

El poder y la función legislativa

*Con agradecimiento a mis compañeros y amigos
de la Asamblea Regional de Murcia.*

El poder político y, en general, las relaciones de mando y obediencia son el primer hecho con el que nos encontramos en una sociedad organizada; como indica Luis Sánchez Agesta¹, la filosofía griega ya se planteó el tema, enlazándolo con la misma naturaleza del hombre, y la filosofía del siglo xvii, la ilustración y el pensamiento del siglo xviii enriquecieron este tema con la filosofía del derecho natural, que hizo jugar un papel preponderante a la voluntad humana y a su tendencia, bien hacia el bien común, bien hacia el dominio y explotación de otros seres humanos.

Citando a Beltrand de Jouvenel, el autor mencionado entiende el poder como un hecho social que sólo se comprende por la función que cumple en la convivencia humana como condición de la naturaleza social del hombre.

Sea la convivencia un hecho natural como un acto espontáneo o bien sea un reflejo consecuencia de la racionalidad del hombre, el poder se nos presenta como algo universal y que advertimos a lo largo de toda la historia y en todo el ámbito del mundo presente como fenómeno de poder que garantiza la continuidad de una estructura social. La anarquía como ausencia de poder es pura teoría, como un acto de poder sin perfiles de coherencia entre individuos que quieren mantenerse al margen de la sociedad.

Podemos definir el poder como la capacidad de encontrar obediencia o de atraerse otras voluntades por el ofrecimiento de un bien o la conminación de una amenaza. El poder es un principio coordinador que establece decisiones uniformes y permite la coherencia de los hombres que viven en sociedad. La vida en sociedad exige un orden, una organización, una reglamentación de las relaciones que constituyen su trama para que las actividades individuales puedan dirigirse hacia la constitución del fin común; para que este orden, el orden jurídico, y el conjunto de normas que lo constituyen, las normas jurídicas, cumplan sus fines han de ser impuestos

^{*} Letrada de la Asamblea de Extremadura.

¹ Luis Sánchez Agesta, «Filosofía y sociología del poder. Estabilidad y cambio», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, «Diez años de desarrollo constitucional» monográfico en homenaje al profesor Don Luis Sánchez Agesta.

conjuntamente a todos los que formen parte de la sociedad. Entiende Castán Tobeñas² que las ideas de moralidad, socialidad y obligatoriedad son, consecuentemente, inseparables del concepto del derecho; el derecho es, a un mismo tiempo y escalonadamente, norma moral, norma social y norma imperativa.

Así pues, la función legislativa consiste en la creación de imperativos, de reglas jurídicas que implantan una organización social y ordenan la conducta humana. Pérez Serrano³ indica que la mera máxima filosófica o el juicioso consejo o la opinión doctrinal no forman por sí regla jurídica, ya que la nota esencial de ésta radica en la obligatoriedad con que se impone por quien puede exigir obediencia. Afirma Carreras⁴ que la Ley, para la línea dogmática que abarca de Savigny a Kelsen, no es más que una pieza de un sistema y sólo puede ser comprendida desde este sistema.

Kelsen, siguiendo a Kant, diferenciará la Ley con carácter descriptivo, proposiciones propias de leyes naturales o sociológicas que se formulan diciendo que si es A es B, de las de carácter prescriptivo, jurídicas o éticas, que señalan que si es A debe ser B; este concepto amplio de Ley es el mismo que desde el mundo griego hasta hoy permanece en la base de todos los diferentes sistemas jurídicos.

La mayor parte de los ideales públicos modernos o al menos su definición comenzaron con la reflexión de los pensadores griegos sobre la institución de la Ciudad-Estado. El significado de tales términos se ha modificado de modos muy diversos y, como indica Sabine⁵, hay que entenderlo siempre a la luz de las instituciones que habían de realizar estos ideales. Tomando el ejemplo mejor conocido de la constitución democrática, Atenas, todo el cuerpo de ciudadanos varones formaba la asamblea o *ecclesia*, reunión a la que todo ciudadano tenía derecho a asistir desde que llegaba a la edad de veinte años. Los actos de las Asambleas se correspondían con las modernas Leyes en las que se encarna toda la autoridad derivada del cuerpo político.

En Roma, en tiempo de la República, las Asambleas populares adquieren un gran predominio, diferenciándose dos tipos: *Comicios Centuriados* y *Concilia plebis*. Los *Comicios Centuriados* intervienen en la elección de los magistrados *cum imperium* y de los censores, así como en la votación de las Leyes. Los *Concilia plebis* elegían a los magistrados menores y votaban las *lege tributa*.

Su importancia, por tanto, será grande al participar en la regulación de la vida romana. Si bien, serán los Magistrados y el Senado los órganos que marquen realmente la pauta pública; el Senado será el órgano que ratifique los acuerdos adoptados por la plebe, constituyéndose en el eje de la vida pública, el órgano donde se concentra el poder.

² José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, Introducción y parte general. vol. I, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica.

³ Nicolás Pérez Serrano, *Tratado de Derecho Político*, Textos.

⁴ Francesc de Carreras, «La Ley en la Constitución española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, «Diez años de desarrollo constitucional», monográfico en homenaje al profesor Don Luis Sánchez Agesta.

⁵ George Sabine, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica.

Roma significa para la civilización pública del mundo occidental el Estado de Derecho. En Roma se llevó a cabo la profunda división entre el Derecho Público y el Derecho Privado con su fundamento en la igualdad del derecho para todos los ciudadanos. El Derecho Romano se presenta como la técnica mejor y más apropiada para la administración de Estados de grandes extensiones, será la justificación de un orden universal-racional. Loewenstein⁶, en el estudio de las instituciones romanas, considera que éstas y su sistema legal ejercerán una influencia decisiva en la evolución pública y, largo tiempo después de su decadencia, perdurará la concepción del Estado que había desarrollado este pueblo. El considerable esfuerzo creador de los romanos plasmado en sus instituciones como centros de poder, perdura hasta nuestros días y estará presente en las relaciones jurídicas.

A lo largo de la historia, para Santamaría Pastor⁷, en la lucha por la primacía en la función creadora de las normas, la tensión entre el monarca y las Asambleas representativas, que tienen su origen en la Baja Edad Media, se saldará en favor de aquel en donde se encuentre el poder. Antes de la aparición del Estado constitucional y de la llegada de la Revolución Francesa, la inmensa mayoría de la producción normativa tiene su origen directo en el Rey.

La ley del Rey absoluto, como afirma García de Enterría⁸, era norma suprema, carácter que derivaba de su origen trascendente, de su cualidad de vicario de Dios en lo temporal.

El punto de partida del pensamiento político en la Edad Media, siguiendo los estudios de Salvador Giner⁹, está determinado por la relación entre la potestad eclesiástica y la secular. Desde el siglo IX al XIII se plantea una teoría sobre la supremacía de la Iglesia y el Papa en el mundo político. Para construir esta teoría se desdeñaron como profanos los escritos de los antiguos pensadores de Grecia y Roma. La principal fuente de conocimiento estaba determinada por los trabajos de los monjes sobre la Biblia y, principalmente, de los Santos Padres: San Agustín, San Gregorio Magno y San Gelasio. Se consideró a la Ley como la expresión directa de la voluntad divina y al sacerdocio como la autoridad gubernamental más importante. Se admitió, generalmente, que la autoridad de la Iglesia y del Estado tenían que vincularse en un poder único, en un solo organismo y que Dios era la fuente suprema de la autoridad.

Aunque Estado e Iglesia constituían una sola sociedad, la existencia de ésta suponía la distinción de dos gobiernos. Estos dos sistemas de organización dieron origen a la teoría de los dos poderes, de las dos espadas.

La teoría de esta doble autoridad no constituyó un verdadero sistema político. En la práctica, se vino abajo por las dificultades que entrañaba la separación de las materias de una y de otra índole. Cada autoridad acusaba

⁶ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel.

⁷ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces.

⁸ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.

⁹ Salvador Giner, *Historia del Pensamiento Social*, Ariel.

a su contraria de usurpación de atribuciones en su propio dominio, y cada una reclamaba construir una doctrina favorable a la justificación de sus amplios poderes; cada uno demostraba la justicia desde sus respectivos puntos de vista, basándose en consideraciones históricas o en pasajes de la Biblia que redujeran las pretensiones del poder rival. Ambos puntos de vista tendían hacia la unidad y aspiraban a conservar y apropiarse las cualidades esenciales del poder.

Los gobernantes seculares sostuvieron que si la sociedad política es divina por su origen, los reyes, como gobernantes de la voluntad suprema, sólo eran responsables ante Dios. El fin fundamental del Estado era ético, o sea, el sustanciamiento de la justicia y el derecho. Se necesita una organización para contener la inclinación pecadora del hombre y en este sentido, se consideraba como sagrada la autoridad de los gobernantes. Los reyes tenían que gobernar con arreglo a los principios naturales de la razón que representan las normas consuetudinarias. Sin embargo, muchos escritores pensaron que si los reyes eran responsables únicamente ante Dios tenían que ser acatados y obedecidos aun si su conducta no era justa y legal.

Los obispos germánicos, en el siglo xi, sostuvieron argumentos a favor de la autoridad porque pretendían defender su independencia frente a la supremacía del Papa pero el apoyo más fuerte y decisivo brotó en el renacimiento de los estudios del Derecho Romano. En la última etapa del siglo xi, coincidiendo con el florecimiento de las ciudades italianas, se puso de actualidad la obra jurídica de Justiniano y comenzó, en la universidad de Bolonia, el estudio del Derecho Romano que pasa más tarde a España y a Francia; entre los juristas de renombrado prestigio tenemos que citar a Irnerio, Acurcio, Bartolo y Baldo.

Bartolo afirmó que el emperador era *Deus in terris*, y su doctrina contribuyó a la formación de la doctrina de la Soberanía de Bodin y Grocio. La vida intelectual se abre al hombre laico, el hombre empieza a reflexionar sobre los derechos políticos y civiles. El Derecho Romano fue una consecuencia de la centralización del Estado e implicaba el absolutismo legislativo del emperador. El resultado inmediato del renacimiento científico de la teoría romana sobre el Estado fue fortificar la autoridad de los gobernantes y contribuir al establecimiento de la monarquía absoluta, pero, por otra parte, el estudio del Derecho Romano resultó favorable y beneficioso para el progreso de la libertad política, doctrina que proclama que la ley procede de la nación considerada como un todo. Sostenían muchos juristas que el pueblo puede recobrar en cualquier momento la potestad que ha otorgado al emperador, que las funciones legislativas tienen que ejercerse con el consejo de un Senado y que no posee un poder ilimitado sobre las propiedades de los súbditos. Estas ideas reaparecerán en las doctrinas democráticas al final de la Edad Media.

Durante el período que corre desde el siglo ix al xiv, se encuentran, como principales sostenedores de la doctrina de la supremacía eclesiástica, Abogardo, obispo de Lyon, Hinemano, arzobispo de Reims, los Papas Nico-

lás I, Gregorio VII e Inocencio III, Manegold de Lutterbach, San Bernardo, Juan de Salisbury y Santo Tomás de Aquino.

Santo Tomás de Aquino plantea un concepto de Ley de corte iusnaturalista al definir la Ley como aquella ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. El poder no hace sino dar fuerza a lo que en sí es razonable y justo. La ley tiene tras de sí una autoridad general, no una voluntad individual.

Para Santo Tomás, influido por Aristóteles, este orden provenía de la naturaleza humana, reflujo de la divina. La ley no es un mandato al individuo, sino un mandato a la sociedad con carácter de generalidad y el concepto de promulgación indica el elemento de positividad, de estatalidad; la ley no es aquello que debe cumplirse por imperativo divino, sino aquella norma promulgada por la autoridad humana.

Esta posición la reforzará Francisco Suárez, quien verá la Ley no sólo como un acto intelectual, sino también como un acto volitivo.

Un paso decisivo lo dará Hobbes, al proponer la primera ruptura clara con la teoría del origen divino del poder. La unidad estatal se encuentra en el contrato entre los hombres y ello, respecto al Derecho, implica dos consecuencias: la primera, que toda restricción de los derechos a los individuos encontrará su legitimidad en el previo contrato de origen y, segunda, la única fuente de legalidad se encuentra en el Estado; lo que hace que una ley tenga carácter de tal no es su ajuste a un específico derecho derivado de la naturaleza humana, sino su origen, es decir, la voluntad del soberano, legitimado por un contrato primigenio. Estamos ante el positivismo jurídico «la ley no es válida porque es justa, sino que es justa porque emana del soberano legítimo». La participación y sanción del Rey se hace absolutamente indispensable para la aprobación de las leyes de los parlamentos.

Todas estas teorías responden a una situación histórica específica, en las que el poder se ubica de diferente manera en las distintas instituciones. Señala Biscaretti¹⁰ que los Parlamentos medievales se contraponían a las pretensiones de dominación del soberano, apoyándose en los deberes y derechos recíprocos que dimanaban del control feudal. Cada vez que se debiera salir de la normal contribución de las pretensiones recíprocas, era necesario convocar a los estamentos, bien por necesidad de nuevos impuestos o para declarar la guerra o concluir la paz, bien para manifestar las necesidades del país al rey, exponer las quejas o abusos realizados por los servicios públicos.

La dualidad formada por el rey y los estamentos se expresó con la fórmula jurídica cuyo origen encontramos en el Derecho Privado Romano «Lo que a todos atañe debe ser aprobado por todos»; como indica García Pelayo¹¹, toda modificación del Ordenamiento Jurídico debía contar con el consentimiento de los estamentos, siendo el Derecho un patrimonio de la colec-

¹⁰ Pablo Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, Textos.

¹¹ Manuel García Pelayo, *El Mito y la Razón en el Pensamiento Político*.

tividad y de cada uno de sus miembros, no puede ser modificado sin el asentimiento de los *meliores et majores terrae*, los grupos privilegiados del clero y nobleza, siendo el reino el cuerpo místico, político y civil, cuya cabeza es el rey y cuyos miembros son los estamentos; por tanto, era imposible el reino sin el rey y el rey sin el reino, y así surge la típica forma política de la Baja Edad Media «la Constitución estamental», donde el rey establece ciertas normas jurídicas consideradas como aplicación del derecho establecido; si, por el contrario, se trata de la creación de un nuevo derecho que alterara sustancialmente el Orden Jurídico vigente, su establecimiento exige el asentimiento y consejo, tras previa deliberación de los estamentos. En la Constitución estamental se encuentran, frente a frente, dos derechos subjetivos, la prerrogativa del rey y los privilegios del reino. Las leyes de carácter general vendrían a adoptar la forma de pactos, entendiéndose que las leyes son dadas por decisión de una corporación formada por el rey y los estamentos reunidos en Asamblea. A esta unidad corporativa compuesta necesariamente por *rex et regnum* se le da el nombre de Cortes, Parlamento, Estados Generales, Dieta, etc.

En un principio, los parlamentos se componían solamente de dos estamentos: el clero y la nobleza; más tarde y debido al auge económico adquirido por la incipiente burguesía comercial, ésta fue también llamada a formar parte de las mismas, constituyendo un estamento separado; es de destacar a este respecto la reunión del Parlamento Británico por Simón de Monfort en 1265.

Para Álvarez Conde¹², la razón de la aparición del Parlamento en la Baja Edad Media es fundamentalmente económica. Los monarcas se verían periódicamente necesitados de obtener una serie de subsidios que eran suministrados por éstos, a la vez que recibían las correspondientes peticiones para la marcha de los asuntos públicos. Así, el principio *there are no taxes without representation* se convirtió en la razón de ser de estas asambleas medievales.

Los príncipes hicieron intervenir al tercer estado para compensar el predominio del alto clero y la nobleza, pero lo hicieron sólo por medio de representantes. Es en este momento, como indica Loewenstein¹³, cuando la técnica de la representación tiene lugar, al incorporarse el estado más numeroso a la política. Las diversas comunidades, llamadas para que enviaran delegados, solían dar a los propios elegidos el mandato para pronunciarse con su voto, en un determinado sentido, sobre los problemas ante los que se pretendía una solución con la convocatoria del Parlamento. Estos mandatos imperativos, en los cuadernos de instrucciones, constituían un grave obstáculo para el funcionamiento práctico de los Parlamentos, haciendo inútil la discusión dentro de las Asambleas. Surge así el uso en varios Estados de conferir mandatos sin un preciso objeto; a todo esto hay que añadir que

¹² Enrique Álvarez Conde, *El Régimen Político Español*, Tecnos.

¹³ Citado nota 6.

los votos se realizaban por estamentos y no por cabezas, lo que muestra la influencia que pudiera tener el tercer estamento.

Estas instituciones, mientras que decayeron en el resto de Europa, siguieron evolucionando en Inglaterra.

Las Asambleas públicas integradas por los representantes de los tres estamentos, bajo la autoridad y presidencia del Monarca, se estructuraron, según el esquema de Otto Hintze¹⁴, conforme a un sistema bicameral de representación estamental o tricurial, lo que llevó no sólo a una estructura morfológica diferente, sino también a una distinta función pública y trascendencia de su desarrollo.

El representante principal del sistema bicameral es Inglaterra, y a él pertenecen los países periféricos que rodean el núcleo del antiguo Imperio Carolingio: Países Nórdicos, Polonia, Hungría, Bohemia; entre los Reinos Hispánicos: las Cortes de Castilla, que se aproximan a este tipo, sin estar incluidos por completo en el mismo. Éste es el modelo más antiguo, el originario, que se caracteriza por la organización de la representación popular en dos Cámaras, una de las cuales abarca el estrato superior de las clases privilegiadas incluyendo al mismo tiempo los elementos espirituales y temporales (prelados barones, alto clero, alta nobleza). Esta Cámara alta aparece originariamente como el gran consejo del Rey. Este *magnum concilium* es al mismo tiempo asamblea judicial y órgano de gobierno, y ello es aplicable tanto al ejemplo real de Dinamarca, Noruega y Suecia, como al ejemplo de grandes funcionarios rurales de Polonia. Como apunta García Pelayo¹⁵, en todos estos lugares, el alto clero (Obispos, Abades de los grandes monasterios) se sientan junto a los dignatarios laicos como consejeros naturales del Rey para la justicia y la administración. Entre Inglaterra y todos los demás hay una diferencia: en aquélla, el consejo permanente del Rey, el *continual council*, juntamente con las autoridades centrales del *Exduquer* y el Tribunal Supremo de Justicia, se ha separado de una manera más tajante que en otras partes de esta asamblea de consejeros, mientras que en los países nórdicos los grandes funcionarios de la Corte y otros funcionarios de la Corona constituyen siempre un elemento integrante de esta asamblea.

En Castilla y León, las Cortes se remontan a las asambleas de prelados y grandes (duques, condes, marqueses), originariamente convocados por el Rey; pero aquí se formó una Cámara Alta cerrada de pretores y grandes, porque ambos elementos estaban exentos de tributos y no eran tenidos en consideración para la aprobación de los mismos. No sólo en la época de Carlos V, sino ya bajo los Reyes Católicos, los grandes de Castilla permanecen habitualmente alejados de las Cortes.

La Cámara de los magnates del alto clero y de la alta nobleza, se contraponen a una asamblea de los demás estamentos privilegiados, considerados como los representantes del pueblo, es decir, la Cámara Baja inglesa, en

¹⁴ Otto Hintze, «Historia de las formas políticas», *Revista de Occidente*.

¹⁵ Manuel García Pelayo, «Derecho Constitucional Comparado», *Revista de Occidente*, «El Mito y la Razón en el Pensamiento Político».

la que los representantes de los condados y las ciudades se reúnen en asamblea. Tal formación está basada en que la baja nobleza inglesa (los caballeros de los condados) se desprendió de su carácter militar y feudal y se mezcló con los elementos acaudalados de los vecinos libres no caballeros y de la burguesía urbana. Esta Cámara actuó en la administración autónoma de los condados juntamente con los burgueses de las ciudades, que también pertenecían a las mancomunidades comunales de los condados.

En Castilla, como en el imperio alemán, frente a la representación de la nobleza, no hay ninguna representación de la baja nobleza, sino únicamente una representación de las ciudades. Estos dos elementos, la nobleza y las ciudades (en Castilla, los grandes y los magnates, y en el imperio alemán, los príncipes y las ciudades imperiales libres), se hicieron fuertes y poderosas mientras que el estamento intermedio entre ellas, el de la baja nobleza (en Castilla hidalgos, en Alemania caballeros imperiales), no lograron una representación estamental. Con ello guarda también relación el hecho de la falta de las grandes mancomunidades.

En España, las Asambleas políticas, a lo largo de los siglos XVI y XVII, experimentaron un notorio debilitamiento en relación con el poder real, fueron suprimidos los Decretos de nueva Planta de Felipe V. Subsistieron únicamente las Cortes de Castilla a las que acudían los procuradores de todos los reinos pero sus funciones eran tan limitadas y sus reuniones tan excepcionales que prácticamente habían dejado de existir.

Siguiendo con el esquema de Otto Hintze¹⁶, el segundo modelo, el sistema tricursal, tuvo en Francia comienzos similares a los observados en Inglaterra. Aparte de Francia, este modelo está representado por los países de la Corona de Aragón, Cataluña y Valencia, Nápoles y Sicilia, los Estados territoriales alemanes (mientras que el Imperio, con su constitución imperial estamental, responde más al primer tipo, aunque con numerosas particularidades).

El Parlamento de París era, en principio, una asamblea cortesana de naturaleza muy similar de la que se sirvió el Parlamento inglés de prelados y barones, integrado por los mismos estamentos: alto clero y alta nobleza; entre éstos se particularizó una élite: «los *pairs* de Francia», que es simultáneamente asamblea consultiva y Corte de Justicia.

Sin embargo, en el siglo XIV, se verifica la transformación: el Parlamento de París se transforma en un mero tribunal de justicia, en un tribunal permanente de la corte del rey, constituido por vocales. Entre estos vocales adquirieron más predominio los juristas profesionales que los clérigos laicos, hasta que, finalmente, se separaron por completo los aristócratas y clérigos como consecuencia de la racionalización de la administración de justicia, del fortalecimiento de la organización administrativa monárquica en general y de la burocratización que se iniciaba de las funciones del «Estado». Al mismo tiempo, se produce la absorción de los poderes territoriales por la

¹⁶ Citado nota 14.

Corona, perfilándose así el Estado unitario francés. El concepto de alta nobleza perdió su significado político.

Desde finales del siglo xv, los Estados Generales son más instrumentos de la política monárquica que una limitación de ella. Con la monarquía centralizada, los Estados Generales desplazaron a las formaciones estamentales provinciales.

Aragón, Cataluña y Valencia no tuvieron nunca Estados Generales, tuvieron siempre representación estamental separada, dominando el sistema tricursal. Es de destacar la fórmula del juramento de fidelidad que dice *«que los estamentos igualan su dignidad al Rey, en poder lo superan entre todos juntos, y sólo lo reconocen como señor y rey bajo la condición de que observe sus fueros»*. Pero ello no les impedirá doblegarse ante los Reyes Católicos y sus sucesores.

Por tanto, espacial y geográficamente, los dos tipos de constituciones estamentales se distinguen por su pertenencia o no al antiguo Imperio Carolingio, a la influencia o no del régimen feudal, lo que dio lugar en los países del antiguo Imperio Carolingio a una nueva configuración de los círculos de dominación política, en la que la dirección la tenían los poderes dinásticos, pero de tal manera que no pudieron prescindir de la cooperación de los estratos sociales poderosos; se distinguen así mismo por la formación más o menos vigorosa y más o menos racional del personal administrativo; sólo en el segundo tipo se formó una administración burocrática, debido a la influencia del Derecho Romano, que no permanecerá limitada a la Corte sino que también abarca a la administración de distrito y a la administración local; y, por último, a la mayor intensidad de la empresa estatal (formación de los Estados Nacionales) que favoreció al factor monárquico en el sistema tricursal de monarquía, esta monarquía estará dotada de mayor energía, con cierta inclinación hacia el absolutismo monárquico, y en los siglos xvii y xviii, casi siempre refrenará a los estamentos. Por el contrario, en los países de la antigua organización bicameral, el factor estamental se desarrolló mucho antes y, con frecuencia, sobrepasó al monárquico, al que aquí le faltó la vigorosa formación del personal administrativo.

La división en dos cámaras, en opinión de Biscaretti¹⁷, fue lo que hizo subsistir al Parlamento Británico a lo largo de los siglos, mientras que las Asambleas continentales subdivididas en estados (tricursal) siempre antagónicos unos con otros, pronto sucumbieron ante la autoridad predominante de los monarcas. Añádase a esto, que los feudatarios normandos, sometidos, en los primeros tiempos de la conquista, a una rígida disciplina de tipo militar que los ponía a las órdenes directas de su rey, más de lo que estuvieron los grandes señores del continente, desde el principio mostraron tendencia a unirse con los ciudadanos libres de los burgos y de los condados contra la autoridad regia y esto fue un hecho, a partir de 1215, cuando Juan «sin tierra» fue obligado a reconocer la Carta Magna ante sus barones, reunidos en Runnymede. El límite de los poderes reales no desaparecerá en Gran Bretaña; por el contrario, en Europa, al estar surgiendo los Estados Nacio-

¹⁷ Citado nota 10.

nales a través de luchas durísimas, se requerirá un absoluto poder de supremacía de los monarcas respectivos, y así los soberanos continentales se unieron al tercer estamento, población urbana y rural, contra las clases feudales, obligándoles a contentarse con frecuentar las Cortes, donde el poder de los monarcas obtenía el campo libre para desplegar su dominio ilimitado sobre todo el país. Por otra parte, el inglés, siempre celoso de su propia libertad y sostenedor de sus concretos derechos, sometió al monarca a la autoridad de la Ley.

En Inglaterra, en el curso del siglo xiv, el Parlamento afirmaba su autoridad combinando su derecho, ya reconocido, de consentir impuestos con el de petición al soberano. La petición se transformó en «*Bill*», auténtico proyecto de Ley. Pero el rey continuaba manteniendo su poder de ordenanza y su *ius dispensandi* que se concretaba en permitir a un súbdito no someterse a algún estatuto específico del Parlamento; la casa Tudor supo retrasar el conflicto y durante el 1500 el progreso económico sofocó las aspiraciones de libertad de carácter político; el choque ocurrió en el siglo xvii ante las pretensiones absolutistas de los Estuardo, apoyados en el derecho divino, y terminó con la emanación del *Bill of rights* por parte del Parlamento británico, que quita al rey el poder de emanar ordenanzas, y abolió el *ius dispensandi*. Tras la segunda revolución del siglo xvii, la lucha por el poder entre la Corona y el Parlamento se decidió dejando camino libre al Parlamento.

Sin embargo, el Parlamento Inglés reforzó cada vez más su posición y, ya a finales del siglo xviii asumió el típico aspecto moderno con la consolidación de sus respectivos principios: Los diputados representan a todo el pueblo y no sólo a las circunscripciones en donde fue elegido; los diputados no pueden recibir mandato imperativo, gozan de plena libertad de acción; la elección debe resolverse en intervalos regulares para mantener existentes en su seno las tendencias del país.

En España, al igual que en el resto del continente y a diferencia de Inglaterra, la llegada de las monarquías absolutas y la consiguiente formación del Estado moderno, va a suponer la práctica desaparición de los Parlamentos, ya que, al entender de Álvarez Conde¹⁸, el monarca dispondrá de los recursos propios para no requerir su ayuda. Así, a partir del Renacimiento, se hace preciso efectuar una distinción entre Inglaterra, cuya evolución histórica continúa hasta la revolución de 1689 y el continente. En este momento, en Inglaterra, se consagran de forma definitiva el papel del Parlamento como centro del poder político, teniendo éste el significado de la reunión del rey con sus Lores y sus Comunes, totalmente distinto al del continente, que hasta la Revolución Francesa no tendrá en cuenta el modelo británico que supondrá el inicio del Parlamento moderno. A ello también contribuyó el auge de determinadas doctrinas, entre ellas las de Montesquieu, interpretando a su manera el modelo británico que hace hincapié en la primacía del Parlamento, como sucede con Locke en el equilibrio entre aquél y el

¹⁸ Citado nota 12.

poder ejecutivo y que posteriormente analizaremos en las repercusiones que tuvo en la formación de un nuevo concepto de Ley.

★ ★ ★

Llegados a este punto, debemos destacar por su importancia la construcción doctrinal que se elabora en Alemania durante el siglo XIX, en la que se considera que el monarca ostenta el poder originario. Esto significa, como indica Ignacio de Otto¹⁹, que el monarca no tiene los poderes que la Constitución le confiere, sino aquellos de los que la Constitución no le priva; la Constitución tan sólo limita, desde fuera, el poder que el monarca tiene desde antes.

Del poder originario limitado por la constitución, deriva una presunción de competencias a favor del monarca; la Ley, al no ser voluntad tan sólo del monarca, sino de éste y del Parlamento, ya no ocupa esa posición que corresponde al poder soberano, sino que su lugar en el sistema normativo es el que le atribuye la constitución misma.

La Ley expresa un poder derivado, que le viene de la Constitución, en la que tiene su fundamento. En virtud de su carácter de expresión conjunta de la voluntad del Monarca y del Parlamento, la Ley ocupa un lugar de supremacía respecto de las demás fuentes del derecho, en el sentido que éstas no pueden contradecirla. Esta posición suprema de la Ley consiste tan sólo en lo que se denomina principio de legalidad negativo o de vinculación negativo.

Las normas diferentes a la Ley, que provienen tan sólo del Monarca sin el concurso del Parlamento, no pueden contradecir lo dispuesto en las leyes, pero son libres en cuanto no incurran en esa contradicción, dado que el Rey tiene todo el poder del que no ha sido privado por la Constitución, su potestad reglamentaria es el poder normador que sigue conservando tras haber compartido con la Nación la potestad de dictar normas legislativas. Por ello, sólo está sujeto al límite de no contradecir las Leyes. Al Reglamento le está permitido todo lo que no le está prohibido.

La relación de la Ley con las demás normas no consiste tan sólo en esa superioridad, superioridad que no implica relación jerárquica, ya que la relación es horizontal, sino que el elemento clave del sistema es una distribución material entre ambos tipos de normas; así, para asegurar la libertad y la propiedad de los ciudadanos, todo lo que afecta a estas dos cuestiones queda sujeto a reserva de Ley, asegurando de este modo que todo acto de intervención del Estado requerirá el consentimiento de los propios interesados.

El sistema de reserva de Ley responde en su origen inmediato a la peculiar estructura propia del dualismo monárquico; ahora bien, no sólo hay materias reservadas a la Ley, también existe una distribución en sentido inverso, ya que la Ley sólo puede ocuparse de las materias que le están reservadas y

¹⁹ Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Ariel.

si lo hace fuera de ese campo lo hace con un valor diferente y disminuido, el de una Ley sólo en sentido formal.

Para Laband, será Ley en sentido formal, toda decisión que emana de la voluntad conjunta del Parlamento y del Monarca, pero no toda ley en sentido formal lo es en el sentido material. La Constitución, de esta forma, impone una limitación al poder originario que no podrá por sí solo dictar preceptos que incidan *ex novo* en el ámbito de la libertad y de la propiedad de los súbditos y en el ámbito de la sociedad. Así pues, la Ley es límite del Reglamento en el sentido de que éste no puede contradecirlo pero no es su fundamento, pues la potestad reglamentaria es en principio originaria; el reglamento es libre mientras no contradiga la ley, de modo que, como ya hemos dicho, la vinculación es sólo negativa.

Entre la Ley y el Reglamento se produce además una distribución de competencias mediante reservas en favor de la ley y mediante la configuración de una materia reglamentaria.

La distinción entre ley material y ley formal surgió con motivo del conocido conflicto presupuestario prusiano y, como indica Santamaría Pastor²⁰, quizá con la intención declarada de justificar la postura de fuerza del gobierno; si bien todo este sistema teórico puede considerarse como la expresión superestructural legitimadora de un régimen político dualista, más próximo al antiguo régimen que a una democracia parlamentaria y con ciertos tintes autoritarios, significó un avance importante, en el sentido de que en su conjunto, esta construcción desempeñó en su época una función de racionalización y apertura en un conjunto de países que no habían experimentado revolución alguna, y en las que las estructuras de poder del Antiguo Régimen continuaban intactas.

Se puede afirmar que, en cierta manera, la teoría anteriormente expuesta cumplió una función liberalizadora dentro de los estrechos márgenes que el sistema político permitía. Los resultados prácticos, en relación a la distribución de competencias normativas entre el legislativo y el ejecutivo, serán la base sobre la que, un siglo después, Laband y Jellinek elaborarían sus tesis.

La reserva a favor del legislativo de cuantas normas afecten a la esfera jurídica de las personas conserva aún plena validez.

Una ruptura, respecto de las posiciones anteriores, lo encontramos en el pensamiento de Locke y de Montesquieu respecto de lo que ha venido en llamarse la división de poderes, que tiende a diferenciar diversos tipos de normas en virtud, precisamente, del órgano del Estado que las dicta. Locke distingue dos grandes poderes internos, el legislativo y el ejecutivo, los dos con competencia para dictar normas, aunque con una clara prevalencia del poder legislativo frente al ejecutivo, que puede dictar mandatos sin carácter de ley. De esta diferenciación, nacerá la idea de Ley formal emanada del órgano propiamente legislativo y la de Reglamento emanado de los diferentes órganos del gobierno y la administración.

²⁰ Citado nota 7.

Montesquieu describirá en *«Del espíritu de las Leyes»* una interpretación del sistema inglés; basándose en la idea de Locke aunque con algunas innovaciones, considera la potestad legislativa como aquella que expresa la voluntad general del Estado, basado en un sistema bicameral que representa respectivamente a la nobleza y al pueblo. La Ley, desde este punto de vista, sería expresión del equilibrio entre las instituciones que representan estas dos grandes clases sociales y sólo de ella nacerá la libertad. Este concepto de voluntad general será tratado, de forma mucho más definitiva, por Rousseau.

Posiblemente, la aportación más importante de Rousseau a la teoría política posterior ha sido la conexión entre libertad e igualdad. *«Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común las personas y los bienes de cada asociado, por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes; sólo esta asociación —el Estado— permite la libertad civil que consiste precisamente en la sumisión de esa voluntad general que se expresa mediante leyes válidas para todos, es decir, leyes generales necesarias para reflejar la igualdad de todos los súbditos ante la Ley.»* Esta conexión entre la libertad y la igualdad, desde el punto de vista del derecho, se centra en que Rousseau deposita en el pueblo la voluntad general, la soberanía inalienable, intransferible, irrepresentable y que de ésta emanará la Ley.

De lo dicho se infiere que todas las Leyes tienen su origen en el mismo soberano y, en consecuencia, todas son iguales en rango jerárquico y valor. Rousseau no deja de reconocer determinados límites a la soberanía popular y, por lo tanto, a la Ley, límites que derivan de su ideología ilustrada como eran la razón natural, la libertad individual y la propiedad.

Así, la antítesis del dualismo germánico viene dada por la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general que en el plano organizativo se plasmará en el principio parlamentario por contraposición al principio monárquico. El origen de esta doctrina, típicamente francesa, es la Declaración Revolucionaria de 1789, según la cual *«la Ley es la expresión de la voluntad general, de la voluntad soberana de la Nación por que el cuerpo legislativo representa a la Nación soberana, quiere por ella y, por lo tanto, decide soberanamente como Nación misma»*.

La primera consecuencia de este concepto es que la Ley ocupa una posición de superioridad absoluta en el ordenamiento jurídico. No hay autoridad superior a la Ley, la Ley queda equiparada a la Constitución misma, no es posible sujetar a límite alguno al legislador, al soberano; esta equiparación tiene otra vertiente igualmente importante y es que la Ley viene a ocupar respecto de las demás normas la posición originaria, que es propia de la Constitución. Sólo el Parlamento tiene en su calidad de representante del soberano un poder originario mientras que los demás órganos del Estado son únicamente agentes o funcionarios que actúan con poderes derivados que proceden de la Ley, de la voluntad general, lo que conlleva a que las normas diferentes de la Ley sólo pueden surgir como derecho secundario, dictado a título ejecutivo, con fundamento en la Ley, expresión ésta del

único poder originario. La Ley no sólo domina al ejecutivo y al juez en el sentido de que no la pueden contradecir, sino que más aún y sobre todo es el estatuto inicial que regula sus actividades y que establece sus competencias determinando lo que estas dos autoridades deberán o podrán hacer. Es en la ley donde el ejecutivo y el juez deben buscar los elementos generadores de sus poderes, y, como indica Carré de Malberg, el verdadero beneficiario de esta combinación es el Parlamento, que gracias a ella se hace dueño de regular la distribución de competencias entre él y el ejecutivo.

De todo lo expuesto deriva, en primer lugar, que la Ley puede ocuparse de cualquier materia con plena fuerza activa y pasiva, esto es, que ostenta una posición de absoluta superioridad jerárquica; en segundo lugar, el principio de legalidad positiva o de vinculación positiva. El principio no es que el Reglamento pueda hacer todo lo que no le está prohibido, sino que sólo puede hacer lo que le esté permitido, sólo la Ley puede ser fundamento de derechos y deberes y, por lo tanto, el Reglamento sólo puede dictarse con fundamento en una Ley preexistente. No tiene aquí cabida el sistema de reservas. No tiene sentido prohibir que el Reglamento regule una materia porque, por principio, nunca podrá hacerlo más que si la Ley se lo autoriza, pero tampoco es posible establecer reservas prohibiendo al legislador que autorice al Reglamento a regular una materia porque el legislador es soberano. El principio de legalidad aquí es sólo formal en el sentido de que el Reglamento requiere la previa existencia de una Ley. El concepto material de ley significaría un límite al Parlamento, ya que sobre ciertas materias éste no podría delegar. Esto nos lleva a que, al estar ante un concepto formal de Ley, ésta puede consistir en una autorización en blanco, ya que el legislador es libre para decidir lo que considere. Donde el legislador es soberano no hay reserva posible y tampoco existe reserva reglamentaria porque ninguna materia queda sustraída a la voluntad del legislador.

Quien recogerá los elementos esenciales del concepto moderno de Ley y los articulará en un modelo —el Estado de Derecho— del que todavía hoy se nutre el Estado Constitucional Europeo será Kant, quien cierra el ciclo de la ilustración del siglo XVIII y nos introduce a su vez en el mundo intelectual del siglo XIX. 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 rousseauiana, derivada de su origen soberano, serán los elementos que Kant y Humboldt introducirán en un concepto de Estado de Derecho, que no sólo amparará la libertad política en sentido liberal de no ingerencia, sino también democrática de participación; la pieza fundamental del Estado de Derecho será la Ley que convertirá a los individuos en ciudadanos.

En cualquiera de los dos modelos anteriormente vistos, la clave de la construcción se encuentra en la doctrina de la Soberanía, poder soberano atribuido al Parlamento en uno y al Monarca en otro, al menos en el sentido de considerar que su poder es originario y prejurídico. Como indica Ignacio de Otto²¹, se trata de un fenómeno comprensible a partir de la historia política europea,

²¹ Citado nota 19.

ya que la lucha en torno al imperio de la Ley por afirmar o por limitar la supremacía de ésta en el ordenamiento tenía que articularse en torno al concepto de soberanía y ésta es la teorización que recibe a partir del siglo xvi la cuestión de la *summa potestas* y el proceso de positivación del derecho.

La idea del Soberano, *legibus solutus*, por encima del derecho, era cauce obligado por el que habría de discurrir la resistencia del Monarca al avance del imperio de la Ley y la misma noción de soberanía habría de servir para la pretensión contraria, para asegurar la supremacía del legislador, pero en el Estado Constitucional no hay soberano, ningún poder público, ni el legislador, ni ningún otro, puede calificarse de soberano. La noción misma de constitución como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía. Si la Constitución es norma que se impone a cualquier poder y que sujeta a norma toda la creación del derecho, allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma.

La Constitución regula el ejercicio del poder legislativo y le pone límites. Se destruye, pues, la equiparación de la Ley y la Constitución y se abre paso al control de la constitucionalidad de las leyes. La primacía de la Constitución implica que todas las fuentes del Derecho, incluida la Ley, tienen la posición que la constitución les asigna, y que los términos en que el Reglamento se subordina a la Ley no dependen ya de éste, sino de prescripciones constitucionales.

La democracia, en cuanto principio estructurador de un Estado Constitucional, significa que ningún poder del Estado es ajeno a la voluntad popular y que sólo en ella puede tener su legitimación. El principio democrático, en segundo lugar, significa que el acceso al desempeño del poder público depende de la voluntad del pueblo y de sus representantes y, precisamente porque todos los poderes del Estado se encuentran sujetos a la voluntad popular, se hace posible reconocer al gobierno un poder normador autónomo «Reglamento independiente», que llegan a situarse prácticamente en pie de igualdad con el legislador, como ocurre en la V República francesa, donde en el artículo 37 de la Constitución del 58 nos encontramos con una reserva de reglamento, y se otorga, así mismo, rango de Ley a los Reglamentos parlamentarios que desarrollan directamente la Constitución.

Ya no puede tomarse como punto de partida, la concepción según la cual el Parlamento y el gobierno representan políticamente centros diversos de fuerzas sociales y políticas que se contraponen, pues tanto unos como otros reposan ahora sobre la voluntad de los partidos mayoritarios y de su electorado. La línea divisoria o el frente político se sitúa ahora más bien entre la unidad formada por la mayoría y el gobierno, de un lado, y la oposición, de otro, llevando a permitir al gobierno legislar con rango de ley.

De los dos elementos propios de la fuerza de ley, superioridad jerárquica y expansión ilimitada, se autoriza a legislar al gobierno con superioridad jerárquica normas jurídicas con rango de Ley, se autoriza la delegación legislativa, se alude a una supremacía jerárquica que comportan por igual la Ley, el Decreto-ley, el Decreto Legislativo, que pueden derogarse entre sí y tienen

fuerza activa y pasiva frente a las demás normas jurídicas; pero la fuerza de ley no conlleva, para esas normas, la expansión ilimitada, porque su fuerza activa y pasiva cesa en las materias que les están vedadas.

En el Estado liberal, al no estar supeditada la Ley a la Constitución, el único camino para limitar al legislador era a través de la elaboración de un concepto material de Ley, estableciéndose que no todo lo que dispusiera el legislador tenía la consideración de Ley, sino solamente cuando regulase sobre ciertas materias. La Ley, para que fuera tildada de tal, debía ser general, tanto por su contenido como por sus destinatarios, y afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos; surgen así las leyes sobre la libertad y la propiedad y la consideración de la Ley como norma general.

La reserva de Ley, en un Estado de Derecho, no se refiere a la cuestión de que determinadas materias queden sujetas al legislador democrático y sustraídas a la administración autocrática, pues ahora legislador y administración responden al mismo principio democrático; el fundamento de la reserva de ley no tiene otro objetivo que asegurar que la regulación de ciertas materias se haga mediante el procedimiento legislativo. El sistema de partidos hace del gobierno el elemento directo y propulsor de la mayoría, lo que le coloca en una situación de autonomía notable; el gobierno no sólo puede determinar el contenido de la legislación a través de la mayoría que dirige, sino que puede también obtener de ella una habilitación para regular cualquier materia por vía reglamentaria. El aseguramiento del pluralismo democrático requiere que la Constitución establezca un conjunto de reservas, de modo que esa posibilidad que el sistema político pone en manos del gobierno, quede sujeta a los límites que impone la salvaguardia del principio democrático.

La doctrina alemana, que Rubio Llorente²² recoge de Böckenförde, nos expone tres vías distintas para solucionar el tema de la reserva de Ley, basadas respectivamente en la idea de democracia, en la idea de Estado de Derecho y, por último, en la idea de forma y procedimiento legislativo. La primera de ellas tendría que ser materia reservada a la representación popular, como único órgano con legitimación democrática directa, materias políticamente importantes o esenciales, las que trazan las líneas básicas y las directrices de orden estatal y social.

Para los que sostienen la reserva de Ley en la idea del Estado de Derecho, atribuyen al legislador la competencia exclusiva para regular todos los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, entendidos no sólo como derechos de libertad sino como elementos fundamentales de derecho objetivo, cuyo contenido de garantía prestacional ha de ser reservado por la Ley.

Y la tercera de las vías indicadas, basada en la idea de procedimiento legislativo, entiende que lo que caracteriza a la Ley como forma superior, bajo la Constitución, de creación del Derecho, en un sistema democrático, es su modo de elaboración en el Parlamento, a través de la discusión y de la negociación entre las distintas fuerzas políticas y en presencia constante

²² Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales.

de la opinión pública. Las materias reguladas por Ley, las que constituyen la reserva de Ley, deben ser todas aquellas y sólo aquellas respecto de las que resulte esencial ese procedimiento de discusión pública y transacción entre las distintas fuerzas políticas presentes en la Cámara. El profesor Tomás Ramón Fernández identifica cada especie de Ley con una reserva determinada, es decir, con una materia, de manera que la relación entre las distintas clases se articula como una estructura horizontal de competencia.

La reserva de Ley impide que el gobierno decida en las materias que son objeto de reserva y, al obligar a someterlas a discusión pública parlamentaria, a la normativa resultante se le atribuye un plus de legitimidad garantizando el pluralismo democrático. La reserva de Ley, por tanto, significa un mandato constitucional acerca del procedimiento de elaboración de las normas a las que se refiere y, aunque el proceso de formación de la ley da lugar a diversos tipos legales, hay que destacar, en conexión con el principio democrático, que existe un denominador común en cualquiera de los tipos de la categoría de ley; este denominador común refleja que en algún momento del proceso de formación intervienen, en la configuración del contenido de la ley y de forma definitiva, las cámaras representativas.

La tesis de que es preciso elaborar un concepto material de Ley la mantiene hoy en la doctrina española Rubio Llorente²³ invocando como fundamento la vaciedad de las reservas de Ley a que conduciría un concepto puramente formal, tesis que sostiene la mayoría, tanto de la doctrina española como extranjera. Con un concepto puramente formal de Ley se podría falsear todo el complejo entramado de las relaciones entre la ley y el reglamento, que reposa sobre las reservas de ley, porque con un concepto meramente formal de ley, el legislador podría abrir al reglamento las materias reservadas mediante una ley cuyo único contenido sería una habilitación en blanco a favor de la potestad reglamentaria. Sólo con un concepto material de Ley que exija en ésta un contenido regulador de carácter general y universal, cabe afirmar que, al menos en ciertas materias, es el legislador mismo quien debe establecer una regulación y que le está vedado dictar una ley en blanco.

Y volviendo a ubicarnos en el momento histórico en el que tiene lugar la puesta en escena de las teorías que exponemos, como indica Huizinga²⁴, la armonía del renacimiento sólo se deja sentir cuando una generación haya aprendido además de a hacer uso de las formas de la Antigüedad, a apropiarse de su espíritu.

Las notas de la Cámara de los Comunes, representación de toda la nación, prohibición del mandato imperativo, fueron casi universalmente acogidas con mayor o menor fidelidad de adaptación, por los nuevos Parlamentos surgidos en los siglos XIX y XX, caracterizándose, inconfundiblemente, por su naturaleza representativa. Y las Cámaras elegidas, así formadas, surgieron como órganos constitucionales destinados a desarrollar, de modo absolutamente prevalente, aunque no exclusivo, la función legislativa.

²³ Citado nota 22.

²⁴ Jahan Huizinga, «El otoño de la Edad Media», *Revista de Occidente*.

Desde la I Guerra Mundial, el poder específico de los Comunes se trasladada al Gabinete y a la figura del Primer Ministro, verdaderos ojos de la vida política británica; pero el Parlamento sigue conservando su aureola aunque su posición política, que no constitucionalizada, no sea la misma, fruto del diferente significado de sus funciones.

En el modelo continental, en un principio, la evolución viene marcada por las pretensiones reales de controlar el Parlamento y reducir su papel político. Esta época, que suele situarse en la primera mitad del siglo XIX, se caracteriza por fuertes conflictos entre estamentos hasta que la burguesía industrial logra adueñarse del poder político. Este momento dura hasta 1914, cuando la institución parlamentaria adquiere el máximo prestigio, ya que una misma clase social, la burguesía, domina todos los resortes del poder político. Al propio tiempo no hay que olvidar que los postulados del liberalismo económico coadyuvan a que el Ejecutivo tuviera un menor peso específico en la dirección de la vida política.

Tras una época de democratización parcial del Parlamento, llegaremos a su plena democratización con la aceptación del principio democrático en los Estados modernos, lo que implica la participación del pueblo en la realización de las funciones estatales, bien por medio de sus representantes, bien de forma directa mediante instituciones como la iniciativa legislativa popular o el referéndum.

Tras la II Guerra Mundial, el Estado intervencionista producirá el mismo efecto del que hemos hablado en el caso de Gran Bretaña, la importancia de los gabinetes en la dirección de la política nacional, pero ahora el Ejecutivo comparte la misma legitimidad que el Parlamento.

★ ★ ★

Esta exposición de la evolución histórica de la función legislativa y de la institución parlamentaria como centro de poder nos lleva a finalizar con un concepto de ley que recoja los cambios históricos.

Entendemos la Ley sinónimo de derecho objetivo, esto es como cualquier norma jurídica; Ley como equivalente a norma jurídica escrita y Ley como un concreto tipo de norma escrita especialmente importante y solemne elaborada por el órgano titular del poder legislativo.

Bajo el concepto unitario de ley como un concreto tipo de norma escrita, subyacen dos concepciones muy diferentes e incluso incompatibles, pero que coexisten en nuestra cultura jurídica: de un lado, la concepción clásica de la ley, como fue forjada en la Revolución Francesa, y, de otro, la concepción que resulta de las transformaciones en la estructura de los poderes constitucionales, tras la II Guerra Mundial.

Como indica Díez-Picazo²⁵, el concepto tradicional de ley, legado del constitucionalismo liberal, parte de una definición puramente formal, como acto que emana de un determinado órgano, por ciertos procedimientos y

²⁵ Luis M.^a Díez-Picazo, *Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?)*, El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia, editor Ángel Garrorena Morales.

con una forma *ad solemnitatem*, con una posición preeminente dentro del sistema de fuentes, con un carácter incondicionado, la omnipotencia de la ley, con ausencia de límites que vinculen al legislador.

Para Carreras²⁶, las características de la Ley en las primeras Constituciones positivistas del liberalismo y hasta la consolidación del Estado Social son: norma general y abstracta en respuesta al principio de igualdad. Aristóteles ya hablaba de la asociación del termino ley al concepto de generalidad, ya que ante un mandato particular no hay igualdad ninguna. Que la ley debe ser, ante todo, una regla de carácter general en cuanto a su alcance, es una opinión que se remonta a los orígenes mismos de nuestra cultura jurídica, como avalan textos del Digesto (Papiniano: *lex est commune praeceptum*; Celso: *ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur*; Ulpiano: *jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*). Las funciones políticas se reducen a un esquema elemental, como pone de manifiesto García de Enterría²⁷, leyes generales y actos particulares en aplicación de las mismas. La gran concepción del principio de legalidad del Derecho público exige una ley previa, que preceda, autorice, y dé razón de cada uno de los actos singulares. El poder ejecutivo se encarga de su aplicación al caso concreto conformándose en su actuación al principio de legalidad.

Pero este principio de generalidad, frente a los privilegios reales, la desigualdad estamental y las excepciones individuales del antiguo régimen, hay que entenderlo, con Rousseau, desde un doble sentido: tanto objetivo provenía del pueblo considerado como un todo, como subjetivo, se dirigía a un conjunto de ciudadanos iguales ante la ley; expresión de ello lo encontramos en la declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789: *la loi est l'expression de la volonté générale: Elle doit être la même pour tous*.

Otra de las características será tanto la unidad formal como de rango normativo. Todas las leyes emanadas de la voluntad popular, donde reside la soberanía, tienen el mismo rango y el mismo valor, incluidas las leyes constitucionales; nos encontramos ante un sistema normativo simple, en el que juegan dos tipos de normas, ley y reglamento, cuyas relaciones formales se rigen por el principio de jerarquía y el conflicto entre normas del mismo rango por el principio de temporalidad.

La fuerza de ley es otra de las características de las que está dotada la ley como acto de soberanía, que se traduce en el campo de teoría de las normas en dos reglas: una de carácter formal y otra de carácter material. Toda ley puede modificarse o derogarse únicamente por otra ley formal: puede modificar cualquier otra norma y resiste a cualquier otra norma posterior, excepto a las de su mismo rango; el carácter material de la fuerza de ley hace referencia a que toda ley tiene capacidad de innovar respecto a cualquier sector material.

²⁶ Citado nota 4.

²⁷ Citado nota 8.

Como afirma Carreras²⁸, desde la Revolución Francesa hasta la guerra europea de 1914-1918, la figura de la ley como norma general y abstracta, producto de los Parlamentos, era la instancia normativa máxima en virtud de que emanaba del órgano depositario de la soberanía popular. Las transformaciones del Estado, subsiguientes a la guerra europea, que se consolidaron después de 1945, modificarán sustancialmente el concepto liberal de ley.

Al modelo de Estado imperante en Europa desde finales de la II Guerra Mundial, se le denomina Estado Social. El Estado Social supone en primer lugar intervencionismo del Estado en las relaciones sociales, se respetan los valores formales del Estado Liberal —libertad, igualdad, seguridad— pero se les da un contenido material diferente. El Estado pasa de ser garantizador de las libertades a regulador de las mismas y ello exige un tipo de norma nueva tanto en origen como en forma y en cantidad.

En origen, porque el gobierno y la administración dictan normas con rango reglamentario y con rango de ley (decretos-leyes, decretos legislativos); en forma, porque las leyes generales son sustituidas por las leyes-media, concepto ideado por Schmitt y desarrollado por Forsthoff, leyes planificadoras, leyes singulares que se adaptan a las necesidades del Estado intervencionista; y en cantidad, por el aumento del volumen de la administración pública y la consiguiente crisis de los Parlamentos.

La segunda característica se centra en los cambios que se han producido en el concepto de constitución, tanto por la recepción del *judicial review* norteamericano como la consideración de la Constitución como *lex superior*, lo que traerá la implantación de los tribunales constitucionales y la desaparición de la primacía y la omnipotencia de la Ley («una ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula» sentencia *Marbury v. Madison*, del Tribunal Supremo norteamericano presidido por el juez Marshall en 1803).

Como indica Torres del Moral²⁹, la consecuencia es que el juez, todo juez, debe inaplicar la ley inconstitucional pero no puede anularla, porque ello es función legislativa (legislación negativa, como la derogación), que sólo al Congreso compete. Esta decisión judicial solamente tiene efectos respecto del litigio concreto que se sustancia. Pero la fuerza vinculante del precedente dota a la relación entre ley y jurisprudencia de un sentido especial, según el cual la ley no tiene otro contenido que el que le atribuyen las decisiones judiciales; estamos ante el modelo denominado de jurisdicción difusa, porque el control corresponde a todos los jueces y tribunales. Frente a él, Kelsen construyó un modelo de jurisdicción concentrada, en el que el control de las leyes queda atribuido a un solo órgano creado al efecto: el Tribunal Constitucional. Para Kelsen, la Constitución no contiene normas directamente aplicables por el juez sino mandatos o prohibiciones dirigidos al legislador; la Constitución es ejecutada por la ley y ésta, por la sentencia

²⁸ Citado nota 4.

²⁹ Antonio Torres del Moral, *Principios del Derecho Constitucional Español*, vol. II, Madrid, Átomo.

del juez. Ahora bien, como el juez es ejecutor de la ley, está vinculado por ella y no puede inaplicarla. Es necesario, pues, un órgano no inserto en el Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de las leyes e invalidarlas si a ello hubiere lugar. Tal órgano, el Tribunal Constitucional, aunque de naturaleza jurisdiccional, tiene una función de legislador negativo cuando expulsa del Ordenamiento Jurídico las leyes no ajustadas a la Constitución.

En este modelo, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal tiene efectos generales, tanto respecto de los ciudadanos como de los poderes públicos y de las causas o litigios pendientes en los que dichos preceptos fueren aplicables, pero no respecto de los casos ya juzgados. La construcción kelseniana comporta una cierta alteración de algunos elementos del régimen demoliberal, la soberanía no se residencia ya en el Parlamento sino en el Ordenamiento Jurídico o en el Estado, que para Kelsen son expresiones convertibles. El principio de separación de poderes queda conformado de un modo distinto del clásico: el Poder Legislativo reside realmente en dos órganos, de los que al Tribunal Constitucional corresponde parcialmente la legislación negativa.

En los sistemas italiano, alemán y español hay elementos de estos dos modelos clásicos y, acaso, tengan tantos elementos del americano como del kelseniano.

Con la creación del Tribunal Constitucional, la Constitución pasa a ser un sistema jurídico cerrado, sistema de Derecho jurisdiccional. De la Constitución deriva la validez del ordenamiento, la Constitución es fuente de las fuentes del Derecho y por lo tanto, el concepto de ley deriva del texto constitucional y no de teorías políticas, que, sin embargo, sí que fundamentarán la Constitución. Se rompe la unidad formal y de rango entre las normas emanadas del Parlamento al establecerse una jerarquía de rango entre la Constitución, norma procedente del poder constituyente y el resto de las leyes parlamentarias, procedentes de poderes constituidos.

Otro cambio, al que es obligado referirse, es a la crisis del Estado unitario clásico, que conlleva a la diversidad de centros legislativos y a toda una problemática de relación entre leyes y de problemas de aplicación de las mismas que complica el funcionamiento del sistema jurídico; a esto hay que unir, sobre todo en Europa, la recepción de las normas de Derecho internacional y la creación de entes supranacionales con capacidad normativa vinculante para los Estados miembros.

El proceso de formación de la Unión Europea ha obligado a abordar el estudio de los efectos que sobre los Estados tiene la existencia de las distintas normas comunitarias; se cuestiona Linde Paniagua³⁰ si se puede hablar del Derecho comunitario como un auténtico ordenamiento jurídico autónomo y superpuesto a los Derechos de los Estados miembros o si, por el contrario, no es otra cosa que un conjunto de Tratados internacionales y de actos emanados de las instituciones creadas por dichos Tratados que producen efectos similares a los de otras organizaciones internacionales. Esta

³⁰ Enrique Linde Paniagua, *Derecho de la Unión Europea*, tomo I, Capítulo III.

cuestión, debatida ampliamente por la doctrina, fue afrontada y resuelta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, primero en su Sentencia de 5 de febrero de 1963 (caso Van Gend y Loos) y después, con mayor rotundidad, en su Sentencia de 15 de julio de 1964 (caso M. F. Costa contra ENEL), que establecerá: *«A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales»*, concepto éste que se reitera y amplía en la Sentencia de 13 de febrero de 1969 (caso Walt Wilhelm), que establece: *«El Tratado CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no puede variar de un Estado a otro por efecto de actos internos, sin dificultar el funcionamiento del sistema comunitario y poner en peligro la realización de las finalidades del Tratado; que, por tanto, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de acuerdos entre empresas deben ser resueltos por la aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria.»* Los apartados 6 y siguientes de los Fundamentos de Derecho de las Sentencias que hemos transcrito no sólo afirman que el Derecho europeo constituye un ordenamiento jurídico, sino que, además, extraen importantes consecuencias y principios, como el de integración del ordenamiento comunitario en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, el efecto útil o la primacía del Derecho comunitario.

Estamos, pues, ante un ordenamiento jurídico propio, esto es, un conjunto normativo capaz de integrarse sin auxilio de otros, a través de sus propios mecanismos, que cuenta con sus propias instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales, y que, finalmente, se interpreta desde sus propias normas.

Es característica principal del ordenamiento jurídico comunitario el ser un ordenamiento derivado de las competencias transferidas por los Estados miembros que se ejercen por instituciones independientes de éstos. La Sentencia Costa/ENEL confirma con claridad esta conceptualización al expresar *«que, en efecto, al constituir una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de representación internacional, y más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus Derechos soberanos, y han creado así un cuerpo de Derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos»*.

El Derecho comunitario es un Derecho integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, que se relaciona con las normas del Derecho emanado de los Estados miembros desde el principio de la primacía.

La relación entre las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros y, en consecuencia, de los ordenamientos jurídicos de una y otros se explica a través del principio de complementariedad, formulado como

principio de subsidiariedad, que sirve para encauzar y comprender la actuación de la Unión en cuanto productor de normas.

Nos encontramos, pues, ante una multiplicidad de tipos normativos con rango de ley —estatales, supraestatales, infraestatales— y ante el hecho de que dentro de un mismo ordenamiento se multiplican los tipos de leyes por razones materiales o funcionales, en base a procedimientos diferenciales.

El concepto de fuerza de ley limita, por arriba con la Constitución, y entre normas del mismo rango, por las barreras que imponen el pluralismo de tipos normativos diversos y la diversidad de ordenamientos.

Podemos afirmar con Rubio Llorente³¹ que todas las leyes son especies de un género normativo único al que, con distintas modalidades, restricciones e interrelaciones, la Constitución ha encomendado el objetivo de determinar cuáles son los intereses generales y aunque no en todos los casos el margen de libertad política sea idéntico, esa misión no corresponde *ex constitutione* a ninguna otra fuente del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *El Régimen Político Español*, Tecnos.

BISCARETTI DI RUFFIA, Pablo, *Derecho constitucional*, Textos.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, Introducción y parte general. vol. I, Ideas generales. Teoría de la norma jurídica.

DE CARRERAS, Francesc, «La Ley en la Constitución española», *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, «Diez años de desarrollo constitucional», monográfico en homenaje al profesor Don Luis Sánchez Agesta.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Ariel.

DÍEZ-PICAZO, Luis M.^a, *Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española?)*, El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia, editor Ángel Garrorena Morales.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas.

GARCÍA PELAYO, Manuel, «Derecho Constitucional Comparado», *Revista de Occidente*, «El Mito y la Razón en el Pensamiento Político».

GINER, Salvador, *Historia del Pensamiento Social*, Ariel.

HINTZE, Otto, «Historia de las formas políticas», *Revista de Occidente*.

HUIZINGA, Jahan, «El otoño de la Edad Media», *Revista de Occidente*.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Derecho de la Unión Europea*, tomo I, Antecedentes, instituciones y jurisdicción, capítulo III, Sistema de Fuentes, Marcial Pons.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel.

PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Textos.

RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales.

³¹ Citado nota 22.

SABINE, George, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Filosofía y Sociología del Poder, Estabilidad y Cambio*, «Diez años de desarrollo constitucional», monográfico en homenaje al profesor Don Luis Sánchez Agesta.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios del Derecho Constitucional Español*.