

# CONCEPTO DE LEY Y TIPOS DE LEYES

(¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?) (\*)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

*A Eduardo García de Enterría, con infinita gratitud y devoción.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS QUIEBRAS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE LEY: 1. *El nuevo carácter limitado de la ley.* 2. *La diversificación de tipos legales.* 3. *Las problemáticas relaciones entre ley y reglamento.*—III. LOS INTENTOS DE RECONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO DE LEY: 1. *La fuerza de ley y el voluntarismo jurídico.* 2. *La llamada primariedad de la ley.* 3. *La ley como manifestación del principio democrático.*—IV. HACIA UN NUEVO CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LEY: 1. *Las referencias constitucionales a una idea material de ley.* 2. *El necesario complemento material del concepto formal de ley: la ley como núcleo del Estado democrático de Derecho.* 3. *Conclusión: sobre la necesidad de recuperar la teoría de las funciones en la construcción del Derecho público.*

---

\* El presente estudio recoge el texto de la ponencia presentada a las Jornadas sobre «El Parlamento y sus transformaciones actuales», que tuvieron lugar en Cartagena los días 11 a 13 de abril de 1988, bajo los auspicios de la Asamblea de la Región de Murcia y del Seminario de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia. Se trata, pues, de un trabajo escrito por encargo de los Profs. GARRORENA MORALES, director de las Jornadas, y ARAGÓN REYES, ponente general de la sesión dedicada a «La función legislativa». Esta aclaración es importante no sólo para poner de relieve mi reconocimiento hacia quienes me confiaron el tratamiento de tema tan complejo y profundo, sino para dejar constancia de que no he pretendido —lo que constituiría una imperdonable osadía— hacer innovación teórica alguna, limitándome a sistematizar el *status quaestionis*. Por otra parte, es evidente que jamás habría abordado por propia iniciativa un estudio de esta índole. Ahora se publica con la oportuna autorización de quienes lo solicitaron.

## I. INTRODUCCION

Los generosos organizadores de las Jornadas sobre «El Parlamento y sus transformaciones actuales», la Asamblea Regional murciana y el Seminario de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia, han sugerido como objeto de la presente comunicación el de «Concepto de ley y tipos de leyes». Ello produce satisfacción y gratitud en el destinatario, precisamente por la demostración de confianza que implica el encargo de abordar un tema de tanta enjundia teórica; pero simultáneamente suscita un grave problema, a saber: no tiene sentido alguno, sobre todo ante un auditorio tan distinguido y especializado en la materia —que cuenta, además, entre sus anfitriones con el Profesor GARRORENA MORALES, uno de los más destacados estudiosos del concepto de ley en la Constitución española—, proceder a hacer una exposición de los diferentes tipos de leyes que existen en España y del tratamiento doctrinal y jurisprudencial que han recibido. Un enfoque de esta índole sólo podría conducir, en el mejor de los casos, a la elaboración de una suerte de *vademécum* de la ley, que resultaría de todo punto superfluo.

Por este motivo, no parece que sea descabellado un intento de aproximación al tema que parta de las relaciones existentes entre los dos elementos que componen su enunciado: concepto de ley y tipos de leyes. Se trataría, así, de esclarecer cuál es el concepto de ley que cabe inferir de la Constitución española a la vista de la diversidad de tipos de leyes que la misma contempla.

Es éste un problema que continúa, en gran medida, abierto en el seno de la doctrina iuspublicista española. No existe —forzoso es reconocerlo— una idea suficientemente perfilada y generalmente admitida de lo que significa la ley en la Constitución. Esta ha destruido de forma inmisericorde el concepto tradicional de ley, que había sido heredado, con mayor o menor coherencia, de la dogmática clásica.

Ese concepto tradicional de ley, legado del constitucionalismo liberal, estaba dominado, como es de todos conocido, por dos rasgos característicos. Por una parte, la definición puramente formal de la ley como acto que emana de un determinado órgano o complejo orgánico (el Parlamento o el Parlamento con el Jefe del Estado), es elaborado a través de cierto procedimiento y adopta una concreta forma *ad solemnitatem*. Por otra parte, la posición preeminente de la ley dentro del sistema de fuentes, de suerte que el ordenamiento puede ser calificado sin reparos como legalista: la ley es el principal modo de creación de Derecho y las demás fuentes son meramente secundarias o

subsidiarias, esto es, no poseen otro ámbito de validez y aplicación que el que la misma ley les otorgue (1).

A todo ello cabe añadir una tercera característica: la omnipotencia de la ley. Esta es frecuentemente confundida con la primacía de la ley en el sistema de fuentes; pero se trata, sin duda, de dos fenómenos lógicos e históricamente diversos. La primacía o preeminencia de la ley significa sencillamente que todas las demás fuentes se encuentran subordinadas a ella, careciendo de un ámbito de normación autónomo. Tiene su origen fundamentalmente en el dogma de la estatalidad del Derecho, que no es sino el colofón de las aspiraciones burguesas a la igualdad y la seguridad jurídicas que triunfan a partir de la Revolución Francesa (2). La omnipotencia de la ley, en cambio, hace referencia a su carácter incondicionado, a la ausencia de límites que vinculen al legislador. Se trata, en otros términos, de la inexistencia de una auténtica supralegalidad constitucional jurisdiccionalmente garantizada, que en el suelo europeo se debe a causas históricas complejas, entre las cuales ocupa una posición nada desdeñable la profunda y visceral *méjiance des juges* (3). Pues bien, es claro que primacía de la ley y omnipotencia de la ley no son fenómenos necesariamente emparejados, como lo demuestra el hecho de que la ulterior introducción de un sistema europeo de control de constitucionalidad no ha alterado la última esencia legalista de los ordenamientos receptores. En la vieja tradición dogmática continental, no obstante, primacía y omnipotencia aparecen con límites difuminados.

Es éste, sumariamente expuesto, el concepto tradicional de ley que, a modo de *ius receptum*, dominaba la cultura jurídica española en el momento de entrar en vigor la Constitución. Y también es éste el concepto que, paralelamente a lo que ha acontecido en otros países europeos, esa misma Constitución ha hecho añicos. Se impone, pues, una labor de reconstrucción del concepto de ley a partir de las exigencias constitucionales, cuya utilidad no requiere de justificación alguna. Plumas más autorizadas han avanzado ya en esa dirección (4).

(1) Sobre el concepto tradicional de ley, véase, por todos, A. GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el Derecho público occidental*, Madrid, 1971, *passim* y, en especial, pp. 251 y ss.

(2) Véase la clásica explicación de M. WEBER, *Economía y sociedad* (trad. esp.), México, 1979, pp. 629-630.

(3) Cfr., dentro de una extensísima bibliografía, J. ELLUL, *Histoire des institutions*, vol. V, París, 1979, pp. 62 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 33 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1818-1845)*, Sevilla, 1973, pp. 45 y ss.

(4) Sobre el concepto de ley en la Constitución española, véanse E. GARCÍA DE

Las líneas que siguen sólo pretenden ser un conjunto de modestas reflexiones dogmáticas que, partiendo de un diagnóstico de las causas determinantes de la crisis del concepto tradicional, arrojen alguna luz sobre las posibles vías de reelaboración de la noción de ley más adecuada a la Constitución española.

Conviene adelantar, en todo caso, que con toda probabilidad el problema más arduo que ha de afrontarse en esta tarea es precisamente el de la novedosa pluralidad de tipos de leyes. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han señalado con magistral precisión dónde radica el principal problema para un entendimiento constitucional de la ley cuando, al criticar la concepción jerárquica de las leyes orgánicas, afirman: «Entenderlo de otro modo —ya lo advertimos— supondría destruir el concepto y la esencia misma de la ley, que dejaría de ser autodisposición de la comunidad sobre sí misma a través de sus representantes legítimos para convertirse en una realidad plural y variable que, en último término, el propio órgano legislativo podría modelar a su antojo con sólo introducir modificaciones, mayores o menores, en los correspondientes Reglamentos de las Cámaras» (5).

Ahora bien, es precisamente lo que estos insignes autores convierten en núcleo de su argumentación lo que constituye el nudo del problema, a saber: no resulta en modo alguno claro que de la Constitución quepa extraer un concepto unitario de ley, ni tampoco que el nuevo ordenamiento proporcione las mínimas condiciones institucionales que permitan afirmar su necesidad, máxime si todo ello continúa sosteniéndose a partir de una caracterización puramente formal de la ley. Esta es, pues, la cuestión, científicamente inquietante, a cuya respuesta se intenta cooperar: ¿es posible aún —y con qué requisitos— un concepto unitario de ley?

ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Madrid, 1983, pp. 135 y ss.; F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, 1987, pp. 198 y ss.; A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980; DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional (Sistema de fuentes)*, Barcelona, 1987, pp. 102 y ss.; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984, pp. 81 y ss.; A. PREDIERI, «El sistema de las fuentes del Derecho», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (eds.), *La Constitución española de 1978 (Estudio sistemático)*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 161 y ss.; F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», en *RAP*, núm. 100-102, vol. I, pp. 417 y siguientes.

Recientemente ha aparecido el estudio de R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, núm. 113, pp. 7 y ss., en el cual se abordan temas parcialmente similares a los del presente trabajo, si bien se hace especial hincapié sobre las relaciones ley orgánica-ley ordinaria y legislación estatal-legislación regional.

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 151.

## II. LAS QUIEBRAS DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE LEY

Lo primero que ha de hacerse, entonces, es individualizar qué aspectos de la Constitución han incidido en el concepto tradicional de ley y en cuáles de los rasgos distintivos de éste han operado modificaciones. En este orden de ideas, conviene hacer una aclaración preliminar: en este trabajo se parte de la creencia —no exenta, tal vez, de cierta nostalgia ideológica jacobina— de que la Constitución no ha alterado *directamente* la naturaleza legalista del ordenamiento, en la medida en que no ha situado, con carácter general, ninguna otra fuente en el mismo nivel de la ley. Por ello, se dejan deliberadamente a un lado cuestiones —que, en un análisis más profundo sobre el concepto de ley, no se podrían obviar— como la del creciente valor de la jurisprudencia o la de la importancia de fuentes de origen supraestatal (6).

Las mutaciones producidas de manera inmediata por la Constitución sobre el concepto de ley parecen hacer referencia principalmente a los otros dos rasgos anteriormente mencionados y, ante todo, de un modo casi intuitivo, al último de ellos: la omnipotencia de la ley.

### 1. *El nuevo carácter limitado de la ley*

Es del todo evidente que la primera y más importante quiebra en el concepto tradicional de ley viene dada por la instauración de una auténtica jurisdicción constitucional, habilitada para declarar la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución y expulsarlas del ordenamiento. Esta garantía de la supremacía jurídica de la Constitución convierte automáticamente al poder legislativo en un verdadero poder constituido y, por ende, limitado por una norma superior. Con ello, cae por su base esa vieja tara del constitucionalismo europeo consistente en la confusión entre poder constituyente y poder constituido, que la doctrina anglo-francesa ha denominado desde antiguo, con expresión harto pomposa, *soberanía del Parlamento* (7).

(6) Sobre los problemas que hoy suscita la jurisprudencia como fuente del Derecho, véanse I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 287 y ss.; y en sentido inverso, L. DÍEZ-PICAZO, «Constitución, ley, juez», en *REDC*, núm. 15, pp. 9 y ss.; sobre las fuentes de origen comunitario, véase S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*, Madrid, 1986, pp. 127 y ss.

(7) Cfr. las obras clásicas de A. V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10.<sup>a</sup> ed., Londres, 1985, pp. 39 y ss.,

Pero no se trata, en esta sede, de constatar lo evidente; y ello, porque el gran problema que para el concepto de ley suscita el control de constitucionalidad no radica, paradójicamente, en el control mismo, esto es, en el hecho de que el legislador ya no sea omnipotente. Radica, más bien, en la clase de límites que se le imponen al legislador, lo cual depende únicamente de la naturaleza de la norma suprema. De esto eran ya conscientes las mentes más lúcidas del Derecho público europeo anterior a la revolución kelseniana, en la medida en que no se reputó necesariamente contrario a la soberanía del legislador el control —basado, en definitiva, en la idea de *ultra vires*— de ciertos aspectos formales de las leyes: la ley que no ha sido producida regularmente no es tal ley y admitirla como tal implicaría consagrar un secuestro de la soberanía del legislador (8).

La verdadera mutación, pues, no está tanto en la inconstitucionalidad formal como en la inconstitucionalidad material de las leyes. Dicho de otro modo, el problema no está hoy en afirmar que la Constitución es *norma jurídica* —lo que, en su día, fue decisivo para salir al paso de tentaciones programaticistas de signo reaccionario—, sino en sostener que es *fuerza del Derecho* dotada de un contenido material o sustantivo. La Constitución no es sólo *norma normarum* o norma sobre la organización y la producción jurídicas. Es, además, una norma que hace declaraciones, salvaguarda derechos, garantiza instituciones...; en una palabra: establece fines positivos que han de guir a los poderes públicos, incluido el Poder Legislativo (9).

Ello se debe a que, como es de todos conocido, en el moderno constitucionalismo el pacto fundacional que toda Constitución implica no se limita a establecer procedimientos de actuación, sino que abarca, además, la garantía de unos contenidos mínimos comunes definitorios del modelo de Estado. La Constitución, así, no crea únicamente un Estado democrático; crea también un Estado social, en el que ciertos fines vienen impuestos y otros vedados. Frente a quienes afirman que la definición constitucional de Estado social es jurídicamente inútil o políticamente perversa, hay que proclamar

---

y R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale (Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875)* (reimp. ed. 1931), París, 1984, pp. 103 y ss.

(8) Sobre el control de constitucionalidad formal en régimen de Constitución flexible, véase C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (reimp. ed. 1934), Milán, pp. 273 y siguientes.

(9) Sobre el carácter normativo de la Constitución y su cualidad de norma material, véanse los dos clásicos trabajos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 30 y ss., y F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en VV. AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pp. 53 y ss.

que de ella deriva el control de constitucionalidad material de las leyes y, en definitiva, la única posibilidad real de limitar la antigua omnipotencia del legislador (10).

Ahora bien, a la hora de construir un concepto de ley, lo verdaderamente problemático de las declaraciones constitucionales no es su existencia, sino su carácter genérico e indeterminado, su condición de cláusulas abiertas y generales. Ello no puede ser de otra manera, como ha mostrado RUBIO LLORENTE, porque el pacto constitucional exige un cierto grado de ambigüedad para que sea operativo (11); pero es un hecho fácil de constatar que es precisamente esta ambigüedad la que facilita la conversión de la acusación de inconstitucionalidad en un arma de uso constante en la lucha política e, incluso, jurídica. Esto conduce directamente a una hiperactividad de la jurisdicción constitucional, la cual encuentra, de este modo, el terreno abonado para practicar un siempre tentador *activismo judicial*.

Se llega, así, sobre la base de una interpretación necesariamente teleológica a fuerza de operar sobre cláusulas generales (12), a levantar todo un cuerpo de jurisprudencia constitucional, que contempla las más variadas y detalladas cuestiones; y el legislador encuentra que pesa sobre él todo un supra-Derecho. La primera quiebra del concepto tradicional de ley, por tanto, es la incertidumbre acerca de hasta dónde alcanza la libertad del legislador para configurar el ordenamiento.

La *lex* ha perdido la batalla frente a la *interpretatio* (13), y para compensar el furor legislativo y la descodificación que el Estado social ha provocado,

(10) Críticas a la noción de Estado social se han vertido, desde diferentes posiciones ideológicas, por insignes juristas. Véanse, por ejemplo, M. S. GIANINI, «Stato sociale: una nozione inutile», en *Scritti in onore di C. Mortati*, Roma, 1977, o E. FORSTHOFF, «Concepto y esencia del Estado social de Derecho», en W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF y F. DOERING, *El Estado social* (trad. esp.), Madrid, 1986.

(11) F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución...», cit., pp. 70 y ss.

(12) Véase R. RUBIO LLORENTE, «La Constitución...», cit., p. 74. Cfr. también E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 277 y ss., y A. E. PÉREZ LUÑO, «La interpretación de la Constitución», en *RCG*, núm. 1, pp. 82 y ss., así como K. HESSE, «La interpretación constitucional», en *Escritos de Derecho constitucional* (trad. esp.), Madrid, 1983, pp. 33 y ss.

(13) La idea de que el Derecho no está integrado tan sólo por normas, sino por la ulterior elaboración conceptual es antigua. En *Digesto* 1.1.7 se recoge el siguiente fragmento de PAPINIANO: «Es derecho civil el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senado-consultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los prudentes». Se cita por la versión de A. D'ORS (ed.), *El «Digesto» de Justiniano*, vol. I, Pamplona, 1968, p. 46. Sobre la distinción entre *lex* e *interpretatio* en la crisis del Derecho común, véase G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, 1976, pp. 67-69.

ese mismo Estado social ha instaurado un nuevo Derecho común supralegal que dote de certeza al ordenamiento: la Constitución y la jurisprudencia constitucional. La ley como opción política ya no es libérrima, de modo que fijar el marco en que puede moverse la decisión según criterios de oportunidad, en que consiste la legislación, es la primera tarea a la hora de elaborar un nuevo concepto de ley.

Hay un aspecto, sin embargo, de este nuevo carácter limitado de la ley que merece una reflexión más detenida. Es claro que la omnipotencia de la ley ha desaparecido; pero ¿significa ello que también se ha extinguido el antiguo carácter polivalente de la ley como acto jurídico? Se trata, en otras palabras, del viejo tema de las leyes en sentido únicamente formal pero a la nueva luz de la Constitución; es decir, si resulta constitucionalmente lícito que la ley no contenga auténticas normas (generales y abstractas), sino actos singulares de naturaleza materialmente administrativa o jurisdiccional.

Un enfoque adecuado de este problema, que no puede ser abordado ahora en profundidad, requiere partir de una constatación difícilmente discutible: la polivalencia de la ley no era sino una manifestación de su omnipotencia. El legislador podía subrogarse en el papel de la Administración e, incluso, de los Tribunales, precisamente porque de hecho era soberano al no haber una norma superior que lo limitase, definiendo su ámbito de actuación con respecto al de los otros poderes del Estado.

Esto se vuelve enormemente problemático desde el momento en que una Constitución supralegal establece los cometidos de los Poderes Ejecutivo y Judicial. Probablemente nadie osaría defender hoy día que una ley pudiese sustituir a una sentencia. Se consideraría un intolerable atentado a la independencia judicial. Y, sin embargo, la razón dogmática de esa imposibilidad no se halla en la independencia judicial —que en nada se vería afectada—, sino en el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y en el mandato de cumplimiento de las resoluciones judiciales (art. 118 CE). Existe, por tanto, en la Constitución una auténtica *reserva de jurisdicción*, que vincula y limita al legislador (14).

No obstante, cuando de la Administración pública se trata, la actitud más frecuente es la contraria. Es cierto que la Constitución no recoge un principio de exclusividad administrativa, paralelo al del artículo 117.3, y que ello no tendría mucho sentido, ya que una de las funciones del Parlamento es el control del Poder Ejecutivo. El propio texto constitucional prevé leyes singu-

---

(14) Cfr. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y C. MOVILLA ALVAREZ, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 151 y ss., así como J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «El Poder Judicial como límite de la potestad de control en las Cortes Generales», en *REDC*, núm. 9, pp. 51 y ss.



lares, que no son otra cosa que formas de control parlamentario *lato sensu* (15). Pero es igualmente cierto que el derecho al procedimiento (artículo 105 CE) y la universal justiciabilidad de la actuación administrativa (artículos 24.1 y 106.1 CE) quedan en entredicho si se admite que por ley puedan definirse singularmente las situaciones jurídicas de los administrados. Esto es radicalmente distinto de las leyes singulares, constitucional y legalmente previstas, de autorización de actividades, de creación de órganos públicos, etc. Una cosa es que el legislador haga las veces de *administración de control* y otra bien distinta que opere como *administración activa*.

Hay que replantearse, en consecuencia, si no existe también una *reserva de Administración* en la Constitución, pues de ello también depende el concepto de ley. Así parece entenderlo el convincente voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE a la STC 166/1986, en el caso Rumasa. Esta sentencia es un inmejorable ejemplo de las dificultades de conciliar una ley singular con la Constitución (16).

## 2. La diversificación de tipos legales

La segunda gran quiebra del concepto tradicional de ley es, como se indicó anteriormente, la más aparatosa y, por ello, la que más ha desconcertado a los juristas españoles. De alguna manera, muchas de las cuestiones relacionadas con el carácter ilimitado o limitado de la ley no eran del todo extrañas a los viejos modos del pensar jurídico. Esto no puede predicarse, sin embargo, de la multiplicación de diferentes tipos de leyes que ha introducido la Constitución: leyes estatales y leyes regionales, Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas y leyes ordinarias, leyes básicas, armonizadoras, de delegación, etc. Con ello queda rota la antigua uniformidad formal de todas las leyes, otro de los pilares básicos del concepto tradicional.

Parece claro, en todo caso, que es posible introducir algún orden sistemático en este largo elenco de tipos legales. En efecto, las razones que impul-

(15) Cfr., verbigracia, los arts. 57.5, 135.1 y 144 CE, entre otros.

(16) La inviabilidad procesal de hallar tutela judicial efectiva de los derechos afectados por leyes singulares se hace palmaria en el caso Rumasa, en el que el Juez *a quo*, para poder plantear la cuestión de inconstitucionalidad, hubo de acudir al artificio de admitir a trámite una acción interdictal contra el Estado, el cual había actuado como legislador. ¿Qué *manque de droit* o *manque de procedure* puede haber en una ley? Por otra parte, una defensa de la *reserva de Administración*, desde una óptica inequívocamente progresista, puede hallarse en V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, 5.ª ed., Padua, 1984, pp. 19 y ss.

saron al constituyente a establecer esa diversificación, sin duda, son tres. En primer lugar se halla la dicotomía ley estatal-ley regional, que no es sino la consecuencia necesaria de la estructura políticamente compuesta del Estado-comunidad, propiciada —ya que no directamente implantada— por la Constitución (17). Un Estado políticamente descentralizado exige que haya dos centros en los que resida la potestad legislativa; en el caso español, el Estado central y las Comunidades Autónomas. La articulación entre ambos tipos de leyes no ofrece especiales dificultades para el concepto dogmático de ley, ya que se basa, según es normal en los Estados federales y regionales, en el principio de competencia (18).

En segundo lugar, toda una serie de tipos legales cumple la función de actuar como *normas interpuestas* entre la Constitución y las demás leyes, es decir, de desarrollar el texto constitucional —por expresa previsión del mismo— en aquellos extremos que el constituyente dejó deliberadamente abiertos. La peculiaridad más acentuada de estos tipos legales es que —sin dejar de ser leyes y estando plenamente sometidos, por tanto, a la Constitución— su infracción por parte de otra ley determina la invalidez de la misma, dado que, indirectamente o *per relationem*, esa infracción lo es también de la Constitución. De estas leyes puede decirse que integran el llamado *bloque de la constitucionalidad* (19). En esta categoría cabe incluir a las leyes que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 28.1 LOTC, delimitan las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: Estatutos de Autonomía, leyes del artículo 150 CE, leyes básicas en el sentido del artículo 149 CE (20). Sin embargo, las leyes que operan constitucionalmente como normas interpuestas no pueden reducirse tan sólo al ámbito del Estado autonómico. Piénsese, verbigracia, en las reservas de ciertas cuestiones no a un tipo de ley, sino a un concreto y singular texto legal (arts. 70 y 165 CE) (21).

La doctrina mayoritaria entiende que la articulación de estas leyes que operan como normas interpuestas con el resto de las leyes debe construirse,

(17) Véase S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Madrid, 1982, pp. 139 y ss. y 167 y ss.

(18) Véase S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, cit., pp. 315 y ss.

(19) Sobre la introducción de esta idea en España, véanse F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constitucional», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (eds.), *La Constitución española...*, cit., pp. 944-949. Cfr., asimismo, T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pp. 99 y ss.

(20) Véase T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas...*, cit., pp. 65 y ss. y 103 y ss.

(21) En este sentido se pronunció la STC 72/1984, al entender que las incompatibilidades e inelegibilidades de los parlamentarios no podían ser reguladas por cualquier ley, sino sólo por la Ley Electoral específicamente.

al igual que en el caso de ley estatal-ley regional, sobre el principio de competencia (22). Ello, sin embargo, no deja de ser profundamente problemático, ya que implica una extensión desmesurada —que, en definitiva, diluye su significado preciso— del propio principio de competencia. Este implica la reserva a cierto tipo normativo de la regulación de una materia, de suerte que, si cualquier otra norma hace esa regulación, será inválida, abstracción hecha de cuál sea su contenido (23). Pues bien: es claro que, dejando a un lado los Estatutos de Autonomía —cuya naturaleza materialmente paccionada y cuasi-constitucional exigiría una reflexión más profunda acerca de su naturaleza—, todas las demás leyes que funcionan como normas interpuestas no responden, en puridad de conceptos, al esquema competencial; y ello, porque no se trata tanto de supuestos en los que la Constitución acote determinadas materias y reserve su normación a un tipo legal —más bien se trata de materias que, en principio, pueden ser reguladas por varios tipos legales— como del hecho de que, si quieren llegar a ser algo más que simples leyes y alcanzar el fin delimitador o de norma interpuesta que se proponen, es preciso que cumplan ciertos requisitos procedimentales (24). Por esta razón, un sector doctrinal prefiere no hablar de competencia en estos casos, sino de *principio de especialidad procedimental* (25).

En tercer y último lugar se encuentra la distinción ley orgánica-ley ordinaria. Es éste, como resulta bien conocido, uno de los temas más espinosos y problemáticos de cuantos, en sede de fuentes del Derecho, suscita la Constitución española. Excepción hecha de ciertas vacilaciones iniciales, proclives a una interpretación jerárquica, mantenida tenazmente con posterioridad, la doctrina científica sustenta de forma mayoritaria la opinión de que las relaciones ley orgánica-ley ordinaria se rigen por el principio de competencia (26). Ello quiere decir, sintéticamente expresado, que el artículo 81.1 CE ha reservado la regulación de las materias por él enumeradas a un determinado tipo legal cual es la ley orgánica, cuyos rasgos definitorios vienen recogidos en el artículo 81.2 CE. En idéntico sentido se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional, si bien el alcance de la delimitación competencial de

---

(22) Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 279 y ss.

(23) Cfr. I. DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 87 y ss.

(24) En este sentido, es significativo el caso LOAPA, en el que la STC 76/1983 terminó por dejar con rango de ley ordinaria los restos del naufragio.

(25) Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid, 1986, pp. 241-244.

(26) Véase, por todos, F. BASTIDA, «La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas (Comentario bibliográfico)», en *REDC*, núm. 2, pp. 285 y ss.

las leyes orgánicas ha experimentado no desdeñables modulaciones a medida que ha ido enriqueciéndose la jurisprudencia (27).

No es éste el lugar apropiado para examinar los múltiples problemas dogmáticos que la interpretación dominante en clave competencial de las leyes orgánicas plantea (28), ni para glosar el móvil de política institucional que impulsó al constituyente a introducir esta figura, a saber: prolongar el pacto constitucional, mediante la exigencia de una mayoría cualificada, a la regulación de ciertas materias que se reputaban particularmente relevantes (29). Ahora bien, cuando de diversificación *ex constitutione* de tipos legales se habla, es inexcusable hacer mención de algunas insuficiencias de la propia fundamentación teórica de la articulación entre la ley orgánica y la ordinaria en torno al principio de competencia.

En efecto, la configuración competencial de la reserva del artículo 81 CE —especialmente si se tiene presente cuál ha sido su desarrollo expansivo en la práctica constitucional, generosamente consagrado por la jurisprudencia— hace que se tambaleen los criterios generalmente admitidos de distinción entre jerarquía y competencia. La jerarquía exige, como es notorio, una relación de supra y subordinación entre dos tipos normativos que son, en principio, aptos para regular una misma materia, de modo que la norma inferior será inválida si contradice lo preceptuado por la superior. La competencia, en cambio, supone el reparto de materias entre dos tipos normativos —o, al menos, el reparto de la clase de normación sobre una misma materia, como, verbigracia, en el caso de legislación básica y legislación de desarrollo—, de manera tal que se excluye *a radice* la superposición de ambos tipos normativos, viniendo la invalidez de cualquiera de ellos determinada por el mero hecho —con independencia, pues, de que exista o no contradicción entre ambas regulaciones— de que invada el ámbito competencial del otro. En resumen, mientras la jerarquía requiere identidad de materia a regular, la competencia exige diversidad de campos materiales de normación (30).

Pues bien, no es preciso un arduo esfuerzo para comprender que la referencia «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» hecha en el artículo 81.1 CE —las demás materias reservadas a la ley orgánica son lo bastante precisas y delimitadas— permite un desarrollo de

(27) Véase, como ejemplo más reciente de la evolución jurisprudencial, la STC 160/1986, en materia de control de cambios.

(28) Véase, por ejemplo, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 111 y siguientes.

(29) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas...*, cit., pp. 15 y ss.

(30) Cfr. I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 87 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Apuntes...*, cit., pp. 235 y ss.

este tipo legal, como en la práctica ha acontecido, que no se limite a lo que es regulación específica y *orgánica* de un derecho fundamental. Antes al contrario, abre la vía para extender la ley orgánica a cualquier regulación que, de algún modo, afecta a los derechos fundamentales. Con ello, no sólo se desdibuja la línea de separación entre las reservas de los artículos 53.1 y 81.1 CE, sino que se amplía la operatividad de la ley orgánica —con la consiguiente rigidificación— a vastos sectores del ordenamiento (31). Esto implica, a su vez, que ya no puede hablarse con propiedad de la existencia de materias reservadas, con un grado satisfactorio de precisión, a la ley orgánica, con lo que cae por su base el presupuesto mismo de funcionamiento del principio de competencia: la diversidad de materias.

A la vista de esta situación, interpretar la mayor rigidez formal de la ley orgánica en un sentido competencial no deja de ser un punto arbitrario, ya que la rigidez —sobre todo, cuando no va realmente acompañada de un acotamiento material— es por regla general entendida como síntoma de un superior rango jerárquico, tal como ocurre con la propia Constitución. Esta es, en buena lógica, la conclusión obligada sobre la reserva de ley orgánica, cuya interpretación en torno al principio de competencia ha sido puesta en crisis por el empleo desmesurado y abusivo de este tipo normativo. Por ello, no es lícito achacar a simple espíritu pertinaz las posturas provocadoras que continúan defendiendo, de forma minoritaria, la superioridad jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria (32). Ponen de relieve, cuando menos, que es necesaria una profundización teórica en la función constitucional y la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas.

Frente a esta aseveración, no basta argüir —conviene repetirlo— que la jerarquización entre leyes conduciría a graduar las manifestaciones de la voluntad popular, porque es precisamente la no imposición constitucional de esa graduación, es decir, la supervivencia de un concepto unitario de ley, lo que hay que demostrar (33).

En todo caso, sea cual sea la solución a dar a los problemas concretos que siguen, en gran medida, abiertos a causa de la diversificación de tipos legales (ley estatal-ley regional, leyes en funciones de normas interpuestas, ley

---

(31) Piénsese, por ejemplo, que en esta línea todo el Derecho penal estaría sujeto a reserva de ley orgánica. Véase L. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *REDC*, núm. 8, pp. 9 y ss.

(32) La concepción jerárquica de la ley orgánica continúa siendo defendida con energía y entusiasmo por F. GARRIDO FALLA, *Tratado...*, cit., pp. 205-206.

Una defensa más matizada de esta tesis puede hallarse, recientemente, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Relaciones entre leyes...», cit., pp. 20 y ss.

(33) Véase *supra*, nota 5.

orgánica-ley ordinaria), una cosa es clara al analizar desde este punto de vista el concepto de ley en la Constitución española: la diversificación de tipos legales que el texto constitucional introduce no sólo pone en cuestión la antigua característica de la uniformidad formal de todas las leyes, sino que fuerza a interrogarse acerca de si existe una única voluntad popular constitucionalmente reconocida o si, más bien, la Constitución otorga diferente valor a la voluntad popular en unos casos con respecto a otros.

### 3. *Las problemáticas relaciones entre ley y reglamento*

Se dijo anteriormente que, en este sentido, se partía de la idea de que la Constitución no ha alterado la última naturaleza legalista del ordenamiento, en el sentido de que no ha colocado —al menos, de manera general— fuente alguna en el mismo nivel que la ley. Ello significa que la primacía de la ley en el sistema de fuentes no ha sufrido el impacto de la Constitución con la misma intensidad que los otros dos rasgos definitorios del concepto tradicional de ley (omnipotencia y caracterización formal de las leyes). Aun así, esto no conlleva que no haya que revisar, a la luz de la Constitución, las relaciones de la ley con las fuentes subordinadas y, de manera muy especial, con el reglamento. La cuestión capital que se suscita en este orden de consideraciones consiste en aclarar si la ley continúa gozando de primacía en el más pleno sentido de la palabra, esto es, si sigue correspondiéndole definir el ámbito de validez y aplicación de las demás fuentes del Derecho. Se trata, en otros términos, de establecer si las otras fuentes son todavía subsidiarias de la ley —no teniendo un ámbito de normación autónomo, sino tan sólo el que la ley les confiere— o si, por el contrario, la primacía ya sólo se manifiesta como mera superioridad jerárquica.

Este punto, que no ofrece grandes dudas por lo que hace a las fuentes no escritas —las cuales no han dejado en momento alguno de ser subsidiarias (34)—, es, sin embargo, harto problemático en lo que se refiere a los reglamentos, y ello a pesar de que la definición constitucional de la forma de gobierno como monarquía *parlamentaria* (art. 1.3 CE) —ampliamente ratificada a lo largo de todo el articulado del texto constitucional— podría inducir a pensar que no se ha producido modificación alguna de la primacía de la ley con respecto a las fuentes inferiores, en línea con el esquema clásico del constitucionalismo liberal-democrático sobre las relaciones entre ley y reglamento.

---

(34) Véase L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 5.ª ed., Madrid, 1985, pp. 139 y ss.

Según este esquema clásico, generalmente acogido por la doctrina y la jurisprudencia españolas y cuyo máximo exponente es GARCÍA DE ENTERRÍA (35), la potestad reglamentaria de la Administración carece de una esfera de normación autónoma, de manera que el reglamento ha de ser siempre ejecutivo de una ley que expresamente lo haya requerido para desarrollarla. No cabe, pues, el reglamento independiente, el reglamento que directa y primariamente regula una materia. A esta regla general tan sólo suele reconocerse una excepción, a saber: los llamados reglamentos administrativos o reguladores de la organización de la propia Administración que los dicta, los cuales sí pueden ser independientes, si bien quedan en todo caso subordinados a aquellas leyes que eventualmente incidan sobre la materia. Esta excepción —por lo demás, difícilmente conciliable en el ámbito estatal con el tenor literal del artículo 103.2 CE— es normalmente justificada mediante la afirmación de una implícita potestad administrativa de autoorganización, heredada de la dogmática alemana clásica del Derecho público (36).

Ocurre, no obstante, que en este punto —como en tantos otros, en especial en sede de fuentes— los autores han sido particularmente proclives a interpretar la Constitución con el propósito de ver en ella consagrados los dogmas establecidos como conquistas del progreso. Tal vez no se ha reparado suficientemente en que esos dogmas representaban el progreso en un Estado sin verdadera Constitución —que, además, era dictatorial en el caso español—, ni se ha valorado lo bastante hasta qué punto hay que forzar la letra y la sistemática de la carta constitucional a fin de salvar los mencionados dogmas (37).

Esto es, en efecto, lo que sucede con las relaciones entre la ley y el reglamento. Una lectura desapasionada del texto de la Constitución —como sólo puede ser la de un jurista persa, libre de cualquier herencia cultural al respecto— llegaría con toda probabilidad a ciertas conclusiones, evidentes por demás: en la Constitución no existen materias reservadas al reglamento (38);

(35) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 149 y ss. Cfr. también E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 237 y ss.

(36) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 213-215 y 244-250.

(37) Vienen aquí a la memoria las palabras de W. CESARINI SFORZA: «Mientras las normas tienen una realidad histórica y, por tanto, contingente, los dogmas simulan una vida metahistórica y perduran como ideas absolutas, también cuando las normas de las que derivan han perdido ya su primitiva función» (*El Derecho de los particulares*, trad. esp., Madrid, 1986, pp. 43-44).

(38) En este sentido, la doctrina es unánime. Cfr., además de la bibliografía ya citada, J. L. CARRO y R. GÓMEZ-FERRER, «La potestad reglamentaria del Gobierno.

la Constitución instituye una potestad reglamentaria del Gobierno (artículo 97 CE); la Constitución establece una pluralidad de reservas de ley para materias concretas, así como una reserva general en materia de derechos fundamentales (art. 53.1 CE).

Consciente de estos datos normativos, DE OTTO, guiado por el rigor lógico y la lucidez ante los cambios institucionales, ha sostenido recientemente que es posible en España el reglamento independiente *ad extra* (39). Esta sugestiva tesis se fundamenta, en última instancia, en un rechazo del argumento central de la doctrina mayoritaria, según la cual la interdicción de los reglamentos independientes en materias no organizativas deriva de la reserva general del artículo 53.1 CE; esto es, procede de la natural fuerza expansiva de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, de suerte que toda regulación de relaciones intersubjetivas afecta, de un modo u otro, a derechos fundamentales, coincidiendo así la reserva del citado artículo 53.1 CE con la vieja cláusula germánica de libertad y propiedad (40). Frente a esto, subraya DE OTTO el tenor literal del artículo 53.1 CE, que reserva a la ley tan sólo la regulación del «ejercicio de tales derechos y libertades», a la vez que pone de relieve la íntima conexión existente entre mayoría parlamentaria y Poder Ejecutivo —hoy el auténtico conflicto es el que media entre mayoría y oposición— y la consiguiente legitimación democrática del Gobierno. En una *democracia de canceller*, en resumen, no debería escandalizar el reconocimiento de normaciones primarias por medio de reglamento. Todo lo anterior, como es obvio, ha de entenderse sin perjuicio de que en la Constitución española no existen ámbitos exentos de la potestad legislativa, por lo que, allí donde haya ley, el reglamento queda jerárquicamente subordinado a la misma y no tiene otro campo de actuación que el que ésta le reconozca. En pocas palabras: según el referido autor, el reglamento gubernativo puede regular directamente todas aquellas materias que, sin estar cubiertas por reservas constitucionales de ley interpretadas en sus propios términos, no hayan sido objeto de regulación por el legislador.

La tesis expuesta está envidiablemente bien construida, es mucho más respetuosa de la letra de la Constitución que la opinión mayoritaria y, en fin, se adecúa mejor a la realidad institucional creada por el constituyente. Ahora

---

y la Constitución», en *RAP*, núm. 87, pp. 161 y ss.; R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, 1988, pp. 109 y ss.; J. TORNOS MAS, «La relación entre y reglamento: reserva legal y remisión normativa», en *RAP*, números 100-102, vol. I, pp. 471 y ss.

(39) I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 233-235.

(40) Cfr., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 246-250.



bien, no está exenta de serias objeciones. Así, ante todo, el reconocimiento por el artículo 97 CE de la potestad reglamentaria del Gobierno —con lo que ello supone, en cuanto garantía institucional, de indisponible para el legislador— se hace «de acuerdo con la Constitución y las leyes». Ello parece denotar un sometimiento del reglamento a la ley, que se convierte en auténtica *vinculación positiva* si se pone en conexión con el principio de legalidad administrativa definido en el artículo 103.1 *in fine* CE (41). En esta línea, la doctrina dominante sostiene que el único significado de la mención a la potestad reglamentaria hecha en el artículo 97 CE consiste en reservar al Gobierno —excluyendo, pues, a autoridades administrativas de nivel inferior— la posibilidad de dictar reglamentos ejecutivos de las leyes con eficacia *ad extra* (42). Contra esta afirmación, a la tesis minoritaria sólo le cabría arriesgarse por la tentadora, si bien dificultosa, senda de demostrar que, de conformidad con la propia dicción del artículo 97 CE, la potestad reglamentaria es algo diverso de la función ejecutiva. Ello traería consigo la aseveración de que la potestad reglamentaria no tiene como cometido la mera ejecución de las leyes y —lo que es más importante— que, al no ser función ejecutiva, no cae dentro del ámbito del principio de legalidad como vinculación positiva (art. 103.1 CE), sino que se halla simplemente limitada de forma negativa por la subordinación jerárquica a las leyes (art. 97 CE).

Una afirmación de esta índole tendría la incontestable utilidad de poner de manifiesto la diferencia, no siempre percibida con suficiente nitidez, que existe entre jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y reserva de ley (art. 53.1 CE). La primera implica tan sólo que la norma inferior no puede contradecir, so pena de nulidad, lo ordenado por la superior. La segunda significa algo más, superpuesto a la jerarquía: que el reglamento únicamente puede regular materias reservadas en la medida en que se lo permita una ley y siempre a efectos de desarrollarla (43), sin que pueda, como es obvio, vulnerar lo que ella preceptúa.

Esta distinción es singularmente útil, porque ayuda a esclarecer los múltiples problemas que suscita el reglamento como tipo normativo, más allá

---

(41) Sobre el principio de legalidad de la Administración como vinculación positiva, véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 409 y ss., así como D. JESCH, *Ley y Administración* (trad. esp.), Madrid, 1975, pp. 131 y ss., y CH. STARCH, *El concepto de ley en la Constitución alemana* (trad. esp.), Madrid, 1979, pp. 383 y ss.

(42) Véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 192-195.

(43) En este sentido, con suma claridad, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 225 y ss.

del círculo de los reglamentos estatales. En efecto, la otra crítica que cabe oponer a DE OTTO es que su espíritu polémico no le ha llevado al extremo de romper con el rasgo principal de toda la dogmática en este punto, a saber: la teoría del reglamento y de sus relaciones con la ley se ha construido siempre teniendo en mente los reglamentos del Estado y aplicando a todos los demás, que no han dejado de merecer sino un lugar de mero apéndice, los resultados obtenidos para los primeros (44). Esto podía estar justificado en el período clásico de la teoría del reglamento, que operaba en Estados unitarios y fuertemente centralizados bajo el modelo francés; pero de ninguna manera lo está en la España actual.

La tesis del reglamento independiente en ausencia de ley no explica en absoluto si ella misma es de aplicación en el seno de los ordenamientos de las Comunidades Autónomas. La analogía de éstos con el ordenamiento estatal es clara: les corresponde la regulación primaria de ciertas materias en virtud del reparto competencial, y poseen, además, una forma parlamentaria de gobierno. Sin embargo, la Constitución no contiene un reconocimiento de la potestad reglamentaria regional similar al recogido en el artículo 97 CE, ni los Estatutos de Autonomía, parcos y dispares, arrojan luz sobre esta cuestión (45). Parece claro, en todo caso, que no hay razón de peso, habida cuenta del diseño institucional, para defender que las relaciones ley-reglamento en las Comunidades Autónomas no sean las mismas que en el Estado. No obstante, ante el silencio normativo, forzoso es reconocer que la tesis mayoritaria del reglamento meramente ejecutivo violenta menos el tenor de las disposiciones estatutarias.

Con todo, la más grave carencia de la teorización estatalista sobre las relaciones entre ley y reglamento radica hoy día en su incapacidad para explicar satisfactoriamente el ámbito y los límites de la potestad reglamentaria de los entes locales. Esta, si bien no se encuentra contemplada de forma expresa en la Constitución, está sin duda implícitamente comprendida dentro de la garantía institucional de la autonomía local de los artículos 137 y 140 CE: en cuanto entes constitucionalmente necesarios dotados «de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses», municipios y provincias no pueden por menos que poseer una potestad reglamentaria, absolutamente imprescindible para el ejercicio del autogobierno, máxime si se tiene en cuenta que, como entes dotados de pura autonomía *administrativa* —en con-

---

(44) Cfr., por ejemplo, las grandes obras del Derecho administrativo español, como las ya citadas de E. GARCÍA DE ENTERRÍA o F. GARRIDO FALLA.

(45) Normalmente hay que acudir, para hallar una solución, a las respectivas leyes de Gobierno y Administración.

traposición a la autonomía *política* de las Comunidades Autónomas, que se cifra precisamente en la titularidad de potestad legislativa—, no tienen otra posibilidad de dictar normas jurídicas que la ofrecida por los reglamentos (46).

Pues bien, asimilar el régimen jurídico de los reglamentos locales al de los estatales —bien desde el punto de vista mayoritario del reglamento ejecutivo, bien del reglamento independiente en defecto de ley— es lisa y llanamente incorrecto. Los reglamentos locales, en especial en materia de «régimen sustantivo de las funciones y servicios» [apartado B) del complejo art. 5 LBR], no son ni han sido nunca ejecutivos de las leyes en puridad de conceptos; y ello, porque no son llamados por la ley para hacer un desarrollo orgánico y sistemático de la misma. Antes al contrario, son expresión de un poder normativo constitucionalmente autónomo —y legitimado democráticamente de modo directo—, el cual, sin embargo, ve delimitadas sus posibilidades de actuación por las leyes. En estas condiciones, hablar de reglamento ejecutivo no deja de ser un puro formalismo: ¿cómo puede decirse, por ejemplo, que un Plan General de Ordenación Urbana, que toma decisiones políticas de primer orden, es un reglamento de desarrollo de la Ley del Suelo si no es en el sentido formal de que ha de ceñirse a las previsiones de ésta? Pero hablar de reglamento independiente es irreal, por la elemental razón de que las competencias locales vienen definidas por las leyes. El reglamento local, pues, encuentra límites meramente negativos en su sometimiento jerárquico a las leyes; mas no puede ser dictado sin ley previa que establezca la esfera de funciones de las corporaciones locales, con lo que tampoco es, en rigor, independiente (47).

La antigua característica de la primacía de la ley, en suma, ha sobrevivido con la Constitución, al menos en el sentido de superioridad jerárquica.

---

(46) Sobre las diferencias entre autonomía política y administrativa en el Derecho español, véanse S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público...*, cit., pp. 167 y ss., así como el «Informe» de F. TOMÁS Y VALIENTE recogido en *Tribunales Constitucionales europeos y autonomías territoriales*, Madrid, 1985, pp. 147 ss. Por otra parte, la autonomía administrativa local, democráticamente legitimada, plantea un problema capital en la estructura del Estado, cual es la democracia en la ejecución de las leyes, como ya observó en tono crítico H. Kelsen, «La democrazia nell'amministrazione», en *Il primato del parlamento* (trad. it.), Milán, 1982, pp. 61 y ss. Cfr. la opinión favorable de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, pp. 35 y ss.

(47) Cfr. las atentas observaciones sobre las consecuencias normativas de la autonomía local de J. LEGUINA VILLA, «Gobierno municipal y Estado autonómico», en *Escritos sobre autonomías territoriales*, Madrid, 1984, pp. 257 y ss. Cfr., asimismo, L. MORELL OCAÑA, *El régimen local español*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 169 y ss.

Pero requiere ahora de consideraciones mucho más matizadas cuando se toma en su significación profunda de delimitación por el legislador del ámbito de validez y aplicación de los reglamentos.

### III. LOS INTENTOS DE RECONSTRUCCION DE UN CONCEPTO UNITARIO DE LEY

Las que se acaban de exponer parecen ser las principales quiebras que el advenimiento de la Constitución ha provocado en el concepto tradicional de ley. No es apropiado, evidentemente, en esta sede buscar solución para todos y cada uno de los problemas planteados en torno a la ley, si bien era preciso examinar los términos en que se suscitan con un cierto detalle, precisamente para estar en condiciones de dar respuesta al interrogante central del presente estudio: si cabe inferir de la Constitución española un concepto unitario de ley y, en caso afirmativo, cuáles son sus elementos definitorios.

A la vista de las causas determinantes de la crisis de la noción clásica de ley —que, por lo demás, guardan una marcada similitud con lo acaecido en otras Constituciones de la última posguerra europea, en las que la española ha buscado fuente de inspiración (48)—, urge investigar las posibles reacciones teóricas encaminadas a la reconstrucción del concepto de ley. Es preciso constatar, en este orden de ideas, el escaso interés doctrinal que hasta la fecha ha despertado en España el concepto mismo de ley, probablemente a causa de la variedad y magnitud de cuestiones concretas que el nuevo sistema de fuentes impulsaba a abordar (49). Por ello, lo más útil en este punto es sistematizar las principales líneas de pensamiento de la moderna dogmática sobre el sistema normativo, para sacar así a la luz cuáles son, en su sentir, los muros maestros que han de soportar una nueva edificación de la idea de ley.

RUBIO LLORENTE, en un trabajo ya clásico, que constituye, además, una de las pocas aportaciones directamente dedicadas a este tema, da la clave para la mencionada sistematización al aislar tres expresiones empleadas por la Constitución para definir la posición de la ley: «Rango de ley, fuerza de ley,

---

(48) Con respecto a Alemania, véase D. JESCH, *Ley y Administración*, cit., pp. 131 y ss., y CH. STARCK, *El concepto de ley...*, cit., pp. 41 y ss. Para Italia, véanse. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bolonia-Roma, 1977, pp. 176 y ss., y G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale (Il sistema delle fonti del diritto)*, Turín, 1987, pp. 153 y ss.

(49) El único trabajo monográfico sobre el concepto de ley es el temprano estudio de A. GARRORENA MORALES *El lugar de la ley...*, cit., al que cabe añadir el artículo de F. RUBIO LLORENTE «Rango de ley...», cit.

valor de ley» (50). Tal es el título de su escrito y tales son las vías que, de manera más o menos consciente, se han venido utilizando para la referida reconstrucción de un concepto unitario de ley. Un análisis crítico de la bondad de estas vías en relación con los problemas ya conocidos es, por consiguiente, lo que ahorra corresponde hacer.

### 1. *La fuerza de ley y el voluntarismo jurídico*

De todo el instrumentario conceptual que hoy día se emplea para definir la posición que ocupa la ley en el sistema de fuentes del Derecho, no cabe duda de que la expresión *fuerza de ley*, acuñada por la dogmática clásica, es la más antigua y la más arraigada (51). Raro es el autor que no recurre a ella a la hora de describir qué es o en qué consiste la ley (52).

Por fuerza de ley, según es pacíficamente admitido, se entiende la específica cualidad que este tipo normativo posee en el constante devenir del ordenamiento jurídico. Así, la fuerza *activa* de ley es la capacidad que tiene ésta para derogar cualquier disposición anterior de igual o inferior grado jerárquico, en tanto que fuerza *pasiva* de ley es su resistencia a ser derogada por disposiciones ulteriores que no gocen, al menos, de su mismo grado en la jerarquía normativa. La fuerza de ley, pues, constituye un intento de delimitar el concepto de ley a partir de consideraciones nomodinámicas y, en particular, a partir de las relaciones de la ley con las demás leyes y con otras disposiciones normativas a la luz del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*).

La idea de fuerza de ley como emblema de lo que la propia ley es y significa nació en los ordenamientos europeos decimonónicos, carentes de una verdadera Constitución suprallegal, y es en ellos donde posee pleno sentido. En efecto, en un ordenamiento inspirado en el principio de la llamada soberanía del Parlamento, la fuerza de ley consiste en la máxima e incondicionada po-

(50) Este es precisamente, como queda dicho, el título de su artículo.

(51) El origen de esta expresión parece encontrarse en O. MAYER, *Derecho administrativo alemán* (trad. esp.), vol. I, Buenos Aires, 1982, pp. 197 y ss. Sobre los presupuestos dogmáticos e ideológicos de la fuerza de ley, en el principio monárquico, cfr. A. RODRÍGUEZ BEREIJO, «Laband y el Derecho presupuestario del Imperio alemán», estudio preliminar a la trad. esp. de P. LABAND, *Derecho presupuestario*, Madrid, 1979.

(52) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 135-137; A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley...*, cit., pp. 69-71; I. DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 149-151; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes...*, cit., pp. 89-91; F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», cit., p. 422.

tencia creadora de Derecho, en poder hacer cualquier cosa menos transformar un hombre en mujer —según el viejo dicho inglés—, sin que quepa oponer a la ley ningún tipo de norma, acto o principio que no esté recogido en otra ley posterior. Es la ley, dotada de omnipotencia y supremacía, la que crea y delimita las demás fuentes del Derecho *ad libitum*, por lo que éstas jamás podrán tener su misma fuerza. Sólo la ley es capaz de doblegar a la ley (*contrarius actus*). La fuerza de ley, en suma, no es, dentro de estas coordenadas, sino la expresión de la fuerza motriz del ordenamiento, que no en balde es calificado, en el sentido más profundo de la palabra, de legalista.

Pero es más: la fuerza de ley así entendida no pierde su significación en aquellos otros ordenamientos desprovistos de Constituciones supralegales que, en vez de regirse por la soberanía del Parlamento, lo hacían por el principio monárquico. Es claro que aquí la ley ya no posee una fuerza omnimoda, porque el reglamento, tan originario como la ley —y, por tanto, no creado por ella—, tiene un ámbito de actuación propio. Pero es igualmente diáfano que el reglamento, en rigor, no puede derogar la ley y que ésta, dentro de su campo de acción, continúa siendo la fuerza que mueve el ordenamiento. Con el principio monárquico, por consiguiente, la situación es la misma, con la única diferencia de que hay un dualismo de fuentes: ley y reglamento, en sus ámbitos respectivos, son fuerzas primarias e incondicionadas de creación jurídica.

Bajo la noción de fuerza de ley late, entonces, otra idea: la capacidad de innovación y la resistencia a ser eliminada en que esa fuerza que tiene la ley consiste es una cualidad o una energía que nace de ella misma, que está ínsita en la propia naturaleza de la ley. La fuerza de la ley, al ser ésta originaria y no condicionada por ninguna otra norma, no procede del exterior ni le ha sido conferida, sino que la ostenta por el hecho mismo de ser ley. Así, la ley es, ante todo, un acto de voluntad del soberano (53) —bien el soberano único, bien el cotitular de la soberanía— y, en esa medida, ninguna ley puede valer más o menos que otra, porque no es factible graduar la intensidad de una voluntad ilimitada. Por ello, el concepto de fuerza de ley como cualidad nomodinámica de la ley funcionaba a la perfección en ordenamientos no constitucionales *sensu stricto*: la ley puede derogarlo todo, mas sólo puede ser derogada por otra ley, sin que sean válidas las cláusulas de inderogabilidad, ya que implicarían una enajenación de la soberanía (54).

(53) Cfr. las observaciones de F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», cit., páginas 422-425.

(54) Sobre el complejo problema de si es posible establecer cláusulas de rigidez o de inderogabilidad en ordenamientos sin Constitución supralegal se ha extendido la doctrina inglesa, a raíz de las propuestas de aprobar un *Bill of Rights* de naturaleza

Toda la construcción teórica de la fuerza de ley es, pues, manifestación del más puro voluntarismo jurídico: la posición de cada acto normativo viene dada por la voluntad que incorpora y que le ha dado vida. Ahora bien, a raíz de la promulgación de la Constitución, la fuerza de ley ya no sirve, por sí sola, para caracterizar el concepto de ley en el ordenamiento español; y ello, por una razón evidente: la diversificación de tipos legales operada por la Constitución determina que ya no exista una única fuerza de ley —la fuerza de ley por excelencia—, sino una pluralidad de diferentes fuerzas de ley: tantas como tipos legales *a se* reconoce el texto constitucional.

No es preciso extenderse mucho para explicar que una diversificación de tipos legales, como la que lleva a cabo la Constitución española, lleva necesariamente aparejada la imposibilidad de que quepa la derogación entre las distintas clases de leyes. En línea de principio, el criterio cronológico sólo será aplicable entre leyes de un mismo tipo —y, aun así, no siempre—, en tanto que entre leyes de tipos diversos regirán otros criterios de relación: jerarquía, competencia y especialidad procedimental, según los casos y las preferencias teóricas. En la teoría general del Derecho, es pacífico que el criterio cronológico cede ante estos últimos (55).

Pero aún cabe decir algo más: no se trata de que la diversificación constitucional de tipos legales traiga consigo la desaparición de una fuerza de ley unitaria como si de un efecto secundario, perverso pero insoslayable en aras de un interés superior, se tratara. Antes al contrario, al diversificar los tipos legales, lo que el constituyente ha querido es precisamente que no todas las leyes tengan la misma energía derogatoria activa y pasiva. Al lado de una fuerza normal, propia de las leyes ordinarias, la Constitución ha reservado ciertas materias y decisiones a distintos tipos legales dotados de mayor rigidez, con finalidades diversas: garantizar una estabilidad superior en ciertas regulaciones, forzar el consenso para la adopción de determinadas medidas, etc. Se trata, por tanto, de la implantación de verdaderas *fuentes reforzadas* (56).

Existe, no obstante, una razón más profunda que la diversificación de

---

rígida. Véase, por todos, G. MARSHALL, *Teoría constitucional* (trad. esp.), Madrid, 1982, pp. 165 y ss.

Desde un punto de vista teórico-general, véase A. MERKL, «L'immodificabilità delle leggi, principio normologico» (1917), en *Il duplice volto del diritto (Il sistema Kelseniano e altri saggi)* (trad. ital.), Milán, 1987, pp. 129 y ss.

(55) Véase, por todos, N. BOBBIO, *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, pp. 113 y ss.

(56) Sobre el concepto de fuentes reforzadas, véase V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., pp. 211 y ss.

tipos legales por la que la fuerza de ley ya no es suficiente para delimitar el concepto de ley en la Constitución. Esta razón es la existencia de la Constitución misma, su cualidad de suprema *norma normarum*. La idea de que hay una específica fuerza de ley procede, como se ha indicado anteriormente, de la omnipotencia y la primacía de la ley en el sistema de fuentes, de su carácter originario e incondicionado, en una clase de ordenamientos históricamente dados. Se hacía necesario identificar esa fuerza y, sobre todo, identificarla como unitaria —siempre igual a sí misma—, porque, al no existir norma alguna por encima de la ley, ésta constituía el modo máximo de producción de normas, que se autojustificaba. La fuerza de ley, en otros términos, representaba la inevitable referencia conceptual para culminar un sistema unitario de producción de normas, esto es, un auténtico ordenamiento jurídico.

Cuando hay una Constitución verdaderamente normativa, sin embargo, lo que la ley puede y no puede hacer lo define la Constitución, que es la que crea todos los poderes públicos —constituidos, en ese sentido—, incluida la potestad legislativa (arts. 66.2 y 152.1 CE). No se trata de que la ley o, mejor dicho, cada tipo de ley no posea una determinada fuerza. Sin duda la tiene; pero en un sentido puramente descriptivo: capacidad derogatoria y resistencia frente a la derogación. Lo que no tiene es una fuerza inmanente o *natural*, sino tan sólo la que le confiere la Constitución (57), la cual crea el entero sistema de fuentes, empezando por la ley. La ley existe y tiene fuerza de obligar únicamente porque así lo dispone la Constitución. No tiene ya una fuerza propia y originaria, sino vicaria y derivada. Ya no es un desnudo acto de voluntad, sino que su validez depende de una norma superior.

Por este motivo, aun en el supuesto de que no se hubiera producido una diversificación de tipos legales —como ocurriría en un Estado unitario centralizado, mas con Constitución supralegal—, la noción de fuerza de ley sería igualmente inútil, salvo como expediente técnico para describir de forma abreviada el comportamiento de la ley en relación con el criterio cronológico. En particular, no sirve, al menos por sí sola, para definir el concepto de ley, porque conduce a un círculo vicioso: la Constitución crea la potestad legislativa, cuyo producto, la ley, se caracteriza por tener una determinada fuerza; y a la pregunta sobre cuál es esa fuerza sólo cabe responder que la que le otorga la Constitución (58). En consecuencia, la búsqueda del concepto de ley, sin renunciar a las ventajas de la elaboración teórica de la fuerza de ley, exige esclarecer qué es lo que la Constitución permite hacer a la ley, es decir, qué papel le atribuye dentro del sistema normativo.

(57) Cfr. M. ARAGÓN REYES, «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional», en *REP*, núm. 50, pp. 9 y ss.

(58) Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», cit., p. 425.



## 2. La llamada primariedad de la ley

A este interrogante es al que intenta responder el conjunto de ideas que se recoge en la expresión *rango de ley*. El rango hace referencia, de manera casi intuitiva, al grado que ocupa la ley en la estructura jerárquica del ordenamiento y desde el momento mismo en que contempla la posición de la ley dentro del sistema normativo globalmente considerado —y no en sus relaciones con las demás fuentes aisladamente, una a una, como ocurre con la fuerza de ley—, ofrece una visión más amplia del significado de la ley.

Pues bien, es indiscutible que lo verdaderamente peculiar del rango de la ley en la estructura ordinal consiste en su subordinación directa e inmediata, sin intermediación alguna, a la Constitución, es decir, a la norma suprema que dota de validez y unidad al sistema normativo. Las demás fuentes y, en particular, los reglamentos también están sujetos a la Constitución; pero lo están de modo indirecto, a través de su subordinación a la ley. Este diferente modo de operar de la supremacía constitucional no deja de tener, como es bien conocido, importantes consecuencias procesales (59).

A esta inmediatez en la sujeción a la Constitución la doctrina italiana ha dado el nombre, sumamente gráfico, de *primariedad* (60); expresión que, por implicar un contenido positivo —y no limitarse necesariamente a la ley—, parece preferible a la de rango de ley. Es preciso, pues, analizar, siquiera someramente, en qué consiste la primariedad. Esta, entendida como subordinación directa a la Constitución, posee un aspecto formal y otro material, que, si bien suelen aparecer unidos, pueden concurrir en determinados casos el uno sin el otro.

Así, la primariedad en sentido formal coincide con el hecho mismo de la sujeción directa a la Constitución, de suerte que esta última es el canon para enjuiciar la validez de todas las normas primarias, según se desprende sin dificultad de los más elementales postulados de la teoría de la formación gradual del ordenamiento. Este elemental fenómeno, sin embargo, ha de ser

---

(59) Así, la ley sólo puede ser declarada nula por el Tribunal Constitucional, gozando, entre tanto, de una auténtica presunción de validez y vinculando, por ende, a todos sus destinatarios. Véanse, al respecto, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 148-149; P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, pp. 193 y ss.; F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *REDC*, núm. 4, pp. 35 y ss. Los reglamentos considerados ilegales, en cambio, pueden ser inaplicados por cualquier juez (art. 6 LOPJ), sin esperar a su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa.

(60) Véase, por todos, G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 153-156.

forzosamente puesto en conexión con otro a fin de captar su importantísimo reflejo en el plano procesal. En efecto, en los ordenamientos que, siguiendo el modelo kelseniano, encomiendan la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución a un solo órgano (justicia constitucional concentrada), éste —en el caso español, el Tribunal Constitucional— posee el monopolio, si no de enjuiciar *lato sensu*, sí de rechazar o declarar la invalidez de las normas primarias (61).

Ello trae como consecuencia que, en tanto no hayan sido declaradas inconstitucionales, las normas primarias deben ser aplicadas (arts. 117.1 CE y 357 CP), sin que al Juez le quepa otra vía que la de cuestionar la inconstitucionalidad (art. 163 CE). De este modo, las normas primarias disfrutaban de una auténtica presunción de validez (62) —de la que no gozan los reglamentos, que pueden ser inaplicados (art. 6 LOPJ)—, la cual procede, en definitiva, del carácter normativamente limitado de la Constitución en el sistema europeo de control de constitucionalidad. Deriva, en otras palabras, de la esquizofrénica división que se opera en el ordenamiento entre Constitución y legalidad ordinaria: se dice que la Constitución es la norma suprema, pero a la vez se impone la prohibición de inaplicar normas inferiores contrarias a aquélla. La Constitución no es una norma más, diferenciada sólo por su rango —como en el sistema americano—, sino que tiene un valor normativo específico y, sin duda, limitado.

Ahora bien, sucede que la primariedad en sentido formal, tal como acaba de ser expuesta, con ser una característica de la ley, no es suficiente para fijar su concepto, y ello por tres motivos. Ante todo, porque en el Derecho español la subordinación inmediata a la Constitución, el monopolio de rechazo del Tribunal Constitucional y la presunción de validez no son rasgos exclusivos de la ley. Aparte de los actos asimilables a la ley (decreto-ley; decreto legislativo), existen otros dos, al menos, tipos de normas exquisitamente primarias: los tratados internacionales y los reglamentos parlamentarios (artículo 27.2 LOTC).

En segundo lugar, la primariedad formal no da cuenta de la pluralidad de tipos legales existentes, que es, como se recordará, el principal problema del concepto constitucional de ley. El régimen procesal de impugnación (presunción de validez, monopolio del Tribunal Constitucional) es común a todas las clases de leyes, por lo que este camino no conduce a una solución perfecta y satisfactoria.

---

(61) Los Tribunales ordinarios tienen el deber de verificar la constitucionalidad de las leyes y plantear, en su caso, la correspondiente cuestión. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», cit., pp. 66-68.

(62) Véase *supra*, nota 59.

Por último, no es cierto que la primariedad y sus consecuencias procesales funcionen exactamente igual para todos los tipos de leyes, porque no sería exacto afirmar que la primariedad, entendida como sujeción inmediata a la Constitución, signifique, en todo caso, que ésta sea el único criterio para enjuiciar la validez de todas las leyes. Ahí están las leyes en funciones de normas interpuestas y el bloque de la constitucionalidad del artículo 28 LOTC para evidenciar lo contrario. Aunque la sanción sea siempre la inconstitucionalidad, la invalidez de ciertas leyes no se determina tomando como término de comparación la Constitución, sino otras leyes. Ello quiere decir que la inmediatez en la subordinación a la Constitución no siempre es perfecta o, sencillamente, no es siempre tal, de modo que lo que en origen era un régimen jurisdiccional derivado por la lógica del sistema de una posición sustantiva, se transforma en un mero artilugio procesal, cuya única razón de ser radica en la voluntad del constituyente. Dicho de otra manera: hay leyes más primarias que otras, es decir, leyes plenamente primarias y leyes cuya primariedad es sólo procesal. Algunos autores italianos han hablado, en este último sentido, de *subprimariedad* (63).

Como se indicó anteriormente, la primariedad puede ser tomada también en sentido material. Es bien conocido que, según la teoría de la construcción escalonada del orden jurídico —de la que la Constitución española se hace eco (art. 9.3) (64)—, la validez de cada acto trae causa del inmediatamente superior, del cual, en este sentido, es ejecución (65). Pues bien, ¿qué consecuencias se siguen, para la naturaleza de la ley, del hecho de que la norma inmediatamente superior a ella, de la que trae causa, sea la Constitución? La respuesta a esta pregunta, que fijará el significado de la primariedad material y podrá coadyuvar al establecimiento del concepto de ley, sólo puede darse tomando en consideración los condicionamientos que la Constitución, como norma justificante, impone a la ley.

Es corriente afirmar, en este orden de ideas, que la relación Constitución-ley no es en modo alguno equiparable a la relación, más depurada y mejor conocida, ley-reglamento. La ley no es ejecución o desarrollo, en sentido sustantivo, de la Constitución, es decir, no tiene como cometido regular

(63) Véase, por ejemplo, F. MODUGNO, «Legge in generale», en *Enc. dir.*, volumen XXIII, Milán, 1973, pp. 898 y ss.

(64) La Constitución española, en todo caso, se hace eco de demasiadas corrientes de pensamiento, en su excesivo afán doctrinal, muy claro en el Título Preliminar. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de conciliar una visión jerárquica con otra ordinalista.

(65) Cfr. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. esp.), México, 1979, pp. 129 y ss.

*in extenso* medidas y decisiones que ya han sido adoptadas por el constituyente (66). Antes al contrario, la definición del Estado como democrático (art. 1.1 CE) impone a la interpretación constitucional la idea basilar de *Constitución abierta*; esto es, la Constitución, en principio, no marca el camino que positivamente ha de seguir el legislador, sino que tan sólo fija unos límites o un marco a las diversas opciones políticas que en cada momento puedan ocupar el poder. Dentro del respeto a ese marco negativo, todas las opciones son lícitas y la lógica democrática exige que las decisiones capitales para la colectividad sean tomadas por el legislador (67).

En este sentido, la ley es, sobre todo, el instrumento para dar vida a decisiones estrictamente políticas. Es el medio de canalizar las grandes opciones comunitarias, que la Constitución ha querido que sean libres y las ha dejado, por tanto, al juego de las mayorías. Ello tiene una fundamental consecuencia sobre la naturaleza de la ley: ésta, como acto jurídico (68), es libre en cuanto al fin. Es más: es el único acto jurídico existente en el ordenamiento cuyo elemento teleológico es jurídicamente —no así políticamente— indiferente. La potestad legislativa no ha de perseguir fin alguno predeterminado. La ley, por ello, carece de causa en sentido propio o, mejor dicho, no admite un control causal (69). De ahí lo dificultoso y baldío de los intentos de construir la noción de *desviación de poder legislativa*, sobre la base de un examen causal o teleológico de las leyes (70). Esta es la esencia, pues, de la primariedad en sentido material: la libertad en cuanto al fin, que ha de ser fijado según criterios de oportunidad política.

Ahora bien, con ser el intento más afortunado y preciso de reconstrucción de un concepto unitario de ley, tampoco la primariedad en sentido material logra por sí sola este objetivo. La primariedad material también muestra algunas fisuras. Así, ante todo, no hay que olvidar que la ley —y las

---

(66) En este sentido, expresamente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 145-147.

(67) Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente...», cit., pp. 71 y ss.

(68) Este aspecto formal de la ley como acto jurídico o declaración de voluntad (*fonte-atto*) ha sido profusamente estudiado por la doctrina italiana. Véase, por todos, A. PIZZORUSSO, *Fonti...*, cit., pp. 22-25.

(69) Véase *supra*, nota 66. Cfr. también A. PIZZORUSSO, *Fonti...*, cit., pp. 240-241.

La única excepción a la ausencia de control causal de las leyes vendría dada, tal vez, por la llamada *inconstitucionalidad por omisión*, que sólo cabe cuando la Constitución impone un inequívoco deber positivo al legislador. Cfr., en este sentido, la STC 24/1982 sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos en el Ejército.

(70) Para una concepción favorable a la desviación de poder legislativa, véase J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «Desviación de poder y discrecionalidad del legislador», en *RAP*, núms. 100-102, vol. II, pp. 1527 y ss.

disposiciones a ella asimiladas— no es el único acto normativo inmediatamente subordinado a la Constitución. En idéntica posición se hallan los tratados internacionales y los reglamentos parlamentarios, y de ellos es igualmente predicable la libertad causal, sólo limitada por la Constitución de forma negativa. La primariedad no es, en consecuencia, privativa de las leyes.

Por otro lado, siendo cierta la primariedad material o libertad causal de las leyes como principio o regla general, existe un no desdeñable número de supuestos en que esta característica, por imperativos constitucionales, se ve atenuada o, incluso, desaparece. Así ocurre, en primer lugar, con determinadas directrices positivas, derivadas del carácter de fuente del Derecho que tiene la Constitución, que alcanzan tal grado de intensidad y concreción que no dejan al legislador espacio real para una auténtica decisión política, aproximándose de este modo la función legislativa a la reglamentaria de desarrollo. Piénsese en normas tan precisas como la igualdad de los cónyuges (artículo 32.1 CE), la de los hijos (art. 39.2 CE) o el contenido del demanial marítimo estatal (art. 132.2 CE), casos todos ellos en que la ley es, sin duda, actuación de la Constitución. No cabe argüir frente a esto que el ejercicio de la potestad legislativa es incoercible, de suerte que siempre cabría la libertad de no dar desarrollo legal a esos preceptos; y ello, porque, con independencia de la innegable aplicabilidad inmediata de esas normas constitucionales (71), la potestad reglamentaria es igualmente incoercible y nadie defiende que de aquí se desprenda una libertad causal. Otro tanto sucede, en segundo lugar, en todos los casos de leyes-marco estatales: legislación básica (art. 149.1 CE), leyes de delegación (art. 150.1 CE) y leyes de armonización (art. 150.3 CE); supuestos todos ellos en que, por la propia naturaleza de la legislación bifásica, al establecer la ley-marco las grandes directrices y opciones, el margen de decisión auténticamente política —libre en cuanto a la selección de fines— de la ley de desarrollo se ve notoriamente reducido. En tercer lugar, tampoco puede hablarse de pleno incondicionamiento causal en aquellos supuestos en que la Constitución, como ya se ha indicado, reserva la regulación de una materia, no a la ley o a un tipo concreto de ley, sino a una ley en singular. Tales son, por ejemplo, los casos de las incompatibilidades de los parlamentarios, reservadas a la Ley Electoral (art. 70.1 CE), o la previsión de gastos e ingresos del Estado, reservada a la Ley de Presupuestos (art. 134 CE). No es dudoso que, en casos como éstos, sí cabría hablar con propiedad de desviación de poder legislativo, en la medida en que el legislador intente uti-

---

(71) Cfr. las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, citadas por E. GARCÍA DE ENTERRÍA («La Constitución como norma...», cit., p. 76), en que tempranamente se aplicó directamente la Constitución en aspectos puramente *dogmáticos* o *declarativos*.

lizar estas leyes, con una finalidad constitucionalmente prevista, para fines distintos o, sobre todo, si trata de regular materias propias de estas leyes en otras, valiéndose de la simple fuerza de ley (72).

La última fisura de la primariedad en sentido material como criterio delimitador del concepto de ley se halla en la posibilidad, antes apuntada, de reglamentos independientes o, al menos, de reglamentos no propiamente ejecutivos. Cuando un reglamento regula directamente una materia, sin desarrollar *sensu proprio* ley alguna, es evidente que está subordinado, en la práctica, de manera inmediata a la Constitución y que, en la medida en que ésta no fija fines, goza de idéntica libertad de opción política que las leyes. En este sentido, puede afirmarse sin temor que en el Derecho español existen reglamentos materialmente primarios o, como en el caso de muchos reglamentos locales, cuasi-primarios —en cuanto la ley sólo les fija límites negativos—. Esta posibilidad invalida la primariedad material como rasgo distintivo suficiente del concepto de ley, porque, en tanto no es especialmente perturbador que otras fuentes formalmente primarias (tratados, reglamentos parlamentarios) gocen de primariedad material —ya que, en definitiva, se diferencian bien por sus caracteres extrínsecos, bien por su ámbito de normación—, sí lo es que disfruten de ella fuentes, como los reglamentos, que no están *ex definitione* en el primer lugar de la jerarquía normativa tras la Constitución; y ello, porque entonces se rompe la correspondencia con la primariedad formal, que es, como se vio, la explicación lógico-sistemática de la primariedad material. La libertad de opción política ya no depende de encontrarse en el siguiente escalón a la Constitución, sino de que ésta así lo ha dispuesto. Hay casos de primariedad formal sin primariedad material (leyes de desarrollo) y otros de primariedad material sin primariedad formal (reglamentos independientes).

Así lo ha querido el constituyente y no toca aquí criticar su obra, que, por lo demás, es asaz razonable, ya que no era su misión —sabiamente huyó de ella— hacer un texto profesoral. Pero es asimismo claro que la voluntad del constituyente no sirve para elaborar conceptos dogmáticos. Llegados a este punto, el único modo de salvar la primariedad como característica de la noción de ley consiste en dar un paso adelante y referirse al valor intrínseco sobre el que tal rasgo se apoya: la ley es norma primaria por emanar del Parlamento, en el que reside la representación de la voluntad popular.

---

(72) Cfr. la ya citada STC 72/1984 o la STC 27/1981 sobre modificación de tributos por la ley de Presupuestos.

### 3. La ley como manifestación del principio democrático

Se llega, de este modo, a la tercera de las expresiones antes referidas, el *valor de ley*, que puede ser identificada sin esfuerzo con el fundamento o cualidad propios de la ley. En la tradición del constitucionalismo occidental, esta cualidad intrínseca de la ley radica, como es de todos sabido, en su carácter de «autodisposición de la comunidad sobre sí misma» (73), esto es, en ser la máxima expresión del principio democrático. La peculiar valía de la ley como norma jurídica procede precisamente de haber sido consentida y aprobada por sus destinatarios, que se van a encontrar sometidos a ella.

Es suficientemente conocido —y no hace falta, por tanto, extenderse aquí sobre el particular— cómo, al menos en la Europa continental, la democraticidad de la ley aparece vinculada a las convicciones rousseauianas y jacobinas, que ven en la ley la *expresión de la voluntad general* (74). Pues bien, desde el momento en que el Estado constitucional alcanza, superando anteriores limitaciones censitarias, la categoría de auténtico Estado democrático (art. 1.1 CE), la ley queda caracterizada por ser la suprema manifestación jurídica de la democracia. Por ello, la ley habrá de ser siempre cualitativamente distinta de todas las demás fuentes del Derecho, con independencia de todas las objeciones conceptuales posibles —como las que se han hecho en páginas anteriores—, que ante tan formidable valor de la ley no pasan de ser meras bagatelas. Lo característico del concepto de ley, en suma, en el sistema de fuentes, es su naturaleza democrática, que por sí sola le confiere una incontestable superioridad (75). Todo lo demás son cuestiones de matiz.

Este modo de razonar, extraordinariamente difundido, no es, sin embargo, satisfactorio para la definición del concepto de ley, porque parte de una premisa democrática radical a todas luces incompatible con la Constitución española (76). Esta forma de conceptualizar la ley no sólo incurre en la contradicción de trasladar una noción propia de la soberanía parlamentaria a un Estado dotado de constitución suprallegal —de suerte que le sería aplicable lo ya dicho acerca de la omnipotencia del legislador—, sino que se convierte en

(73) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 135 y ss.

(74) Tal es la fórmula clásica, consagrada por el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 20 de agosto de 1789. Véase, al respecto, G. BURDEAU, «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», en *Archives de philosophie du droit*, 1939, pp. 7 y ss.

(75) Véase *supra*, nota 73.

(76) Sobre la incompatibilidad de la democracia radical o absoluta con un verdadero Estado constitucional, véase M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado* (trad. esp.), Buenos Aires, 1980, pp. 315 y ss.

heredera, tal vez inconsciente, de toda una antiquísima tradición de pensamiento —que dominó a los mismos jacobinos— según la cual la ley es el producto de la voluntad del soberano, sea éste quien sea en cada momento histórico (77). Es precisamente contra esta idea contra la que, como un valladar de civilización, se levantó el concepto de Constitución (78).

Es innegable que la Constitución española concibe la ley como manifestación del principio democrático, al encomendar la potestad legislativa del Estado a las Cortes Generales, que «representan al pueblo español» (artículo 66 CE). Su propio preámbulo, haciéndose eco de la venerable terminología del artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, habla de la ley como «expresión de la voluntad popular» (79). Ahora bien, una vez sentado el carácter democrático de la ley, es preciso poner de relieve a renglón seguido que dicha democraticidad ya no puede ser entendida en el sentido de la dogmática clásica por dos órdenes de motivos: la limitación de la voluntad popular por obra de la Constitución y la transformación que ésta opera sobre la idea de pueblo —y de su representación—, a quien es referida la voluntad democrática.

Por lo que se refiere al primero de estos fenómenos, es claro que, como ya se subrayó al hablar de la fuerza de ley, la existencia de una Constitución normativamente suprema impide atribuir a la voluntad popular una virtualidad distinta de la que la propia Constitución le otorga. Cuando existe una verdadera Constitución, en otras palabras, la apelación a la voluntad popular para definir la ley no es suficiente, porque la coexistencia del Estado de Derecho con el Estado democrático exige precisamente esclarecer qué cometido —necesariamente delimitado— confía la norma fundamental a la ley. No cabe recurrir a que la ley es expresión de la voluntad popular, porque ésta no es omnímoda, sino producto de un poder constituido, cuyo ámbito de actuación es lo que ahora se trata de definir. No es satisfactorio por sí solo este criterio de delimitación del concepto de ley, en suma, porque por encima

---

(77) Sobre la tradición voluntarista de la ley, frente a la tradición racionalista, véase C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (trad. esp.), Madrid, 1982, pp. 149 y ss., donde se pone de relieve que las revoluciones liberales, a pesar de querer limitar el poder, hicieron suya la frase de HOBBS: «auctoritas, non veritas, facit legem» (*Leviatán*, cap. 19).

(78) Véase, por todos, M. KRIELE, *Teoría...*, cit., pp. 139 y ss.

(79) Obsérvese que la Constitución española habla de voluntad *popular*, lo que implica un sutil matiz en pro de la democracia representativa, frente a la pura voluntad *general* rousseauiana.

Sobre los problemas de filosofía política inherentes al paso de la democracia de identidad a la democracia representativa, véase P. DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, pp. 24 y ss.



de la ley existe una *supervoluntad popular*, expresada en la Constitución, la cual, además, al operar como fuente del Derecho jurisdiccionalmente interpretada, limita de múltiples modos la ley y desvirtúa el antiguo significado autojustificante de la voluntad general.

No es menester insistir en este punto, ya que ha sido suficientemente tratado anteriormente. Pero sí hace falta referirse a una importante consecuencia de la naturaleza constituida de la potestad legislativa, que parece ser pasada por alto por los más ardientes defensores del principio democrático como principal elemento definitorio del concepto de ley. Se recordará que en la proposición de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que sirve de punto de partida al presente estudio se decía, para defender el carácter unitario de la ley por ser autodisposición de la comunidad, que lo contrario implicaría que «el propio órgano legislativo podría modelar a su antojo (la ley) con sólo introducir modificaciones, mayores o menores, en los correspondientes Reglamentos de las Cámaras» (80).

Este argumento *ad absurdum* para sostener la unitariedad del concepto de ley sobre la base del principio democrático no es en absoluto convincente; y no lo es sencillamente porque no es cierto que el legislador pueda, por la vía de los reglamentos parlamentarios o por la vía de otras leyes, establecer requisitos para la validez de las leyes. Mas la falsedad de este aserto no descansa, como afirman los insignes autores citados, en que ello sería tanto como destruir la democraticidad de la ley —ya que la voluntad popular ya no se autojustifica—, sino más simplemente en que no lo permite la Constitución. Una vez más se traslada un esquema mental propio de la soberanía del Parlamento a un Estado constitucional. El tema de si el legislador puede imponer condiciones de validez —por ejemplo, exigiendo ciertos requisitos procedimentales o imponiendo una determinada rigidez— a las leyes ha sido muy discutido en régimen de Constitución flexible (81). Es poco discutible, no obstante, que en ordenamientos con Constitución rígida y supralegal la potestad legislativa está constituida y, como tal, carece de facultad alguna de disposición sobre sí misma, ni para establecer requisitos de validez de las leyes. En esta materia, opera una auténtica *reserva de Constitución* (82). Todo requisito de validez de la ley que no esté recogido en la Constitución o en alguna norma interpuesta (reglamentos parlamentarios, Estatutos de Autonomía) por remisión de aquélla —como expresión, en todo caso, de un precepto constitucional— carece de valor vinculante para el propio legislador, no

(80) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 151.

(81) Véase C. ESPOSITO, *La validità...*, cit., pp. 49 y ss.

(82) Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «¿Reserva de Constitución?», en *REDC*, núm. 9, pp. 185 y ss.

teniendo otra virtualidad que la de los meros *interna corporis* (83). Así, verbi gracia, no sería inconstitucional una ley dictada, en las materias contempladas por el artículo 108.1 LOPJ, sin el correspondiente informe del Consejo General del Poder Judicial. Las autorreferencias legales de esta índole no pueden tener, en un ordenamiento constitucional, otro valor que el de simples convenciones (84).

La Constitución, por lo demás, ha eliminado también el otro gran presupuesto de la construcción de raíz rousseauiana de la ley, a saber: la unicidad del pueblo, trasunto de la individualidad de la soberanía, al que es imputable la voluntad en que la ley consiste. Definir la ley sobre la base de su cualidad de expresión de la voluntad popular o de autodisposición de la comunidad exige, en efecto, que exista un solo cuerpo electoral y una única forma de que éste manifieste su voluntad, ya que, de lo contrario, desaparece el propio elemento definitorio (85). Pues bien, la diversificación de tipos legales hace inviable este criterio de definición de la ley. No se trata sólo —lo que sería teóricamente superable— que haya dos centros provistos de potestad legislativa (Estado y Comunidades Autónomas) (86), sino, sobre todo, de la heterogeneidad de las formas de la ley: ¿es más acentuadamente popular la voluntad incorporada a una ley orgánica que a una ley ordinaria, o a una ley de armonización que a una ley regional, o a un Estatuto de Autonomía que a todas las demás leyes? La simple apelación al principio de competencia, nueva panacea del mundo jurídico en la democracia participativa, francamente no salva la unidad de la ley como expresión de la voluntad popular. Esta requiere, en puridad, la ausencia de cualquier instancia intermedia, incluidas las normativas.

---

(83) Véase L. M. Díez-PICAZO, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Zaragoza, 1985, pp. 50-55.

(84) Sobre las autorreferencias normativas, véase el clásico trabajo de A. ROSS «Sull'autoriferimento e su un puzzle nel diritto costituzionale», en *Critica del diritto e analisi del linguaggio* (trad. it.), Bolonia, 1982, pp. 205 y ss., así como H. L. A. HART, «Self-referring Laws», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1985, páginas 170-179.

(85) La doctrina de base rousseauiana ha sido siempre consciente de esto, consecuencia necesaria de la indivisibilidad de la soberanía —cuya expresión es la ley—, como se establece en el *Contrato social* (libro II, cap. II). Cfr. A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, vol. II, Madrid, 1975, pp. 264-266.

(86) El pensamiento federalista nunca ha encontrado obstáculos conceptuales para conciliar la democracia y la división de la potestad legislativa. Son de obligada referencia, en este sentido, los clásicos A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El federalista* (caps. 39 y 49), y A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América* (primera parte, capítulos 4 y 8).

Por otra parte, no puede sostenerse hoy día que la legitimidad democrática —y, por ende, la posibilidad de expresar la voluntad popular— descanse tan sólo en el poder legislativo. En una moderna monarquía parlamentaria, marcadamente inclinada a la denominada *democracia de canciller*, es indiscutible la investidura democrática del Gobierno, que, en términos sociológicos, es a veces superior a la del Parlamento; y es, asimismo, innegable que la verdadera tensión política no se produce ya entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, sino entre el Gobierno y su mayoría parlamentaria y la oposición (87). Sin embargo, la Constitución no ha conferido al Gobierno una facultad normativa equiparable a la potestad legislativa, sino que continúa —con todas las quebras reseñadas— situando a la ley en una posición de preeminencia dentro del sistema de fuentes. Esto puede ser explicado, sin duda certeramente, por la legitimación democrática directa del Parlamento —frente a la indirecta del Gobierno—, así como por la libre discusión y la publicidad del procedimiento parlamentario —frente a los *arcana imperii* del funcionamiento gubernamental— (88); pero estas consideraciones están ya muy lejos, a decir verdad, de la problemática conceptual de la ley como expresión de la voluntad popular. Si el concepto de democracia ha cambiado, es inevitable la transformación del concepto de ley.

Pero es más: si la legitimación democrática directa en realidad fuera lo definitorio de la ley, entonces no se explicaría por qué los entes locales carecen de potestad legislativa. El origen inmediatamente democrático de los órganos de gobierno de los municipios viene impuesto por la Constitución (artículo 140) y, no obstante, sólo tienen potestad reglamentaria. Luego, la idea constitucional de ley no se fundamenta tan sólo en la democraticidad. Y no se diga que, al ser una fracción de la nación, no pueden poseer potestad legislativa, porque este argumento no es de recibo en un Estado compuesto. Los entes locales tienen mera autonomía administrativa, porque así lo ha dispuesto el constituyente a la hora de diseñar el reparto territorial de poder (89).

La Constitución, en resumen, crea un Estado democrático, en el que el cuerpo electoral manifiesta su voluntad a través de diferentes vías y legítima.

(87) Véase, por todos, M. GARCÍA PELAYO, *El Estado de partidos*, Madrid, 1986, pp. 85 y ss.

(88) Véanse, recientemente, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley...*, cit., pp. 162 y ss., e I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 140 y ss.

(89) Sumamente ilustrativa, en este orden de ideas, resulta la STC 179/1985, en la que se declara contraria a la reserva constitucional de ley en materia tributaria la remisión en blanco a los Ayuntamientos de la fijación de los tipos de gravamen del IRPF, operada por la Ley 24/1983.

así, directa o indirectamente, todos los poderes públicos (art. 1.2 CE). Pero, por exigencias de la compatibilización del Estado democrático con los frenos y contrapesos propios del Estado de Derecho, no existe una correspondencia perfecta entre la inmediatez de la legitimidad democrática y el valor de las respectivas fuentes del Derecho.

#### IV. HACIA UN NUEVO CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE LEY

De cuanto hasta aquí se ha expuesto se desprende que ninguno de los criterios, tradicionales o más recientes, son aptos para una delimitación perfecta del concepto de ley en la Constitución española. Es cierto que cada uno de ellos ofrece un rasgo tendencialmente común a todos los tipos de leyes: la ley exige un determinado procedimiento de elaboración, mas éste no es siempre idéntico; la ley posee una cierta fuerza en sede de derogación, mas no es siempre la misma; la ley goza de las notas de primariedad y democracia, mas no es la única fuente que disfruta de esas características, ni éstas significan en todo caso una misma cosa. La ley, además, ya no es omnipotente y, en buena medida, tampoco es suprema, entendiendo por tal que define el ámbito de validez y aplicación de las demás fuentes.

Todas estas características, pues, que son las normalmente empleadas para definir la ley, tan sólo alcanzan a hacer una descripción —bastante plástica, por lo demás— de cuál es su significación dentro del sistema de fuentes. A lo sumo, son útiles como categorías técnicas para resolver problemas concretos relacionados con la ley. Pero no consiguen, aisladamente ni en conjunto, construir un concepto adecuado a la Constitución y predicable de todos los tipos legales por ésta previstos.

¿Hay que reconocer, entonces, el fracaso de todos los intentos dogmáticos de elaborar un concepto unitario de ley en la Constitución española? ¿Es preciso concluir que ésta no permite tal concepto unitario, sencillamente porque concibe la ley como una realidad plural con ciertos elementos comunes? Tal vez. Pero, si es así, convendría ser más coherentes y desprenderse de rémoras mentales unitaristas, a fin de poder construir con mayor flexibilidad un *corpus* de categorías acorde a la nueva realidad diversa de la ley. Aun así, quizá valga la pena intentar salvar el carácter unitario de la ley avanzando por una vía hasta hoy escasamente explorada a causa de los recelos ideológicos que suscita en la dogmática de signo progresista, que la asocia —no sin razón— a las limitaciones conservadoras del poder del Parlamento propias del principio monárquico.

Como se acaba de comprobar, la Constitución no asocia directamente el

valor de cada fuente del Derecho al mayor o menor grado de legitimación democrática del órgano del que emana. Antes al contrario, las exigencias de un Estado de Derecho —de la limitación del poder, en definitiva— imponen que todos los actos de los poderes públicos, incluida la ley, tengan un ámbito de actuación propio y definido en sus linderos por el respeto al campo de los demás actos. La Constitución, en otras palabras, encomienda a cada acto unos determinados cometidos. Se trata, así, de saber cuáles son los que corresponden a la ley, como medio de averiguar si, de esta manera, es aún posible un concepto unitario.

### 1. *Las referencias constitucionales a una idea material de ley*

Para aclarar cuáles son los cometidos constitucionalmente encomendados a la ley no basta —pues ello se ha probado insuficiente— con traer a examen la reserva general de ley del artículo 53.1 CE y las demás reservas particulares esparcidas a lo largo de todo el articulado de la Constitución. Es preciso, además, hacer referencia a las cláusulas de sometimiento de la Administración y el Poder Judicial a la ley (arts. 103.1 y 117.1 CE), que no son, en definitiva, sino concreciones del más genérico principio de legalidad (artículo 9.3 CE) y, por ende, de la consagración del Estado de Derecho (artículo 1.1 CE) (90).

No se trata aquí, como es obvio, de analizar el bien conocido principio de legalidad de la Administración, que no impone únicamente límites negativos, sino que exige que toda actuación administrativa esté previamente habilitada por una norma jurídica válidamente dictada (*vinculación positiva*) (91). Tampoco es éste el lugar para examinar en detalle la sujeción del Juez a la ley, que requiere —siendo para ello la motivación de las resoluciones (art. 120.3 CE) un instrumento de primer orden— que la actividad jurisdiccional consista en la aplicación de normas heterónomas al órgano judicial, excluyendo así un *judge made law* como base del ordenamiento (92). Los artículos 103.1 y 117.1 CE son manifestaciones concretas del genérico sometimiento de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1 CE). El artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn ha expresado esta idea con suma precisión: «La legislación está sujeta al ordenamiento constitucional; el poder ejecutivo y la jurisdicción están sujetos a

(90) Cfr. A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Madrid, 1984, pp. 190-198.

(91) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 416-418.

(92) Véase, en este sentido, L. DÍEZ-PICAZO, «Constitución, ley, juez», en *REDC*, núm. 15, pp. 9 y ss.

la ley y al Derecho.» No parece que la situación sea distinta en España, donde la potestad legislativa, por la naturaleza de las cosas, sólo está sometida al bloque de la constitucionalidad (93) y donde también se hace mención del sometimiento al Derecho —como algo más amplio que la ley, en línea con el pensamiento principialista—, si bien sólo para la Administración pública (94).

Lo que ahora interesa, más bien, es constatar cómo el principio de legalidad de la Administración y del Poder Judicial no consiste en una mera sujeción a la ley, ni siquiera a los demás actos con fuerza o rango de ley. Antes bien, a pesar de su dicción literal, el principio de legalidad significa, según es generalmente admitido, el sometimiento de dichos poderes públicos al conjunto del ordenamiento jurídico, es decir, a todas las normas jurídicas —cualquiera que sea su rango— válidamente producidas. El legislador ordinario lo ha entendido así, ciñéndose a lo ordenado por la Constitución. Por lo que hace a la Administración, sus actos son inválidos por incurrir en «cualquier infracción del ordenamiento jurídico» (arts. 48 LPA y 83 LJCA) y, además, es ilícita la dispensa singular de normas aunque procedan de autoridades administrativas inferiores (inderogabilidad singular de los reglamentos, contemplada en el artículo 30 LRJAE). En cuanto al Poder Judicial, el sometimiento del mismo a las normas inferiores a la ley se desprende *contrario sensu* del artículo 6 LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.» Todo esto quiere decir que el principio de legalidad de los artículos 103.1 y 117.1 CE es, más bien, un *principio de juridicidad o principio de normatividad*. Salvo en los casos en que hay específicas reservas de ley (arts. 25 y 31 CE, verbigracia), el principio de legalidad es sujeción al sistema normativo en su globalidad —evidentemente, dentro del respeto a las formas de producción de cada fuente—. Se trata, en suma, de la consagración de un gobierno nomocrático, como expresión de «la interdicción de la arbitrariedad» (art. 9.3 CE) (95).

Ahora bien, la formulación general del principio de legalidad en el artículo 9.3 CE no puede significar tan sólo la sujeción normativa de los poderes

---

(93) Sobre el paralelismo con el art. 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn, véase J. L. VILLAR PALASÍ y E. SUÑE LLINA, «Comentario al art. 9 CE», en O. ALZAGA (ed.), *Comentarios a las leyes políticas*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 302 y ss.

(94) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 73 y ss.

(95) Cfr., en este sentido, el bellísimo trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución», en *REDC*, núm. 10, pp. 11 y ss., especialmente pp. 20-24.

públicos, porque, si así fuera, constituiría una simple reiteración retórica de lo ya establecido en los artículos 103.1 y 117.1 e, incluso, en el 9.1 CE. El principio constitucional de legalidad tiene que significar algo más que la prohibición del funcionamiento arbitrario de la Administración y el Poder Judicial. Es éste un punto doctrinalmente poco investigado. Pues bien, parece que el principio de legalidad en este sentido general sólo puede significar una cosa: la producción normativa, la creación del Derecho, la construcción del ordenamiento están encomendadas a la ley o, en general, a normas escritas, es decir, a normas producidas por poderes públicos democráticamente constituidos y responsables, como único modo, por lo demás, de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), entendida en su acepción primaria de cognoscibilidad de las normas (96). El principio de legalidad, entonces, no abarca sólo las relaciones del ciudadano con los poderes públicos (arts. 103.1 y 117.1 CE), sino también las relaciones *inter privatos*. El principio de legalidad cubre, dicho de otro modo, toda norma que intente imponerse sobre los individuos.

Ello trae consigo una importante consecuencia, a saber: la Constitución consagra, en virtud de su propio entendimiento del Estado democrático de Derecho, un ordenamiento de signo legalista. No cabe, por tanto, en la Constitución un ordenamiento basado primariamente en normas consuetudinarias o en precedentes judiciales. La costumbre y la jurisprudencia son, a lo sumo, fuentes subsidiarias, sometidas en todo caso al principio de legalidad (97). La innovación del ordenamiento no incumbe, pues, prioritariamente a los Jueces ni a las diversas fuerzas sociales, sino que debe llevarse a cabo mediante decisiones consciente y responsablemente normativas, de las que sólo son capaces *ex definitione* los órganos de extracción política. La dirección política de la comunidad consiste, ante todo, en tomar opciones que se plasman necesariamente en normas jurídicas.

No obstante, tampoco en este sentido amplio puede interpretarse el principio de legalidad como una reserva de ley formal, y ello por una elemental *reductio ad absurdum*: si así fuera, se trataría de una reserva universal de ley, que chocaría frontalmente con todo lo que la Constitución misma dispone en muchos otros preceptos, según se expuso anteriormente. Ello sería, además, imputar al constituyente una intención reiterativa, ya que serían superfluas todas las demás alusiones constitucionales a la ley. El principio de lega-

---

(96) Véase M. LONGO, «Certeza del diritto», en *Noviss. dig. it.*, vol. III, Turín, 1959, p. 126. Cfr. también la clásica obra de F. LÓPEZ DE OÑATE *La certezza del diritto* (1942), Milán, 1968, pp. 47-54.

(97) Véase *supra*, nota 91, así como L. Díez-PICAZO, «Constitución y fuentes del Derecho», en VV. AA., *La Constitución española...*, vol. I, cit., pp. 654-656.

lidad, en consecuencia, ha de ser entendido, también aquí, como principio de juridicidad, naturalmente dentro del respeto en cada materia concreta al modo de producción normativa correspondiente (reservas de ley, jerarquía, competencia, etc.).

De todo lo anterior cabe concluir que algunas referencias que la Constitución hace a la *legalidad* o incluso a la *ley* no lo son a la ley en sentido formal, sino a la ley en sentido material, según la dicotomía clásica (98). Ahora bien, no se piense que esta idea material de ley que a veces sale a relucir en la Constitución —y que convive con la idea formal de ley presente en las múltiples reservas y en la regulación del procedimiento legislativo y el control de constitucionalidad— se ciñe al ámbito del principio de legalidad como principio estructural básico del Estado de Derecho, tal como lo entendió el constituyente. Hay, por el contrario, al menos otros dos supuestos, sumamente relevantes, en que la Constitución hace patente una noción material de ley: la legislación básica del artículo 149.1 y el principio de igualdad ante la ley del artículo 14. El primero de ellos, esto es, la concepción material de la legislación básica, ha sido objeto de una intensa decantación jurisprudencial, por lo que no es preciso entrar ahora a justificar dicho carácter material (99). En cuanto a la igualdad ante la ley, si bien la doctrina del Tribunal Constitucional es en este punto menos copiosa —sin duda, por razones procesales— (100), es clara su aplicabilidad a las normas de rango infralegal y, en particular, a los reglamentos por un argumento *a fortiori*: si la igualdad constituye un límite para el propio legislador (101), no puede

(98) Sobre la dicotomía clásica, véase, por todos, I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional*, cit., pp. 162 y ss.

(99) Véase la ponencia del Prof. JIMÉNEZ CAMPO en las Jornadas en que se presentó este trabajo.

(100) El único caso en que el Tribunal Constitucional ha afirmado expresamente que la igualdad ante la ley del art. 14 CE es también igualdad ante los reglamentos es la SCT 209/1987, dictada en un recurso de amparo interpuesto por el Defensor del Pueblo en materia de prestaciones de la Seguridad Social. No parece casual que el ponente de esta sentencia sea RUBIO LLORENTE. Afirma tajantemente el Fundamento Jurídico 3.º de la STC 209/1987: «La ley ante la cual el art. 14 de nuestra Constitución impone la igualdad, es desde luego, en principio, la ley en sentido material, la norma jurídica en abstracto, con independencia de su rango, de modo que a todos deben ser aplicados por igual las normas legales y reglamentarias, y ni éstas ni aquéllas pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que éstos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas y legítimas, ni atribuir a las diferencias establecidas consecuencias que no resulten proporcionadas con el fin que se persigue.»

(101) Véase J. JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *REDC*, núm. 9, pp. 71 y ss.



dejar de exigirse en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es menos libre y está más vinculada que la potestad legislativa. Ello, por lo demás, sin detenerse en que el artículo 14 CE, entendido como igualdad en la aplicación de la ley, sería de por sí exigible en los reglamentos ejecutivos, ya que en ellos se desarrolla —y, en ese sentido, se *aplica*— la ley.

2. *El necesario complemento material del concepto formal de ley: la ley como núcleo del Estado democrático de Derecho*

Esta idea material de ley, que, como se acaba de comprobar, late en la Constitución y, en especial, en su consagración del principio de legalidad, conduce indefectiblemente a la necesidad de cuestionarse si ello significa que viene constitucionalmente impuesto que toda ley en sentido formal deba ser, además, ley en sentido material; es decir, utilizando las viejas categorías, si toda ley ha de ser auténtica norma jurídica, precepto general y abstracto (102). No parece que sea así. Ninguna disposición constitucional expresamente exige la generalidad y abstracción como requisito de validez de las leyes y, como inferencia exclusiva del principio de legalidad del art. 9.3 CE, parecería excesivamente restrictiva de la potestad legislativa. Por lo tanto, en la medida en que no vulneren las anteriormente examinadas reservas de Poder Judicial y Administración y en tanto respeten el límite del artículo 14 CE —que por sí solo no veda la singularidad de la ley—, las leyes pueden tener un grado mayor o menor de generalidad y abstracción e, incluso, ser singulares.

Ahora bien, una cosa es que la idea material de ley no haya de traducirse en una exigencia de ley material a la vieja usanza y otra bien diferente que no tenga repercusiones prácticas sobre el concepto de ley, esto es, que la ley pueda seguir definiéndose tan sólo por características formales. Antes al contrario, esa idea material de ley ínsita en el principio de legalidad no es sino expresión del modelo de Estado de Derecho por el que ha tomado partido la Constitución. El Estado de Derecho no es ya una simple cobertura *pro forma* mediante actos legislativos de cualquier decisión, sino que es la ordenación legal —previa a cualquier actuación de los poderes públicos— de la comunidad con inspiración en una *ratio* y en unos valores conformes a los principios constitucionales (103).

(102) Sobre este viejo problema, véanse V. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., pp. 19 y siguientes, y G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 11-12.

(103) Véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», cit., pp. 20-23, y A. GARRORENA MORALES, *El Estado español...*, cit., pp. 191 y 197.

El maestro GARCÍA DE ENTERRÍA ha plasmado esta idea, como suele, con hermosas palabras: «La idea de un Estado de Derecho excede con mucho de esa técnica de gobierno puramente formal. Ya hemos adelantado que, en el sistema constitucional, esa estructura puramente formal, si se limitase a remitir a las leyes, sean cualesquiera sus respectivos contenidos, la ordenación de la sociedad, no cubriría las explícitas exigencias constitucionales, que imponen un definido sistema material de valores. A este cambio de perspectiva es a lo que la doctrina alemana ha llamado expresivamente el paso de un Estado formal de Derecho (que sería, por cierto, el Estado *burgués* de derecho) a un Estado material de Derecho, o del Derecho en su sentido material y no formal.» Y añade que el propósito básico de este Estado material de Derecho consiste en «cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta y sin límites» (104).

La idea material de ley propia del moderno Estado de Derecho no impone, pues, la necesidad de la ley en sentido material; mas sí requiere que ésta sea instrumento de un Derecho entendido como ordenamiento racional inspirado en criterios respetuosos de los valores constitucionales y, por ello, que no sea mero revestimiento de un Derecho entendido como decisión o *voluntas*. La sola apelación al Estado material de Derecho, sin embargo, no explica aún por qué la Constitución habla de principio de *legalidad* en vez de hacerlo de principio de *juridicidad* o *normatividad*, ya que esa exigencia es predicable de todas las fuentes. No da razón, en otros términos, de lo que añade a los rasgos necesarios, pero no suficientes, de la definición de ley que se han venido analizando (forma *ad solemnitatem*, primariedad, etc.). ¿Qué aporta, entonces, la materialidad al perfeccionamiento de un concepto constitucional de ley?

Para comprender lo que añade el Estado material de Derecho al concepto de ley específicamente —como algo diverso de las demás fuentes del Derecho— es preciso ponerlo en conexión con la definición de España como Estado democrático (art. 1.1 CE), cuya forma de gobierno es la monarquía parlamentaria (art. 1.3 CE). Pues bien: la democraticidad del Estado en una monarquía parlamentaria implica que el núcleo básico de decisión política y de ordenación de la comunidad estatal no puede ser otro que el Parlamento, el cual ocupa un lugar central y preeminente en todo el sistema jurídico-político. Sin perjuicio de que los demás poderes públicos estén democráticamente legitimados —de manera indirecta, por lo demás, y, en el caso

(104) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad...», cit., p. 20.

del Gobierno, respondiendo políticamente ante las Cámaras—, sólo el Parlamento encarna la representación de la comunidad nacional —o de las colectividades regionales, en virtud del principio de autonomía (art. 2 CE)— y, por tanto, a él corresponde definir los fines y la ordenación de dicha comunidad. Dicho de otro modo: el constituyente ha diseñado una forma de gobierno en que han de ser ciertos órganos representativos (las Cortes Generales y las Asambleas regionales) los que marquen el rumbo y adopten las grandes decisiones de la comunidad, y ello sin menoscabar la iniciativa política, propia también de una forma de gobierno parlamentaria, del Poder Ejecutivo políticamente responsable. Pero la innegable iniciativa política gubernamental jamás puede plasmarse en una sustracción al Parlamento de la facultad decisoria sobre la dirección de la comunidad, y ello no tanto por la publicidad dialéctica del procedimiento parlamentario —con ser ésta sumamente importante—, sino sobre todo porque en una forma de gobierno parlamentaria el Gobierno no posee una legitimación democrática autónoma que pueda justificar el carácter equiparable a la ley de sus actos normativos (105). Su única fuente de legitimación está en la confianza parlamentaria.

Incidentalmente conviene señalar que esta preeminencia parlamentaria se produce también sobre los entes locales, cuya legitimación democrática autónoma ha sido tan ponderada en páginas anteriores. Ello se debe a que, en el diseño institucional del constituyente, se ha considerado que sólo dos centros de poder tienen la necesaria perspectiva para regir, con subordinación exclusiva a la Constitución, a la colectividad. El especial *status* democrático de los entes locales, sin embargo, se refleja en su más laxa vinculación a la ley en comparación con los reglamentos gubernamentales.

Pues bien, relacionando las exigencias del Estado material de Derecho con las de la democracia parlamentaria, se llega a verificar la existencia en la Constitución de una característica, marcadamente material, que completa el concepto de ley y permite englobar en su seno los diversos tipos legales existentes: la ley tiene como cometido la resolución de las cuestiones que afectan verdaderamente a todos los ciudadanos, fijando cuál sea el interés general (nacional o regional) en cada sector concreto, mas tendiendo a que sus decisiones sean verdadera ordenación —sirvan para construir un *ordenamiento* digno de tal nombre— y no se agoten en simples medidas puntuales o coyunturales. Es esto lo que la moderna doctrina alemana ha bautizado como *reserva de Parlamento*, consecuencia directa del Estado democrático

---

(105) Véase, recientemente, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley...*, cit., pp. 109 y siguientes.

de Derecho (106). La ley ya no puede ser desnuda *voluntas*, sino que ha de ser *ratio*.

Lo anterior permite ya definir qué es la ley en la Constitución española. La ley posee, sin duda, ciertos rasgos formales, comunes a todos los tipos legales: la forma de elaboración (procedencia del órgano parlamentario y forma de manifestación *ad substantiam*) y primariedad en sentido formal (presunción de validez y monopolio del Tribunal Constitucional para declarar su nulidad). No existe, en cambio, una única fuerza de ley, salvo frente a los reglamentos y demás fuentes inferiores, ni la primariedad en sentido material deja de admitir graduaciones. La democraticidad, por otra parte, no es característica privativa de la ley. Junto a aquellos dos rasgos formales, la ley ostenta uno de naturaleza material: ser el instrumento básico de ordenación de la comunidad en un Estado democrático de Derecho, definiendo cuál es el interés general (107).

Esta última característica permite terminar de perfilar la posición de la ley en el sistema de fuentes. Frente a las normas inferiores y, en concreto, frente a los reglamentos, no sustituye a las reservas de ley ni impide la validez del reglamento independiente en ciertos ámbitos. Pero subraya la subordinación jerárquica de las disposiciones reglamentarias y la universalidad de las materias regulables por ley. Además, puede ser útil en ciertos casos extremos para resolver las relaciones ley-reglamento: es verdad, en efecto, que la Constitución española permite, en ausencia de reserva de ley, el reglamento independiente *ad extra*; pero si la materia en cuestión es de tal trascendencia que involucra grandes cuestiones colectivas, probablemente la utilización de la vía reglamentaria lleve a la invalidez (108).

Frente a las normas equiordenadas (decreto-ley, decreto legislativo, tratados internacionales), el cometido material de la ley empuja a éstas a ámbitos definidos y no potencialmente universales, aparte de acentuar el control parlamentario último sobre las mismas (arts. 82, 86 y 93 a 95 CE).

---

(106) Una exposición de la moderna doctrina alemana sobre este extremo se halla en R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley...*, cit., pp. 162-163.

(107) Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», cit., pp. 431-432, donde dice: «Estas dificultades derivan todas ellas, creo, del desconocimiento de un principio estructural básico de todo ordenamiento jurídico (al menos de todo ordenamiento jurídico moderno), cuya unidad postula la necesidad de que haya una forma de creación del Derecho potencialmente universal, es decir, no acotada apriorísticamente a materias determinadas y capaz por ello de irrumpir válidamente en cualquier ámbito.»

(108) Piénsese, verbigracia, en las modernas medidas de política *higiénica* en materia de tabaco, cinturón de seguridad, etc., las cuales no afectan a ninguna expresa reserva de ley, mas inciden sin duda en el espacio de libre autodeterminación personal de los individuos.

En relación con la Constitución, como norma supraordenada, no excluye la posibilidad de leyes singulares siempre que se respeten las reservas de Poder Judicial y Administración y la igualdad ante la ley; pero sí abre una vía de control de las llamadas leyes-medida, en especial cuando versan sobre cuestiones de interés menor (*leggine*). Constituye, además, una llamada de atención al legislador sobre la prístina esencia de su función: conformar el ordenamiento jurídico (109).

El cometido material de la ley, en fin, dota de significado unitario a la diversidad de tipos legales creados por la Constitución. No se trata tanto de que todas las leyes sean autodisposiciones de la comunidad —lo que no deja de ser demasiado voluntarista y formal— ni de que todas estén directamente sujetas a la Constitución —lo que admite grados y, por ende, distintos niveles de libertad causal—. Se trata, más bien, de que todas las leyes son especies de un género normativo único al que, con distintas modalidades, restricciones e interrelaciones (competencia, especialidad procedimental, subordinación cuasi-jerárquica), la Constitución ha encomendado el objetivo de determinar cuáles son los intereses generales, aunque no en todos los casos el margen de libertad política sea idéntico. Esta misión no corresponde *ex constitutione* a ninguna otra fuente del Derecho.

### 3. *Conclusión: sobre la necesidad de recuperar la teoría de las funciones en la construcción del Derecho público*

Por desgracia, no parece posible, en el actual momento de desarrollo de la dogmática iuspublicista española, llegar a un grado de concreción mayor en la definición de un concepto unitario de ley adecuado a la Constitución. Ello se debe, sin duda alguna, al extraordinario cambio que ésta ha supuesto y a la formidable complicación del sistema de fuentes por ella introducida; máxime, si se tiene presente la simplicidad de los instrumentos conceptuales con que los juristas españoles estaban acostumbrados a operar.

Ahora bien, a modo de reflexión final, quizá no estén del todo fuera de lugar algunas breves consideraciones acerca de una de las causas por las que resulta tan difícil acabar de encajar todas las piezas del rompecabezas que es el sistema de fuentes instaurado por la Constitución. Quien suscribe estas líneas tiene la profunda convicción de que el problema basilar en el análisis de las fuentes del Derecho —y, tal vez, de otras cuestiones jurídico-

---

(109) Sobre los problemas de la ley-medida para el Estado de Derecho, véase E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (trad. it.), Bolonia, 1973, pp. 101 y ss.

públicas— radica en que continúan empleándose un modelo de razonamiento y un tipo de categorías mentales heredadas de la dogmática clásica alemana y francesa. Ello no sólo implica una cierta contradicción, en la medida en que fuerza la convivencia de nociones propias del principio monárquico con otras engendradas por la soberanía del Parlamento, sino sobre todo conlleva el intento de explicar un ordenamiento constitucional con las herramientas cognoscitivas ideadas para explicar ordenamientos sin verdadera Constitución.

Es preciso, pues, desechar esas viejas herramientas en cuanto no sean útiles para analizar la realidad actual. Pero esta labor de puesta al día del instrumentario conceptual debe comenzar por esclarecer cuáles son las causas de inadaptación del mismo a un Estado con Constitución suprallegal. Pues bien, en este orden de consideraciones, la causa principal es, con toda probabilidad, la dogmática de signo formal, en contraposición a la de signo material; esto es, la predominante, cuando no exclusiva, definición de los distintos actos jurídicos por sus caracteres extrínsecos en lugar de por sus contenidos y finalidades. Es comprensible que, al decir esto, se levante una ola de recelo, porque significa recordar los viejos demonios familiares: nadie olvida la magistral justificación labandiana de la política reaccionaria de Bismarck a raíz del conflicto constitucional prusiano (110).

Un esfuerzo de racionalidad, sin embargo, exige aprehender dos fenómenos. Por una parte, que en un mundo en el que no existía la supremacía de la Constitución —como el europeo del Derecho público clásico—, el único modo de defender las atribuciones de un órgano era a través de la fuerza formal de sus actos, porque, al no existir una auténtica norma superior, no era posible una garantía suficiente y estable de sus cometidos. La única vía para salvaguardar la primacía de la voluntad popular era, así, afirmar la desnuda fuerza de ley, la soberanía del Parlamento, arrinconando al otro pretendiente a cotitular del poder originario. La dogmática de signo formal era, en consecuencia, perfectamente coherente con las bases del ordenamiento en que actuaba.

Por otra parte, los modernos ordenamientos con supremacía constitucional han eliminado esas bases, porque ahora sí existe una verdadera norma superior, que no sólo impide que ningún órgano del Estado tenga un poder ilimitado y pueda calificarse de soberano, sino que delimita —con mayor

---

(110) La más lúcida crítica a los presupuestos ideológicos de la ley material y, en general, de las funciones del Estado tal vez siga siendo la de H. HELLER, «Il concetto di legge nella costituzione di Weimar» (1927), hoy en *La sovranità ed altri scritti sentiti sulla dottrina del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milán, 1987, pp. 303 y ss.

o menor precisión— los ámbitos de actuación de los diversos poderes públicos y sus relaciones recíprocas. Si a ello se añade la creciente complejidad de la estructura estatal y del sistema de fuentes, se comprenderá con facilidad la inconveniencia de seguir empleando métodos dogmáticos de signo predominantemente formal. Estos pueden funcionar bien en ordenamientos relativamente simples; pero en ordenamientos complejos conducen al laberinto escolástico de las clasificaciones y subclasificaciones, intransitable en la práctica del Derecho. La dogmática formal en un ordenamiento complejo exige, en definitiva, acotar infinitos espacios, tanto como tipos normativos, sobre la base de las relaciones derogatorias y anulatorias recíprocas entre éstos. Piénsese en el despiadado principio de competencia.

Por ello, es prudente introducir un correctivo material, en vez de una nueva elaboración de la antigua teoría de las funciones públicas, que ayude a simplificar la solución de los múltiples problemas suscitados en materia de fuentes. Saber a quién corresponde hacer algo siempre es un buen punto de partida. Así lo ha demostrado la jurisprudencia constitucional en materias tales como la ley orgánica o la legislación básica. Todo ello, por supuesto, sin renunciar al gran logro de la dogmática de signo formal: el rigor en los conceptos.

