

# **TRANSFORMACIONES DEL SISTEMA DE PRODUCCIÓN JURÍDICA EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO: REFLEXIONES EN PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Ana Carmona Contreras

*Catedrática de Derecho Constitucional,  
Universidad de Sevilla*

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: ¿POR QUÉ HABLAR HOY SOBRE FUENTES DEL DERECHO?

Podría afirmarse que el estudio de la transformación del sistema de producción jurídica que experimenta el Estado contemporáneo en el marco de una obra dedicada a los retos para el Derecho Constitucional del siglo XXI no necesita ser justificado. Atender a la relevancia que las fuentes del Derecho despliegan en todo ordenamiento jurídico y, de forma especialmente destacada, en aquellos que se fundamentan en una Constitución entendida como norma suprema, permiten alcanzar tal conclusión sin dificultad alguna. No obstante, asumiendo la premisa de partida que señala a la Constitución en cuanto tal como fuente y, asimismo, como norma que crea el sistema de fuentes y condiciona la creación del derecho en un ordenamiento dado (De Otto, 1988: 82) es necesario llamar la atención sobre una idea esencial, a saber, que el análisis de cuáles son los instrumentos de producción jurídica que integran un ordenamiento “no es un elegante tema reservado a los estudios doctrinales” (Bin, 2021: 13). Para empezar, porque todo sistema de fuentes no es sino el reflejo de las relaciones existentes entre las distintas fuerzas sociales políticamente organizadas que en un concreto momento histórico dan vida a un orden constitucional (Pérez Royo, 2007: 16). En función de tal constatación de fondo, emerge una segunda idea de cabecera que viene a poner de manifiesto que la composición y estructura de todo sistema de fuentes resulta proporcional al “grado de complejidad de la *societas* a la que se refieren” (Pegoraro / Rinella, 2000: 6). Consecuentemente, su estudio supone una de las mejores formas de entender el régimen político que opera en un país (Pérez Royo, 2007: 16), tanto en lo que se refiere a la articulación del ordenamiento desde una perspectiva territorial (forma de Estado), como en clave institucional, determinando las relaciones entre los órganos estatales y sus correspondientes funciones (forma de gobierno) (De Otto, 1995: 83).

Así pues, para alcanzar la imagen real de los mecanismos de producción jurídica operativos en un ordenamiento resulta imprescindible tomar en consideración no sólo el diseño establecido en sede constitucional (dimensión teórico-formal). Perfilándose este como condición necesaria, sin embargo, no es suficiente, debiendo incorporarse como insoslayable parámetro de referencia la atención a la realidad (dimensión práctico-material) en que este se aplica. Es precisamente la confrontación entre ambos vectores la que permite poner de manifiesto, por un lado, cuál es la efectiva capacidad rectora que muestra en la práctica el sistema de fuentes formalmente establecido por la Constitución. Por otro, el diagnóstico alcanzado hace posible identificar los principales retos a los que se enfrentan los ordenamientos de cara a ajustar los instrumentos de acción normativa a su realidad circundante.

Se trata, sin lugar a dudas, de una tarea dotada de innegable trascendencia y una no menor complejidad, dada la heterogeneidad que caracteriza el contexto en el que se inserta el Estado contemporáneo, en el que se observa la concurrencia de una serie de elementos que proyectan en la práctica un decisivo efecto transformador sobre el sistema de fuentes formalmente establecido. La dinámica funcional del Estado social, que también es democrático y de Derecho, en un contexto de continua y creciente intervención pública, trae consigo la profunda modificación tanto de la potestad legislativa como del reparto de roles normativos entre Parlamento y Gobierno en su comprensión tradicional. Por su parte, el progresivo avance de la integración supranacional, de forma especialmente evidente en el caso de la Unión Europea, en cuya base se halla la cesión por parte del Estado del ejercicio de competencias hasta ahora de su exclusivo dominio, produce una significativa quiebra del principio de soberanía en relación con tales áreas materiales. Y por lo que a la creación jurídica se refiere, de la mano de la integración se abre la puerta a la inserción en el sistema doméstico de fuentes de normas procedentes de instancias externas. Para calibrar el impacto que sobre el diseño estatal de fuentes provoca tal apertura ha de tenerse en cuenta que, en su ámbito de aplicación, el derecho de la Unión goza de las notas de primacía y efecto directo, desplazando las previsiones internas –cualquiera que sea su rango– que no se ajusten a sus previsiones. Finalmente, tampoco cabe perder de vista que la intensa dinámica de globalización no sólo económica, sino también medioambiental o en el ámbito de la seguridad en la que nos hallamos propicia la afirmación de dinámicas reguladoras al margen del circuito estatal que, en la práctica, se sobreponen al marco normativo interno, haciendo valer su eficacia al margen de un reconocimiento formal expreso.

En tan intrincado escenario de fondo, la reflexión sobre cuál sea el cuadro de fuentes del derecho que opera efectivamente en el ordenamiento estatal e, igualmente, sobre la determinación de los criterios que rigen las relaciones entre los distintos elementos que lo configuran adquiere una importancia capital de cara a valorar el efectivo grado de vigencia de esa superior voluntad rectora de la realidad que sigue siendo inherente a la idea de Constitución como Norma Suprema. Enmarcada la cuestión en términos genéricos, la reflexión que inspira este trabajo circunscribe su foco de interés específico al caso del ordenamiento español. Así pues, tomando como referente de partida el trasfondo general aludido, nos proponemos realizar un estudio que, partiendo de los mecanismos de producción normativa formalmente establecidos por la Constitución de 1978, llevará a cabo un análisis de cuál es su configuración efectiva, lo que permitirá determinar sus esenciales trazos configuradores en el contexto del Estado social y democrático de derecho y, asimismo, integrado en la Unión Europea. En el desarrollo de la exploración propuesta, por lo demás, la atención preferente aparecerá centrada

en dos instrumentos normativos: por un lado, la Constitución, en su doble vertiente, como Norma Suprema y a su vez, en tanto que norma sobre producción de normas. Por otro, el conglomerado integrado por distintas fuentes primarias dotadas de rango, fuerza y valor de ley. En relación con las mismas, el estudio de la ley parlamentaria, en tanto que instrumento dotado de una relevancia jurídica capital en el edificio de las fuentes constitucionalmente diseñado, ocupará un lugar central.

## II. LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE: EL ESTADO LEGAL DE DERECHO Y LA SUPREMACÍA DE LA LEY

En el Estado liberal, vigente en el continente europeo durante el siglo XIX y hasta el final de la primera guerra mundial, el sistema de fuentes del derecho se regía por un principio esencial y omnímodo: el de legalidad. Era, en efecto, la ley, la norma que ocupaba el centro del universo jurídico liberal, irradiando su fuerza e imponiendo su regulación al resto del ordenamiento. Por su parte, la Constitución quedaba relegada al plano de la inoperancia jurídica, configurándose como mero documento político, despojado de valor normativo. En el contexto del constitucionalismo flexible, la centralidad de la ley y su predominio como instrumento supremo de creación jurídica suponía la traducción en términos sistémicos de la hegemonía de la burguesía, como clase dominante, que se expresaba en el Parlamento (Zagrebelsky, 2007: 30). En tanto que única instancia dotada de carácter representativo y, consecuentemente, de legitimidad popular (por más que el sufragio estuviera vinculado a la propiedad y, por lo tanto, resultara restringido en términos subjetivos), tanto la instancia parlamentaria en cuanto tal, como la expresión jurídica de su voluntad –la ley– afirman su superioridad frente a los otros poderes del Estado: el Gobierno, bajo el dominio del Monarca y dotado de una evidente matriz autocrática, queda relegado al rol de mero ejecutor (potestad reglamentaria) de la voluntad general expresada en el Parlamento (potestad legislativa). El poder judicial, por su parte, limita su función a la aplicación de las normas que, en la expresión de Montesquieu, identifica al juez con la boca que pronuncia las palabras de la ley. Se diseña, pues, un ordenamiento en términos de verticalidad en el que el principio de jerarquía (validez) se afirma como principal criterio rector de las relaciones internormativas existentes en su seno y en el que la ley se postula como única fuente del derecho (Ross, 2007: 88). Como trasfondo que subyace al planteamiento indicado, anida la idea matriz que reserva la potestad de creación normativa exclusivamente a favor del Estado. En tanto que ente que encarna la soberanía, dicha potestad es ejercida en régimen de monopolio por los poderes públicos, eliminándose la precedente pluralidad de centros privados de producción jurídica. De cara al exterior, el sistema de fuentes afirma un decidido carácter autógeno, haciendo gala de una decidida autosuficiencia, lo

que conduce a descartar la presencia en el mismo de elementos de procedencia externa (Pérez Luño, 2011: 51). Es precisamente este contexto de fondo el que genera las condiciones propicias para la afirmación del concepto clásico de fuentes del derecho, como proyección de una estructura cerrada y autorreferencial de la soberanía, en la que el Estado se afirma como el único, exclusivo y autosuficiente creador de las normas que componen el ordenamiento jurídico (Bin, 2021: 37).

Estamos, asimismo, en un escenario jurídico en el que a la consideración de la ley como norma jurídica superior le acompaña una determinada concepción de la misma. Es ahora cuando se forja la imagen de la ley como norma general y abstracta, otorgándose a tales rasgos el carácter de irrenunciables señas constitutivas de su identidad. La generalidad conlleva que la regulación jurídica tenga como referente a todos los sujetos de derecho, sin distinción alguna (carácter impersonal), ignorando a los destinatarios individuales (estos deberán ser tomados en consideración por los actos administrativos de aplicación de la ley). Teóricamente, pues, estamos ante una garantía de imparcialidad del Estado frente a los componentes de la sociedad: la ley es igual para todos. Por su parte, la abstracción rinde culto a la estabilidad del ordenamiento y al principio de seguridad jurídica, exigiendo la incorporación al mismo de normas dotadas de previsibilidad y certeza (Zagrebelsky, 2007: 30). Sobre la base de tal planteamiento, se preserva la separación de poderes, así como la distribución de funciones que ésta incorpora en su versión liberal. Así planteada la cuestión, resulta obvio que, en un sentido material, la construcción referida no resulta ideológicamente neutra ni técnicamente aséptica. Antes bien, incorpora una innegable carga ideológica, poniendo de manifiesto la percepción del *modus operandi* aplicado por el Estado frente a la realidad circundante, basado en el principio de no intervención en la esfera socio-económica. En efecto, en un contexto económico dominado por el dogma smithiano del mercado autorregulado por “la mano invisible” y un trasfondo social en el que se impone el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones entre individuos (formalmente) iguales, el rol asignado al Estado queda reducido a asegurar el mantenimiento de unas condiciones en las que tales premisas puedan fluir adecuadamente. En el marco del Estado mínimo, la igualdad y la libertad pasan a asumir un significado jurídico eminentemente formal que, en la práctica, funciona como filtro protector de los intereses dominantes. Ahora bien, esta concepción hiperformalizada de la ley solo es posible gracias al axioma de la separación entre la sociedad y el Estado imperante en el primer liberalismo que, a su vez, se basa en la exclusión de amplias capas de la población del circuito representativo, accesible tan sólo a los propietarios (lógica del sufragio censitario). La producción normativa discurre, pues, sobre la base de un parámetro de actuación formal que percibe la existencia de una realidad tendencialmente estática e inmutable, previamente definida por el orden constituido (Carmona, 1997: 89),

cuya articulación jurídica requiere que las leyes incorporen con carácter preceptivo las notas de abstracción y generalidad. Es precisamente este humus ideológico del que se nutre y en el que encuentra un terreno especialmente abonado el fenómeno de los códigos, protagonistas indiscutibles de la escena jurídica de la época.

Como complemento directo de los principios de legalidad y centralidad parlamentaria imperantes en este momento histórico emerge la garantía de la reserva de ley. Era su finalidad la de alzar una barrera protectora en relación con los ámbitos materiales esenciales del sistema (libertad y propiedad), exigiendo que su regulación corresponda en exclusiva a la normativa emanada de la instancia representativa. De este modo, viene a protegerse la esfera competencial del Parlamento frente al peligro de invasión procedente del Ejecutivo, esto es, frente a actuaciones independientes por parte de la Administración. Concebida en estos términos, sin embargo, históricamente la reserva de ley se afirma como garantía disponible para el legislador, de tal manera que, mediando su voluntad, queda expedita la vía para que el Gobierno proceda a regular las parcelas no abordadas previamente por el legislador (reserva relativa). A modo de contrapunto, allí donde la regulación legislativa denota un carácter tendencialmente omnicompreensivo, acotando en primera persona el estatuto jurídico de la materia regulada (reserva absoluta), se cierra el paso a la acción gubernamental de naturaleza creativa, quedando relegada al terreno de la mera ejecución.

El credo fundacional del Estado liberal sumariamente apuntado pertrecha al ordenamiento jurídico de unas sólidas bases teóricas que dan lugar a un edificio neoclásico, en el que el sistema de fuentes se caracteriza por las notas de simplicidad y regularidad (Silvestri, 1987: 149). Con el paso del tiempo, empero, la armónica construcción originaria presidida por la ley inexpugnable (Requejo, 2021: 17) va a experimentar cambios paulatinos en su configuración, abriendo el paso a la incorporación de significativas novedades en relación con los mecanismos de producción jurídica. En este sentido, se perfila como elemento determinante la progresiva democratización del Estado, propiciada por la extensión del derecho de sufragio a capas cada vez más amplias de la población, que trajo consigo la irrupción de la complejidad social en el ámbito parlamentario. Con ello, la grieta entre la separación entre Estado y sociedad que garantizaba la impermeabilidad del sistema frente a la realidad y que expulsaba de la lógica formal la respuesta a las exigencias sociales y económicas se manifiesta sin ambages. Y es que, a pesar de los dogmas de autorregulación económica y social, lo cierto es que la realidad siempre planteó necesidades regulatorias que exigían ser afrontadas desde la esfera pública. Con la profundización de la lógica pluralista que corre pareja a los avances de la democratización del derecho de participación política, el ámbito parlamentario deja de estar exclusivamente reservado a los intereses de la bur-

guesía como única clase social de referencia. El paradigma de la no intervención pública, por lo tanto, se bate en retirada, abriendo paso a nuevos –y hasta ahora inéditos– contenidos legislativos. Como inevitable efecto inducido, el dogma de la ley como norma general y abstracta muestra importantes signos de cuestionamiento en la práctica. El edificio ordinamental neoclásico ya no ofrecía respuestas a la altura de los requerimientos fácticos vinculados a situaciones que no encajaban en la lógica reguladora de la codificación. Así se constata con respecto a la necesidad de introducir normas correctoras de los crecientes desequilibrios derivados de los avances de la industrialización en un contexto de regulación económica y de condiciones de trabajo reducidas al mínimo. También, con la tarea de abordar, para amortiguarlos, los graves déficits existentes en materia de sanidad y asistencia social. O, en su punto álgido, para acometer las exigencias de reconstrucción planteadas tras el final de la primera guerra mundial o como consecuencia del crack bursátil de 1929 en los Estados Unidos cuyos devastadores efectos se irradiaron irremisiblemente a Europa. En tales circunstancias cualificadas, las respuestas normativas producidas, bien para garantizar la propia supervivencia del sistema (neutralizar el riesgo de revuelta y confrontación social en circunstancias de crisis), bien como manifestación de una clara actitud paternalista por parte de los poderes públicos (el caso del surgimiento del Estado social en Alemania en la época del canciller Bismark se erige en ejemplo paradigmático) ponen de manifiesto una acusada tendencia a apartarse de la comprensión no sólo del principio de legalidad, sino también del mismo concepto de ley hasta ahora predominantes. En unos casos, el Parlamento resulta constreñido a emanar leyes de carácter sectorial y, por tanto, en las antípodas de la nota de abstracción. En otros, las leyes muestran una naturaleza coyuntural, incorporando contenidos específicos pergeñados para solventar situaciones contingentes, con la erosión subsiguiente que ello provoca en términos de generalidad. Adicionalmente, se detecta la existencia de normas de naturaleza no reglamentaria aprobadas por el Gobierno, que actúa por propia iniciativa en casos de urgencia (decretos-leyes), usurpando la potestad legislativa de las asambleas legislativas y arrogándose por propia iniciativa su ejercicio, o, por el contrario, cuando la asunción de la veste legislativa se produce tras recibir una delegación por parte de aquéllas (decretos-legislativos). La consecuencia derivada de tal *modus operandi* apunta hacia la existencia de un ordenamiento cuyos componentes circulan por circuitos distintos y paralelos: junto al sistema de fuentes formalmente establecido (leyes del Parlamento) discurren una serie de instrumentos normativos de origen gubernamental que carecen de encaje en el mismo y que, por lo tanto, incorporan una clara dimensión patológica o de ruptura con respecto al orden establecido, el cual se muestra incapaz de ubicarlos en su seno. Lo que no es sino consecuencia directa del escenario institucional que se instaura en el Estado liberal y en el que coexisten dos legitimidades enfrentadas y dotadas de autonomía propia: una, la representativa, identificada con la institución parlamentaria

y otra, de índole autocrática, identificada con la figura del monarca y la esfera gubernamental. Ambas instancias de poder operan en sus respectivos ámbitos de competencia (ley-reglamento), sin que sea admisible intercambiar las funciones atribuidas (legislación-ejecución) a cada una de ellas. La larga polémica histórica sobre la ubicación del decreto-ley en el modelo normalizado de fuentes ofrece un ejemplo paradigmático al respecto, poniendo en evidencia “el auténtico agujero negro que el intervencionismo económico del Estado va a producir en el edificio del Estado liberal de derecho” (Porras, 1989: 1485).

### III. LA CONSTITUCIÓN EMPODERADA: EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

El final de la primera guerra mundial va a dar paso a un nuevo ciclo constitucional, definitivamente consolidado en 1945 tras acabar el segundo de los conflictos bélicos a escala planetaria, en el que el ordenamiento jurídico, manteniendo elementos procedentes del pasado, experimenta una radical transformación. De la mano de la entronización de la Constitución como Norma Suprema se da paso a un renovado escenario jurídico que se asemeja a “una matryoska rusa, que en su interior lleva muchas transiciones de distinto alcance” (Balaguer, 2020: 3).

En el punto de partida, esa neta ruptura con respecto a la etapa precedente está presidida por la afirmación de la soberanía popular que, como principio de cabecera, irradia su fuerza sobre el ordenamiento constituido. Una vez liquidada la fase liberal de la soberanía parlamentaria, ahora, el origen de todos los poderes se reconduce al pueblo. En la línea con los textos constitucionales de nuestro entorno, el tenor literal del artículo 1.2 de la Constitución de 1978 no deja resquicio a la duda: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Fruto de un proceso constituyente cualificado por la legitimidad democrática, el Estado constituido se caracteriza por su carácter democrático. Habría que añadir “plenamente” democrático, puesto que el sufragio universal es completo, predicándose de la ciudadanía en su conjunto, comprendiendo tanto a varones como a mujeres, sin que la condición económica presente relevancia alguna. La Constitución, por lo tanto, es expresión de ese pluralismo que es propio del heterogéneo sustrato fáctico del que trae causa y que resulta determinante para que se muestre como un marco genérico de referencia en el que se reconoce la sociedad en su conjunto. La Constitución, como pacto social legitimado por el pueblo, abandona el terreno de su anterior invisibilidad jurídica para afirmarse no solo como norma, sino también como “la” norma que crea y da origen al sistema político y al ordenamiento jurídico. Emerge una imagen de Constitución empoderada que, situada en el máximo nivel normativo y afirman-



do sus efectos sobre poderes públicos y ciudadanos (artículo 9.1 CE), genera un efecto de condicionamiento que se proyecta sobre el edificio normativo en un doble sentido: por un lado, negativo, puesto que no tolera y expulsa de su seno disposiciones contrarias a los mandatos en ella establecidos. Por otro, positivo, dado que regula en primera persona el proceso de creación jurídica, atribuyendo los correspondientes poderes a unos u otros sujetos y determinando el valor respectivo a las normas que tales sujetos crean (De Otto, 1995: 83).

Es precisamente al hilo del desempeño de esta función que la Constitución, en tanto que *dominus* del diseño de los mecanismos de producción jurídica, va a introducir significativas novedades, abriendo la puerta a la inserción en el sistema de fuentes de elementos hasta ahora huérfanos de reconocimiento en el máximo nivel normativo. Así sucede con las manifestaciones de potestad legislativa del Gobierno –decretos legislativos (artículos 82 a 85 CE) y decretos-leyes (artículo 86 CE)– que, una vez ubicado en el circuito de legitimación democrática que se predica de todos los poderes y definitivamente despojado de su precedente matriz autocrática, obtienen carta de naturaleza constitucional. Pasan, pues, a integrarse normalmente en el sistema de fuentes, desprendiéndose del carácter traumático que presentaban en la etapa precedente (Carmona, 1997: 43). Consecuencia directa de este planteamiento (principio de pluricentrismo legislativo) es que, aunque la ley sigue siendo un producto exclusivamente parlamentario, el ejercicio de la potestad legislativa se muestra fragmentado, al predicarse de sujetos diversos. Adicionalmente, se detecta la irrupción en sede constitucional de otros instrumentos normativos novedosos que ponen de manifiesto fenómenos de infraestatalidad y supraestatalidad normativa (Pérez Luño, 2011: 56) o, si se prefiere, de bidireccionalidad de las fuentes (Pérez Royo, 2007: 19-20). Ejemplo paradigmático del primero son los convenios suscritos entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, expresión del derecho fundamental a la negociación colectiva que la ley debe garantizar y a los que se atribuye eficacia normativa, según se deduce del reconocimiento de su fuerza vinculante en sede constitucional (artículo 37.1 CE). Por lo que respecta al segundo, la Constitución rinde tributo expreso a la apertura del ordenamiento al ámbito externo, dedicando un capítulo *ad hoc* (el tercero del Título tercero, bajo el epígrafe las Cortes Generales) a los Tratados internacionales (artículos 93 a 96). Especial mención merece en este sentido, y su estudio se remite al correspondiente apartado, la previsión de que por ley orgánica se autorice la atribución “a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” (artículo 93 CE). El sistema de fuentes, por lo tanto, no solo ha abandonado su anterior carácter autógeno. También incorpora una decidida apuesta a favor de la integración supranacional cuyos efectos se proyectan tanto sobre el ámbito legislativo, acogiendo en el sistema de fuentes constituido normas procedentes de la esfera externa, como sobre la Constitución,

abriendo una significativa brecha en su vocación de supremacía. En efecto, al permitir la cesión de competencias propias, es la propia Constitución la que deja voluntariamente expedita la vía para desprenderse de parcelas de soberanía. La supraestatalidad normativa, de este modo, adquiere una importancia capital de cara a obtener una comprensión adecuada de la imagen del edificio jurídico que, empezando por sus cimientos –la Constitución– opera en nuestro ordenamiento. Es, por tanto, la afirmación de la supremacía constitucional (cara) la que permite abrir espacios (competencias cedidas) en los que ésta renuncia voluntariamente a operar (cruz), encomendando su gestión y, asimismo, su regulación a instancias externas con una producción propia de normas.

Avanzando en el análisis de los efectos que la afirmación de la Constitución como Norma Suprema despliega sobre el ordenamiento constituido, merece ser una especial atención la pérdida de su precedente carácter omnímodo por parte de la ley. Sometida a los dictados constitucionales, resulta destronada (Zagrebelsky, 2007: 40). Consecuentemente, el principio de legalidad abandona su anterior puesto de cabecera ordinamental. La ley ya no incorpora una naturaleza constituyente y, por tanto, un radio de acción ilimitado. Muy al contrario, se desplaza al terreno de los poderes constituidos y, por ende, limitados por las prescripciones constitucionales. Sin embargo, a pesar de ello, no cabe perder de vista que el firme propósito de parlamentarizar el proceso de creación jurídica primaria del que hace gala nuestra Constitución (Punset, 2014: 84), confiere a la ley una posición preeminente dentro del sistema “constituido” de fuentes.

En este nuevo trasfondo jurídico, la garantía de la reserva de ley tampoco va a escapar del influjo transformador, abandonando su tradicional consideración como prerrogativa disponible para el Parlamento y pasando a afirmarse como una obligación irrenunciable para este (De Otto, 1988: 152). En palabras del Tribunal Constitucional, “su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo” (STC 83/1984). Pero no sólo, puesto que tal exigencia formal viene acompañada de una indispensable vertiente cualitativa o sustancial que opera sobre el contenido de la ley. En efecto, éste ha de respetar las exigencias de previsibilidad y certeza, lo que se traduce en que “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (STC 49/1999). En su nuevo entendimiento, la reserva de ley se muestra como un mecanismo orientado a acentuar el principio de legalidad, no a su eliminación (Rubio Llorente, 1993: 42). La preferencia de la ley incorpora, asimismo, una determinante dimensión procedimental. En efecto, el carácter público y contradictorio que caracteriza el iter de elaboración en sede parlamentaria confiere a la

regulación legal un plus reforzado de legitimidad democrática, al ser expresión de la lógica pluralista que es inherente a la confrontación y el debate entre los grupos políticos (mayorías y minorías) presentes en las asambleas representativas.

Para velar porque los nuevos postulados inherentes al principio de supremacía constitucional sean efectivamente respetados por las fuentes primarias, la Constitución procede a encomendar la función de su control a un órgano específico al margen del tradicional esquema de división de poderes, el Tribunal Constitucional. Una instancia a la que su ley reguladora define como “máximo intérprete de la Constitución” (artículo 1.1 LOTC). De la ley inexpugnable propia del Estado liberal se pasa a la ley privilegiada del Estado constitucional (Requejo, 2021: 17). A este respecto, resulta necesario recordar que tal privilegio incorpora dos dimensiones diversas, aunque conectadas entre sí. En primer lugar, es una norma privilegiada como consecuencia de la relación exclusiva que entabla con la Constitución. Siendo esta una norma que, en palabras del Tribunal Constitucional, “incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico” (STC 9/1981), su contenido expresa “propuestas de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de posibilidades” (Zagrebelsky, 2007: 13-14) cuya ulterior concreción corresponde al legislador. Sobre la base de este planteamiento, la ley no se limita a llevar a cabo una mera ejecución de las previsiones constitucionales sino, antes bien, a dotarlas de efectiva concreción, lo que apunta directamente hacia el ejercicio de una labor creativa dotada de una innegable –e irrenunciable– carga de politicidad. Y es que “el legislador siempre está reduciendo las distintas posibilidades del texto constitucional a una sola y en eso precisamente consiste su trabajo, en moverse dentro de las posibilidades ofrecidas por una norma constitucional, y no fuera de ellas, optando por una determinada” (Cruz Villalón, 1983: 202).

Es precisamente esta necesidad incuestionable de moverse dentro del perímetro constitucional la que remite a la segunda manifestación del carácter privilegiado de la ley, a saber, la que reserva la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional en exclusiva. La implantación del sistema concentrado de justicia constitucional está al servicio y es resultado de “esa voladura controlada del dogma de la soberanía de la ley” que produce el establecimiento del Estado constitucional democrático (Requejo, 2021: 17). En este sentido, la apuesta por el Tribunal Constitucional que lleva a cabo la Constitución española de 1978 sigue una línea similar a la de otros países que “han debido improvisar una tradición constitucional y democrática rigurosamente inédita” y en los que este órgano está llamado a garantizar el nuevo régimen constitucional implantado (Requejo, 2021: 18). Ese privilegio de matriz orgánica que atribuye el control de la ley únicamente a la jurisdicción constitucional incorpora, además, una faceta sustancial

referida a la validez, puesto que la norma sometida a impugnación goza de una presunción de constitucionalidad que se mantiene intacta hasta tanto el Tribunal Constitucional no se manifieste en contra. En efecto, solo cuando se constate que la disposición impugnada ha rebasado, desconociéndolos, los límites constitucionales, se procederá a su expulsión del ordenamiento jurídico.

Este rol de legislador negativo que es característico de la jurisdicción constitucional en su formulación clásica de cuño kelseniano, sin embargo, asume un contenido adicional no previsto formalmente en nuestro ordenamiento en aquellos supuestos en que la resolución adoptada subordina la adecuación a la Constitución de la disposición controlada a la concreta interpretación formulada por el Alto Tribunal. Como el propio Tribunal ha señalado, se consideran como interpretativas “aquellas resoluciones que rechazan una demanda de inconstitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados” (STC 5/1981). Desde la perspectiva del sistema de fuentes, no cabe duda de que estas sentencias incorporan una innegable dimensión creativa que rebasa el que es su ámbito natural de actuación, consistente en “asegurar el mantenimiento de esa pluralidad de alternativas con respecto a los genéricos mandatos constitucionales” (Cruz Villalón, 1983: 202), cuya concreción específica corresponde al legislador democrático. Ignorando su deber de autorrestricción ante la determinación en primera persona de concretas opciones constitucionales, el TC “hace magia”, ya que “pasa de la nomofilaxis constitucional, que es lo suyo, al ultramundo de la función legiferante positiva, que no lo es en absoluto” (Punset, 2014: 95). Con la finalidad de preservar la integridad de la ley, invade el terreno que corresponde al titular de la potestad legislativa, sustituyendo la voluntad manifestada por éste por la suya propia. Con ello, se da lugar a una nueva categoría de fuente que se muestra desprovista de base normativa, que despliega una cualificada fuerza jurídica derivada de su naturaleza supralegal, ya que la interpretación jurisdiccional formulada goza de superioridad jerárquica sobre las demás fuentes constituidas (Pérez Royo, 2007: 48) y únicamente puede desvirtuarse activando el correspondiente procedimiento de reforma constitucional (Garrorena, 2020: 217).

En lo que respecta al diseño de la potestad legislativa que se incorpora en sede constitucional, como ya se ha indicado con anterioridad, desaparece el precedente régimen de monopolio a favor de las asambleas parlamentarias. Hay que apuntar, asimismo, que en la lógica de la descentralización territorial del poder que incorpora la Constitución (articulada en función del principio dispositivo, recogido por el artículo 2 CE), también los entes dotados de autonomía política –las Comunidades Autónomas– y sus respectivos parlamentos son titulares de dicha

potestad en el ámbito de las materias que son de su competencia. No obstante, señalada la dimensión espacial del fenómeno de fragmentación apuntado y sin restarle un ápice de importancia, el foco preferente de atención analítica aquí aplicado aparece centrado en la forma de gobierno constitucionalmente instaurada en el nivel estatal. Desde tal perspectiva, la legitimación democrática de la que también goza el Gobierno —si bien con carácter mediato en la lógica del régimen parlamentario vigente— opera como elemento determinante sobre el que se basa la atribución de competencia normativa primaria a dicho órgano. Una decisión que, atendiendo a las exigencias de articulación de las distintas manifestaciones de producción primaria, trae consigo la introducción del criterio que identifica normas con “rango, fuerza y valor de ley”. Gracias al mismo es posible identificar fuentes gubernamentales que, en tanto que expresión de potestad legislativa, están equiparadas a la ley parlamentaria. Todas ellas se encuentran situadas en el mismo nivel ordinamental, sin que entre las mismas se entable una relación de jerarquía sino, antes bien, de competencia. La ausencia de una relación vertical, empero, no es óbice para que la Constitución, poniendo una vez más de manifiesto su preferencia por la ley parlamentaria, prevea tanto la existencia de límites materiales específicos a las normas gubernamentales de naturaleza legislativa, como de mecanismos de intervención sobre las mismas a cargo de la representación popular. En el caso del decreto legislativo, se exige una previa manifestación de voluntad por parte de las Cortes Generales que, en ningún caso, podrá tener como objeto materias reservadas a la ley orgánica. En términos procedimentales, las cámaras resultan constreñidas, mediante la aprobación de una ley de bases (para el supuesto de elaboración de textos articulados) o de una ley ordinaria (en el caso de los textos refundidos), a fijar el perímetro dentro del que debe desarrollarse la tarea encomendada al Ejecutivo. Vinculada a tal exigencia, se añade la necesidad de establecer con carácter expreso cuál es su objeto (materia concreta), así como el plazo disponible para su ejercicio. Tratándose de textos articulados, esto es, de aquellos que innovan el ordenamiento, el nivel de exigencia experimenta un ulterior reforzamiento, puesto que la ley de bases no solo deberá delimitar “con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa”, sino asimismo “los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio” (artículo 82.4 CE). El elenco de condiciones que gravan el ejercicio de la potestad delegada a cargo del Ejecutivo, como se ve, resulta amplio y cualitativamente intenso. Por su parte, en el supuesto del decreto-ley, la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (presupuesto habilitante) permite al Gobierno hacer uso de su potestad normativa que, en ningún caso, podrá afectar al amplio grupo de materias señaladas (artículo 86.1 CE). Como contrapartida a este poder de intervención unilateral por parte del Ejecutivo, el decreto-ley ingresa en el ordenamiento jurídico como norma provisional. Superar esa nota de precariedad existencial exigirá la posterior intervención del Congreso de los diputados (artí-

culo 86.2 CE) que, en un plazo improrrogable de 30 días, deberá asumir el decreto-ley en los términos aprobados por el Gobierno (convalidación) o rechazarlo (derogación). Sólo eventualmente, y siempre que medie la convalidación previa, cabe la posibilidad de activar el procedimiento de urgencia para su conversión en ley (artículo 86.3 CE), lo que no sólo da entrada en escena al Senado, sino que también posibilita la incorporación de enmiendas al texto originariamente aprobado. En el actual contexto fáctico concurrente, dominado por circunstancias urgentes necesitadas de atención normativa inmediata, el decreto-ley se perfila como un instrumento preferente de intervención normativa en manos del Ejecutivo. La débil interpretación que del presupuesto habilitante ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional que, por lo general, hace gala de una extraordinaria permisividad en este sentido, aceptando la percepción de la urgencia realizada por los Gobiernos, unida a la escasa profundidad del control político realizado por el Congreso de los diputados, configurándose la convalidación de las normas gubernamentales de urgencia como norma y la derogación, como excepción, han dotado de un indiscutible protagonismo a esta fuente del derecho, lo que ha operado en detrimento de la ley.

Esta última alusión a la compleja realidad circundante permite traer a colación el carácter social que acompaña a la definición de nuestro Estado y que en la fórmula constitucional utilizada aparece situada en primer término (artículo 1.1 CE). De la mano del mismo, se firma definitivamente el acta de defunción del principio de separación entre el Estado que caracterizó al primer liberalismo y que, con el paso del tiempo, si bien se atenuó, haciendo acto de presencia para afrontar situaciones diversas, permaneció al margen del circuito constitucional formalizado. Una vez asumida en el máximo nivel normativo la necesidad de la intervención pública para corregir las desigualdades que se derivan de la lógica del mercado, irrumpen en sede constitucional elementos e instrumentos orientados a su logro. Buena prueba de ello son los derechos sociales (con un contenido preferentemente prestacional), así como la afirmación, junto al principio de igualdad y no discriminación subjetiva (artículo 14 CE), de una renovada versión de la misma en clave material. Promover su consecución efectiva, así como remover los obstáculos que la impiden en la práctica (artículo 9.2 CE) corresponde a los poderes públicos, recibiendo éstos un mandato expreso en tal sentido. La puesta en marcha y el desarrollo de programas intervencionistas trae consigo una profunda relectura de las bases conceptuales del Estado de Derecho en su configuración previa (Luhmann, 1990: 50). Expuesta al impacto directo la complejidad socio-económica predominante, la esfera del derecho abandona su rol precedente de pasiva reflexión de una realidad autosuficiente (Luhmann, 1977: 23). Tal situación de fondo resulta determinante para que el Ejecutivo, asistido por la esfera burocrática y la capacitación técnica del personal a su servicio, asuma el papel de

motor político del sistema, así como de protagonista de la intervención pública. A tal efecto, debe recordarse que, junto con la atribución de potestad normativa de rango primario ya referida, el Gobierno recibe otros instrumentos dotados de indudable relevancia, los cuales contribuyen decisivamente a confirmar una posición de preeminencia en sede parlamentaria. En primer término, la iniciativa legislativa gubernamental (proyectos de ley), que goza de prioridad en su tramitación en las Cámaras (artículo 89.1 CE). En segundo lugar, aunque no por ello menos importante, se sitúa el ejercicio de la potestad presupuestaria. La iniciativa sobre la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, una ley esencial en la que se establecen las líneas maestras de la acción pública durante el año natural que está vigente, corresponde en exclusiva al Ejecutivo, atribuyéndose a las Cortes Generales “su examen, enmienda y aprobación” (artículo 134.1 CE). Pero no solo, puesto que se confiere al órgano gubernamental un sustancial poder de veto con respecto a “toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de ingresos presupuestarios”, requiriéndose su conformidad para ser admitidos a trámite (artículo 134.6 CE). De este modo, la capacidad parlamentaria para modificar las previsiones gubernamentales iniciales recogidas en el proyecto de presupuestos se ve reducida de una forma muy significativa.

La transformación de las funciones estatales unida a la reasignación de roles institucionales impone un cambio en el arsenal de instrumentos normativos existentes, lo que da lugar a una dinámica de profunda modificación del sistema constitucional de fuentes. Principal damnificada de los vientos de cambio imperantes es la ley. Aun manteniendo formalmente su posición de superioridad entre las fuentes constituidas, en la práctica se ve desplazada por la legislación gubernamental de urgencia que, de facto, se impone como vehículo normativo preferente. Pero no solo, ya que la ley, en cuanto tal, experimenta un efecto de pulverización conceptual que es consecuencia inmediata de los nuevos y heterogéneos contenidos que está llamada a incorporar (Zagrebelsky, 2007: 36). Su entendimiento clásico como expresión de ratio y garantía del equilibrio en las relaciones jurídicas se revela inadecuado (Bin, 2021: 28). Ante la metamorfosis de la óptica reguladora, que conduce a entender la ley como medio de acción política orientada a la consecución de resultados (programas finalistas), la procura asistencial, la planificación económica o la previsión de medidas específicas cuyos destinatarios son sujetos o colectivos concretos (leyes singulares, autoaplicativas, medida), se constata un efecto de vaciamiento de su función precedente (Zagrebelsky, 2007: 35). La formulación de los enunciados normativos ya no presenta la limpidez de los códigos (Pegoraro / Rinella, 2000: 48). Asimismo, los rasgos de abstracción y generalidad que acompañaban a la formulación clásica de la ley adquieren un grado notable de obsolescencia, pudiendo afirmarse que su mantenimiento no resulta imprescindible para garantizar el respeto de la seguridad jurídica y la igualdad que históricamente

operaban como justificación (Balaguer, 2020: 12). Se abre paso la idea de que la regulación legal no requiere una legitimación en clave sustancial o de contenido, más allá del debido respeto a lo dispuesto por la Constitución (Zagrebelsky, 2007: 151). Planteada la cuestión en estos términos, la ley muestra valor en sí misma en tanto que instrumento normativo aprobado por la representación popular reunida en el Parlamento. De este modo, el efecto de administrativización de la ley (esa normativa motorizada a la que ya se refería Carl Schmitt en los años 30 del siglo pasado) viene a despojarse de su connotación negativa. Así pues, aprobar leyes de contenido prestacional, de fomento de la acción pública o, incluso, de índole promocional con relación a concretos sectores sociales dejan de considerarse “fenómenos aberrantes” (Rubio Llorente, 1993: 362) para pasar a percibirse como manifestaciones ínsitas a la lógica social que impregna el Estado. Asimismo, desde la perspectiva de la ley como instrumento de dirección estratégica, que sienta las bases genéricas de la actuación prevista, la deslegalización, como encomienda de efectivo poder al Gobierno, cobra un nuevo sentido.

Esta percepción renovadora, que refleja la realidad de la efectiva configuración práctica de la ley, sin embargo, no cuenta con un respaldo formal expreso. Basta con la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de ley singular para apreciar la existencia de una actitud de progresivo rechazo hacia la misma. Si en un principio el Alto Tribunal admitió con reservas la constitucionalidad de este tipo de ley (STC 166/1986), con posterioridad ha ido cerrando espacios de actuación (SSTC 203/2013 y 50/2015) lo que arroja como resultado su imposibilidad de facto. Ciertamente, tal actitud de recelo se explica atendiendo al absoluto déficit de tutela judicial efectiva que es inherente a estas leyes en nuestro ordenamiento, puesto que sus destinatarios carecen de instrumentos de cualquier acción procesal para cuestionar su aplicación. Al ser formalmente leyes –aunque, desde una perspectiva material muestren naturaleza administrativa-, su control corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional. Dado que en nuestro ordenamiento los particulares carecen de legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad (a diferencia de lo que sucede en Alemania o Austria en relación con estos supuestos, admitiendo el amparo frente a leyes), tal vía de defensa queda anegada y, con ella, cualquier posibilidad de obtener tutela jurisdiccional.

#### IV. LA CONSTITUCIÓN ARRINCONADA: EL ESTADO INTEGRADO Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Según se indicó en un momento precedente, la apertura a la esfera supranacional que propugna la Constitución en su artículo 93, da trae consigo la quiebra de la soberanía. Se trata de una fractura parcial, puesto que la atribución del ejercicio



de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional queda circunscrita a determinados ámbitos materiales. En tal contexto de renuncia es importante subrayar que la cesión de poder soberano trae aparejada, asimismo, la de la potestad de ordenación de las fuentes. Con la pérdida del carácter autógeno del sistema de producción jurídica, salta por los aires la exclusividad de las funciones estatales (Bin, 2021: 37) y con ello se abre la puerta para que el ordenamiento interno incorpore normas de procedencia externa (pluralismo jurídico). Especial relevancia muestra este nuevo rostro plural del sistema interno de fuentes en relación con el derecho de la Unión Europea (organización supranacional en la que pensaba el constituyente durante la redacción del artículo 93 CE), atendiendo a que, en su ámbito de aplicación (esto es, el correspondiente a las competencias cedidas), las normas procedentes de dicha instancia gozan del efecto de primacía. En virtud de tal principio, el derecho de la Unión desplaza a toda norma estatal, cualquiera que sea su rango, que resulte incompatible con sus contenidos (Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto Costa Enel, 6/1964). Sin prejuzgar la validez de la disposición interna, la primacía proyecta sus efectos sobre el terreno de la eficacia, ya que constatada la colisión impide la aplicación de la norma estatal, dando preferencia a la regulación europea. La comprensión absoluta de la primacía, que se predica de cualquier fuente comunitaria y surte efectos, asimismo, frente a toda norma interna, supone un abierto cuestionamiento del principio de superioridad jerárquica del que goza la Constitución nacional, en tanto que norma suprema de su ordenamiento. Se impone, pues, una atenta consideración del impacto que la misma genera a escala interna, calibrando su comprensión en el marco del Estado integrado. O si se prefiere, determinando cómo ha de entenderse la supremacía constitucional a la luz de dicho principio europeo. Con tal finalidad, resulta imprescindible acudir a la interpretación del mismo lleva a cabo el Tribunal Constitucional en su Decisión 1/2004, relativa al proyecto (fracasado) por el que se establecía una Constitución para Europa, cuyo articulado incorporaba expresamente por primera vez al derecho primario dicho principio de primacía.

El Tribunal inicia su razonamiento recordando una premisa ya apuntada como es que la primacía carece de eficacia general, quedando circunscrito su efecto únicamente al ámbito de las competencias cuyo ejercicio se ha cedido a la Unión “por voluntad soberana del Estado” mediante la preceptiva ley orgánica (artículo 93 CE). Gracias a la vertiente orgánico-procedimental (DTC 1/1992) que incorpora tal precepto, se configura una “bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos”. De esta forma, la Unión Europea queda “habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos”. El pluralismo normativo que se deriva de la adhesión a la Unión cuenta con un reconocimiento expreso,

ofreciendo un idóneo marco de referencia, al reconocer “preferencia aplicativa” a las normas europeas y permitir el desplazamiento de las previsiones nacionales, incluidas *también* las constitucionales. La trascendente novedad que incorpora la DTC 1/2004 se cifra en la atribución de una –hasta ahora– inédita dimensión sustantiva a dicha cláusula habilitante, mediante la cual se identifica la existencia de límites materiales a la cesión de competencias (*sic*, a la integración misma). Aunque como el propio Tribunal reconoce dichos límites no aparecen expresamente formulados, “implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto”. La afirmación de esta vertiente material permite al TC enriquecer la idea de primacía limitada o relativa, sirviendo como habilitación para exigir que las normas europeas relativas a las competencias cedidas sean “compatibles con los principios del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución”. Más específicamente, se requiere “el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia”. Completa su razonamiento el Alto Tribunal introduciendo una cláusula de salvaguardia mediante la que se habilita a sí mismo a actuar en las siguientes circunstancias: “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del DUE llegase a resultar inconciliable este derecho con la CE, sin que los hipotéticos excesos del Derecho de la Unión respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previsto en esta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal casos se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes”.

La construcción jurisprudencial expuesta pone de manifiesto la existencia de un núcleo constitucional resistente a la integración, esto es, una suerte de Constitución residual (Cruz Villalón, 2006: 29) conformada por materias no susceptibles de ser cedidas (*contralímites*). Va a ser precisamente en relación con ese mínimo constitucional indisponible (Arzoz, 2015: 81-82) donde el rasgo de supremacía que es propio de la Constitución permanece incólume. Por lo que respecta a las competencias cedidas, la primacía del derecho europeo provoca un irresistible efecto de arrinconamiento de la fuerza prescriptiva de la Constitución en su formulación originaria, siendo reemplazada por “una suerte de Constitución material formalizada sustancialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha establecido el principio de primacía”. Así pues, si bien es cierto que, desde una perspectiva formal, la formulación de dicho principio no incorpora la pretensión de expresar “una soberanía propia de la Unión”, no lo es menos que, atendiendo a las consecuencias prácticas que del mismo se derivan, se constata

la producción de “un efecto equivalente al de un auténtico poder soberano” (Requejo, 2021: 24).

Y si la Constitución resulta arrinconada en términos aplicativos por efecto de la primacía, otro tanto sucede a la ley, allí donde la cesión competencial opera y se produce una colisión con lo dispuesto en la normativa europea. En este supuesto, los jueces nacionales deben dejar sin aplicar la normativa interna, dando preferencia a la regulación supranacional. Para solventar las dudas surgidas en torno a la aplicabilidad, la jurisdicción nacional cuenta con el auxilio de la cuestión prejudicial (artículo 267 TFUE). Elevada ante el Tribunal de Justicia de la Unión, permite determinar la compatibilidad entre las disposiciones contrapuestas, de tal manera que, si se llega a una solución contraria a la ley nacional, ésta quedará despojada de eficacia aplicativa. Se produce, pues, una clamorosa quiebra del principio constitucional del sometimiento del juez a la ley (artículo 117.1 CE). Estando en juego el derecho europeo, dicho axioma se bate en retirada, dejando expedito el campo para que la jurisdicción ordinaria dé preferencia a aquel en detrimento de la ley interna. Asimismo, el privilegio jurisdiccional que acompaña a la norma legislativa, reservando exclusivamente al Tribunal Constitucional su control, experimenta una sustancial modulación. Es cierto que aquel sigue manteniendo el monopolio sobre la declaración de validez de la norma, un terreno en el que no se inmiscuyen los jueces de Luxemburgo, cuyo punto de mira se sitúa como ya se ha referido en el de la aplicación. Aun así, la declaración de incompatibilidad, si bien deja intacta la validez formal de la ley nacional, en términos materiales la destierra al limbo de la inefectividad. De este modo, al destronamiento que sufre la ley como consecuencia de la afirmación de la Constitución como Norma Suprema se suma, además, una ulterior degradación, quedando subordinada su aplicación a la compatibilidad con las previsiones establecidas por la normativa de la Unión Europea. Se trata, en todo caso, de “una decisión amparada por el constituyente”, porque “nada de lo que le sucede es ajeno a la voluntad del soberano”. Y es que “la humillación de la ley no tiene otro culpable que el poder constituyente” (Requejo, 2021: 29).

## V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA CONSTITUCIÓN RECONSTITUIDA Y EL PRINCIPIO DE ASUNCIÓN EFECTIVA DE LA REALIDAD

Llegados a este punto, ha quedado de manifiesto que la existencia de fuerzas corrosivas de la soberanía que, en el caso de la integración europea es asumida expresamente por la propia Constitución, trae consigo la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, el cual renuncia a su tradicional monopolio en la definición de las decisiones políticas (Zagrebel'sky, 2007: 12) y

también en la formación del derecho. En este ámbito, al embate de la integración (la supraestatalidad) se suma la profunda redefinición que la otrora omnipotente ley experimenta en el marco de la afirmación del Estado social y democrático de derecho, basado en el principio de soberanía popular. Sometida a la Constitución, que es Norma Suprema, pierde su carácter inexpugnable y no sólo quedará expuesta al control ejercido por el Tribunal Constitucional, habilitado para expulsarla del ordenamiento jurídico en casos de contradicción con aquélla, sino también al de los jueces ordinarios de justicia que, en su veste de poder judicial europeo, quedan habilitados per se o contando con el auxilio la cuestión prejudicial interpuesta ante el Tribunal de Luxemburgo, para desplazar su aplicación y, por tanto, a neutralizar su eficacia, allí donde se detecte la incompatibilidad de la ley interna con la normativa europea.

Sin embargo, a pesar de experimentar una profunda crisis de identidad, la ley parlamentaria sigue reinando sobre las fuentes constituidas. También, teniendo presente el reconocimiento de rango, fuerza y valor de ley a normas primarias de origen gubernamental que, en el caso del decreto-ley denotan una irresistible e irrefrenable —atendiendo a la debilidad de los controles previstos— fuerza expansiva. Junto ello, las notas de abstracción y generalidad, contenido esencial del concepto de ley forjado en el Estado liberal, van a experimentar un irremisible efecto de difuminación, cediendo el paso a una concepción morfológica de los textos legales en la que la presencia de rasgos administrativos resulta muy destacada. Se afianzan, de este modo, las leyes sectoriales, de intervención, de índole prestacional, singulares, etc.

Resulta indudable que ese edificio neoclásico del ordenamiento jurídico heredado del liberalismo ha pasado a incorporar nuevas formas que, alejándose de dicho estilo, no resultan compatible con el mismo, poniendo de manifiesto “la total desnaturalización del diseño primitivo” (Silvestri, 1987: 149). No cabe, pues, sino constatar que el sistema de fuentes del derecho definido por la Constitución está en crisis. Una crisis que toma como indicador fundamental los evidentes signos de decadencia que experimenta la ley. Ahora bien, no puede pasarse por alto que tal crisis trae causa directa de “los modelos que hemos heredado de un tiempo mitológico” en buena medida superado en la actualidad. Porque mucho de mitológico tiene esa “imagen icónica de la ley y el Parlamento” que tan mal ha resistido el paso del tiempo y que tan maltrecha se muestra en la actualidad. Haber “sido aceptada sin beneficio de inventario” (Bin, 2021: 20) y sin la necesaria impronta adaptativa en clave ordinamental, ha conducido a concentrar todo el peso del desarrollo de la acción pública exclusivamente sobre la ley, lo que, aparte de ignorar el evidente proceso de administrativización del sistema jurídico que ya apuntara C. Schmitt en los años treinta del siglo XX, produce una laguna práctica que deja cojo el diseño institucional previsto por la Constitución (Carmona, 1997: 45).

La complejidad del contexto contemporáneo imperante socava y pone en cuestión la funcionalidad de los instrumentos tradicionales de producción jurídica. Nos topamos con un sistema de fuentes del derecho que presenta claros signos de fatiga de materiales. En un mundo asediado por la urgencia y poseído por la impaciencia, gana terreno la percepción de que la ley, aun conservando formalmente su condición de centro de gravedad del sistema jurídico constituido, denota una incapacidad creciente para responder a las nuevas necesidades que se manifiestan en la sociedad (Ferrarese, 2002: 136). La dialéctica mayoría-minorías, así como la configuración formalmente discursiva del procedimiento parlamentario muestran una cierta inadecuación no solo para que la ley refleje, sino también para que logre canalizar los intereses y datos fácticos concurrentes que se hallan en su base y que motivan la acción política. Como se ha apuntado, ante las inesquivables demandas planteadas por la realidad “el problema no es si se interviene o no, sino saber cómo hacerlo” y en tal sentido, la competencia técnica se perfila como elemento esencial que ha de acompañar la tarea legislativa (Bin, 2021: 31). Emerge, de esta forma, esa imagen de Gobierno protagonista, motor político del sistema, que asume en la práctica una función creativa, no meramente ejecutiva, en el esquema de instituciones del Estado. Un Ejecutivo que, contando con la confianza de la mayoría en el Parlamento, no sólo tiende a controlar el procedimiento parlamentario en la tramitación y aprobación de las leyes, sino que también afirma un rol preeminente en términos normativos gracias a la configuración de la potestad presupuestaria y al entendimiento práctico de la figura del decreto-ley.

Tomando como referente dicho trasfondo se verifica la idea de que en el sistema político estatal coexisten dos ciclos de poder de signo opuesto: uno, de carácter “oficial”, formalmente previsto en las Constituciones, apoyado sobre la autoridad habilitada, según se dispone en sede normativa y que prevalece siempre en última instancia en casos de conflicto. Junto al mismo, emerge el denominado “contraciclo”, cuya existencia viene inducida por la incapacidad del ciclo oficial para gestionar la sobrecarga que proyecta la realidad circundante. En circunstancias normales impone su lógica, provocando la aparición de un estado de cosas que acaba por aceptarse aunque carezca de bases formales”. En tales circunstancias “queda abierta la cuestión fundamental de cómo articular la responsabilidad política” (Luhmann, 1990: 49-50), pero no solo. Elevando el foco analítico hacia el texto constitucional, lo que queda pendiente en términos de recuperación de la voluntad rectora que le es propia, es una reformulación de los mecanismos de producción normativa que tome buena nota de las transformaciones experimentadas por el contexto en el que están llamados a aplicarse. Mantener su condición de Norma Suprema y también de norma sobre producción de normas sitúa a la Constitución en un punto de inflexión existencial que debería conducirla a asumir una definición de las fuentes del derecho en sintonía con el Estado social,

democrático de derecho e integrado en la Unión Europea establecido por ella misma.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARZOZ SANTISTEBAN, X., *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 2015.
- BIN, R., *Critica della teoria delle fonti*, FrancoAngeli, Milano, 2021.
- CARMONA, A., *La configuración constitucional del decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, P., «¿Reserva de Constitución? Comentario al FJ 4 de la STC 76/83, de 5 de agosto, sobre la LOAPA», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 1983.
- «El Tratado según la Constitución: tres planteamientos» en: CARRILLO, M.; LÓPEZ BOFILL, H. (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995.
- FERRARESE, M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- GARRORENA, A., *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.
- LUHMANN, N., *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari, 1977.
- *Political theory in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin-New York, 1990.
- PEGORARO, L.; RINELLA, A., *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli Editore, Torino, 2000.
- PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 2007.

- PIZZORUSSO, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.
- PORRAS, A., «La función de Gobierno y la dialéctica entre política y Administración» en: AA. VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.
- PUNSET, R., «Potestades normativas y forma de Gobierno» en: *Potestades normativas y forma de gobierno*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- REQUEJO, J. L., «La ley desamparada. Consideraciones sobre el juez natural de la ley democrática de los Estados de la Unión Europea» en: PLAZA, C. (coords), *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Tribunal Constitucional; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021.
- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- RUBIO LLORENTE, F., «Principio de legalidad» en: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- SILVESTRI, G., «La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche», en: *Politica del Diritto*, 1, 1987.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2007.

