

Ley (Statutory) Law

Francisco J. Laporta
Universidad Autónoma de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-4344-6152
francisco.laporta@uam.es

Cita recomendada:

Laporta, F.J. (2022). Ley. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 253-266.
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6815>

Recibido / received: 12/01/2022
 Aceptado / accepted: 21/02/2022

Resumen

Este trabajo expone una visión básica y general del concepto de ley. El autor advierte de los riesgos que comporta una aproximación histórica a su concepto y se centra en el estudio de su manifestación contemporánea. En esta línea, expone los aspectos normativos y descriptivos de la ley como fuente del Derecho en torno a las ideas de normas constitutivas de autoridades, competencias y procedimientos. Sobre estas bases estipula una definición de ley y apunta sus formas características.

Palabras clave

Normatividad, derecho, ordenamiento jurídico, fuentes del Derecho, instrumentos jurídicos.

Abstract

This paper presents a basic and general overview of the concept of law. In this sense, it warns of the risks involved in a historical approach to its concept and focuses on the study of its contemporary manifestation. Along these lines, he sets out the normative and descriptive aspects of the law as a source of law around the ideas of constitutive rules of authorities, competences and procedures. On this basis, he stipulates a definition of law and points out its characteristic forms.

Keywords

Normativity, law, legal system, sources of law, legislative techniques, legal instruments

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las trampas de la historia. 2.1. La acepción moderna. 3. Cómo regula el derecho su propia creación. 4. Instrumentos normativos y normas jurídicas. 4.1. Algunos usos comunes del lenguaje jurídico. 5. La forma de las leyes.



1. Introducción

Seguramente por mi constante interés en el ideal del «imperio de la ley» o mi preocupación de años por las deficiencias técnicas que pueden detectarse en la elaboración cotidiana de las leyes, algunos estudiantes y no pocos colegas me han pedido muchas veces que trate de explicar con claridad qué es una ley, qué pienso yo que podemos entender por ley hoy en día. Como resulta que hay muchas personas que se dedican a escudriñar e interpretar leyes y hay un tipo de estudiantes universitarios a los que se llama también «estudiantes de leyes», parece sensato intentar hacerlo. Eso es lo que pretenden estas líneas, que tienen deliberadamente un tono más didáctico que técnico, seguramente inspirado en mi convicción de que los conceptos y las realidades que se nos antojan más evidentes y menos necesitados de explicación son muchas veces los más difíciles de captar y formular. Eso ocurre precisamente con la noción de ley, que tiene una historia larga y un presente muy complejo, aunque en general se pretenda saber a qué nos referimos con ella.

2. Las trampas de la historia

Para empezar, a muchos les tienta la historia: en este caso, acarrear todos aquellos sentidos que ha portado la noción de ley a lo largo de los siglos¹. Ello, sin duda, puede ser muy educativo, pero tengo que comenzar por hacer una advertencia sobre la historia. Algunas veces encontramos datos sorprendentes en ella y en la etimología de los términos jurídicos, pero hay que tener mucho cuidado para no usarlos ingenuamente, porque nos pueden engañar. En los *Recuerdos de Sócrates* de Jenofonte, se cuenta que Alcibíades preguntó a su tutor Pericles qué era la ley (*nomos*), y Pericles le respondió: «son leyes todo lo que el pueblo reunido en asamblea y mediante acuerdo ha decretado, diciendo lo que se debe hacer y lo que no» (Jenofonte, 1993, p. 35). Con algunos añadidos y matices, muchos aceptarían hoy esta definición. Pero no debemos olvidar que ni «pueblo», ni «asamblea», ni «acuerdo», ni siquiera «decretar», tienen que significar para los griegos de entonces lo que significan para nosotros hoy. Seguramente tampoco el concepto de *nomos*, traducido generalmente como «ley», quiere decir hoy lo mismo que entonces. La historia hay que leerla con cierto cuidado y no debemos olvidar que el significado de las palabras también está sujeto a sus caprichos. Pero más curioso todavía es contemplar el lugar que la noción de «ley» ha ocupado en esa historia, por ejemplo, en muchos textos medievales. Hoy pensamos la ley como la fuente de normas jurídicas más importante en rango tras la Constitución. En la famosa pirámide normativa, la Constitución se encuentra en el vértice, e inmediatamente después aparecen las leyes que la desarrollan, y estas suelen presentarse divididas en libros, títulos y artículos, de forma que la ley es el todo, y los libros, títulos y artículos, las partes sucesivas, de mayor a menor. Pues bien, si echamos un vistazo a Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, seguramente el código de normas jurídicas más importante de nuestra Edad Media, nos sorprende en seguida ver que las normas que en ellas se contienen no se dividen así, sino al revés, en Partidas, Títulos y Leyes. Estas últimas, las leyes, parecen ser la parte menor, una suerte de mandatos casi individuales mucho más concretos, algo así como el último componente de la Partida.

¹ La mejor tentativa de hacerlo que conozco es la contenida bajo el término «Gesetz», en el *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Conceptos históricos fundamentales: Léxico histórico del lenguaje político y social en Alemania) (Brunner et al., 1975).

Y todavía más engañoso es lo que nos viene de la historia en algunas otras definiciones, por ejemplo, en la de Cicerón: *Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt prohibetque contraria*. Aunque todavía haya quien emplee su tiempo en buscar leyes jurídicas y morales en el mundo natural, hoy sabemos ya que no hay, como dice esa definición de Cicerón, razones ínsitas en la naturaleza, que manden lo que ha de hacerse y prohíban lo contrario. Las leyes de la naturaleza, es decir, las regularidades que la Ciencia formula y descubre en la realidad natural, tratan de explicar el curso de los procesos naturales, y no de mandar o prohibir nada; lo que se proponen es dar cuenta, describir, explicar, cómo funciona y se desenvuelve ese mundo natural, no gobernarlo. No son pues leyes (morales o jurídicas) que debemos cumplir, sino explicaciones para describir el mundo. La diferencia entre ambos significados de la palabra «ley» (ley en sentido prescriptivo y ley en sentido científico-natural) ha de estar siempre clara. Hay una fórmula sencilla para hacerlo: si la ley moral o jurídica se infringe, hay que corregir al infractor. Si la ley natural no se «cumple», lo que hay que corregir es la ley porque resulta fallida como tentativa de explicación de esa realidad natural.

2.1. La acepción moderna

Como esas pueden encontrarse muchas otras definiciones y divisiones históricas de «ley», tan sugerentes o engañosas como ellas. Así que cuando aquí hablemos de «ley», debemos tener claras para empezar dos cosas. Una, que vamos a ocuparnos solo de las leyes que se dan en el mundo del derecho y tienen la pretensión de decirnos, de prescribirnos, lo que debemos o no debemos hacer (tienen, pues, una función claramente «prescriptiva»), es decir, vamos a ocuparnos de leyes que tratan de gobernar la conducta de los seres humanos y no de leyes que tratan de explicar la realidad. Dos, que solo acudiremos a la historia con mucho cuidado, tratando siempre que ilumine el presente de nuestro derecho, y no nos engañe. Para conseguirlo partiremos de un documento muy preciso: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se promulga en Francia en 1789. En ella se contiene lo que pudiéramos llamar «versión moderna» de la noción de ley. La historia anterior del concepto –la antigua y medieval– es demasiado variada y confusa, y solo es capaz de proporcionarnos estas dos o tres ideas seguras y aprovechables: que la ley es un vehículo para poner en vigor normas jurídicas, que suele ser prerrogativa del «soberano», y que –a diferencia de la costumbre, que rige la vida jurídica hasta los umbrales del mundo moderno– es de «creación deliberada». Estos tres rasgos los retendremos para más adelante, pero vamos a partir, como digo, de la Declaración Francesa.

Mencionemos los principios más importantes que establece esa declaración francesa acerca de la «Ley», término que escribe con significativa mayúscula:

1. «La Ley es expresión de la voluntad general: todos los ciudadanos tienen el derecho a concurrir personalmente o a través de sus representantes a su formación» (art. 6).
2. «Los ciudadanos son iguales ante sus ojos, debe ser la misma para todos» (art. 6).
3. «La Ley sólo puede prohibir acciones dañinas para la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer aquello que la ley no ordena» (art. 5).
3. «La Ley establece los límites para que la libertad de cada uno sea compatible con el ejercicio de los derechos naturales de los demás hombres» (art. 4).

4. «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe» (art. 7).
5. «Nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente» (art. 8).
6. «Siendo la propiedad privada un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella salvo que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija con evidencia, y bajo la condición de una indemnización justa y previa» (art. 17).

Me parece que este es el marco conceptual y normativo a partir del que se ha desarrollado la idea contemporánea de ley: una disposición emanada de la voluntad general, que pone en vigor normas jurídicas generales e iguales para todos y que definen y protegen nuestra libertad y nuestra propiedad. Y no se trata de un mero dato erudito: la Declaración no es solamente un documento francés. Tuvo siempre una suerte de aliento universal y se proyectó con una fuerza imparable sobre todo el derecho y la política del siglo XIX, que, en efecto, se desarrolla en gran medida en un diálogo expreso o tácito con esa Declaración. Por poner un ejemplo extravagante, en Brasil se deja sentir claramente en la Constitución Imperial de 1824. Veamos algunas de sus provisiones, en las que –sorprendente similitud– también «Ley» se escribe siempre con mayúscula:

1. Es competencia de la Asamblea General: Hacer Leyes, interpretarlas, suspenderlas y revocarlas (art. 15, VIII).
2. La Ley será igual para todos, ya proteja, ya castigue (art. 179, XIII).
3. Ningún ciudadano podrá ser obligado a hacer o dejar de hacer cosa alguna sino en virtud de la Ley (art. 179, I).
4. Nadie será sentenciado, sino por la Autoridad competente, por virtud de Ley anterior y en la forma en ella prescrita (art. 179, XI)
5. Se garantiza el derecho de propiedad en toda su plenitud. La Ley marcará los casos en los que procederá la expropiación y la indemnización (art. 179, XXII).

Aunque no sea con esta fidelidad casi servil a la Declaración francesa, lo cierto es que la mayoría de los ordenamientos jurídicos del siglo XIX van trasladando más o menos fielmente, y con mayor o menor celeridad, esa concepción de la ley como el gran descubrimiento jurídico del mundo contemporáneo. De acuerdo con estas coordenadas francesas podemos ya arriesgar algunos de los aspectos del concepto de ley que serán objeto de debates y discusiones hasta los primeros años del siglo XX. Vendrían a ser estos:

1. La ley emana de asambleas representativas que expresan la voluntad general, que es soberana.
2. La ley regula la conducta en términos generales y abstractos y ello la hace igual para todos.
3. La ley protege y define la libertad y la propiedad de los ciudadanos.

Cuando se extienda en la jurisprudencia europea la terminología de las «fuentes del derecho», la ley aparecerá inmediatamente como la fuente del derecho por excelencia, la más importante, la fuente dominante del derecho frente a la tradicional fuerza de las costumbres. Si quisiéramos, pues, ensamblar todos esos rasgos en una definición provisional de ley, podríamos proponer esta:

«Ley» es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales y abstractas sobre la protección y límites de la libertad y la propiedad de los ciudadanos.

En virtud de una convicción como la que expresa esta idea de ley, a las asambleas representativas se les atribuye la facultad de hacer leyes, es decir, se residencia en ellas el llamado «poder legislativo». Las leyes que emite ese poder tienen un rango máximo. Están compuestas por normas «generales», es decir, normas que tienen como destinatarios a todos los ciudadanos sin distinción de clases o castas, es decir, sin privilegios. En virtud de esa generalidad, todos son iguales ante ellas. Y por normas que son también «abstractas», lo que significa que las conductas que regula han de ser conductas-tipo, y no conductas individuales y concretas. La ley, por fin, es el instrumento jurídico básico para definir y proteger la identidad del ciudadano en cuanto tal: sus libertades y su propiedad.

Seguramente la gran aventura de la codificación que con desigual éxito se va a desarrollar a lo largo del siglo XIX en la mayoría de los países sea un buen ejemplo de lo que se quiso entender por ley desde el Estado liberal. Por un lado, se dejaban atrás las viejas compilaciones históricas propias del derecho consuetudinario; por otro, se pretendía construir deliberadamente todo el orden jurídico a partir de grandes cuerpos legislativos. Muchas de las grandes leyes que se promulgaron entonces en nuestros países obedecían en efecto a esos parámetros.

Pero esta forma de entender la ley llevaba en sí misma su propio principio de destrucción. La naturaleza de la ley se estipulaba mediante rasgos independientes que podían ser incoherentes entre sí. En primer lugar, la ley era ley por su origen en el representante de la voluntad general. Después era ley por la lógica de su formulación en enunciados generales y abstractos. Y, por último, era ley por razón de la materia que disciplinaba (libertades y propiedad). Esta conflictividad potencial que llevaba en su seno se manifestó pronto en la división de las concepciones de la ley en la doctrina y en la práctica europea. Unas insistieron en que el rasgo más relevante de la ley era su origen en la voluntad general, otras subrayaron la generalidad de sus normas, y otras, por fin, su «reserva» de contenidos².

Lo que en todo caso hay que señalar es que, cualquiera que sea la teoría de nuestra preferencia, este concepto de ley es un concepto «normativo», es decir, un concepto que propone cómo «debe ser» la ley más bien que cómo «es» la ley. Aunque podemos reconocer en nuestros ordenamientos leyes con cada uno de esos rasgos (y bastantes con los tres), sabemos muy bien que hay muchas que carecen de alguno de ellos (o de los tres). Las leyes han sido impuestas con frecuencia por poderes fácticos, y no discutidas ni aprobadas por los ciudadanos o sus representantes. El poder ejecutivo (el Rey, el gobierno) ha usurpado con frecuencia los atributos del poder legislativo. A lo largo de la historia de muchos países la proclamación formal de la igualdad ante la ley se hizo compatible con profundas discriminaciones (la de la mujer viene enseguida a la mente, pero hubo compatibilidad de esa noción de ley hasta con la defensa de la esclavitud). Además, los legislativos, fueran representativos o no, se ocuparon y se ocupan de materias completamente ajenas a la libertad y la propiedad.

² Para el análisis de algunas de esas disputas teóricas, cfr. R. Carré de Malberg (1992, Cap. I, sección I). Este libro, titulado *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* ha sido reeditado numerosas veces, habiendo una traducción española en Fondo de Cultura Económica (1998). El contenido material de la ley relativo a la libertad y la propiedad dará lugar a la idea de «reserva de ley» en la doctrina alemana.

3. Cómo regula el derecho su propia creación

Por eso, ese concepto «normativo» de ley se fragmentó rápidamente. Prácticamente lo único que ha quedado en pie de él después de dos siglos ha sido la idea de que la ley es «fuente del derecho», una de las fuentes del derecho, pero eso no ayuda mucho porque esta noción también está rodeada de oscuridad y confusiones. Por lo que respecta a la idea de su origen en la voluntad general soberana, la experiencia, como he dicho, nos ha mostrado que las leyes han ido muchas veces detrás de las espuelas militares más indecentes. Y la idea de que las leyes son las normas que provienen del poder legislativo— lo que viene llamándose concepción «formal» de la ley —suena un poco a petición de principio; recuerda un poco a aquella explicación que se daba de la naturaleza del opio: tenía el efecto de adormecer a la gente porque tenía *virtus dormitiva*. Igual que las leyes, que parece que tengan naturaleza de tales porque sean generadas por un órgano que tiene *virtus legislativa*. E insisto en que no han sido iguales para todos, y con desafortunada frecuencia han servido más bien para amenazar que para proteger nuestra libertad. Así que ese concepto «normativo» de ley nos sirve para bien poco si lo que tenemos en mente no es una propuesta normativa sobre lo que deben ser las leyes, sino el propósito de explicar o definir lo que son las leyes. Las leyes no se han comportado siempre como «debían» comportarse. Ello nos obliga a buscar un concepto «descriptivo» de ley, es decir, un concepto que sea capaz de dar cuenta de qué son y cómo actúan en lugar de pretender prescribir cómo deben comportarse. Para encontrarlo no podemos partir de los ingredientes de esa definición, porque ni aún el que parece más indiscutible, el que entiende la ley como una «fuente del derecho», está libre de confusión.

Como he dicho, la expresión «fuente del derecho» se presta a todo tipo de dudas. Se sabe, desde luego, que con ella no se pretende hacer referencia al origen social, histórico o causal de las normas jurídicas ni a su justificación política o moral. «Fuente del derecho» parece tener una intención más acotada. Se trata de señalar aquellos medios, actos, hechos o instrumentos mediante los que se crean o producen las normas jurídicas válidas o vigentes. La metáfora no es del todo mala: son algo así como los caños o tuberías por los que manan las normas jurídicas. Los portadores, generadores o soportes de las normas jurídicas, por así llamarlos; las monturas en las que están «engastadas» las normas jurídicas, por seguir recurriendo a metáforas. Si somos jueces y hemos de resolver un caso conforme a derecho, debemos dar con las normas jurídicas vigentes que nos digan cómo hacerlo. Si somos abogados y hemos de aconsejar a un cliente, haremos bien en buscar las normas jurídicas que nos permitan hacerlo correctamente. Incluso como simples ciudadanos que solo desean comportarse de acuerdo con la ley, tenemos que saber dónde acudir para informarnos de las normas que contiene la ley. ¿Cómo hacemos todas esas cosas? A eso —me parece— trata de dar respuesta la noción de fuente del derecho. Pero lo hace a veces con tanta confusión y mezcolanza de sentidos que ya se empieza a creer que es mejor prescindir de esa metáfora. Kelsen, de hecho, recomendaba hacerlo. Y lo que dijo al respecto puede sernos de alguna ayuda. Él sugirió que evitásemos esas confusiones, y lo hizo recordando un rasgo peculiar y distintivo del orden jurídico: ese rasgo es que el derecho «regula su propia creación»³. Me parece que si nos concentramos en esa idea podremos acabar dando un concepto aceptable de lo que es la ley sin entrar en las complicaciones de la metáfora de la «fuente» ni poner en juego juicios normativos de carácter ético-político.

³ «Pues una particularidad altamente significativa del derecho es que regula su propia creación y aplicación» (Kelsen, 1960, p. 73).

¿Cómo regula el derecho su propia creación? La respuesta a esta pregunta es crucial para dar sentido a esa metáfora y encontrar de paso una descripción plausible de lo que es la ley. Pero esa respuesta ha de darse con cuidado y circunspección, de forma tal que diferenciamos algunos ingredientes del orden jurídico que a veces no son bien identificados ni en el propio lenguaje del derecho ni en los libros de los juristas. Algunas de estas distinciones quizás puedan parecer enojosas al lector, pero introducen en nuestro problema un alto grado de claridad. La base de la respuesta a la pregunta de Kelsen es una obviedad: si el derecho «regula» su propia creación, tiene que hacerlo «regulando», es decir, mediante el uso de reglas, o, en general, de normas jurídicas. Veamos para empezar qué tipos de normas.

1. En primer lugar, los ordenamientos jurídicos modernos disponen de un tipo de normas (que siguiendo un cierto uso que aquí parece especialmente adecuado podemos llamar normas «constitutivas»). La función de estas normas es definir las llamadas «autoridades» de ese orden jurídico y de qué modo se constituyen. Por ejemplo, en el artículo 66 de la Constitución española se determina qué son las Cortes Generales, a saber, el Congreso de los Diputados y el Senado. Ese es un típico ejemplo de norma constitutiva. En todo ordenamiento se dan normas constitutivas que nos dicen qué son y cómo se constituyen autoridades en todos los niveles: qué es y cómo se es juez, qué es y cómo se es alcalde, qué es y cómo se es decano de la Facultad de Derecho, etc. A todas esas normas que definen y configuran a las autoridades las llamaremos desde ahora normas-Autoridad (normas-A).

2. En segundo lugar encontramos otro tipo de normas jurídicas, las normas de competencia (que llamaremos normas-C). Se ha discutido mucho cuál es la naturaleza de las normas-C (si son normas de conducta formuladas de cierta manera, si son definiciones, si son normas constitutivas, etc.), pero aquí solo interesa saber qué funciones llevan a cabo tales normas. Y las funciones que realizan son sencillamente las de establecer sobre qué clase de objetos, conductas, acciones o actividades, es decir, sobre qué aspectos de la realidad social tienen las autoridades (definidas mediante las normas-A) poder de regulación o decisión. Por ejemplo, ese mismo art. 66 de la Constitución española, en su párrafo 2 establece las competencias generales de las Cortes Generales. Lo que llamamos «competencias» de las autoridades jurídicas son aquellos contenidos y materias sobre las que las normas-C les facultan para ejercer su autoridad, de forma tal que si su actuación se refiere a esos contenidos desarrollan un ejercicio de su autoridad que se suele llamar (también con cierta confusión) «legítimo», y si actúan de forma tal que afecten a contenidos y materias que no les son propios, es decir, si actúan *ultra vires*, más allá de su poder, de sus competencias, practican un ejercicio «ilegítimo» de su autoridad, y sus actos pueden ser declarados nulos, es decir, desautorizados, frustrados en su pretensión de crear normas o decisiones jurídicas. Las normas-C tienen por tanto una característica naturaleza doble: por un lado, establecen las facultades de las autoridades, por otro lado, definen sus límites.

3. Una vez definidas las autoridades (normas-A) y sus competencias (normas-C) la pregunta siguiente sería: ¿Cómo han de actuar esas autoridades para ejercer esas competencias suyas? En nuestros ordenamientos jurídicos esta es una pregunta tan importante que puede afirmarse que sin tener una respuesta clara a ella no entendemos aspectos fundamentales del derecho contemporáneo. Todo jurista conoce la respuesta, aunque quizás no se ha subrayado su importancia: Las autoridades deben actuar siempre siguiendo ciertos procedimientos. El derecho contemporáneo es en una medida muy amplia un derecho guiado por procedimientos, un derecho que no puede concebirse sin procedimientos: los que resultan más

familiares son los procedimientos judiciales para aplicar las leyes mediante decisiones de los jueces, fallos y sentencias que resuelven los conflictos jurídicos⁴. Pero también la actividad legislativa está guiada por procedimientos, los procedimientos previstos para la creación de las leyes, y la actividad gubernativa, por los procedimientos administrativos correspondientes. Ello quiere decir que las decisiones normativas, de cualquier tipo que sean, no pueden ser tomadas simplemente por autoridades que actúen dentro de sus competencias, sino que han de hacerlo además siguiendo unos procedimientos definidos. Pero ¿definidos cómo?: pues a través de un tercer tipo de normas, las normas de procedimiento (que llamaremos normas-P). En los artículos 87 y siguientes de la Constitución española se establecen algunos momentos básicos del procedimiento legislativo; en la llamada coloquialmente Ley 30 (Ley 30/1993, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) se regulan los distintos trámites del procedimiento administrativo, y en las llamadas leyes de enjuiciamiento (civil, criminal, etc.) los del procedimiento judicial. El que aquí nos va a interesar es el procedimiento legislativo, porque es el procedimiento previsto precisamente para hacer «leyes».

Pero ¿qué es un «procedimiento»? Una respuesta plausible podría ser esta: Un procedimiento es una secuencia de actos, ordenada en el tiempo, y diseñada para obtener un fin, alcanzar un objetivo, o llegar a un resultado. Pueden concebirse multitud de procedimientos, desde los más irrelevantes hasta los más importantes, desde una receta de cocina hasta un protocolo de actuación en caso de epidemia. Pero a nosotros nos interesan los procedimientos establecidos en el derecho por las normas-P. Y esos procedimientos pueden definirse como una secuencia ordenada temporalmente de actos «institucionales» encaminada a concluir en un «resultado normativo». Veamos de poner en claro esos ingredientes: Primero, actos institucionales. Los actos institucionales son aquellos actos a los que una norma-P otorga un alcance o significado normativo. Es preciso diferenciarlos de los actos puramente físicos, que se podrían llamar actos «crudos» o actos «en bruto». Si alguien en un aula universitaria levanta su brazo en el transcurso de una discusión académica podemos distinguir el acto puramente físico de levantar el brazo mediante la mecánica muscular correspondiente, de lo que significa ese acto. Y lo que significa generalmente para nosotros es que la persona en cuestión está «pidiendo la palabra». Si, en cambio, lo levantara en una subasta, ese acto significaría que está «pujando». Pero ¿por qué pensamos que levantar el brazo en un debate significa pedir la palabra? Pues porque existe una norma social o académica que establece que la palabra se pide levantando el brazo, y no, por ejemplo, poniéndose en pie (como sucede, por ejemplo, en la Cámara de los Comunes en Inglaterra). Eso es lo que sucede en el mundo del derecho: por ejemplo, una persona puede contar una historia a otra persona, y su acto no es más que el acto o actividad de narrar algo. Pero si esa persona, bajo ciertas condiciones previstas en normas-P, cuenta esa historia en un momento determinado y ante un juez, entonces no solo está relatando algo, sino que está prestando testimonio, declarando, actuando como testigo en un proceso, etc. Testificar es un acto institucional. Igual que pedir la palabra, presentar una demanda, votar un proyecto de ley, detener a un sospechoso, pujar en una subasta, o presentar una enmienda en el Parlamento.

Los actos institucionales previstos en las normas-P conducentes a un resultado normativo deben conformar una secuencia ordenada en el tiempo. Ello quiere decir que deben seguir un cierto orden temporal, de forma tal que no puedan ser realizados aquellos que corresponden a un determinado momento si no se han

⁴ Hasta puede decirse que un rasgo básico del derecho como orden social es precisamente que tiene prevista la presencia de un tercero (el juez) para resolver autorizadamente los conflictos entre miembros del grupo social.

realizado los que corresponden al momento anterior (los juristas hablamos, por ejemplo, de «momento procesal oportuno»). El juez no puede emitir su sentencia antes de haber escuchado a las partes, ni la parte demandada puede contestar antes de que haya presentado sus pretensiones la parte demandante. Nadie puede votar una ley que no ha sido presentada en la Cámara, ni convocada su discusión por la Mesa. Ha de respetarse por tanto el orden del procedimiento, y no alterar los actos que pertenecen a cada momento de esa secuencia ordenada. Pero «ordenada» significa también que los procedimientos pretenden tener una suerte de lógica interna o razones subyacentes que generalmente les vienen dadas por el objetivo o resultado que se pretende con esos procedimientos. Esos actos institucionales están «ordenados» a un fin. Ello no quiere decir que los procedimientos sean necesariamente racionales o lógicos en algún sentido actual de estas palabras. A lo largo de la historia del derecho podemos encontrar procedimientos, principios y resultados pensados por las «razones» más disparatadas: desde los llamados juicios de Dios para declarar a alguien culpable o inocente (por ejemplo, soportar algún tiempo la mano sumergida en agua hirviendo), hasta los procedimientos de augurio para tomar una decisión política o militar (por ejemplo, «leer» el futuro en los intestinos de un animal). Las razones internas de la ordenación de la secuencia de actos pueden ser de cualquier naturaleza, pero la secuencia está ordenada a un resultado. Lo decisivo es que el procedimiento se define mediante los pasos temporales que se dan a esa ordenación y las razones que se aducen para darlos.

Resumamos brevemente los tres puntos anteriores. Las normas-A, que definen y constituyen autoridades, más las normas-C, que les confieren sus competencias, más las normas-P, que diseñan los procedimientos para ejercerlas, son ingredientes característicos de los derechos modernos que posibilitan, entre otras cosas, que el orden jurídico pueda estar siempre en movimiento adaptándose a los desafíos de la realidad social, y, en particular, y por lo que aquí nos interesa, que el orden jurídico tenga previstos mecanismos normativos que hagan posible su propia creación y derogación.

4. Instrumentos normativos y normas jurídicas

Un último ingrediente queda por analizar, y es seguramente el más importante para nuestro propósito, que no es otro que encontrar una noción satisfactoria de «ley». Se trata de examinar eso que hemos llamado «resultado» del procedimiento. Si todos los momentos anteriores posibilitan que el derecho regule su propia creación, eso quiere decir que el resultado de que las «autoridades» actúen en el marco de sus «competencias» y según los «procedimientos» establecidos es la generación, la creación de «normas jurídicas». Lo que todo ese mecanismo normativo en funcionamiento produce son normas jurídicas. Este es el resultado o la meta que busca el procedimiento. Y aquí hemos de enfrentarnos con otra distinción muy sutil, pero muy importante. Es la distinción entre «instrumento normativo» y «norma jurídica».

Llamaremos «instrumento normativo» a algo que puede ser también designado con expresiones parecidas, tales como «dispositivo normativo», «vehículo normativo», «portador normativo», «soporte normativo» o, para utilizar la vieja y gastada metáfora «fuente de normas jurídicas», «fuente de derecho». Con esa o esas expresiones se trata de hacer referencia al soporte o instrumento mediante el que se ponen en vigor las normas jurídicas, el dispositivo normativo mediante el que se dictan y promulgan las normas jurídicas. En ciertas ocasiones, ese instrumento (o dispositivo, o vehículo o portador o soporte, etc.) es la conclusión de un procedimiento determinado, el procedimiento que llamamos legislativo, y su resultado como

instrumento normativo es lo que llamamos «ley». Quisiera llamar la atención sobre el hecho de que, a pesar de los frecuentes equívocos del lenguaje común de los juristas, la ley no es –como se pretende tantas veces– una «norma», sino un modo de creación de normas, el vehículo mediante el que se ponen en vigor las normas, el soporte en el que se «engastan». Una norma, la misma norma, puede ser vehiculada, aparecer, ser puesta en vigor, por diferentes instrumentos normativos (la Constitución, una ley, un decreto, un precedente judicial, etc.)⁵. Y por eso hay siempre que tener en mente esta sutil distinción: una cosa es el instrumento normativo al que se incorporan las normas y otra las normas mismas incorporadas. Las normas de procedimiento que se contienen en la Constitución española incluyen la elaboración, con distintos requisitos de procedimiento, de Decretos-ley, leyes orgánicas, leyes ordinarias, delegaciones legislativas, leyes de bases, etc. Esto ha sumido a la doctrina en un gran estupor, porque no se sabe muy bien que concepto de ley propone nuestra Constitución, pero vistas las cosas a partir de esa distinción sutil, creo que no hay motivo para tanta alarma.

Se trata solamente de ciertos instrumentos que son el producto de ciertos órganos competentes (normas-A + normas-C) y de unos actos especiales que se disponen para un determinado procedimiento, el procedimiento legislativo (normas-P). Esos instrumentos no son las normas jurídicas sino los vehículos o portadores mediante los que se ponen en vigor las normas jurídicas incorporadas a cada uno de ellos. Y en su caso, también los vehículos para privar de vigor, derogar las normas jurídicas. Quizás la distinción se ve con más claridad si nos fijamos en lo que sucede cuando el procedimiento da como resultado una derogación. Si abrimos, por ejemplo, el Código Civil español, podemos ver que, al llegar al artículo 836 no encontramos allí ninguna norma: ese artículo está vacío, y se nos dice lacónicamente: «Derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo». Lo que ha sucedido es que la norma jurídica que estaba en ese artículo ha sido extraída del instrumento legal que la contenía –se la ha hecho descender, por así decirlo, del vehículo en el que viajaba y que la había puesto en vigor– y no ha sido sustituida por otra. El instrumento normativo sigue ahí (es el código, la ley), pero se ha retirado una de las normas que ese instrumento o portador normativo puso en vigor. Lo que llamo instrumento normativo, pues, no es la norma sino el medio, el vehículo, el instrumento o el soporte en el que las normas se ponen en vigor. Es una herramienta que crea el orden jurídico para generar las normas válidas del sistema y derogar las normas superfluas. Esa es la distinción que me interesaba subrayar: la distinción entre la forma de los instrumentos normativos y las normas jurídicas eventualmente contenidas en ellos.

En todos nuestros ordenamientos jurídicos se da la presencia de una variada panoplia de esos instrumentos o vehículos normativos. A cada uno de ellos se le da un nombre especial, un *nomen iuris*, para diferenciarlo de los demás. Sin ánimo alguno de ser exhaustivo, una tipología conocida de esos instrumentos con sus nombres pudiera ser esta: «constitución», «enmienda constitucional», «ley» (de muy diferentes tipos y ámbitos de competencia), «tratado internacional» (también con variadas manifestaciones), «reglamento» (también con tipos muy diferentes: decretos, órdenes, etc.), «sentencias judiciales» (u otras disposiciones de jueces y tribunales), precedentes, etc.⁶ En los Estados federales o compuestos tendríamos

⁵ El artículo 1.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, llamada Ley de Gobierno, dice así: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». El lector comprobará que es una reproducción exacta del artículo 97 de la Constitución. Lo que muestra que la misma norma puede figurar en dos instrumentos normativos diferentes. Esto, se ha dicho con frecuencia, es producto de una mala técnica legislativa, pero en el presente caso nos ayuda a establecer esa distinción.

⁶ La «costumbre» que suele ser incluida entre las fuentes del derecho, no es más que un conjunto de hechos sociales cuya reiteración debe ser probada, más la sentencia judicial que acepta su prueba y

que añadir a ellos los ejemplos correlativos que se producen en el ámbito de cada Estado o región de la federación, que suelen estar convenientemente identificados y nombrados.

Es importante hacer notar que los diferentes instrumentos, vehículos o soportes normativos aludidos con esos nombres se hallan ordenados y clasificados de acuerdo con ciertos criterios. Ya se ha mencionado el criterio de competencia, de acuerdo con el cual cada autoridad tiene competencia para usar unos u otros, pero quizás el más conocido sea el criterio de jerarquía de las autoridades, que se transmite al criterio de jerarquía o rango de los instrumentos normativos que las autoridades tienen competencia para poner en marcha. Los ordenamientos jurídicos suelen ordenar sus autoridades normativas con un criterio jerárquico, de superior a inferior, y en correspondencia con ello los actos de poder que realizan esas autoridades, expresados en esos instrumentos, aparecen correlativamente jerarquizados por rango. De esta forma la autoridad de mayor jerarquía se corresponde con el instrumento normativo de mayor rango, y este solo puede ser usado por la autoridad de mayor jerarquía. Las normas que se ponen en vigor por las autoridades superiores en jerarquía mediante los instrumentos superiores son así las normas de mayor rango jerárquico, y suele decirse que las normas que aparecen en instrumentos normativos inferiores no pueden contradecirlas, modificarlas o derogarlas (o lo que es lo mismo, las autoridades de inferior jerarquía no pueden poner en vigor normas contrarias a ellas). Todo el orden jurídico se presenta así idealmente con la forma de una pirámide, de una construcción en gradas (*Stufenbau*, en la terminología alemana), en cuya cúspide o grado superior se halla la autoridad más alta y el instrumento normativo de mayor rango (que llamamos «Constitución»), y en cuyas bases o grados inferiores se encuentran las autoridades subordinadas y los instrumentos normativos de menor rango.

4.1. Algunos usos comunes del lenguaje jurídico

Naturalmente, cada ordenamiento jurídico hace las cosas a su manera, dependiendo de rasgos históricos o sociales de su entorno e influencias de muy diferente naturaleza. No hay un modelo fijo por el que podamos guiarnos con confianza, y por ello es difícil generalizar sobre los *nomina iuris* o la situación en la estructura en grados de los diferentes instrumentos normativos. Es necesario por ello acudir a cada ordenamiento para poder afirmar sobre bases seguras, pero se dan sin embargo algunas tradiciones verbales, por así llamarlas, comúnmente aceptadas nominal o realmente. He aquí algunas de ellas:

a. La autoridad suprema (o soberano), que suele atribuirse al «pueblo» actúa mediante el instrumento normativo de más alto rango, que llamamos usualmente «constitución» o «ley fundamental», que contiene las normas básicas mediante las que usualmente se establecen los poderes jurídico-políticos de la comunidad y la posición del ciudadano ante el derecho.

b. Los órganos representativos de la sociedad reunidos en asambleas o congresos (usualmente producto de elecciones libres), comúnmente llamados «Parlamentos», son la autoridad que suele ejercer el llamado «poder legislativo» precisamente porque su competencia más característica consiste en acudir al tipo de

aplica las norma que aquella vehicula. Otra cosa son los principios generales, que son simplemente, abstracciones normativas obtenidas a partir de normas jurídicas en vigor, o normas muy abiertas, que tienen una función inspiradora o «informadora» del ordenamiento, y que no afectan a lo aquí expuesto.

instrumento normativo que llamamos «ley», el instrumento que vehicula las normas jurídicas «legales».

c. Los órganos administrativos que conforman lo que llamamos «Gobierno» o «Administración» (extraordinariamente variados y diferenciados en los tiempos presentes) ejercen el llamado «poder ejecutivo», y usan el tipo de instrumento normativo que llamamos «reglamento», también con muchos subtipos.

d. Los órganos judiciales (unipersonales o colegiados), integrados por jueces, ejercen el llamado «poder judicial», y son los encargados de vehicular sus normas mediante el instrumento normativo que llamamos «sentencias» o «fallos», o «jurisprudencia», y en algunos casos «precedente judicial».

Prefiero que el lector se sienta un poco irritado al tener que leer cosas tan sabidas y simplificadas, que correr el riesgo de proponer apodícticamente definiciones que en la realidad tienen demasiados matices o excepciones. O conclusiones un poco tautológicas, como que las leyes emanan del poder legislativo, o que los jueces tienen la potestad de juzgar. Por eso digo solamente que se trata de usos comunes del lenguaje que suelen ser aceptados por los juristas académicos y profesionales, aunque, como vimos, lo cierto es que casi todas ellas han sido traicionadas por la realidad histórica o han sido modificadas y adaptadas a circunstancias propias de algún orden jurídico. Todos estos matices y excepciones debemos tener en cuenta a la hora de definir la palabra «ley» en contextos jurídicos, es decir, a la hora de tratar de dar una descripción fiel de lo que se llama «ley» en el seno de los órdenes jurídicos actuales. Porque los rasgos que pueden aparecer en el *definiens* de ese término no son estables ni fijos, y dependen de forma decisiva del sistema de derecho al que nos refiramos.

Con todas estas precauciones, podemos definir la «ley» de este modo deliberadamente descriptivo:

La «ley» es un instrumento normativo creado deliberadamente por los órganos representativos electivos superiores de una comunidad (Parlamentos o Asambleas), subordinado a la «constitución» y superior en rango a los reglamentos del Gobierno y la Administración ejecutiva, que pone en vigor (o deroga) normas jurídicas generales sobre organización de los poderes y aspectos de la vida individual y social de la comunidad considerados relevantes por la cultura vigente.

El lector puede comprobar si esta amplia definición de ley cuadra a las diferentes especies de leyes que habitan en su ordenamiento: leyes orgánicas, leyes de bases, leyes ordinarias, leyes federales, leyes delegadas, etc.; y puede también detectar las posibles excepciones a la definición que encuentre en él, sea porque las relaciones de jerarquía entre las leyes sean más complejas, sea porque se den leyes que no ponen en vigor normas generales, sea porque se ocupen de temas triviales o irrelevantes. Todas estas cosas pueden suceder en cualquier país y en cualquiera de los derechos actuales, y a juzgar por la literatura hoy tan abundante sobre la llamada «crisis de la ley», suceden cada vez con más frecuencia. No obstante, esa definición de ley puede representar bien el arquetipo de lo que se piensa todavía como modelo de lo que es una ley. Y pretende ser, como digo, una definición descriptiva, es decir, pretende dar cuenta de un ingrediente del derecho tal y como es, y no tal y como debe ser.

5. La forma de las leyes

Convendrá ahora introducirnos unos pasos en algunos aspectos exteriores o formales que tienen esos instrumentos normativos que llamamos leyes. Aunque no hay una pauta general que pueda servirnos como modelo siempre, pues los distintos ordenamientos jurídicos adoptan solemnidades, formas y divisiones propias para sus leyes, creo sin embargo que puede darse una idea general de la forma de las leyes⁷. En todo caso, el lector podrá acudir con facilidad a aquellas colecciones que en su respectivo país estén encargadas de la publicación de las disposiciones jurídicas para cerciorarse de sus particularidades.

Las leyes, que suelen ser publicadas en un medio de difusión, boletín o gaceta de naturaleza pública, suelen comenzar con una fórmula en la que se anuncia la aprobación de la ley por el órgano legislativo competente y se promulga y manda cumplir por la autoridad que corresponda (Rey, Jefe de Estado, Presidente de la República, etc.). A continuación, se menciona el tipo de ley, la fecha, número, y nombre (por ejemplo, «Ley orgánica 7/2002, de 24 de febrero, de propiedad industrial»).

El texto de la ley suele iniciarse con una parte expositiva previa, preámbulo o exposición de motivos en la que se desgranar los objetivos, fines o metas que desea alcanzar la ley mediante la puesta en vigor del conjunto de normas que vehicula. Generalmente, a este preámbulo no se le reconoce fuerza normativa, aunque puede rendir importantes servicios como orientación para la interpretación de las normas en sentido estricto.

En algunos países existe el uso, de buena técnica legislativa, de proceder inmediatamente a dar una definición precisa de los conceptos básicos que van a usar las normas que integran la ley. En Estados Unidos, por ejemplo, este es un extremo cumplido muy minuciosamente, que permite establecer con mayor claridad el alcance de los preceptos que van a continuación. Sería deseable que se generalizara en la práctica legislativa.

La parte dispositiva de la ley es aquella que acoge las normas jurídicas que la ley pone en vigor. Suele estar dividida de formas muy variadas, en función de las tradiciones de cada país y también de la extensión y objeto de la ley. Pueden encontrarse leyes que ponen en vigor una gran cantidad de normas jurídicas, que tratan de ocuparse de todo un sector de la vida económica, jurídica o social (las relaciones familiares, por ejemplo, o los procedimientos penales) y deben por ello acometer una organización minuciosa de los preceptos, organizándolos en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos. Pero también pueden encontrarse leyes cuyo contenido sea un único artículo. No debemos suponer, en ninguno de los dos casos, que el artículo, pensado como unidad mínima de división (aunque pueda estar subdividido en epígrafes o párrafos numerados), contiene siempre «una» norma jurídica. Hay muchas discusiones sobre cómo podemos delimitar lo que es «una» norma jurídica, pero las divisiones o subdivisiones de la ley no son un criterio aceptable para ello. Un artículo puede, en efecto, ser portador de una norma, pero es muy usual que para identificar una norma debamos poner en juego varios enunciados del articulado de la ley, o varios enunciados de leyes diferentes.

⁷ En muchos países existen libros o manuales en los que se examinan los criterios formales de la técnica de legislar. Por ejemplo, y para España, García-Escudero Márquez (2011).

Por último, las leyes suelen tener una parte final compuesta usualmente por disposiciones adicionales (cuyas normas suelen ocuparse de regímenes especiales distintos a los regulados en el cuerpo de la ley), disposiciones transitorias (que se ocupan de la regulación de las situaciones temporales afectadas por la promulgación de la ley), disposiciones derogatorias (que mencionan genérica o específicamente las normas que deroga la nueva ley), y disposiciones finales (que suelen incluir, de forma muy clara, el tiempo de la entrada en vigor de la ley y, en su caso, la finalización de su vigencia).

Bibliografía

- Brunner, O., Conze, W., y Koselleck, R. (1975). *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Vol. 2). Klett-Cotta Verlag.
- Carré de Malberg, R. (1922). *Contribution à la Théorie général de l'Etat*. Sirey.
- García-Escudero Márquez, P. (2011). *Manual de Técnica Legislativa*. Civitas. Thomson Reuters.
- Jenofonte. (1993). *Recuerdos de Sócrates. Económico. Banquete. Apología de Sócrates*. Gredos.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2ª ed.). Verlag Franz Deuticke.

Bibliografía recomendada

- Bentham, J. (2000). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Cabo Martín, C. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Editorial Trotta.
- Díez Ripollés, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta.
- Duxbury, N. (2013). *Elements of Legislation*. Cambridge University Press.
- Garner, B.A. (1991). *The Elements of Legal Style*. Oxford University Press.
- Garrorena Morales, A. (1980). *El lugar de la ley en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gretel. (1989). *Curso de técnica legislativa*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Myers, D. & Page, A. C. (1982). *Legislation*. Sweet and Maxwell.
- Vandelli, L. (2007). *Trastornos de las instituciones políticas*. Editorial Trotta.
- Wintgens, L. (2002). *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*. Hart Publishing.
- Zander, M. (2004). *The Law-Making Process*. (6ª ed.). Cambridge University Press.
- Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Thomson Aranzadi.