

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *El desbordamiento de la fuentes del Derecho*, La Ley & Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 257.

En cada una de las etapas del desarrollo del pensamiento jurídico, se advierten determinados problemas y preocupaciones fundamentales. Sobre cada cultura jurídica se plantea el imperativo de dar respuesta a los principales retos de la experiencia jurídica. Si se parte de esas premisas, no parece aventurado identificar la sensibilidad de los juristas de nuestro tiempo por comprender y clarificar el significado actual del sistema de fuentes del Derecho. Esa inquietud se debe a la complejidad y prolijidad que hoy revisten los sistemas de fuentes normativas en los ordenamientos jurídicos de los Estados más avanzados del presente.

Es notoria la relevancia que asume el sistema de fuentes en la experiencia práctica y en la reflexión teórica sobre el Derecho. La persistente centralidad temática y problemática de esta cuestión, deriva de su propio carácter constitutivo de cualquier experiencia jurídica. Por ello, al tratar de las fuentes del Derecho se abordan aspectos nucleares de la juridicidad. De ahí, la importancia e interés científico y práctico de la obra aquí comentada.

Es Autor de este libro, el profesor Antonio-Enrique Pérez Luño, Catedrático de Filosofía del Derecho y ex-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, miembro de diversas Reales Academias y profesor, investigador y conferenciante en distintas instituciones universitarias españolas y extranjeras. A su autoría se debe una amplísima y cuidada obra bibliográfica referida a la Teoría y Filosofía del Derecho y que comprende más de treinta libros y tres centenares de artículos, monografías y ensayos.

Advierte el profesor Pérez Luño que el libro, al que este comentario se refiere, trae causa y mantiene el título de su Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, que fue leído el día 12 de diciembre de 1993. Los casi veinte años transcurridos desde entonces y la peculiaridad del evento para el que fue elaborado, imponían ahora una revisión, actualización y ampliación de su contenido. Por eso, que si la temática abordada en ambas ediciones es la misma, no es lo mismo el desarrollo, la extensión y el enfoque de la que ahora se presenta: *eadem sed aliter*. Se han suprimido las palabras de circunstancias propias de la ocasión académica para la que fue redactado el texto original. En particular, se ha omitido el Discurso de contestación pronunciado en aquel acto por el prestigioso jurista y Académico, lamentablemente desaparecido, el Catedrático de Historia del Derecho José Martínez Gijón.

Las dos partes que integraban ese Discurso se han refundido ahora en el capítulo primero de esta nueva versión, que es el que guarda mayor continuidad con la anterior. Por ello, los seis capítulos restantes integradores de la obra pueden considerarse como una elaboración novedosa.

En el libro aquí comentado, el profesor Pérez Luño, intenta ofrecer las claves interpretativas y orientadoras que ayuden al jurista de nuestros días a la inteligencia de esa jungla normativa, profusa, heteróclita y, en ocasiones, casi impenetrable para los propios operadores del Derecho, tal como hoy se manifiesta el sistema de fuentes jurídicas. Por eso, el título de este libro no es gratuito, ni casual, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, constituye una expresión certera para dar cuenta y, en cierto modo, para avanzar un diagnóstico en relación con los síntomas de alteración y desorden que aqueja a los sistemas de fuentes jurídicas actuales en los ordenamientos de los países

mas desarrollados. El Autor diseña también una panorámica general y una valoración crítica de esas importantes transformaciones operadas en el significado de las fuentes del Derecho en nuestro tiempo.

La temática en la que se desglosa el contenido de este libro, es tan amplia como el conjunto de cuestiones básicas en las que se concreta el nuevo significado actual de los sistemas de fuentes jurídicas. Una relación de los argumentos tratados en cada uno de los siete capítulos que integran la obra, permite calibrar el acierto y actualidad de su planteamiento.

En el capítulo primero estudia el autor el significado y alcance actual de las fuentes jurídicas y traza una tipología de las mismas. En el capítulo segundo se aborda el nuevo contexto de las fuentes jurídicas, conformado por las transformaciones producidas en el Estado de Derecho en su actual fase constitucional. El profesor Pérez Luño enjuicia aquí la trascendencia que para el sistema de fuentes han supuesto los actuales fenómenos de supraestatalidad e infraestatalidad normativa. El objeto del tercer capítulo consiste en dar cuenta de las tendencias postmodernas de construcción y de deconstrucción de la legalidad. La metamorfosis de la ley en las sociedades globalizadas suscita una atención preferente en la temática de este capítulo. En el cuarto capítulo se indaga, la siempre polémica cuestión de los poderes creativos del juez, temática que guarda íntima conexión con el significado y naturaleza del sistema de fuentes de los Estados de Derecho. Para el desarrollo de ese cometido se traza un mapa de los diversos sentidos y ámbitos doctrinales desde los que se plantea el problema de la creación judicial del Derecho. Se analizan también, como medio para clarificar esta cuestión, los distintos momentos o fases en los que se desglosa la labor de juzgar. El quinto capítulo tiene por objeto dar cuenta de los diferentes aspectos y funciones de la institución de la equidad, en su devenir y en el presente. Se estudian, a este fin, las dimensiones política y procesal de la equidad y, en el seno de esta última, su significado hermenéutico y creativo, que es el que posee mayor incidencia para la teoría de las fuentes del Derecho. El profesor Pérez Luño no comparte en este libro, tal como se argumenta en el capítulo sexto, el fervor que en determinados sectores de la teoría jurídica actual, suscitan los principios generales del Derecho. Desde esas premisas, los principios aparecen como una especie de talismán jurídico, capaces de resolver, cual un *Deus ex machina*, todas las aporías que se suscitan en el interior del sistema de fuentes de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El autor conjetura, en esta parte de la obra, la tesis de que quizás el precio a pagar por esa virtualidad de los principios sea el de su mitificación. El libro se cierra con el capítulo séptimo, donde se inquiere la normatividad de los usos sociales en su relación con las fuentes consuetudinarias del Derecho. Frente a las posiciones doctrinales que habían expedido acta de defunción de los usos y costumbres como fuentes de los sistemas jurídicos desarrollados, se apuntan en este libro factores y ámbitos que revelan la revalorización y el nuevo cometido que incumbe a estas fuentes de normatividad en las sociedades tecnológicas del presente.

Los teóricos del Derecho y los juristas prácticos son conscientes de que la evolución de los sistemas jurídicos puede ser entendida como la lucha entre las distintas fuentes del Derecho. En ellas, se manifiesta la hegemonía de determinadas instituciones: gobiernos, parlamentos, tribunales... Tras esas instituciones actúan fuerzas políticas: élites, clases, grupos de presión, minorías... Por eso apenas existe algún aspecto del ordenamiento jurídico que no incida o se vea afectado por el sistema de fuentes. Es notorio además que la teoría de las fuentes se manifiesta en cada uno de los sectores del ordena-

miento jurídico de forma peculiar y con consecuencias diferenciadas. Consciente de estas circunstancias, el Autor ha intentado orientar su análisis hacia la consecución de unos objetivos básicos.

Esos propósitos intelectuales le conducen a mostrar como los debates doctrinales sobre las fuentes, no obedecen a preferencias fortuitas o inmotivadas. Casi siempre, esas posturas teóricas son el fruto de las propias transformaciones políticas, económicas y sociales que acompañan el devenir de las fuentes del Derecho. El Autor, ha tratado también de ofrecer noticia compendiada de las metamorfosis actuales que se están produciendo en el ámbito de las fuentes. La profundidad de esos cambios y mutaciones ha determinado un desbordamiento de su propia significación. El fenómeno del desbordamiento de las fuentes representa la más evidente proyección jurídica de las transformaciones del Estados de Derecho. Así como del desbordamiento político de los Estados nacionales, en cuyo seno se forjó y fue elaborada, por la Dogmática jurídica, la concepción moderna de las fuentes que ha llegado hasta nosotros.

La transformación y la mudanza parecen, por tanto, haberse convertido en los fenómenos distintivos de nuestra época. Su amplitud y profundidad se han dejado sentir en casi todas las esferas de la vida y, por descontado, en la vida del Derecho. Se ha invertido, de este modo, la tendencia dominante en la doctrina jurídica pretérita tendente a dar cuenta del Derecho a partir de sus rasgos más permanentes y estables. En oposición a ella hoy se juzga imprescindible captar el sentido de las diferentes disciplinas jurídicas en su incesante devenir.

Esa marea transformadora ha alcanzado también a aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico que parecían más inmunes a la innovación, como el de las fuentes del Derecho. Un jurista decimonónico transportado en el túnel del tiempo hasta el sistema de fuentes jurídicas actuales, forzosamente se sentiría confundido y desorientado. Algunos ejemplos pueden contribuir a explicitar las causas que motivarían la perplejidad de ese jurista.

Es notorio que la gran revolución jurídica del racionalismo ilustrado se concretó en el fenómeno de la codificación. El proceso de sistematización lógica de los materiales normativos supuso el gran avance hacia la racionalidad formal de los ordenamientos jurídicos propios de los Estados de Derecho de la Europa continental. Frente a ese proceso hoy nos hallamos ante una situación que ha sido designada como «la edad de la descodificación». Hoy, en efecto, importantes ámbitos normativos han registrado un éxodo desde los códigos hacia otras fuentes jurídicas.

Recuerda el profesor Pérez Luño que, desde hace más de un siglo, la Dogmática y la Teoría del Derecho elaboraron un concepto de norma legal entendida como reglamentación prescriptiva de carácter general y abstracto. No obstante, desde hace algunos años la doctrina germana denunció la proliferación de leyes medida (*Massnahmegesetze*). Se trata de leyes específicas en las que la generalidad y abstracción se han visto suplantadas por la particularidad y la concreción. Consisten en disposiciones legales que formalmente (no en lo referente a su *ratio legis*) se asemejan a la estructura normativa de una ley privada o privilegio que, paradójicamente, fue lo que la ley del Estado de Derecho vino a abolir.

Otro supuesto ejemplar del proceso de transformación del sistema de fuentes, al que alude el Autor, es el referente al ordenamiento jurídico español, que no reconoce formalmente valor creativo a las decisiones judiciales. No obstante, es opinión compartida por buen número de los constitucionalis-

tas la tesis de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular las interpretativas, ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa. Se aduce para explicarlo que la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del Derecho, con la excepción, de la propia Constitución y de las Leyes de Reforma de la misma.

De entre los distintos aspectos novedosos que aporta este libro para un replanteamiento actual de la teoría de las fuentes jurídicas, estimo que destaca su enfoque de lo que el Autor considera como procesos deconstructivos de la ley en la era de la globalización. La metodología deconstructivista propicia, según sostiene Pérez Luño, un planteamiento fértil de algunos de los principales cambios operados en el sistema de las fuentes del Derecho. En particular, se revela como una opción metódica provechosa para abordar el estudio de cuanto afecta al actual significado y función de la ley, en el seno de los sistemas jurídicos que operan en la era de la globalización.

El Autor recuerda que el Estado de Derecho tenía como uno de sus valores *jurídicos* prioritarios la supremacía de la ley. Heredero ideológico de las aspiraciones del Iluminismo jurídico, el Estado de Derecho consideraba la garantía de la *generalidad* como un elemento constitutivo de la ley y como un fundamento de su primacía en cuanto fuente jurídica. Del carácter general de la ley dimanaba su propia función de garantía básica para el *status* jurídico de los ciudadanos en una sociedad libre y democrática. Dicha generalidad se manifestaba a un doble nivel: el de la creación de la norma donde implicaba sustituir al legislador individual (el monarca), por el legislador colectivo (Parlamento), es decir, por la exigencia rousseauiana de que la ley sea el producto de la voluntad general; y a la vez, generalidad en los destinatarios para asegurar la igualdad ante la ley, que las leyes sean idénticas para todos con la consiguiente abolición de leyes personales o privadas (privilegios). Otros rasgos constitutivos del concepto moderno de ley eran los referentes a su carácter necesariamente vinculante para quienes eran sus destinatarios, con independencia de su voluntad de acatarla, es decir, su heteronomía; la dimensión coactiva de sus preceptos cuyo contenido debía ser aplicado de forma inexorable; y la exigencia de claridad y precisión de sus formulaciones lingüísticas como garantía de la seguridad jurídica de los propios destinatarios de sus obligaciones, o sea de los ciudadanos. Hoy, como se ha tenido ocasión de indicar *supra*, se halla en cuestión la persistencia de la garantía de la generalidad como rasgo informador de la ley. De este modo, la propia noción de ley ha quedado cuestionada.

Corolario de la división de poderes, reputada a partir de Montesquieu principio informador del Estado de Derecho, la teoría jurídica tradicional reservaba a la ley, en cuanto norma general promulgada por el Parlamento, la definición de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...). Esta cláusula normativa de la *reserva de ley*, tenía su complemento en el principio de *jerarquía normativa* por el que se establecía un orden de prelación de las fuentes del Derecho, dirigido a impedir la derogación, modificación o infracción de las normas de rango superior por aquellas que les estaban subordinadas.

El Autor de este libro reseña algunas fuentes bibliográficas representativas de la literatura jurídica actual, en las que se percibe la inquietud y preocupación por la pérdida de esos rasgos informadores que definían el significado

de la ley y avalaban su condición de fuente jurídica prioritaria. Un enfoque necesario para la inteligencia adecuada del fenómeno de la metamorfosis del significado de la ley y de la pérdida de sus funciones tradicionales, en el ámbito de las fuentes del Derecho, es el que conecta estas circunstancias con el fenómeno de la globalización, en cuyo seno se han manifestado versiones blandas, «*soft law*», dúctiles, «difusas» y porosas de juridicidad. Se reseñan aquí los fenómenos actuales, propios de la repercusión jurídica de la globalización, en los que la interdependencia y heterogeneidad de factores y agentes que contribuyen a la formación de normas han determinado la paulatina crisis de los rasgos que, en la teoría tradicional de las fuentes, caracterizaban la estructura y la función de la ley.

El Autor recurre a una imagen sugerente, para explicar esos procesos constructivos y deconstructivos de la legalidad: el mito de Oknos. La imagen de este mito, más allá de la diversidad de sus interpretaciones, parece querer simbolizar el eterno enfrentamiento entre los esfuerzos dirigidos a trenzar, tejer y conformar la realidad y las fuerzas destructivas y anuladoras de lo creado. Consiste en ese perdurable enfrentamiento de las potencialidades humanas tendentes al hacer y al deshacer y, en definitiva, a la construcción y a la deconstrucción.

Esas tendencias constructivas y deconstructivas jalonan también el devenir de la cultura jurídica y pueden considerarse como una constante cíclica explicativa de los periodos sucesivos de formación y crisis del Derecho. El libro aquí comentado contiene una cuidada referencia a distintos fenómenos deconstructivos que caracterizan la situación actual de la ley como fuente del Derecho. La literatura jurídica que se ha hecho cargo, desde distintas ópticas de enfoque, de esas circunstancias deconstructivas que contextualizan hoy el significado de la ley son útiles, porque reflejan el *status quaestionis* de las fuentes del Derecho en el presente. Ahora bien, el profesor Pérez Luño, advierte que reconocer esa situación no significa el tener que darla por buena.

El Autor entiende que esos fenómenos deconstructivos de deslegalización, de hipostenia o debilidad legal no constituyen, en sí mismos, la garantía de un Derecho mejor para los ciudadanos. No admite, por tanto, que existan motivos para adherirse a la complacencia con la que desde algunos enfoques doctrinales se saludan las manifestaciones de la legalidad «porosa» (que mejor fuera calificar de «vaporosa»), o de normatividad «difusa» (eufemismo que encubre, las más de las veces, una normatividad «confusa»).

La cuestión fundamental que se plantea en el presente a la Ciencia del Derecho, se concreta, en definitiva, en si la metamorfosis y consiguiente crisis de la concepción tradicional de las fuentes del Derecho, ha hallado los pertinentes marcos conceptuales para ser adecuadamente explicada por la teoría jurídica. Es esa una pregunta fundamental, que interpela hoy a cuantos estudian o cultivan la ciencia jurídica. Puede concluirse el comentario y valoración crítica de este libro, con la impresión de que, tras la lectura de sus páginas, hallamos un decidido empeño intelectual dirigido a contribuir a la respuesta, clara y rigurosa, de ese inaplazable reto.

Michela PORCARO
Università di Pisa