

RANGO DE LEY, FUERZA DE LEY, VALOR DE LEY

(Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución) (1)

Por

FRANCISCO RUBIO LLORENTE

Magistrado del Tribunal Constitucional

Tengo que apresurarme a decir que mi único propósito en esta conferencia es plantear un problema, sin aportar, me temo, solución alguna. El problema es, pura y simplemente, el del concepto de ley y más precisamente el del concepto de ley como factor determinante de lo que se llama la reserva de ley, problema que nace del hecho de que el concepto de ley que hemos heredado y que constituye la clave de arco de todo el Derecho público no es ya adecuado para nuestras necesidades actuales, es decir, para la comprensión, la interpretación y la aplicación de nuestro Derecho; al menos desde el punto de vista del Derecho constitucional, que es la única perspectiva desde la que yo me atrevo a hablar.

Se me podrá decir que este problema ha sido ya muchas veces planteado, e incluso que se le han buscado diversas soluciones, pues no se da sólo en España, ni nace sólo del contraste entre el concepto tradicional de ley y nuestro propio orden jurídico-constitucional. El concepto de ley está en cuestión en todos los sistemas constitucionales europeos, y no se puede ignorar su generalidad ni los esfuerzos que se han hecho para resolverlo. Sin desconocer todo esto, hay que plan-

(1) El texto que se ofrece es el de una conferencia pronunciada, en mayo de 1983, en las Primeras Jornadas Jurídicas, organizadas por el «Estudio General de Lérida». He preferido dejarlo en su forma original, sin acompañarlo de notas, porque es el resultado de una primera reflexión sobre un tema en el que continúo trabajando.

tearlo, sin embargo, como problema propio y particular, no como problema abstracto y general, pues si en España hemos de tener una ciencia propia del Derecho público no será por el camino, durante tanto tiempo seguido, de repetir los diagnósticos y las soluciones ajenas, sino esforzándonos por establecer ingenuamente nuestro propio diagnóstico y buscar nuestras propias soluciones, aunque para una y otra cosa hayamos de utilizar herramientas conceptuales forjadas por otros.

La historia de nuestro Derecho público (de nuestra doctrina del Derecho público y en cuanto esta doctrina inspira las soluciones legislativas, también de nuestra legislación) puede ser más fácilmente explicada como reflejo mimético de construcciones teóricas extranjeras que como el conjunto de respuestas teóricas dadas, a partir de posturas ideológicas determinadas, a los problemas que nuestra práctica ha ido planteando, y creo firmemente que sólo avanzaremos realmente cuando comencemos por plantear nuestros propios problemas y esbozar nuestras propias soluciones que, naturalmente, no podrán ignorar nunca las que en otros lugares se han dado.

Dejemos, sin embargo, ahora esta cuestión de lado para volver al tema central de la reflexión, es decir, según antes les indicaba, al de la insuficiencia del concepto tradicional de ley para resolver los problemas que plantea la construcción dogmática y la aplicación práctica de nuestro Derecho.

La teoría de la ley tiene muchas facetas y puede ser abordada desde ángulos muy distintos. Yo lo haré sólo como medio para alcanzar un concepto de ley que permita determinar cuál es el campo que la Constitución le reserva. Sólo cuando se sabe lo que la ley es, puede atribuirse, en efecto, un significado concreto a los preceptos constitucionales que reservan a la ley determinadas cuestiones y pueden resolverse los muchos problemas concretos que suscita la habilitación que el legislador concede a la Administración para regular por vía de Reglamento materias determinadas.

La cuestión se plantea ahora entre nosotros con especial virulencia precisamente por la multiplicidad de formas legales que la Constitución consagra. La distinción entre la reserva de ley simple para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales (art. 53.1) o las numerosas reservas de ley simple contenidas en el Título Primero de una parte, y la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales en el artículo 81 de la Constitución, de la otra, distinción a la que cabría añadir la reserva negativa de los Decretos-

leyes «que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, ni a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, ni al régimen de las Comunidades autónomas, ni al derecho electoral general» (art. 86), o el ámbito reservado dentro del que pueden darse las leyes de armonización (artículo 150.3), exige ineludiblemente, y como trámite previo, el establecimiento de un concepto claro de lo que sea reserva de ley, objetivo que difícilmente puede conseguirse, a su vez, si no es a partir también de un concepto claro de lo que haya de entenderse por ley. Sospecho que el establecimiento de este concepto exige la reintroducción en él de ciertos elementos materiales. Lo que intento es, en definitiva, dar las razones de mi sospecha.

El punto de arranque para intentar el planteamiento de la cuestión lo ofrecen las expresiones que he utilizado como título de esta conferencia, y cuya simple existencia parece indicar que la ley es algo dotado de un rango, un valor o una fuerza característicos, que son criterios distintivos y notas esenciales de su concepto. Estas expresiones son utilizadas en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional muy repetidamente. La expresión «rango de ley» la emplea la Constitución en los artículos 82 (que se refiere a los decretos legislativos), 161.1 a) (que regula el recurso de inconstitucionalidad) y 163 (que regula las cuestiones de inconstitucionalidad). La Ley Orgánica del Tribunal la emplea también en el artículo 35, que reproduce el último de los preceptos constitucionales citados, y en el artículo 67, en relación con los conflictos de competencia. La expresión «fuerza de ley» aparece, creo, sólo una vez en la Constitución, en el mismo 161.1 a), que emplea también la expresión «rango de ley», pero en cambio es la más utilizada por la Ley Orgánica del Tribunal en su Título II que es, como se sabe, el que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. La expresión «valor de ley», por último, aparece sólo, aunque significativamente, en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal, para definir negativamente los actos de las Cortes Generales que son susceptibles de ser recurridos en amparo. Todavía cabría añadir a estas expresiones otras próximas como la de «carácter de Ley Orgánica», que utiliza también la Ley Orgánica del Tribunal en el artículo 28.2. Mejor será, sin embargo, no añadir nada para no aumentar la confusión.

Las expresiones «rango de ley» y «valor de ley» parecen englobar, junto con la ley misma, una serie de disposiciones normativas, o incluso

de actos, que comparten con ella una característica común. Como tal característica común no es, ni la de proceder de un mismo órgano (pues, por ejemplo, las leyes del Estado y las de las Comunidades autónomas tienen idéntico rango de ley o valor de ley, aún procediendo de órganos distintos), ni tampoco la de ocupar el mismo lugar en la jerarquía normativa, en el supuesto de que continúe siendo posible hablar de estructura jerárquica de nuestro ordenamiento, cabe pensar que este elemento o nota común de las disposiciones de distinto origen en el que el rango o el valor consisten, estriba sólo en la susceptibilidad, que todas estas disposiciones con rango o valor de ley tienen por igual, de ser sometidas a control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como las expresiones de «rango» y «valor» se utilizan en la Constitución y en la Ley Orgánica precisamente para definir genéricamente estas disposiciones normativas susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional, nos encontraríamos ante una simple tautología. «Rango» o «valor de ley» sería la característica, común a ciertas disposiciones, de poder ser sometidas a un control, cuyo objeto, a su vez, es definido por referencia al rango o valor de ley. Un ejemplo perfecto de razonamiento circular o, como generalmente se dice, de círculo vicioso. Piénsese, además, para ahondar en la vaciedad de la expresión, que esta identificación del «rango» o «valor» de ley de una norma con la posibilidad de someter a la misma al control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional no es cierta si no va acompañada, al menos, de dos puntualizaciones, pues no significa, de una parte, que este control no puedan ejercerlo otros Tribunales; ni, de la otra, que sean las normas en las que se da esta tautológica condición las únicas cuya legitimidad constitucional puede ser analizada por el Tribunal Constitucional.

Respecto de la primera de estas precisiones, baste con observar que todas las leyes pueden ser objeto de un juicio de constitucionalidad por los Tribunales ordinarios, los cuales, cuando se trate de leyes preconstitucionales (entre las cuales, dicho sea de paso, algunas tienen «carácter» de ley orgánica) pueden, además, decidir su inaplicación. En este punto hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia; acuerdo, incluso, entre la mayoría del Tribunal Constitucional y los magistrados que hemos mantenido una opinión distinta en lo que se refiere al control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales. La única diferencia que entre la tesis sustentada por la mayoría en la Sentencia de 2 de febrero de 1981 y la mía hay en este punto es que, de acuerdo

con mi criterio, sólo los Tribunales ordinarios pueden declarar la contradicción entre la Constitución y las leyes preconstitucionales, en tanto que para la doctrina hasta hoy mantenida por el Tribunal, el juez ordinario podrá libremente hacer por sí mismo este juicio, o deferirlo al Tribunal Constitucional cuando la cuestión le parezca simplemente dudosa.

También en este orden de cosas cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 82.6 de la Constitución, los Tribunales ordinarios pueden examinar la adecuación de los decretos legislativos, que son, por definición, normas con rango de ley, a las leyes de delegación, invalidándolos cuando excedan de ella. Se entienda o no que este juicio de adecuación entre ley delegante y ley delegada es también un juicio de constitucionalidad, como muchos sostienen, lo que es claro es que también en este caso el rango de ley no excluye la posibilidad de que las normas que lo ostentan sean sometidas al control de los Tribunales ordinarios y así, efectivamente, lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 19 de junio de 1982 y, más reciente y explícitamente, en su Auto de 17 de febrero de 1983, por el que se rechazaba una cuestión de inconstitucionalidad planteada acerca del artículo 211 de la Ley de Procedimiento Laboral, es decir, del Real Decreto legislativo número 1568/80.

De otra parte, y en lo que toca a la segunda de las puntualizaciones antes citadas, es claro que el Tribunal Constitucional, por vía de amparo, puede analizar la legitimidad constitucional de una disposición reglamentaria en aplicación de la cual se haya producido una decisión judicial a la que se imputa la vulneración de algún derecho fundamental.

En este sentido tautológico que estamos analizando, «rango» y «valor» de ley no significan, por tanto, ni que las normas que tienen este rango o valor sólo puedan ser controladas por el Tribunal Constitucional, ni que sean las únicas susceptibles de ser sometidas a este control. Para despejar al menos en parte la equivocidad hay que precisar aún más el contenido del concepto, que queda así bien magro, indicando que lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

Estos conceptos, idénticos entre sí y puramente tautológicos de «valor» y «rango de ley», se nos quedan así reducidos a meras referen-

cias procesales, a un puro rasgo de procedimiento que nada dice sobre la naturaleza propia de las normas de las que se predica. Veamos qué utilidad puede tener, para el establecimiento de esa naturaleza, la característica que designa la tercera de las expresiones enunciadas, la de «fuerza de ley».

En la doctrina clásica, la fuerza de ley era la nota distintiva de ésta por antonomasia, el núcleo duro del concepto. La fuerza de la ley tenía, a su vez, una doble faceta, activa y pasiva. Fuerza activa de la ley, o fuerza de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente, incluso en muchos casos y para muchos autores, del orden jurídico constitucional preexistente. Fuerza pasiva era, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica. Todas las leyes y sólo las leyes tenían esta fuerza y, al menos desde este punto de vista, sólo había una especie de ley, la que emanaba de la potestad legislativa del Estado.

Ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permiten ya, sin embargo, atribuir este viejo contenido a la vieja expresión. Es evidente, en efecto, que muchas de las disposiciones a las que es forzoso atribuir rango o valor de ley no tienen fuerza de ley en el sentido activo de la expresión. Ni los decretos legislativos, que sólo son válidos dentro del ámbito marcado por la ley delegante; ni los decretos-leyes, a los que el artículo 86 de la Constitución fija límites muy estrictos, ni, *a fortiori*, los Reglamentos de las Cámaras, tienen la capacidad de innovación en la que consiste la «fuerza activa» de la ley. Por si ello fuera poco, tampoco cabe hablar de una fuerza pasiva igual de todas las leyes, pues cada una de las numerosas especies de leyes que nuestra Constitución contempla tiene una fuerza pasiva distinta, una resistencia específica. Para no citar más que un ejemplo: según la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que también disenti, establecida en su Sentencia de 13 de febrero de 1981, no sólo «hay materias reservadas a la ley orgánica, sino que la ley orgánica está reservada a estas materias», de manera que una ley ordinaria sólo puede ser modificada por otra ley ordinaria; una ley orgánica por otra ley orgánica, eventualmente una ley de armonización por otra ley de armonización, y así sucesivamente.

La «fuerza de ley» no designa, pues, entre nosotros, una característica común a todas las leyes o a todas las disposiciones a las que sin ser leyes se atribuye tal fuerza. El concepto de «fuerza de ley» engloba una considerable variedad de fuerzas distintas, con lo que se convierte en un metaconcepto o quizá, simplemente, en un pseudoconcepto, carente de toda capacidad ordenadora y heurística, que mal puede ser empleado para establecer el concepto de ley.

En la doctrina tradicional, además, «fuerza de ley» de una parte, y «valor» o «rango de ley» de la otra, eran nociones interdependientes y predicables, por tanto, de las mismas realidades normativas. En la doctrina italiana, a partir de un célebre artículo de SANDULLI, y quizá incluso antes, desde el libro de Carlo ESPÓSITO sobre *La validità delle Leggi*, se ha propuesto la disociación de ambos conceptos. En nuestro actual Derecho, esta disociación aparece consagrada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuyo artículo 27, apartado 2.º, enumera una serie de tipos normativos que es forzoso entender tienen todos ellos rango y valor de ley y sólo de alguno de los cuales se predica, por el contrario, que tengan fuerza de ley.

El resultado de todo este recorrido analítico es más bien desconsolador. Rango y valor de ley, entendidos como sinónimos, significan sólo una característica procesal de determinadas disposiciones: la de poder ser objeto de determinados procesos ante el Tribunal Constitucional. La fuerza de ley, a su vez, es sólo un metaconcepto que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley. Nada, en definitiva, sobre lo que se pueda intentar construir un concepto de ley.

Al pasar a la segunda parte de mi exposición, en la que intentaré apuntar ideas que considero podrían servir para la construcción de un concepto de ley adecuado a nuestra Constitución, la primera pregunta que cabe hacerse es la de si tal concepto es efectivamente necesario. Si no lo es, el desconsuelo de que antes hablaba está de sobra o será sólo el resultado de un excesivo apego a las construcciones teóricas, aunque sean inútiles. Aunque no muy numerosos, hay efectivamente en la doctrina contemporánea autores que piensan que la ley es un puro nombre que no encubre ninguna realidad concreta. Esta postura de nominalismo extremo, que adopta respecto de la ley la misma actitud con la que, respecto de la rosa, concluye el reciente y muy difundido libro de Humberto Eco, me parece, sin embargo, im-

sible. No podemos contentarnos con la afirmación de que al hablar de la ley *nudus nomen tenemus* porque, como he dicho, necesitamos algo más que un nombre para construir un esquema conceptual que haga posible la comprensión, la interpretación y la aplicación del Derecho.

Es evidente, claro está, que esta necesidad no se produce en todos los casos, y que hay preceptos constitucionales en los que la palabra ley se emplea sin especificidad alguna, como simple sinónimo del derecho objetivo. Así, en el artículo 14, que establece la igualdad de todos los españoles ante la ley y, en cierto sentido, en el artículo 117.1, donde se dice que «la justicia emana del pueblo, y se administra en nombre del rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». En otros lugares, la palabra «ley» aparece cargada de connotaciones iusnaturalistas, que implican, cuando menos, una determinada estructura (universalidad, generalidad) y un determinado origen de las normas jurídicas, pero que carecen de valor técnico. Así, por ejemplo, en el Preámbulo de la Constitución, en donde se señala como uno de los contenidos queridos por la voluntad de la nación española, el de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad general. En general, sin embargo, y como es inevitable, en la mayor parte de los preceptos constitucionales, la ley es sólo una *forma* del Derecho entre otras, no todo el Derecho, y es por tanto indispensable averiguar cuál es la razón de la diferencia, o, lo que es lo mismo, qué es lo característico de la ley.

Desechada la postura de nominalismo radical a que me refería, es posible todavía otra que se le aproxima, que es la del puro formalismo. Ley es toda norma que emana del órgano al que la Constitución atribuye la potestad legislativa, es decir, de las Cortes Generales o, en el caso de las Comunidades autónomas, de los respectivos Parlamentos o Asambleas legislativas. Esta concepción formal ha sido durante mucho tiempo la imperante en la doctrina francesa, a partir, claro está, de 1789. La ley como expresión de la voluntad general es toda decisión que emana del órgano que encarna tal voluntad, y éste ha sido también el concepto de ley formal utilizado por la doctrina alemana desde LABAND en adelante. Este concepto formal de la vieja doctrina se daba, sin embargo, a partir de unos supuestos constitucionales que ya no existen, de los que derivaban también unas consecuencias que no se producen ya.

La Constitución era entendida como un sistema de articulación de los órganos superiores del Estado y una organización de los modos de producción del Derecho. El legislador tenía, ciertamente, unas limitaciones impuestas por la Constitución, pero sólo él era el intérprete supremo de ésta y, en consecuencia, su voluntad, plasmada en la ley, era vinculante para todos los ciudadanos y todos los restantes órganos del poder. La ley quedaba así caracterizada por esa fuerza específica que antes hemos descrito, y que servía de criterio diferenciador entre ella y las restantes fuentes del Derecho, que eran, por definición, fuentes subordinadas.

Esta situación constitucional ha cambiado radicalmente. Nuestra Constitución actual, como casi todas las europeas de la posguerra, es norma jurídica en el pleno sentido de la palabra. Dentro de ella, el legislador no tiene más competencia que la que la propia Constitución le otorga, y sus decisiones en forma de ley pueden ser sometidas a juicio de un órgano que monopoliza la interpretación suprema de la Constitución y está facultado, en consecuencia, no sólo para anular la obra del legislador, sino también para imponer o excluir determinadas interpretaciones de la ley. Es evidente que reducida así la ley a las decisiones dictadas en determinada forma por determinados órganos, que tienen competencias constitucionalmente limitadas, desaparece, o al menos se hace borroso el criterio diferenciador entre la ley y otras fuentes de producción del Derecho. El «destronamiento de la ley» no hace imposible el concepto puramente formal de ésta, pero le resta mucha de su eficacia teórica.

Pero es que, además de ello, el criterio puramente formal de la ley, que no ha sido nunca útil por sí solo para resolver, ni el problema de las funciones del Estado, ni el problema de la reserva de ley, resulta perturbador en un sistema, como el nuestro, en donde la unicidad de la ley ha sido sustituida por una pluralidad considerable de distintas formas legales, dotadas, cuando menos, de distintas fuerzas.

Veamos, sin embargo, en primer lugar, en qué consiste la insuficiencia del concepto puramente formal de ley para resolver el problema de la «reserva de ley», que no es específico de nuestro sistema constitucional, aunque, claro está, también en él se plantea.

La noción de «reserva de ley» es, como se sabe, de origen alemán, y se elabora dentro de una estructura político-constitucional determinada. Las Constituciones alemanas, hasta la de Weimar, estaban cons-

truidas sobre el principio monárquico y no, como la francesa, sobre el principio de legitimidad democrática. El titular originario de la soberanía era el monarca (a quien correspondía la sanción de la ley) y las Asambleas eran simplemente órganos de limitación de este poder originario. Tenía, por tanto, decisiva importancia la determinación de cuál fuera el ámbito competencial propio de estas Asambleas, es decir, el ámbito dentro del cual el monarca no puede actuar sin su colaboración o, lo que, desde OTTO MAYER, ya a finales de siglo, comienza a llamarse el ámbito de reserva de ley, cuya delimitación se intenta mediante la elaboración de un concepto «material» de la ley, en oposición al simplemente formal.

Para LABAND y los clásicos del positivismo, la ley en sentido formal es toda decisión que emana de la voluntad conjunta del Parlamento y el monarca. No toda ley en sentido formal es, sin embargo, ley en sentido material. Abandonando los viejos criterios que pretendían ver en la generalidad o en la universalidad la nota característica de los preceptos materialmente legales, construyen la noción material de ley a partir de la noción de la personalidad jurídica del Estado. Si ésta es, como toda personalidad jurídica, la proyección de una voluntad única, sólo será ley en la materia, y no únicamente en la forma, aquella norma que regula las relaciones existentes entre la persona estatal y otras personas, es decir, sólo será ley en sentido material la norma jurídica (RECHTSATZ), pues sólo es norma jurídica la que regula la relación entre dos personas distintas. No serán, por el contrario, leyes en el sentido material del término, sea cual sea su forma, y en rigor no serán normas jurídicas, aquellas que tienen por objeto la regulación de las relaciones dentro del Estado, la organización del Estado, las relaciones entre los distintos órganos o, en general, las relaciones entre el Estado y quienes se encuentran respecto de él en una situación especial de dependencia, por ejemplo y por antonomasia, los funcionarios.

Esta construcción ofrecía una solución elegante al problema de la relación entre Ley y Reglamento, que es también, desde otra perspectiva, el problema de la división de las funciones del Estado. La ley, que requiere la voluntad concurrente de la Asamblea y el monarca, puede irrumpir en cualquier ámbito sin que esta irrupción lesione las competencias propias del Ejecutivo, porque el titular de éste es también el propio monarca. Este, a su vez, en razón de la limitación que la Constitución ha impuesto a su poder originario, no puede por sí solo dictar preceptos que incidan *ex novo* en el ámbito de la libertad o de la

propiedad de los súbditos, o dicho más generalmente, en el ámbito de la sociedad. Se trata, sin embargo, de una limitación de la soberanía, no de una traslación de ésta, y en consecuencia el poder del monarca, o lo que es lo mismo, del Gobierno y de la Administración, sigue siendo pleno en todo lo demás.

En razón de este origen histórico concreto, la concepción dualista de la ley (y, con ella, la doctrina de la «vinculación negativa» de la Administración) fue considerada inaceptable e inútil allí en donde no se daban los supuestos constitucionales que la hicieron nacer. Cuando la representación popular no es simple instrumento de limitación del poder soberano originario, sino titular único de la soberanía, por «delegación del pueblo» (para utilizar la vieja noción de la doctrina francesa) no hay, se dice, otra fuente originaria del Derecho que la ley, y carece de sentido hablar de un ámbito propio de la ley o hacer distinciones de las normas legales en atención a su contenido. La ley es simplemente la norma que emana del legislador, y sólo en virtud de la habilitación del legislador puede el Gobierno hacer uso de la potestad reglamentaria. La tesis aparece muy rotundamente expuesta en la obra de CARRÉ DE MALBERG, que es quien, entre los clásicos de la doctrina francesa, más se esforzó por distinguirla nítidamente de la alemana. En Francia, dice, no cabe hablar propiamente de una reserva de ley porque la ley, en virtud de esa fuerza específica, es la única vía de producir Derecho nuevo, modificando el existente o sometiendo a regulación jurídica situaciones antes no reguladas. La potestad reglamentaria se da sólo en el sistema constitucional para la ejecución de las leyes y, en consecuencia, no hay propiamente una «reserva de ley», porque sólo la ley crea Derecho.

Esta condenación genérica de la concepción dualista de la ley y de la noción misma de la reserva de ley excede, sin embargo, los límites de lo lógicamente posible e incurre en el error opuesto al que, generalmente, se reprocha al constitucionalismo alemán del Segundo Imperio. Si este se esforzó por construir como categorías universales y abstractas lo que no eran sino respuestas a exigencias histórico-concretas de un determinado sistema de organización jurídico-política, el rechazo de la doctrina del doble concepto de ley y, con él, de la noción de reserva de ley, ignora lo que hay de universal y abstracto (en cuanto referido, al menos, a todas las democracias parlamentarias) en la necesidad de acotar el ámbito material reservado a la ley y sustraído, por tanto, incluso frente a la voluntad del legislador, a la potestad reglamentaria.

Como es evidente, este acotamiento no puede hacerse si no es por referencia a la materia (no simplemente a la forma) de los preceptos legales. Buena prueba de ello la ofrece el propio CARRÉ DE MALBERG, quien, enfrentado con la necesidad de definir de algún modo aquello que el legislador debe hacer por sí, sin deferirlo al Ejecutivo, afirma que deben ser reguladas por ley todas aquellas cuestiones que tienen «carácter estatutario», es decir, «que interesan a la comunidad estatal en su conjunto y no sólo a una o varias personas en particular», volviendo así a criterios viejos, cuya dudosa utilidad técnica había sido ya denunciada por la doctrina alemana de medio siglo atrás.

La estructuración del orden jurídico-constitucional a partir exclusivamente del principio de legitimidad democrática no permite prescindir de la noción de reserva de ley. El ámbito reservado a la ley no es, ciertamente, en las Constituciones democráticas, el acotamiento negativo de la potestad nomotética libre de un poder no legitimado democráticamente, sino, por el contrario, una limitación que la Constitución impone al poder que el legislador democrático (y único) tiene para atribuir a la Administración la facultad de regular por sí materias determinadas. Su razón de ser no está en una división de la soberanía, sino, cabría decir, en la radical limitación de todos los poderes constituidos, en la necesidad de preservar la separación entre Legislativo y Ejecutivo, que no resulta ya «naturalmente» de su diverso origen y, por debajo de todo ello, como fundamento de la limitación y de la separación, en los valores supremos cuya vigencia la Constitución pretende asegurar.

Cuando hablo de la noción de «reserva de ley» no me refiero, claro está, a las reservas de ley concretas (aunque estén formuladas en términos generales) que la Constitución incluye, sino a una categoría general, imprescindible para la interpretación de esos preceptos constitucionales. Esta categoría general exige, a mi juicio, por razones ya dichas, la reintroducción, de uno u otro modo, de un concepto material de ley, cuya forma clásica se apoyaba en supuestos que hoy ya no existen en los sistemas constitucionales democráticos y que, desde luego y en particular, no existen en el nuestro. La doctrina alemana del doble concepto de ley, de la distinción entre ley formal y ley material, cuyos muchos avatares es imposible exponer aquí, partía, en efecto, de dos nociones capitales hoy desaparecidas: la de la separación entre la sociedad y el Estado y la de la personalidad jurídica del Estado entendida como unidad de voluntad. Es claro que en una Constitución como la

nuestra, que define el Estado como Estado social y democrático de Derecho, la distinción entre lo estatal y lo social como dos esferas distintas del mundo del ser ha quedado totalmente arrumbada y sólo puede mantenerse como distinción procedimental. En el mismo sentido, la personalidad jurídica del Estado, de la que se sigue hablando, no puede ser entendida como una unidad de imputación, sino como una unidad de actuación de la organización estatal, cuyas relaciones internas son también relaciones jurídicas. La ley no puede ya quedar reducida, por tanto, a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y con ello cae toda la construcción, cuya sustitución no es fácil.

Tradicionalmente, nuestra doctrina ha buscado la solución de sus problemas en la literatura extranjera, sobre todo en la francesa y en la alemana y una de estas dos fuentes parece provisionalmente exhausta.

En los cuarenta años que van desde la Constitución de Weimar a la Constitución de la Quinta República se ha producido, en efecto, una curiosa inversión de las situaciones constitucionales de Alemania y Francia. La caída del Segundo Imperio y su sustitución por un sistema constitucional apoyado exclusivamente en el principio democrático determinó en Alemania el arrumbamiento de la concepción dualista de la ley y, con él, el abandono de la doctrina de la «vinculación negativa» de la Administración, que se cambió en su opuesta. En Francia, por el contrario, como reacción frente a los excesos más o menos reales de un parlamentarismo excesivamente «monista», la Constitución de 1958 (inspirada en este punto, irónicamente, por un discípulo de CARRÉ DE MALBERG) ha intentado, con más rigor que éxito, asegurar al Gobierno una potestad reglamentaria autónoma, para cuyo uso no necesita habilitación del legislador, al que de hecho recluye en un ámbito mucho más estrecho que el que le ofrecía el viejo concepto de ley material. La doctrina francesa plantea hoy, por esta razón, la cuestión que aquí nos interesa, en términos muy distintos y de escasa utilidad para nosotros.

En la doctrina alemana reciente, que recojo de BÖCKENFÖRDE, y en la que parecen abandonadas o en trance de serlo categorías hasta ahora utilizadas con este fin, como las del «círculo interior» y «círculo exterior» del Estado, la solución se busca por tres vías distintas que arrancan, respectivamente, de la idea de democracia, de la idea de Estado de Derecho y, por último, de la idea de forma y procedimiento legislativo.

De acuerdo con la primera de ellas, deberían quedar reservadas a la representación popular, como único órgano con legitimación democrática directa, todas aquellas decisiones esenciales y políticamente importantes y, en especial, las que trazan las líneas básicas y las directrices del orden estatal y social. Quienes avanzan por la segunda vía, la que arranca de la idea del Estado de Derecho, atribuyen al legislador la competencia exclusiva para regular todos los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, con independencia de que se trate de relaciones internas o externas del Estado, pues entienden que los derechos fundamentales no sólo son derechos de libertad, sino elementos fundamentales de derecho objetivo, cuyo contenido de garantía prestacional ha de ser preservado por la ley.

La tercera de las vías indicadas, que es, me parece, la que intenta el propio BÖCKENFÖRDE, pretende construir, no a partir de principios jurídicos y constitucionales, que naturalmente acepta, sino, como decía, de la forma de la ley y del procedimiento legislativo. Lo que caracteriza a la ley como forma superior (bajo la Constitución) de creación del Derecho en un sistema democrático es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Las materias reguladas por ley, las que constituyen la reserva de ley, deben ser todas aquellas y sólo aquellas respecto de las que resulte esencial este procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara.

Estas tres doctrinas brotan, como es claro, de tres distintas teorías de la Constitución, o tal vez más precisamente, puesto que la tercera me parece una simple variante de la primera de las enunciadas, de dos teorías de la Constitución distintas que, respectivamente, sitúan como valores supremos de la Constitución las ideas de democracia y de libertad.

No pretendo ahora optar entre ellas, ni ofrecer una solución propia, pues, como dije, mi propósito era sólo el de plantear el problema, cuya solución ha de hacerse necesariamente a partir de una determinada Teoría de la Constitución.

Para cumplir del todo mi propósito sí es necesario referirme, ya en términos muy breves, a otros problemas o, más exactamente, a otro aspecto de un problema único, que apunta también a la necesidad de construir un nuevo concepto de ley adecuado a nuestra Constitución.

Señalé ya antes, como se recordará, que el concepto puramente formal de ley no sólo no ofrecía solución alguna para el problema de la reserva de ley, sino que resultaba gravemente perturbador para la construcción dogmática en un sistema que, como el nuestro, conoce muchas formas distintas de ley.

Esta capacidad perturbadora de la concepción formal de la ley para interpretar un sistema constitucional que consagra la existencia de diversas formas de ley es tanta que, con una especie de conciencia escindida, nuestra doctrina y, en alguna medida al menos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han optado por ignorarlo y operan con concepciones rígidamente materiales. Piénsese, por ejemplo, en el concepto material de legislación básica (como criterio delimitador de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades autónomas), establecido en la Sentencia de 28 de julio de 1981 y reiterado después en muchas otras, y recuérdese, sobre todo, el concepto material de ley orgánica, acogido por la mayoría del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 13 de febrero de 1981, que antes citaba.

Esta concepción material de la ley orgánica, que parece absolutamente dominante en nuestra doctrina, en la que ha sido propugnada con especial rotundidad y vigor por el profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ, identifica cada especie de ley con una reserva determinada, es decir, con una «materia», de manera que la relación entre las distintas clases se articula como una estructura horizontal de «competencias» y no como una arquitectura vertical de rangos o grados determinados por la forma. En razón de todo lo dicho hasta ahora no seré yo quien niegue la legitimidad, o incluso la necesidad, de introducir elementos materiales en el concepto de ley, pero habría que estar ciego a la realidad para no ver las aporías a las que esta concepción exclusivamente material de la ley conduce tanto al legislador como al juez, aporías que en vano intenta eliminar la doctrina complementaria de las «materias conexas», que también hizo suya el Tribunal Constitucional en la última de las sentencias citadas. 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. No hay teóricamente (es decir, por razones de teoría, pero también, claro está, en la práctica) un sistema de delimitación territorial de competencias que pueda prescindir, en una forma u otra, de una «cláusula de prevalencia», ni es imaginable un sistema de delimitación material de competencias que pueda funcionar en ausencia de una relación de rango. Dicha en pocas palabras, la idea que pretendo expresar como resumen es la de que el concepto de ley que nuestra Constitución exige ha de construirse con elementos materiales y formales y que este concepto es indispensable. La «judicialización» de nuestro ordenamiento a que en otro lugar me he referido permite dejar a los Tribunales, y en último término y sobre todo al Tribunal Constitucional, la articulación entre las distintas formas de creación del Derecho o, más exactamente, obliga a hacerlo así. La jurisprudencia y, en especial, la jurisprudencia constitucional, no podrá llevar a cabo su tarea, sin embargo, si no es apoyada en una teoría de la ley cuya construcción es, en este momento, quizá el mayor reto dirigido a los juristas españoles.