

CALIDAD Y RENOVACIÓN DEL CONCEPTO DE LEY (1)

JOSÉ TUDELA ARANDA (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. *Objeto de estas páginas.* 2. *Unas palabras sobre la relación entre la ley y el Parlamento.* - II. LOS PRESUPUESTOS CLÁSICOS DE LA TEORÍA DE LA LEY. LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *La teoría clásica de la ley. La ley en el estado liberal.* 2. *La evolución de la ley. La ley en el Estado social.* 3. *La ley en la Constitución española. Algunos problemas no resueltos.* III. UN ENSAYO DE DESCRIPCIÓN DEL PRESENTE DE LA LEY. 1. *La dificultad de una tarea.* 2. *Un escenario diferente: las mutaciones políticas y sociales.* 3. *El presente jurídico de la ley.* 4. *La ley el Parlamento contemporáneo y su significado político.* - IV. DISTINTAS ALTERNATIVAS SOBRE LA NECESARIA RENOVACIÓN DEL CONCEPTO DE LEY: 1. *Explicación de la osadía.* 2. *El deber ser como presupuesto.* 3. *Una propuesta concreta.* - V. CONCLUSIONES.

(*) Doctor en derecho. Letrado Mayor de las Cortes de Aragón.

(1) Este trabajo tiene su origen en la amable invitación de la Universidad y del Parlamento de La Rioja a participar en sus Jornadas de Estudio sobre la calidad de la Ley.

I. PLANTEAMIENTO

1. *Objetivo de estas páginas*

Parece oportuno comenzar intentando aproximar al lector a la finalidad que alienta el presente trabajo. El objetivo de estas páginas no es otro que el de reflexionar sobre la ley (2). Forzoso es señalar el honor y osadía que supone hacerlo en este foro en el que en 1995 el profesor Rubio Llorente volvió a hacer una de sus fundamentales aportaciones a la teoría de la ley (3).

La ley es, como es universalmente sabido, una de las instituciones centrales no ya de nuestro derecho público sino de nuestra forma de organización social y política (4). Precisamente, es esta doble naturaleza la que

(2) La ley entendida en la tercera de las acepciones que para la misma da el profesor Santamaría, es decir como «*rótulo identificador de un concreto tipo de norma escrita, especialmente importante y solemne, elaborada y aprobada por el órgano titular del poder legislativo*» (JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, 1988, p. 513). En relación con el significado del término ley puede verse: A. ARÉVALO GUTIÉRREZ, *La fuerza de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*, Corts n.º 9, 2000, pp. 62-67. En cualquier caso, no se olvida que, como señala el profesor Rubio Llorente, *que como todos los términos que designan nociones jurídicas no estrictamente formales, no puramente teóricas, el de la ley designa una realidad histórica y por eso cambiante* (F. RUBIO LLORENTE, *Función legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento legislativo* en V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo, Congreso de los Diputados, 1997, p. 23)

(3) Véase, F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, Anuario Jurídico de La Rioja 1, 1995.

(4) Un concepto central y complejo que sintetiza evolución del Estado. Véase en este sentido, JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit, p. 553.

va a alentar decisivamente nuestro quehacer (5). Por ello, el estudio que se desea realizar de la ley no es sólo el de su examen a la luz de la realidad jurídico positiva que supone la Constitución y que, como ya ha sido señalado en múltiples ocasiones por la mejor doctrina (6), transformó radicalmente el concepto de ley en nuestro País. Este estudio quiere ser también el fruto de una reflexión a la luz de las nuevas circunstancias políticas y sociales, el fruto de contrastar nuestras reflexiones teóricas sobre la ley con el juego real que esta sociedad y su correspondiente sistema político le asigna (7). Un estudio directamente vinculado con la fuerza simbólica de una palabra que parece sobrevivir mejor en los estudios teóricos que en la rutina del día a día, un estudio que se quiere estrechamente vinculado a la relación entre la ley y el poder, a la función que a la ley corresponde como norma definidora de la posición de los ciudadanos como sujetos de derechos y obligaciones, a su eficacia como norma innovadora no sólo del ordenamiento jurídico sino de la realidad social que tiene como objeto o a la necesidad de entender la ley a la luz de unas transformaciones sociales y

(5) No se escapa que la transcendencia social y política de la ley se adquiere desde su especial posición en un ordenamiento jurídico que vertebran la realidad social y política. Sin embargo, a efectos de alcanzar una mayor claridad en el análisis y un mejor entendimiento de la transcendencia real de la ley, en las páginas que siguen se procurará distinguir el análisis estrictamente jurídico de la ley del de sus consecuencias sociales y políticas, no olvidando, claro esta, en ningún caso, la premisa de su unidad final.

(6) En este sentido, y además de la obra citada del profesor Santamaría, por todos: I. DE OTTO PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 1987; F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)*, RAP n.º 100-102, 1983, pp. 417-432; L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes (Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)*, REDC n.º 24, pp. 47-93; F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, RF-DUC, número homenaje al profesor D. Luis Sánchez Agesta, 1989, pp. 287-318; F. RUBIO LLORENTE, *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho*, REDC n.º 16, 1986, pp. 83-113; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo* Vol. I, pp. 103-165, 8.ª edición, 1997; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cívitas, 1984; A. GARRORENA, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Tecnos, 1980; J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, 1985; A. ARÉVALO GUTIÉRREZ, *La fuerza de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*, ob. cit.

(7) Permítase volver al profesor Santamaría: «Uno y otro han de ser tenidos inexcusablemente en cuenta a la hora de aproximarnos al concepto de ley: un concepto que ha de ser histórica y constitucionalmente adecuado, lo cual supone que en su elaboración han de jugar, simultáneamente, la herencia teórica y la realidad política del presente» (J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit, p. 515).

tecnológicas que forzosamente han de incidir en nuestra forma de comprender el derecho y las estructuras políticas.

Será en esta reflexión donde surja forzosamente la vinculación de la ley con el Parlamento. Es así momento de avanzar una de las premisas de estas páginas. Reflexionar sobre la ley es hacerlo sobre el Parlamento. Abordar la mal llamada crisis de la ley es abordar la también mal denominada crisis del Parlamento. Aunque puedan existir pasos intermedios, finalmente la solución habrá de ser conjunta. Si el adecuar la institución parlamentaria a las necesidades del presente requiere forzosamente reformular su posición en relación con la ley, instrumento jurídico y político al que se vincula el Parlamento contemporáneo desde sus orígenes, renovar la ley para dotarla de los contenidos formales y materiales precisos para afrontar desde la calidad y la legitimidad las profundas transformaciones sociales acaecidas, pasa por redefinirla en su naturaleza parlamentaria.

En cualquier caso, son dos afirmaciones ya antiguas del citado profesor Rubio Llorente las que se encuentran en el origen más remoto de estas páginas: el concepto de ley que hemos heredado no se adecua a nuestras necesidades actuales (8) y la construcción de una teoría de la ley es el mayor reto dirigido a los juristas españoles (9). Con independencia de la coincidencia o no en los planteamientos de fondo del citado profesor, son frases con la fuerza implícita a las grandes ideas.

La pretensión de estas páginas no puede ser elaborar una teoría de la ley (10). Muchas razones nos alejan de tan ambicioso proyecto. Pero

(8) Vid. F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit. p. 417

(9) Así, F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit. p. 432

(10) Una teoría de la ley que obligatoriamente habría de estar delimitada por las referencias del texto constitucional a la cuestión. Por la propia naturaleza del trabajo no se entrará en el fondo del debate doctrinal alrededor de la existencia o no de un concepto material de ley en la Constitución o sí, por el contrario, hay que aceptar un concepto meramente formal. Nuestros esfuerzos se centrarán en un examen más superficial de esta fuente del derecho, más cercano a la funcionalidad de la ley en relación con las funciones que de ella se requieren y a la necesidad de modificar las relaciones entre la misma y los distintos poderes estatales, especialmente con el Parlamento. En relación con el concepto de ley en la Constitución véanse, por todos: I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 128 y ss; F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit; F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit; L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit; J. A.. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I, pp. 103-165, Cívitas, 8.ª edición, 1997.

sí considero imprescindible avanzar en la reflexión sobre las exigencias de calidad que la ley debe poseer para afrontar con éxito las muy numerosas e importantes exigencias que debe satisfacer. Unas exigencias que, desde luego, no son puramente formales. Sin desdeñar la importancia de los elementos formales, cuyo olvido tanto daño ha hecho a la credibilidad del instrumento que se analiza, es hora de, al menos, intentar aproximarse a las exigencias materiales. El estudio de la calidad de la ley obliga en la actualidad a examinar las importantes carencias materiales que acompañan a la ley, insuficiencias no referidas estrictamente a lo que es el contenido material de la ley sino al juego de la misma en la estructura política y a su adecuación a una realidad social de perfiles muy diferentes a aquellos de los que son deudores la mayoría de los conceptos tradicionalmente utilizados en relación con la misma. Unas carencias que día a día se hacen más agudas y hacen más imperiosa la reflexión sugerida. Por ello, se entiende que la tradicional ligazón de la expresión «calidad de la ley» con los elementos más formales de la técnica normativa debe ser en la actualidad revisada (11). Recuperar la calidad de la ley es un reto fundamental para nuestro derecho público. Sin duda, esa recuperación requiere de dar la importancia debida a los elementos formales, como ya se ha señalado, tradicionalmente abandonados en nuestro derecho. Unos elementos formales que en un ordenamiento tan complejo como el español debieran tener una especial importancia (12). Pero para hacer verdaderamente efectiva esa recuperación hay que dar un paso más allá y empezar a superar las denunciadas carencias materiales del concepto y, fundamentalmente, la inadecuación del mismo a la realidad social. En cualquier caso, como ineludible premisa metodológica, antes de realizar un en-

(11) Paradigmático de esta ligazón es el libro publicado por el Parlamento vasco con el título *La calidad de las leyes*, en el que estudian básicamente los aspectos formales de la técnica legislativa (VV.AA., *La calidad de las leyes*, Parlamento vasco, 1989). Sobre técnica normativa también puede verse, por todos, J.M. CORONA FERRERO, F. PAU VALL y J. TUDELA ARANDA (coordinadores), *La técnica legislativa a debate*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 1994.

(12) Es ésta una cuestión sobre la que apenas se ha reflexionado y que resulta de la máxima importancia. La extraordinaria complejidad de las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los ordenamientos autonómicos, por no hablar del derecho europeo, hacen imprescindible no sólo cuidar extremadamente los aspectos formales sino acudir al desarrollo de nuevos requisitos formales con el sólo objeto de ayudar la necesaria claridad y seguridad jurídica. Esto no es sino una muestra más del carácter finalmente material que tienen los requisitos formales en la producción legislativa. En este sentido puede verse, J. TUDELA ARANDA, *La legitimación competencial de las leyes en La técnica legislativa a debate*, ob. cit., pp. 83-122.

sayo de descripción de la actual situación de esta fuente del derecho y de examinar posibles alternativas a sus carencias actuales, se realizará un pequeño excursus sobre la evolución de la teoría de la ley y su recepción por la Constitución española.

Desde luego, no se olvida que una reflexión de mayores pretensiones sobre la ley exigiría de estudiar con detenimiento su relación con la Constitución y el reglamento, las otras dos grandes fuentes de nuestro ordenamiento. Y es que la ley no es más que una pieza de un sistema y sólo desde la visión global de ese sistema podrá ser comprendida (13).

2. *Unas palabras preliminares sobre la relación entre la ley y el Parlamento*

Tiempo habrá de profundizar en el extraordinario significado político de la ley y en su ineludible vinculación con el concepto de democracia. Estas son premisas de todo el trabajo y explicación final de todas las reflexiones surgidas al hilo del mismo.

Por ello, es preciso que en estas palabras preliminares se haga una breve reflexión sobre la vinculación entre la ley y el Parlamento y sobre la posición última que esta relación tiene en las páginas que siguen. Podría comenzarse señalando el paralelismo existente en la evolución de estas dos instituciones centrales del moderno orden occidental. El Parlamento contemporáneo nace con la misión suprema de expresar la voluntad general a través de la ley (14); el Parlamento goza de sus mejores años en aque-

(13) Es oportuno transcribir las frases iniciales de la Teoría General de Kelsen: «El Derecho es un orden de la conducta humana. Un «orden» es un conjunto de normas. El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del Derecho» (H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 3)

(14) Como afirma el profesor García Morillo, el postulado clásico según el cual la ley es la forma jurídica en la que se expresa la voluntad popular representada en el Parlamento, *seguramente nunca ha dejado de ser un mito. Pero hoy lo es más que nunca* (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, RCEC n.º 9, 1991, p. 1299).

llos tiempos en los que la ley lo podía todo; el Parlamento comienza a ser sinónimo de crisis cuando la ley ha perdido gran parte de esos atributos que la caracterizaban como norma suprema e irresistible. Y en nuestros días comienza a perfilarse como mayoritaria aquella tesis que define la ley en virtud de las características esenciales del procedimiento legislativo en sede parlamentaria, características, conviene no olvidarlo, de naturaleza política y no jurídica (15).

Así, no puede extrañar que si se reflexiona por separado sobre la actual situación de la institución parlamentaria y sobre la posición de la ley en nuestra realidad social, se llegue a la conclusión de que su estudio es inescindible, que una vez más la marcha de estas dos instituciones primarias es paralela, que cualquier intento de afrontar por separado su problemático presente estará condenado a la insuficiencia.

Escribir sobre el Parlamento es hacerlo sobre la democracia. Hacerlo sobre la ley, también. En este punto, y en este estudio tan deudor de palabras mayores, no es vano recordar con el profesor Enterría que el jurista necesita buscar la democracia en las estructuras jurídicas, que la democracia postula una determinada organización del derecho y de sus instituciones centrales (16). Es el significado último y más profundo de la idea democrática el que debe guiar cualquier reflexión sobre la evolución del concepto de ley y su necesaria adecuación a los importantes cambios sociales acontecidos en los últimos años. Por eso es doblemente inevitable su encuentro con el Parlamento. Reflexionar conjuntamente sobre Parlamento y ley debe servir al objetivo único y último de reforzar las estructuras democráticas, de reforzar la posición del ciudadano como agente fundamental, activo y pasivo de la acción política, de reforzar la imprescindible limitación del poder, de contribuir a devolver a la política toda la carga de majestad que nunca debió dejar en el camino.

En este sentido no es ocioso hacer una mención al debilitamiento de la fuerza simbólica tanto del Parlamento como de la ley. Es tan poderosa la

(15) Esta sería la tesis defendida en la doctrina alemana por Böckenförde. En relación con la misma pueden verse entre nosotros: F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit., p. 430 y F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit., p. 309.

(16) Vid E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley* en el volumen *El derecho, la ley y el juez*, Cívitas, Madrid, 1997, pp 26-27.

carga ideológica de estas instituciones, esta tan ligada a lo mejor de nuestra vida pública, que es difícil encontrar dos palabras con mayor capacidad de evocación. Lo mejor de nuestro pensamiento político se identifica inmediatamente con ellas. Sin embargo, su triste deambular durante las últimas décadas ha debilitado profundamente su fuerza real. Es cierto que en gran medida las palabras han salvado su prestigio y con ellas su capacidad de sugerencia. Pero es imposible ocultar que la ley ha perdido gran parte de su atractivo, antaño irresistible y que el Parlamento ha pasado a ser para la mayoría de los ciudadanos, en el mejor de los casos, una institución tan venerable como inútil. El hecho de que este juicio de la realidad no se haya contagiado a las palabras es seguramente indicativo de que aun sé esta a tiempo de reaccionar. Porque el día en que estos términos sean incapaces de traernos a colación la esencia de nuestra forma de convivencia, ese día el daño será irreparable. Por ello, es forzoso insistir desde el principio en la importancia de la carga simbólica de estas instituciones y en la necesidad de dirigir los esfuerzos teóricos a su reforzamiento. Un reforzamiento que si es conjunto multiplicará los resultados.

El nuevo Estado surgido con la Constitución de 1978 aportaba a nuestro orden político una novedad fundamental para la comprensión de la ley, una novedad que volvía a incidir con claridad en la vinculación indisoluble entre la ley y el Parlamento. La novedad no era otra, claro esta, que la descentralización política, la emergencia de diecisiete nuevos focos de poder político con sus consiguientes cámaras parlamentarias. Ni a la evolución de la institución parlamentaria ni a la evolución de la ley es indiferente la existencia de estas cámaras. El ámbito autonómico supone un nuevo escenario, una nueva oportunidad para contrastar sus posibilidades e insuficiencias. Por ello, en estas páginas no se olvidará su existencia ni las posibilidades que ofrece para reflexionar desde perspectivas más enriquecedoras.

II. LOS PRESUPUESTOS CLÁSICOS DE LA TEORÍA DE LA LEY. LA LEY EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. *La teoría clásica de la ley. La ley en el Estado liberal*

Se indicaba con anterioridad que sin ser posible realizar una exposición pormenorizada de la teoría de la ley y de su evolución hasta nuestros

días, sí resultaba necesario adentrarse y exponer sus rasgos principales para una mejor comprensión de las tesis expuestas.

Como precedente del auténtico objeto de nuestro interés, es conveniente realizar una alusión a la presencia de la ley en la teoría preconstitucional. En efecto, Santo Tomás, Suárez y Hobbes marcan sendos hitos en el proceso de evolución de la ley, como norma general, desde las posiciones cercanas o propias del iusnaturalismo al positivismo característico de la ley en el Estado constitucional. Así, si Santo Tomás introduce en una visión claramente iusnaturalista aspectos de tanto interés como un cierto rasgo de generalidad o la necesidad de promulgación de la norma, Suárez profundizará en la dimensión positivista del concepto al ver en la ley no sólo un acto intelectual sino también un acto de voluntad. Hobbes, como es sobradamente conocido, es algo más que un mero eslabón. Su teoría del contrato entre los hombres como origen de la comunidad estatal es la primera ruptura clara y notoria con la teoría del origen divino del poder. Desde esa teoría, la ley será ley en cuanto es voluntad emanada del soberano legítimo. Desde entonces, sólo será ley aquella norma emanada del Estado.

El siguiente paso nos sitúa ya enteramente en los orígenes de la ley tal y como la entendemos en nuestros días. Locke, Montesquieu y, posteriormente, Rousseau, dibujarán un concepto de ley del que somos deudores.

Si importante resulta la argumentación instrumental que dará lugar al nacimiento de la ley como el instrumento jurídico que hoy conocemos, mayor transcendencia tendrán las ideas y los principios que son premisas de esa búsqueda instrumental. Es la convicción en la igualdad y libertad por naturaleza de los hombres lo que lleva a Locke a la conclusión de que «*la libertad del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad*». Como señala el profesor Enterría, desde la premisa de las ideas de igualdad y libertad previas, «*aparece ya aquí un pensamiento institucional concreto, la de un poder legislativo originado en el consentimiento común y ordenado a preservar los bienes y libertades de cada uno*» (17).

(17) Así, E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, ob. cit., p. 29.

En su interpretación del sistema inglés, Montesquieu introducirá innovaciones de no pequeña transcendencia para la evolución posterior del concepto de ley. Como señala el profesor Carreras, la más significativa será la de considerar la potestad de legislar como aquella que expresa la voluntad general del Estado. La ley será expresión del equilibrio entre instituciones y sólo de ella nacerá la libertad. De esta forma, nos encontramos ya próximos a la construcción del Estado de derecho (18).

Pero esta idea cercana a la voluntad general será elaborada de una forma mucho más definitiva por Rousseau. La ley que propone Rousseau no es sino la decisión del pueblo sobre el pueblo, la ley será la voluntad general del pueblo, sólo esa voluntad podrá vincular al pueblo. Y lo hará desde las premisas de la igualdad y la libertad. De ahí la esencia enteramente revolucionaria de su propuesta, de ahí su fuerza para atravesar los siglos, de ahí su capacidad para mantenerse llena de sugerencias aun en nuestros días, de ahí que aun pensemos que cualquier reforma que pueda pensarse sobre el concepto deba respetar los principios esenciales de su formulación clásica (19). Es forzoso destacar la vinculación señalada a las ideas de libertad e igualdad (20). La ley, en la formulación de Rousseau permite que «cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo, y permanezca tan libre como antes». Y las leyes serán generales como requisito imprescindible para reflejar la igualdad de todos los súbditos ante la ley. Así, la libertad que supone la sumisión a estas leyes va ligada estrechamente a la igualdad de todos ante las mismas. De esta forma, Rousseau vincula la idea de libertad e igualdad dando un paso decisivo en la formulación y desarrollo del pensamiento democrático.

(18) F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit, p. 291.

(19) No es ocioso reproducir alguna de las consideraciones formuladas por el propio Rousseau al encontrarse con su hallazgo: «¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerlos libres? ¿...de encadenar su voluntad por su propio deseo? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño, tanto más libres, en efecto, cuanto que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que puede perjudicar a la de otro? Estos prodigios son obra de la ley. Es sólo a la ley a la que deben los hombres la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres»

(20) Para comprender la relación pasional que para los revolucionarios franceses tenía la Ley con la libertad, véase V. ZAPATERO, *El club de los Nomófilos* en Cuadernos de Derecho Público n.º 3, 1998, pp. 61-94

Este pensamiento se plasmará técnicamente en uno de los documentos fundadores de la modernidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1789. En él, la proclamación de los derechos se realiza en torno a la aceptación de la ley como el instrumento que va a hacer posible su efectividad. Para ello, la ley es, dice su artículo 6.º, la expresión de la voluntad general y todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación. Los límites a la libertad sólo podrán nacer de la ley (21). Consecuencia fundamental de todo ello es que la ley pasará a ocupar un lugar preeminente en el ordenamiento, idea perfectamente expresada por el artículo 3.º de la Constitución francesa de 1791: «*no hay en Francia autoridad superior a la de la ley*». La ley es norma absoluta, equiparada en su valor a la Constitución y fundadora del resto del ordenamiento. La ley puede ocuparse de cualquier materia con plena fuerza activa y pasiva, su superioridad jerárquica es radical. La ley es lo que quiera el Parlamento. No importa su contenido. Se impone a todas las normas, a todas las configura y no hay materia que no pueda ser su objeto. De esta forma, sólo el Parlamento tendrá un poder originario. Es la culminación de la soberanía parlamentaria (22). Y con ella, el triunfo de la razón. De una razón que asegura la certeza, la seguridad y la igualdad jurídica frente al mundo medieval de privilegios y particularismos (23).

La síntesis definitiva que culminará en la gran construcción teórica del Estado de derecho vendrá de la mano de Kant y Humboldt. El positivismo racional de Hobbes, la ley como garantía institucional de la libertad de Locke y Montesquieu y el carácter general e igual de la ley rousseau-

(21) Según lo contenido en el fundamental artículo 4.º de la Declaración. Comentando este artículo, señala el profesor Enterría lo siguiente: «*La función de la ley, fruto de la voluntad general, según las exigencias del artículo 6.º, es, pues, articular las libertades de todos en un sistema de derechos coexistiendo entre todos ellos; éste será justamente, el reino de la libertad, que exige que una ley puntualice y articule los límites recíprocos entre las libertades de cada uno. La idea de que no hay libertad sin ley es, así, central*» (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, ob. cit., p. 33).

(22) Véase I. DE OTTO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 136-139. Utilizando palabras del profesor Rubio Llorente, puede decirse que la ley es la única fuente primaria del derecho; sólo la ley puede crear derechos y obligaciones innovando el ordenamiento. La ley lo puede todo y sólo por otra ley puede ser modificada o derogada (F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., p. 17).

(23) Vid G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes*, Asamblea n.º 3, 2000, p. 3 y ss.

niana, derivada de su origen soberano, serán los elementos que sirvan a la construcción de un Estado en el que la pieza fundamental será la ley, que convertirá a los individuos en ciudadanos a través de la «libertad legal», la «igualdad civil» y la «independencia civil» (24).

Esta construcción de la ley culminada en el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX y que se mantendrá esencialmente vigente hasta la consolidación del Estado social, tendría, a modo de resumen y siguiendo al profesor Carreras (25), las siguientes características: a) La ley como norma general y abstracta que responde básicamente al principio de igualdad; b) Existencia de unidad formal y de rango normativo; c) La ley como acto de soberanía estaba dotada de la llamada fuerza de ley en sentido formal y material, activo y pasivo (26).

En este punto interesa resaltar la vinculación de esta brillante construcción teórica con un determinado modelo social y con una determinada legitimación y funcionamiento de los poderes legislativo y ejecutivo, con la consiguiente relación entre los mismos. Interesa resaltarlo porque premisa de nuestras reflexiones finales será la evolución de esas circunstancias, una evolución que hace imprescindible una revisión a fondo del concepto estudiado. Ahora bien, si habrá que tener en consideración para cualquier reflexión ulterior el cambio del modelo social y político que ve nacer a la ley, no menos cierto es que no se podrá perder de vista su vinculación con ideas que siguen siendo esenciales a nuestro ideal político como son las de libertad, igualdad, justicia o democracia. Sin olvidar como el Parlamento resultaba la institución catalizadora de tan importante discurso, un Parlamento que verá desde ese momento estrechamente ligada su evolución y su posición en el sistema político a los avatares de la ley.

(24) Vid F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit, p. 293.

(25) Así F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit, pp. 293-296. Una excelente y ya clásica descripción de las características clásicas del concepto de ley, contrastándolas con su situación actual, puede verse en J. A. SANTAMARÍA PASTOR,, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit, pp. 534-542.

(26) Para el profesor Rubio Llorente, la fuerza de la ley era la nota distintiva por antonomasia de la ley, su núcleo duro (F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit, p. 422).

Como no podía ser de otra manera, la ley era el resultado de un procedimiento legislativo coherente con la posición que el Estado liberal otorgaba al Parlamento. Un procedimiento que se va a mantener durante todo el Estado liberal respondiendo a la homogeneidad social de la representación parlamentaria. Y si ello no puede resultar excesivamente extraño, no lo mismo puede decirse de que se mantenga hasta nuestros días. De esta manera nos aproximamos a una de las razones vertebradoras del presente trabajo. Es totalmente incomprensible que el actual procedimiento legislativo sea esencialmente el mismo que se dibujó para el Estado liberal (27). Y es que si bien, y como habrá ocasión inmediata de hacer notar, el Estado social introduce notables cambios materiales en el concepto de ley, no sucede lo mismo con los aspectos procedimentales. Por ello, no puede extrañar que hoy, cuando los cambios sociales y tecnológicos comienzan a perfilar una nueva época, sea del todo necesario acometer una revisión en profundidad de un procedimiento que hace tiempo es más ficción que realidad.

Antes de analizar la evolución de la ley en el Estado social, es importante subrayar otra de las notas características del modelo ideal de legislación del Estado liberal, la existencia de una producción legislativa corta, con leyes esencialmente claras (28). Ese mismo deseo de claridad era un factor más para propugnar la escasez. Sin duda, el sueño de un ordenamiento racional, cabal y universalmente comprensible, garantizador de la tan deseada seguridad jurídica, era un argumento poderoso para restringir la producción normativa.

2. *La evolución de la ley. La ley en el Estado social*

Como no podía ser de otra forma, la consolidación del Estado social tras la Segunda guerra mundial va a afectar seriamente los presupuestos hasta entonces vigentes sobre la ley. La homogeneidad social, la nítida separación entre el Estado y la sociedad, la búsqueda de la garantía de la libertad y del Estado de derecho como objetivos primigenios, habían dado lugar a un concepto de ley que no podía seguir vigente en los tiempos del

(27) En este sentido, F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., pp. 20-24.

(28) Así, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes...*, ob. cit., p. 10.

Estado intervencionista en los tiempos de búsqueda de una igualdad que fuese más allá del modelo clásico de igualdad formal, en los tiempos de una sociedad más compleja que requería de instrumentos diferentes a los utilizados tradicionalmente. La nueva sociedad va a exigir normas diferentes, va a exigir un modelo de ordenamiento que poco tiene que ver con el ideal liberal. Pero no serán los únicos cambios. También cambiará radicalmente la posición de los diferentes poderes del Estado. El incremento de las tareas encomendadas a los poderes públicos y la sublimación del valor eficacia va a obligar a un fuerte crecimiento de la Administración pública y del poder ejecutivo en general. Por el contrario, el Parlamento, en el que apenas se producen reformas organizativas, va a ver su posición seriamente cuestionada y debilitada. Junto a su casi patética debilidad organizativa, la confirmación del modelo de Estado de partidos (29), relegará a esta institución antes todopoderosa a posiciones claramente secundarias, de las que sólo la vigencia de determinadas preeminencias formales va a salvarle.

Ahora bien, y por muy significativos que resulten los cambios anteriormente señalados, la premisa fundamental para entender la evolución del concepto de ley va a derivar de la fundamental transformación acontecida en relación con el concepto de Constitución. En efecto, la recepción de la doctrina americana del judicial review y de la obra de Hans Kelsen van a modificar radicalmente la posición de la Constitución en el ordenamiento y, con ella, la de la ley. La Constitución pasa a ser una norma jurídica y no cualquiera de ellas, la Constitución pasa a ser la norma fundamentadora y fundante del ordenamiento. Por ello, cualquier ley que contradiga la Constitución será nula. Si a esta circunstancia se añade el extenso campo material que es propio de las Constituciones del Estado social, se podrá entender con facilidad el gran debilitamiento del que va a ser objeto la ley (30).

Sin duda, la pérdida de la posición de primacía en el ordenamiento va a ser la nota más significativa de la evolución de la ley en el Estado so-

(29) Por todos, M. GARCÍA PELAYO, *Estado de partidos*, Alianza, Madrid, 1986.

(30) En relación con el significado y consecuencias del nuevo concepto de Constitución y la consiguiente pérdida de la posición de primacía de la ley en el ordenamiento, pueden verse por todos: F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit, pp. 296 y ss; I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, pp. 130 y ss.

cial. Pero no es, ni mucho menos, la única. Podría pensarse que la pérdida de su condición de absoluto que le daba la primacía en el ordenamiento abría la veda para un progresivo e implacable debilitamiento. Un debilitamiento descrito con precisión entre nosotros por el profesor Santamaría (31) y que se resumiría en la siguiente evolución de la ley desde sus presupuestos clásicos, propios del Estado liberal: a) De la primacía normativa a la centralidad; b) De la ilimitación de ámbito a la reducción competencial; c) De la libertad de contenidos a su condicionamiento; d) De la flexibilidad formal a la procedimentalización; e) De la irresponsabilidad al deber indemnizatorio.

Junto a este debilitamiento del valor de la ley y de su posición en el ordenamiento y en el sistema constitucional, hay que mencionar otra serie de modificaciones sustanciales en los rasgos básicos de la ley y que de manera más o menos directa también contribuirán a debilitar su posición. La ley no va a ser ya necesariamente una norma abstracta y general. Lo seguirá siendo en la mayoría de los casos, pero también serán frecuentes las leyes singulares y las llamadas leyes-medida. No existirá una sola norma a la que denominar ley. Por el contrario, las normas con rango de ley se multiplicarán teniendo orígenes bien diferentes. Las tendencias descentralizadoras del poder político o el paulatino y constante incremento del poder ejecutivo incrementarán la fuerza natural de esta constante (32). Tampoco es ocioso traer a colación el valor que para la concepción de la ley en el Estado social va a tener las críticas al positivismo decimonónico en busca de resultados jurídicos materialmente más justos. Una lucha que al margen de otros intentos cercanos al fracaso ha fructificado de manera innegable en la elaboración de la teoría de los principios generales del derecho y en el desarrollo de la justicia constitucional (33).

Y si en el estudio de la elaboración clásica del concepto de ley se vinculaba el mismo a la posición soberana del Parlamento, es inevitable re-

(31) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit., pp. 534-542.

(32) Por no citar las consecuencias no por poco estudiadas menos significativas de la incorporación de España a la Unión Europea y la consiguiente incorporación del acervo jurídico comunitario. Sin duda, la relación del derecho comunitario con nuestro ordenamiento, leyes incluidas, es un factor más a tener presente a la hora de estudiar la evolución del concepto de ley.

(33) En este sentido, E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, ob. cit., pp. 45-47.

saltar al hilo de su evolución durante el Estado social, el paralelo debilitamiento del papel del Parlamento en nuestro orden político. Es cierto que el debilitamiento de la institución parlamentaria no tiene como única causa el reduccionismo en el que se ha visto inmersa el producto con el que se le identificaba originariamente. Es cierto que la posición del Parlamento podría haber seguido siendo principal si su evolución en relación con sus otras funciones hubiese sido diferente. Pero lo que resulta incuestionable es que los factores que se encuentran en el origen de la crisis de la ley se encuentran también en el origen de la crisis de la institución parlamentaria. Si el reforzamiento del poder ejecutivo, si la necesidad de reforzar el volumen y la eficacia del poder público, si la primacía y posición normalmente inalterable de la Constitución hacían forzosos cambios sustanciales en el concepto de ley, otro tanto sucedía con el Parlamento. Al no haberse producido esos cambios, al haberse mantenido casi inalterables las estructuras y procedimientos parlamentarios, al haber sido claramente limitativo del poder parlamentario el único cambio sustantivo acaecido (34), era inevitable que el Parlamento acompañase a la ley en su debilitamiento.

Las consecuencias de esta evolución no son pequeñas. No es la menor el generalizado abandono de la pretensión de construir un concepto material de ley. Se entiende que la ley sólo puede ser definida desde sus presupuestos formales, y, más concretamente, desde las peculiares características de su procedimiento de elaboración, procedimiento que sería su auténtica nota distintiva frente a otras normas (35). Tampoco carecerá de relevancia la anunciada desaparición de la idea clásica de fuerza de ley. La entrada en juego de una Constitución todopoderosa hace in-

(34) Es una referencia, claro está, a las dos grandes modificaciones acaecidas en el parlamentarismo contemporáneo, el traslado a la institución parlamentaria de los parámetros del Estado de partido y la consagración del modelo de parlamentarismo racionalizado en la búsqueda de una estabilidad política que alejase fantasmas del pasado y garantizase las condiciones necesarias para la tan deseada eficacia en el desarrollo de la labor ejecutiva.

(35) La contraposición entre un concepto material y un concepto formal de la ley es una constante a la que se han dedicado alguna de las mejores páginas del derecho público europeo. Sin entrar en una polémica que excede con mucho los límites de este trabajo, se limita a dejar constancia de lo que hoy es tesis mayoritaria y de la consideración personal de que en cualquier caso, el concepto formal de ley, seguramente más adecuado a la actual realidad constitucional, exigirá también de algunas correcciones materiales. Las premisas ideológicas desde las que parte el concepto de ley desde su nacimiento así parecen exigirlo.

viable el mantenimiento de este atributo tan relevante para la definición liberal de la ley.

Junto a todo lo señalado, parece del todo preciso hacer referencia a la gran importancia que para el concepto de ley tienen los significativos cambios acaecidos en las estructuras políticas. Y no se trata ya de una referencia al comentado debilitamiento del Parlamento en contraposición al imparable crecimiento del poder ejecutivo. La referencia es al cambio sucedido en la significación social y política de la ley. La ley en el Estado liberal era en gran medida la norma que se daba libremente la sociedad representada en la institución parlamentaria frente al poder (36). Hoy esta afirmación es imposible de mantener. La ley hoy no es una norma esencialmente parlamentaria. La ley hoy, en virtud del funcionamiento propio del Estado de partidos, es aquello que el ejecutivo desee (37). En la gran mayoría de las ocasiones la relación del Parlamento con el contenido de la ley es puramente testimonial. Testimonial porque es el ejecutivo el encargado de definir en primera instancia su contenido y el encargado, en su caso, de aceptar o no eventuales cambios. Y testimonial porque la capacidad de la oposición de modificar el contenido de la ley que le ha sido presentada es verdaderamente reducido. Por todo, ni la mayoría ni la minoría parlamentaria suelen tener, salvo situaciones que realmente se pueden llamar excepcionales, gran incidencia en el resultado final del procedimiento legislativo (38).

Estudiar la ley, reflexionar la ley, sin tener en cuenta este cambio fundamental, abocaría inevitablemente a un resultado ficticio, a prolongar esencialmente el actual estado de cosas en el que el primer problema con el que se enfrenta la ley y su procedimiento de elaboración es a la irrealidad.

Dos breves reflexiones finales sobre otras tantas circunstancias que modifican inevitablemente en el Estado social la teoría de la ley. Por un lado,

(36) I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, pp. 131-132.

(37) Así, J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 129

(38) Para el profesor García Morillo, la actuación parlamentaria tiende, cada vez más, a convertirse en una mera convalidación del proyecto gubernamental, al que generalmente se introducen modificaciones de puro matiz (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 130).

la ley no va a ser ya la norma que «regula las relaciones entre personas disponiendo imperativamente acerca de sus derechos y deberes mutuos», tal y como era descrita en las palabras clásicas de Jellinek. Al menos, la ley no va a ser sólo eso. La ley seguirá regulando las relaciones entre las personas. Pero la ley irá mucho más allá. La ley será el instrumento jurídico del que dispone el poder político para desarrollar su programa ideológico; la ley será el instrumento de regulación de los grandes sectores de la acción pública; la ley será el primer instrumento para la articulación de las políticas públicas. Por otro, forzoso es recordar que las leyes hoy no son, evidentemente, ni escasas ni claras. La consolidación del Estado social ha provocado el desarrollo de un ordenamiento presidido por la inflación legislativa y la oscuridad de sus textos. Características sumamente agravadas por la naturaleza netamente tecnocrática de la mayoría de esos textos (39). Son características que lejos de debilitarse se han ido fortaleciendo con el paso de los años hasta el punto de poder decirse que la aspiración racionalista de un ordenamiento fácilmente accesible para el común de los ciudadanos se está convirtiendo en una desiderata imposible. De esta forma, el inexcusable principio de seguridad jurídica se encuentra sometido a los peores embates, siendo difícil que resista un contraste neutro con la realidad que depara el universo normativo contemporáneo. Y si la abundancia de normas pudiese ser un fenómeno de difícil corrección dadas las tareas que se le encomienda por la propia sociedad al Estado, no parece que suceda lo mismo con el contenido de las mismas, con esa oscuridad que provoca que cada día sea más difícil no ya que un lego pueda aproximarse a su contenido sino que cualquier jurista pueda tener un mínimo grado de certeza en sus apreciaciones.

Quizá haya bastante de inevitable en todo ello. La corrección esencial de estos problemas, desde luego, no es sencilla. Pero existen. Y no de forma menor. Los problemas planteados afectan a cuestiones realmente esenciales del orden político y jurídico. Por ello, al menos es forzoso detenerse en los mismos, enfrentarse a sus causas y consecuencias y actuar en la conciencia de su existencia, procurando al menos disminuir su gravedad.

(39) En este sentido, J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 130.

3. *La ley en la Constitución española. Algunos problemas no resueltos*

No se va a examinar con detenimiento la ley en nuestro ordenamiento jurídico. Bien puede decirse que a grandes rasgos le es aplicable lo señalado en relación con la ley en el Estado social. En cualquier caso, no resulta inconveniente recordar alguna de las dificultades mayores y añadidas a las que se enfrenta entre nosotros el concepto de ley (40).

Bien puede considerarse generalizado el pensamiento de que la irrupción con el texto constitucional de la idea de Constitución como texto normativo fundante y fundamentador del ordenamiento va a quebrar la tradicional posición de la ley entre nosotros (41). La ley, como se ha visto que acontece en el Estado social, deja de ser la norma primigenia, la norma que todo lo puede para pasar a ocupar un lugar no principal. Y si bien este es un rasgo común al constitucionalismo contemporáneo, puede decirse que en España se ha visto fortalecido. En efecto, desde su aprobación y pese a algunos balbuceos iniciales, la normatividad cotidiana de la Constitución ha resultado extraordinaria. La importancia de este rasgo del funcionamiento de nuestro ordenamiento bien merece detenerse en él. Pero antes se expondrán brevemente los rasgos que a juicio de la doctrina definen la posición de ley, desde las premisas establecidas en el texto constitucional.

La ley seguiría siendo una norma de carácter general. Pero ello no implica la imposibilidad de leyes singulares o leyes medidas. Si bien éstas deberán someterse a determinados requisitos, la diferente interpretación que de la igualdad realiza el Estado social hará posible la existencia de estas normas. Junto a esta nota, se abunda en la inexistencia de un concepto material de ley, aunque ello no implique que la ley no se encuentre de alguna manera condicionada en sus contenidos materiales, bien por la Constitución, por las sentencias del Tribunal Constitucional o por el con-

(40) Una crítica sobre el sistema de fuentes en la Constitución y las dificultades derivadas de ello, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública»*, RAP n.º 150, 1999, p. 545.

(41) Muy gráficamente, señala L. M. Díez Picazo que la Constitución hace añicos el concepto tradicional de ley (L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., p. 49).

tenido de las bases, en el supuesto de las leyes autonómicas que han de desarrollarlas. De esta forma, inevitablemente, se restringe notablemente la capacidad innovativa de la ley como norma jurídica. Entre los rasgos en los que existe una coincidencia casi generalizada, se encuentra la interpretación de la reserva de ley establecida en la Constitución como reserva de Parlamento. De esta forma, se interpreta que, cuando la Constitución ha reservado una materia a la ley, lo que ha hecho es reservarla a su aprobación por el Parlamento, siguiendo el especial procedimiento legislativo que permite unas notas de pluralismo y publicidad que hoy adquieren un carácter esencial. Junto a estos rasgos, es también nota comúnmente destacada la ruptura del concepto unitario de ley, con la existencia en la Constitución de una pluralidad de normas diferentes con rango de ley, emanadas, además, de diferentes órganos. Una pluralidad de tipos que si bien no es extraña al constitucionalismo contemporáneo, adquiere entre nosotros una especial relevancia (42).

Así, utilizando palabras del profesor Carreras, la Constitución recoge el cambio fundamental. La ley ya no es la directa consecuencia de un acto de soberanía que se impone de manera irreversible a los ciudadanos sino que es el producto de un poder público constituido, legitimado democráticamente, pero limitado por la Constitución, norma suprema por ser la expresión del poder constituyente. De esta forma, la idea de rango de ley, la intervención en un momento u otro de una cámara representativa se presentan como las ideas que puedan acercar a definir la ley en nuestro derecho constitucional (43).

A la hora de estudiar la ley en la Constitución no puede dejarse de hacer referencia a los intentos de construir el concepto sobre las ideas de fuerza de ley, rango de ley y valor de ley. Esta idea desarrollada con brillantez por el profesor Rubio Llorente, buscaba la construcción de un concepto unitario de ley que se presentaba como uno, sino el principal reto, de la iuspublicista española (44). Si bien la conclusión es que las ideas de

(42) En relación con las características de la ley en nuestro ordenamiento, puede verse en general la bibliografía anteriormente reseñada. En particular, pueden consultarse: F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit., pp. 303-318; L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., pp. 82-91

(43) Así, F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit., pp. 303-312

(44) En este sentido, F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit., p. 432.

fuerza de ley, de rango de ley y de valor de ley no pueden llevar a ese concepto unitario (45), ello no obsta para seguir considerando necesario perfilar el concepto de ley entre nosotros. Un concepto que si bien puede ser predominantemente formal no tendría porque renunciar radicalmente a cualquier presupuesto material (46).

Asimismo, es significativo y necesario precisar que lo que desde luego no es la ley, técnicamente, es la expresión de la voluntad popular, tal y como se puede leer en el Preámbulo de nuestra Constitución. Y que tampoco puede verse en el texto constitucional ningún asomo de soberanía parlamentaria (47).

Antes de enunciar siquiera brevemente alguna de las circunstancias peculiares de nuestro texto constitucional que vienen a dificultar la elaboración entre nosotros de una teoría de la ley, es momento de detenerse en esa circunstancia peculiar de la extraordinaria normatividad cotidiana de la Constitución que se había dejado pendiente para extenderse con cierto

(45) F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit., p. 423. L. M. DÍEZ PICAZO tampoco considera posible construir el concepto de ley sobre esa triada ya que la fuerza de ley no sirve para explicar la posición de la ley en la Constitución, el rango de ley no es exclusivo de la ley y el valor de ley es necesariamente matizable porque dar a la ley una posición cualitativamente distinta por ser la máxima expresión democrática no es hoy válido al partir de una lectura del sistema democrático incompatible con nuestra Constitución. Sería preferible hablar de primariedad de la ley. La ley es norma primaria porque emana del Parlamento que es donde reside la representación de la voluntad popular (L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., pp. 67 y ss).

(46) La polémica sobre la existencia o no de un concepto material de ley en nuestro ordenamiento parece haberse decantado en un sentido negativo: I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., pp. 175 y ss.; F. de CARRERAS, *La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española*, ob. cit., p. 304; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo*, ob. cit., pp. 554. También apuesta por un concepto esencialmente formal L.M. Díez-Picazo si bien considera preciso que se complemente con algunos aspectos materiales, básicamente alrededor de la presencia de la idea de intereses generales (L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., pp. 82 y ss.); La búsqueda de un concepto esencialmente material parece abanderada por el profesor Rubio Llorente, quien niega la posibilidad y el valor de un concepto formal (F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit. p. 421). En cualquier caso, a pesar de la prevalencia que da a los contenidos materiales, acaba abogando por utilizar también criterios formales (p. 432).

(47) Por todos, F. RUBIO LLORENTE, *El procedimiento legislativo en España...*, ob. cit., p. 99. Como señala este mismo autor, la expresión constitucional tiene un significado exclusivamente político (F. RUBIO LLORENTE, *Función legislativa, poder legislativo...* ob. cit., p. 23).

detenimiento. La normatividad del texto constitucional no supone nada extraordinario en el constitucionalismo contemporáneo. Al revés, la consideración de la Constitución como norma jurídica no suponía sino insertar nuestra Constitución, y con ella nuestro ordenamiento, en la normalidad. Nada hay de extraño en ello. Lo que sí resulta peculiar es lo que se ha denominado extraordinaria presencia cotidiana de la Constitución. Con ello se quiere hacer mención no sólo a la radical normatividad que se ha predicado de todos y cada uno de los preceptos constitucionales, sino a la presencia política y social de esa consideración del texto constitucional. Ni los políticos ni los ciudadanos se refieren a la ilegalidad en sus juicios habituales sobre las calificaciones jurídicas de cualquier acción. Saltando por encima del eslabón primario que representa la legalidad ordinaria, la referencia permanente es a la inconstitucionalidad. Siempre que se desea descalificar jurídica y políticamente una acción determinada se alude a su inconstitucionalidad, a la infracción que de lo dispuesto en el orden constitucional supone tal acción. Ni siquiera el Tribunal Constitucional es ajeno del todo a esta situación al haber adoptado una posición relajada que le ha permitido entrar a enjuiciar cuestiones más cercanas a la mera legalidad que a un estricto juicio de constitucionalidad.

Sin duda es razón primera de este estado de cosas la necesidad de reivindicar la Constitución como texto jurídico (48). Los esfuerzos realizados por una parte de nuestra mejor doctrina en los primeros años de la etapa constitucional permitieron que la Constitución se asentase como tal norma jurídica y con ella el orden jurídico-político que se inauguraba. Sólo se puede alabar esos esfuerzos y su resultado. Sin embargo, con el paso de los años ese primer esfuerzo se ha traducido en la expansión normativa de los preceptos constitucionales, una expansión que no ha dejado de ir acompañada de una mengua del prestigio de la ley cuando no de su efectividad. Así, puede decirse sin temor a la exageración que la ley ha sentido sobre sus espaldas y a su costa el excesivo peso de la Constitución. El hecho de que en la actualidad el carácter normativo de la Constitución este indubitablemente asentado debiera ser suficiente para pensar sobre esta circunstancia. Se hace preciso insistir y reivindicar el lugar primario que en lo cotidiano corresponde a la ley. Es la ley la que entre nosotros mar-

(48) Sobre las dificultades que suponía esta operación en los años siguientes a la aprobación de la Constitución, puede verse: J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, 1984, pp. 31-37

ca el territorio entre lo jurídico y lo no jurídico. Si la ley se respeta, a salvo de una inconstitucionalidad no declarada, se respetará la Constitución. Es la ley la que tutela el universo de nuestros juzgados y tribunales como garantía más efectiva de nuestro Estado de derecho. No se trata de castigar la normatividad de la Constitución. Se trata de reivindicar la posición que la propia Constitución atribuye a la ley. Se trata de no olvidar las diferencias que el propio texto constitucional establece en cuanto a la normatividad de sus preceptos. Unas diferencias que bien pueden contribuir a reforzar el valor social y político de la ley, de una ley que debe respetar el amplio y flexible margen de actuación dibujado por la Constitución, pero una ley que es el fruto de la libertad y el pluralismo que esa propia Constitución ha consagrado. La Constitución fue el fruto social y político de un momento excepcional, de un momento que, ante todo, suponía la recuperación de la libertad como primer valor social. Natural era que ese texto fuese acompañado del plus de prestigio que ha sido descrito. Sin embargo, sin que ello suponga en absoluto desvalorizar nuestro primer texto, hay que recordar que la ley supone en la actualidad esa traducción de la libertad y el pluralismo.

Parece oportuno finalizar las líneas dedicadas a la posición de la ley en nuestro texto constitucional con una breve referencia a uno de los hechos que hacen más problemática su presencia en el ordenamiento. Podría haberse elegido otro, como la multiplicidad de tipos y su compleja relación entre ellos, pero se ha estimado como hecho fundamental y más coherente con las líneas rectoras de este trabajo, la complejidad añadida que supone el desarrollo del modelo de Estado autonómico y su muy compleja estructura normativa (49). Porque lo realmente significativo para la enunciación de una teoría de la ley entre nosotros no es la existencia de diecisiete Comunidades Autónomas con capacidad para producir normas con rango de ley, normas que pueden tener origen parlamentario o gubernamental. No es posible negar la importancia de este hecho y lo que de ruptura tiene con el concepto tradicional de ley que era tradicional en nuestro ordenamiento. Pero su importancia queda relegada ante la compleja estructura normativa diseñada por el constituyente y que el Tribunal Constitucional ha acabado de perfilar. Dos aspectos del conjunto de

(49) Complejidad que, evidentemente, se ve agravada y muy considerablemente, tanto formal como materialmente, por el cada vez más presente derecho europeo.

relaciones establecidas entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos merecen ser citados especialmente. Me refiero a la construcción del concepto de legislación básica y al principio de supletoriedad del derecho estatal, especialmente tras la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional en las Sentencias 118/1996 y 61/1997.

No puede negarse la utilidad del concepto de bases para el desarrollo del Estado autonómico. Teóricamente, con él el Estado se asegura la uniformidad esencial en las materias a las que la Constitución ha vinculado con este concepto y las Comunidades Autónomas pueden legislar, aunque sea respetando el marco fijado por el Estado, en materias que por su significación podrían haberles sido vedadas a su poder legislativo. De esta forma, la legislación básica es la expresión máxima del equilibrio entre la unidad del Estado y la autonomía de las Comunidades Autónomas, equilibrio que es esencia de la forma de organización territorial del poder diseñada por el constituyente. Las bases aseguran y traducen la voluntad de unidad del constituyente y su desarrollo por las Comunidades Autónomas permite a éstas adaptar esa legislación, que normalmente corresponde a materias especialmente significativas, a las peculiaridades propias de su territorio. Pero la idoneidad de este diseño teórico sufre en el contraste con la realidad (50). La reiteración del Tribunal Constitucional en la adopción de una tesis material de bases y la siempre secundaria aplicación de su concepto formal, han ahondado en una problemática ya importante. En efecto, si la formulación del concepto de bases ya introducía en la teoría de la ley un componente extraordinario de limitación del contenido de las leyes autonómicas, la apuesta inequívoca por el concepto material ha redundado en la multiplicación de los problemas de seguridad jurídica. En este punto sería preciso pre-

(50) Así, resulta altamente expresivo el juicio que al profesor Santamaría merece la técnica de las bases. Tras señalar que «*probablemente, la noción constitucional que mayores esfuerzos han hecho derrochar a la doctrina y jurisprudencia*», señala «*el juicio negativo que merece esta innovación del constituyente es, si cabe, mayor aún que el que antes expresamos a propósito de las leyes orgánicas*». Dos aspectos, de no pequeña relevancia para el estudio de la ley son los que merecen una mayor consideración crítica: la indeterminación que rodea todos y cada uno de los aspectos de esa técnica normativa y la caprichosa asimetría establecida en la Constitución (J.A. SANTAMARÍA PASTOR., *El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública*, ob. cit., pp. 563-564).

guntarse a que concepto de ley podemos enfrentarnos cuando la mayoría de las leyes autonómicas, las que desarrollan aspectos básicos de la legislación estatal, se encuentran sometidas a una voluntad ajena a la del legislador que les dio luz. En efecto, la modificación de la legislación de bases aprobada por el Estado conllevará o bien la inconstitucionalidad de leyes autonómicas que respetaban el antiguo marco normativo pero no el nuevo fijado por las nuevas normas básicas o bien su insuficiencia, por la distancia que les separa de unas nuevas bases de menor alcance. Si la teoría de la ley en nuestro País ha de elaborarse, y así ha de ser forzosamente, teniendo en cuenta las leyes emanadas por las Comunidades Autónomas, los condicionamientos que rodean a las leyes que desarrollan la legislación básica del Estado serán un aspecto de difícil subsumición en cualquier intento de teoría general.

El segundo aspecto al que se hacía referencia es el de la interpretación realizada del principio de supletoriedad del derecho estatal. En la primera comprensión de este principio, el Estado podía aprobar todo tipo de leyes, afectando incluso a las materias atribuidas con carácter exclusivo a las Comunidades Autónomas, porque su eventual valor supletorio de una legislación autonómica inexistente así lo permitía. Sin embargo, tras la reconstrucción que del citado principio realizaron las citadas Sentencias, el Estado no puede ya aprobar normas en aquellas materias sobre las que la competencia la tengan atribuida las Comunidades Autónomas. El principio de supletoriedad no ampara esta vocación universal de la legislación estatal. De esta forma, el legislador del Estado se verá obligado, al igual que el legislador autonómico, a preguntarse si posee competencia para aprobar una ley determinada o no. Así, esta interpretación del principio de supletoriedad reduce con cierto dramatismo la capacidad normativa de un legislador al que la normatividad de la Constitución ya había reducido a una posición secundaria.

Las circunstancias reseñadas no dejan de ser cuestiones añadidas a los factores citados que evidencian una crisis de notables proporciones del concepto tradicional de ley entre nosotros. Como se ha señalado, están lejos de ser los únicos y la propia estructura normativa del Estado autonómico depararía nuevos elementos de crisis. Pero la singularidad y potencia de los reseñados permiten avanzar la especial fuerza que esa crisis posee entre nosotros. Una crisis a la que será complicado responder con la elaboración de una teoría general que responda a todos los interrogan-

tes abiertos (51). El grado de heterogeneidad de los preceptos constitucionales relativos a la ley y el peculiar desarrollo que los mismos han tenido tras la aprobación del texto constitucional, hacen esa tarea casi inviable. Pero ello no debe conducir a un desánimo general. Por el contrario, debe ser factor motivador de la reflexión sobre un elemento esencial de nuestro orden jurídico y político. Una reflexión que ha de servir para aportar elementos de comprensión y reflexión sobre lo existente, así como posibles variables para eventuales reformas del texto constitucional que tarde o temprano habrán de llegar.

III. UN ENSAYO DE DESCRIPCIÓN DEL PRESENTE DE LA LEY

1. *La dificultad de una tarea*

Tras describir la teoría clásica y su superación por el constitucionalismo moderno, es necesario detenerse en contrastar esa situación constitucional con el contexto social y político. Tanto los hábitos propios del Estado de partidos, como la evolución social y el nuevo universo tecnológico abierto en los últimos años, obligan a no detenerse en las formulaciones teóricas, ni siquiera en los preceptos constitucionales, sino adentrarse a examinar cuál es el grado de adecuación de esa teoría a la nueva realidad social y política, adentrarse a examinar cuál es su grado de idoneidad para resolver los nuevos retos que se plantean (52). No basta saber que las notas clásicas de la teoría de la ley, incluyendo en ellas las que se han integrado en las mismas desde el Estado social son insuficientes para resolver con acierto sus retos contemporáneos. Sin duda, es punto de partida necesario. Sólo desde el reconocimiento de estas insuficiencias será posible acometer la tarea de revisión de la posición de la ley en nuestro ordenamiento, una tarea que por lo demás se antoja imprescindible. Si en 1983 el profesor Rubio Llorente consideraba preciso recordar la puesta en cues-

(51) Como señala el profesor Rubio Llorente, es prácticamente imposible trazar un cuadro completo y preciso de las relaciones entre las leyes estatales y autonómica (F. RUBIO LLORENTE, *El procedimiento legislativo en España...*, ob. cit., p. 108).

(52) Si el profesor García Morillo consideraba esencial para entender el Parlamento actual, el desmontar los numerosos mitos que lo rodean, lo mismo puede decirse de la ley. Una vez más, se confirma el paralelismo entre las dos instituciones (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit.).

tión a la que se enfrentaba en todos los sistemas constitucionales europeos al concepto de ley y la inevitabilidad de enfrentarse a la construcción de un concepto de ley (53), esta reflexión ha crecido en vigencia. Mucho ha sucedido desde ese año de 1983. No ha habido, ciertamente, reformas constitucionales que afectasen a ese concepto. Son los importantes cambios sociales acaecidos los que obligan a enfrentarse con ansia renovada a la teoría de la ley. Unos cambios que afectan a las materias objeto de regulación de la ley, a su lenguaje, a las formas de su producción y a las posibilidades para insertar la participación de los ciudadanos en su procedimiento de elaboración, a su inserción en un ordenamiento cada vez más complejo. Unos cambios, en fin, de indudable transcendencia y que exigen, al menos, de un intento de descripción y comprensión global de lo sucedido. Si no se realiza, si el tiempo sigue pasando, si el ritmo social se mantiene y la ley sigue respondiendo a los cánones conocidos, su legitimidad y su vigencia descenderá a lugares de difícil recuperación. La ley se enfrentará a una situación difícilmente compatible con el prestigio social y político que requiere para poder afrontar en condiciones las tareas que tiene encomendadas en la sociedad contemporánea. Tareas que, por otra parte, necesariamente van a verse incrementadas en la medida que los retos y exigencias sociales son mayores.

2. *Un escenario diferente: las mutaciones políticas y sociales*

Si la premisa fundamental de los cambios jurídicos sufridos por la ley es la pérdida de su condición soberana (54), a la hora de estudiar las mutaciones políticas habrá que detenerse forzosamente en la nueva posición que ocupan en el moderno Estado constitucional el poder legislativo y ejecutivo y en las relaciones que se establecen entre estos poderes. Los cambios han sido de primera consideración. En el nuevo orden nacido tras la Segunda Guerra Mundial, los fantasmas de la oxidante inestabilidad de las

(53) F. RUBIO LLORENTE, *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley...*, ob. cit., pp. 417 y 432.

(54) Recordemos que en palabras del profesor de Otto ello supone que se destruyen los dos pilares sobre los que se asienta el edificio clásico del monismo parlamentario. Se destruye la equiparación entre ley y Constitución y la ley pierde su cualidad de norma fundadora de todas las demás (I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 139).

épocas de preguerras condujo de manera inevitable, como ya se ha señalado, a la búsqueda de fórmulas que garantizasen al Gobierno, al poder ejecutivo, una posición de estabilidad. Ello implicaba necesariamente la debilidad del poder legislativo y ello de manera inevitable tendría que influir en la ley, especialmente en la relación que habría de tener en lo sucesivo con el Parlamento.

No se trata de una cuestión menor. Más bien habría de decirse que se trata de una de las cuestiones fundamentales de la moderna teoría parlamentaria, de una de las causas primeras de la crisis de identidad que en nuestros días sacude a la institución parlamentaria. No haber acomodado los hábitos parlamentarios a la nueva posición del poder ejecutivo, no olvidando en ningún caso su innegable legitimidad democrática y la posición de privilegio que le otorgaban los objetivos del Estado social, sólo ha contribuido a empeorar la situación del Parlamento. Si se hubiese rectificado, si no se hubiese mantenido la ficción de una centralidad que la realidad se encargaba día tras día en negar, la posición del Parlamento como institución en el sistema político del Estado social seguramente sería diferente.

Esta cuestión incide de manera muy especial en la ley. En principio, nada ha cambiado en el Estado social. La relación del Parlamento y del poder ejecutivo con la ley es la misma que era. La potestad legislativa, así, sigue siendo una potestad esencialmente parlamentaria. A pesar de la creciente, y reconocida, importancia de la función de control, son muchos los que siguen otorgando posición primigenia dentro de las funciones que corresponden al Parlamento a la de aprobar las leyes, son muchos los que siguen identificando la aprobación de las leyes con las cámaras parlamentarias (55).

Pero es que, como señala el profesor Santamaría (56), lo que existe en la actualidad es un abrumador protagonismo del ejecutivo en el proceso legislativo, un protagonismo caritativamente ocultado por la posición que teóricamente se atribuye al Parlamento en relación con la ley. Una teoría

(55) De ahí la tradicional denominación de poder legislativo (N. PÉREZ SERRANO, *Tra-
tado de Derecho político*, Cívitas, 2.^a ed., p. 805)

(56) Así, J.A. SANTAMARÍA PASTOR., *El sistema de fuentes del derecho en los prime-
ros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública*, ob. cit., p. 553.

que no aguanta el mínimo contraste con la realidad, con la abrumadora presencia del ejecutivo en la fase de iniciativa y con las escasas modificaciones que se introducen en el texto legal durante su tramitación parlamentaria (57). Ocultar esta situación es un grave error. Seguir dando crédito a la superioridad, al protagonismo del Parlamento en la producción legislativa, no trasladar al derecho positivo el funcionamiento real de las instituciones, sólo trae consecuencias negativas. Consecuencias negativas para la ley y para el Parlamento. Negativas para la ley porque mantener formalmente un procedimiento que no se corresponde con el juego real de las instituciones no ayuda a elevar su prestigio social ni a mejorar la calidad de sus textos. Negativas para el Parlamento porque se le atribuye una responsabilidad sobre la que apenas tiene capacidad de decisión, porque se desvía la atención de otras posibles funciones, incluidas algunas relacionadas con la ley, más acordes con la estructura política que corresponde al Estado social y al Estado que nace como fruto de los cambios sociales y tecnológicos.

Es evidente que el factor estructural que explica que sin haberse alterado esencialmente los presupuestos teóricos la posición del Parlamento y del poder ejecutivo en relación con la ley sean tan diferentes es el de la consolidación del llamado Estado de partidos (58). La consolidación de este modelo y su traslación al Parlamento implica que el Parlamento, que adopta la inmensa mayoría de sus decisiones en virtud del principio de mayoría, se comporte en la práctica como una continuación del Gobierno. Esta afirmación, lógicamente, es aplicable a las actuaciones del Parlamento que implican decisión. No a aquellas que implican control. Por ello, como se verá en páginas posteriores, se postulará profundizar en la idea de Parlamento como control, incluyendo en este concepto también el quehacer legislativo de las cámaras parlamentarias.

Si lo señalado hasta el momento hace referencia a los principales elementos del orden político cuyo cambio afecta al ser de la ley, es momen-

(57) En este sentido, A. ARÉVALO GUTIÉRREZ, *La fuerza de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*, ob. cit., pp. 82-83; J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 130

(58) Además del ya citado y fundamental volumen del profesor García Pelayo, pueden verse para este particular, entre muchos otros: F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., p.25; P. GARCÍA MEXÍA, *El procedimiento legislativo ante la crisis del parlamentarismo*, Asamblea n.º 2, 1999 pp. 85-86.

to de realizar referencia a algún elemento de percepción social. No es posible hacer un análisis medianamente profundo de las consideraciones sociales que merece en la actualidad la producción legislativa. Seguramente, un estudio de estas características es imprescindible para acometer una revisión del concepto de ley. Pero en estas páginas sólo puede haber lugar a alguna ligera reflexión, a destacar, a título de ejemplo, algunas cuestiones que inciden en la situación de debilidad por la que atraviesa la ley. Circunstancias que alejan la ley del prestigio que tuvo antaño, de un prestigio que la acercaba a una naturaleza cercana a lo mítico, ese prestigio que aseguraba un respeto derivado directamente de los atributos que se predicaban de los textos legales. Las leyes no eran extraordinariamente abundantes, tenían un lenguaje claro, su vigencia se alargaba en el tiempo, se identificaban inexcusablemente con la máxima instancia política.

Hoy la percepción de la sociedad en relación con los textos legales aprobados es bien diferente⁽⁵⁹⁾. No es arriesgado señalar que la inmensa mayoría de las leyes que son aprobadas son absolutamente desconocidas para la mayoría de los ciudadanos. Podría pensarse que ello es normal en la mayoría de los casos, que las leyes sí son conocidas por los sectores sociales directamente afectados. Pero la verdad que haya en estas afirmaciones no es incompatible con la preocupación por la distancia sustancial con la que la sociedad examina la producción legislativa, una producción que no consigue arraigarse con una mínima fuerza en la conciencia social.

Diversos factores contribuyen a ello. Citar todos sería un ejercicio excesivo para la vocación de estas páginas. Pero no es difícil entender como la cada vez mayor complejidad lingüística y de contenido de las leyes, su contingencia que lleva a modificaciones casi permanentes o la cada vez mayor dificultad de las leyes para asimilar la emergencia de nuevas realidades sociales y tecnológicas, son algunas de estas circunstancias. Para que la percepción de las leyes sea diferente, para que los ciudadanos se identifiquen con sus leyes, es preciso que su lenguaje sea claramente in-

(59) Sumamente elocuente de esta situación es la descripción realizada por el profesor García Morillo: «*Por otro lado, dichos proyectos de ley, que en otras épocas versaban sobre materias de indudable interés nacional, suelen tener hoy como objeto materias absolutamente sectoriales, de contenido no ya predominantemente sino exclusivamente técnico, y, en fin, de nula repercusión pública*» (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 130).

teligible, es preciso que las leyes tengan asegurada una mínima continuidad en el tiempo. Puede que ello no sea posible en el actual sistema de fuentes, puede que ello no sea posible si el espacio que se reserva a la ley sigue siendo tan amplio, puede que ello no sea posible si no se modifica la relación entre la ley y el reglamento, si no se reexamina la posición que en relación con la producción del derecho corresponde al legislativo y al ejecutivo. Por todo ello es por lo que precisamente hay que mirar detrás de la fachada de los problemas detectados, por lo que hay que atreverse a remover alguno de los esquemas establecidos desde un tiempo excesivamente diferente a éste. Lo que es claro es que se requiere un sistema que facilite la producción de leyes fácilmente cognoscibles por los ciudadanos y con un contenido eminentemente político.

En este punto tampoco es ocioso resaltar la importancia que debe atribuirse a los cambios sociales y tecnológicos acaecidos en los últimos años. Por un lado, las leyes deben acometer la regulación de sectores novedosos, como la genética o las telecomunicaciones, de sectores de gran complejidad, con un lenguaje totalmente novedoso y que no son de fácil adaptación a las características actuales de la ley. En cualquier caso, las leyes que se aprueban relacionadas con estos sectores son textos cuya comprensión escapa incluso a la mayoría de los juristas. Por otro, esos cambios permiten modificar sustancialmente algunos presupuestos clásicos del procedimiento de elaboración de la ley. La información a disposición de la cámara no tendrá otro límite que el que la propia cámara desee establecer. Además, las posibilidades de integrar en su procedimiento de elaboración a los sectores sociales más directamente afectados se multiplican. Tanto en el momento de elaboración del proyecto por el ejecutivo como en su fase de tramitación parlamentaria, la presencia social no tiene otro límite que aquél que se desee establecer. Son nuevas posibilidades. No es obligatorio aceptar las consecuencias máximas de las posibilidades que el desarrollo tecnológico pone a nuestra disposición. Pero sí es obligatorio reflexionar sobre las mismas.

Es importante señalar que con frecuencia se predicen los defectos señalados en relación con las leyes de las Comunidades Autónomas. No es tan frecuente hacerlo, o al menos se hace con menos intensidad, de las leyes estatales. Y si bien es verdad que, por razones fácilmente explicables, la posición de las leyes autonómicas es más débil que la de las leyes estatales, lo cierto es que el grado de incidencia de los factores seña-

lados sobre las leyes estatales es tal que la diferencia carece en la práctica de importancia. Lo cierto es que las leyes estatales se modifican cada vez con mayor celeridad, que su lenguaje y estructura hace su comprensión cada vez más dificultosa y que, en consecuencia, la percepción social de las mismas se debilita paulatinamente, estableciéndose una distancia peligrosa entre las normas y el cuerpo social. Incluso cabe decir que habría que reparar en la especial gravedad que tiene esta circunstancia en relación con unas normas emanadas de un orden político lógicamente mucho más consolidado que el autonómico.

Antes de proseguir nuestro análisis es importante destacar un interrogante que se eleva como fundamental para la comprensión y posible corrección de la teoría y práctica de la ley. Esa pregunta es la que cuestiona por los fines que cabe atribuir a la ley en la sociedad contemporánea. Identificados esos fines, que, forzosamente deberán acomodarse a los nuevos condicionantes sociales, políticos y tecnológicos, será más sencillo corregir defectos y elaborar alternativas.

3. *El presente jurídico de la ley*

Realizada una pequeña aproximación a los factores sociales más ligados a la ley en la actualidad, es momento de acercarse a algunas consideraciones más directamente vinculadas a su dimensión jurídica, consideraciones que, como se verá, son coincidentes en girar alrededor de la erosión que ha sufrido este concepto.

Pero no es ocioso señalar que para comprender la posición estrictamente jurídica de la ley habrá que enfrentarla a los profundos cambios acaecidos en los últimos años. Cambios en las estructuras políticas, pero también cambios en la sociedad, cambios en el contexto tecnológico. No es posible entender la dimensión jurídica de la ley si no se realiza ese contraste. Sólo desde este contraste podremos acercarnos a su verdadera posición en el ordenamiento, a las consecuencias jurídicas que van ligadas a su aprobación. Y sólo desde él podrán aportarse elementos a la necesaria redefinición de la ley, a esa búsqueda de una reelaboración del concepto que lo haga más eficaz y más cercano a la realidad sobre la que va a trabajar.

En el análisis estrictamente jurídico de la ley, punto de partida es señalar que en la actualidad tanto el rango de ley como la necesaria participación de una cámara representativa en su proceso de elaboración, rasgos que son los aludidos fundamentalmente para definir en la actualidad la ley, son insuficientes para una cabal comprensión de la misma. Ni siquiera soportan un análisis superficial. Pueden ser elementos a ser tenidos en cuenta, incluso de importancia. Pero en ningún caso llegan a explicar con un alcance medianamente global la dimensión de este concepto. Hay otros elementos que han de ser tenidos en cuenta en un análisis global de la ley. Muchos de ellos han sido señalados al examinar la evolución de la ley en el Estado social y su presencia en nuestro texto constitucional. En este punto se recuerdan aspectos esenciales como el efecto reduccionista que para la ley ha tenido la Constitución y la interpretación que se ha realizado de su normatividad, una supremacía del texto constitucional que ha relegado a la ley a una posición jurídica y política de subordinación, obviando la importancia y significado de unos textos que son el único fruto directo del pluralismo político y de la posición social mayoritaria en un momento determinado. Junto a este dato fundamental, es forzoso recordar las consecuencias que para la ley han tenido, por un lado, la integración de España en la Unión Europea y, por otro, la diversificación de fuentes con causa en el Estado autonómico. La extraordinaria influencia que el derecho europeo tiene sobre el ordenamiento ha multiplicado los límites que el legislador tiene sobre la determinación del contenido de las leyes. Incluso ha contribuido a modificar su lenguaje, siendo un factor más para la elaboración de textos tecnocráticos, alejados de la normal comprensión por los ciudadanos. Por su parte, la multiplicación de las fuentes de producción de la ley, consecuencia del desarrollo del Estado autonómico, no sólo ha supuesto un factor más de limitación del contenido de la ley estatal, sino también, necesariamente, un factor para incrementar la complejidad global del ordenamiento.

Es obligado señalar que fruto conjunto de las tres circunstancias señaladas, amén de otras de menor relevancia, es la difícil situación en la que se encuentra el principio de seguridad jurídica entre nosotros. Ya se ha señalado en estas páginas. Pero en este momento de recordatorio de la debilidad jurídica de la ley en la actualidad es forzoso resaltar como los graves problemas vinculados a la garantía del principio de seguridad jurídica ponen a la ley en una situación de extraordinaria debilidad. Desde la elaboración de los postulados del Estado de derecho la ley, como expresión

de una voluntad racionalizadora, era el instrumento idóneo para garantizar la seguridad jurídica, auténtica conquista del nuevo orden frente al antiguo. De esta forma, su prestigio se asocia desde los primeros tiempos a aquello que garantizaba, la garantía al ciudadano de un orden jurídico concreto. Hoy parece que los poderes públicos han renunciado a la construcción de ese ordenamiento garantizador para los ciudadanos de una posición clara frente al poder. Con ello, la posición jurídica de la ley sufre extremadamente. Es cierto que no es posible pretender un ordenamiento con las características propias de la sociedad del pasado siglo. Pero también lo es que es preciso hacer un mayor esfuerzo de racionalización, un esfuerzo que permita a los ciudadanos tener una mayor certeza frente al inmenso conjunto normativo que le ofrecen los poderes públicos.

El lenguaje de la ley tampoco es ajeno a su realidad jurídica, a la debilidad de su posición. Dice el profesor Díez Picazo que la ley es un texto tecnocrático, enrevesado y de difícil comprensión, en el que es muy difícil encontrar significado normativo (60). Es un análisis que forzosamente hay que compartir. Y no se pueden desconocer las graves consecuencias de esa realidad. La ley se aleja de la sociedad y se hace sumamente difícil que los ciudadanos se identifiquen con los textos aprobados. Por lo demás, esa complejidad de lenguaje y la dificultad para encontrar el contenido normativo de las leyes, no es sino un factor añadido a los aludidos en relación con la debilidad de la posición del principio de seguridad jurídica entre nosotros. Un lenguaje que, como se verá posteriormente, es expresivo de la extraordinaria debilidad política del contenido de esas leyes.

En un análisis jurídico de la ley no puede olvidarse que la crisis de la ley no es sólo la crisis de sus presupuestos técnicos. La crisis de la ley es también, quizá sobre todo, la crisis de su funcionalidad, la crisis de su eficacia. La ley no sirve ni a los fines políticos que el sistema le ha encomendado ni a los jurídicos que le son propios. Puede aceptarse que a pesar de estos problemas nada ha destronado a la ley como norma superior (61). Pero también hay que aceptar que estos problemas están pudriendo

(60) En este sentido, L. Díez PICAZO, *Constitución, ley, juez*, REDC n.º 15, 1985, p. 11.

(61) Así, E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, ob. cit., p. 53.

el significado y la función de la ley. Hay que mantener la ley. Pero habrá que cambiar su procedimiento de elaboración, su relación con el reglamento, la posición de Gobierno y Parlamento en relación con la misma, cuidar su contenido material y su estructura formal. Habrá, en fin, que proceder a una revisión exhaustiva del concepto de ley. Una revisión que no podrá olvidar que su primacía jurídica no está ya ligada ni a ser expresión de la voluntad general ni de la soberanía nacional. Así, frente a todo ello, una cuestión que para una parte de la doctrina se antoja decisiva, la de la pluralidad de tipos de leyes en la Constitución, se antoja ahora, sin desmerecer su importancia teórica, como menor (62).

4. *La ley el Parlamento contemporáneo y su significado político*

En este punto de descripción irremediadamente superficial de la realidad contemporánea de la ley, y tras analizar los aspectos sociales y jurídicos, es momento de detenerse en su relación con el Parlamento. En el inicio de estas páginas se decía que era su presupuesto esencial la necesaria vinculación de la ley con el Parlamento. Desde esa vinculación se plantearán posibles líneas de trabajo para una reflexión general sobre la ley (63).

Se acepta como premisa que el Parlamento es, ante todo, representación (64). Pero no se puede hacer parada aquí. Es forzoso ir más allá. Hay preguntas que necesitan acompañar a la premisa inicial. ¿Qué objeto tiene en la actualidad la representación? ¿No es su primer objeto asegurar el control del poder siendo reflejo de una sociedad diversa y de la existencia de diferentes opciones que pueden alternarse en el poder? Parece que es así. Por ello, el análisis de la relación entre el Parlamento y la ley deberá acometerse desde esa función primigenia del Parlamento.

Se ha señalado con anterioridad que factor esencial para entender los cambios acaecidos al concepto de ley en el Estado social es la distinta le-

(62) Vid, L.M. Díez-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., p. 50; E. GARCÍA de ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, ob. cit., p. 151.

(63) En un reciente trabajo sobre el difícil presente del Parlamento ya tenía ocasión de examinar las relaciones de la función legislativa con la función de control y la posición general de la ley en relación con el Parlamento (J. TUDELA ARANDA, *Una reflexión crítica sobre el presente del Parlamento desde una Cámara autonómica*, Corts n.º 9, 2000, pp. 197-233).

gitudinal de la que se cubre el poder ejecutivo. En efecto, si históricamente la diferencia entre la ley y el reglamento se predicaba, básicamente, por la diferencia de legitimación democrática entre el Parlamento y el poder ejecutivo, en la actualidad no es posible seguir manteniendo esta explicación. En nuestros días, el principio democrático es compatible con las respuestas más diversas que se quieran dar a la posición en el sistema de fuentes de la ley y el reglamento (65). Y es que la dualidad ley/reglamento ya no puede estructurarse desde la vieja dualidad de un Parlamento democrático y un ejecutivo sin ese origen. Hoy, la línea divisoria es la que separa a la mayoría parlamentaria de la minoría (66). Compartir este análisis obliga a trasladarlo a la ley y, más concretamente, a su procedimiento de elaboración y aprobación. Si aceptamos que la dualidad Gobierno/legislativo debe sustituirse por la que enfrenta a la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno con la minoría que ejerce la oposición, habrá de coincidir en la extraordinaria importancia que hay que dar a la idea de control si se desea mantener la esencial vinculación entre ley y democracia. Reforzar la vinculación de la ley, en concreto del procedimiento legislativo con el control político del poder ejecutivo, será la mejor manera de servir a la idea de pluralismo y renovación que es esencia de la democracia.

En este punto se inserta el recordatorio de que en la práctica cotidiana de las cámaras parlamentarias, la finalidad última hoy del debate parlamentario de un texto legal no es ya el de su modificación como el de publicitar las distintas posiciones políticas en torno al mismo, de forma que el debate sirva de instrumento de conexión con la opinión pública. En muchas ocasiones se oyen voces lamentándose de esta evolución del procedimiento legislativo. En mi opinión, lejos de lamentarse por una realidad que parece, como en páginas posteriores se intentará explicar, lo más razonable, sería conveniente buscar las formas para extraer la máxima virtualidad al debate parlamentario en el procedimiento legislativo y hacer del mismo un auténtico lugar de encuentro entre la sociedad y las fuer-

(64) En este sentido puede verse P. GARCÍA MEXÍA, *El procedimiento legislativo ante la crisis del parlamentarismo*, ob. cit., p. 86. Ello no significa no olvidar aquello que de mítico siempre ha rodeado a la teoría de la representación (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., p. 118).

(65) Vid. I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 140.

(66) Véase, entre otros, I. De OTTO PARDO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 143

zas políticas en torno a un tema concreto (67). No parece arriesgado señalar que el Parlamento podrá tener en el desarrollo de las nuevas tecnologías una ayuda inestimable para hacer realidad ese encuentro y dar la dimensión deseada a la expresión plural de las formaciones políticas.

No es cuestión a desdeñar la inequívoca fractura producida en el vínculo que asociaba inequívocamente al Parlamento con la ley (68). Esta ruptura no deja de tener un componente inevitable. Como se verá, en páginas posteriores se postula una reelaboración del procedimiento legislativo que superficialmente puede aparentar una profundización en la misma. La sociedad contemporánea y, consiguientemente, las exigencias formales y materiales de la ley exigen reforzar su vinculación con el ejecutivo. Pero en ningún caso puede ello llevar a olvidar que la razón de ser de la ley se encuentra en su vinculación con el principio democrático y en su naturaleza eminentemente política. Esto es lo que realmente la hace insustituible. Por ello debe reforzarse, a través de cauces diferentes a los actuales, su vinculación con el Parlamento. La reelaboración del procedimiento legislativo debe permitir que el poder ejecutivo tenga el protagonismo que le corresponde en una sociedad tan compleja como la actual, no olvidando su legitimación inequívocamente democrática, y que el Parlamento tenga el protagonismo necesariamente vinculado a la idea de democracia y política. Así, es fundamental resaltar que todo lo que diariamente se realiza, formal o materialmente, contra la naturaleza democrática y el contenido político de la ley hace un daño relevante no sólo al concepto de ley sino también al prestigio de la institución parlamentaria.

En diversos lugares de estas páginas se han dado muestras de la importancia que para la definición y renovación de la teoría de la ley tiene su procedimiento de elaboración y aprobación. Se ha aludido a la fuerza que ha cobrado entre la doctrina el concepto de ley esbozado por Böckenförde y que la caracteriza por su forma de tramitación en el Parla-

(67) Así, F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., p. 24.

(68) Cualquier análisis medianamente en profundidad de la realidad parlamentaria, llevará a compartir la afirmación del profesor Martín-Retortillo de que la aprobación de las leyes no es en la actualidad la principal función de los parlamentarios (L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción* en el vol. col. *Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Universidad Complutense-Banco Santander Central-Hispano, p. 87).

mento a través de la discusión y la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante de la opinión pública. Materia de ley sólo deberían ser aquellas cuestiones respecto de las cuales resulte esencial ese procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en el Parlamento. Es ésta una aproximación realmente sugerente al concepto de ley que actualmente posee vigencia entre nosotros. Pero inmediatamente hay que decir que lo que realmente resulta esencial para el concepto de ley es su relación con el Parlamento, no en puridad con su procedimiento de elaboración. Al menos no con el procedimiento tal y como se entiende en los Parlamentos de nuestro Estado. Precisamente, y como habrá ocasión de ver posteriormente, son los déficits del procedimiento en relación con los objetivos definidos por Böckenförde los que están dañando gravemente a la ley y al Parlamento y los que hacen precisa su urgente modificación. En cualquier caso, no debe olvidarse que la importancia del procedimiento radica en su capacidad para dar respuesta formal adecuada a la propuesta de fondo que se realice.

El Parlamento sigue requiriendo de una posición privilegiada con la ley. Así lo exige aquello que define a la ley y los atributos que desde sus orígenes el orden político democrático ha otorgado al Parlamento y que tan profundamente se han instalado en la conciencia social. Una relación que exige ante todo desmontar los falsos privilegios del presente para encontrar una solución coherente con las diversas necesidades en juego. La renovación de la relación de la ley con el Parlamento pasa por satisfacer desde el nuevo modelo social y político los principios clásicos a los que sirven ley y Parlamento y servir simultáneamente a aquellos fines que se fijan desde el presente ligados al concepto de ley.

Ahora bien, no sólo desde el Parlamento se habrá de trabajar. El Parlamento requiere también de la reivindicación de la importancia de la ley. La ley requiere recuperar posiciones en la conciencia social y política. La ley requiere ser de nuevo definida como la norma rectora esencial. Como la norma encargada de delimitar las reglas de la convivencia social y de servir de vehículo jurídico para la voluntad política de transformación o regulación de un cierto sector social. Sin duda, ello puede provocar en los primeros tiempos alguna colisión con la posición que en la actualidad, el concepto de Constitución. Pero nada debería impedir que a medio plazo se produjese un correcto reajuste en la posición entre la Constitución y la ley. Incluso puede afirmarse que para la salud a largo plazo del

texto constitucional es conveniente esta relajación en su omnímodo protagonismo de la actualidad.

Estos son algunos de los presupuestos que desde la inserción de la ley en la institución parlamentaria deben marcar las orientaciones precisas para intentar aproximarse a propuestas sino de renovación sí de reflexión sobre un concepto muy necesitado de ella. Reflexiones que han de impedir que la ley deje de ser decisión para convertirse en pereza, en rutina.

IV. DISTINTAS ALTERNATIVAS SOBRE LA NECESARIA RENOVACIÓN DEL CONCEPTO DE LEY

1. *Explicación de la osadía*

Plantear por escrito algunas reflexiones sobre la ley y más sobre su posible renovación no puede sino asustar. Es preciso insistir en nuestras propias limitaciones. Sin embargo, y a pesar de tener plena conciencia sobre esas limitaciones, se cree que poner en altavoz algunas reflexiones puede al menos contribuir a un debate que se considera imprescindible. El problema de la ley en la actualidad es especialmente grave. No se trata ya de determinar el puesto y papel de la ley en el ordenamiento jurídico (69). Es preciso algo más. Es preciso perseguir una renovación en profundidad del concepto, desvelar los velos antiguos que parecen mantenerlo en una arcadía inexistente. Porque todo ello debe servir, además, a fortalecer la vigencia de los valores más significativos a los que la ley ha servido y con los que mantiene una unión que explica la profundidad de su peso en nuestra conciencia jurídica y política. El pensamiento occidental no ha elaborado todavía, y parece lejos de hacerlo, una alternativa que mejore los presupuestos de la democracia representativa. Por ello, no sólo es preciso mantener sus instituciones, y entre ellas, de forma muy destacada, la ley y el Parlamento. Es necesario algo más. Es necesario dotarlas de la máxima vigencia. Para alcanzar este objetivo será preciso adaptarlas a los cambios acaecidos en los últimos decenios.

El cambio es necesario. No importa si en el camino se producen errores. No debe importar arriesgar. Mantener los presupuestos actuales, la

(69) Vid. L. DÍEZ PICAZO, *Constitución, ley, juez*, ob. cit., p. 11.

radical distancia entre teoría y práctica, el paulatino alejamiento de la ley de los valores a los que sirve desde el nacimiento del Estado constitucional, tiene un coste a medio plazo irreparable para la ley y para el Parlamento. Es decir, para las instancias superiores de aquello que se define como público, de aquello que ha servido para hacer de occidente el modelo de desarrollo humano del que puede presumir en nuestros días.

Un cambio que, como hubo ocasión de señalar, deberá estar presidido por los fines que se desee atribuir en esta sociedad a la ley. Será desde esos fines desde los que habrá que explicar racionalmente la primacía de la ley, su capacidad transformadora del orden social. Porque por significativos que sean ni el hecho de emanar de un órgano representativo ni su elaboración y aprobación a través de un procedimiento que asegura la participación y publicidad política son suficientes para imponerla rotundamente sobre el resto del ordenamiento, para otorgarles esa diferencia cualitativa que la mantenga a salvo de la erosión imparable en la que hoy parece sumida.

2. El deber ser como presupuesto

Al objeto de plantear con la mayor claridad algunas posibles líneas de reforma en lo que es el presente de la ley, parece conveniente subrayar previamente aquello que se estima debiera ser la ley, su deber ser. Sin duda, las reflexiones que siguen no tienen otro valor que el que pueda merecer una opinión particular. Pero consciente de ello, no he querido transitar terrenos de mayor conflictividad y me limitaré a señalar algunas cuestiones que considero de primera importancia y sobre las que podría ser más sencillo un cierto consenso.

Desde estas ideas, y no olvidando lo subrayado en páginas precedentes, no puede extrañar que se considere como premisa de todo lo demás la necesidad de trabajar a favor de la recuperación por la ley de la auctoritas perdida. La función última de la ley, el extraordinario simbolismo que a ella se vincula y las propias necesidades del orden político y jurídico exigen que la ley no sea una norma cualquiera, una norma que cada vez se acerca con mayor claridad a las fronteras de lo reglamentario. La ley para ser ley, al menos en tanto no se modifique sus presupuestos esenciales, necesita de un prestigio singular, necesita de una posición en nuestra memoria

colectiva directamente ligada a aquello que representa y exterioriza. La ley debe ser algo mucho más sugerente que la mera suma de sus artículos. La ley debe ser expresión de una voluntad política firmemente ligada a la sociedad a la que va destinada.

El trabajo de reforma de su ser actual deberá estar presidido en cualquier caso por esta premisa. Aquello que acerque a su consecución no andará desviado del buen camino. Sin embargo, me permito dudar que lo mismo pueda decirse de todo aquello que erosione esa auctoritas que con tanta expresividad plasmaron los revolucionarios franceses en la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

No precisamente alejado del objetivo antedicho estaría la reflexión sobre su deber ser desde lo político. Aquello que eleva a los altares del orden jurídico a la ley es la necesidad de poseer un instrumento normativo que asegure los valores del nuevo orden político nacido. Que asegure la libertad, la igualdad y los presupuestos de la democracia representativa. Por ello, desde los inicios del Estado contemporáneo caracterizará el contenido de la ley su estrecha vinculación con las grandes decisiones políticas de la comunidad. Son esas decisiones las que requieren de este instrumento normativo. Aquellas que a todos interesan y a todos afectan. La ley se vincula automáticamente no a cualquier contenido sino a un contenido exigente. Aquél que acude a leer una ley sabe que no va a encontrar en ella excesivos detalles ni regulaciones secundarias. La ley traduce jurídicamente los grandes principios políticos. No se puede olvidar que la dirección política de una comunidad consiste, ante todo, en tomar opciones que se plasman en normas jurídicas (70). Para acometer regulaciones que bien podrían llamarse secundarias están otras normas que complementarán lo dispuesto en la ley. La ley no es el instrumento para contener toda la normativa ni para regular todas las materias. La ley es un agente de transformación, el sujeto jurídico encargado de acomodar los dictados políticos a las exigencias del recién nacido Estado de derecho. La ley es un instrumento de garantía para el conjunto de la sociedad. A la ley le debe corresponder garantizar a los ciudadanos su especial estatus frente al poder. Desde este punto de vista, no es aventurar demasiado pensar que el futuro inmediato reserva a la ley retos fundamentales en la delimitación

(70) Así, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes*, ob. cit., p. 85

y garantía de los derechos propios de la nueva sociedad. Y tampoco debe olvidarse la importancia que la ley debe tener como instrumento para la determinación por el poder público del quantum de público necesario en la ordenación de una materia o actividad. Son estas dos cuestiones esenciales que el futuro reserva a un instrumento con las características de la ley. Cuestiones de la suficiente envergadura como para reclamar de este instrumento normativo la mejor de las disposiciones para acometer la tarea.

Por todo ello, la ley se encuentra forzosamente vinculada al Parlamento. Por ello será preciso buscar su definición básicamente por la relación que con el Parlamento tiene establecida. Pero no sólo por su relación procedimental. También por la definición de sus contenidos y la naturaleza eminentemente política de éstos. Ello no ha de impedir reconocer el protagonismo necesario al ejecutivo. De lo que se trata es de buscar una caracterización de la ley como norma con anclajes suficientemente claros y rotundos en el Parlamento. Como se intentará explicar en páginas posteriores, la clave para solucionar las posibles contradicciones existentes radicará en la fuerza y significado que en una democracia contemporánea tiene la idea de control.

Desde el reforzamiento de esta vinculación entre la ley y el Parlamento se servirá a la necesaria consideración de la ley como símbolo social, como símbolo de fundamento democrático que sirve al desarrollo del pluralismo político y a la necesaria alternancia en el poder. Es precisamente esta consideración de la ley la que limita de manera indirecta su contenido, la que obliga a pensar que la ley no puede prescindir de manera radical de su relación con la igualdad y la justicia, aunque en ningún texto se contenga esta limitación explícita. Es su propia razón de ser lo que impide esa separación. Si la ley vulnera sistemáticamente los presupuestos de igualdad y justicia en su contenido, la ley no podrá cumplir los fines políticos y sociales que en última instancia la definen (71).

(71) De nuevo es obligado volver al profesor Rubio Llorente: «*Lo que sostenía y sostengo ahora con mayor convicción es que la ley, que no se limita a hacer posible una actuación del Gobierno que sin ella no lo sería, sino que incide directamente sobre los derechos y deberes de los ciudadanos, ha de tener necesariamente una estructura material determinada; que no es Ley, a estos efectos, una decisión singular*» (F. RUBIO LLORENTE, *El principio de legalidad*, REDC n.º 39, 1993, p. 33).

Junto al deber ser más cercano a consideraciones materiales, habría que aludir a las exigencias formales de la ley (72). La seguridad jurídica y la certeza de las normas son también requisitos de una sociedad libre y también son factores, como se ha visto, que explican la preeminencia de la ley (73). No se trata de una cuestión meramente formal. Es también presupuesto material de la ley que exige esta sociedad. Es del todo preciso evitar la tristeza singular de los textos que nadie lee, que nacen conoedores de la certidumbre del silencio al que están abocados. Por ello, es imprescindible reducir drásticamente el número de leyes que tramita el Parlamento. Muchas materias reguladas por ley bien podrían ser reguladas reglamentariamente (74). O bien podría incrementarse el uso de las leyes de bases y de las remisiones de la ley al reglamento (75).

No se detienen aquí las reflexiones que nacen al hilo de las llamadas cuestiones formales de la ley. No es nada original tampoco poner sobre la mesa el debilitamiento que al concepto de ley produce el muy elevado número de cambios a los que se ven sometidas en la actualidad. Cambios que pueden ser precisos en ocasiones por responder a una sociedad en la que también las circunstancias, incluso las más relevantes, mutan con una

(72) No ha lugar a extenderse sobre esta cuestión, pero no esta de más recordar como ya Montesquieu alertaba sobre cuestiones como la modificación excesiva, las leyes inútiles que debilitan a las necesarias, la necesidad de un lenguaje claro o la pertinencia de leyes adaptadas a las circunstancias sociales.

(73) En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la ley*, ob. cit., p. 51.

(74) La regulación por ley de materias netamente reglamentarias es una cuestión especialmente grave en algunas Comunidades Autónomas. En efecto, el presupuesto político de que la aprobación de un número elevado de leyes es igual a una cierta actividad del ejecutivo, lleva a estos a remitir al Parlamento textos que, además de no ser propios de una ley, poseen un escaso poder normativo. Normalmente estas leyes mueren simultáneamente a ser aprobadas. Su aplicación es escasa por la propia Administración y prácticamente nula por el resto de los aplicadores jurídicos. Lo peor es que irremediabilmente contagian al ordenamiento desvalorizándolo en su conjunto.

(75) Este es el parecer del profesor Rubio Llorente (F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., p. 26). Sobre la necesidad de limitar el número de leyes aprobadas por las cámaras parlamentarias, véase, L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *Lo público y la acción administrativa:...*, ob. cit., p. 86. Por el contrario, no deja de llamar la atención la consideración realizada por el profesor Santamaría sobre el número de leyes aprobados en los primeros veinte años de la etapa constitucional, número que estima reducido (J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública*, ob. cit., p. 551).

velocidad cercana a lo inaprehensible. Pero incluso la existencia de una explicación lógica no reduce la importancia de la erosión que al concepto de ley supone este hecho. Por ello se hace preciso pensar instrumentos y formas que permitan simultanear los objetivos de permanencia de la ley y de adaptación al entorno variable. Sin duda, cuantas menos materias sean reguladas por ley y cuanta menor sea la exhaustividad pretendida por el legislador, más sencillo será alcanzar ese doble objetivo. Ello exigirá una forzosa reelaboración de las relaciones entre la ley y el reglamento.

Desde todo lo señalado se ha de procurar una ley conocida por los ciudadanos, una ley con la que éstos se identifiquen, una ley fácilmente accesible que no sea una barrera más entre el poder y la ciudadanía. Y para que el ciudadano pueda identificarse con sus leyes, leyes eficaces, leyes presentes en el orden social, se ha de evitar la aprobación de textos que se sabe difícilmente van a ser aplicados. Presupuesto de aprobación de toda ley y de todos sus preceptos debiera ser la certidumbre de su cumplimiento, de un cumplimiento en el que se encontrará primeramente comprometido el ejecutivo que la impulsó. Será en esta fase posterior a su aprobación en la que el Parlamento debiera adoptar un protagonismo relevante. Es a este órgano al que le correspondería controlar el cumplimiento de la ley y la adecuación de sus previsiones a los fines propuestos. En ningún caso la intervención parlamentaria sobre la ley debiera finalizar con su aprobación.

Nada de lo señalado es ajeno a una global exigencia de calidad de la ley. Calidad entendida en sentido material y en sentido formal. Calidad que en un sentido amplio sería adecuación de la ley a las exigencias que para ella dispone la sociedad contemporánea.

3. Una propuesta concreta.

Es llegado el momento de traducir en sugerencias concretas alguna de las reflexiones realizadas hasta el momento. Los cambios propuestos lo están desde la convicción de la vigencia de los presupuestos esenciales del actual orden jurídico y político. No se plantea tanto una transformación radical como la introducción paulatina de modificaciones en el procedimiento y contenido de la ley, de forma que más y mejor acomodada a la

realidad le sea a esta norma más sencillo cumplir los fines que se le encomienden.

Una línea de trabajo fundamental ha de ser la de la modificación del procedimiento legislativo, entendiéndolo en sentido amplio, incluso diferente al concepto de procedimiento que tradicionalmente se viene utilizando (76). El concepto de procedimiento que se postula se iniciaría en el momento en el que se decide legislar sobre una materia y finalizaría con la materialización de los mecanismos de control dispuestos para el cumplimiento de lo previsto en la norma.

Esta modificación del concepto de procedimiento debería llevar una renovación de los roles que en el mismo corresponden al Gobierno y al Parlamento. Dos deberían ser las premisas de las reglas a establecer. Por un lado, la aceptación de la legitimidad inequívocamente democrática del Gobierno y, por otro, ligar básicamente la intervención del Parlamento a la idea de control político (77). En efecto, el Gobierno ha de asumir mayor responsabilidad directa sobre la tarea de legislar y el Parlamento ha de centrarse en la determinación de la oportunidad política de la legislación que se propone, así como en la valoración global de los principios que la inspiran y en el control posterior de lo establecido en la misma. Porque el Parlamento es política. Por ello, el procedimiento legislativo debe facilitar al máximo la expresión política sobre la ley. El procedimiento legislativo debe ser ante todo el foro que sirva a la expresión de los distintos criterios políticos que no ya sobre la ley sino sobre su oportunidad y sobre la materia de la que se trate tienen las distintas fuerzas políticas. El Parlamento debiera esquivar el debate y decisión sobre los aspectos no es-

(76) El concepto de procedimiento legislativo sólo plantea, al menos en cuanto a su alcance, dudas (así, F. RUBIO LLORENTE, *Función legislativa, poder legislativo...* ob. cit., p. 22). Siendo consciente de sus limitaciones, podría usarse la definición de Biglino Campos y entender por procedimiento legislativo «*la sucesión de actos necesarios para la elaboración de la ley*» (Voz «Procedimiento legislativo» en Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas, p. 5184). En cualquier caso parece que podría ser conveniente reforzar la idea de que los actos del ejecutivo en relación con la elaboración de un texto legal forman parte del procedimiento legislativo.

(77) Un control político que, como bien observa el profesor García Morillo, no sólo corresponde a la minoría parlamentaria. La mayoría tendrá ocasión de utilizar el procedimiento legislativo como el mejor test para comprobar la adecuación de la actuación gubernamental al programa que sirvió a su investidura (J. GARCÍA MORILLO, *Mitos y realidades del parlamentarismo*, ob. cit., pp. 131 y 132).

trictamente políticos, sobre las cuestiones de índole más técnica que hoy pueblan las leyes. Nos detendremos en la delimitación de los papeles que a Parlamento y Gobierno puedan corresponder en ese procedimiento.

Aceptar que la democraticidad del Estado exige que el núcleo básico de la decisión política y de ordenación de la comunidad estatal no puede ser otro que el Parlamento (78), no debe impedir revisar el actual papel que le corresponde en el procedimiento legislativo. En este sentido, no puede obviarse el hecho de que aunque teóricamente el protagonismo del Parlamento en la aprobación de las leyes es casi total, lo cierto es que su influencia sobre la aprobación de la ley es bastante escasa, como ya se ha señalado en estas páginas. Por ello, aunque pueda parecer que alguno de los cambios que se postulan fortalecen la posición del Gobierno en el procedimiento, la finalidad última de todas las sugerencias es fortalecer al Parlamento desde el realismo y desde aquella encomienda que se asume como función clave del moderno Parlamento, el control. La vigencia de la fundamental contraposición entre la ley y el poder (79), exige de una definición más amplia del concepto de control parlamentario.

No parece insistirse suficientemente en la importancia que el control posee en la teoría política contemporánea. La limitación del poder sigue siendo esencia misma del sistema democrático y de la libertad. A esa limitación del poder debe servir en primerísimo lugar el Parlamento. Para ello, habrá que reforzar sus medios, sus funciones, su propia composición y, desde luego, centralizar el ejercicio del control político. En esta tarea, el desarrollo de las nuevas tecnologías debería jugar un papel decisivo. Así, la redefinición del control político como exigencia primera del sistema debería llevar a entender, realmente, el Parlamento como un poder en sí mismo.

Es preciso trasladar estas premisas al procedimiento legislativo. El actual procedimiento garantiza, ciertamente, una cierta pluralidad y un cierto control. Y esto es, como se ha visto, lo que diferencia a la ley como fuente del derecho (80). Más no parece suficiente. Su renovación debe

(78) Así, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Concepto de ley y tipos de leyes...*, ob. cit., p. 88.

(79) Vid. I. De OTTO, *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 132.

(80) Para los rasgos esenciales del actual procedimiento legislativo, P. GARCÍA MEXÍA, *El procedimiento legislativo ante la crisis del parlamentarismo*, ob. cit., pp. 87 y ss. En general, y por todos, puede consultarse: VV.AA., *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo...*, ob. cit.

pasar, y con él la renovación de gran parte de las estructuras parlamentarias, por diseñar un procedimiento estrechamente vinculado a la idea de control. Un procedimiento en el que las infracciones esenciales a la idea de control sean vicios efectivos de inconstitucionalidad. Una renovación que habrá de realizarse sirviendo a las ideas de pluralismo, integración y democracia que como bien señala García Mexía son aquellas que lo deben definir (81).

De esta forma, habremos de preguntarnos sobre el cómo hacer efectivo esa mayor presencia del control en el procedimiento legislativo. La primera decisión política fundamental de todo procedimiento legislativo, seguramente la más relevante, es la que lleva a proponer la regulación de una materia o a modificar la ya existente sobre la misma. Sobre este particular el Parlamento debiera articular un primer debate. Un debate decisorio. En última instancia deberá ser el Parlamento el que decida si es o no precisa la propuesta contenida en el acuerdo del ejecutivo. En ese debate debiera tener un peso relevante el enjuiciamiento de la cobertura prevista por el ejecutivo Gobierno para el desarrollo y cumplimiento de la ley. No debe olvidarse en este punto la necesidad de adoptar una cultura legislativa restrictiva. La ley innecesaria es y será siempre un enemigo abierto no ya de la ley como categoría sino de lo público en general.

El segundo momento relevante se produciría con el control del texto concreto propuesto por el ejecutivo. Este texto debiera merecer, básicamente, un juicio global. La intervención del Parlamento sobre el texto concreto propuesto por el ejecutivo debiera ser muy reducida. Sólo las cuestiones fundamentalmente políticas debieran poder ser objeto de modificación en el Parlamento (82). Como esas consideraciones esenciales van estrechamente ligadas a la propia decisión de legislar y al tenor global dado al texto, cabría pensar que los dos controles citados serían suficientes. En cualquier caso, podrían pensarse en mecanismos que cir-

(81) Así, P. GARCÍA MEXÍA, *El procedimiento legislativo ante la crisis del parlamentarismo*, ob. cit., p. 95

(82) La gran complejidad técnica de la mayoría de los textos legislativos actuales no parecen acomodarse con facilidad a las características de las Cámaras parlamentarias. Si el Parlamento ha aceptado la premisa de la legislación y sus orientaciones políticas esenciales, parece lógico que la definición de los aspectos técnicos de la misma corresponda al ejecutivo.

cunscribiesen el poder de enmienda a las cuestiones esencialmente políticas del texto.

No puede obviarse que esta segunda etapa del control parlamentario se encuentra íntimamente vinculada al contenido de la ley, exactamente a la regulación que se piensa la ley debe contener. En este sentido, se considera preciso elevar el contenido político de las leyes y disminuir su contenido técnico. La relevancia de la ley viene dada, ante todo, por el hecho de ser expresión de una determinada voluntad política. La traducción técnica de esa voluntad, aun relevante, posee una importancia menor. Pero puede que con el actual sistema de fuentes y con la complejidad de las materias actualmente reguladas por ley, no sea posible aligerar el contenido técnico de las leyes. Lo que sí es totalmente preciso es que el debate parlamentario, votación y, en su caso, enmienda, se concentre en el nivel político de la ley. Lo demás es perjudicar seriamente a la ley y al Parlamento (83).

El tercer nivel de control se referiría a la necesaria evaluación política del cumplimiento de la ley, del cumplimiento de las previsiones que llevaron al gobierno a proponer la aprobación del correspondiente texto. El control de la ejecución de la ley, su evaluación, debiera ser uno de los temas fundamentales de la nueva teoría de la ley. Podrían pensarse en mecanismos generales de control compatibles con los mecanismos particulares que pudieran establecerse en cada ley. Lógicamente, el control del cumplimiento en lo dispuesto en la ley y de la consecución de los objetivos en ella definidos debiera ser especialmente intensivo en los tiempos más cercanos a su aprobación.

Lo que no parece aceptable es que el procedimiento legislativo, sobre el que se hace recaer gran parte de la naturaleza y significado actual de la ley, sea el propio del Estado liberal (84). Y es forzoso señalar que aunque sean interesantes, no bastan modificaciones secundarias del ac-

(83) Un procedimiento como el descrito sería, necesariamente, mucho más ágil que el actual. Ello facilitaría que se dispusiese del tiempo realmente necesario para su elaboración, no olvidando la premisa de que una buena ley exige de tiempo (L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *Lo público y la acción administrativa...*, ob. cit., p. 87)

(84) En este sentido, F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., p. 24; P. GARCÍA MEXÍA, *El procedimiento legislativo ante la crisis del parlamentarismo*, ob. cit., p. 87.

tualmente vigente, modificaciones que respetan su raíz (85). Son necesarios cambios que hagan realidad las mutaciones habidas en la relación entre el Gobierno y el Parlamento, el distinto contenido de las leyes, la significación del control político y de la publicidad y participación social. Una participación social cada vez más plausible y necesaria para reforzar el concepto de control que debe vertebrar el moderno parlamentarismo (86).

El esquema muy sumariamente expuesto debiera desarrollarse con detenimiento pensando fundamentalmente en el deber ser con el que se relaciona la ley. El procedimiento adquiriría definitivamente la posición que le corresponde en relación con la propia esencia de la ley. Y lo haría como instrumento flexible, como mecanismo para facilitar la necesaria adaptación a un nuevo modelo social y político.

Trabajar sobre la reforma del procedimiento legislativo no debe ser obstáculo a la búsqueda de otras posibles alternativas. Es más, la renovación de la ley hace necesario el pensar en otras alternativas que complementen el camino iniciado con la reforma del procedimiento. Alternativas que forzosamente deberán residir en la reelaboración de la posición de la ley en el ordenamiento, en la mejor utilización de alguna de las categorías

(85) Hasta el momento, las modificaciones más significativas en relación con el procedimiento legislativo las sugirió el profesor Rubio Llorente (F. RUBIO LLORENTE, *Parlamento y ley*, ob. cit., pp. 27-28).

(86) Habría que diferenciar con claridad la participación en la elaboración de la ley que debiera tener lugar en relación con el ejecutivo, de la participación en la tramitación parlamentaria. Esta debería centrarse, como se ha dicho, en el reforzamiento del control al Gobierno (en este sentido A. GARCÍA MARTÍNEZ, *El procedimiento legislativo del Congreso de los Diputados*, pp. 87 y 94). Sobre la participación social en el procedimiento legislativo pueden verse: E. AJA FERNÁNDEZ y M.J. LARIOS PATERNA, *Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración parlamentaria de las leyes*, Corts n.º 6, 1998, pp. 79-100; M. MARCO ABATO, *Una aproximación a la participación de los ciudadanos en la elaboración de la ley*, Corts n.º 6, 1998 pp. 201-227; A. E. PERALES, *Las decisiones extraparlamentarias condicionantes de la función legislativa en V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo...*, ob. cit, pp. 35-61; J. J. LAVILLA RUBIRA, *La audiencia a los interesados en el procedimiento legislativo en V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo...*, ob. cit, pp. 195-204.

Fundamental sería, asimismo, reforzar desde la cámara parlamentaria la publicidad de la ley (para el profesor Santamaría, la publicidad es la última fase del procedimiento legislativo, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de Administración Pública*, ob. cit., p. 568).

legislativas existentes o, incluso, en la construcción de alguna nueva categoría normativa.

La limitación de estas páginas impide detenerse siquiera brevemente en este camino complementario. Pero fácilmente puede pensarse en la construcción de una nueva relación de la ley con el reglamento (87), en la mejor utilización de esta categoría normativa como aliviadero y complemento de la ley (88). O en una mayor utilización de las leyes de bases, de forma que a éstas se dejase el debate esencialmente político y parlamentario, reservando de esta manera al protagonismo del Gobierno las cuestiones secundarias o más técnicas. O en la elaboración de una nueva categoría normativa que hiciese de puente entre una ley netamente política y parlamentaria y un reglamento netamente técnico y gubernamental. Las opciones existen. Todas tendrán algún problema para su articulación. Pero es necesario pensar sobre ellas. Sobre las expuestas y sobre otras que pudiesen facilitar una auténtica renovación del concepto central de nuestra vida pública, una renovación que facilitase la recuperación de su liderazgo social, jurídico y político.

V. CONCLUSIONES

A modo de resumen de lo expresado pueden enunciarse las siguientes conclusiones:

1.^a La gravedad innegable de los problemas planteados por lo que ha venido en llamarse técnica legislativa, no debe desviar la atención del verdadero problema, la insuficiencia e inadecuación a las circunstancias presentes de la teoría y del ser de la ley con los que se trabaja. Recuperar en fondo y forma la calidad de la ley es seguramente la necesidad más acuciante de nuestro derecho público.

2.^a La teoría de la ley es inseparable de la teoría del poder, de la teo-

(87) El mayor peso que cabría otorgar en la producción normativa al reglamento como norma llamada a limpiar la ley de las cuestiones eminentemente técnicas, debería compensarse con la articulación de mecanismos parlamentarios de control sobre esta tipología normativa, control claramente insertable en el control de ejecución de las leyes.

(88) Para el profesor Embid, la crisis del Parlamento es uno de los motivos que explica la revalorización de la potestad reglamentaria (A. EMBID IRUJO, *Potestad reglamentaria*, RVAP n.º 29, p. 85).

ría del Estado. La evolución del Parlamento y de su presencia social es paralela a la de la ley. De ello se derivará una estrecha y necesaria ligazón entre la renovación de la institución parlamentaria y la reconstrucción de esa teoría. La superación de la denominada «crisis del Parlamento» tiene en la renovación de la ley uno de sus instrumentos más significativos.

3.^a La descripción que la teoría jurídica hace de la ley y de su inserción en el sistema de fuentes es difícilmente conciliable con la realidad. Más allá de reducir su rango y fuerza, la normatividad constitucional ha tenido un drástico efecto reduccionista sobre el significado social, político y hasta jurídico de la ley. La especial complejidad del ordenamiento correspondiente al Estado autonómico y la más que confusa presencia del derecho europeo son factores adicionales de gran importancia para comprender la debilidad de la ley.

4.^a El paulatino debilitamiento de la posición y legitimidad de la ley ha tenido como consecuencia material de primer orden la quiebra generalizada del principio de seguridad jurídica.

5.^a La teoría de la ley debe encontrar las formas y procedimientos que hagan posible la vigencia de sus significados clásicos más significativos: libertad, democracia, razón, decisión, así como su posible adaptación a otros que emergen con el nuevo modelo social. Desde esta premisa, será posible y necesario trabajar para la recuperación del valor y prestigio social, político y jurídico de la ley.

6.^a Para la construcción del nuevo concepto de ley parece camino más accesible la utilización de su concepto formal. Ello, sin embargo, no debe ser óbice para considerar necesario el complemento de un determinado significado material vinculado a la ley como fuente del derecho.

7.^a La reconstrucción formal de la ley pasa obligatoriamente por redefinir su inserción en las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, primando la decisión del Gobierno sobre su contenido y el control del Parlamento tanto sobre la fase de decisión como sobre la fase de ejecución de las leyes.

8.^a Es irrenunciable que la ley recupere contenido político y prescindida de su numeroso lastre tecnocrático que debería encontrar mejor acomodo en las normas reglamentarias o en una mejor utilización de algunos

instrumentos normativos como las leyes de bases. En cualquier caso, la renovación de la teoría de la ley sólo es posible desde una visión global del ordenamiento jurídico.

No es sencillo reducir a unas pocas conclusiones los numerosos perfiles que plantea un acercamiento, por modesto que sea, a la teoría de la ley. Así, los enunciados realizados sólo pueden entenderse como meramente indicativos de un acercamiento que no olvida sus límites. Por ello, es preciso seguir apostando por el estudio de la ley y de su posición en la teoría del Parlamento. Y es preciso lograr instalar en la sociedad el convencimiento de la necesidad del cambio. Porque ello es apostar por la racionalización de las estructuras del Estado y por la virtualidad de un principio democrático profundamente afectado por las modificaciones sucedidas en el entorno social.