

DERECHO (TORCIDO) PARA UNA ERA DEMAGÓGICA *

Javier Pamparacuatro Martín

Universidad del País Vasco

RESUMEN. El presente artículo se propone revisar el problema clásico de la decadencia de la ley a la luz de su posible relación con un concepto amplio de demagogia. Tras la introducción, el trabajo se estructura en una parte analítica, la más extensa, y en una parte sintética, conclusiva, y más especulativa. En aquélla, se lleva a cabo un examen de la crisis y anomia en el ámbito del derecho a lo largo de una serie de notas fenomenológicas que son, en definitiva, algunos de los distintos modos de deterioro de la ley en el plano formal y material. La labor de análisis conducirá a una síntesis en la cual se realiza un acercamiento tentativo a la forma en que anomia jurídica y demagogia actual están vinculadas.

Palabras clave: Decadencia de la ley, demagogia, anomia.

Twisted Law for a Demagogic Age

ABSTRACT. The present paper aims to re-examine the classic issue of the decline of law focusing on its possible relationship with a broad notion of demagoguery. After the introduction, the article is structured into an analytical and a synthetic, and more speculative, section. The former—considerably larger than the latter—looks into the crisis and anomie in the domain of law through the study of a series of phenomenological features which turn out to be some of the various ways law deteriorates both materially and formally. The task of analysis eventually leads to a synthesis—a discussion which sheds light on the links existing between legal anomie and contemporary demagoguery.

Keywords: Decline of law, demagoguery, anomie.

* Fecha de recepción: 6 de febrero de 2015. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2015.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la decadencia de la ley y del derecho es clásico. Desde los trabajos de RIPERT y CARNELUTTI, han visto la luz numerosos estudios que se han propuesto investigar las causas y efectos de la crisis y aventurar soluciones. Han abordado el problema desde distintas perspectivas, entroncando la decadencia de la ley con la crisis del Estado moderno, del derecho natural, con la crisis mundial, de la justicia, etc¹. Lo que puede aportar de nuevo el presente artículo, además de poner de relieve que el problema se ha agravado hasta extremos difícilmente tolerables, reside en su objeto de estudio y en su metodología. En cuanto al objeto, el trabajo trata de elucidar las relaciones que vinculan la situación actual anómica de crisis de la ley con la demagogia, entendida ésta como uno de los tipos elementales y fundamentales de lo político. La demagogia —resultante, según la doctrina clásica, de la degeneración de la democracia²— es una realidad que hace patente y tangibiliza la anomia³ en el mundo del derecho, contribuye a crearla, y además en nuestros días se nutre de ella.

La elección del enfoque de estudio la ha determinado la complejidad del poliédrico problema, es decir, la conciencia de la imposibilidad de abarcar todos sus aspectos e implicaciones. La presente investigación se concentra en abordar la fenomenología de la crisis de la ley, y no otras facetas de la cuestión. Sencillamente, se orienta al estudio de las manifestaciones del problema; se encauza a poner directamente el foco en el «fenómeno» (φαινόμενον), y segregarlo *en la medida de lo posible* de todo lo que no es él: aislarlo de causas, de soluciones o remedios, de pronósticos, de historia; separar también la ley y su producción del doble ámbito de su aplicación y de la administración de justicia⁴. El método seguido en este trabajo pretende llegar a la sustancia a través de lo fenoménico, porque «el fenómeno no tiene sólo la apariencia, sino verdaderamente la sustancia de una degeneración»⁵. Las explicaciones causales e históricas se reducirán por ello a lo esencial. En cuanto a los efectos de la crisis de la ley, sólo he realizado algunas referencias generales que no hacen justicia ni mucho menos a la frondosidad de las patologías jurídico-políticas que manifiesta y produce una actuación legislante

¹ PRIETO SANCHÍS, 1998: 22. PRIETO enumera los siguientes: A. C. JEMOLO, 1932: «Il nostro tempo ed il Diritto», *Archivio giuridico*, 107: 129-170; L. MOSSA, 1951: «La crisi del Diritto in Europa», *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, 4: 211-222; G. DEL VECCHIO, 1933: «La crisis del Estado», en G. DEL VECCHIO, 1957: *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 411-449.

² En este trabajo, «democracia» significa tanto la democracia helena como los sistemas liberal-democráticos propios de los países occidentales. Con la utilización del mismo término para realidades políticas tan heterogéneas se sigue la práctica de buena parte de la literatura y se pretende destacar la continuidad en lo fundamental de ciertas constantes tales como la deriva demagógica de las «democracias».

³ «Haciendo siempre referencia a la crisis de los marcos normativos de la acción, [anomia] puede denotar: a) vacío absoluto de normas o reglas de acción; b) colisión o incongruencia normativa de la que resultan incertidumbre y desorientación prácticas y/o conducta desviada; c) falta de asunción, asimilación o reconocimiento de normas legítimas» (GINER, LAMO DE ESPINOSA y TORRES, 1998, 2006²: 27-28).

⁴ Conviene distinguir la aplicación de la norma de la jurisdicción, entendiendo por la primera la función, que compete a órganos no jurisdiccionales, de hacer cumplir la ley y las decisiones judiciales y de poner las condiciones para ello. Por supuesto, la distinción no es tajante, ya que, por ejemplo, aunque los órganos jurisdiccionales típicos son los tribunales de justicia, hay órganos administrativos que pueden tener también atribuciones jurisdiccionales (LATORRE, 1968, 1985¹¹: 82).

⁵ CARNELUTTI, 1946: 73.

desviada. Y así, por ejemplo, no he abordado la preocupación por la baja efectividad y baja eficiencia de las leyes, es decir, el problema de que no alcanzan los «objetivos» que se proponen y que, cuando lo hacen, es a un coste demasiado alto. Con todo, no conviene deslindar demasiado —y además es difícil, si no imposible, hacerlo— la alteración del derecho de sus consecuencias, porque la propia definición de anomia (*vid.* n. 3) denota tanto la crisis normativa misma como los efectos derivados (y que acaban incidiendo en aquélla y agravándola).

Un supuesto de este estudio es que todos los ámbitos de la cultura están afectados por el proceso anómico y presentan una fenomenología común analizable en una serie de rasgos. En la esfera jurídica, tal serie conforma el conjunto de aspectos que presenta el deterioro de la calidad formal y material de la ley. De algunos de ellos —inflación, debilitamiento, volatilidad, fragmentación-desestructuración—, ya me ocupé en otro trabajo⁶. En el presente, abordaré otros: degradación, huida hacia delante, intrusividad y transmutación. Todos los rasgos apuntan al socavamiento del núcleo mismo de los valores fundamentales del derecho —seguridad en las relaciones jurídicas, seguridad frente al estado, y certeza—, los cuales pueden compendiarse en uno solo: la seguridad jurídica en su sentido más amplio y elevado: «la condición misma para poder pensar en cualquier otra dimensión de la justicia, ya sea la libertad, ya la igualdad, ya la democracia misma. Si falta la seguridad jurídica, no habrá tampoco dignidad humana ni derechos fundamentales»⁷.

La ausencia de seguridad jurídica viene dada por la desaparición de las condiciones que la tradición liberal e ilustrada consideraba que debía cumplir la ley: generalidad, universalidad, abstracción, estabilidad, concisión, simplicidad, precisión, publicidad, limitación en número... Según la concepción liberal, si una de las principales funciones del derecho «es precisamente servir de límite al poder del Estado y controlar su ejercicio»⁸, el incumplimiento de las condiciones enumeradas acarrea inevitablemente abuso de poder. Por otra parte, cabría preguntarse: *cui bono?* ¿a quién beneficia la vulneración de esas prescripciones? Al ciudadano, evidentemente, no. La anomia o clima de inseguridad e incertidumbre jurídicas sólo beneficia a quien aspira a moverse cómodamente sin trabas en el ejercicio del poder y a perpetuarse en él.

Este estudio se encuadra en las coordenadas del liberalismo y de la concepción liberal de ley, esto es, en las coordenadas de la modernidad. Por supuesto, desde el paradigma rival postmodernista toda la argumentación que se seguirá en estas páginas deja de sostenerse⁹. Sin embargo, en defensa de este artículo señalaré que dicho modelo nunca ha presentado los avales de reacción contra la arbitrariedad del poder que ha exhibido la tradición jurídica y de pensamiento político de los siglos XVIII y XIX. Este hecho ya justifica por sí solo la opción por la tradición y su concepción de ley.

⁶ «En torno a la crisis del derecho», *Revista de Derecho Político* (en prensa).

⁷ LAPORTA, 2004a: 29.

⁸ LATORRE, 1968, 1985¹¹: 43.

⁹ Una visión de conjunto sobre el paradigma del postmodernismo y su antagonismo con la modernidad puede hallarse en diversos trabajos de PÉREZ LUÑO (2007: 17-22; 1993, 2011: 105 y ss.). Conviene distinguir entre postmodernismo y postmodernidad, aunque ambos conceptos se refieren al agotamiento de la modernidad. Mientras aquél «acentúa el aspecto cultural», en la postmodernidad «el énfasis se pone en lo social». El postmodernismo, por tanto, «se refiere a fenómenos culturales e intelectuales» en el plano de la teoría, y «cuestiona todos los principios esenciales de la Ilustración» (LYON, 1994: 21-22).

En el marco liberal y siempre en un horizonte prescriptivo, las leyes son *generales* en cuanto suponen un tratamiento formalmente igual para todos sus destinatarios, en cuanto no constituyen preceptos especiales dirigidos a determinadas personas o grupos sociales. Son *universales* en cuanto son aplicables a todos sin distinciones ni discriminaciones. Las leyes definen un orden *abstracto* de justicia, en el sentido de que regulan conductas-tipo, clases de acciones, y no acciones individuales concretas. Hacen abstracción de las propiedades individuales de los destinatarios para considerarlos sujetos iguales dotados de ciertos rasgos comunes. Son ciegas ante circunstancias económicas, sociales, históricas; no miran a nadie a la cara. Sólo sobre leyes generales, universales y abstractas, simples, concisas, precisas, públicas, escasas, y que además tengan aspiraciones a la estabilidad y permanencia, se evita la arbitrariedad del poder y se genera seguridad jurídica. Sólo sobre ellas el individuo puede planificar su vida con confianza y certidumbre, conocer de antemano y de forma segura el espacio de libertad que se le reconoce y el alcance de la sumisión a los poderes públicos. Más sencillamente: todo individuo puede predecir en todo momento y sin equivocarse cuál será la reacción de los poderes públicos en una situación dada. Éste es el ideal de ROUSSEAU, CONSTANT... La vieja aspiración a un gobierno de leyes, no a un gobierno de hombres.

2. FENOMENOLOGÍA DE LA CRISIS DE LA LEY

2.1. Degradación

La degradación es el rasgo de la fenomenología de la crisis de la ley que tiene una relación más directa con la pérdida, debida a diversas causas, de lo que constituye la esencia del derecho: la efectividad ordenadora, entendiendo por efectividad de una norma la consecución del estado de cosas que se persigue con la misma.

El fenómeno de la degradación de la ley plantea en última instancia el problema de cuáles deban ser las fuentes del derecho, y hace imposible el positivismo jurídico como método¹⁰. «Nuestros legisladores saben poco o nada de derecho, conciben las leyes como puros y simples imperativos y, en definitiva, *gobiernan legislando*, mandan en forma de ley»¹¹. Se confunde así el gobierno (*gubernaculum*) con la producción de derecho (*iurisdictio*). La ley se concibe como un medio o herramienta para lograr un estado de cosas querido por las instancias de poder, convirtiéndose así en mero acto instrumental. La instrumentalización de la ley supuso un giro revolucionario (mejor: involucionario) con respecto a situaciones anteriores. Transcribo el juicio de LEONI (escribía en 1961): «[como consecuencia de ese giro] el proceso legislativo ya no se consideró como fundamentalmente conectado con una actividad teórica de expertos, como los jueces o los abogados, sino más bien con la simple voluntad de las mayorías ganadoras en los cuerpos legislativos»¹².

Al hilo de esta tesis, y situando en una adecuada perspectiva la cuestión que da título al subapartado, es preciso intercalar la idea de que el voluntarismo —la teoría

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: 102-103.

¹¹ SARTORI, 1987, 2007: 203.

¹² LEONI, 1961: 168-169. Parece abrirse paso, por lo expuesto aquí, la cuestión de la relación entre estado legislativo y estado jurisdiccional, pero no es posible abordarla en el presente contexto. *Cfr.* SCHMITT, 1932, 1968: 5 y ss.

que considera la ley como producto de una decisión voluntaria de crear el derecho— ha generado una exacerbación legislante que traiciona todos aquellos rasgos fundamentales de la ley que, reiterémoslo, conformaron el ideal jurídico ilustrado: pocas leyes —o el menor número posible—, bien construidas, sencillas, públicas, duraderas y generales, ante las que todos son iguales, y que se aplican mediante procedimientos judiciales comunes. Era un ideal con el que se esperaba liberar a la humanidad tanto del despotismo de los monarcas (ROUSSEAU) como del no menos temible de los jueces (MONTESQUIEU)¹³. La realidad política y jurídica de nuestros días se halla muy lejana de la concepción ilustrada. Las mayorías victoriosas y el ejecutivo ya no se preocupan de las cualidades que deben poseer las leyes, ni de su estructura, ni de la coherencia global del sistema: *ergo* tampoco vacilarán en mostrarse despóticos, ni retrocederán ante comportamientos arbitrarios.

La mala calidad de la ley se origina en el hecho de que en su producción han intervenido unos legisladores que no son jurisperitos. Clásicamente, en el constitucionalismo liberal, la función de elaborar los códigos era reservada a los juristas, y los legisladores se ocupaban de controlar al poder en el ámbito de la ley. En 1953, CARNELUTTI alertaba de que «la función legislativa ahora se desborda del cauce en el cual debería contenerse según los principios constitucionales»¹⁴. Anteriormente, en 1928, vigente la Constitución de Weimar, Carl SCHMITT ya se hizo eco de este giro. Por su importancia, creo que vale la pena reproducir la cita completa:

Quando se fija por ley constitucional quién debe dar leyes, esto no significa, es claro, que este legislador deba utilizar el procedimiento legislativo para fallar procesos y ejecutar actos administrativos y de gobierno. En un Estado de derecho debe imperar «la ley» y estar colocada la total actividad del Estado bajo la reserva de la ley. Con eso quiere impedirse precisamente que las instancias competentes para legislar coloquen su propio imperio en el lugar del imperio de una norma, al no distinguirse mandatos arbitrarios, medidas y órdenes, de las «leyes». Un simple concepto formal de ley: ley es lo que disponen los órganos legisladores en vías del procedimiento legislativo, haría del imperio de la ley un *absolutismo de los órganos legislativos*, suprimiendo toda distinción entre legislación, administración y justicia. Si eso fuera el derecho constitucional vigente hoy, toda la lucha del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría terminado, introduciéndose, en lugar del absolutismo monárquico, el absolutismo de mil cabezas de los partidos políticos que en cada momento se encontrasen en mayoría¹⁵.

Así es como viene a instaurarse el despotismo legislativo que entreviera y anunciara TOCQUEVILLE¹⁶.

¹³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XI, 6. La doctrina de la separación de poderes de MONTESQUIEU sólo reconoce a los jueces la función de «instrumento que pronuncia las palabras de la ley». Las sentencias «deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella». La tesis de MONTESQUIEU sobre los jueces es rigorista, ya que la labor de los tribunales no puede limitarse a la aplicación mecánica de las leyes, sino que debe extenderse, y de hecho se ha extendido, a la interpretación y adaptación de las normas a una sociedad cambiante y a la gran diversidad de problemas que se plantean en la práctica. Sin embargo, ya que no la letra, el *espíritu* de las afirmaciones de MONTESQUIEU es plenamente vigente y recuperable hoy.

¹⁴ CARNELUTTI, 1953: 280.

¹⁵ SCHMITT, 1928: 210. La cursiva es mía.

¹⁶ Así, citando a Jefferson (carta a Madison, 15 de marzo de 1789), TOCQUEVILLE suscribe: «La tiranía de los legisladores es actualmente, y lo será durante muchos años, el peligro más temible. La del poder ejecutivo

Esta deriva autoritaria se ha agravado con la conversión del poder ejecutivo en el verdadero poder legislativo. «El límite entre poder legislativo y poder administrativo, en particular entre parlamento y gobierno, se transgrede cada vez inevitablemente y con más frecuencia»¹⁷, apuntaba CARNELUTTI, reiterando la advertencia que hizo en 1930¹⁸. Nada de esto habría ocurrido si el concepto de ley no hubiera sufrido variaciones. En el fondo, nos hallamos ante el hecho de que una realidad jurídica nueva está vinculada a una alteración radical de los principios liberal-democráticos. El sistema de división de poderes «sólo tiene sentido en tanto que se entienda por ley una norma general», en tanto «se da por supuesto un previo concepto de ley»¹⁹. Así es como se explica que la creación de derecho, aumentando algunos grados más la pendiente de su declive, se vea abocada a la *deslegislación*, que mina el principio de la división de poderes y el de legalidad de la administración.

La deslegislación²⁰, o proceso de cesión al poder gubernativo, o asunción por su parte, de la función legisladora, se realiza de diversos modos y en todas y cada una de las tres fases de la elaboración del derecho (prelegislativa o preparación de la ley, legislativa, poslegislativa o ejecución de la ley). Las Cortes se han convertido en

apenas una caja de resonancia de las decisiones tomadas por el Gobierno, situación por cierto bien cercana al «registro» de los edictos y ordenanzas, propio de los parlamentos del Antiguo Régimen, a los que asistía tan sólo un derecho de *remontrance*, es decir, de formular pequeñas críticas a tales textos reales²¹.

Ya no es siquiera, como decía LEONI, que legisle la voluntad mayoritaria, es que otras agencias de poder no representativas disponen de una facultad normativa directa que les exime a menudo de pasar por el debate parlamentario. Por añadidura, con la deslegislación, el ejercicio de los derechos queda a merced de intervenciones administrativas particulares y difíciles de conocer y entender; se pierde en la tupida normativa administrativa y en el laberinto de la burocracia estatal, aún refugiada a veces en la discrecionalidad. La deslegislación culmina, de este modo, con la asunción de cuotas de poder por parte de instancias administrativas. La deslegislación se torna a la postre burocratización²². En relación con este fenómeno, TOCQUEVILLE presagió el dominio

también llegará, pero en un periodo más alejado» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. I, pt. II, cap. VII).

¹⁷ CARNELUTTI, 1953: 280.

¹⁸ *Ibid.*, 1930: 426.

¹⁹ SCHMITT, 1928: 209.

²⁰ No deben confundirse «deslegislación», el proceso de pérdida de funciones que sufre el poder legislativo, y «deslegalización», la sustitución de «la regulación legal de determinadas materias por su disciplina a través de otras fuentes jurídicas (jurisprudenciales, principiales, consuetudinarias...)» (PÉREZ LUÑO, 1993, 2011: 121). En la deslegislación hay implicados procesos deslegalizadores, pero no tienen la misma extensión uno y otro concepto.

²¹ SOSA WAGNER, 2007: 31.

²² Como ejemplo de estos procesos, veamos una descripción del fenómeno denominado «legislación en cascada» referido a la normativa de la Seguridad Social: «El legislador delegante remitía al Gobierno la elaboración de la legislación delegada, pero ésta encomendaba su desarrollo a los reglamentos generales que debían ser aprobados por Decreto y que, a su vez, preveían que el Ministro de Trabajo dictaría las correspondientes Órdenes de aplicación. Éstas, por su parte, autorizaban a los órganos administrativos inferiores para resolver las cuestiones que pudieran plantearse en su aplicación, abriendo así la vía para el «derecho subterráneo» de la Seguridad Social. [...] La «legislación en cascada» es además un proceso de delegación normativa que en el primer escalón (el paso de la ley al reglamento) puede incluir una deslegalización y que en su desarrollo termina fragmentando la regulación de la materia» (DESDENTADO BONETE, 1996: 478).

de la administración, o despotismo administrativo, y el peligro que representaba para las sociedades democráticas ²³.

Descendiendo a la fenomenología propiamente dicha de la degradación de la ley, observamos que el problema está unido al de la inflación de las leyes y a su correlativo, el debilitamiento de las mismas ²⁴: «Cuanto más crece el número de leyes, más disminuye la posibilidad de su esmerada y ponderada elaboración» ²⁵.

El crecimiento cuantitativo determina el decaimiento cualitativo también en el campo de la legislación; las leyes producidas en serie son, con frecuencia, leyes malas; y me refiero especialmente a la imperfección formal que atormenta a cuantos se encuentran en la necesidad de manejar todos los días, con inconvenientes de todo tipo, estos ingenios ²⁶.

En ese nivel formal, destacaré el hecho de que, desde hace años, se ponen en vigor cada vez más leyes técnicamente defectuosas, mal redactadas, oscuras y ambiguas semánticamente, abstrusas, incomprensibles; leyes, en resumidas cuentas, que no están bien hechas ni tienen efectividad. En ocasiones, «la oscuridad y vaguedad de la ley son fines buscados a propósito, con la intención de aprovecharse de esa falta de claridad» y «mantener una incertidumbre que favorezca el uso y aun el abuso [del] poder» ²⁷. Como ya dijo MONTESQUIEU, el estilo de las leyes debe ser conciso, sencillo, preciso y alejado de la sutileza.

Es esencial —resalta— que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres. El cardenal Richelieu convenía en que se podía acusar a un ministro ante el rey, pero disponía que se castigase al acusador si las cosas que probaba no eran de consideración, lo cual debía impedir a todo el mundo decir cualquier verdad contra él, ya que una cosa de consideración es totalmente relativa, y lo que es de consideración para unos, no lo es para otros ²⁸.

Puede confeccionarse un nutrido catálogo de enfermedades legales que justifica que en las facultades de derecho los planes de estudio incluyan, como los de medicina, también asignaturas de patología. VANDELLI lleva a cabo un inventario de esos males jurídicos utilizando una jocosa nomenclatura que revela hasta qué punto ha caído en descrédito la ley ²⁹. VANDELLI habla de legislación ciclotímica, autista, egoísta, esquizofrénica, obsesiva, placebo, anoréxica, présbita, neurótica, verborreica, disléxica, disgregada y en estado confuso. Así, con el curioso nombre de «leyes anoréxicas» designa a las reformas «carentes de alimento». Son aquellas leyes para las que no se prevé financiación alguna, o que se sustentan en instituciones y leyes que en realidad no existen. El legislador contrae compromisos, pero se muestra negligente a la hora de cumplirlos. Por ejemplo, cuando alguna de las múltiples leyes de inmigración opta por la grandilocuente fórmula de «gestión de flujos en origen», está suponiendo, pongamos por caso, que en el África subsahariana existen oficinas consulares capaces de realizar tal tarea.

²³ «Los ciudadanos caen progresivamente bajo el control de la administración pública, como sin darse cuenta, se ven obligados a ceder todos los días nuevas porciones de su independencia individual» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V).

²⁴ «Las leyes inútiles debilitan las necesarias» (MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, XXIX, 16).

²⁵ CARNELUTTI, 1953: 280.

²⁶ *Ibid.*, 1930: 429.

²⁷ LATORRE, 1968, 1985¹¹: 44.

²⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.

²⁹ VANDELLI, 2006.

Como semejante cosa no existe, la ley se convierte en papel mojado³⁰. Siguiendo con la clasificación de VANDELLI, lo que distingue a la legislación prósbita es que posterga para un futuro más o menos lejano la aplicación de la norma: ley prósbita es la que regulaba el acceso a las profesiones de abogado y procurador (Ley 34/2006, de 30 de octubre), que entró en vigor en 2011, a los cinco años de su publicación, con el fin de no contrariar a los estudiantes de derecho de entonces y de evitar así que salieran a protestar a las calles³¹.

Las leyes «placebo» se dictan con la sola intención de enviar un mensaje tranquilizador al ciudadano transmitiéndole la ilusoria sensación de que los problemas están bajo control. La legislación placebo, en lugar de aportar soluciones inmediatas, se remite a la futura promulgación de disposiciones legales con el único fin de posponer, casi siempre *sine die*, la solución de graves cuestiones económicas y sociales³². Ley placebo es la llamada ley de «dependencia» (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), que prevé que las comunidades autónomas lleven a cabo su puesta en práctica efectiva³³. En una tendencia que ha cundido, el reclamo de lo simbólico se ha extendido incluso al *ius puniendi*. Se ha detectado un fenómeno, denominado acertadamente «derecho penal simbólico», que consiste en dictar reformas del código penal sin pretender que sean eficaces ni efectivas y con el único fin de tranquilizar al público, alarmado por determinados comportamientos delictivos, dándole la impresión de que el gobierno reacciona y toma medidas frente a los problemas. El simbolismo aquí ya no radica en el texto, sino en las mismas intenciones del legislador. Siguiendo la agenda que establecen los medios de comunicación, el poder político tipifica como delito ciertas conductas o agrava las penas de otras ya tipificadas, «creando con ello una falsa apariencia de efectividad y de atención a la opinión pública»³⁴. En esta, como en muchas otras áreas, el político tiende, cínica o ignaramente, a creer que, en respuesta a la vivencia pública de un problema, un acto simbólico de carácter público —con harta frecuencia, la improvisación de una nueva ley— es mejor que nada, y, desde luego, mucho menos costoso que una actuación eficaz.

Las leyes placebo de VANDELLI son sólo una especie perteneciente a un género de leyes que se caracteriza por sucumbir a la tentación de la retórica o de lo simbólico. Bajo este género, se incluyen asimismo, como otra «especie», las llamadas «leyes espectáculo», «leyes celofán», «leyes oropel»..., leyes simbólicas *stricto sensu* que no aspiran a cambiar nada, sino sólo a hacer ciertas *declaraciones*³⁵. Son leyes que están en las an-

³⁰ LAPORTA, 2004b: 72.

³¹ SOSA WAGNER, 2007: 19.

³² PÉREZ LUÑO, 1993, 2011: 116.

³³ Como se deduce, una ley placebo puede ser al mismo tiempo ley anoréxica, ya que tampoco establece una previsión de procedimiento y medios. La clasificación de VANDELLI no cuenta con criterios excluyentes, y, por esa y otras razones, no es una verdadera clasificación. Su finalidad es hacer la sátira de un estado de cosas, no efectuar una categorización rigurosa y comprensiva.

³⁴ NIETO, 2007: 111. La existencia del derecho penal simbólico la ha justificado algún autor argumentando que estas leyes, al estigmatizar socialmente comportamientos considerados especialmente odiosos, dan alguna expectativa de disminuirlos o erradicarlos (ZAPATERO, 2009: 178). Como vemos, según los defensores de la ley penal simbólica, el criterio para enjuiciar la bondad de los efectos de dicha ley ya no es triple (eficacia, efectividad y eficiencia), sino único: la *esperanza*.

³⁵ Volveré a hablar de estas leyes en el subapartado C. Con respecto a la división en dos subtipos de la legislación simbólica, hay que destacar que tiene un paralelismo con la clasificación que GOODIN realizó de las

típodas de lo que debe ser el derecho: leyes muchas veces de propósito pedagógico, de estilo hinchado y redundante, repletas de vacuidades y hojarasca, plagadas de elevados principios, nobles intenciones y grandilocuentes afirmaciones. Aunque su efectividad es, por supuesto, nula, tienen un considerable efecto contaminante. La proliferación de leyes superfluas ocasiona el debilitamiento del ordenamiento jurídico³⁶.

En general, la legislación «simbólica» no observa la regla de técnica legislativa que preceptúa evitar superfluidades y adherencias que oscurezcan o suplanten la finalidad imperativa de la ley³⁷. No es extraño que las leyes puramente retóricas, de casi inexistente contenido normativo, surjan en fechas electorales. En otras ocasiones, la existencia de cláusulas de ese estilo se explica porque el objetivo de lograr que una ley sea respaldada por grupos políticos y sociales muy diversos sólo se puede alcanzar conciliando en ella intereses y valores distintos e incluso contrarios³⁸ (este cometido lo cumplen las leyes que VANDELLI llama «esquizofrénicas»).

El elenco de VANDELLI es susceptible de ser completado con otras varias etiquetas del mismo tenor que designarían otros tantos tipos de trastornos. Por ejemplo, bien podemos utilizar la denominación de leyes «obsesivo-compulsivas» para identificar aquellas leyes que pretenden desarrollar ellas solas de forma pormenorizada aspectos que en rigor son competencia del reglamento. En este caso, el reglamento no viene a complementar la ley, sino a ejercer sobre ella un influjo mimético. La ley «entonces termina adoptando una fisonomía reglamentista y proliza, repleta de particularidades y excepciones»³⁹; se vuelve «tecnicista, minuciosa, rígida»⁴⁰.

Continuando con la hipotética clasificación que «completaría» la que realizó el autor italiano, pueden denominarse leyes «bulímicas» a las leyes de objeto múltiple, aquellas leyes que abordan varias cuestiones conjuntamente, leyes ómnibus resultado de un cambalache político. Ante la imposibilidad de lograr el consenso en torno a una determinada cuestión, «se opta por abordar varias conjuntamente, de manera que cada una de ellas se convierte en moneda de cambio frente a las demás». Las fuerzas políticas no se toman el tiempo de argumentar racionalmente para llegar a acuerdos acerca de cuál sería la mejor regulación en cada materia, sino que se limitan «a ceder frente a otras fuerzas aunque no estén de acuerdo con ellas, a cambio de no encontrar oposición en relación con algún otro aspecto de su interés»⁴¹. Sin embargo, no siempre las leyes ómnibus obedecen a la necesidad de conseguir acuerdos, ya que a veces sólo constituyen un hábito político vicioso. Una muestra reciente de abigarramiento normativo exacerbado que responde a esta causa la proporciona un «macrodecreto»

políticas distributivas «simbólicas». Estas se dividen en «una variedad que promete recompensas materiales futuras», y en otra, «principalmente “afectiva”, que juega con las emociones que cohesionan a los grupos sociales y que en absoluto comporta distribución de beneficio material alguno» (GOODIN, 1977: 383).

³⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.

³⁷ En 1962, ya se informaba en España de este defecto de técnica legislativa en un ejemplo «elegido al azar al abrir un repertorio de legislación», la Ley de Instrucción Primaria, de 17 de julio de 1945, «que innecesariamente contiene preceptos que son más propios de un tratado de Pedagogía» (BATLLE VÁZQUEZ, 1962: 212).

³⁸ ZAGREBELSKY, 1992: 37-38.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, 1998: 27.

⁴⁰ A. LA SPINA y G. MAJONE, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 35. Citado en LAPORTA, 2004b: 45.

⁴¹ MARCILLA CÓRDOBA, 2005: 183.

del gobierno del PP: el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Convalidado en el Congreso por la mayoría absoluta del partido en el poder, consta de 47 medidas que modifican hasta 26 normas vigentes y que abarcan un amplio abanico de materias: incentivos fiscales para autónomos, privatización de AENA, liberalización de horarios comerciales, comisiones de pagos con tarjetas de crédito, incentivos a la contratación de menores de veinticinco años, regulación de las agencias temporales de colocación, carrera militar, entre muchas otras. La tramitación por medio de un decreto-ley de esta ley ómnibus, o «bulímica», le hurtó al parlamento las funciones de deliberación y debate sobre medidas importantes. La mala técnica consistente en incorporar en un mismo texto materias inconexas⁴² se aúna con la desnaturalización de la institución política y con la utilización abusiva de una disposición legislativa provisional que el gobierno sólo puede dictar, según establece la Constitución en su art. 86.1, «en caso de extraordinaria y urgente necesidad». En este sentido, es preocupante el frecuente uso inadecuado que, en especial en los últimos años, se ha hecho del decreto-ley, y que convierte de hecho a esta figura excepcional en la forma ordinaria de legislar.

Dejando aparte taxonomías imposibles, especial atención merecen, en el caso español, las leyes de acompañamiento que, desde hace años, se asocian a las de presupuestos (con un efecto mimético, cómo no, en las 17 comunidades autónomas, que también tienen sus respectivas leyes de acompañamiento a las leyes de presupuesto). En pocas palabras, y sin entrar en tecnicismos, son, como denunció GARCÍA DE ENTERRÍA, leyes ómnibus, legislación en bloque de contenido extenso, complejo y casuístico, sin relación directa con gastos e ingresos, que de forma asistemática e inmotivada cuele de rondón expeditivas modificaciones que descabalan de variados modos el ya profuso, confuso y precario ordenamiento existente. Con su mezcla de normas instrumentales, normas singulares y normas intrusas, la ley de acompañamiento es «un texto legal que, dicho crudamente, vulnera todos los criterios prudenciales del arte de legislar, las pautas mínimas de la técnica legislativa y no pocas de las exigencias legales del procedimiento legislativo»⁴³. Se trata de un auténtico tornado legislativo que puntualmente cada fin de año «lleva la confusión y la indeterminación del derecho positivo a extremos difícilmente imaginables, y quizás más difícilmente aún controlables y reducibles a sistema»⁴⁴. Siendo este escenario alarmante, lo más grave es que las modificaciones introducidas se deben al arbitrio e improvisación de los servicios administrativos, y no a la racionalidad legislativa manifestada en los debates de las Cámaras. Poco parecen haber importado la interposición de reiterados recursos de inconstitucionalidad, la inquietud y la alarma de los juristas y las frecuentes denuncias de los organismos más importantes de la administración consultiva en contra de esta práctica⁴⁵: la costumbre de las leyes de acompañamiento traslada de hecho la potes-

⁴² Tenemos la ocasión de observar en relación con las leyes bulímicas un nuevo elemento de degradación de la ley, al quedar vulnerado en ellas el precepto de técnica legislativa que exige la correspondencia estricta entre el título de la ley y el articulado o parte expositiva.

⁴³ LAPORTA, 2004b: 72.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: 88-89.

⁴⁵ En contraste, el Tribunal Constitucional ha avalado en repetidas sentencias las leyes de medidas o acompañamiento (SSTC 34/2005, de 17 de febrero; 248/2007, de 13 de diciembre; 120/2012, de 5 de junio; 36/2013, de 14 de febrero...), considerándolas no contrarias a la Constitución. Ante un recurso interpuesto

tad legislativa, privativa del Parlamento, a instancias a las que no les corresponde, y que la ejercen de forma atropelladora, irreflexiva, arbitrista y arbitraria, por ejemplo, introduciendo cambios en leyes aprobadas poco tiempo antes, tras deliberación parlamentaria. El principio de la ley como expresión de la voluntad general queda de este modo capitidisminuido.

2.2. Huida hacia delante

En 1946, CARNELUTTI ya remarcaba que el sistema hipertrofiado de leyes se desplazaba al modo de la bola de nieve: «El ordenamiento jurídico da vueltas frenético en un dédalo sin salida. Cuanto más ordena, más debe ordenar. Cuando más atemoriza, más debe atemorizar»⁴⁶. Hace más de treinta años, LUHMANN advirtió la utilización excesiva que el estado de bienestar hacía del *derecho* y el *dinero* para responder a la sobrecarga de demandas ciudadanas. Esta utilización desproporcionada se manifiesta en la «marea de leyes»⁴⁷ y en problemas financieros y expansión de los presupuestos públicos.

Hablaré en primer lugar de la sobreexplotación del derecho. TEUBNER, que trata de proseguir la obra de LUHMANN, habla de la *autopoiesis* o autorreproducción del sistema jurídico. La paradoja que señala TEUBNER es que, «cuanto más cierre operativo y autonomía adquiera un sistema legal, más ganará en apertura hacia hechos sociales, demandas políticas, teorías científico-sociales y necesidades humanas». «Una clausura radical del sistema —bajo ciertas condiciones— significa su radical apertura»⁴⁸. Un sistema cerrado, demagógico, necesita estar receptivo y autoproliferar —lo de menos es si lo hace descontroladamente— para poder perpetuarse. La legislación se torna autoproliferante en respuesta a la demanda de leyes que efectúa una sociedad de masas compleja, reivindicativa, en constante cambio y estructurada en grupos. Esta sociedad consume compulsivamente leyes; sus grupos demandan de continuo acciones normativas que los beneficien y protejan. Los ciudadanos dan por sentado que cualquier problema que se les plantee ha de ser abordado por la autoridad mediante la emisión de una norma, lo cual determina decisivamente la actuación del legislador, que huye hacia delante con la promulgación de leyes siempre nuevas que le reporten éxitos políticos (en esta ciega dinámica, los problemas no siempre son reales; en ocasiones son meramente facticios, problemas contruidos o inventados a partir de indicios que suministra la realidad).

Además de por estas causas, la generación de normas es precipitada, como mostró IRTI, por la ruptura de la lógica de la generalidad y la uniformidad: «La producción

en relación con diversos preceptos de una de estas leyes (Ley 50/1998, de 30 de diciembre), estima que, «aun aceptando que una ley como la impugnada puede ser expresión de una deficiente técnica legislativa, no por ello cabe inferir de modo necesario una infracción de la Constitución [...] ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación a un solo texto legislativo, para su tramitación conjunta en un solo procedimiento, de multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 3).

⁴⁶ CARNELUTTI, 1946: 73.

⁴⁷ LUHMANN, 1981: 154.

⁴⁸ TEUBNER, 1987: 2.

de normas especiales alimenta la *necesidad de otras normas especiales* en un círculo obsesivo e inagotable»⁴⁹. Por otra parte, la sobreproducción de legislación deriva de su decreciente calidad: se compensan los defectos de la mala legislación mediante una nueva intervención legislativa. Asimismo, a la detección del desorden e incoherencia ocasionados por la incuria y el frenesí legislantes le sigue un intento de reparación *ex post factum* con nuevas leyes. Y si el legislador no prevé —como es frecuentemente el caso— las perturbaciones que estas pueden causar en el conjunto del sistema normativo, se verá obligado a promulgar otra vez nuevas leyes con el fin de corregir los desequilibrios. Por no hablar de las consecuencias no deseadas que acarrea la vigencia de algunas leyes, consecuencias que demandan una reforma de su texto. Las modificaciones y sustituciones son constantes y se multiplican hoy con una intensidad y aceleración inusitadas. Es un mecanismo que opera según una dinámica de realimentación imparable. Dinámica que se observa también en la tendencia actual de la ley a contener compromisos, expresos o tácitos, del legislador a legislar nuevamente. Que además es subsiguiente al incremento de la inseguridad jurídica en los ciudadanos, puesto que ese estado de incertidumbre les impulsa a entablar más pleitos y a demandar nuevas regulaciones, que, a su vez, al entrar en el ordenamiento irreflexivamente, causan toda clase de destrozos que hay que enmendar con nuevas leyes, y así sucesivamente en una desordenada espiral automultiplicadora.

Los efectos en la sociedad de esa espiral son paradójicos, ya que, cuanto más intensa es la pretendida ordenación de las conductas, más desorganizadas son sus consecuencias en la vida social. «La proliferación caótica y vertiginosa de la legislación» genera «una suerte de anomia —que ha sido llamada “anomia boba”—»⁵⁰ que hace inoperante al derecho. Cuando, como consecuencia directa del movimiento del mecanismo legalista, los ciudadanos y los órganos de aplicación se saturan de mensajes normativos confusos, aumentan las peticiones en los tribunales, así como los comportamientos que obvian la legalidad. Además, como supieron ver primero VIVES y luego PUFENDORF, es insoslayable que el ordenamiento jurídico se convierte en una especie de red en la que queda atrapado el ciudadano. VIVES remarca este tema en varias ocasiones. «Es razón —escribe— que las leyes sean claras, fáciles y pocas para que sepa cada cual a punto fijo cómo ha de vivir»⁵¹. «Antes que nada, sean las leyes conocidas de todos. [...] Establecer leyes desconocidas es poner lazos y trampas, no entregar una inequívoca norma de vida»⁵². «Tantas y tantas leyes, celadas son, que no condición de vida». «Vosotros los escribidores de leyes, lo que dictáis no es una apacible y asequible norma de vida, sino que tendéis lazos a la simplicidad y buena fe del pueblo»⁵³. Conviene, dice por su parte PUFENDORF,

tener leyes claras y sencillas sobre los asuntos que más suelen presentarse entre los ciudadanos. [...] Cuando hay más leyes que las que se pueden retener en la memoria fácilmente y que prohíben lo que la razón natural no prohíbe por sí, es necesario que sin mala intención caigan en falta contra las leyes como en un lazo⁵⁴.

⁴⁹ IRTI, 1978: 55.

⁵⁰ LAPORTA, 2004b: 80.

⁵¹ VIVES, 1531, *De las disciplinas*, pt. I, lib. VII, cap. II.

⁵² *Ibid.*, pt. II, lib. V, cap. IV.

⁵³ *Ibid.*, pt. I, lib. VII, cap. II.

⁵⁴ PUFENDORF, 1673, *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, II, 11.5.

Así, las leyes, más que como un factor de ordenación, se configuran como una trampa en la que es fácil que el ciudadano caiga si no dispone de costosos asesores. La anomía generada por estas y otras causas trae consigo, «en primer lugar, la pérdida de cuotas de autonomía personal, y después y como consecuencia de ello, la sorda impotencia de sociedades enteras para organizar su convivencia y acceder a la prosperidad económica»⁵⁵.

La sobreexplotación del otro recurso, el dinero, adopta igualmente la forma de huida hacia delante, de esa peligrosa proliferación descontrolada que ocurría en el ámbito del derecho (vinculadas ambas entre sí por su interpretación extraviada y exagerada de la noción de ley y «derechos»). Asumamos, en primer lugar, que «la democracia cría personas viciadas que la convierten en un sistema frágil»⁵⁶. ORTEGA Y GASSET, en *La rebelión de las masas* (1929), señalaba que, entre otros factores, los «estados previsores» y los «derechos cómodos» producen «automáticamente graves deformaciones y viciosos tipos de existencia humana», como el «niño mimado»⁵⁷, un subtipo del hombre-masa de nuestra época. La democracia degenera porque, al carecer de controles eficaces del gasto público, se basa en la promesa de dádivas al electorado, promesa que se convierte así en un poco deseable soporte del sistema político. En un endeble y precario soporte, que cumplirá su función siempre que las condiciones sean favorables, pero que empezará a tambalearse en cuanto dejen de serlo. Por su lado, la sociedad irresponsable, la masa mimada, que reivindica derechos, pero no está dispuesta a asumir obligaciones (o, si lo hace, es a la fuerza), como cree que a todo tiene derecho y todo le es debido, se abalanzará sobre el erario público carente de vigilancia, presionando al político para que le dé más y más prestaciones y servicios. La masa, así entendida, no da ninguna muestra de que sabe diferenciar entre derechos jurídicos, incondicionales y absolutos, y derechos-beneficios o derechos-materiales (educación, sanidad, prestaciones económicas, vivienda, etc.) característicos del estado de bienestar, que están condicionados a la posibilidad de financiación y son relativos a los recursos disponibles. A la masa se le ha dejado creer que no hay diferencia entre reconocimiento de derechos y concesión de beneficios. Estos suponen más que un retroceso a la época histórica en que se concedían privilegios, porque los privilegios del feudalismo implicaban obligaciones, y los actuales salen gratis, lo son sin obligaciones; se trata de algo muy diferente a una vuelta atrás en la historia: es una regresión infantiloides, una creación jurídico-política *sui generis* de los últimos años. Todos estos ingredientes integran el caldo de cultivo perfecto para la mala política, un fenómeno que ya identifiqué MONTESQUIEU⁵⁸. En una espiral que potencialmente no tiene fin, la sociedad cada vez pedirá más *derechos*. Puesto que cree que los beneficios se le deben a título absoluto, nunca serán suficientes los que se le presten, y los que se retrasen constituirán siempre una obligación incumplida. El político, si quiere mantenerse en su puesto, cede a las reivindicaciones y nunca le niega nada a nadie. No obstante, los recursos públicos no son ilimitados. Es entonces cuando se recurre a la trampa del endeudamiento, del cual los gobiernos hacen uso y abuso.

⁵⁵ LAPORTA, 2004b: 80.

⁵⁶ SARTORI, 1987, 2007: 397.

⁵⁷ ORTEGA Y GASSET, 1929: 132, 134.

⁵⁸ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, VIII, 2.

Con respecto a España, en septiembre de 2014, la deuda del conjunto de las administraciones públicas ascendía a 1.020.680 millones de euros (datos del Banco de España), y se situaba en el 97,1 por 100 del PIB (datos del INE). Con toda seguridad, en 2015 superará el 100 por 100. A la vista del dato global de la deuda, el nivel más alto de los últimos cien años, y del más significativo de su ritmo de crecimiento⁵⁹, voces autorizadas alertan ya de que la situación podría desembocar en un *default* (impago). No parece lejano el riesgo de estallido de una burbuja de deuda pública a todas luces hipertrofiada y en progresivo aumento, riesgo que todo un ejército de economistas oficiales se obstina en negar, como antes negó la inmobiliaria u otras, pasando por alto cualquier señal preocupante de futuro.

He calificado las dos sobreexplotaciones, la del derecho y la del dinero, como huida hacia delante y espiral automultiplicadora. Ambas imágenes transmiten la idea de la imposibilidad de reversión espontánea del proceso, al tiempo que sugieren una simetría entre uno y otro ámbito: los dos —derecho y deuda pública— crecen en sincronía, y los dos parecen haber cobrado teratológica y amenazante vida propia.

2.3. Intrusividad

Desde mediados del siglo pasado, se nos ha advertido de que el estado social iba a generar una inmensa cantidad y un incesante cambio de normas, y de que norma privada y norma pública tenderían a hacerse una y la misma cosa⁶⁰ (RIPERT denunció: «Todo se está convirtiendo en derecho público»)⁶¹. Al mismo tiempo que la línea que separaba sociedad y estado se desdibuja, todo el derecho va cobrando el carácter de derecho público. Se trata de la llamada «juridificación» de la vida social, «de esferas sociales y mundos vitales que antes no eran objeto de intervención sino que estaban reservados a la esfera de la moral, del control social, de los acuerdos privados, de la regulación informal»⁶². Es «la invasión por el derecho público de recintos antes reservados a la libre disposición de los sujetos privados, así como la ampliación del catálogo de materias y relaciones sociales relevantes para el legislador»⁶³.

«El *grado de juridificación* de la sociedad crece día a día: consumimos una cantidad cada vez mayor de normas jurídicas»⁶⁴. Este proceso de «legificación» intensa discurre al lado de la progresiva asunción de funciones por parte del estado. Se trata de una intromisión que ORTEGA calificó de «tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo»⁶⁵, una intromisión que muchas veces obedece a planes de ingeniería o innova-

⁵⁹ Al inicio de la crisis, a finales de 2007, la deuda pública era del 36 por 100 del PIB. La situación de endeudamiento se agrava con el horizonte actual de riesgo de deflación, visible ya en economías de la eurozona. Desde luego, el fenómeno de la deuda pública galopante no obedece a una única causa, y menos aún en un contexto de crisis, pero es innegable que uno de sus principales mecanismos lo constituye la sobreexplotación que el estado de bienestar hace del dinero.

⁶⁰ CAPOGRASSI, 1953: 58.

⁶¹ «*Tout devient droit public*» (RIPERT, 1949: 37).

⁶² A. LA SPINA y G. MAJONE, 2000: *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 35. Citado en LAPORTA, 2004b: 45.

⁶³ PRIETO SANCHÍS, 1998: 23.

⁶⁴ IRTI, 1978: 54.

⁶⁵ ORTEGA Y GASSET, 1953: 688.

ción social. La juridificación de la vida social es un despliegue del estado y del derecho que ha sido interpretado como un asalto a la libertad individual en la esfera privada. La *concepción* de ley del liberalismo, originada en la aspiración a garantizar la libertad de los ciudadanos frente al poder político, ha sido trocada por una *realidad* que viene a representar lo contrario.

Si la inflación legislativa es una proliferación cuantitativa, la intrusividad o juridificación lo es cualitativa. Hoy el panorama legislativo se nos presenta como un conjunto abigarrado de normas que tienen cometidos muy distintos y que ejercen su control, o tratan de ejercerlo, sobre ámbitos muy heterogéneos y de una creciente complejidad y diversificación. La instrumentalización de la ley alcanza, en el estado que podríamos llamar «gestor», la expresión más genuina en las llamadas «normas de fin», mediante las cuales el legislador diseña una batería de medidas (planes, programas, incentivos) tendentes a modificar el comportamiento de los actores económicos y sociales con el fin de producir un determinado resultado económico (crecimiento del PIB, descenso de la inflación, creación de empleo, etc.). Tales normas legales son actos de dirección política orientados, no a un fin de alcance general, sino a un fin específico y a superar una situación concreta; son planeados a corto plazo, condicionados a la circunstancia y al momento, y negociados con frecuencia en el contexto de un conflicto de grupos de intereses contrapuestos⁶⁶. Así pues, las leyes en el *estado gestor* difieren de las propias del *estado garante* o legislador —inspirado por los principios jurídicos y políticos de la Ilustración e históricamente el primer tipo de estado de derecho— en que se convierten en medios o instrumentos (para intervenir en la economía).

Por su parte, las leyes del *estado protector* o *social* funcionan como mecanismo de redistribución destinado a reducir las diferencias económicas, sociales y culturales⁶⁷. En cualquiera de los casos, las normas que se proponen como objetivo reformar la realidad económica y social constituyen un ejemplo perfecto de la reducción de las leyes a meros imperativos, del *gobernar legislando*, mediante la ley, y no en la ley. Las metas que el legislador se fija son coyunturales y en general urgentes, y las disposiciones que las contienen son incorporadas al ordenamiento todos los días, con los consiguientes eventuales problemas, no menores, de ajuste en él y de «presencia fantasmal» que se puedan suscitar. En suma, señalando con brevedad un tema que aquí sólo puedo apuntar, *idealmente* el estado gestor y el social *deben* construirse respetando los imperativos del estado garante. Ardua tarea, porque en el fondo late la cuestión nuclear del deslizamiento del estado legislador hacia el estado administrativo, un estado que halla su legitimación, no en la impersonalidad de las leyes como aquel, sino «en la conveniencia, en la utilidad, en la adaptación inmediata y concreta de sus medidas, de sus disposiciones y de sus órdenes a las necesidades reales»⁶⁸. Pero aquí ya estoy bordeando otro aspecto de la crisis de la ley, la transmutación, que es objeto del siguiente subapartado.

Las demandas cotidianas de los ciudadanos, la variabilidad de objetivos de política económica, la necesidad de adaptarse a unos cambios sociales acelerados, son sólo tres de las áreas de la actividad «legificante» del estado.

⁶⁶ BACHOF, 1959: 51.

⁶⁷ La distinción entre estado garante, gestor y protector o social está tomada de LAPORTA (2004b).

⁶⁸ SCHMITT, 1932, 1968: 13.

Otra área es la moral, como lo prueba la selvática profusión de leyes que hoy en día, en medio de una cada vez más obvia crisis de valores, intenta regular un número creciente de aspectos de la privacidad y de las relaciones de los seres humanos que pertenecen al ámbito de las costumbres y de la moral. Recuérdense en este sentido el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, del gobierno del PSOE, que consagraba de hecho la discriminación positiva en el ámbito privado y público como principio vector del ordenamiento jurídico. No prosperó, pero no por falta de celo del gobierno; su tramitación se hizo imposible debido a los efectos de la crisis económica y a causa de la derrota electoral del partido en el poder en noviembre de 2011. Sin embargo, no siempre legislar sobre moral supone una intromisión coercitiva: a veces sólo responde al prurito de legislar por legislar. Me refiero a toda aquella legislación declamatoria, moral en contenido e intenciones, una legislación, desde luego «simbólica», animada por bellos propósitos y repleta de grandes principios y afirmaciones. «Cuando el estilo de las leyes es ampuloso, se consideran como obras de ostentación»⁶⁹, escribió MONTESQUIEU. Como ejemplo, acudamos a la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de «fomento de la educación y la cultura de la paz», un texto retórico, tedioso, plagado de vaguedades y lugares comunes (como la referencia a la «cultura de la violencia»), que pretende, hipócritamente, construir una utopía en la tierra⁷⁰

a través —como reza el propio texto de la ley— de potenciar la educación para la paz, la no-violencia y los derechos humanos, a través de la promoción de la investigación para la paz, a través de la eliminación de la intolerancia, a través de la promoción del diálogo y de la no-violencia como práctica a generalizar en la gestión y transformación de los conflictos.

El fenómeno consistente en legislar sobre moralidad está desarrollándose precisamente en paralelo al vaciamiento moral de nuestras sociedades y en un intento de colmarlo. La crisis ética posibilita y propicia la intrusividad de la ley. De la confusión entre ley y moralidad se derivan las prácticas legislativas que defienden que «todo lo que es bueno debe promoverse mediante medidas legales». Sin embargo, la ley puede y debe tolerar males que la moral condena. Los criterios para enjuiciar la bondad de una ley no pueden ser morales; una ley será buena si, entre otras condiciones, «ha sido redactada con la prudencia necesaria para evitar los efectos perjudiciales que podrían derivarse de ella»⁷¹. Si la ley no cumple ese requisito, será una mala ley, y serán irrelevantes entonces las intenciones morales que la animen. Para sustentar esta tesis, baste un ejemplo, no por archiconocido menos ilustrativo. La Prohibición o Ley Seca, vigente en Estados Unidos entre 1920 y 1933, fue dictada con propósitos virtuosos, pero, como se sabe, tuvo consecuencias catastróficas que hicieron forzosa e inaplazable su derogación.

La mezcla del ámbito del derecho con el de la moral se ha convertido en un grave problema en nuestras sociedades democráticas. Sin embargo —aclaremos, a modo de acotación final—, que el problema no acaba ahí, ya que junto a fenómenos de intromisión de la ley en la moral, se dan asimismo clamorosos fenómenos de inhibición. Es importante, y hasta urgente, estudiar con detenimiento las dimensiones y consecuencias de las relaciones entre uno y otro ámbito. De manera particular lo es, si se tiene presen-

⁶⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, XXIX, 16.

⁷⁰ SOSA WAGNER, 2007: 20.

⁷¹ HEALY, 1992: 132.

te que sobre la cuestión gravita el problema de la anomia. Como explica DAHRENDORF, las normas socioculturales son válidas siempre que sean «a la vez efectivas y morales, es decir (consideradas) reales y (consideradas) correctas». «Anomia es, así, una situación en la que tanto la efectividad social de las normas cuanto su moralidad cultural tienden a cero»⁷². Si esto es cierto en relación con el ámbito normativo cultural, también lo será por ende para el ámbito normativo legal. La cuestión de si es posible aún compatibilizar, y, si lo es, de qué modo y en qué medida, legalidad y legitimidad en el ordenamiento jurídico en medio de un contexto anómico, se erige como un punto crucial. Porque la anomia es la causa formal, no sólo de que la ley se inmiscuya en el ámbito moral, sino también de que se inhíba de él justo cuando legítimamente no debería hacerlo.

2.4. Transmutación

La conmoción que he tratado de describir se relaciona con una grave alteración de los principios y valores sobre los que se asentaba tradicionalmente el derecho. Entiéndase «alteración» en este contexto, no como simple cambio o mutación, sino como transmutación alquímica, permuta o transvaloración. Dejando a un lado la cuestión de cuál puede ser la relación —causa, síntoma o efecto— que une transformación del derecho y transvaloración, lo importante aquí es notar que los principios y valores que han conformado nuestro sistema jurídico son sustituidos por otros nuevos. Dicho de otro modo: se están promoviendo fundamentos diferentes para el sistema jurídico. Este fenómeno se configura como un tema muy amplio y complejo que aquí no puedo abordar como merece. En este subapartado sólo trataré de dos o tres aspectos a modo de acercamiento tentativo. Y así, por razones de espacio, no estudio, por ejemplo, el proceso, apuntado arriba, de paulatina sustitución del estado legislador por el estado administrativo, que supone el paso de la legitimación de la ley por su impersonalidad a la legitimación por su pretendida utilidad, y que al mismo tiempo supone el sacrificio de valores jurídicos tradicionales en el altar de consideraciones puramente objetivas y prácticas.

En una consideración global, los principios que han constituido tradicionalmente el objeto del derecho se ocupaban de *garantizar* las condiciones mínimas para que reinaran en la sociedad el orden, la justicia, la libertad y la igualdad, probablemente por este mismo orden. A su vez, esos valores estaban formulados en sus rasgos mínimos: la justicia era no perjudicar a otro y darle a cada uno lo suyo; la libertad era poder hacer lo que no perjudica a otro; la igualdad era ausencia de privilegios, igualdad de todos ante la ley. Y siempre permanecía claro que las leyes debían ser generales, abstractas, permanentes, claras, que debían vincular estrechamente derechos y deberes e ir acompañadas de sanciones eficaces.

«El derecho progresa en la medida en que las leyes impiden dañar al prójimo y aseguran a cada uno lo que es debido»⁷³, enunciaba RIPERT hace seis décadas. Nada más, pero tampoco nada menos. «Las leyes sólo deben regular las cosas esenciales»⁷⁴,

⁷² DAHRENDORF, 1985: 42.

⁷³ RIPERT, 1953: 30.

⁷⁴ JAUCOURT, 1751-1765: 112.

se escribió en el siglo XVIII en la *Enciclopedia*. Hoy, la situación ha cambiado mucho; del derecho se espera mucho más, sobre él se arroja un pesado fardo. Este fardo consta de humanitarismo, de moral, de proximidad; se cree que la ley tiene que ser próxima y benéfica, que tiene que subvenir a las necesidades —transformadas en *derechos*— de los ciudadanos, y aun de los no ciudadanos. No se conforma con regular lo esencial, quiere contribuir a la fundación de una Arcadía feliz, de un gozoso Shangri-La. A cosas como ésta los griegos las llamaban *hybris*.

«Humanitario» se usa como sinónimo de benigno, caritativo, misericordioso, compasivo hacia todos los hombres sin distinción. Más específicamente, el humanitarismo es aquella actividad o doctrina que se propone proteger a los miembros más desvalidos de la sociedad y de la humanidad, yendo para ello, si es preciso, más allá de lo estrictamente debido. La estricta medida de lo debido, propia de la justicia en su sentido formal, la fijaba tradicionalmente el derecho. El humanitarismo trasciende lo debido, no le interesa garantizar lo mínimo e indispensable para hacer posible la libertad, justicia, etc.; su ámbito ya no es la *civitas*, sino el ancho mundo; y, por supuesto, olvidémonos del carácter general y abstracto de la ley. En los países «humanos» del Occidente avanzado, llenos de «almas bellas», «sensibles», «emotivas», «que se conmueven con todo y que palpitan sobre todo», se observa que «la apelación a los derechos humano-humanitarios está incubando un *paraderecho* destructivo del derecho»⁷⁵. Una transmutación que pulveriza lo que el derecho promovía —la igualdad, la libertad, la justicia y el orden— y que obedece a la confusión entre ley y moral y a la intrusividad cada vez mayor de aquella en ésta.

El humanitarismo, muy loable en ética, no debería ser de aplicación en derecho. En derecho, la máxima siempre ha sido *dura lex sed lex*. La ley, para serlo de verdad, debe ser «dura», inflexible, y si no lo es, no es ley. Como señala SARTORI: «El derecho no se puede “dulcificar” y aplicar según los casos. Si se hace, entonces la ley no es igual para todos y el derecho se desnaturaliza en una casuística abierta a la incertidumbre, al privilegio y al arbitrio»⁷⁶. *Lex amica non est lex*: una ley «amigable», blanda, «próxima al ciudadano», que se conmueve, que hace excepciones y distingos, que se adapta ocasionalmente a los casos de los destinatarios, no es ley. Esta ley adulterada es el reflejo de la «*política de la proximidad* que se ha impuesto en las actuales democracias». En ellas, se valora del político, no su proyecto global de futuro, sino «el que sea sensible a los problemas cotidianos de sus conciudadanos, que se muestre empático»⁷⁷.

Sin embargo, la ley, como la buena democracia, ha cumplido durante mucho tiempo la función de protección frente a la arbitrariedad del poder, o, lo que es lo mismo, la de reforzamiento de la barrera que debe separar a la sociedad del estado. La ley «reclama reflexión y lejanía, así como imparcialidad y generalidad»⁷⁸. Todo lo que ha venido a suplantarnos —humanitarismo, flexibilidad, proximidad, suavidad y dulzura de la ley— le confiere al estado demagógico la legitimidad que necesita para entrometerse en todos los ámbitos, tanto los públicos como los privados, y supone la pérdida de la necesaria separación entre gobernante y gobernado. Esta separación fue una con-

⁷⁵ SARTORI, 2001, 2003: 191, 202.

⁷⁶ *Ibid.*, 190.

⁷⁷ RUIZ SOROA, 2010: 27.

⁷⁸ *Ibid.*, 128.

quista histórica; no hay que olvidar que «la desaparición de las estructuras políticas del absolutismo y del Antiguo Régimen se logró precisamente a base de “alejar” a los ciudadanos de quienes ostentaban el poder señorial y municipal»⁷⁹. La pulsión del estado actual a reglamentarlo todo de que hablaba ORTEGA alcanza su cumplimiento y su sentido en el derribo de muros, en el acortamiento o cancelación de distancias entre ciudadano y poder político.

La disminución o anulación de la distancia entre gobernante y gobernado es correlativa al deterioro de la ley. Ambos procesos nos hacen retroceder a etapas históricas muy anteriores. La situación irracional del derecho en el Antiguo Régimen (en palabras de FERRAJOLI, «la selva de las fuentes, el pluralismo y la superposición de ordenamientos, la inflación normativa y la anomia jurídica de los poderes»⁸⁰; en palabras de PRIETO, «la pluralidad y difuminación de los centros de producción jurídica, la tupida red de privilegios y excepciones origen de la incertidumbre, oscuridad y falta de uniformidad del derecho»⁸¹) tiene correspondencia, punto por punto, con la actual. Esa semejanza, no forzada, con el Antiguo Régimen supone a fin de cuentas el fracaso de la ley como instrumento de regulación.

Con el deterioro de la ley, el principio de la autonomía personal, base de nuestra cultura jurídica, queda suplantado de hecho por el de la heteronomía. Existe una conexión indudable entre, por un lado, una legalidad regular, estable, general y conocida, su predecibilidad, constancia y la seguridad que infunde, y, por el otro lado, la autonomía personal. Esas dos variables se hallan directamente relacionadas; descienden o aumentan conjuntamente. Si la primera es baja, también tenderá a serlo la segunda. El ciudadano entonces se transforma en individuo sujeto (*subiectus*) al arbitrio del gobernante, zarandeado por normas quebradizas y siempre cambiantes que, al no permitirle predecir el comportamiento de otros ciudadanos ni el de los poderes públicos, tampoco le permiten planificar su propia vida y ser dueño de sí mismo. El menoscabo de la autonomía se agrava además por el hecho de que los ciudadanos «que esperan que el Estado les libere del riesgo de su existencia» «ellos mismos eliminan progresivamente los restos de su libertad»⁸².

La ya comentada cancelación de la separación entre el ciudadano y el poder político ocasiona dos efectos, aparentemente contrapuestos y paradójicamente enfrentados, en el ciudadano: la alienación de este con respecto a la superestructura jurídico-política, y su «disipación» en la misma. En último término, el problema no es jurídico, sino político, y su solución, según LATORRE, radica en «ampliar los cauces de la participación ciudadana en la vida pública, de forma que el Estado sea visto por todos como algo propio, cuyo funcionamiento a todos interesa»⁸³. No obstante, a mi juicio, esta prescripción sólo se propone solventar la alienación, esto es, una parte del problema. La otra parte de la cuestión, el engullimiento del ciudadano en la maquinaria estatal, únicamente puede erradicarse con una paciente, profunda y lenta labor pedagógica cuyos resultados probablemente sólo sea posible evidenciar en la siguiente generación.

⁷⁹ SOSA WAGNER, 2007: 27.

⁸⁰ FERRAJOLI, 1994, 1997, 1999: 18.

⁸¹ PRIETO SANCHÍS, 1998: 8.

⁸² BACHOF, 1959: 53.

⁸³ LATORRE, 1968, 1985¹¹: 67.

Todos los cambios sucintamente expuestos en este subapartado representan un desplazamiento, amplio y de múltiples perfiles (históricos, sociales, psíquicos, etc.), de regresión o movimiento hacia atrás en el tiempo individual y colectivo, un desplazamiento en virtud del cual el derecho vuelve a la Edad Media, la sociedad se convierte en masa, el *civis* en *subditus*, el adulto responsable en niño o adolescente dependiente.

3. ANOMIA JURÍDICA Y DEMAGOGIA

En las páginas anteriores no he abordado todas las posibles formas de perversión de la ley. De este modo, por tratarse de una compleja cuestión filosófica que atañe a las relaciones entre ley y moralidad, no he hablado del vacío que separa a la legalidad de la legitimidad; en particular, no he estudiado la ausencia de la necesaria, *legítima*, legislación, que debería existir, pero que, paradójicamente en medio de una hiperinflación de leyes, de hecho no existe. Tampoco he estudiado la familia completa de anomias jurídicas. Es decir, no he abordado todos aquellos aspectos relacionados con la aplicación de la ley y con la administración de justicia, pues a cada uno de estos dos ámbitos le corresponde su tipo específico de anomia jurídica. Por ejemplo, del primero se ocupa DAHRENDORF, que muestra cómo el proceso de debilitación de las sanciones conduce a la rápida expansión de la impunidad. De este modo, observa el autor, tomamos el derrotero de la anomia⁸⁴. Sin embargo, aunque no haya abordado esos géneros de crisis normativa, no quiero pasar por alto que cada uno de ellos acaba confluyendo con los otros y potenciando sus efectos. Así, definiendo anomia como «una situación social en la cual las normas que regulan el comportamiento de la gente han perdido su validez», DAHRENDORF sostiene que «una de las garantías de esa validez consiste en la fuerza clara y presente de las sanciones»⁸⁵.

Ciñéndome, pues, a la ley en sí misma, o, si se quiere, a la actividad legislante, es innegable el grave e irrefrenable deterioro que ha sufrido la ley en las últimas décadas. Lo cual mueve a plantear la tesis de si no seremos en realidad súbditos de una demagogia, en vez de ciudadanos responsables de una democracia⁸⁶ (el resto de anomias del ámbito jurídico coadyuvan a la sujeción demagógica. La anomia en la aplicación de la ley, manifestada en la inocuidad de las normas o ineficacia de las sanciones, se traduce en amplias zonas de impunidad para el poder político, y, en última instancia, «hace referencia a la desaparición del poder o, más técnicamente, a la transformación de la autoridad legítima de nuevo en poder desnudo y arbitrario»⁸⁷). Deterioro del derecho, anomia jurídica, heteronomía y demagogia son distintas facetas de una misma realidad social, cultural y política.

⁸⁴ DAHRENDORF, 1985: 55.

⁸⁵ *Ibid.*, 40.

⁸⁶ El evidente deterioro del sistema democrático en España es consecuencia de la perversión de las instituciones básicas del estado a manos de los partidos políticos. «La democracia ha sido secuestrada por los partidos políticos» (SOSA WAGNER, 2007: 34), y con la democracia, lo ha sido el ordenamiento jurídico en todos sus aspectos. A través del nepotismo, de redes caciquiles y clientelares, de la manipulación demagógica de masas, y, en no escasa medida, de la adulteración de la ley, los partidos políticos han logrado infiltrarse invasivamente en todas las instituciones hasta transformar el país en un auténtico reino de taifas cleptocrático.

⁸⁷ DAHRENDORF, 1985: 44.

Desde los griegos, la demagogia ha sido considerada la corrupción y degeneración de la democracia debida a la acción del demagogo o político irresponsable. Sus rasgos no han cambiado sustancialmente desde ARISTÓFANES (*Los Caballeros*), Platón o Aristóteles; tampoco han variado ni el peligro ni la dinámica de deslizamiento de una democracia hacia la demagogia. Sí, en cambio, ha variado radicalmente, claro está, el contenido de «democracia» desde la antigüedad helena, y lo ha hecho en dos direcciones. El *kratos* ha evolucionado hacia una mayor inclusión y hacia una mayor protección del *demos*. En cuanto a la primera, no hace falta recalcar que en las democracias modernas el concepto de «pueblo» soberano se ha ampliado a todos los estratos sociales. La segunda, en cambio, ya no es una ampliación de poder cuantitativa, sino cualitativa, y más profunda. Es este el cambio fundamental que hace aconsejable a la larga un cambio de denominación. Identificando en líneas generales estado constitucional o de derecho con los regímenes liberal-democráticos propios de los países occidentales⁸⁸, hallamos que los rasgos más sobresalientes de la protección del *demos* se pueden resumir en los cuatro siguientes: imperio de la ley, separación de poderes, legalidad de la administración y respeto a los derechos y libertades fundamentales. Continuando el razonamiento iniciado arriba, la corrupción y degeneración de la democracia afectará en la actualidad a todos y cada uno de aquellos aspectos «nuevos» de la misma que eran desconocidos para los griegos. Por tanto, al contar con más elementos en el radio de su poder disolvente, las demagogías contemporáneas encierran un mayor potencial destructor.

La continuidad esencial que existe entre el concepto clásico de demagogia y las realidades políticas demagógicas actuales se debe, a mi juicio, a que demagogia denota mucho más que un régimen vagamente asimilable a los populismos. La «dominación tiránica de la plebe con la aquiescencia de esta»⁸⁹ es una de las formas universales de lo político, una de las categorías fundamentales de —si se permite la expresión— estar-en-el-mundo-político. En esta interpretación, la demagogia es entendida de forma análoga, aunque antitética, a un modo usual de concebir la democracia, según el cual esta, más que una configuración política, constituye una convicción básica general, un modo de vida, un modelo prescriptivo hacia el que tender. Así, se puede bosquejar un juego de contra-analogías: si la democracia es un ideal, la tiranía sería su negación, y la demagogia, su mentira.

La categoría de lo demagógico, derivada o no de las democracias (cuestión que ahora no hace al caso), ha preservado a través de los siglos, a lo largo y más allá de todas las posibles variantes históricas en que se ha plasmado, una identidad plena y definida de rasgos comunes. Es esta idea la que me ha llevado a delimitar el concepto de «Era Demagógica» que ha inspirado el título del trabajo. Tal fórmula designaría una suerte de edad afín a las edades que VICO postulara para cada una de las sociedades humanas. Inaugurada con los totalitarismos del siglo XX, con los que alcanzó su expresión más intensa y devastadora, la Era Demagógica se ha prolongado hasta hoy, enmascarada bajo artificios más o menos sutiles. Con la ayuda de su gran aliada, Anomía, se manifiesta en una gama relativamente amplia de regímenes o proyectos políticos que ejercen y per-

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, 1998: 32.

⁸⁹ Es la definición de «demagogia» del *Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española* (21.ª ed.).

feccionan su dominio a través de muy variados medios. Uno de ellos es, precisamente, la destrucción sistemática del derecho⁹⁰ en todas sus esferas: producción, aplicación de la ley y jurisdicción. Con la lógica secuela de que «el derecho deja de funcionar»⁹¹.

La demagogia convierte al pueblo en masa halagando los instintos y vicios de la multitud⁹². Este es el mecanismo fundamental que «legítima» que el político irresponsable se erija en amo. Mientras en las liberal-democracias es esencial el imperio de la ley y la idea de sumisión a la misma, en la demagogia lo que prima es la abrogación de hecho o de derecho de las leyes que da paso a la arbitrariedad so capa de mayor utilidad y mejor «servicio» públicos. El demagogo no pretende llevar a la práctica proyectos globales basados en principios universales, sino satisfacer los fines que aparentemente convienen a la multitud, desatendiendo el interés general o bien común. Promete beneficios económicos, incluso sabiendo de antemano que no se dispone de los medios adecuados para poderlos conceder. Lleva a cabo una metódica y calculada explotación de las pasiones e irracionalidad de la conducta humana. Por ejemplo, el demagogo pervierte el principio democrático de igualdad explotando la envidia de las masas con el señuelo de un igualitarismo o igualación que no es más que una legitimación de la pasión envidiosa («Las naciones democráticas europeas [...] diríase que cada paso que dan hacia la igualdad las aproxima al despotismo»⁹³, decía TOCQUEVILLE). El cinismo se ha vinculado siempre estrechamente a la demagogia, pero «nunca en el pasado se ha llegado a una falsificación ideológica y terminológica tan intensa y astutamente dirigida en gran escala»⁹⁴.

En el sentido amplio que defiende, la demagogia, con tal de conseguir sus propios fines, puede orientarse, o bien a subvertir el orden político, o bien a hacer labor de zapa desde el interior de un régimen que aparentemente respeta. En cualquiera de los casos, lo que en realidad persigue no es tanto cambiar una forma política dada como alterar y corromper las mismas bases de la convivencia, si bien semejante designio ha de ser encubierto y disimulado con el fin de atraer a la opinión pública. «En la demagogia, la razón queda oscurecida siempre por la pasión; la aparición del demagogo indica una crisis de las ideas-creencias fundamentales en las cuales se apoya la sociedad»⁹⁵. El demagogo argumenta contra las costumbres, las creencias vigentes, contra las leyes; trata de hacer ver que son convenciones sustituibles por otras idealmente mejores, por proyectos de ingeniería social susceptibles de satisfacer el gusto de las clases o grupos a los cuales se dirige. En la antigua Grecia, ese papel fue desempeñado por los sofistas; en las demagogias contemporáneas, la anomia circundante hace algunas veces innecesaria incluso la argumentación falaz. Sin embargo, el proceso anómico contemporáneo no sólo ahorra razones, sino que, además y sobre todo, hace mucho más fáciles, eficaces

⁹⁰ «Sistemática», porque lo que diferencia a nuestra época es la escala intensiva de la destrucción de la ley. A pesar de «que importa mucho que las leyes sean pocas y claras», en todas las épocas históricas han sido «multiplicadas, oscurecidas y embrolladas por sus mismos intérpretes y por los príncipes» (VIVES, 1531, *De las disciplinas*, pt. I, lib. VII, cap. II).

⁹¹ DAHRENDORF, 1985: 46.

⁹² Por supuesto, la «masa» puede preexistir al demagogo, y en este caso lo crearía, pero esta es una cuestión cultural e histórica que en nada cambia el fondo político esencial del asunto.

⁹³ TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V.

⁹⁴ NEGRO PAVÓN, 1972: 368.

⁹⁵ *Ibid.*

y profundos el engaño y la manipulación masivos, la conducción del pueblo mediante la seducción.

La transformación anómica se confunde de hecho con muchos de los rasgos típicos de la demagogia⁹⁶: falta de respeto a las leyes, ilegalidad efectiva, innovación y planificación sociales, construcción de un nuevo universo político-moral⁹⁷..., y, por desdoblado, con la proliferación de normas legales y toda la fenomenología jurídica asociada (incluyendo aquí la existencia de amplias zonas desreguladas y de vacíos legales). La anomia constituye al mismo tiempo un factor que potencia la paulatina subordinación de las sociedades a los fines del estado, el despotismo legislativo y la creciente burocratización, fenómenos generadores a su vez de más anomia. Todas las anomalías y lacras recién enumeradas son indicio y causa de la conversión de la sociedad en populacho. Que los ciudadanos las acepten resignados, o, peor, que en ningún momento las pongan en cuestión, que las consideren normales y naturales —es decir, pertenecientes a la *naturaleza* misma de lo político—, y que, por tanto, piensen que no hay nada que cambiar en ellas, o que no se puede hacer nada para cambiarlas, revela ya de por sí un alto grado de masificación. Que es, no se olvide, la principal aspiración del demagogo. Son los mismos quienes revuelven el ya revuelto río y quienes hacen buena pesca en sus aguas. Por eso, aunque causó asombro a algunos juristas de antaño, no es de extrañar, sino todo lo contrario, que los responsables políticos «no pongan un infinito cuidado en la fabricación y uso»⁹⁸ de la máquina del derecho.

En resumen, la demagogia, o crisis de la democracia (o, más exactamente, de las bases de la convivencia), genera anomia, y, a su vez, la anomia origina, propicia o provoca la demagogia, que a su vez genera más anomia..., lo cual hace recomenzar el ciclo, sin que quepa preguntarse qué elemento ha precedido originalmente al otro, porque en buena medida se solapan, coinciden y combinan. Se trata de un proceso autorreforzante que se desenvuelve en espiral, definible como una de las facetas de la florida fenomenología de la ilegalidad del poder —no abordada aquí—, que recuerda la «huida hacia delante» de la crisis de la ley. Una correspondencia que encuentra su explicación en que todas las fenomenologías de los ámbitos de la cultura afectados por el proceso anómico (político, jurídico, moral, intelectual, etc.) presentan una marcada homología estructural.

Históricamente, la demagogia solía acompañar a toda revolución. Pero hoy no se puede hablar de revolución en el sentido tradicional del término, porque éste implica

⁹⁶ No con todos, naturalmente. Por ejemplo, la centralización, característica tradicional de las demagogias según el pensamiento político clásico, no guarda, al menos en su sentido original, relación *directa* con la anomia. Congruentemente, tampoco aparece como atributo necesario de las demagogias actuales, que pueden moverse cómoda y eficazmente en un sentido centrífugo. Contrástese esta situación con las afirmaciones de TOCQUEVILLE: «En Europa todo parece ayudar al aumento indefinido de las prerrogativas del poder central, y a convertir a la existencia individual cada día en algo más débil, más subordinado y más precario»; «el gobierno centraliza su acción a la par que aumenta sus prerrogativas, causa doble de su poderío» (TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, vol. II, pt. IV, cap. V).

⁹⁷ Nótese la concomitancia de estos dos últimos rasgos con la transmutación de las bases del ordenamiento jurídico descrita en el subapartado D.

⁹⁸ CARNELUTTI, 1930: 424. Para CARNELUTTI, «una de las muchas cosas extrañas de nuestra vida es que no siempre suceda así», y que «ni siquiera hoy, en medio de tantos esfuerzos por ser mejores, hayamos logrado corregir este defecto». Más de ochenta años después, se puede afirmar sin temor a errar que sobre este particular hemos perdido ya la inocencia.

ruptura, la ruptura lo es de algo sólido, y nuestro medio ha dejado de ser sólido. A diferencia de la surgida en el seno de las revoluciones de otro tiempo, la demagogia contemporánea chapalea contenta y medra en el medio gaseoso de la anomia. «No nos damos cuenta cabal de lo que está sucediendo [...] porque los valores y las instituciones se nos escapan —como volátiles que son— de entre los dedos y no encontramos nada en su sitio —dice el jurista Alejandro NIETO—. ¿Quién habla hoy de razón y certidumbre?»⁹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, O., 1985 (1959): *Jueces y constitución*, Madrid: Civitas.
- BATLLE VÁZQUEZ, M., 1962: «De la profusión de normas jurídicas», *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, 20: 209-214.
- CAPOGRASSI, G., 1953: «La ambigüedad del derecho contemporáneo», en VVAA, 1953: 33-98.
- CARNELUTTI, F., 1930: «La crisi della legge», *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 22: 424-431.
- 1953 (1946): «La crisi del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, Padova; Casa Editrice Dott. Antonio Milani, vol. II, 65-82.
- 1953: «La morte del diritto», en *Discorsi intorno al Diritto*, Padova; Casa Editrice Dott. Antonio Milani, vol. II, 275-290.
- DAHRENDORF, R., 1994 (1985): *Ley y orden*, Madrid: Civitas.
- DESDENTADO BONETE, A., 1996: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”», *Relaciones Laborales*, t. I, 473-486.
- FERRAJOLI, L., 1999 (1994, 1997, 1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1999: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.
- GINER, S.; LAMO DE ESPINOSA, E., y TORRES, C. (eds.), 1998, 2006²: *Diccionario de sociología*, Madrid: Alianza.
- GOODIN, R. E., 1977: «Symbolic Rewards: Being Bought off Cheaply», *Political Studies*, 25 (3): 383-396.
- HEALY, T. Rev., 1992: «Statement to the House Subcommittee on Postsecondary Education, November 15, 1989 (excerpt)», en R. BOLTON (ed.), *Culture Wars: Documents from the Recent Controversies in the Arts*, New York: New Press, 130-132.
- IRTI, N., 1992 (1978): *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch.
- JAUCOURT, L. DE: Artículo «Ley», en D. DIDEROT, D'ALEMBERT, J. LE ROND, 1992 (1751-1765): *Artículos políticos de la «Enciclopedia»*, Madrid: Tecnos, 106-117.
- LAPORTA, F. J., 2004a: «El deterioro de las leyes», *Claves de Razón Práctica*, 142: 24-31.
- 2004b: «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general», en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y A. PAU PEDRÓN (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, Madrid: Civitas, 29-88.
- LATORRE, Á., 2012 (1968, 1985¹¹): *Introducción al Derecho*, Barcelona: Ariel.

⁹⁹ NIETO, 2007: 203.

- LEONI, B., 2010 (1961): *La libertad y la ley*, Madrid: Unión Editorial.
- LUHMANN, N., 1993 (1981): *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid: Alianza.
- LYON, D., 1996 (1994): *Postmodernidad*, Madrid: Alianza.
- MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005: *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MONTESQUIEU, Ch.-L. DE SECONDAT, BARÓN DE, 2003 (1748): *Del espíritu de las leyes*, Madrid: Alianza.
- NEGRO PAVÓN, D., 1972: «Demagogia», en *GER*, vol. VII, Madrid: Rialp, 367-369.
- NIETO, A., 2007: *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid: Trotta.
- ORTEGA Y GASSET, J., 1986 (1929): *La rebelión de las masas (con un prólogo para franceses, un epílogo para ingleses y un apéndice: Dinámica del tiempo)*, Madrid: Espasa-Calpe.
- 1983 (1953): «Individuo y organización», en *Obras completas*, Madrid: Alianza, 677-690.
- PÉREZ LUÑO, A. E., 1993, 2011: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid: La Ley.
- 2007: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho* (5.ª ed. a cargo de R. GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE y F. LLANO ALONSO), Madrid: Tébar.
- PRIETO SANCHÍS, L., 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson.
- PUFENDORF, S., 2002 (1673): *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RIPERT, G., 1949: *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- 1953: «Evolución y progreso del derecho», en *VVAA*, 1953: 11-31.
- RUIZ SOROA, J. M., 2010: *El esencialismo democrático*, Madrid: Trotta-Fundación Alonso Martín Escudero.
- SARTORI, G., 1987, 2007: *¿Qué es la democracia?*, Madrid: Taurus.
- 2001, 2003: *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Madrid: Taurus.
- SCHMITT, C., 2011 (1928): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza.
- 1971 (1932, 1968): *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar.
- SOSA WAGNER, F., 2007: «Prólogo para españoles», en *VANDELLI*, 2006: 9-39.
- TEUBNER, G. (ed.), 1987: *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin-New York: de Gruyter.
- TOCQUEVILLE, A. DE, 1985 (1835, 1840): *La democracia en América*, Madrid: Alianza, 2 vols.
- VANDELLI, L., 2007 (2006): *Trastornos de las instituciones políticas*, Madrid: Trotta-Fundación Alonso Martín Escudero.
- VIVES, J. L., 1948 (1531): «De las disciplinas», en *Obras completas*, vol. II, Madrid: Aguilar, 2 vols.
- VVAA, 1961 (1953): *La crisis del derecho*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- ZAGREBELSKY, G., 1995 (1992): *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.
- ZAPATERO, V., 2009: *El Arte de Legislar*, Cizur Menor, Aranzadi.