatuto de los bots.

55. CERRILLO i MARTÍNEZ, A. «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo ¿Nuevos retos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, p. 3 y ss.

procedimiento administrativo o un proceso judicial, incluso concretar la concurrencia en una situación determinada de conceptos jurídicos indetermados.

Los algoritmos alcanzan la madurez muy pronto y abandonan el nido de su creador, se independizan y comienzan a caminar solos; obteniendo patrones mediante el examen de los datos, grandes cantidades de datos sistematizados, los algoritmos generan otros algoritmos, y alcanzan un nivel de perfeccionamiento cada vez mayor, con la tremenda dificultad, casi imposibilidad, de que el destinatario tenga la capacidad de comprender el porqué de la decisión o del resultado que se muestra. Esto se conoce como algoritmo de «caja negra» (*black box*) donde encontramos el gran desafío del Derecho⁵⁶.

Se genera todo un debate jurídico en torno a la demandada transparencia de los algoritmos y su

56. Un algoritmo de caja negra es un sistema computacional cuyo funcionamiento interno es desconocido o incomprensible para quienes lo utilizan; los usuarios no tienen acceso a la lógica detrás de las decisiones y predicciones que ofrece y estos algoritmos con frecuencia se asocian con técnicas avanzadas como el aprendizaje profundo, se caracterizan por su opacidad, creando una barrera conceptual que oculta la complejidad subyacente. La falta de visibilidad sobre cómo estos algoritmos procesan datos y generan resultados plantea desafíos significativos en términos de explicabilidad, transparencia y responsabilidad: <<https://msmk.university/ciencias/black-box-algorithms>>. BLÁZQUEZ RUIZ, J. «La paradoja de la transparencia en la IA: Opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad», *Revista internacional de Pensamiento Político - i Época*, vol. 17, 2022, p. 267 y ss., sobre la opacidad y cajas negras.

naturaleza jurídica. Pero lo más trascendente, en la defensa de los derechos fundamentales, especialmente la garantía de la tutela judicial efectiva, gira en torno a la posibilidad de acceder a la explicabilidad del algoritmo lo que, en definitiva, significa llegar a la razonabilidad de la decisión pública que afecta a la persona y que le va a permitir el ejercicio efectivo de sus derechos⁵⁷.

57. GAMERO CASADO, E. «Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho Administrativo Español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 63, 2023, los algoritmos no son en sí mismos actos administrativos o reglamentos; frente al planteamiento de autores como BOIX PALOP que admiten su naturaleza reglamentaria (BOIX PALOP, A. «Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, p. 237), los algoritmos son herramientas, medios que permiten a los poderes públicos adoptar sus decisiones. Interesa destacar, entre la reciente y creciente bibliografía jurídica, el estudio de MORAL SORIANO, L. «Criaturas empíricas en un mundo normativo: la inteligencia artificial y el Derecho», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 7, 2023, en el que analiza el uso de sistemas de toma de decisiones automatizadas en la motivación de actos administrativos desde el derecho administrativo y desde la teoría de la argumentación jurídica. O el trabajo de Susana DE LA SIERRA, «Inteligencia Artificial y Justicia Administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020, en el que avanza en la reflexión sobre el uso de la inteligencia artificial por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones o por otros sujetos que participan del proceso, adentrándose en el estudio de los sistemas de predicción de resoluciones judiciales. Juli PONCE, planteaba en 2019 una necesaria mejora del marco regulador de la actividad automatizada que contemple «una reserva para humanos en el ejercicio de

A modo de ejemplo, la resolución de casos judiciales similares, que presentan identidad de hecho y objeto a través de un sistema de inteligencia artificial que, mediante la combinación de algoritmos basados en las informaciones y argumentaciones sentadas por la jurisprudencia sobre la base de la legalidad que debe aplicar al caso, permitirá sin duda agilizar la justicia, en una suerte de aplicación automática y automatizada, sin mediación humana alguna, al caso que se presente, con la fe ciega en que el creador del sistema ha hecho lo correcto.

Desde luego que el juicio certero del juez se asienta en el principio de legalidad, pero bien es sabido que la ley, en ocasiones no ofrece una solución clara, que puede haber varias soluciones posibles, lagunas normativas, conceptos jurídicos indeterminados... o que debe decidir entre diversos informes de carácter técnico que proporcionan soluciones posibles y divergentes, a los que no alcanza el principio *iura novit curia*⁵⁸, el principio de

potestades discrecionales debido a la necesidad de empatía para la realización de la ponderación con criterios extrajurídicos en que consiste la discrecionalidad», referido su estudio al ámbito de las decisiones administrativas: «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

58. «La desmesurada fabricación de leyes y otras normas con valor de ley, además del lenguaje a veces incomprensible con una descuidada técnica legislativa que nos lleva a plantear, en ocasiones, la sostenibilidad del principio de la no excusabilidad de la *ignorantia legis*» (FERRAJOLI, *op. cit.*); esto se complica aún más, con el

legalidad no excluye el arbitrio judicial; en línea con lo escrito por Nieto García, arbitrio y arbitrario son conceptos antónimos y el arbitrio judicial no es, desde luego «el resultado del capricho de algunos jueces sospechosos, sino algo inherente a la función judicial cuya erradicación es probablemente imposible», y poco recomendable⁵⁹. La prudencia y la equidad propias de la denominada reserva de humanidad presiden el arbitrio judicial en la adopción del fallo que se enlaza con el criterio de legalidad en el que el juez necesariamente debe fundamentar su decisión.

Ante el dominio de la tecnología ¿Dónde se sitúa el arbitrio judicial del presente?

Pongamos atención a este dato, porque en la evolución de nuestro Estado de Derecho nos enfrentamos en la actualidad a uno de los riesgos más inciertos derivados del desarrollo de las nuevas tecnologías, entre ellas la inteligencia artificial

incremento de este tipo de normas de carácter técnico y su difícil comprensión que nos lleva a conformarnos con sus contenidos.

59. NIETO GARCÍA, A. *El arbitrio judicial*. Barcelona, Ariel, 2000, p. 208. Sobre la equidad, dice también (p. 234): «La equidad dentro de la aplicación del Derecho como mecanismo de adaptación de la ley general a las circunstancias del caso concreto: art. 3.2 CC; la equidad solo puede hacerse efectiva a través del arbitrio, es el juez y no la ley quien conoce las circunstancias del caso concreto».

Podemos afirmar, pues, que si el juez no ha hecho un uso racional de su arbitrio que, en todo caso, exige una suficiente motivación y razonabilidad basada en la legalidad, procede articular el control de arbitrariedad que ejercerá otro tribunal al que le correspondrá, en su caso, la revocación de la decisión arbitraria.

con su aplicación para el desenvolvimiento de las funciones esenciales de los poderes del Estado; que nos lleva también a enfrentar un nuevo esquema de nuestro sistema de fuentes, ya desde hace tiempo y que en la actualidad tiene todo un mundo por descubrir.

3

DIAGNÓSTICO:

«HIPERTENSIÓN ARTERIAL SISTÉMICA»

Una vez presentados los síntomas que hoy angustian a nuestro Estado de Derecho, me atrevo a hacer un claro diagnóstico:

Más allá de recientes hechos que con claridad meridiana han supuesto un duro golpe a su consistencia y que han provocado una gran preocupación en la mayoría de juristas de nuestro país que ejercen su profesión jurídica en el marco de los principios y valores constitucionales, muy alarmantes son también esas otras transformaciones calladas, apenas imperceptibles, aquellas que nos sorprenden de pronto por no haber estado atentos; ello me lleva a sostener que el Estado de Derecho padece de «hipertensión arterial sistémica», un «trastorno crónico y prácticamente asintomático, que lesiona los órganos vitales si no se detecta y controla oportunamente».

Así está hoy comprometido nuestro Estado de Derecho, en un estado crónico prácticamente asintomático, con sus órganos vitales dañados, en tanto en cuanto la división de los tres poderes que lo conforman languidece;

las funciones de cada uno de ellos se ven comprometidas, en algunos casos confundidas; los principios y valores constitucionales se difuminan y los derechos fundamentales se desdibujan; y el control de la hipertensión arterial puede ser inoperante cuando se llega tarde.

Conscientes de ello, no todo está perdido; hay esperanza; en este nuevo ambiente, debemos seguir defendiendo el Estado Constitucional de Derecho, teniendo presente que el tradicional principio de división de poderes está dañado, debido a las acciones de los propios poderes públicos y al deterioro consentido y creciente de nuestras instituciones más nobles cuyas funciones se sitúan en el asesoramiento y consulta conforme a la Constitución y en la resolución de conflictos.

Nuestro sistema de fuentes ya no responde a la clásica pirámide en cuya cúspide está la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico; el sistema de fuentes debe ser definido por su base, una sólida base donde se asienta la Constitución y los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico que la misma define; que consagra los derechos fundamentales, la división de poderes, y el imperio de la ley, dentro del marco de la Unión Europea, como elementos esenciales del Estado de Derecho.

Un Estado de Derecho al que le corresponde adoptar una nueva configuración como garante y como regulador en garantía de la base que le sustenta; y como en toda estructura cada uno de sus elementos debe resistir diversos tipos de fuerzas sin deformarse ni romperse; ha de ser capaz de soportar su propio peso, esto es, sus postulados esenciales; ha de ser capaz de soportar el peso de las cargas que sujetan, a través de la garantía de la

división de poderes en el sentido expuesto, pero, además, ha de ser capaz de soportar las fuerzas exteriores (los medios y el dominio de las tecnológicas).

Nuestra sociedad del riesgo y del conocimiento, con la complejidad derivada de la revolución técnico-científica, requiere de sólidos principios jurídicos, que, si bien, no son inmutables, permitan, no obstante dar flexibilidad a un ordenamiento jurídico que necesariamente debe cambiar para responder a una realidad social que se mueve continuamente y a la que debe atender; una sociedad que nos muestra una nueva relación entre Estado-sociedad-tecnología.

Es necesario devolver a las instituciones la importancia y el valor que merecen. En estos momentos, la sociedad y especialmente quienes nos dedicamos al ámbito profesional del Derecho de nuevo estamos llamados a la lucha contra las inmunidades del Poder; pues cuando el problema no deriva de un incumplimiento formal de los elementos esenciales del Estado de Derecho, amparados por una falsa apariencia de legalidad difícil de combatir; preservar el Estado Constitucional de Derecho como un Estado de Justicia se torna en una ardua y comprometida tarea ante la seria amenaza, derivada de la desviación y del abuso de poder, de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales, en especial, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. El Estado de Derecho tiene encaje con más fuerza, reivindicando el imperio de la ley para restablecer el equilibrio perdido, pues el verdadero embate se ha producido porque en el sistema político se ha roto la armonía entre los principios de libertad e igualdad.

CONTESTACIÓN POR EL
Excmo. Sr. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA
AL DISCURSO DE INGRESO DE LA
**Excma. Sra. Dña. MARÍA ASUNCIÓN
TORRES LÓPEZ**

Señor presidente, señoras y señores académicos, autoridades, señoras y señores:

*D*EBO, ANTE TODO, COMENZAR POR UN obligado desahogo personal.

Después de haber disfrutado, nada menos que treinta y ocho años, de Granada, a cuya universidad llegué recién licenciado y en la que pude ser sucesivamente ayudante de clases prácticas, profesor adjunto por concurso, ingresado luego en el recién creado cuerpo de funcionarios, profesor agregado y catedrático.

Después de ser honrado durante más de diecisiete años por los granadinos, al elegirme como su representante en el Congreso de los Diputados.

Después de haber recibido el honor de ingresar hace veintisiete años en esta Real Academia, de la que tantos detalles he recibido; entre ellos el de haber sido repetidos años, la última ocasión hace menos de un mes, miembro del jurado del premio establecido en memoria de mi entrañable amigo el, para todos inolvidable, excellentísimo señor don Luis Portero García, que no dudó en arriesgar su vida en defensa de la Justicia en España,

siendo asesinado por la banda terrorista ETA, que aún hoy sigue negándose a pedir perdón por ello.

Después de todo esto, me encuentro, con profundo agradecimiento por mi parte, recibiendo uno de los mayores honores que esta casa puede ofrecer: responder, en nombre de todos sus miembros a la feliz incorporación de una nueva académica, que pasa a enriquecer con su valía a esta prestigiosa institución.

La ya excelentísima catedrática María de la Asunción Torres López será la primera en ostentar en esta Real Academia la medalla número 27, de reciente creación. Terminó su licenciatura en derecho, con la calificación de sobresaliente en 1993, así como el título de doctora cuatro años después, por una tesis sobre «Régimen jurídico de las comunicaciones móviles. Especial referencia a la telefonía móvil», dirigida por los profesores don Eduardo Roca Roca, durante tantos años miembro de esta casa, y don Luis Morell Ocaña, que fue calificada por unanimidad con sobresaliente *cum laude*, por un tribunal presidido por el recientemente fallecido don Alejandro Nieto García, evocado repetidamente por la inminente académica en su discurso, junto a otros prestigiosos administrativistas, como don Eduardo García de Enterría o don José Esteve Pardo. Acompañaban a don Alejandro Nieto los profesores Luciano Parejo Alfonso, Tomás de la Quadra Salcedo, el también fallecido Luis Ortega Álvarez y Francisco López-Font Márquez.

Su labor investigadora se ha visto reconocida por seis sexenios, cinco de investigación y uno por la fructífera transferencia de la misma. Había comenzado su carrera

académica como becaria de investigación, pasando tres años después a profesora asociada a tiempo completo durante otros tres, llegando pronto por concurso oposición a profesora titular en el Departamento de Derecho Administrativo de nuestra universidad. Acreditada por la ANECA como catedrática, ingresó en 2015 en dicho cuerpo.

Su dedicación universitaria le llevó a ocupar cargos de gestión. Tras haber sido durante cuatro años secretaria del departamento ya citado, pasó a ser su directora desde 2012 a 2019; año en que se convirtió en secretaria general de la Universidad de Granada durante otros cuatro.

Ha estado integrada en tres grupos de investigación. Ha liderado cuatro proyectos de I+D como investigadora principal. Participa ahora en otros cuatro, después de haberlo hecho en diez más, así como en tres redes temáticas y unidades de excelencia.

Sus líneas de investigación principales son: telecomunicaciones, medios audiovisuales y sociedad de la información; energía y medio ambiente; así como servicios sociales, discapacidad, dependencia y derecho sanitario.

Todo ello se ha plasmado en tres libros; ha coordinado y presentado otros tres colectivos, y ha publicado también siete con varias ediciones para los alumnos de sus tareas docentes. A ello se añade la colaboración con treinta y seis capítulos en diversas obras colectivas, así como treinta y un artículos en revistas de la especialidad.

Su discurso, perfectamente estructurado, habrá despertado el interés de todos los presentes, dada la variedad de sus puntos de vista. Desde mi dedicación a la

filosofía del derecho, me han llamado especialmente la atención cuatro aspectos.

En primer lugar, la repetida alusión en su diagnóstico jurídico a la notable modificación que ha experimentado la teoría de las *fuentes*, como reflejo de las influencias experimentadas por la teoría del derecho durante el pasado siglo y sus previsiones de futuro.

Nuestro decimonónico Código Civil, experimentó ya una significativa modificación en 1973, al replantearse su título preliminar. Se ponía en duda la idea, propia del positivismo jurídico, normativista y legalista, de poder garantizar un sistema cerrado y pleno, capaz de ofrecer respuesta única y ajustada para cualquier problema. Ese mismo año, tuve la fortuna de disfrutar de una estancia de un año en Múnich, junto al profesor Arthur Kaufmann y a su discípulo Winfried Hassemer, que llegaría con el tiempo a ser vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe. Ambos me hicieron reflexionar sobre el papel de la interpretación en el proceso de positivación del derecho.

La interpretación de las normas se había visto planteada en el añejo Código Civil como un excepcional recurso terapéutico, destinado a solventar patológicas insuficiencias o imprevisiones de la ley. Tras esta reforma, se vió modificado —en su nuevo artículo 1.6— el papel de la jurisprudencia, que —sin considerarse *fuentes* del derecho— se reconoce ya que «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Se detecta así la dimensión hermenéutica de toda actividad jurídica; lo que pone en cuestión el conocido apotegma *in claris non fit interpretatio*. Nos desvela que, cuando se dictamina que estamos ante un caso claro, no es porque no necesite interpretación, sino porque ya la ha recibido. Años después lo vemos confirmado cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habla de casos *claros y aclarados*; gracias, sin duda a que ya los interpretó.

Pasados cinco años de aquel nuevo título preliminar del Código Civil, la Constitución española de 1978 ahondará más en el pozo sin fondo de las pretendidas fuentes del derecho, que —con la eliminación de lagunas, gracias a los principios generales del derecho— componía toda una hidráulica jurídica, capaz de garantizar a todos los ciudadanos certeza y seguridad. En su artículo 1.1, fuente decisiva de su caudal jurídico, nos habla de los «valores superiores del ordenamiento», con lo que ya no tenemos solo normas y principios generales, sino también valores.

Esto ha activado un segundo punto de atención a la brillante exposición de la profesora Torres López. Porque, por si fuera poco, esos valores —operativamente— actuarán como *principios* y no solo en el ámbito de los derechos y libertades clásicos, respecto a los que —según el artículo 53.2 CE— «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela [...] ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

A mayor abundamiento, también —artículo 53.3 mediante— se proyectarán esos principios en el ámbito de

los peculiares derechos económicos, sociales y culturales. Como consecuencia, el «reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos» en ese capítulo, cobrará tal fuerza que «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». No tiene pues nada de extraño que la profesora Torres López nos haya invitado repetidamente en su discurso a respetar «los principios y valores constitucionales».

Hay que subrayar que no estamos ya hablando de unos principios generales del derecho, obtenidos de las normas positivadas como un peculiar zumo, capaz de calafatear —en spray, comentaba yo a mis sufridos alumnos— las porosidades detectadas en la superficie normativa, evitando charcos lagunosos, sino que se trata ahora de principios prelegales. Esto ha creado notables problemas a los positivistas, incluidos a los que se autodenominan *inclusivos*, ya que estos acabarán admitiendo que los jueces, con frecuencia, no pueden limitarse a aplicar el derecho positivado, sino que habrán de recurrir a elementos que califican de *morales*; con ello traicionan su centenaria doctrina, que excluye de la ciencia jurídica cualquier contaminación entre derecho y moral. Todo vale antes que reconocer que existen exigencias jurídicas no positivadas, porque eso les suena peligrosísimamente a iusnaturalista.

Un tercer punto de atención me lo han provocado las alusiones de la nueva académica al *arbitrio judicial*, que —como acertadamente ha subrayado— no implica —sinonimia sonora aparte— arbitrariedad alguna. Este nuevo papel del juez, marcado en nuestra Constitución, me

había llevado un año antes de su nacimiento a traducir del alemán —para la prestigiada revista de nuestra universidad *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*— el artículo de Arthur Kaufmann: «Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica». Heredero de Gadamer, hacía suya la afirmación de que nuestros saberes los debemos más a nuestros prejuicios que a nuestros juicios. De ahí la sintonía entre medicina y derecho, como saberes fruto de un atesoramiento experiencial, que explica que en más de una de nuestras facultades de derecho se cuente con una *clínica jurídica*.

El vano intento positivista de contar con jueces libres de prejuicios los convertiría en auténtico peligro público. Lo primero que ha de intentar un juez independiente es ser consciente de sus prejuicios, porque es condición indispensable para poder convertirlos en juicios. Esa convicción me ayudó mucho en mi aventura en el Tribunal Constitucional y explica mis casi setenta votos discrepantes, sin preocuparme si los hacía respecto a jueces de origen tirio o troyano; ustedes ya me entienden.

No en vano nuestro Tribunal Constitucional invita a los jueces españoles a plantear ante el Tribunal europeo de Luxemburgo cuestiones *prejudiciales*, por si la norma a aplicar ha vulnerado el derecho europeo, antes de plantear en Domenico Scarlatti cualquier cuestión de inconstitucionalidad.

La mejor receta para que un juez se libere de incurrir en arbitrariedad es el respeto al precedente; no en el sentido de que haya que cristalizar la interpretación de las normas, sino de que ese respeto exige una argumentación

reforzada para poder ser ignorado. La vieja idea de que el precedente judicial era una no importable originalidad anglosajona, comparable al conducir por la izquierda, llevaba a ignorar que toda actividad propiamente jurídica es una tarea prudencial llevada a cabo por seres humanos capaces de razonar, sea cual su sea su cultura o su condición.

Me preocupa que, cuando esto se olvida, de los asomos de arbitrariedad no se acaba librando ni nuestro Tribunal Constitucional. Ya son tres las ocasiones en que ha recurrido, sin ruborizarse, a presuntas interpretaciones calificadas de *evolutivas*, que le han permitido realizar, en una ocasión, una mutación constitucional del artículo 32 CE, burlando las exigencias del artículo 167 CE. Se han ahorrado así que tal modificación sea aprobada «por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras», e incluso, que se vea «sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras». Es decir, un *quorum* que nunca se habría alcanzado y un referéndum condenado al fracaso.

No pierdo nunca ocasión de comentar mi primera anécdota relativa al Tribunal Constitucional, que —paradójicamente— tuvo lugar en el Congreso de los Diputados; con motivo de la comparecencia ante la Comisión de Nombramientos como candidato a convertirme en magistrado. El portavoz del grupo socialista —Ramón Jáuregui— quiso emplearse a fondo y me preguntó qué haría si se me ofreciera firmar una petición para que, donde el citado artículo 32 CE dice «el hombre y la mujer» —único

artículo que incluye tan peculiar fórmula— pasara a decir «todos». Le contesté que estaba de acuerdo con él en que solo una reforma de la Constitución lo haría posible. Ni a él siquiera se le ocurrió que una presunta interpretación de su texto lo pudiera facilitar. Lógicamente, no mucho después, tuve que presentar un voto particular ante una primera sentencia presuntamente evolutiva.

Años después, estando ya fuera del Tribunal, por ese mismo procedimiento *evolutivo*, se inventó la existencia de un presunto derecho al aborto, quizá para servir de contrapeso al hecho de que el Tribunal Supremo norteamericano acababa de eliminar en aquel país un viejo invento similar.

El surgimiento de un nuevo derecho no es algo que me produzca especial asombro. No en vano mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que contó con la respuesta del que fuera presidente del Tribunal Constitucional y siempre granadino nostálgico, Manuel Jiménez de Parga, tuvo como título *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*. Había nacido, sin duda, un nuevo derecho, pero encontraba claro encaje, dada la previa referencia del artículo 18.4 CE a que «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Por si fuera poco, se acabó recurriendo a similar excusa evolutiva, a propósito de la eutanasia, El sistema es fácil. Todo consiste, para *evolucionar*, en remitirse a una

sentencia canadiense de hace decenios y afirmar que «la Constitución es un “árbol vivo” que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». No deja de sorprenderme, porque yo siempre he pensado que es la Constitución la que ha de avalar la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sin imaginar que haya de ser su texto el que cobre legitimidad acomodándose a ellas.

En las tres ocasiones no se tuvieron en cuenta los pocos precedentes del propio Tribunal existentes al respecto, ni se intentó una argumentación razonable capaz de justificar tales cambios. No dudo de la honestidad de los que lo hicieron posible, pero un planteamiento jurídico más cuidado habría evitado que más de un ciudadano piense que la doctrina constitucional acaba dependiendo del «ahora nos toca a nosotros».

Por último, me han llamado también la atención —una atención fruto a medias de la curiosidad y de la preocupación— las referencias de la nueva académica a la progresiva incidencia de los avances tecnológicos, en la medida en que las sucesivas revoluciones industriales llevan consigo nuevas «formas de entender el mundo y la relación entre Estado y sociedad». Esto nos estaría llevando al consiguiente paso de una «sociedad de la información» a «una sociedad de riesgo», que reclama un «Estado garante del desarrollo de los servicios de interés general». A todo ello hemos de añadir la creciente globalización, que lleva consigo, según la profesora Torres López, por un lado, una progresiva «desterritorialización de las actividades y de los mecanismos sociales y económicos;

de otro lado, el proceso de desestabilización de las sociedades y del mundo», con la enigmática conclusión de que «la ley cede al contrato».

Mi preocupación surge de ese «quinto poder» de las «empresas tecnológicas», desde mis modestas experiencias. que me llenan de escepticismo ante la pretenciosamente llamada *asistencia al cliente*, que nos estrella contra obtusas máquinas y —más de una vez— me lleva a verme dedicado a una personal *asistencia a las* más variadas *empresas*, que me marean, impidiéndome acceder a ellas por correo (se cuidan mucho de no facilitar su dirección) o por teléfono, ya que sus agentes suelen estar saturados y nos obsequian a cambio con música o publicidad.

He de terminar. El mejor modo de evaluar las aportaciones a las sesiones de las reales academias es constatar el número de comentarios que una intervención suscita. Las de la profesora Torres López me han suscitado a mí no pocos y, sin duda, no menos a todos ustedes. Esto genera ya un muy positivo presagio de lo que cabe esperar de sus próximas aportaciones a esta institución. La felicito por su excelente discurso y doy, a la vez, la más calurosa enhorabuena a esta Real Academia, por su evidente acierto a la hora de invitarla a integrarse en esta institución, tan relevante en el devenir social y jurídico de Granada.

Muchas gracias por su atención.

Índice

1. La división de poderes: descubriendo los síntomas _____	8
<i>La interdicción de la arbitrariedad del Poder Legislativo</i>	
<i>Leyes singulares: del uso excepcional al abuso</i>	
<i>Uso y abuso del decreto ley</i>	
<i>El desconcierto del Poder Judicial</i>	
2. De la sociedad de la información a la sociedad del riesgo _	46
3. Diagnóstico: «hipertensión arterial sistémica» _____	66
 Contestación por el	
Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara _____	71



Junta de Andalucía

Consejería de Universidad,
Investigación e Innovación