



25 de mayo de 2023

EP2.10-23

Encuentros en el Espacio Público. Hablemos de instituciones

Las malas leyes

Ángel Rojo

Encuentros en el Espacio Público. Hablemos de instituciones

Décimo encuentro. Las malas leyes 25 de mayo de 2023

Coordinador

Betancor, Andrés

Catedrático de Derecho Administrativo

Ponente

Rojo, Ángel

Catedrático de Derecho Mercantil

Diálogo. Participantes invitados

Albella Amigo, Sebastián

Ex presidente de la CNMV

Álvarez-Sala, Juan

Notario

Álvarez Vélez, Maribel

Facultad de Derecho-ICADE

Aragón, Manuel

Ex magistrado del Tribunal Constitucional

Arruñada, Benito

Universidad Pompeu Fabra, BSE y FEDEA

Astarloa, Ignacio

Huarte-Mendicoa Letrado de Cortes

Carlón, Matilde

Catedrática de Derecho Administrativo

Conthe, Manuel

TCEE; ex presidente de la CNMV

Cuenca Miranda, Alfonso

Letrado de Cortes

de Carreras, Francesc

Catedrático de Derecho Constitucional

de la Fuente, María José

Ex presidenta del Tribunal de Cuentas

de Montalvo, Federico

Facultad de Derecho-ICADE

Delgado, Irene

Catedrática de Ciencia Política

del Saz, Silvia

Catedrática de Derecho Administrativo

Desdentado, Eva

Catedrática de Derecho Administrativo

Fernández Farreres, Germán

Catedrático de Derecho Administrativo

García de Enterría, Javier	Catedrático de Derecho Mercantil
García-Manzano Jiménez de Andrade, Pablo	Letrado del Consejo de Estado
García, Eloy	Catedrático de Derecho Constitucional
Irurzun, Fernando	Abogado del Estado
Jiménez Blanco, Antonio	Catedrático de Derecho Administrativo
Lavilla, Juan José	Letrado de Cortes
López Martín, Ana Gemma	Catedrática de Derecho Internacional Público
Madrigal, Consuelo	Exfiscal General del Estado
Mestre, Juan	Catedrático de Derecho Administrativo
Montes Gan, Vicente J.	Director de la Fundación Rafael del Pino
Mora-Sanguinetti, Juan	Economista senior e investigador del Banco de España
Muñoz Machado, Santiago	Catedrático de Derecho Administrativo Director de la Real Academia Española
Pérez de los Cobos, Francisco	Catedrático de Derecho del Trabajo UCM
Petitbò, Amadeo	Ex presidente Tribunal de Defensa de la Competencia
Roca Trías, Encarnación	Ex vicepresidenta del Tribunal Constitucional
Rodríguez Zapata, Jorge	Ex magistrado del Tribunal Supremo y Constitucional
Soldevilla Fragoso, Santiago	Magistrado de la Audiencia Nacional
Solozábal, Juan José	Catedrático de Derecho Constitucional
Tuero, Manuel	Administración Civil del Estado
Vidal, Carlos	Catedrático de Derecho Constitucional

Décima ponencia.

Las malas leyes

Ángel Rojo

Catedrático de Derecho Mercantil

I. EL FENÓMENO

La observación de la “realidad legislativa” española permite constatar la existencia de un *doble fenómeno*: de un lado, el *aumento desmesurado* (“desmedido”, se ha escrito) *del número de leyes* y, en general, de disposiciones normativas de distinto rango; y de otro, la *pérdida de calidad* de las que se promulgan o, más precisamente, de algunas de las normas que contienen.

1. LA PROLIFERACIÓN DE LEYES Y DISPOSICIONES NORMATIVAS

En franco contraste con aquella sociedad de principios del siglo XIX que, para superar la maraña legislativa del Antiguo Régimen, aspiraba a unos pocos Códigos (art. 258 de la Constitución de 1812), escritos con claridad y sencillez, destinados a cualquier ciudadano (en realidad, no eran muchos) que supiera leer y comprender lo leído, el jurista o cualquier estudioso que se aproxime ahora a ese doble fenómeno con propósito de análisis se encuentra “en un mundo de leyes desbocadas”, cuyo número no para de crecer. Ante ese “agobio normativo”, el ciudadano de hoy (que sabe leer y comprender) percibe la radical injusticia de la (por otra parte, imprescindible) regla codificada según la cual la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley, ni puede ser alegada para dulcificar las consecuencias del posible incumplimiento (art. 6.1. del Código civil).

Esta proliferación de textos legales y, en general, de textos normativos¹ es consecuencia de muy heterogéneos factores. Sin duda, el más llamativo (que comparte España con algunos Estados federales europeos, como Alemania y Suiza), pero no el único, deriva de la actual configuración del Estado en la que, en los Estatutos de Autonomía, se atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias legislativas plenas sobre determinadas materias o competencias de desarrollo de las leyes estatales de bases. Estas competencias, expresas o implícitas, “alimentan al monstruo”; y hay quien dice que, al revés de lo que

sucede en la naturaleza en la que, según se enseña, la necesidad crea el órgano, en las Comunidades Autónomas los órganos crean la necesidad. Así, por ejemplo, a pesar de la existencia de una Ley estatal de sociedades cooperativas, la Ley 27/1999, de 16 de julio (con un mínimo ámbito de aplicación: art. 2), los poderes autonómicos han pugnado en tropel por contar con leyes propias, lógicamente muy similares. El mandato constitucional de que los poderes públicos fomenten, mediante una legislación adecuada, esta clase de sociedades (art. 129.2 CE) se ha traducido en una asunción autonómica de competencia para regular esta forma social (a pesar de que, en algunos casos, las sociedades cooperativas nazcan como sociedades mercantiles o adquieran posteriormente esta condición: art. 124 C. de c.). En un Estado de extensión territorial media como es España, malviven dieciocho leyes de cooperativas, de las que diecisiete son autonómicas. Es evidente que las cooperativas aragonesas no se diferencian sustancialmente de las extremeñas, ni las vascas de las gallegas, como para justificar una ley propia en cada uno de estos territorios.

Si del ámbito del Derecho privado trasladamos la atención al ámbito de los distintos Derechos administrativos, la situación es aún más compleja, especialmente porque una porción significativa de la legislación administrativa, estatal y autonómica, contiene normas sancionadoras. El problema es que son tantas y tan variadas las leyes y las normas en general que el ciudadano, imposibilitado de conocer el imponente y “aplastante” conjunto (el segundo adjetivo describe bien la sensación) asume vivir con cierto “grado de ilegalidad”, es decir, asumiendo que existirán normas que, por desconocimiento (o por el coste de adquirir ese conocimiento), incumple habitualmente; y asumir desde la impotencia este hecho tiene efectos muy negativos para la sociedad y para el Estado porque ese “grado de ilegalidad” tiende a ensancharse. Además, esta proliferación convierte el Derecho en un territorio de “iniciados” (o, más exactamente, a medida que se aumenta en medios y en posibilidades, en un territorio de “iniciados especializados”) a cuya consulta y ayuda deben recurrir a lo largo de la vida, una o varias veces, con desconfianza e inseguridad, ciudadanos perplejos y sobrepasados.

1. Al día en que se escriben estas páginas (18 de mayo de 2023), en el presente año ya se habían publicado en el Boletín Oficial del Estado once leyes estatales, siete reales decretos leyes y trescientos treinta y tres Reales Decretos. Si se añadiesen las leyes y disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas el resultado sería abrumador. Algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Navarra, han aprobado en este periodo más leyes que el Estado central.

2. LA FALTA DE CALIDAD DE LAS LEYES

2.1. El problema

2.1.1. De otra parte, al lado de esa masa legislativa ingente, difícil o imposible de digerir, la concurrente y creciente pérdida de calidad de las leyes y de las normas legales agrava el problema, no sólo porque destruye la (equivoca) idea de “ordenamiento jurídico” (expresión de historia compleja que aparece ya en el artículo 1º de la Constitución), sino también porque, o bien afecta o puede afectar a la seguridad jurídica, con lo que el “valor superior” de la Justicia queda o puede quedar en entredicho, o bien, sin excluir esa afectación real o potencial, supone un coste añadido de aplicación y de interpretación.

a) A los efectos que ahora interesa considerar, el señalado principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE) tiene una doble manifestación: se manifiesta en la certeza del Derecho y se manifiesta en la previsibilidad. El legislador, ha señalado el Tribunal Constitucional, “debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas” (STC [Pleno] 46/1990, de 15 de marzo). Seguridad jurídica y confusión normativa se repelen. Como es esencial promover y buscar la certeza del Derecho, “no cabe subestimar la importancia” que, para esa certeza y, por consiguiente para la seguridad jurídica, tiene “el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas”: “una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la Justicia” (STC [Pleno] 150/1990, de 4 de octubre). Pero – y esta otra afirmación diluye la impresión que podría producir la lectura descontextualizada de las frases anteriores-, “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa”, no correspondiendo a la jurisdicción constitucional “pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes” (STC [Pleno] 53/2014, de 10 de abril).

Desde otro prisma, las leyes imperfectas suelen ser acicate para algo muy similar a la aplicación libre del Derecho. Cada vez son más las “sentencias sorprendentes”.

b) El coste añadido de aplicación y de interpretación que tiene una norma legal defectuosa por confusa (por mala concepción, por mala sistemática o por mala redacción) o una norma defectuosa por incompleta (con las dificultades propias del recurso a la analogía) resulta difícilmente justificable en un Estado moderno. Además de las distorsiones que una ley deficiente (en el doble sentido indicado) puede producir en el mercado, es muy elevado el dispendio de los medios públicos y privados que esa deficiencia comporta. Al menos, en el ámbito del Derecho privado, existe una relación directamente proporcional entre litigiosidad y deficiente calidad de las leyes. A peor ley mayores controversias. Pero el coste no es medible, ni siquiera por aproximación, salvo que se analicen leyes breves en artículos (o, mejor, artículos concretos) y breves en periodo de vigencia. Sería tarea imposible, por citar un ejemplo significativo de leyes defectuosas por defectuosas por confusa, oscura e incompleta, tener una idea, siquiera aproximada, del elevadísimo coste que ha supuesto para el Estado y para los ciudadanos de la legislación sobre arrendamientos urbanos desde la Ley de 31 de diciembre de 1946, varias veces reformada, hasta la Ley 29/1994, de 29 de noviembre.

2.1.2. El fenómeno de la falta de la falta de la calidad de las leyes es de tal intensidad que en los últimos años ha saltado por encima de las fronteras de los estudiosos de Derecho, hasta llegar a la opinión pública, a veces utilizado en los medios de comunicación como “arma arrojadiza” contra el Gobierno. Son muchos los editoriales que, con uno u otro título, se contabilizan en la prensa nacional o provincial. El tema de la falta de calidad de las leyes –y de las leyes con efectos indeseables-, impulsado por aquellos casos más impactantes, ha terminado con convertirse en una “cuestión política”, con los riesgos que esa politización comporta para un sereno análisis del problema y para una búsqueda adecuada de la solución.

Con todo, no deja de llamar la atención que, en el Programa Marco del Partido Popular para las próximas elecciones autonómicas y municipales del 28 de mayo de 2023, aunque con la limitación de la naturaleza de las elecciones de que se trata, al ocuparse de “una política que respeta y protege las instituciones”, se afirme que “se promoverán mejoras de la calidad normativa y legislativa, atendiendo a la adecuada intervención de los órganos consultivos y a la elaboración rigurosa de expedientes

debidamente informados, que incluyan en cada caso las correspondientes memorias económicas". Si bien limitada la referencia a la modernización de las Administraciones públicas para aumentar la eficiencia, en el Programa Marco del Partido Socialista Obrero Español para esas elecciones se propugna igualmente que "esos cambios normativos, relevantes en cuanto pueden afectar a muchas normas en diversos ámbitos, se hagan a través de leyes que sean sometidas a dictamen de los correspondientes órganos consultivos y sean debatidas en el órgano parlamentario". Prescindamos del sarcasmo.

2.1.3. Hablamos de falta de calidad de las leyes cuando paradójicamente signo de nuestra época es la preocupación de las Cortes Generales y del Gobierno de la nación por la calidad normativa. Las Cortes aprobaron hace ya años la Ley 50/1997, de 29 de octubre, del Gobierno, que dedica un artículo al procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos (art. 26). El Gobierno, mediante Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, ha creado la Oficina de Coordinación y Calidad normativa, dependiente de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia. No sólo: la Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia dio publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de ese mismo año por el que se aprobaron las Directrices de técnica legislativa (que tenía como antecedente el acuerdo de 18 de octubre de 1991).

Sin embargo, existe considerable distancia entre propósito y realidad. De un lado, la citada Ley no es de aplicación cuando el Gobierno recurre al instrumento de los Reales Decretos leyes (del que Gobiernos de distinto signo, al amparo de un Tribunal Constitucional "blando" a la hora de enjuiciar la existencia de "extraordinaria y urgente necesidad") han hecho y continúan haciendo uso desmedido y, con frecuencia, injustificado) o cuando una proposición de Ley de un Grupo parlamentario se tramita como Proyecto de Ley. De otro, la Oficina se ocupa fundamentalmente de los aspectos formales y

menos comprometidos, pasando desapercibidos las más de las veces muchos defectos graves de técnica legislativa².

II. LAS "MALAS LEYES"

Con la simplificación que comporta utilizar una expresión polisémica, esa falta de calidad de las leyes ha generado la impresión de que vivimos en un Estado con muchas o algunas, depende del sesgo del observador, malas leyes. Pero ¿cuándo una ley es "mala"? Una ley es mala cuando los principios o criterios en que se fundamenta no son o han dejado de ser los adecuados; cuando regula mal una determinada institución o un procedimiento; cuando la sistemática sea desacertada; cuando contenga lagunas, o cuando la técnica legislativa utilizada sea defectuosa. Leyes malas por malos principios, leyes malas por mala regulación; leyes malas por mala sistemática (la sistemática, a veces, condiciona la interpretación); leyes malas por incompletas y lagunosas; y leyes malas por defectuosa técnica legislativa constituyen los amplios límites dentro de las cuales procede realizar el análisis. Ni que decir tiene que el juicio sobre una ley es más difícil cuando versa precisamente sobre eso que genéricamente hemos denominado los "principios"

1. LA OBJETIVIDAD COMO PRESUPUESTO DEL JUICIO

Aunque la objetividad absoluta probablemente no exista -siempre hay algún grado de "contaminación"-, el juicio de acerca de si una ley es buena o mala debe estar desligado por completo de la ideología política o económica, de los postulados morales de cada cual y de las creencias religiosas de quien realiza ese juicio. En otro caso, el resultado estará comprometido.

La *dependencia del juicio de ideológico* propio es frecuente en el plano *político*, como sucede, respecto de la Constitución, acerca del modelo de Estado, acerca de la Jefatura del Estado o acerca de

2. Con estas muy meritorias Directrices de técnica legislativa, que merecen un juicio general muy positivo, es preciso señalar que, a través de ellas, se han modificado, y no para mejor, las características tradicionales de las leyes españolas. Al tratar de las disposiciones generales, esas Directrices exigen que se comience identificar el objeto de la Ley; que se siga con las definiciones; y que luego se aborde el ámbito de aplicación (que, en los últimos años, tiende a ser "transversal", adjetivo casi sacro).

Identificar el objeto es innecesario como demuestra el que los grandes Códigos y las grandes leyes no lo hayan hecho. Las Exposiciones de Motivos cumplen perfectamente esa función. Ahora, al situar el objeto en el artículo 1º, se dedican, con demasiada frecuencia, esas (por lo general, largas) Exposiciones de Motivos a explicar el contexto y, a veces, hasta la "ideología" de la Ley (que es algo distinto). Seguir por las definiciones es trasvasar al ámbito español una técnica anglosajona, cuando las leyes españolas únicamente utilizaban definiciones en el artículo correspondiente, y no al principio, y, además, sólo lo hacían cuando era estrictamente necesario. Ahora no sólo se promulgan leyes con un largo catálogo de definiciones, sino que el afán por definir lleva a extremos excesivos y hasta ridículos. Algunos ejemplos justifican estos dos adjetivos. Así, la Ley estatal 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (81 artículos), define "animal doméstico" y "animal de compañía", "animal silvestre" y "animal silvestre en cautividad" y "animal abandonado" y "animal desaparecido", y contiene definiciones de que lo que es una "colonia felina", un "gato comunitario" y un "gato merodeador" (art. 3); la Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco (159 artículos), se siente obligada a definir qué entiende por actividad física ("cualquier movimiento corporal producido por los músculos esqueléticos que exija gasto de energía": art. 1.3); la Ley 4/2023, de 18 de abril, andaluza del flamenco (sólo 35 artículos), define, entre otros términos y expresiones, qué entiende por artista flamenco, por tablao, por peña flamenca o por flamencología (art. 3); y la Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja (77 artículos), define, también entre otros muchos términos y extensión, la conciliación, la perspectiva o enfoque de género y la transversalidad de género (art. 3).

la posibilidad o no de la independencia de algunos de los territorios que lo integran (cuando una mayoría cualificada de la población así lo decida); y es igualmente patente en el plano *económico*, en el que el calificativo de leyes malas se utiliza profusamente por los cultivadores del análisis económico del Derecho y, desde un plano radicalmente diferente, por quienes parten de postulados fuertemente intervencionistas. Desde planteamientos estrictamente liberales, es difícilmente justificable este o ese otro impuesto por considerar que grava un ahorro de ganancias que, en el momento de generarse o inmediatamente después, ya ha sido gravado, mientras que, desde otros planteamientos antagónicos, esos impuestos o, al menos, algunos de ellos constituyen un adecuado instrumento de redistribución de rentas a través de la recaudación de la Hacienda estatal o autonómica.

La *dependencia del juicio moral* de cada cual explica las importantes divergencias existentes ante leyes como la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, o como la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

La *dependencia del juicio religioso*, en fin, está igualmente presente en la realidad española contemporánea. Habrá quienes critiquen con dureza cómo se ha tipificado el delito de escarnio a la religión (art. 325 del Código penal), en el que el elemento subjetivo intencional (“para ofender los sentimientos de una confesión religiosa”) ha permitido, invocando la prevalencia otra finalidad (v. gr.: artística) no sancionar conductas que, por su gravedad, pudieran calificarse de objetivamente reprobables.

2. LAS CAUSAS DE LA FALTA DE CALIDAD

No es tarea sencilla identificar las causas concretas de ese acusado descenso de la calidad de las leyes. Hay algunas, sin embargo -no sé si las principales- de las que procede hacer mención.

2.1. La infrautilización de la Comisión General de Codificación

La primera, sin duda, la infrautilización de la más que centenaria Comisión General de Codificación (creada en 1843), algunas de cuyas Secciones (público, penal y procesal) no se reúnen o

lo hacen esporádicamente. En rigor, sólo la Sección de Derecho civil y la Sección de Derecho mercantil (y con problemas de relación por los siempre imprecisos perfiles en el interior del Derecho privado) puede decirse que están permanentemente activas. Sin la actividad desarrollada y el respeto generado por la Sección Segunda no se puede explicar, por ejemplo, la modernización (aún incompleta) de la legislación mercantil española del último medio siglo.

2.2. Los “reinos de taifas” ministeriales

La segunda causa del descenso de la calidad de las leyes habría que encontrarla en la falta de coordinación entre los distintos Ministerios. No nos referimos a los problemas que son sustanciales a los Gobiernos de coalición; nos referimos a un problema más antiguo que se ha acentuado en años recientes: de una parte, la “coacción” interministerial; y, de otra, la ausencia de una instancia superior (v.gr.: un vicepresidente político) con capacidad para y, aún más importante, con voluntad de resolver los eventuales conflictos, como sucedió en los primeros decenios de la instauración de la democracia. En realidad, esa “coacción ministerial” tiene una causa más profunda, que es fundamental tener en cuenta: cuando se encomienda a una comisión legislativa la elaboración de una determinada ley no es el Gobierno, a través del Ministerio de la Presidencia, quien realiza el encargo y quien fija los criterios a que atenderse, sino el Ministerio competente por razón de la materia, y no es infrecuente que el encargo sea “ciego”, es decir, sin criterios concretos a seguir por los redactores. Siempre he considerado que los expertos deben ser los “sastres” de las leyes, pero las “medidas” -el cuerpo a vestir- deben proceder de los responsables políticos. En leyes exquisitamente técnicas -y son pocas-, esa “inversión” no tiene importancia, pero en todas las demás sí que la tiene. Por esta razón, cuando el texto prelegislativo elaborado se somete a la consideración de los distintos departamentos ministeriales es posible que algunas de las normas proyectadas susciten fuerte oposición, hasta el punto de que el progreso del anteproyecto de ley se condicione a la aceptación de determinadas normas que están en contradicción, total o parcial, con los postulados de los que han partido los redactores originarios. Se produce entonces una situación de conflicto que, o, al no existir esa instancia superior antes mencionada, se resuelve mediante “diplomacia” (casi nunca es posible si la redacción del texto originario no procede de un Ministerio políticamente “fuerte”: el de Justicia

no lo es), o se resuelve mediante “acumulación” por rendición: normas nuevas (redactadas por manos experta o inexpertas) y, a veces, contradictorias, se introducen en el texto (con o sin modificación de la Exposición de Motivos), sin corregir otras que pueden perder sentido o tener efectos perversos.

2.3. La incidencia de los “principios” y los “objetivos”

En muchas de las nuevas leyes administrativas es rasgo característico la inclusión, inmediatamente después del artículo relativo al objeto o incluso antes de él, de otros artículos dedicados a los “principios”³, a los “objetivos” y, a veces, a las “funciones” a desarrollar. Esas largas enumeraciones de “principios”, de “objetivos” y demás (que denotan el “afán totalizador” de los redactores) parten de un desconocimiento o, al menos, de una idea inexacta de lo que debe ser una ley. El lector tiene la impresión de que está leyendo un programa o, lo que es peor, que está en presencia de “una ideología rampante”. Son leyes con artículos cuyos destinatarios son las Administraciones públicas, a las que, con los verbos en futuro, se imponen distintas actuaciones (“fomentará”, “potenciará”, “velará”, “elaborará” “integrará”) y también los particulares, a los que se somete a rígidas prescripciones para el ejercicio de las más variadas actividades. Habrá quien las impugne por planteamientos ideológicos; habrá quien, sin juzgar ideología, diga que son leyes bien intencionadas, aunque ineficaces o, en el mejor de los casos, imprecisas; y habrá quien diga, con expresión más castiza (y probablemente desdeñosa), que son “leyes dicharacheras”.

El problema es que no son “leyes volitivas” (leyes que expresan una voluntad o exteriorizan una idea sin garantizar la efectiva realización de esa voluntad o de esa idea), aunque existan algunos casos en los que ese calificativo resulta adecuado; y no lo son porque suelen crear un *organismo* encargado de velar por la realización de esos principios y de esos objetivos y, lo que ahora más interesa, establecer un conjunto de *sanciones* cuando los incumplidores son los particulares⁴. Son leyes que aumentan la burocracia y que extienden el ámbito de lo sancionable. Pero ese no es la cuestión: la cuestión es si ese aumento es o no necesario.

3. LA AMBIVALENCIA

Con frecuencia, las leyes o, más exactamente, las normas contenidas en una ley son buenas y malas *al mismo tiempo*. Son *leyes ambivalentes*. Así sucede con el Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, y la referencia es importante por tratarse de uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho. En la balanza de aciertos y desaciertos, pesa como acierto la mayor parte de las nuevas concepciones en materia de bienes jurídicos protegidos, y pesan como desaciertos algunas de las tipificaciones (el laberinto de las falsedades es uno de los ejemplos que pueden citarse), la mala técnica en el uso de algunos conceptos y sobre todo el régimen de las penas, que no siempre guardan la debida correspondencia con la gravedad del delito. Se ha dicho que el texto en su día asumido por el Gobierno como Proyecto de Ley constituía un excelente material para empezar a trabajar, esto es, para realizar un estudio riguroso y sistemático de las tipificaciones y de las penas. Sí; echamos de menos que se hubiera seguido ese proceso

Si no se hubiera apresurado lo que no estaba en sazón, no tendríamos que avergonzarnos de que, en el Capítulo dedicado a los delitos societarios (arts. 290 a 297) se entienda por sociedad, no sólo a las sociedades civiles y mercantiles, a las sociedades mutuas y a las cooperativas, sino también a las fundaciones y a las cajas de ahorro (que no son sino fundaciones especiales); y que, aunque contemple a las sociedades en formación, el Código se haya olvidado de las sociedades irregulares; y no tendríamos que especular acerca de la exacta conducta punible a la que se refiere el Código cuando tipifica como delito imputable a los administradores negar o impedir, sin causa legal, el ejercicio de los “derechos de participación en la gestión” o de los “derechos de participación en el control” de la actividad social, expresiones que no aparecen en la legislación societaria.

3. La Ley estatal 1/2023, de 20 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global divide esos “principios” en dos categorías: los “principios básicos” y “principios de actuación” (art. 2).

4. En materia de sanciones, así sucede, por citar ejemplos recientes, con la Ley estatal 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (arts. 72 a 81); con la Ley 2/2023, de 30 de marzo, de la actividad física y del deporte del País Vasco (arts. 115 a 133); o con la Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja (arts. 69 a 77).

III. MALAS LEYES ORIGINARIAS Y MALAS LEYES SOBREVENIDAS

Las malas leyes pueden clasificarse en dos grandes grupos: están, en primer lugar, las leyes y las normas legales malas *originariamente*, es decir, las leyes que se promulgan con cualquiera de los defectos señalados, y están, en segundo lugar, las leyes y las normas legales *devenidas* malas, esto es, buenas leyes en el momento en que fueron promulgadas que, por el paso de las circunstancias económicas y sociales, dejaron de serlo.

1. LAS NORMAS LEGALES ORIGINARIAMENTE MALAS

El territorio de las normas legales originariamente malas es, sin duda, el más poblado. En esos momentos no podemos clasificar en familias a quienes lo habitan. En una selección discutible señalaré que, entre las normas legales originariamente malas ocupan una posición especial las *normas legales con imprevisión*, sea imprevisión de la *falta de medios* para poder ser aplicadas, sea imprevisión de los *efectos colaterales* que pueden producir.

Enunciar siquiera el apasionante tema de los efectos colaterales nos llevaría muy lejos. Sea suficiente el enunciado. Sucede siempre que el (pre) legislador inexperto o insensato opera como “aprendiz de brujo”. Pero desgraciadamente también son muy frecuentes los casos en los que una norma legal no se puede aplicar por falta de medios, y esto resulta más llamativo: un legislador que quiere y no piensa. Un “ejemplo sangrante” es el de lo acontecido con el “arresto de fin de semana”, que el Código Penal de 1995 introdujo en el catálogo de “penas menos graves” (art. 33.3, letra “i”), con una duración de treinta y seis horas, equivalente a dos días de privación de libertad, cuyo cumplimiento, como regla general, habría de tener lugar “durante los viernes, sábados o domingos, en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado” (durante el período de descanso semanal), si bien, cuando las circunstancias lo aconsejaban, el Juez o Tribunal sentenciador podía ordenar, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, que se cumpliera en otros días de la semana o, de no existir centro penitenciario en el partido judicial de residencia del penado, en “depósitos municipales”, siempre que fuera posible (art. 37). Desde el momento mismo de la promulgación del Código se pusieron de manifiesto las dificultades de la puesta en práctica de

esta pena, como consecuencia, entre otros factores, de la indeterminación y de la preocupante falta de prevención de una infraestructura adecuada para la ejecución de la pena.

Legislar sin conocer o sin ponderar la situación de los centros penitenciarios constituía, cuando menos, una “imprudencia legal”. Se intentó aminorar los efectos de esa falta de prevención mediante la combinación de los permisos de fin de semana con los arrestos de fin de semana; pero obviamente no fue adecuado ni suficiente. No fue adecuado porque los presos que salían esos fines de semana protestaron por el hecho de que, durante los permisos, ocuparan sus celdas, sus camas o sus literas quienes por el mismo período ingresaban en la prisión; y no fue suficiente por el progresivo aumento de la imposición de este arresto, que, en la práctica de los Tribunales, comenzó a desplazar a la imposición de otras penas.

Pena breve o corta (como máximo sólo podían imponerse veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se impusiera como substitutiva de otra privativa de libertad) y vida breve o también corta: cuando aún no habían transcurrido ocho años desde la entrada en vigor del Código Penal (disposición final 7ª), la Ley orgánica 15/2003, de 26 de noviembre, suprimió la pena de arresto de fin de semana porque, según hace constar el legislador en la Exposición de Motivos, la aplicación práctica de esta pena “no ha sido satisfactoria”, sustituyéndola, según los casos, por la pena de prisión de corta duración —de tres meses en adelante en los delitos—, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea por esta Ley orgánica.

2. LAS NORMAS LEGALES DEVENIDAS MALAS

Al lado de las malas leyes originarias están las malas leyes sobrevenidas, aquellas que, como hemos señalado, mereciendo un juicio positivo en el momento en que fueron promulgadas, han sido desbordadas por la realidad política, social o económica. Las leyes, como los individuos, a veces envejecen bien y otras envejecen mal; las leyes, como los individuos, a veces envejecen pronto y a veces envejecen pausadamente, poco a poco, y hay leyes que parecen no envejecer. Mientras que la mala vejez individual no tiene más trascendencia que en la esfera del sujeto que la sufra, la mala vejez legislativa

puede tener efectos negativos y, en ocasiones, muy negativos. En algunas materias, los Tribunales pueden dulcificar las consecuencias de una norma legal envejecida recurriendo a la interpretación de esa norma en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada (art. 3.1 C.c., en la redacción dada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo); pero existen límites normativos objetivos que el aplicador del Derecho no puede traspasar.

Entre otros muchos posibles ejemplos de normas legales a las que el cambio social y económico ha convertido en malas he seleccionado los dos siguientes:

2.1. La sucesión en la Corona: el artículo 57.1 de la Constitución

La Constitución española establece que la sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos (art. 57.1 CE). Esta preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona no suscitaba especiales reparos (aunque algunos hubo) en el momento en el que se redactó, aprobó y promulgó la Constitución de 1978 Sin embargo, es evidente que el valor superior de la igualdad (art. 1.1 CE) se ha intensificado en la conciencia de los ciudadanos hasta el punto de que hace difícilmente admisible la señalada preferencia del varón. El problema podría solucionarse sin dificultad si la norma constitucional que establece esa preferencia pudiera reformarse conforme a las reglas generales de reforma constitucional (art. 167 CE), sea iniciativa del Gobierno, del Congreso o del Senado (art. 166 en relación con art. 87.1 CE). Pero cualquier revisión parcial que afecte al Título II, que es el relativo a la Corona (arts. 56 a 64 CE), está sometida a reglas especiales: cuando se proponga la revisión de esa norma, debe procederse a la aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara, con disolución inmediata de las Cortes, debiendo las Cámaras elegidas después de esa disolución ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto de la norma constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de las nuevas Cámaras y, una vez aprobada la reforma, sometida a referéndum (art. 168 CE). Ante los riesgos de inestabilidad institucional que podría tener en estos momentos la aplicación de

estas reglas especiales, la obsesión de la mayor parte de los constituyentes de proteger la forma del Estado se ha vuelto ahora contra lo que sería una reforma objetiva y razonable, anquilosando con efectos indeseables el régimen jurídico de la sucesión. Quede la duda de si estamos en presencia de una norma, la de la sucesión a la Corona, devenida inaceptable o si estamos en presencia de un conjunto de normas, las de la modificación del Título, con defectos originarios.

2.2. La responsabilidad del heredero por las deudas del causante

Y ya que estamos hablando de sucesiones, y descendiendo del ámbito constitucional, otro buen ejemplo de normas legales devenidas malas -y hasta injustas- puede encontrarse en la responsabilidad del heredero aceptante por las deudas del causante. Frente al sistema del Derecho civil común y del Derecho civil catalán, en otros Derechos autonómicos, el heredero sólo responde con los bienes del caudal relicto o por el valor de esos bienes. Este sistema de limitación de la responsabilidad rige en el Derecho navarro (Ley 318 de la Compilación de derecho civil de Navarra), en el Derecho aragonés (arts. 355 y sigs. del Código de derecho foral de Aragón) y en el Derecho del País Vasco (art. 21.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco). En estos Derechos, el heredero o herederos del fallecido se beneficiarán de esa responsabilidad legal limitada. El acreedor que goce de título ejecutivo sólo podría exigir a los herederos aceptantes hasta ese concreto límite. En el Derecho común y en el catalán, por el contrario, al no existir esa limitación, o se repudia la herencia o se acepta a beneficio de inventario, con las dificultades que comporta la determinación del pasivo de la herencia y, por consiguiente, la realización del inventario, y, sobre todo, cuando se desconoce la existencia de acreedores.

Ese desconocimiento de la existencia de acreedores es muy frecuente. En primer lugar, está el desconocimiento de los *avales ocultos* (o *vergonzantes*), es decir, prestados ante una entidad de crédito a favor de otro familiar y de un amigo y silenciados al cónyuge y a los hijos; y, en segundo lugar, está el desconocimiento del *ilícito* cometido por el fallecido que, antes de que prescriba la acción, puede ser exigido por el perjudicado a esos herederos. Las acciones de responsabilidad civil contra los profesionales fallecidos (arquitectos, ingenieros, médicos abogados, etc.) sitúan a dichos herederos

ante una difícil defensa por desconocer las más de las veces los elementos esenciales para articularla, con el consiguiente riesgo de una sentencia condenatoria. Esas garantías y estas condenas pueden arruinar por completo la vida de los herederos aceptantes. Llegado es el momento de modificar el sistema legal.

IV. LA REFACCIÓN LEGISLATIVA

En realidad, como *mandato implícito* del valor Justicia (art. 1.1. CE) está el *mandato de permanente adecuación* de las leyes. El “ordenamiento jurídico” tiene que estar permanentemente en refacción como lo está la sociedad misma. La Base 27 de la Ley de Bases del Código civil de 1888 era consciente de ello cuando preveía reformas cada diez años del Código civil *non nato*, previsión que se plasmó en los artículos 1977 a 1979 de la primera edición de dicho Código, ahora disposiciones adicionales 1ª y 3ª: el Presidente del Tribunal Supremo y los de las entonces Audiencias Provinciales debían elevar al fin de cada año una Memoria al Ministerio de Justicia, señalando las deficiencias y las dudas que hubieran encontrado al aplicar el Código; el Ministerio trasladaba estas Memorias a la Comisión General de Codificación; y ésta, “atendiendo a los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, debía elevar al Gobierno cada diez años las reformas a introducir. El sistema se intentó poner en funcionamiento poco tiempo después de promulgado el Código, sin éxito alguno, hasta caer en el olvido más absoluto. Aunque inicialmente alguna Compilación foral copió la fórmula, tampoco tuvo éxito. Además, el modelo del Código no se extendió a otras leyes generales. Es ésta una tarea pendiente.

FUNDACIÓN

RAFAEL DEL PINO



Encuentros en el Espacio Público
Rafael Calvo, 39
28010 Madrid
Spain

T (+34) 91 396 86 00
info@frdelpino.es
www.frdelpino.es



© 2023 Espacio público
Fundación Rafael del Pino