

# **Séptimo Congreso de la Sociedad Europea de Derecho Público (Estrasburgo, 10-12 Junio 2010), “El Soft Law de las Organizaciones Europeas”**

*Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz*

Catedrático de Derecho Administrativo

1.– El barroco es el estilo artístico de la contrarreforma, lo que, objetivamente, supone toda una desgracia: está salpicado por el tufo de incorrección política que, guste o no, destila todo lo que, aun de manera remota, huele a Concilio de Trento. Pero lo más cierto es que son los escritores españoles de esa época los que (con el precedente, sí, del gran Platón) aportaron al pensamiento universal, y lo describieron con toda crudeza, la idea de que en esta vida traidora las apariencias engañan y todo, o casi todo, es, para decirlo con las palabras de Pedro Calderón de la Barca, “el gran teatro del mundo”. En el cual, para seguir recordando referencias bien conocidas, sucede que por debajo de la *vanitas vanitatis* que se gastan los supuestos poderosos lo que realmente se embosca es la nada más absoluta. Un autor tan característico de esa época como fue Sebastián de Covarrubias Orozco, cuando en su “Tesoro de la lengua castellana o española”, ya casi al final, tiene que ocuparse de la voz *verdad*, lo que hace no es aportar una definición, sino lamentar lo mucho que se la escarnece y lo grave de las consecuencias: lo primero que afirma acerca de la verdad es que “si ésta se practicase en el mundo, no habría tantos engaños ni maldades”. Y es que “como los ojos de los murciélagos y lechuzas aborrecen el sol, así muchos aborrecen la verdad”.

Han pasado varios siglos desde entonces –el Diccionario de Covarrubias es de 1611, de modo que su cuarto centenario lo tenemos aquí ya– y, mal que bien, España está, por fin, normalizando su posición dentro de lo que antes se llamaba el concierto de las naciones europeas. Pero eso no significa que el dedo acusatorio que con tanto tino emplearan nuestros maestros del barroco haya perdido su razón de ser. Más aún: puede incluso notarse que, en cierto sentido, y si es que la quintaesencia de lo hispánico es el divorcio entre la apariencia (otra vez Covarrubias: “lo que a la vista tiene un buen parecer y puede engañar en lo intrínseco y sustancial”) y la realidad, lo que en buena medida

ha sucedido es que toda Europa, incluso la que quedó a salvo de Trento, ha terminado quedando contaminada por España. Al menos, y ya voy centrando el tiro, en lo que hace a eso que los juristas llamamos “las fuentes del derecho (objetivo)”. O, visto desde la perspectiva del individuo, las fuentes de los derechos y de las obligaciones de cada quien.

2.– La Constitución española de 1978 tiene, sí, muchos menos años que la italiana (1947), la alemana (1949) o la francesa (1958), pero, si nos fijamos en su texto, se convendrá en que es también un cumplido fruto de las concepciones jurídicas dominantes en la segunda postguerra mundial, que, a su vez, no consisten sino en poner un añadido constitucional y humanista (como reacción frente a la barbarie: recuérdese que como empieza la Ley Fundamental de Bonn es proclamando que “la dignidad humana es intocable”) al material dogmático elaborado en las Universidades alemanas a lo largo del siglo XIX, cuya idea central consistía, como es bien sabido, en poner a la ley estatal –al Código, en singular– en el lugar central. Si además ocurre que quien aprueba la norma es un órgano parlamentario, la conclusión –que entonces, hace más de un siglo, constituyó un evidente progreso– era que así se alcanzaba, por fin, la democracia y se hacía carne y hueso el maravilloso principio de que, al obedecer a la norma, en rigor lo que estamos haciendo es obedecernos a nosotros mismos: lo que Rousseau formuló como un ideal que aparecía, por fin, como algo alcanzable.

De la Constitución española de 1978 apenas habrá que recordar unas pocas de sus muchas palabras. En el Preámbulo, “la nación española (...) proclama su voluntad de (entre otras cosas) consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Y, precisamente por eso, se ha de tratar de una norma que ha de ser concebida y gestada a fuego lento. El Capítulo II del Título III se rotula precisamente “de la elaboración de las leyes” (en el seno de las Cortes Generales, compuestas por Congreso de los Diputados y Senado) y va repasando los distintos estadios, empezando por la iniciativa (Arts. 87 y 89) y terminando por la tramitación en el Senado, que se tomará dos meses o, en caso de urgencia, y como mínimo, veinte días naturales (Art. 90). Hay, sí, otras fuentes normativas, como los reglamentos, pero sin duda se colocan por debajo. Por el Art. 9.3, y entre las cosas que la propia Constitución afirma que “garantiza”, se encuentra “la jerarquía normativa”. Lo que de los Jueces se predica en el Art. 117.1 es que están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Y ese esquema alcanza una especial intensidad si se trata de las normas cuyo incumplimiento –las penales, en esencia– puede acarrear el más aflictivo de los castigos, que es, por supuesto, la privación de la libertad personal. El Art. 25 declara en su apartado 1 que “nadie

puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En un escalón inmediatamente inferior se sitúa el campo de lo tributario. Art. 31.3: “Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”. Es la venerable idea –por mucho que en su día, se insiste, fuera algo poco menos que revolucionario– de la libertad y la propiedad como los asuntos que son objeto de reservas materiales de ley.

Por supuesto que el propio texto constitucional es el primero en abrir algunas vías para que ese esquema tan asfixiante pueda alegrarse con un poco de oxígeno. Así, para empezar, sucede que, dentro de las leyes de las Cortes Generales, no todas son iguales: la menos importante es la de Presupuestos Generales de cada año (que, pese a su inequívoca naturaleza legislativa, no colma la reserva de ley tributaria: por el Art. 134.6, no puede crear gravámenes y sólo podrá modificarlos si cuenta con una autorización explícita) y, más abajo aún, los Reales Decretos–Leyes, que, según el Art. 86, el Gobierno, con el concurso sólo del Congreso de los Diputados y sin la menor presencia del Senado, puede aprobar “en caso de extraordinaria y urgente necesidad”. O sea, cuando, por las circunstancias concurrentes, no diera tiempo a la tramitación ordinaria del texto en las dos Cámaras.

El esquema tradicional –Parlamento, democracia, representación, Ley– también tiene algunas fisuras desde la óptica de lo que constituye el *locus* de adopción de las correspondientes decisiones legislativas. El órgano estatal tiene que repartirse el campo de juego con sus colegas de las CCAA –Arts. 152.1 y 153.a)–. Y, si en efecto el Art. 93 permite que “se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, y entre ellas está sin duda la función legislativa, nadie podrá discutir que, por encima del Estado, también puede existir otra Asamblea.

Pero todo eso no son sino matices que acompañan a un modelo tradicional que, en cuanto tal, sigue incólume. El constituyente de 1978 era un hijo fiel de los codificadores del siglo XIX. Las fuentes del derecho son un monopolio del Estado y, dado que estamos en una democracia, el concepto que en lo formal lo explica todo es el citado de representación. Y si adoptamos como punto de vista el del contenido de las propias normas así aprobadas, el reflector se ha de poner sobre la idea general de sanción, cuyo peldaño más elevado lo ocupan, por supuesto, los castigos penales: la terrible cárcel, en resumidas cuentas. En fin, para completar la exposición, debe añadirse que la pregunta por la efectividad de dichas normas (¿de verdad la gente adecúa su conducta a ellas,

o, si de lo que se trata es de reprimir, acaso el público las obedece o no?), que a veces puede resultar embarazosa, carece de todo interés desde la perspectiva del razonamiento propiamente jurídico. Que se ocupen, si acaso, los sociólogos, o, desde un ámbito científico más reducido, los criminólogos.

3.– Pero, como notó Ferdinand Lasalle en la Prusia de poco antes de la unidad alemana, hoy somos muchos los que pensamos que lo más importante de las Constituciones no es lo que se encuentra en el papel. Porque bien podemos ver a diario (no hace falta, en efecto, ser un lince para observarlo) que, incluso sin salirse de los propios esquemas formales del texto, sucede, por poner sólo un ejemplo, que las medidas económicas más importantes son, en especial a partir del estallido de la gran crisis en septiembre de 2008, los que se aprueban mediante Real Decreto–Ley. Es notorio que la “extraordinaria y urgente necesidad” ha dejado de ser un sinónimo de lo infrecuente: antes al contrario, resulta indiscutible que los ritmos del procedimiento legislativo común, incluso aunque los plazos se acorten al mínimo, no valen para actuar en los tiempos que –nunca mejor dicho– corren. Con la Ley de Presupuestos ha pasado algo quizá no idéntico, pero sí parecido: la realidad le ha ido confiriendo una importancia que va mucho más allá del modesto papel que la Constitución de 1978 le parecía tener dispensado.

Si podemos observar la existencia de todas esas graves distorsiones aun dentro del propio esquema formal que la Constitución estableció hace treinta y dos años, lo cierto es que el estallido ha sido mucho más violento si nos salimos de ahí y lo que pasamos a contemplar es ya todo el campo de juego de las fuentes del derecho. Porque fuera hay muchísimas más cosas. A veces, y de nuevo es una mera referencia, son los mismos órganos legisladores los que prefieren manifestarse por cauces distintos a los de la producción normativa: son, por ejemplo, las proposiciones no de ley del Congreso de los Diputados, las mociones del Senado, las Resoluciones del Parlamento Europeo o las Recomendaciones o Comunicaciones de la Comisión de Bruselas, que no se integran en el ordenamiento y, en lo que hace a su contenido, no estipulan sanción alguna para el supuesto de inobservancia. Y en otras ocasiones lo que sucede es lo contrario: que quien actúa es alguien sin poderes formales aunque, por la razón que sea, y que casi siempre tiene que ver con la economía (y es que dos más dos siguen siendo, nos pongamos como nos pongamos, cuatro) con una enorme capacidad de hecho para obtener adhesiones. Ahí entran desde las normas técnicas que elaboran privadamente las propias industrias de cada sector, hasta los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades mercantiles que cotizan en la Bolsa o, en fin, los acuerdos de los dirigentes bancarios reunidos en Basilea al margen de las organizaciones de

dirección de la economía internacional. En todos esos casos, se insiste, no se da –en teoría– la fuerza de obligar (porque falta algún requisito, ya se refiera al *quién* o al *cómo*), pero, de hecho, los mandatos se terminan cumpliendo por todo el mundo sin rechistar, como si no hacerlo trajera consigo el más terrorífico de los baldones.

El cuadro de fuentes *reales* del derecho –o sea, el que sociológicamente explica la conducta de las personas– es, pues, muy otro del que surge de la lectura de cualquier Constitución, y de la española de 1978 en particular. Si ya ella supuso una inyección de pluralismo con respecto a la situación monolítica clásica, lo cierto es que lo que ha venido después lo ha desbordado todo. Las fuentes del derecho son ya un poliedro de mil caras, en permanente cambio además, y en el que, por supuesto, no resulta fácil establecer jerarquía alguna. La seguridad jurídica (en su sentido más tradicional: la solución justa es una y, siempre o casi siempre, además resulta previsible) es algo de épocas pasadas. Estamos, como ha explicado Ulrich Beck, ante la sociedad del riesgo. También en lo jurídico.

4.– En suma, resulta evidente que existe un profundísimo divorcio entre norma y realidad (realidad estrictamente jurídica: la puntualización no es de arte menor). La gente de nuestro tiempo, sobre todo si hemos hecho del derecho nuestra vocación, o al menos si de ese oficio es de donde obtenemos el pan, tenemos que reflexionar sobre ello. Está, de entrada, la postura de quienes niegan la evidencia y siguen aferrados al positivismo legalista más rabioso. Un segundo grupo es el constituido por los discípulos intelectuales de los autores del período barroco a los que yo comenzaba por aludir al principio: son los aguafiestas que (en buena hora) se dan cuenta de que las cosas no son como parecen y lo denuncian a voz en grito y de la manera que resulte más expresiva desde el punto de vista literario o incluso pictórico. Pero, una vez dado ese paso indispensable (en definitiva, algo tan obvio como tener los ojos abiertos a la vida), hay gente que quiere ir un poco más allá: no quedarse en la manifestación de haber sufrido un desengaño –otra palabra típica de la España del siglo XVII– y pasar a intentar reconciliar las dos orillas de lo que aparece como un abismo insondable. Debe indicarse que a las personas que se integran en este tercer grupo les debemos mucho. Para empezar, la denominación de *soft law*, derecho blando, que agrupa a cosas tan heterogéneas como las que se han mencionado más arriba. Y, además, los esfuerzos, nada sencillos, por reconstruir las ruinas y volver a darles unidad. Una labor que requiere, por supuesto, endurecer lo suave (de alguna manera formalizarlo, en resumidas cuentas), pero también, y es algo más complicado, practicar la operación inversa: detectar, como entre nosotros ha hecho Alejandro Nieto en los últimos años, lo que en

las normas parlamentarias hay de puro ornamento, de mero manifiesto político sin otra pretensión que la propagandística. Ya se sabe cómo actúan los que, en esta sociedad mediática en la que vivimos, tienen que pasar por el engorroso trance de someterse con periodicidad al severo escrutinio del pueblo soberano.

Ni que decir tiene que en estos acercamientos intelectuales al *soft law* aflora lo más profundo del pensamiento de cada quien. La mayor o menor simpatía hacia estas nuevas figuras jurídicas deja traslucir las creencias (en el sentido orteguiano del término) y, más aún, la edad. Entre los mayores (con la excepción, por supuesto, de quien se acaba de mencionar, que, al menos mentalmente, es el más joven de los administrativistas) el entusiasmo suele ser ciertamente escaso: la mayoría prefiere poner el foco (y no deja de ser una preocupación muy plausible) más en la legitimidad de las normas que en su efectividad.

5.— La *Societas Iuris Publici Europeae*, SIPE, Sociedad Europea de Derecho Público, ha dedicado su Congreso de 2010 —el séptimo de su existencia— a estos asuntos. Más aún: teniendo en cuenta el origen internacional del concepto y la diversa procedencia nacional de los asistentes, el tema fue, literalmente, “el *soft law* de las organizaciones europeas”. Con esta última referencia se quería aludir no sólo a la Unión Europea y al Consejo de Europa —la reunión, no se olvide, tuvo lugar en Estrasburgo—, sino también a las instituciones enteramente nacionales (sobre todo, las judiciales) cuando han de aplicar disposiciones que, sin embargo, no son privativas del correspondiente país.

El Congreso (que, para mayor gloria de los asistentes, se celebró en el edificio que desde 1992 alberga la mítica Escuela Nacional de Administración —ENA— francesa) tuvo tres sesiones. En la primera de ellas —“objetivos y funciones del *soft law* europeo”— se disertó, por supuesto, sobre los planteamientos más generales, aunque se huyó deliberadamente de los análisis ceñidos a lo académico. Hubo dos ponencias, con objeto respectivo en las experiencias de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

La organización de la segunda sesión partió de la base de diferenciar, dentro del *Soft law* europeo, entre su efectividad y su eficacia. Las cuatro ponencias analizaron tales aspectos desde la óptica de lo hecho por las autoridades nacionales y de la jurisprudencia de los respectivos Tribunales Constitucionales y de las dos Cortes propiamente continentales: la de Luxemburgo y la de Estrasburgo. En el primero de los puntos, se hizo un especial hincapié en la ya remota pero siempre actual Sentencia Grimaldi de 1989: es co-

nocido que se trataba en cuanto al fondo de una enfermedad profesional no catalogada en el derecho belga pero sí en una Recomendación europea, que, a juicio del Tribunal, tenía que ser “tomada en cuenta” (?) por el Juez a la hora de resolver la disputa.

En fin, la tercera sesión consistió en una mesa redonda bajo el rubro “Legitimidad y legitimación del *soft law* europeo”.

Particular interés presentaron las reflexiones finales, donde se formuló una explícita y fatal “ley de la gravitación judicial”: cuanto mayor riqueza en las fuentes del derecho, menos principio de legalidad, o imperio de la ley, y –de nuevo son palabras de Alejandro Nieto– más arbitrio judicial y, por qué no decirlo, más subjetivismo judicial. Son esos, queramos o no, los vientos de la historia: abajo el legislador, vivan los jueces. Nada se gana con vendarse los ojos frente a una realidad mucho más compleja de lo que pretende el texto constitucional. Una realidad cuyas consecuencias –las buenas y las malas– hay que asumir.

Hasta aquí, lo que se discutió en el Congreso. Verdaderamente interesante. Valió la pena estar allí.

5.– A los asistentes españoles, las conclusiones del Congreso (la “ley de la gravitación judicial”), por mucho que se limitaran a recoger lo que es muy obvio, nos dejaron un regusto de preocupación. Y es que a nadie le gusta que le pongan sobre la mesa el terrible dato de que lo gigantesco de la delicada tarea de la selección de las normas –duras, blandas o mediopensionistas– a aplicar en cada caso para zanjar un conflicto –de lo cual depende, por supuesto, y eso es lo peor, el resultado– contrasta poderosamente con la ínfima calidad intelectual de quienes (después de haber ganado en su juventud, eso sí, una oposición), al menos en nuestro país, están llamados a la labor, o, como poco, la inmensa mayoría de ellos. Si el panorama del poder judicial patrio acaso necesitara un retratista entre los artistas del barroco, no podría ser otro que el mismísimo Juan Valdés Leal. Con la particularidad de que ahora es la propia realidad la que resulta tenebrosa a más no poder: no haría falta exagerarla nada para llegar a donde llegó ese maestro de la pintura.

Por supuesto que no es la primera vez en que la inmensidad de la función desborda las limitaciones del órgano encargado de su desempeño, o, dicho de manera más exacta, de las personas de carne y hueso que están al frente de ese órgano. Pero ese es muy pobre consuelo. Como tampoco reconforta nada que, en lo que tiene que ver con los jueces, la cocción de las habas no sea algo pri-

vativo de la celebrada gastronomía española: son otros muchos los lugares del mundo donde en los fogones también se practica, y cómo, dicho arte.

Ojalá que por los resquicios del (inevitablemente creciente) subjetivismo judicial lo que se terminara deslizando fuera simplemente la ideología. Lo malo es que lo que (también inevitablemente) se colará serán dosis aún mayores, si cabe, de arbitrariedad.