

## **NORMA Y ORDENAMIENTO JURIDICO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA**

**Francesc de Carreras**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Barcelona

El concepto de norma y de ordenamiento jurídico y sus diversas acepciones en la ciencia del Derecho de nuestros días es, sin duda, un tema vasto, complejo y, casi diría, inabarcable. Su exposición, completa y amplia, exigiría un trabajo de investigación realizado desde las distintas ramas jurídicas y, posiblemente, la colaboración de distintos especialistas que aportaran cada uno su punto de vista particular, necesario para llegar a las categorías generales. No es éste, obviamente, nuestro objetivo en este trabajo que quiere limitarse, simplemente, a trazar unas líneas generales orientativas de ambos conceptos en nuestro concreto marco constitucional.

Sin embargo, para llegar a este concepto constitucionalizado de norma y ordenamiento hay que partir de un concepto teórico general que acote aquello que queremos encontrar en los textos positivos. Por consiguiente, sin pretensiones teóricas sino sólo con la finalidad funcional de concretizar su concepto en nuestra Constitución haremos, primero, unas precisiones de teoría jurídica que sin más pretensiones nos permitan saber de donde partimos y qué decimos cuando decimos norma jurídica y ordenamiento jurídico.

Todo ello partiendo del convencimiento que, por lo menos desde Savigny, es casi un tópico recurrente en la ciencia del Derecho: que los conceptos de norma y ordenamiento son indeslindables, es decir, que las normas sólo pueden ser comprendidas en su significado completo si las interpretamos en el entorno que nos suministra el ordenamiento.

Por tanto, hechas estas advertencias preliminares, trataremos de separar, a los meros efectos de claridad expositiva, aquello que hemos dicho que era indeslindable —norma y ordenamiento— y, desde una previa conceptualización teórica, trazaremos las líneas principales de lo que debe ser su examen positivo desde —y en— el marco constitucional.

## I. LAS NORMAS JURIDICAS

### 1. La norma jurídica desde la perspectiva de la teoría jurídica: los tipos de normas

Con el carácter que hemos advertido podemos partir de que una norma jurídica es una *proposición prescriptiva reconocida como tal por un poder público*. En lingüística, proposición es un conjunto de palabras dotado de significado y suele distinguirse entre tres tipos de proposiciones: las descriptivas (que suministran información, datos, características objetivas de una determinada realidad), las valorativas (que expresan juicios de valor: bueno, malo, bello, feo) y las prescriptivas (aquellas que intentan influir en el comportamiento de otro). El sistema jurídico está formado por proposiciones de este último género.

Quien formuló de manera más clara esta posición fue Kelsen<sup>1</sup> al contraponer el tipo de formulación de las normas jurídicas al tipo de formulación de las leyes científicas distinguiendo entre principio de imputación y principio de causalidad. En efecto, este último, propio de las leyes científicas, responde al género de proposición descriptiva y puede formularse así: si A es B. Por el contrario, la norma en sentido jurídico responde al género de proposición prescriptiva y se explica mediante el principio de imputación que se formula diciendo: si A *debe ser* B. Esta formulación kelseniana, que tiene sus raíces en Kant, ha sido fundamental en la configuración de la dogmática jurídica como ciencia del Derecho.

Elemento fundamental para determinar el carácter jurídico de las normas es que éstas sean reconocidas, como tales normas, por un poder público, es decir, por un poder dotado de *fuerza coactiva legítima*. Este amparo coactivo pero legítimo las diferencia, como es sabido, de las normas éticas, que se fundamentan en códigos de conducta personal legitimados por criterios morales o religiosos, y de las normas que son expresión de la fuerza no legitimada, es decir, de la pura violencia. Este elemento coactivo legítimo determina la estructura proposicional de las normas jurídicas que en la versión liberal clásica era la de precepto/sanción y actualmente suele formularse como supuesto de hecho/consecuencia de hecho.

Por otro lado, no es necesario que las proposiciones prescriptivas que forman el contenido de las normas emanen de un poder público sino que basta, simplemente, que el poder público les reconozca carácter normativo. No hay duda que la mayoría de las normas actuales son producidas —elaboradas y aprobadas— por poderes públicos, sin embargo, no siempre ello ha sido así y, sin ir más lejos, antes del siglo XIX la mayoría de normas eran costumbres formadas por un uso repetitivo de determinados actos de los particulares y, en la actualidad, existen normas jurídicas elaboradas por

<sup>1</sup> No puede ocultarse que tal concepción está en la línea de la revisión que, en base a la lingüística y la filosofía analítica, Bobbio y sus discípulos han realizado de la obra de Kelsen. Véase, en especial, N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*. Debate, Madrid, 1991. También el libro de A. RUIZ MIGUEL, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, CEC, Madrid, 1983, pp. 220 y sig. y el de G. LUMIA, *Principios de teoría e ideología del Derecho*. Debate, Madrid, 1978, pág. 27 y sig.

privados —negocios jurídicos— cuya fuerza normativa, en algunos casos, se extiende incluso más allá de las partes —por ejemplo, convenios colectivos—.

Dicho esto hay que hacer ciertas matizaciones respecto al *carácter imperativo* de las normas jurídicas en la actualidad. En efecto, en el Estado de Derecho garantista que era propio de la época liberal, la mayoría de normas estaban estructuradas en base al binomio precepto/sanción, ya que iban dirigidas a regular las relaciones entre individuos —normas civiles, mercantiles— o entre ciudadano y Estado —normas penales, procesales—. No es éste, sin embargo, el caso del sistema jurídico actual. Hoy en día, en una sociedad industrial como la nuestra, puede predicarse del Derecho su función general imperativa pero no todas sus normas tienen este carácter. Es evidente que el grueso principal de las normas que componen nuestro sistema jurídico suelen ser obligaciones, prohibiciones y permisos, es decir, normas típicamente imperativas. Sin embargo, hoy en día el Derecho no atiende sólo, ni principalmente, a la regulación de las relaciones entre individuos —lo cual permitiría que las normas se circunscribieran a estos tres tipos típicamente imperativos— sino a la regulación de las relaciones entre grupos —el principal de los cuales es el Estado entendido como conjunto de poderes públicos— lo cual exige otro tipo de normas. Ello implica, a su vez, que existan, además de las normas imperativas, las normas *instrumentales*, necesarias para que el sistema jurídico en su conjunto —ése si— tenga una función imperativa. Entre estas normas instrumentales podemos enumerar las de carácter organizativo, competencial, declarativo, interpretativo, supletorio, etc.

A partir de este concepto, existen en el ordenamiento tres grandes tipos normativos caracterizados por los rasgos siguientes:

- a) *La norma escrita y la costumbre*. Se trata, en principio y con las matizaciones que luego se harán, de normas de carácter general —es decir, dirigidas a una pluralidad de destinatarios— y abstracto —que regulan una pluralidad de conductas y relaciones.
- b) *La sentencia y el acto administrativo*. Tienen como factor común su carácter no general —es decir, tienen destinatarios concretos y acotados— y en este sentido podemos hablar de normas individuales. No obstante, sentencias y actos administrativos son distintos en todo lo demás. La sentencia es una norma dictada por un órgano jurisdiccional que tiene por objeto, en cumplimiento y en el marco de una norma general, dirimir un conflicto entre ciudadanos —jurisdiccional civil y laboral— o entre Estado y ciudadanos —jurisdiccional penal y contencioso-administrativa—. El acto administrativo es la resolución individual realizada por un órgano público en el ejercicio de facultades administrativas.
- c) *Los negocios jurídicos*. Son regulaciones autónomas de las relaciones entre particulares realizadas en el marco de las normas generales. Sus efectos normativos se extienden sólo a las partes de esta relación jurídica. El prototipo de negocio jurídico es el contrato.

A esta división tripartita debemos hacer las siguientes consideraciones. Primera, que como es obvio se trata de configurar tres tipos ideales —lógicamente simplificados— a los cuales haremos más adelante diversas matizaciones y precisiones. Tal simplificación responde al objetivo que se pretende; hacer un planteamiento que agote todas las posibles normas jurídicas existentes.

En segundo lugar, es evidente que actualmente existe una norma de tipo principal, la norma escrita, y otras, por distintas razones, subordinadas: la costumbre, las sentencias, los actos administrativos y los negocios jurídicos que existen en virtud de aquella. Está justificado, por tanto, que, en el lenguaje común, se hable de normas propiamente dichas aludiendo únicamente a las escritas.

En tercer lugar, hay que hacer una consideración especial de los principios generales del derecho para justificar su no configuración como norma jurídica<sup>2</sup>. Las razones para llegar a esta conclusión son de dos órdenes. Primera, si los principios generales están escritos —como sucede a menudo— ya son normas jurídicas escritas, aunque sean —como es lo más frecuente— normas de un alto grado de abstracción. Segunda, en caso de que no estén escritos, deben ser deducibles de otra normas y no contradictorios con la Constitución, ya que en un Estado democrático como es el nuestro, toda norma jurídica debe tener su origen en órganos legitimados constitucionalmente. Por tanto, su fundamento debe estar en otra norma y, en consecuencia, no se trata de una norma nueva sino en realidad de un elemento tópico procedente de la interpretación de otra norma que habitualmente se hace servir de elemento argumentativo en alguna fase del razonamiento jurídico.

De estas consideraciones hay que extraer una importante conclusión: las normas escritas son, hoy en día, el prototipo de norma jurídica. Los otros tipos normativos, por una u otra razón, tienen una importancia mucho menor a excepción, como veremos, de las sentencias judiciales.

## 2. La norma jurídica desde la perspectiva de las transformaciones históricas

El análisis histórico de los dos últimos siglos nos confirma las conclusiones a que hemos llegado en el epígrafe anterior. Dividiremos nuestra exposición en dos grandes períodos, a modo de tipos ideales, que nos parecen clarificadores a efectos expositivos: el Estado liberal y el Estado social.

<sup>2</sup> No obstante, el Código Civil los considera fuente del ordenamiento (1.1 CE) y establece que «se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

A) *Las normas jurídicas en el Estado liberal de derecho.*

1. Si observamos la evolución europea occidental podemos concluir que la *norma escrita* se impone claramente sobre la *costumbre*. Cuestión distinta es Gran Bretaña donde la costumbre sigue teniendo un peso indudable aunque sea la costumbre reconocida e interpretada por los jueces (*Common Law*). Ello nos pone de relieve la importancia de la *jurisprudencia* en los países anglosajones, contrariamente a la situación en Europa continental que, por influencia de Francia, del racionalismo, la codificación y de su principal tendencia jurídica —la escuela de la exégesis, basada en la desconfianza respecto a los jueces—, las sentencias no tendrán mayor eficacia que los efectos respecto a las partes y, en todo caso, los jueces, siguiendo a Montesquieu, serán considerados hasta la segunda mitad del XIX, simplemente como la boca que pronuncia las palabras de la ley. Por tanto, las normas escritas —y entre ellas la ley parlamentaria, especialmente los grandes códigos— pasan a ser el núcleo central del sistema normativo.

2. Esta *norma escrita* tiene las siguientes características:

- a) Es concebida como una norma *general y abstracta* en correspondencia con el principio de igualdad ante la ley ya presente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Carl Schmitt lo reflejará con gran precisión: «la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley propia del Estado de Derecho, es decir, ley es sólo lo que contiene en sí misma la posibilidad de una igualdad, siendo así una norma general. Ante un mandato particular, no hay igualdad ninguna porque está determinado en su contenido por la situación individual del caso concreto (...)»<sup>3</sup>.
- b) Las *Leyes formales*, procedentes del parlamento, exigirán obviamente, un órgano encargado de aplicarlas en casos concretos. De ahí surgirá un poder ejecutivo del que emanarán *reglamentos y actos administrativos* que deberán ser conformes a la ley en virtud del principio de legalidad. Así describe este momento histórico García de Enterría: «Las funciones políticas (del Estado Liberal) son reducibles a este esquema elemental: leyes generales y actos particulares en aplicación de las mismas. La gran concepción del principio de legalidad en el Derecho Público, que exige una ley previa que preceda, autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares, tiene aquí su exacto punto de partida»<sup>4</sup>. Kant lo formulará desde el punto de vista de la lógica. Los tres poderes se corresponden con las tres proposiciones de un razonamiento: la mayor, la ley; la menor, la subsunción bajo la ley (ejecutivo dictando reglamentos), y la conclusión, la *sentencia*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 162.

<sup>4</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1981, p. 17.

<sup>5</sup> A. GALLEGU ANABITARTE, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, p. 126.

- c) Tiende a imponerse el *carácter formal* de ley: es ley todo mandato general emanado del Parlamento. Sólo existe un órgano legislativo y, en consecuencia, todas las leyes emanadas de la voluntad popular, donde reside la soberanía, tienen *el mismo rango y el mismo valor*, incluida la Constitución. En definitiva, la gran distinción —la única entre normas escritas— está entre ley y reglamento, cuyas relaciones formales se rigen por el *principio de jerarquía*. A su vez, el conflicto entre normas del mismo rango se soluciona aplicando el *principio de temporalidad*. Nos encontramos, por tanto, ante un sistema normativo simple y de fácil manejo en el que juegan dos tipos de normas, de distinto rango, definidas por su carácter formal: la ley y el reglamento.
- d) La ley, como acto que emana de la soberanía del Parlamento, está dotada de aquella característica que la Constitución francesa de 1791 llamaba *fuerza de ley*. Este término ha tenido muy diversas acepciones. Desde un punto de vista general significa que los mandatos de la ley son *vinculantes* para todos los sujetos jurídicos, sean ciudadanos, sean poderes públicos (ejecutivos y judiciales). Políticamente deriva de la superioridad del Parlamento —órgano dotado de soberanía sobre los demás poderes—. Desde el punto de vista de la relación normativa la fuerza de ley se traduce en dos reglas. Primera: toda ley *puede modificarse o derogarse únicamente mediante otra ley formal* y, en ningún caso, mediante otro acto de cualquier órgano del Estado. Ello confiere a la ley una fuerza activa —puede modificar cualquier otra norma, incluso una ley de su mismo rango— y pasiva —resiste a cualquier norma posterior, excepto las de su mismo rango—. Segunda regla: toda ley tiene *capacidad innovativa* respecto a cualquier sector material que deba regularse por primera vez o que ya está regulado por otra ley o norma inferior.

En consecuencia, y resumiendo, en Europa, en la plenitud de la época liberal, 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, y que se consolidan después de 1945, modificarán sustancialmente el concepto liberal de ley.

3. Los *negocios jurídicos* y, en general, los contratos serán, en esta época, el tipo normativo más desarrollado y el gran bloque del derecho existente. En el fondo, el Derecho de la época consta, sobre todo, de normas de eficacia bilateral, que se generan a través de los contratos entre privados que ven respetada su autonomía, si bien los códigos civil y de comercio recogen ciertos límites provenientes, en gran parte, del derecho de los romanos y de las nuevas relaciones económicas que impone un capitalismo en expansión.

B) *Las normas jurídicas en el Estado Social de Derecho*

El estado Social de Derecho que se consolida después de la Segunda Guerra Mundial, y es, por tanto, el Estado occidental de nuestros días supone, fundamentalmente, un distinto *intervencionismo del Estado* en las relaciones sociales: nacionalizaciones, controles, legislación laboral, sanitaria, sobre enseñanza, sobre seguridad social, planificación económica, prestaciones sociales, normativas fiscal, etc. Este intervencionismo implica que se respetan los valores formales del Estado liberal —libertad, igualdad, seguridad— pero se les da un contenido material distinto. El Estado pasa de ser *garantizador de las libertades* —en la concepción clásica del Estado de Derecho liberal o formal— a *regulador* de las mismas, asumiendo una gran carga de nuevas funciones.

El carácter de esta nueva forma estatal tiene importantes repercusiones en la estructura normativa que pasamos a destacar.

1. En Europa continental se reafirma el predominio —ahora absoluto— de la norma escrita sobre la *costumbre*, aunque en Gran Bretaña el *common law* sigue ocupando una parte importante del sistema normativo. Sin embargo, lo más destacable —y cada vez más visible— es la creciente *convergencia* que se produce entre el derecho anglosajón y el continental: por un lado, los ingleses ven aumentar la importancia en su ordenamiento de las normas escritas (*statute law*) y, por otro, los continentales tienden a un derecho cada vez más *jurisprudencializado*. En el continente ello se hace evidente no sólo por la creciente importancia de la jurisprudencia ordinaria, que debe solucionar numerosos casos difíciles de un ordenamiento extremadamente complejo, sino también por el papel que juegan los tribunales constitucionales, el tribunal de la CEE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se da en la actualidad, por tanto, un papel cada vez más relevante para la labor de jueces y tribunales.

2. Respecto a la norma escrita, claramente predominante, el Estado Social de Derecho provoca profundas transformaciones.

- a) El Estado Social exige un *tipo de normas nuevas* en origen, en forma y en cantidad. En *origen* porque se incrementan desmesuradamente las normas dictadas por el Gobierno y la Administración, con rango reglamentario o con rango de ley (decretos leyes y decretos legislativos), e incluso porque aparecen formas normativas no estatales de carácter paccionado (convenios colectivos). En *forma*, porque el carácter de ley general, con el contenido proposicional clásico, es sustituido por leyes medida —concepto ideado por Schmitt y luego desarrollado por Forsthoff—, leyes planificadoras y, en definitiva, normas singulares que se adaptan más y mejor a determinadas necesidades del Estado Social intervencionista. Todo ello produce un *aumento global* del total de las normas positivas, especialmente aquellas que tienen su origen en el Gobierno y la

Administración. Desde el punto de vista organizativo e institucional estas transformaciones legales son reflejo del aumento del volumen de la Administración pública y de un estancamiento del volumen del Parlamento, con las consiguientes disfunciones ocasionadas por las necesidades fiscales crecientes, el descontrol de la burocracia y la crisis del papel de los Parlamentos.

- b) Profunda influencia en las transformaciones legales ha tenido el cambio de *estructura y función sufrido por la norma constitucional* que en Europa se ha transformado profundamente por la recepción del *judicial review* norteamericano y su presupuesto de la Constitución como *lex superior*, lo que determina la subsiguiente implantación de los tribunales Constitucionales. Toda esta transformación deriva de la sencilla frase contenida en la sentencia Marbury V. Madison del Tribunal Supremo americano presidido por el juez Marshall en 1803: «Una ley del legislativo ordinario que contradiga a la Constitución es nula». Este nuevo valor normativo de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico ha de complementarse con otro aspecto de las Constituciones contemporáneas: la enorme *ampliación de su campo material*, que llega a extenderse a sectores que afectan a todas las ramas del Derecho.
- c) Otro gran cambio que se produce en numerosos Estados contemporáneos occidentales es el que podríamos llamar *crisis del Estado nacional soberano clásico* o, en otras palabras, crisis del Estado unitario clásico. Es evidente que no todos los Estados occidentales estaban trazados con la matriz unitaria francesa pero, en todo caso, ella era dominante. En el siglo pasado, sólo Estados Unidos, Alemania y Suiza adoptaban formas federales o confederales. Hoy puede decirse que, por unas u otras razones, la excepción es la del Estado que no adopta —en lo interno o en lo externo— una u otra de estas formas y ello hace que el sistema normativo aumente considerablemente en complejidad. En efecto, la crisis de la soberanía estatal tiene un doble aspecto: interno y externo. Nos referimos al aspecto interno para indicar las diversas formas de lo que podríamos llamar familia federal o de *descentralización política*. Pero, además, el sistema, sobre todo en Europa, tiende a modificarse también en el aspecto externo por la constante ampliación de las *normas de derecho internacional* y la creación de *entes supraestatales*, de gradación diversa, que tienden a insertar los ordenamientos estatales en otros más amplios y superiores.

Como conclusiones generales respecto a la evolución y situación actual de las normas jurídicas escritas en el Estado Social podríamos resumir diciendo que han aumentado enormemente en cantidad y han perdido su carácter de generalidad, habiendo disminuido la ley del Parlamento su carácter preponderante cediendo terreno, por un lado, a la costumbre y a la jurisprudencia constitucional y, por otro, a las crecientes actividades legislativas del Gobierno y de la Administración; y, por último, que el

sistema normativo ha adquirido gran complejidad, además de por todo lo anterior, por el surgimiento de nuevos entes con capacidad legislativa debido al creciente número de Estados federales o políticamente descentralizados y a la integración de estos mismos Estados en organizaciones supraestatales productoras de derecho directamente aplicable y al aumento constante de tratados internacionales con eficacia jurídica interna.

3. El Estado Social ha tenido una gran repercusión en el derecho privado —que no podemos abordar aquí— y, en consecuencia, en los negocios jurídicos, especialmente en los contratos. A los efectos que nos interesan debemos destacar tres dimensiones de esta repercusión. Primera, el enorme *crecimiento de la actividad contractual* que ha dado lugar a profundas transformaciones de esta actividad hasta el punto de que los ciudadanos de una sociedad industrial estemos constantemente realizando contratos sin ser, ni siquiera, conscientes de ello; pensemos simplemente en la cantidad de compraventas habituales diarias que realiza el habitante de una gran ciudad desde que se levanta hasta que se acuesta: billete de metro, café en el bar, periódico, comidas, gasolina, etc. En efecto, los contratos en serie ocupan, en cuanto a cantidad, gran parte de la actividad contractual. En estos casos puede decirse que *la autonomía de las partes no sólo se ve reducida sino absolutamente anulada*: por ejemplo, el ciudadano, como es obvio, no puede discutir las condiciones que impone la compañía de metro al vender el billete. Por tanto, el contrato como norma elaborada por dos partes mediante acuerdo previo queda reducida a un cierto tipo de casos pero es inexistente en muchos otros. Otro aspecto de enorme interés para nosotros es la conversión en norma jurídica —con eficacia mucho más allá de las partes contratantes— de los *convenios colectivos* suscritos por sindicatos y patronales y a los que el ordenamiento reconoce fuerza normativa en su ramo o sector. Se trata en este caso de auténticas normas jurídicas de efectos generales originadas en la voluntad de asociaciones que no son, propiamente, poderes públicos pero a los que el ordenamiento les reconoce fuerza de ley. Nos encontramos, por tanto, ante un caso, de una nueva forma legal que escapa al carácter contractual.

## II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO

### 1. El ordenamiento como estructura

Pero hasta ahora hemos examinado la norma jurídica desde el punto de vista individual y ya hemos dicho al comenzar este artículo que la norma jurídica no podía ser bien comprendida si se la disociaba del ordenamiento jurídico. En efecto, el Derecho no existe, hoy en día, como una adición de normas jurídicas, sin un previo orden interno, sino como un conjunto de normas sometido a determinadas reglas de ordenación. Kelsen formulaba esta idea al comienzo mismo de su *Teoría General del Derecho y del Estado*:

«El Derecho es un orden de la conducta humana. Un «orden» es un conjunto de normas. El Derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un *conjunto de normas* que tienen el tipo de *unidad* a que nos referimos cuando hablamos de un *sistema*. Es imposible captar la naturaleza del Derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las *relaciones entre las normas* de un orden jurídico son también *esenciales a la naturaleza del Derecho*. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del Derecho»<sup>6</sup>.

Este texto, avalado por la indudable autoridad del maestro de la escuela de Viena, nos introduce perfectamente en el tema. Las ideas de conjunto, unidad, sistema y relaciones entre normas, son esenciales al concepto de ordenamiento jurídico y a la comprensión del Derecho. Sin embargo, no es ocioso, para dar una perspectiva general al objeto de nuestra investigación, hacer dos precisiones.

En primer lugar, más que la «naturaleza del Derecho» (término que es o excesivamente vago o claramente metafísico —y ya sabemos que Kelsen gustaba de lo contrario: de la precisión y la positividad—) lo que pretende establecer Kelsen —si vemos sus afirmaciones contemporalizadas en la totalidad de la obra de la cual se ha extraído— al tratar de comprender el Derecho a través del concepto de ordenamiento, es algo aparentemente muy simple y, sobre todo, muy práctico: saber cuál es el derecho válido, vigente y eficaz en un determinado tiempo y espacio. En definitiva se trata de responder a la primera pregunta que se formula todo jurista que pretende resolver cualquier caso: ¿cuál es el derecho aplicable? O más claramente: ¿dónde se encuentran las normas que me permitirán solucionar este caso? En segundo lugar, Kelsen no hace aparecer en la frase una distinción esencial: aquella que separa lo que son las relaciones entre normas de un mismo ordenamiento y lo que son las relaciones entre ordenamientos mismos. En un sistema como el nuestro, descentralizado internamente, por un lado, e integrado en un ente supraestatal, por otro, y en el que, por tanto, coexisten, en un mismo espacio, diversos ordenamientos, la distinción se convierte en fundamental. Es hacer justicia a Kelsen si decimos, además, que si bien en el párrafo transcrito tal distinción no aparece, numerosos elementos de su obra nos servirán para establecer reglas que nos permitan relacionar los distintos ordenamientos.

El término «ordenamiento jurídico» procede de la obra de Santi Romano<sup>7</sup> aunque el contenido que le daba el autor italiano era muy distinto al que nosotros le damos y que arranca, precisamente, de la obra de Kelsen

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 3. El subrayado es del autor de este artículo. Hay que hacer notar, además, que la versión castellana de García Máñez a esta obra publicada originalmente en Estados Unidos en 1944, y en idioma inglés, traduce «legal order» por ordenamiento jurídico.

<sup>7</sup> S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, estudio preliminar de S. MARTÍN RETORTILLO, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

—aunque éste utilizaba una terminología distinta— reinterpretada, sistematizada y divulgada por Bobbio y sus discípulos<sup>8</sup>. Esta concepción implica la reducción del ordenamiento a una *estructura*, es decir, a un conjunto de elementos dotados de una *lógica interna* que tiene como características principales las siguientes:

- a) Los elementos no son un agregado sino una *totalidad*: cada elemento se relaciona con los demás y es en esta *relación* que cobra su verdadero sentido.
- b) Si cambia un elemento que se considera «estructural» —es decir, vertebrador de la estructura— se producen *cambios* en la estructura misma. Por el contrario, las modificaciones «no estructurales» mantienen la *identidad* de la estructura pero permiten su *autorregulación* siempre que las relaciones entre los elementos estructurales sean los mismos.
- c) Las estructuras son sistemas *completos* en sí mismas, es decir, cerrados, aunque pueden estar englobados como subestructuras dentro de sistemas más amplios.

Partiendo de este concepto simple de estructura, y aplicándolo al campo jurídico, podemos llegar a la conclusión que un ordenamiento no es la suma de normas escritas, costumbres, sentencias, actos administrativos y contratos sin ningún orden ni coherencia interna sino el *conjunto de relaciones* que sitúa a cada uno de estos elementos en una determinada *posición dentro de la estructura* de manera que se posibiliten las *transformaciones* internas manteniendo la *identidad* estructural. En definitiva, se trata de encontrar las reglas que permitan la autorregulación de la estructura para que permanezca, como tal, inalterada, previendo, a su vez, las otras reglas que regulen los cambios.

Estas reglas obedecen a determinados principios los cuales solucionan a su vez los dos problemas antes mencionados: las relaciones entre normas —es decir, entre elementos de una misma estructura— y las relaciones entre ordenamientos —entre estructuras distintas relacionadas entre sí a través de una estructura global.

## 2. Las relaciones entre normas

Las relaciones entre normas se rigen por dos tipos de reglas: las de colisión entre normas y las de interpretación sistemática. Ambas se fundamentan en una característica esencial de todo ordenamiento jurídico, implícito en la noción misma de estructura: *el ordenamiento es coherente*, es decir, no pueden existir en él contradicciones. Las reglas que quieren evitar la colisión entre normas son aquellas cuya aplicación permite excluir por métodos formales determinadas normas del ordenamiento con el fin de

<sup>8</sup> Véase BOBBIO, *op. cit.*, pp. 189 y sig.

hacerlo coherente. Las de interpretación sistemática afectan, por el contrario, al contenido de la norma y permiten determinar su significado en relación con las demás normas y dentro también de la coherencia del conjunto.

Las *reglas de colisión entre normas* se fundamentan en tres principios:

- a) Principio de *temporalidad*: determina la vigencia de una norma. Su formulación clásica es «lex posterior derogat anterior»: la norma posterior modifica o extingue la norma anterior.
- b) Principio de *jerarquía*: expresa la superioridad de unas normas sobre otras, producto de la distinta posición del órgano del cual emanan: la Constitución es producida por el poder constituyente, las leyes por el parlamento y los reglamentos por el gobierno y la administración. La superioridad se expresa material y formalmente. Superioridad material significa que en caso de incompatibilidad de normas prevalece el contenido de la norma superior. Superioridad formal significa que debe ser la ley superior la que determine el órgano competente y el procedimiento para dictar la norma inferior. La caracterización de los distintos tipos normativos en la Constitución obedece a esta superioridad formal de la Constitución respecto al resto del ordenamiento jurídico.
- c) Principio de *competencia entre normas*: es el supuesto en el cual un mismo órgano debe regular materias diversas por procedimientos distintos.

Así como, según hemos expuesto, la vigencia de una norma se establece por la aplicación del principio de temporalidad, la validez de una norma se determina después de comprobar su conformidad con los principios de jerarquía y de competencia entre normas. Es decir, una norma es válida si además de no contradecir ninguna norma de superior rango, ha sido dictada por el órgano y según el procedimiento establecidos por la norma superior correspondiente.

Las *reglas de interpretación sistemática* se basan, fundamentalmente, en dos principios que dan lugar posteriormente a numerosos subprincipios:

- a) Principio de *unidad del ordenamiento*: es el presupuesto más importante del principio de coherencia basado en el dogma de que el legislador es una persona singular que no puede ser contradictoria consigo misma. Por tanto, entre varias interpretaciones del contenido de una norma se escogerá aquella que no es contraria a otras normas del ordenamiento lo cual presupone interpretar la norma dentro de su contexto ordinamental.
- b) Principio de *conformidad con la Constitución*: la superioridad material de la norma constitucional y el principio de conservación de las normas hacen que en caso de normas con varios significados posibles debe preferirse aquella que sea más conforme con la Constitución. En definitiva es una aplicación del principio anterior si

tenemos en cuenta que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico aunque está justificado destacarlo como un principio específico dada la función directiva preferente que el contenido de la Constitución ejerce en la interpretación del resto del ordenamiento, función directiva que está garantizada por la jurisdicción constitucional y reconocida en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### 3. Las relaciones entre ordenamientos

Reglas distintas son las que rigen las relaciones entre los distintos ordenamientos. Para ello hay que distinguir, en primer lugar, entre el *ordenamiento global* u ordenamiento propiamente dicho (compuesto por la totalidad de los *ordenamientos parciales* que operan en el territorio de un Estado) y los ordenamientos parciales (o subordenamientos). La diferencia fundamental es que en el primero la norma suprema (Constitución) no proviene de, ni pertenece a, ningún otro ordenamiento superior. Por el contrario, y en los ordenamientos parciales su norma suprema —Estatutos, tratados— pertenece a, y ha sido elaborada en, el ámbito de otros ordenamientos.

Las reglas básicas que regulan esta pluralidad de ordenamientos son las siguientes:

- a) El *principio de competencia entre ordenamientos* que será deducible de la conexión entre la Constitución (norma básica tanto del ordenamiento global como de los ordenamientos parciales) y las normas institucionales básicas de cada ordenamiento.
- b) El *principio de recepción*, mediante el cual se reconoce eficacia dentro de un ordenamiento a normas producidas en un ordenamiento distinto. Este principio explica el significado de las normas constitucionales que permiten la eficacia de los tratados internacionales en el derecho interno.
- c) El *principio de completud* responde a la idea de que todo ordenamiento —que, no lo olvidemos, es una estructura— es cerrado, es decir, contiene cláusulas normativas que permiten al operador jurídico aplicar, en cualquier supuesto, derecho objetivo. Para ello hace remisiones a normas de otros ordenamientos —regla de *supletoriedad*— a la vez que, inversamente, en otros casos sus normas *dejan de ser eficaces* desde el punto de vista de su aplicación, por razón de los principios de competencia o recepción, aunque sigan siendo dichas normas vigentes y válidas.

## III. LAS NORMAS JURIDICAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Estas nociones previas nos permiten ya concretar la posición de las normas jurídicas en el ordenamiento español. Sin embargo, tal concreción

debe ser forzosamente esquemática y, sin duda, provisional en muchos casos, ya que, recordando lo dicho al principio, la única pretensión del presente trabajo es trazar unas líneas generales que permitan replantear en su conjunto la posición de *todas* las normas dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país. Vayan, por tanto, en congruencia con lo expuesto anteriormente, unas provisionales e inacabadas hipótesis de trabajo realizadas desde la modestia pero con atrevimiento, convencido, no obstante, de su necesaria revisión y profundización.

Siguiendo las líneas trazadas anteriormente la posición y el carácter de los elementos normativos en el ordenamiento español se ajustarían al siguiente esquema.

A) La *costumbre* tiene un carácter supletorio de la ley (norma escrita), reconocido en el propio Código Civil (art. 1.3 CC) —pero no por la Constitución— y, desde el punto de vista normativo —otra cosa es su influencia en la práctica jurídica— ejerce un papel claramente subordinado.

B) Por el contrario, es creciente la importancia normativa de la *jurisprudencia* judicial. No ofrece dudas, a partir del concepto de norma jurídica que hemos trazado, el considerar a las sentencias como normas jurídicas individualizadas y con eficacia respecto a las partes en litigio. Cuestión distinta, y mucho más problemática, es el valor normativo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que parece deducirse del artículo 169.2 CEC en el marco del artículo 14 CE en relación con el 24.1 CE.

Este es ciertamente un tema fundamental no definitivamente dilucidado que debería ser resuelto con urgencia para el correcto funcionamiento de nuestro sistema jurídico. Dada su complejidad, que exigiría un detenido tratamiento, no entraremos, pues, en él<sup>9</sup>. Sólo añadir que, en un estudio de este tipo debería tenerse en cuenta el valor normativo en nuestro derecho interno de las sentencias del Tribunal de la CEE y del Tribunal Europeo de derechos humanos.

Menos dudas ofrece el carácter normativo de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad donde claramente ejercen la función de legislador negativo las sentencias estimativas.

Sin embargo, menor claridad encontramos en las sentencias desestimatorias interpretativas aunque el tema parece, en parte, solucionado a partir del artículo 5.1 de la LOPJ que establece la obligación de los jueces de interpretar «leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Este artículo 5 LOPJ hace referencia también a los demás procesos ante el Tribunal Constitucional (recursos de amparo y conflictos de competencia) cuyas sentencias tendrán, por un lado, este carácter normativo general en cuanto a la interpretación de la norma constitucional y, por otro, el específico de su resolución al caso concreto que plantea una problemática

<sup>9</sup> La posición más reciente es la de J. L. REQUEJO PAGES, «Juridicidad, precedente y jurisprudencia», *REDC*, n.º 29, 1990, con bibliografía escogida.

semejante al de la jurisprudencia ordinaria, es decir, serán normas individuales con eficacia respecto a las partes.

C) Dentro de las normas escritas encontramos tres grandes categorías: Constitución, ley y reglamento<sup>10</sup>.

Nuestra *Constitución* responde a los caracteres que hemos señalado anteriormente para las normas fundamentales en los sistemas de Estado Social y se sitúa en una posición y con unas características que, esencialmente, son las siguientes:

1.ª Se configura a sí misma como producto del poder constituyente y de ella todo el ordenamiento deriva su validez. Esta superlegalidad formal determina la vinculación de todos los poderes públicos y todos los ciudadanos a la Constitución. No es, pues, una norma de simple carácter programático sino que se integra en el ordenamiento jurídico, tiene una absoluta preeminencia en el mismo y establece el órgano que controla la constitucionalidad de las leyes.

2.ª Se configura también como la norma que reduce el ordenamiento jurídico a una unidad, no sólo por el carácter de las sentencias de Tribunal Constitucional sino también porque las normas de este ordenamiento deben interpretarse conforme a los principios y valores constitucionales. Ello cobra especial relevancia si tenemos en cuenta que el campo material de la Constitución, en consonancia con el enorme crecimiento de las actuaciones de los poderes públicos, regula sectores pertenecientes a todos los campos jurídicos-positivos: civil, penal, procesal, mercantil, administrativo, económico, financiero, laboral e internacional.

3.ª La Constitución no es un Código cerrado sino un sistema de derecho jurisprudencial, como pone de manifiesto el artículo 5 LOPJ, antes citado.

4.ª La Constitución es, muy primordialmente, la fuente de las fuentes del Derecho, es decir, determina cuáles son éstas, su valor y las principales relaciones que se dan entre ellas dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, es en el texto constitucional —y no en teorías políticas externas a la Constitución— donde hay que encontrar el concepto —características, límites y contenidos— de las distintas normas jurídicas.

De todo ello se deduce no sólo la posición superior de la Constitución respecto a todo el ordenamiento sino también que es en la Constitución donde debemos encontrar el *concepto formal de ley*. Efectivamente, la ley no es un tipo de norma definido por características anteriores a la Constitución y teorías políticas externas a ésta. Por el contrario, aunque no hay duda de que una determinada doctrina política explica la fundamentación democrática de la Constitución, los conceptos positivos —como es el concepto de ley que buscamos— han de ser extraídos de su mismo texto a través de los métodos jurídicos aceptados y no en base a teorías políticas externas. En otras

<sup>10</sup> Una justificación de lo dicho en F. DE CARRERAS, «La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 15 (monográfico), 1989, especialmente, pp. 312-318.

palabras: la teoría política de la democracia debe atender a justificar el poder constituyente, es decir, el poder creador de la Constitución. Una vez ésta ha sido elaborada y aprobada, los criterios políticos de justificación de la misma servirán para especulaciones *pro futuro*, que pueden tener incluso importancia en la fundamentación de teorías de la interpretación constitucional, pero la averiguación del significado de su texto debe ceñirse siempre a los ciertamente estrechos límites de los métodos propios del razonamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista, la posición jerárquica de la ley, lo que se denomina rango de ley es, posiblemente, el elemento que mejor refleja su naturaleza. Como decíamos en otro trabajo sobre este tema, «la categoría de ley deviene unitaria, precisamente, por esta posición jerárquica, de carácter puramente formal, igual para todas las leyes, sean del tipo que sean. Lo que singulariza a la ley, por tanto, es que el límite superior de su ámbito de regulación es el texto constitucional (y, en el caso de las leyes territoriales, el bloque de la constitucionalidad) y no puede ir más allá de éste, sin incurrir en vicio de nulidad. En consecuencia, hablando con propiedad, cuando nos referimos a las leyes aludimos a las normas con rango de ley(...)»<sup>11</sup>. Esta posición hace entrar en una misma categoría —unificada por el rango— no sólo a las leyes parlamentarias estatales y de las Comunidades Autónomas sino también a las normas con rango de ley emanadas del ejecutivo pero cuyo contenido —acotado en la Constitución— es controlado, en última instancia, por las Cortes Generales o, en su caso, por los parlamentos autonómicos. Así entrarían en el concepto positivo constitucional de ley, los decretos-leyes y decretos legislativos, caracterizados por su distinto procedimiento de elaboración y el específico acotamiento de su contenido material, pero cuya eficacia y posición jerárquica en el ordenamiento jurídico son idénticos a las leyes elaboradas exclusivamente en las Cortes Generales. Esta equiparación de ambos tipos de normas no resulta, además, contraria al principio de Estado democrático (art. 1.1 CE) ya que en una fase decisiva de su elaboración definitiva, tanto en el caso de los decretos-leyes como en el de los decretos legislativos, interviene, con facultad de control, el órgano que detenta la potestad legislativa por ser el más directamente vinculado al pueblo español, sujeto en el cual, según el artículo 1.2 CE, reside la soberanía.

Igualmente, el concepto de reglamento tiene también carácter formal aunque su naturaleza es muy distinta por estar sometido al principio de legalidad, más restrictivo al acotar la norma inferior que el de constitucionalidad, que rige las relaciones entre la Constitución y la ley. Asimismo, hay que señalar, en consonancia con el desarrollo de la intervención estatal en la sociedad, el enorme crecimiento de las normas reglamentarias.

D) El *principio de competencia entre normas* se ve reflejado en determinados procedimientos legislativos distintos al procedimiento ordinario.

<sup>11</sup> Véase F. DE CARRERAS, *op. cit.*, p. 317. Siendo el rango de ley el elemento unificador de la categoría ley, para la comprensión de su naturaleza, como decimos en el artículo citado, hay que tener en cuenta el origen subjetivo, el proceso de formación y la intensidad de la fuerza de ley.

Sin embargo, no toda variedad procedimental es producto de este principio. Así tenemos, además del procedimiento ordinario, dos grandes grupos de procedimientos legislativos.

1.ª Determinadas *materias* están reservadas a determinados *procedimientos*: es el caso de las leyes orgánicas (81 CE), la ley de Presupuestos (134 CE), los Estatutos de Autonomía (147.2 CEE), las llamadas «leyes del 150 CE», es decir, las leyes marco, de transferencia o delegación y de armonización. En estos casos, el procedimiento tiene una relevancia especial por cuanto, por un lado, las materias excluyen a otros tipos normativos y, de otro, sólo estos tipos normativos pueden regular estas materias. Estos son los casos en que la diversidad de tipos legales procede del principio de competencia.

2.ª Por otro lado, hay diversas especialidades procesales que modifican el procedimiento ordinario aunque no están vinculadas a materias concretas más que *negativamente*: así, diversos tipos de iniciativa legislativa (87 y 89 CE) o leyes de comisión (75 CE). Asimismo existen procedimientos en que tiene una función preponderante el Gobierno, aunque el control último resida en las Cortes Generales, y que, en todo caso, subvierten totalmente las normas del procedimiento ordinario: es el caso de los decretos-leyes y los decretos legislativos. También están acotados negativamente (83 y 86 CE) pero, como en el apartado anterior, no hay materias vinculadas a la reserva de estos procedimientos. Por tanto, son variedades procedimentales que no responden al principio de competencia entre normas y no implican que las leyes tengan un carácter distinto sino, simplemente, que, por voluntad del constituyente, los procedimientos de elaboración son diversos.

Otra cosa es que este elemento procedimental tenga gran importancia en las relaciones internormativas, sobre todo cuando afecta a ámbitos materiales vinculados positivamente a un tipo de ley y anula la fuerza de las restantes, que es el caso de aquellas variantes legales debidas a la aplicación del principio de competencia entre normas.

E) El *principio de competencia entre ordenamientos*, sustancialmente distinto al anterior, tiene como característica principal la existencia de una norma de conexión sobre la que descansan —en el marco constitucional y, en su caso, en el marco estatutario— los ordenamientos parciales. En nuestro caso, estas normas de conexión son para los ordenamientos autonómicos los *estatutos* de autonomía respectivos en el marco constitucional y para los ordenamientos locales la ley reguladora de las *bases de régimen local* en el marco de la Constitución y el estatuto de autonomía del territorio propio del municipio, la provincia y la entidad local correspondiente. No hay duda de que nos encontramos ante un tema tan vasto y complejo que aprovechamos la ocasión para no entrar en él, pero a nuestro parecer el principio de competencia entre ordenamientos explica mejor que cualquiera de otra naturaleza las diferencias entre las autonomías de las Comunidades y la autonomía local. Asimismo, la regla de *supletoriedad* y el concepto de *eficacia* en la aplicación de la norma explican los engarces y desplazamientos

de uno y otro ordenamiento para dar cumplimiento al principio de completud ordinamental.

F) El *principio de recepción* tiene repercusión en dos órdenes distintos: en la eficacia interna de los tratados suscritos y publicados oficialmente en España y en la validez de la normativa de organismos supraestatales, notoriamente de la CEE. En ambos casos el principio de recepción juega de manera distinta: en un caso por el canal previsto en los artículos 94 a 96 CE —recepción de origen convencional— y en el otro por el artículo 93 CE —primero convencional pero después receptividad pura.

G) Por último, las relaciones entre particulares que se establecen en los negocios jurídicos no dejan de ser pequeños ordenamientos *inter partes*. Respecto a la calificación de los negocios jurídicos como normas creo que se puede afirmar, de acuerdo con el Código Civil<sup>12</sup>, que ello es cierto en cuanto a la eficacia entre las partes de un contrato aunque más dudoso en otros casos. No obstante, hay que subrayar que tal carácter normativo no deriva del texto constitucional. Si en cambio deriva del texto constitucional el carácter normativo de los convenios colectivos (37.1 CE) que extienden su ámbito vinculante más allá de las partes y son, por tanto, una norma con carácter general originada en la voluntad de poderes no estrictamente públicos.

<sup>12</sup> El artículo 1.091 CC establece: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos».