

LAS FUENTES DEL DERECHO TREINTA AÑOS DESPUÉS

ESTUDIOS CON MOTIVO DE LA NUEVA
EDICIÓN DE *FUENTES DEL DERECHO* DE
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
(CEPC, 2022)



ANTONIO D'ATENA (Coord.)



LAS FUENTES DEL DERECHO TREINTA AÑOS DESPUÉS

ESTUDIOS CON MOTIVO DE LA NUEVA EDICIÓN
DE *FUENTES DEL DERECHO* DE FRANCISCO
BALAGUER CALLEJÓN (CEPC, 2022)

OBRAS COLECTIVAS Nº 33

Director: José Tudela Aranda

LAS FUENTES DEL DERECHO TREINTA AÑOS DESPUÉS

ESTUDIOS CON MOTIVO
DE LA NUEVA EDICIÓN
DE *FUENTES DEL DERECHO*
DE FRANCISCO BALAGUER
CALLEJÓN (CEPC, 2022)

ANTONIO D'ATENA (Coord.)


fundación
Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

Sede: Palacio de la Aljafería
E-50004 Zaragoza
T: 976 28 97 15
E-mail: fundacion@fundacionmgimenezabad.es
www.fundacionmgimenezabad.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

Zaragoza, 2024

© Fundación Manuel Giménez Abad
de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico

ISBN: 978-84-129417-0-8
Depósito Legal: Z 1871-2024

Diseño de la colección: Inés Bullich

Fotografía de cubierta: Fuente de Cuesta de los Infantes (detalle), Granada,
de Marisol Lara
Inscripción completa: "Año de 1855. El Ayuntamiento Constitucional"

Impresión: GAMBON, S. A.

ÍNDICE

PREFAZIONE	9
<i>Antonio D'Atena</i>	
LA PRIMACÍA Y LA PREVALENCIA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL	15
<i>Augusto Aguilar Calahorra</i>	
LA NORMA CON VALOR REGLAMENTARIO EN SU HORA	59
<i>Xabier Arzoz Santisteban</i>	
EL SISTEMA DE FUENTES Y SU FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO	93
<i>Miguel Azpitarte Sánchez</i>	
O PAPEL DAS LEIS NO SISTEMA DE FONTES DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	117
<i>Luciano Medeiros de Andrade Bicalho</i>	
LE FONTI DEL DIRITTO E IL RUOLO DELLA DOTTRINA, FRA IERI E OGGI	141
<i>Marilisa D'Amico</i>	
SOBRE EL RANGO DE LOS REALES DECRETOS DE DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE ALARMA	161
<i>Tomás de la Quadra-Salcedo Janini</i>	
FUENTES DEL DERECHO, ORDENACIÓN DEL PODER Y PLURALISMO TERRITORIAL	185
<i>Adoración Galera Victoria</i>	

CONSTITUCIÓN Y LEY. DE LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO DE LA LEY A LA LEY COMO DEFINITORIA DE LA CONSTITUCIONALIDAD	209
<i>Enrique Guillén López</i>	
O IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO NA ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE FONTES DO DIREITO E A TRANSCENDÊNCIA DA DOUTRINA GERAL DO FUENTES DEL DERECHO	237
<i>Diego Fernandes Guimarães</i>	
LAS REGLAS DEL JUEGO	255
<i>Francisco Javier Matia Portilla</i>	
LA RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO GENERAL DEL ESTADO Y LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS	271
<i>José Antonio Montilla Martos</i>	
IL DIRITTO COME LO CONOSCIAMO	299
<i>Francesca Poggi</i>	
MARGINALIA SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO Y DIGRESIONES VARIAS	307
<i>Tomás Requena López</i>	
LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI	335
<i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i>	
FORZA NORMATIVA DELLA COSTITUZIONE, CONSENSO E DEMOCRAZIA NELLA RIFLESSIONE DI FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN SULLE FONTI DEL DIRITTO	357
<i>Angelo Schillaci</i>	
LE FUENTES DEL DERECHO DI FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: UNA LETTURA DALLA PROSPETTIVA DEL CIVILISTA	375
<i>Stefano Troiano</i>	

EL SISTEMA DE FUENTES Y SU FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO¹

Miguel Azpitarte Sánchez*

¹ Estas páginas se prepararon para atender el encargo de elaborar una resección sobre la nueva edición de las *Fuentes del Derecho*. El resultado no fue una resección al uso. Finalmente se ha incorporado a este libro, si bien mantengo en la redacción su idea original de resección.

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Granada.

I. ADVERTENCIAS PRELIMINARES

El género de la recensión debe servir para justificar la lectura de un libro. En aras a cumplir con esa tarea se han de exponer sus argumentos principales, qué novedades ofrece en relación con la bibliografía previa y marcar aquellos puntos que avivan el debate. Desde estas premisas, las páginas que siguen, en sentido estricto, no pueden ser una recensión, pues resultaría extraño dar cuenta ahora de un trabajo que mantiene en esencia las tesis defendidas hace treinta años, más aún cuando son bien conocidas por los estudiosos de la materia. Las *Fuentes* del profesor Balaguer tienen tras de sí una historia de éxito que es su mejor carta de presentación. Por ello, aunque sigo los parámetros del comentario, mi análisis encaja mejor en una suerte de historia de la dogmática, en la que, a propósito de la obra de un autor, se intenta reflexionar sobre el devenir del derecho constitucional².

Una segunda admonición tiene que ver con mi particular situación respecto a este libro. Lo leí por primera vez cuando cursaba el segundo curso del plan del 53. Fue una iluminación. Su orden y coherencia me dieron un suelo firme, en el que me he seguido apoyando a lo largo de los años. Quizás el lector piense que ese vínculo vital me desacredita como comentarista. Se equivoca, no obstante, si deduce que tengo necesariamente una inclinación acrítica hacia el texto. La renovada lectura me ha confirmado que ya no soy el que era, pero también que soy distinto gracias a mi primer encuentro con el libro³. Este pedestre uso de la hermenéutica explica la estructura de la recensión. Primero intento exponer cuál fue la intención del libro a principios de los 90 y cómo de esa intención se derivaba necesariamente un método. Luego doy cuenta de la tesis a través de la cual el profesor Balaguer reconstruye todo el sistema de fuentes: la democracia constitucional. Y, finalmente, planteo el cambio de contexto treinta años después y me pregunto en qué medida la intención y el método de la obra siguen siendo adecuados.

Se hace necesario un último aviso. Es notorio que me considero discípulo del profesor Balaguer (en el bien entendido de que son los alumnos los que eligen y

2 Es algo que he intentado en otras ocasiones: 2003. “Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (6), pp. 345-364. 2011. “Konrad Hesse en el siglo XXI”, en Cruz Villalón, P. / Azpitarte, M., eds., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 247-282. 2021 “The European Convention on Human Rights in the Academic and Judicial Work of Pedro Cruz Villalón”. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. 69(1):829-48.

3 No podía ser de otra forma en virtud de las influencias metodológicas recibidas de mis otros dos maestros, Peter Häberle y Paolo Ridola. El primero, con sus tesis en torno a la comprensión de la Constitución como cultura. El segundo, siguiendo de algún modo la reconstrucción conceptual de la disciplina. Y creo que dice mucho del profesor Balaguer que llegase a ellos gracias a su mediación.

los maestros los que sobrellevan la carga). Además, pese a los años, nos une el afecto recíproco. Para más de uno, estos son hechos que me invalidarían como autor de la recensión. Admito la hipótesis, pero creo que existen razones para superarla. La imparcialidad, en muchas ocasiones sostenida sobre el anonimato, se ha impuesto como criterio que distingue el conocimiento bueno del malo. No niego la oportunidad de esta regla en la selección de personal (la imparcialidad, no el anonimato). Mas no debe llevar a poner en cuestión un método clásico de aprendizaje, el diálogo en un contexto de camaradería, que prima la crítica constructiva, precisamente por ser una forma de estima hacia el argumento del otro. Estas páginas, y aquí radica su razón de ser y, espero, su fuerza para levantar los reparos, son un modesto intento de poner por escrito treinta años de diálogo, siempre deslavazado bajo el imperio de la urgencia.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO EN 1991/92

II.1. La intención del libro: el Derecho constitucional como ciencia

El profesor Balaguer publicó las *Fuentes del Derecho* en dos volúmenes, entre los años 1991 y 1992. El primero llevó por título *Principios del ordenamiento constitucional*; el segundo, *Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*. Esta separación temática revelaba el propósito del conjunto de la obra, que el autor expresaba con prudencia: «lo que aquí se intenta es establecer un marco teórico que dé cuenta de la evolución histórica y de la situación actual del sistema de fuentes, y que integre al mismo tiempo el análisis de los principios básicos en que se fundamenta nuestro ordenamiento» (p. 47). Sin embargo, la última referencia, la apelación a unos «principios básicos del ordenamiento constitucional», dejaba traslucir un objetivo mayor:

El sistema de fuentes, en cuanto formalización del reparto de la capacidad normativa dentro del ordenamiento, genera una distribución del poder político en la comunidad. Esa distribución es justamente una de las funciones esenciales de la constitución, del derecho constitucional. Ello explica que los principios que regulan el sistema de fuentes sean una parte fundamental del orden constitucional. (p. 48)

Por tanto, el estudio del sistema de fuentes consistía en el análisis de una de las funciones esenciales de la Constitución, a saber, la distribución del poder político. La otra, no hacía falta decirlo, era la de trazar límites al poder y generar instituciones para su control (ya veremos que aparece con toda su fuerza a la hora de tratar el concepto de Constitución). Visto desde la distancia de hace treinta años, lo interesante es subrayar que el análisis de las fuentes se convirtió en el camino para dar sistematicidad a nuestro novel derecho constitucional. Lo apuntaba en el prólogo el profesor Ruiz Rico:

Sin embargo, ante tantas razones para intentar la deserción del “osado” existía al mismo tiempo una urgencia y una convicción que le servía de fundamento. Entendía yo que la actual definición del derecho constitucional como disciplina resultaba inseparable de la asunción como objeto específico y en plenitud de la cuestión (nuclear) de las fuentes del derecho (p. 26)

En este sentido, el libro del profesor Balaguer se embarcó en una labor colectiva, pues, desde la aprobación de la Constitución, la academia había dado preponderancia al estudio de las fuentes en la articulación del derecho constitucional. Esto supuso una singularidad patria. A diferencia de Alemania, no se tomaron los derechos fundamentales como punto central para edificar el derecho público; incluso hoy, son escasas las monografías que abordan una teoría general de los derechos. A diferencia de Italia, el estudio de las fuentes no vino acompañado de un desarrollo paralelo y con igual intensidad del sistema de gobierno y sus temas adyacentes, el derecho parlamentario o los partidos. Y qué decir de los Estados Unidos, donde el tratamiento de las fuentes nunca ha tenido un significado central en la construcción analítica del derecho constitucional, hasta el punto de que los manuales no suelen dedicar un capítulo expreso a las fuentes, que quedan subsumidas en el estudio de los poderes.

A tenor de este escenario, el interrogante es obvio: ¿por qué a principios de los noventa se concebía con naturalidad que el tema de las fuentes había de ser el camino principal para dar sentido al derecho constitucional? Aparentemente había una respuesta evidente, que, como hemos visto, avanzaba el propio texto: las fuentes formalizan el reparto del poder, tarea propia de la Constitución. Lo que me interesa, sin embargo, es conocer la razón por la que los académicos cargaron el análisis en esta función y no en sus correlativas, los límites (los derechos fundamentales) o su garantía (especialmente la jurisdicción constitucional). La contestación sería insuficiente con una mera referencia a la normatividad de la Constitución, pues, en verdad, fue el acento sobre las fuentes lo que implicó una determinada comprensión de la norma suprema⁴.

Seguramente no existe una sola causa que explique el peso que las fuentes adquirieron bien temprano en la conformación de nuestra disciplina. Entre las hipótesis, una de ellas tendría que ver con la sociología de la ciencia. La irrupción de relevantes monografías dedicadas a una comprensión global de las fuentes (de Otto, Pérez Royo, Santamaría Pastor) generaron un espíritu de género, que delimitó un terreno en el que seguir progresando. Ahora bien, esa apuesta no era fruto del azar; respondía a una verdadera vocación pragmática, pues la investigación de las fuentes ofrecía solución

4 Por ejemplo, en Alemania, la normatividad de la Constitución se había construido desde los derechos fundamentales, o más precisamente, fueron las diversas teorías sobre la adecuada interpretación de los derechos, las que problematizaron la normatividad de la Constitución.

jurídica a los problemas políticos más acuciantes en aquel entonces: la normatividad de la Constitución y su garantía jurisdiccional, la dominante posición del Gobierno y la articulación del Estado autonómico⁵. A su vez, en esa dimensión práctica –ordenar jurídicamente a la política–, anidaba el que posiblemente fue el motivo más importante para hacer de las fuentes una viga central en la construcción de la disciplina del Derecho⁶ constitucional: la ambición de cientificidad. Se quería emplear para el estudio del poder, un método comparable al que se usaba, por ejemplo, con la Administración, las sociedades mercantiles o los tributos. El análisis de las fuentes del derecho cumplía entonces la doble tarea de fortalecer la normatividad de la Constitución en la vida política y dar estatus de ciencia a la disciplina académica que acababa de arrancar.

II.2. El método: en busca de la seguridad jurídica a través del camino sistemático

II.2.1. La seguridad jurídica

El examen de las fuentes como modo principal para regular la política, exigía una vía que incluyese a sus estudiosos en el ámbito de la ciencia jurídica, contribuyendo en última instancia a facilitar la garantía jurisdiccional de la Constitución. Esto explica que el profesor Balaguer dedicase el Capítulo II a reflexionar sobre el método, concluyendo con un epígrafe sobre «El tratamiento científico de la teoría de las fuentes». Comenzaba este con un breve inciso en referencia al origen privatista de la expresión fuentes del derecho y el paulatino interés que fue recibiendo en el derecho público, primero con los protagonistas del dualismo germánico y luego a través de la Escuela de Viena. Tal revisión de la historia de la dogmática cumplía el objetivo de mostrar en qué medida se había transformado la cuestión a estudio: «[e]l problema básico no consiste ya en articular el nuevo orden racional frente al tradicional, sino en articular los diferentes centros de producción normativa que confluyen en un mismo ordenamiento» (p. 79).

Este cambio de prisma mostraba la insuficiencia de afrontar las fuentes atendiendo al órgano productor y la eficacia de las normas producidas. Era preciso ampliar la mirada para tener en cuenta el proceso global de producción y aplicación del derecho, y delimitar las relaciones entre las distintas fuentes. Para

5 Me atrevería a sostener que, de algún modo, el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales planteaba problemas técnicos, pero no políticos. No hubo en la década de los ochenta una discusión sobre el sentido y los márgenes de los derechos.

6 Utilizo la mayúscula cuando me refiere a la disciplina; la minúscula para el sinónimo de ordenamiento constitucional.

ello, antes de nada (algo que no siempre ocurre), el profesor Balaguer aclaró el concepto de fuente, remitiendo a la capacidad para generar un potencial efecto *erga omnes*:

Puesto que las fuentes producen normas jurídicas, el medio para identificarlas consiste en determinar qué debe entenderse por normas jurídicas. La cuestión esencial a este respecto consiste no tanto en definir los caracteres de la regla que se introduce en el ordenamiento mediante la fuente (generalidad, abstracción, capacidad de innovación, etc.), cuanto en determinar si esa regla tiene o no capacidad para generar efectos erga omnes. De ese modo, se puede decir que sólo son fuentes del derecho aquellas que introducen reglas que son eficaces con carácter erga omnes, respecto de todos los sujetos del ordenamiento jurídico (aunque no necesariamente sean aplicables a todos y a cada uno de esos sujetos). No tienen esa condición de fuente aquellas que las producen con eficacia inter partes. (p. 104).

Identificado el concepto de fuente, ¿cómo debía ser su tratamiento científico? Aquí el profesor Balaguer planteó una cierta pluralidad metodológica, derivada de la incidencia de la Constitución, aceptando que esta, además de distribuir espacios de poder, imponía límites materiales, a menudo en la forma de principios y valores⁷. Tal circunstancia requería introducir la teoría de la constitución con la que elucidar esos contenidos materiales (p. 95). Y también, para esa misma tarea, habría de trabajarse desde la teoría de la argumentación, que ofrecería «los diversos significados que se pueden extraer de las mismas [de las normas], dejando a los órganos de aplicación del derecho la decisión sobre el sentido que debe darse a la norma» (p. 114).

Pero ninguno de estos va a ser el camino del libro. El profesor Balaguer apostó por dar continuidad al método sistemático en el estudio de las fuentes. Afirmó en este sentido:

Si algo tiene de orden el derecho, y si alguna esperanza tiene de regular la vida social, ello es porque no sólo sirve para vehicular el poder sino también y sobre todo para controlarlo. Y si se pretende controlar eficazmente el poder, el mejor modo, históricamente contrastado, es el de establecer mecanismos formalizados que delimiten claramente sus competencias y sus límites. Eso es justamente el sistema de fuentes, un sistema altamente formalizado y cuyo análisis jurídico debe centrarse también en criterios formales. Desde la perspectiva que aquí nos interesa (esto es, a los efectos epistemológicos que nos planteamos), se puede decir, en suma,

7 Tendrá otro efecto determinante en el plano de la estructuración del poder «El sometimiento de determinadas fuentes, incluida la ley, a requisitos especiales, diversos o adicionales respecto de los previstos con carácter general para la fuente tipo», que supondrá la introducción del principio de competencia junto con el de jerarquía (p. 86).

que el derecho es un sistema de normas que regulan su propia producción y que definen por esa vía la distribución de competencias entre los diversos poderes normativos y la capacidad de producción jurídica en una determinada sociedad [...] Determinar en qué medida son posibles las relaciones lógicas entre las normas y hasta qué punto se puede hablar de sistema respecto de la materia jurídica, son cuestiones fundamentales para una teoría de las fuentes que se ha planteado tradicionalmente en términos lógicos y sistemáticos (p. 110).

La premisa metodológica que postulaba el profesor Balaguer, exigía, por tanto, denotar las características que generaban sistema, más aún en el contexto de una pluralidad de ordenamientos. Afirmaba así que «[l]a unidad del ordenamiento es una exigencia básica de su condición de orden jurídico» (p. 140). Y la unidad se explicaba en referencia a la seguridad jurídica:

[...] en el principio de unidad confluyen todos los principios de articulación de un sistema jurídico. En el centro de todo sistema de esas características está la seguridad jurídica, entendida como certeza respecto del derecho aplicable [...] En cuanto el derecho es, o pretende ser, una ordenación de la conducta humana, su efectividad depende del conocimiento previo por los ciudadanos de las reglas jurídicas y de las consecuencias de sus acciones, cuando éstas están contempladas por el derecho. La certeza en el derecho constituye así un presupuesto necesario de todo orden jurídico [...] (p. 142).

El instrumento necesario para lograr esa unidad del ordenamiento se entendía que era la

reconducción de todos sus componentes a una norma o a un conjunto normativo, donde se establezcan las condiciones formales y materiales de validez del resto de las normas. Para nosotros esa norma fundamental es la propia constitución, más allá de la cual no existe derecho alguno ni es posible, por tanto, el análisis jurídico (p. 141).

A su vez, la unidad del ordenamiento implicaba los atributos de coherencia y plenitud («Estos rasgos confluyen, en cuanto a su resultado, en la capacidad de previsión, por parte del individuo, de las consecuencias jurídicas de sus acciones, y de las acciones de los demás», p. 143). La coherencia no significaba la ausencia de antinomias como premisa, sino la previsión de principios que hiciesen posible la disolución de los conflictos en la fase de aplicación. Igualmente, la plenitud no era un presupuesto, sino un resultado que hace que el ordenamiento no sea completo en su inicio, sino completable tras integrar las lagunas. En definitiva,

si hubiera que caracterizar con una palabra al ordenamiento jurídico de las constituciones normativas, esa palabra podría ser, sin duda, una de las más tradicionales en la ciencia jurídica, la de sistema. Frente a la relación entre normas individualmente considerada, el

ordenamiento acentúa ahora más que nunca su sistematicidad, la dependencia de las normas, no ya de otras normas, sino del sistema mismo (p. 225).

II.2.2. Los principios estructurales del ordenamiento

En esa vena sistemática, el primer volumen, *Principios del ordenamiento constitucional*, realiza un esfuerzo descomunal por clarificar una serie de conceptos que se desenvuelve en cuatro bloques temáticos clásicos: la norma jurídica, su validez, los principios que resuelven los conflictos normativos y la integración de lagunas.

Todo pasa por aclarar la categoría de norma que «es el concepto fundamental del sistema jurídico, ya que la producción y la aplicación del derecho se realiza a través de normas» (p. 159). Un paso esencial es distinguirla de la disposición. Esta se refiere a «toda expresión lingüística completa (enunciado) contenida en una fuente del derecho» (p. 188); en cambio, la norma denota el proceso interpretativo que da «significado a la disposición o las disposiciones que sean necesarias para determinar el derecho aplicable» (p. 188). Tal clarificación introduce la interpretación en el estudio de las fuentes. Además, desvincula la definición de la norma del atributo de coactividad, que ahora pasa al ordenamiento⁸. Para ello es capital la existencia de:

reglas mediante las cuales el ordenamiento regula los procesos de creación, modificación y extinción de sus normas. [...] Todo ordenamiento jurídico contiene un sistema de normas sobre la producción jurídica que permite definir una pluralidad de fuentes del derecho, cada una de las cuales tiene atribuida una determinada potencialidad normativa (p. 162).

El profesor Balaguer le va a dar una importancia crucial a las normas sobre la producción jurídica porque hacen posible la articulación de ordenamientos plurales:

En realidad, las normas sobre la producción jurídica comienzan a ser necesarias en el sistema jurídico cuando el tránsito al pluralismo obliga al reconocimiento de potestad normativa propia a diversos sectores sociales y convierte a la protección de las minorías y al control de la producción normativa en un principio estructural del ordenamiento jurídico (p. 173).

El juego correcto entre norma, ordenamiento y normas sobre la producción allana el terreno para abordar la vida de la norma. La validez es el polo que atrae al resto de categorías. En este sentido, una norma es válida cuando pertenece a un

8 «[D]e ese modo, se puede decir que el derecho es un sistema o un ordenamiento coactivo que pretende regular los comportamientos sociales, y que para ello establece especiales mecanismos de garantía destinados a obligar al cumplimiento de sus mandatos» (p. 159).

determinado sistema jurídico, lo cual sucede si ha sido generada de acuerdo con los procedimientos establecidos en ese mismo sistema jurídico («es en realidad una transferencia de legitimidad, ya que el ordenamiento establece cuál es el órgano con capacidad para producir y el procedimiento adecuado para cada fuente», p. 202).

La juridicidad de la norma, su pertenencia al ordenamiento, se manifiesta en su eficacia, que denota «los efectos jurídicos previstos por el ordenamiento para la norma (deber de cumplimiento por parte de sus destinatarios, aplicación por parte de los órganos de aplicación del derecho)» (p. 197), Eficacia que incluiría la fuerza, esto es, los efectos en su relación con otras normas a tenor de la fuente en que se incorpora al ordenamiento. Ahora bien, ni la correcta producción de la norma ni la eficacia aseguran que la norma sea efectiva, que condicione realmente el comportamiento de sus destinatarios.

Desde un punto de vista temporal el concepto correlativo al de validez es el de vigencia. «La vigencia de una norma es equivalente al inicio de su propia existencia como tal norma [...] La incorporación al ordenamiento implica el final del proceso productivo inicial y el comienzo del proceso aplicativo y de desarrollo de la norma» (p. 206). Sin embargo, vigencia no es sinónimo de eficacia, pues, como explica el profesor Balaguer, se dan fenómenos de retroactividad y ultraactividad, que se refieren a la eficacia de la norma cuando no tenía o ha perdido su vigencia. Y, en fin, la vigencia nos permite entender la derogación, en la que, normalmente, el mismo órgano productor pone fin a esa vigencia incorporando nuevo derecho. Y también explica la anulación, donde la privación de vigencia es resultado de la invalidez decretada por un órgano de control.

Derogación y anulación, en cuanto que efectos de determinados principios, conducen sin solución de continuidad a otro de los grandes bloques temáticos, la coherencia. Analiza aquí el libro los criterios que de manera tradicional se han utilizado para resolver los conflictos normativos, que incluirían los principios de jerarquía, el cronológico, procedimiento, especialidad y competencia. Pero es este último, en su yuxtaposición al de jerarquía, el que va a cobrar un sentido medular en la obra del profesor Balaguer, precisamente por ser el que permite un estudio jurídico del pluralismo:

El desarrollo de este criterio va unido al desarrollo del pluralismo. Originariamente el pluralismo territorial que suponen la organización federal del Estado y los fenómenos de regionalización posteriores. Más adelante al pluralismo social y político que pone en crisis al Estado liberal en cuanto Estado oligárquico (p. 238).

Y también desde el pluralismo es posible abordar el conjunto de categorías que surgen en torno a la plenitud del ordenamiento. Es verdad que este enlace no se muestra con absoluta claridad en el primer volumen, donde se expone la tensión entre poder normativo y aplicador del derecho, y la contraposición entre positivismo e iusnaturalismo. Ahora bien, cuando se relatan los métodos para integrar lagunas –autointegración o heterointegración–, así como la existencia de vacíos normativos queridos, emerge ya esa conexión con el pluralismo, que se hará evidente en la segunda parte al tratar la supletoriedad en el Estado autonómico.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO ENTRE 1991 Y 2023: EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO

En las páginas anteriores he sostenido que las fuentes del derecho fueron útiles para abordar tres problemas principales a los que se enfrentaba la doctrina: la normatividad de la Constitución y su garantía jurisdiccional, la dominante posición del Gobierno y la articulación del naciente Estado autonómico. Ahora quiero presentar sumariamente la manera en la que el libro atiende a esas cuestiones, sin olvidar que en esta edición de las *Fuentes* se han intercalado aspectos que no estaban presentes en la versión original.

III.1. Constitución y democracia

El autor comienza exponiendo la función de la Constitución. Es «fuente de fuentes» porque es «la norma que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden jurídico» (p. 297). Sin embargo, de forma inmediata añade otras dos tareas, la de garantizar los valores del orden social a través de los derechos fundamentales y la de articular la interacción entre el Estado y la sociedad⁹. Ampliación que explica, además, la diversidad de tipos normativos que implica la Constitución y que el libro atiende en detalle (pp. 304 y ss.).

Identificadas las funciones de la Constitución, se pasa a determinar su «valor dentro del ordenamiento», que no es otro sino el de «fuente suprema» (pp. 315 y ss.). Pero, ¿cuál es la razón de esta supremacía? Aquí es recomendable volver sobre los argumentos dedicados a la legitimidad y validez del ordenamiento (pp. 150 y ss.).

9 En este punto, habrá quien piense que esas dos funciones a las que se atiende en 1992, de alguna forma pondrían en crítica la suficiencia del método sistemático, que, siendo apropiado para estudiar las formas de la creación normativa, sería escaso para dar sentido a esas nuevas funciones materiales. Sin embargo, ya había advertido el profesor Balaguer que el derecho constitucional, en tanto que incorporaba contenidos materiales, requería ser completado por la teoría constitucional y la teoría de la argumentación.

Había entonces señalado el profesor Balaguer que la legitimidad del ordenamiento era «en realidad, la pregunta sobre un hecho, sobre los motivos por los que las normas se cumplen» (p. 152). E incluso llegó a afirmar que «[d]esde ese punto de vista formal, el investigador jurídico no necesita saber cuál es el principio de legitimidad extrajurídico del sistema, sino tan sólo si éste es o no efectivo» (p. 153). Me atrevería a sostener que, en cierta medida, tales premisas son matizadas por el propio libro cuando reflexiona sobre la razón de la supremacía constitucional. Comparto con el profesor Balaguer que la solución difícilmente puede venir hoy de la teoría del poder constituyente (ni por extensión, de la soberanía), cuyo análisis a fondo ofrece más dudas que certidumbres. Por ello, la razón última radica en el vínculo entre supremacía constitucional y democracia. Nos dice el profesor Balaguer:

La democracia implica no sólo el gobierno de la mayoría, sino también el respeto a las minorías. Uno de los medios que sirve para asegurar ese nuevo contenido de la democracia es la propia normatividad de la constitución, esto es, la existencia de una norma suprema en la que se establecen los límites de la actuación de la mayoría. Es así como garantismo y supremacía constitucional modulan el principio democrático para conferirle un nuevo significado que sea armonizable con el propio concepto de constitución (p. 321).

En definitiva, la concepción de la democracia que articula la Constitución es la justificación que explica su normatividad y la línea a seguir para comprender el resto de las fuentes. Ocurre de forma evidente con aquellas vinculadas directamente a la Constitución. Así, el libro explica la reforma como un poder jurídicamente limitado y, por tanto, sometido a control. Y denota la función normativa de las sentencias de la jurisdicción constitucional, pues «[e]l TC tiene como misión esencial la de salvaguardar la democracia constitucional, el consenso de todo el pueblo en torno a las reglas básicas de organización social» (p. 354)¹⁰.

III.2. Ley y democracia

El concepto de democracia con el que trabaja el profesor Balaguer (decisión de la mayoría con respeto de las minorías) es el paradigma desde el que va a reconstruir el resto de las fuentes. Se hace patente en su análisis de la ley, cuyo elemento político gira en torno al lugar de las minorías, garantizado por «la definición de un ámbito material de protección jurídica indisponible para los poderes públicos» y formalmente por la «habilitación de cauces participativos que hagan posible la expresión de las

10 Quizá, el único fenómeno (no propiamente una fuente) relacionado con la Constitución que no se explica a partir del vínculo con la democracia es el bloque de constitucionalidad. Según el profesor Balaguer, la heterogeneidad de las normas que integran el bloque da pie a diversas razones para darle la naturaleza de parámetro de validez (p. 345).

minorías en la determinación de las políticas normativas de los poderes públicos» (p. 360). Esa articulación del pluralismo que propicia la ley explica su posición en el ordenamiento, mediante el rango, la fuerza y el monopolio de control de Tribunal Constitucional. Asimismo, fundamenta el uso del concepto formal de ley, tomando por tal todo acto normativo aprobado por el Parlamento.

Ahora bien, si la ley es manifestación de la democracia en tanto que vía de participación de las minorías, ¿cómo explicar la presencia de fuentes con rango de ley dictadas por el Gobierno? El profesor Balaguer justifica esta situación subrayando la conexión electoral del Ejecutivo y la inversión que se ha producido en la división de poderes:

En la actualidad, el gobierno es el titular del poder normativo en general, tanto del poder legislativo como del poder reglamentario. De este último en exclusiva. Del primero, de manera compartida. Esta situación supone una inversión del planteamiento tradicional de la división de poderes, basado en la atribución al legislativo de la facultad de estatuir y al ejecutivo la facultad de impedir (Montesquieu). En el Estado democrático el gobierno es quien estatuye, quien legisla, y el parlamento es, en la práctica, el órgano de control de la legislación que envía el gobierno. El gobierno legisla porque tiene que aplicar un programa político aprobado por el electorado, y de cuyo cumplimiento es responsable junto con la mayoría parlamentaria que le apoya. El Parlamento controla porque en él están representadas las fuerzas políticas, y las minorías en la oposición pueden exponer sus argumentos y sus programas alternativos ante la opinión pública (p. 385).

Sin embargo, ese valor democrático que expresan las fuentes gubernamentales no hace posible su equiparación con la ley. De ahí que la Constitución establezca límites materiales específicos y un control más intenso del Parlamento.

Ese carácter democrático del Gobierno también va a explicar la posición constitucional del reglamento. En primer lugar, porque es posible reconocer la existencia de una potestad reglamentaria derivada directamente de la Constitución allí donde no hay reserva de ley. En segundo lugar, porque el freno al reglamento lo vamos a encontrar antes en la jurisdicción que en la ley. Y, en tercer lugar, porque se ha producido una transformación de la función de la reserva de ley, que ya no es el espacio exclusivo del principio democrático:

tanto el parlamento como el gobierno son órganos absolutamente democráticos por su origen: ambos representan a la mayoría. Pero, mientras el parlamento integra también a las minorías, haciendo posible su intervención en el proceso de producción jurídica, y abriendo el camino al consenso y a la integración³, el gobierno representa únicamente a la mayoría (p. 345).

Tampoco aquí, sin embargo, existe una equiparación entre ley y reglamento. La reserva, además de en un límite al reglamento, lo es también para el Parlamento, que habrá de cumplir con la obligación de regular la materia, definiendo el marco de derechos y obligaciones, que ha de ser conocido por el destinatario en la ley. Además, la primacía de la ley da al legislador todo el margen posible para condicionar la intensidad de la potestad reglamentaria «hasta el límite de condicionar cualquier opción política diferenciada» (p. 446). Y, finalmente, el reglamento está sometido al control de la jurisdicción ordinaria, que, como ya se ha dicho, según el profesor Balaguer, se erige en el verdadero límite a la arbitrariedad del Gobierno y su Administración.

III.3. Estado autonómico y democracia

Hemos visto que el profesor Balaguer subrayaba la función de la ley para articular el pluralismo, tanto desde un punto de vista material, a través de la definición en la Constitución de un ámbito de protección de las minorías, como desde otro formal, haciendo de la ley un cauce de participación. Añadía entonces un inciso con relación al Estado Autonómico, que debemos ahora recuperar para entender el vínculo de este con la democracia constitucional:

Esa participación es ya evidente en la propia estructuración territorial del Estado, donde la apertura hacia la conformación del Estado autonómico implica la primera quiebra del concepto tradicional de ley heredado de la Revolución Francesa, y la más importante, además. La más importante porque, a diferencia de las otras rupturas, esta conlleva no sólo la proliferación de tipos normativos, sino también y, sobre todo, la pluralidad de órganos productores. Órganos que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estatal (con las normas con rango de ley que proceden del gobierno) pueden definir políticas contradictorias con las que expresa el legislativo central (p. 360).

Esa apertura de la Constitución se hace en forma de derecho (p. 465), que permite a los territorios dotarse de un ordenamiento propio (p. 455). Ahora bien, no se trata de un ordenamiento originario sometido solo al principio de efectividad, fruto de un poder soberano; es un ordenamiento derivado, condicionado en su validez por el originario (p. 457). Sostiene así el profesor Balaguer la teoría de los tres ordenamientos, que va a ser capital para su comprensión del Estado autonómico:

Por lo mismo, el ordenamiento jurídico de la CA está, desde luego, sometido al orden constitucional global, pero no al ordenamiento general del Estado. Su validez no procede del Estado general sino del Estado constitucional. Lo mismo ocurre con el ordenamiento jurídico general, cuya validez también procede del ordenamiento del Estado global o constitucional, al cual está necesariamente subordinado. Cualquier normativa que emane del poder general

del Estado deberá enfrentarse, al igual que toda normativa autonómica, al contraste con el parámetro definido por el ordenamiento constitucional, único orden originario cuya validez no puede contrastarse, porque no se plantea como problema jurídico sino político (p. 480).

En ese contexto de tres ordenamientos, el autonómico se explica por «la irrevocabilidad de los poderes otorgados a los territorios, que se configuran por ello como poderes de naturaleza constitucional» (p. 480). Y la clave de esa irrevocabilidad va a ser el Estatuto de autonomía o más concretamente, hoy en día, su reforma, que necesita la voluntad territorial y general, siendo indisponible para una sola de ellas. El Estatuto es así, no una mera ley de Cortes, «sino una ley que expresa la voluntad conjunta de los dos ámbitos de poder en que el Estado se despliega: el general y el territorial» (p. 488), «una ley del ordenamiento global o constitucional» (p. 496), que va a entablar su relación con otras fuentes a partir de su rigidez.

Resulta, entonces, que contamos con dos ordenamientos, el estatal y el autonómico, cuya explicación político-constitucional reside en el principio democrático. ¿Cómo ordenamos su relación? La respuesta surge también de la concepción constitucional de la democracia, ahora en clave territorial, según la cual el poder general del Estado expresaría mejor la posición de la mayoría, por lo que habrá de gozar de poderes bastantes para marcar una dirección política y, en su caso, garantizar la unidad:

La Constitución atribuye así al Estado y al ordenamiento estatal una serie de mecanismos que hacen posible la garantía de la unidad y la preservación de los intereses generales de la Nación. Esos mecanismos y técnicas son muy diversos: desde la suspensión automática de las disposiciones autonómicas impugnadas por el Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE), hasta el mecanismo de intervención ejecutiva previsto en el artículo 155 CE, para el caso de que una Comunidad Autónoma no cumpla sus obligaciones constitucionales y legales o atente gravemente contra el interés general de España. En el plano de la relación entre ordenamientos cabe destacar la prevalencia y la supletoriedad del derecho estatal, así como la competencia inicial que se atribuye al Estado para definir lo básico y delimitar así las competencias estatales y autonómicas cuando éstas son compartidas en el nivel bases-desarrollo normativo. También hay que mencionar la facultad que tiene otorgada el Estado de aprobar leyes de armonización (p. 545).

Así las cosas, en el Capítulo VI se analiza, en debate constante con la doctrina, cada una de las categorías que articulan esas relaciones. No es viable entrar en detalle, pero sí quiero detenerme en el modo en cómo el profesor Balaguer muestra el núcleo de la institución en coherencia con su comprensión del sistema de fuentes, a la vez que subraya la quiebra que se produce en la práctica.

Se hace evidente ya al tratar las leyes del artículo 150. Destaca su finalidad, consistente en «flexibilizar la relación competencial y normativa entre el Estado y las CCAA» (p. 546). Y a la vez, más allá de la notoria inutilidad de las leyes marco y de armonización, remarca que las de transferencia y delegación en ocasiones capitales han sido utilizadas para una labor que a priori les habría de ser extraña, como es la homogeneización competencial.

En las relaciones bases-desarrollo, el libro hace ver que la plena formalización de las primera solo se alcanzaría otorgando su declaración a un solo órgano, sin revisión alguna, lo cual choca con la competencia constitucionalmente garantizada de desarrollo autonómico. Por ello, en la práctica, la definición de las bases oscila entre los elementos materiales y formales. Y resume el estado de cosas jurisprudencial cuando afirma: «el TC rebaja el listón de la garantía material de la delimitación siempre que la misma la realice el Estado a través de una norma con rango de ley. Lo sube, por el contrario, cuando el Estado la realiza a través de una norma reglamentaria» (p. 574), para añadir «[h]ay que advertir, sin embargo, una tendencia del Tribunal Constitucional a convertir la excepción en regla, con una mayor flexibilidad en la interpretación del alcance de lo básico y de la forma a través de la cual se delimita» (p. 578).

Especialmente importantes me parecen las páginas que dedica a fundamentar la potestad normativa general del Estado. Se mueve críticamente entre dos tesis. La que sostiene esa potestad en el carácter siempre supletorio del derecho estatal, de manera que el Estado podrá regular cualquier materia, pero sin vigencia general fuera de sus competencias. Y la que postula una validez del derecho estatal dentro de sus competencias, por lo que, fuera de ellas, tendría una función transitoria, llamada a su fin tan pronto como todas las Comunidades tuviesen un techo competencial homogéneo. A diferencia de estas posiciones, el profesor Balaguer encuentra el fundamento de la potestad general del Estado en el carácter disponible del derecho autonómico. Por tanto, «esa potestad normativa general del Estado no deberá desaparecer porque se produzca una mayor o una total homogeneidad en el sistema autonómico, sino que tiene un fundamento constitucional que la convierte en un rasgo estructural de nuestro Estado autonómico» (p. 584).

Esta comprensión de la potestad general del Estado le lleva directamente a un análisis crítico de la primera doctrina del Tribunal Constitucional, que hacía una aplicación automática de la supletoriedad del derecho del Estado. Afirma:

El problema entonces es si —como hasta ahora ha parecido entender el Tribunal Constitucional— sólo hay derecho autonómico aplicable en primer término y derecho supletorio estatal

aplicable en segundo término (con lo que se produce una interpretación automática de la regla de supletoriedad), o si por el contrario, entre el derecho autonómico aplicable en primer término y el derecho estatal supletorio aplicable en segundo término, puede haber un amplio espacio en el que se puede encontrar desde la inexistencia de lagunas hasta la autointegración del derecho autonómico, supuestos todos en los que el derecho estatal supletorio no sería aplicable (p. 597).

Se entiende así que, para el profesor Balaguer, la supletoriedad no sea un asunto de producción del derecho, sino de aplicación:

Ante todo, el derecho supletorio sólo debe aplicarse cuando resulte evidente la existencia de un vacío normativo que constituya una auténtica laguna, y cuando además no puedan utilizarse las técnicas de autointegración que deben preceder siempre al recurso a cualquier derecho subsidiario (p. 601).

Finalmente, el libro aborda la cuestión de los conflictos normativos. Aquí creo que es fundamental la distinción que se traza entre conflictos de competencia y conflictos normativos. En los primeros la discusión de la antinomia versa sobre la legitimidad de las facultades ejercidas por uno de los dos poderes en liza; en el segundo se admite que cada uno de los poderes se mueve en sus competencias. Ciertamente, en el caso español prácticamente todos los conflictos normativos acaban siendo de competencias (inmejorable me parece la taxonomía de conflictos y su solución a partir de la página 632). No en vano, el profesor Balaguer afirma:

hay que reconocer que el criterio de competencia constituye el criterio básico de solución de conflictos normativos, no sólo porque la inmensa mayoría de los conflictos previsibles deberán resolverse de acuerdo con el mismo, sino también porque incluso cuando pueden utilizarse otros criterios, el de competencia suele manifestarse también completando o condicionando su aplicación (p. 629).

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO EN 2023: CAMBIO DE CONTEXTO

IV.1. Cambio de contexto¹¹

IV.1.1. ¿Derecho constitucional sin Constitución?

En las páginas anteriores he intentado subrayar la premisa capital sobre la que el profesor Balaguer construye la supremacía de la Constitución: es la norma que

¹¹ Si atendemos a la amplia bibliografía del profesor Balaguer posterior a la publicación del libro (pp. 669 y ss.), se verá que las valoraciones que se postulan aquí ya han sido destacadas por nuestro autor. Por tanto, esta parte final solo puede ser un intento de dialogar con su obra.

garantiza la democracia entendida como gobierno de la mayoría con respeto a la minoría. Sin embargo, esta tesis se debilita desde el momento en que la Constitución genera unas contradicciones internas que van limitando la densidad de su normatividad. Las circunstancias son de sobra conocidas, de manera que bastará un breve recordatorio.

En primer lugar, la norma suprema propicia fenómenos de apertura. El caso típico es el Estado Autonómico; hoy es evidente que la Constitución poco dice de su regulación. El proceso de integración refleja una lógica similar. Se habilita la existencia de un ordenamiento autónomo, lo cual implica que el texto constitucional quede desconectado de una parte bien importante, cualitativa y cuantitativa, de nuestra realidad política.

En segundo lugar, la Constitución ha quedado atrapada en la idea de neutralidad económica propia del momento en que se aprobó. En cuanto que marco de posibilidades, se limitó a apuntar escenarios, que podían ir desde un mercado fuertemente intervenido, hasta otro con una presencia mínima del Estado. En consonancia con esta premisa, la división público/privado tiene líneas muy tenues; asuntos de capital importancia, como el sistema educativo, sanitario o de la social, poseen solo referencias tímidas en la norma suprema. A esto se une la dificultad para constitucionalizar nuevos derechos, que solo alcanzan para una regulación legislativa (pensemos en el matrimonio entre personas del mismo sexo, la interrupción del embarazo, la eutanasia, o los derechos digitales).

En fin, sea por su propia dinámica o a resultas de la realidad cambiante, la Constitución ha perdido parte de su potencialidad normativa. Y, sin embargo, cuando arrecian las crisis emerge una demanda social de derecho constitucional. ¿Qué sentido tienen sino el grito del “no nos representan” tras la crisis económica del 2008, la defensa de los valores constitucionales frente al populismo o las disputas sobre la idea de libertad en plena pandemia? Pero, ¿qué derecho constitucional atiende esas reclamaciones?; ¿en qué fuentes lo hallamos? Principalmente, en el derecho de la Unión.

No me refiero con esta afirmación al fenómeno tantas veces descrito, con el que se refiere la función de complemento constitucional que vienen desplegando las normas europeas: disciplinan el proceso de producción de un ordenamiento autónomo, garantizan los valores del orden social a través de las libertades y los derechos fundamentales y articulan la interacción entre el poder público (incluido el Estado) y la sociedad. Es esta una conclusión que ya está plenamente asumida en la teoría y la praxis. Lo que quiero subrayar es que el derecho de la Unión se ha erigido en la respuesta central a las sucesivas crisis que nos han golpeado.

Un ejemplo evidente es la gobernanza económica. Hace mucho que el principio de neutralidad económica carece de eficacia. Al menos en las dos últimas décadas, la Unión ha marcado una orientación político-económica clara, alcanzando su cenit con el paradigma de la austeridad en 2008 y con las políticas de gasto tras la pandemia. El gobierno de la economía tiene su lugar natural en la Unión y con ella la articulación de una gran parte de las relaciones entre el poder público y el poder económico.

Igual de relevante es la transformación que se está produciendo en el ámbito de los valores, donde la Unión ha aparecido como un actor relevante. No se trata solo de su reacción frente a las situaciones críticas. Más importancia tiene, si cabe, el hecho de que su definición de estándares, a través de la intervención de la Comisión y del el Tribunal de Justicia, se extrapole como vara de medir al resto de Estados. Se abandona la experiencia constitucional clásica, que ofrece una primera concreción de los valores constitucionales en el momento constituyente, dejando su detalle en manos del legislador, con las correcciones debidas de la jurisdicción. Se abre un nuevo modo de hacer, en el que los valores pretenden definirse por instituciones independientes.

En este contexto surge una primera dificultad para el sistema de fuentes. Si atendemos al modo de producción normativa en la Unión, a todas luces es evidente que se aparta de la lógica política sobre la que se montó el sistema de fuentes de la Constitución normativa. Ninguno de los actos jurídicos comunitarios tiene como elemento distintivo la garantía de la democracia constitucional. Así las cosas, una gran parte de nuestra realidad normativa se mueve al margen de la Constitución en sentido formal y, sobre todo, se aleja de su principio ordenador.

Dadas estas circunstancias, ¿en qué lugar queda la Constitución en cuanto que fuente del derecho? Podríamos sostener que mantiene su significado, si bien referido a un espacio político menor. Pero creo que esta conclusión no basta. A mi juicio, la reducción de su densidad normativa impacta también sobre sus funciones. No en vano, en el marco del constitucionalismo multinivel, la norma suprema estatal pasaría ahora a ser esencialmente una norma sobre la aplicación del derecho. Es una tesis, que, si bien no es apta para todos los contornos de la Constitución, cobra plena sentido en el campo de los derechos fundamentales, donde el Tribunal Constitucional ha dejado de ser intérprete supremo, pasando a ocupar un lugar de mediación entre los impulsos normativos concurrentes.

Una alternativa consistiría en sostener que la funcionalidad de la Constitución se reduce ahora a ser un mero instrumento de gobierno, donde precisamente las normas sobre la producción ocupan todo el escenario, mientras que los contenidos

materiales se diluyen. Es una posición plausible, siempre que se admita que esas fuentes estatales están condicionadas materialmente por fuentes fuera del sistema constitucional. Y, en cualquier caso, tendrá que explicarse la incidencia directa del derecho de la Unión sobre la norma suprema, como ejemplifican las dos reformas constitucionales, en especial la del artículo 135.

Puede ser, finalmente, que la Constitución haya llegado a un punto en el que cumple primordialmente una función simbólica de integración. Independientemente de su contenido, funciona como un referente polisémico, del que la ciudadanía espera respuestas y, por ello, entabla un diálogo sobre su significado. Esa dinámica de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales genera al menos unas dosis mínimas de legitimidad, precisamente porque los instrumentos al uso —el procedimiento legislativo, la jurisdicción constitucional— logran revitalizar el sentido de la democracia constitucional. Sin embargo, esta comprensión tiene sentido solo si el poder que organiza la Constitución posee una capacidad real para transformar la realidad. De lo contrario, el diálogo puramente manierista conducirá a la frustración.

IV.1.2. ¿Constitución sin ley?

El mérito indiscutible del libro reside en su capacidad para reconstruir el sistema de fuentes a partir del principio democrático. Ahí ocupa un lugar esencial la ley, cauce de participación que hace posible la expresión e integración de las minorías y la decisión de la mayoría. Sin embargo, al igual que la Constitución (seguramente por eso), también la fuente ley ha ido perdiendo el significado de su elemento político.

Es manifiesto en la dirección de la económica. La ley de presupuestos ocupa un lugar central en nuestro imaginario teórico y en nuestra praxis política¹². Se vive como un momento central del sistema de gobierno, en el que la mayoría comprueba su solidez; si no existe, la historia constitucional del 78 nos dice que el fracaso presupuestario aboca a unas elecciones anticipadas. ¿Puede realmente sostenerse hoy esta comprensión? Quien de verdad quiera conocer la política económica gubernamental ha de estudiar el Programa Nacional de Reforma y el Plan de Estabilidad presentado por el Gobierno a la Comisión. Si, además, el Estado se encuentra bajo algún procedimiento de supervisión específica (por déficit excesivo, desequilibrio macroeconómico o ajuste) o sometido a la condicionalidad de los fondos *Next Generation*, entonces las directrices vendrán directamente de la Unión. Lo que quiero señalar

12 No en vano sería posible reconstruir históricamente el derecho público y más concretamente el sistema de fuentes sobre el devenir de esta categoría. Sobre esto el propio libro en páginas 68 y siguientes.

es que, en el ámbito económico, tomando como ejemplo la ley de presupuestos, la operatividad del procedimiento legislativo ha quedado neutralizada en su verdadero sentido político. Ciertamente existe debate, pero su utilidad se mueve realmente en el campo de la retórica, sin virtualidad para cambiar decisiones predeterminadas más allá del Ejecutivo.

Ocurre, además, que esa pérdida de sustancia política de la ley a nivel estatal no se ve compensada en el ámbito de la Unión. En ella, ya se ha dicho, no rige el principio político de mayoría/oposición. El intergubernamentalismo, que domina la reforma de los Tratados y otras decisiones políticas capitales, centra toda la decisión en los gobiernos nacionales. Qué decir de la independencia técnica del Banco Central, diseñada expresamente para apartarse de la tradicional lógica política. Y, en fin, la llamada democracia supranacional proyectada en el procedimiento legislativo ordinario busca el equilibrio interorgánico en un escenario que carece de un momento electoral que verdaderamente ordene las preferencias entre mayorías y minorías. El acto legislativo no pasa, por tanto, de ser un trampantojo a la luz del concepto clásico de ley.

La erosión de la ley es síntoma de las dificultades en las que se encuentra la democracia representativa como instrumento para la articulación del conflicto. En el ámbito de la Unión, simplemente no existe, por más que formalmente se recoja en el artículo 10 del TUE. Y no se da porque, como ya se ha indicado, no existe un momento electoral que forme mayorías y minorías. En estas circunstancias, la pregunta esencial consiste en saber si el modelo de la democracia representativa sería viable en una Unión que ha huido de los modelos clásicos de ordenación del pluralismo. Me parece difícil, pues tradicionalmente se ha trabajado con una lógica que ha parcelado la disputa política en el ámbito estatal. Mientras, la Unión, guiada por la necesidad de amortiguar cualquier pugna ideológica, exploraba mecanismos de decisión inspirados en otros principios, el de la independencia técnica o el de la integración centro-periferia a través del derecho.

En el ámbito del Estado, la dificultad de la democracia representativa se torna en crisis, pues no logra cumplir su función existencial de generar un gobierno legítimo y eficaz. La irrupción del populismo es solo una prueba más de esa incapacidad, que hace terreno fértil para la seducción de fórmulas cuya clave reside simplemente en la simplificación o negación del conflicto. Pero los aprietos venían de antes, impulsados por la reconceptualización postmoderna de la libertad, caracterizada esencialmente por la idea de la elección a través del consumo. Un modelo de libertad que encajaba perfectamente con la consolidación definitiva del capitalismo tras la caída del muro y que ha disparado dinámicas de poder inconcebibles, que se mueven, como bien ha

descrito el profesor Balaguer, no solamente más allá del Estado, sino superando la propia integración europea¹³.

En definitiva, la libertad del posmodernismo es la libertad de los consumidores y de los proveedores de consumo. Todo es mercancía, por tanto, todo es derecho privado. Y esto, qué duda cabe, es una puesta en cuestión radical del sistema de fuentes tal y como lo habíamos comprendido durante la segunda mitad del siglo XX.

IV.1.3. ¿Constitución sin reforma?

Quiero detenerme finalmente en nuestro Estado autonómico. Los capítulos IV y VI libro provocan un efecto perturbador leídos en estas fechas. Sigue impactando la brillantez del análisis y su proyección sobre problemas prácticos. Sin embargo, hoy, esos problemas son esencialmente cuestiones técnicas. Es así porque la crisis del *Estatut* ha puesto en duda los principios políticos básicos de nuestra organización territorial. No podemos olvidar que el caso catalán fue el primer intento de dar un sentido real a la reforma estatutaria como un acuerdo entre el Parlamento autonómico y las Cortes; se rompió con la dinámica histórica que había vaciado, a través de un pacto previo entre los dos grandes partidos, la sustancia política de la reforma estatutaria. Una vez que colapsó el procedimiento de reforma tras el control del Tribunal Constitucional, comenzó a agonizar la idea del Estado autonómico como una vía de articulación del pluralismo. Que la respuesta independentista fuese un manifiesto abuso de poder, no esconde la problemática situación en la que todavía nos encontramos: la Constitución y el *Estatut* carecen de reconocimiento como normas legítimas por un amplio sector de la sociedad catalana y su clase política.

Indudablemente, uno de los caminos para rearmar la función de integración de la Constitución pasa necesariamente por una reforma constitucional dirigida a ampliar su base social en Cataluña, sin aminorar su respaldo en el resto del territorio. El obstáculo desde el prisma del sistema de fuentes, bien conocido y padecido, es la extrema rigidez fáctica de nuestra reforma constitucional. Con un sistema político en el que uno de los grandes partidos nacionales tiene presencia testimonial en Cataluña y los partidos nacionalistas carecen de fuerza para impulsar la reforma, esta no pasa de ser una fuente de papel, que no logra nunca materializar su sentido político-constitucional.

El hecho de que la reforma constitucional sea inoperativa tiene evidentes consecuencias para el sistema de fuentes. La primera, como ya se ha indicado, radica en

13 *La constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

la debilitación de la función de integración y con ella la correspondiente pérdida de legitimidad de la Constitución. La magnitud del problema es crucial, tal y como nos recuerda el libro en su reflexión sobre la dicotomía legitimidad/validez del ordenamiento (pp. 150 y ss.). En segundo lugar, ante el bloqueo de la reforma se corre el riesgo de que se usen otras formas para articular fragmentariamente pactos que inciden en la naturaleza del Estado autonómico. Decisiones de mayorías coyunturales se presentarían como acuerdos constitucionales. El problema de esta hipótesis no reside solo en la reversibilidad de los pactos, sino, sobre todo, en el peligro de hacer de la norma suprema un objeto de la política ordinaria, e incluso convertirla en una referencia partisana deshaciendo su espíritu de compromiso. En el extremo contrario, la inutilización de la reforma puede implicar que el Estado Autonómico se deslice paulatinamente por una pendiente de desustancialización política, hasta acabar siendo una organización territorial para la ejecución de las políticas estatales.

IV.2. La finalidad y el método en el estudio del sistema de fuentes

IV.2.1. La finalidad

Al reconstruir la intención de libro en 1991/1992, he subrayado su voluntad de estudiar el sistema de fuentes en cuanto que «formalización del reparto de la capacidad normativa dentro del ordenamiento». Mi indagación ha ido más allá y he intentado presentar las razones de fondo de una empresa colectiva que había hecho de las fuentes un tema esencial. También he defendido que a través de las fuentes se lograba abordar los problemas políticos acuciantes del momento (la normatividad de la Constitución y su garantía jurisdiccional, la dominante posición del Gobierno y la articulación del Estado autonómico). Además, se daba fuste de disciplina jurídica a un ámbito académico en ciernes, como era el Derecho constitucional.

Hoy, en 2023, creo que el análisis del sistema de fuentes sigue cumpliendo con la labor que le asignaba el profesor Balaguer hace treinta años: analizar el reparto de capacidad normativa. Sin embargo, se hace en el contexto distinto que he expuesto en el epígrafe anterior y que podría resumirse en dos elementos: surgen espacios de poder fuera de la Constitución (la Unión; poderes privados); la articulación formal de esos nuevos poderes no se está realizando a partir de la idea de democracia constitucional.

A mi juicio, esta circunstancia abre una doble hipótesis para el Derecho constitucional como disciplina científica. Cabría aceptar resignadamente que su tiempo ha pasado y que serán ahora otras ramas las que expliquen y articulen los grandes conflictos sociales; el Derecho constitucional quedaría reducido a estudiar el problema del poder en el Estado. O bien, es factible entender que el análisis del derecho

constitucional y, más concretamente, del sistema de fuentes, necesita revitalizar la democracia constitucional como paradigma, haciéndola llegar en formas novedosas a esos emergentes espacios de poder. Esta aventura, requiere, no obstante, el fortalecimiento del método.

IV.2.2. El método

El método sistemático debe continuar siendo una referencia capital en el análisis del sistema de fuentes. Es una premisa indiscutible cuando estudiamos el poder desde el prisma de las reglas que lo quieren ordenar. Me resulta inimaginable comprender las fuentes sin un dominio de categorías como las de ordenamiento, norma, validez, eficacia o legitimidad. Igual que parece imposible trabajar en el campo del derecho sin una cierta soltura en los principios que dotan de coherencia al ordenamiento. A fin de cuentas, la seguridad jurídica sigue siendo el valor primordial del derecho. Pero hoy es un bien que no se puede alcanzar exclusivamente con una metodología sistemática¹⁴. Cuestión que ya quedaba apuntada en el año 1991, cuando el profesor Balaguer anunciaba la importancia de la argumentación y la teoría constitucional.

A mi juicio, sin la segunda es irreal lograr una comprensión cabal del sistema de fuentes y con él, de todo el derecho constitucional¹⁵. La teoría constitucional se compone de un conjunto de conceptos mediante los cuales logra dar sentido al ordenamiento. La idea de sentido va más allá de la coherencia, pues, no solo habilita mecanismos para resolver los conflictos, sino que genera también una racionalidad que debe ayudar en la identificación del significado de las disposiciones jurídicas. Los conceptos de la teoría constitucional (democracia, Estado de derecho, dignidad humana, libertad, etc.) son, evidentemente, de naturaleza política, en cuanto que integran una dimensión valorativa. Esto no niega su concurrente condición científica,

14 Conviene recordar que con la irrupción de los contenidos materiales en las Constituciones se puso en duda que fuese posible continuar asegurando la seguridad jurídica. Véase FORSTHOFF, E., 1976. *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1973*. München: C.H.Beck, pp. 130-152. Un debate que también se manifestó en España, véase BIGLINO CAMPOS, P., 2020. *Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (119), pp. 53-84.

15 Sin duda, la teoría de la argumentación también debe ocupar un lugar importante. No es casualidad el modo en cómo ha avanzado su estudio en España desde la Constitución de 1978. Ahora bien, aunque la argumentación no es monopolio exclusivo de la jurisdicción, cuando se estudia, de forma expresa o implícita se trabaja sobre esa premisa. Incluso se ha dado lugar a una corriente, la del neoconstitucionalismo, que en gran medida, si no estoy equivocado, acentúa la importancia de la jurisdicción para la construcción del ordenamiento constitucional, véase ATIENZA, M., 2017, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Cap jurídica central*, 2(3), pp. 59-102. Esta posición, siendo imprescindible es insuficiente, pues la teoría de la argumentación, cuando trabaja con asuntos constitucionales necesita de categorías, es decir, de teoría constitucional.

entendida esta como la posibilidad de alcanzar consenso sobre su significado, al menos para un momento dado, hasta su falsabilidad¹⁶.

Es precisamente el estatus científico el que permite a la teoría de la constitución desplegar una función crítica. A través de ella evalúa si las disposiciones jurídicas y la realidad que conforman se ajustan en sus resultados a los conceptos que dotan de unidad de sentido al ordenamiento. Y en esa labor crítica, espiga también la función político-constitucional de la teoría, que hace posible imaginar soluciones con los que superar los déficits. En un escenario en el que existen nuevos poderes al margen del principio democrático, el estudio del sistema de fuentes requiere dar un impulso al método sistemático.

Construir derecho constitucional allí donde no hay Constitución. Ese es nuestro reto. Y el único camino posible es seguir ahondado en las vías trazadas por libros como este, que conforman el corpus esencial de nuestra disciplina.

16 Sin duda, el problema central será determinar cómo se construye esas categorías constitucionales desde un punto de vista científico. Entiendo que usamos tres metodologías complementarias. La reconstrucción histórica de un concepto, para detectar así tanto su esencia como sus transformaciones. La inducción a partir del material normativo, precisamente en la idea de que el ordenamiento es unidad de sentido y su estudio atento ha de darnos el corazón de una institución. Y el recurso al derecho comparado, con la intención de que el cotejo nos lleve a afinidades o disonancias fructíferas para definir un concepto.