

NORMA Y ORDENAMIENTO JURÍDICO



BY DIEGO POOLE & ELIO GALLEG0

7 Tema 7 Norma jurídica y ordenamiento jurídico

7.1	La definición de ley y sus rasgos esenciales.....	3
7.1.1	Definición de ley.....	3
7.1.2	Ordenación al bien común.....	3
7.1.3	La ley ha de ser publicada.....	3
7.1.4	La norma ha de proceder de la autoridad legítima.....	3
7.2	La ley y la norma jurídica. Clasificación de las normas.....	4
7.2.1	Otros sentidos de la palabra «ley».....	4
7.2.2	«Disposición», «norma» y «ley».....	4
7.2.3	Tipos de normas jurídicas.....	4
7.3	El desprestigio actual de la ley.....	6
7.3.1	Inflación normativa.....	6
7.3.2	La ley como instrumento partidista.....	6
7.3.3	El relativismo contribuye a desprestigiar la autoridad de las leyes.....	6
7.4	Sobre las leyes injustas.....	7
7.4.1	La ley injusta no es propiamente ley, aunque le sigamos llamando ley.....	7
7.4.2	Qué posición adoptar ante la ley injusta.....	7
7.4.3	La injusticia de la ley se muestra en sus efectos sociales.....	8
7.5	El ordenamiento, el sistema jurídico y las «lagunas».....	9
7.5.1	El ordenamiento jurídico: entre la sedimentación y la sistematización.....	9
7.5.2	La «dogmática jurídica» y la ilusión del ordenamiento como sistema.....	9
7.5.3	Lo no regulado como irrelevante o permitido.....	10
7.5.4	Las «lagunas» en el ordenamiento.....	11
7.5.5	La inevitable indeterminación de la ley.....	11

7.1 La definición de ley y sus rasgos esenciales

7.1.1 Definición de ley

La definición más clásica y famosa de ley es la que da Santo Tomás: la ley es *una ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene a su cuidado una comunidad*¹.

7.1.2 Ordenación al bien común

De esta definición clásica se derivan los rasgos esenciales de toda ley: es una ordenación racional de las acciones humanas para que todos contribuyan al bien común. El bien común es el fin de la ley. La ley no se dicta para satisfacer el interés de un particular, ni siquiera el de un grupo, sin tener en cuenta el bien del conjunto. De lo contrario, sería una ley injusta. Cicerón explica esto mismo con un ejemplo muy claro: de igual modo que no pueden llamarse recetas médicas a las que matan, tampoco es verdadera ley la que perjudica al pueblo que la padece.² La esencia de la justicia de una ley radica en que ordena a sus destinatarios al bien de la comunidad entera. Volveremos sobre esto un poco más adelante dentro de este mismo tema.

7.1.3 La ley ha de ser publicada

El principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento sería injusto si no fuera acompañado del máximo esfuerzo para que la ley sea conocida por todos los que sobre ella serán juzgados. La ley, para que sea válida, ha de ser promulgada.³

En España, la ley sólo puede obligar una vez publicada en el BOE (art. 2º del Código civil). Las normas autonómicas se publican en el boletín oficial de su respectiva comunidad autónoma.⁴ Las normas municipales se publican en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial.⁵ Además, muchas veces el ayuntamiento y otros organismos autónomos (como las universidades), también publican sus normas en su tablón de anuncios o en su sede electrónica, pero eso no sustituye la publicación oficial.

7.1.4 La norma ha de proceder de la autoridad legítima

El tercer requisito de la ley es que sea promulgada «por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad», es decir, por quien posee potestad legítima para dictarla. No basta, por tanto, con que una disposición se ordene al bien común: debe proceder de la autoridad competente y haber sido aprobada conforme al procedimiento establecido. Así, carecería de validez una ordenanza municipal que pretendiera regular una materia reservada al Estado, porque el Ayuntamiento carece de competencia para ello. Del mismo modo, tampoco sería válida una ley orgánica que hubiera sido aprobada en el Congreso por mayoría simple, pues la Constitución exige para su aprobación la mayoría absoluta del Congreso (art. 81.2 CE). Se trata, en definitiva, de dos exigencias distintas: competencia de la autoridad y legalidad del procedimiento seguido para aprobar la norma.

¹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, c.90, a.4.

² Cf. Cicerón, *Las leyes*, II, 5. Como al final tenemos que hablar para que nos entienda la gente, si todos llaman ley a la ley injusta, le llamaremos ley, pero teniendo claro que contradice su sentido original. A este respecto, escribe Aristóteles: «Conviene, en efecto, que los nombres se usen conforme a su significado más corriente; porque es absurdo apartarse del uso común y, por así decirlo, hablar una lengua propia. En efecto, las palabras son signos convencionales, y no cabe disputar sobre los nombres, sino sobre las cosas». Aristóteles, *Tópicos*, I, 10 (105a 27–b 1)

³ Algunos distinguen entre promulgar y publicar. Promulgar sería el acto formal de reconocimiento de la ley y su ordenación para que se publique. En este sentido, el Rey promulga, y el Estado publica. Pero esta es una distinción más teórica que real. De hecho, la palabra promulgar significa etimológicamente (pro-mulgar, de vulgare, de divulgar, hacer público).

⁴ No obstante, también se publican en el BOE una referencia o el texto íntegro de las leyes autonómicas, a efectos de información. El artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 2.1 del Real Decreto 181/2008, sobre el BOE, disponen que las leyes autonómicas deben publicarse también en el BOE, aunque su entrada en vigor depende de la publicación en el boletín oficial autonómico, no del BOE.

⁵ Cf. El artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

7.2 La ley y la norma jurídica. Clasificación de las normas

7.2.1 Otros sentidos de la palabra «ley»

Junto al sentido más fundamental de ley, que acabamos de ver en el epígrafe anterior, entendida como ordenación de la razón al bien común promulgada por la autoridad legítima, en el ámbito jurídico caben al menos otros tres sentidos:

1º En un sentido muy general, la ley es la medida del derecho y la regla de la justicia. Y abarca tanto la ley producida por el poder público, como la producida por los particulares. Por eso, se dice que el contrato “es ley para las partes”. Este sentido tan genérico de ley incluye por tanto leyes en sentido estricto, reglamentos, costumbres vinculantes, contratos, testamentos...

2º Otro sentido más restringido considera que la ley es la norma que procede del poder público y que se manifiesta por escrito.

3º En tercer lugar, está el sentido técnico jurídico del término ley. Se considera que la ley es un tipo de normas jurídicas que, al estar dotadas de unos requisitos formales específicos, poseen un valor superior al resto de la normativa jurídica. Es la «ley» por contraposición a los reglamentos, órdenes ministeriales...

Cuando en los textos de derecho positivo se emplea el término «ley», habitualmente se da por supuesto que se utiliza el sentido técnico jurídico, tercer sentido (v.g. “la ley regulará las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales...”; “la ley fijará las obligaciones militares de los españoles...”).

7.2.2 «Disposición», «norma» y «ley»

«Disposición» legal, «norma» jurídica y «ley» son términos que se emplean indistintamente con bastante frecuencia, tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Sin embargo, la Teoría del Derecho explica que se refieren a conceptos diferentes. La disposición legal normalmente viene a ser lo mismo que el artículo de una ley: es el enunciado lingüístico contenido en un texto legal. La norma jurídica es el significado prescriptivo que se obtiene al interpretar ese texto. Y la ley, como acabamos de ver, puede significar cualquiera de las tres cosas a las que nos hemos referido en el apartado anterior. Por eso, una norma no coincide necesariamente con un artículo de una ley, sino que puede construirse mediante la interpretación conjunta de varias disposiciones o artículos. Esta distinción entre disposición, norma y ley es más teórica que real, por lo que habrá que estar atento al contexto en el que se emplean estos términos para determinar su significado en cada caso.

7.2.3 Tipos de normas jurídicas

Las normas jurídicas pueden clasificarse de tantas maneras como criterios de clasificación. Los criterios de clasificación más frecuentes y útiles son:

A. **Según su origen**, las normas pueden ser creadas por los poderes públicos (leyes, reglamentos...) o por los particulares (contratos, estatutos de diversas instituciones privadas, testamentos, etc.). Las normas creadas por los poderes públicos pueden clasificarse a su vez según las diversas autoridades que producen la norma, lo que suele coincidir con el ámbito en el que se aplica: normas estatales, autonómicas, municipales, institucionales (de entes públicos con autonomía normativa, como las universidades, etc.).⁶

⁶ La distinción entre derecho público y derecho privado no es una cuestión pacífica en la doctrina jurídica. Según Álvaro D’Ors, el derecho público es el que crea el poder público con carácter imperativo, ya sea que regule las relaciones de los ciudadanos con el poder público, ya sea para regular con carácter imperativo las relaciones de los ciudadanos entre sí. Y el derecho privado es el que hacen los particulares en sus contratos, testamentos, etc. y al que sirve con carácter supletorio el derecho creado por el poder público. Hay otros que explican la distinción diciendo que el derecho público es el que regula las relaciones en las que interviene el Estado u otros entes públicos actuando con poder de autoridad, es decir, en una posición superior frente a los particulares. Tal sería el caso, del derecho constitucional, administrativo, procesal, penal, internacional público... Y el derecho privado es el que regula las relaciones entre particulares (personas físicas o jurídicas) en un plano de igualdad jurídica. En el fondo, la distinción de Álvaro D’Ors parece más clara y además es más congruente con el sentido del derecho.

B. Según su jerarquía. De mayor a menor rango, el sistema jurídico español se organiza así:

- 1º. *La Constitución Española* (1978). Es la ley suprema, establece los derechos fundamentales y la organización básica del Estado. Vincula a todos los poderes públicos. Ninguna norma puede contradecirla.
- 2º. *Derecho de la Unión Europea*. El derecho de la UE tiene primacía sobre el derecho interno, incluso sobre las leyes. Pero no sobre la Constitución.⁷
- 3º. *Tratados internacionales*. Una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno.⁸
- 4º. Normas con rango de *ley*

4.1) Dictadas por las Cortes Generales o los Parlamentos autonómicos:

- Leyes orgánicas: reservadas a determinadas materias y sujetas a un procedimiento especial de aprobación (art. 81 CE).
- Leyes ordinarias.
- Otras leyes previstas constitucionalmente: leyes de bases, leyes marco, leyes de armonización, etc.

4.2) Dictadas por el Gobierno:

- Reales decretos-leyes (art. 86 CE): disposiciones legislativas provisionales dictadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad; deben ser convalidadas por el Congreso en el plazo de treinta días.
- Reales decretos legislativos (arts. 82-85 CE): normas dictadas por el Gobierno en virtud de una delegación legislativa previa de las Cortes.

5º. Reglamentos. Son normas subordinadas a la ley y dictadas principalmente por las Administraciones públicas:

- Reales decretos.
- Órdenes ministeriales.
- Reglamentos autonómicos.
- Reglamentos locales, especialmente ordenanzas.

6º. Otras disposiciones administrativas: Circulares, instrucciones, resoluciones, etc., que no siempre tienen naturaleza normativa y cuya posición y eficacia dependen de su contenido y del órgano que las dicta.

No todas estas normas se relacionan entre sí conforme al principio de jerarquía: en muchos casos —especialmente entre normas estatales y autonómicas, y entre ley orgánica y ley ordinaria— resulta decisivo el principio de competencia.

C. Según su contenido o materia. Aquí los criterios también se pueden multiplicar: penales, civiles, mercantiles, administrativas, procesales...

D. Según el modo en que imponen la conducta: *normas imperativas* o de ius cogens, que son las de cumplimiento obligatorio, y por tanto no se pueden modificar por acuerdo. *Normas dispositivas o supletorias*, que se aplican si las partes no pactan otra cosa.

E. Según prescriban deberes y según establezcan las correspondientes sanciones al incumplimiento de estos deberes. Es la distinción de Kelsen entre normas “primarias” y “secundarias”.

F. Según impongan obligaciones directamente a los ciudadanos (estas serían las “normas primarias” según Hart), o atribuyan potestades para crear, modificar o aplicar las primeras, que

⁷ «La primacía del Derecho comunitario no puede entenderse en términos que afecten a la supremacía de la Constitución. La Constitución sigue siendo la norma suprema, y solo ella está en la cúspide del ordenamiento jurídico». Declaración del TC. 1/2004, FJ 4.

⁸ E art. 96 de la Constitución Española establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Están por debajo de la Constitución, pero por encima de la ley según parte de la doctrina y la jurisprudencia (STC 140/2018, entre otras)

son las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación (estas serían las normas secundarias según Hart).

La taxonomía puede multiplicarse hasta el infinito según el criterio de clasificación elegido y según las diversas teorías interpretativas. La clasificación de normas jurídicas más práctica de todas es sin duda la que las diferencia según su jerarquía.

7.3 El desprestigio actual de la ley

7.3.1 *Inflación normativa*

Vivimos en una época de una profusión legislativa sin precedentes, hasta tal punto que es prácticamente imposible conocer todas las leyes vigentes. En el año 1800 había en España unos ciento cincuenta textos normativos con rango de ley. En 1900 había unas trescientas leyes. Actualmente se estima que hay unas cien mil leyes vigentes en España, de las cuales unos dos tercios son leyes autonómicas.

Son varios los motivos que alientan esta especie de incontinenencia legislativa. En primer lugar, estructuras sociales cada vez más complejas (pensemos por ejemplo en la complejidad de la normativa bancaria, la organización industrial, o la relativa a la construcción de inmuebles...). En segundo lugar, la tendencia al intervencionismo en todos los ámbitos de la vida; el Estado, en su afán de proporcionar «bienestar» y seguridad a todos, ha generado un sentimiento de dependencia psicológica en el cuerpo social, que conduce a los ciudadanos a pensar que todos los problemas se solucionan por medio de leyes y más leyes. En tercer lugar, parece que el éxito de los gobiernos se mide por el número de leyes que consiguen aprobar... Con todo esto, las leyes han perdido en gran medida su antiguo prestigio a causa de su misma multiplicación. La sobreabundancia de leyes devalúa a todas ellas.

7.3.2 *La ley como instrumento partidista*

Pero no estamos sólo ante un problema de número. Junto a esta verdadera devaluación provocada por la inflación legislativa, la ley se está viendo afectada, sobre todo, por los intereses ideológicos y partidistas en juego, situados generalmente al margen de un verdadero bien común, y que la están sometiendo a una improvisación y a una transitoriedad permanentes. Ya decía Joseph Pieper que la gran tentación de un gobernante cuando llega al poder es gobernar sólo para los de su partido, y no en aras del bien común.

7.3.3 *El relativismo contribuye a desprestigiar la autoridad de las leyes*

Una causa profunda del desprestigio de la ley es el relativismo ético todavía dominante en nuestro tiempo. El relativismo ético es incapaz de justificar por qué una conducta está bien y otra mal, por qué una ha de estar permitida y otra prohibida. Pensemos, por ejemplo, en una normativa que permite la tortura, el infanticidio, la mutilación genital (por la razón que sea), la eutanasia, o el suicidio asistido...⁹ Ahora es esto, pero mañana quizá sea la eliminación de niños con síndrome de Down, incluso aunque hayan nacido. El argumento de que «la mayoría respalda

⁹ Es universal la confianza con la que los pacientes se ponen en manos del personal sanitario: toman cuanto se les prescribe, confiando en el criterio del médico, y se privan, a veces con gran sacrificio, de aquello que este les desaconseja. En cambio, cuando el propio sistema sanitario admite que causar la muerte de un paciente puede formar parte de la práctica médica, esa confianza puede verse seriamente debilitada. En el fondo, lo que se resiente es la confianza en que el sistema sanitario está siempre orientado a proteger la vida y el bien de todos sus pacientes. Es sabido, por ejemplo, que la legalización de la eutanasia en Holanda está causando una estampida de enfermos y ancianos hacia otros países de la Unión Europea, porque no se fían de los médicos holandeses. La legalización de la eutanasia «dinamitaría las relaciones entre pacientes y profesionales sanitarios, volvería a los enfermos responsables únicos de su propia y doliente existencia, garantizándoles más soledad que libertad, y ensancharía el poder político más allá de los límites propios de un Estado de Derecho». Cf. Marta Albert, «Nota del editor invitado: Legalización de la eutanasia: lo que está en juego», *Cuadernos de Bioética* 30, n.º 98 (2019): 21, <https://doi.org/10.30444/CB.17>

una ley” no es un argumento a favor de su justicia. A veces las mayorías se equivocan y avasallan a las minorías.¹⁰

El problema se agrava cuando, además, se atribuye a la ley una importancia casi sagrada. De hecho, se dice con frecuencia que la ley «consagra» tal o cual exigencia. Pero consagrar significa, en su sentido originario, «hacer sagrado», y la ley, por sí misma, no puede consagrar nada, si acaso podrá profanar, pero no consagrar. Resultaría cuanto menos paradójico decir por ejemplo que «la ley consagra la tortura». Es cierto que se trata de un uso metafórico, pero no deja de transmitir la idea de que la ley imprime una especial autoridad moral sobre todo aquello que regula. En realidad, sería más preciso decir la ley o la Constitución «reconoce», la ley «establece», la ley «protege», según lo que realmente haga cada ley.

Todo esto nos emplaza en el dilema de qué hacer ante las leyes injustas.

7.4 Sobre las leyes injustas

7.4.1 *La ley injusta no es propiamente ley, aunque le sigamos llamando ley*

Para el positivismo jurídico, la validez de la ley es independiente de su justicia. La ley vale si es producto del poder legítimo, no contradice normas superiores, y ha sido aprobada conforme al procedimiento establecido. Y nada más. Pero esta forma de pensar resulta extraña al sentimiento jurídico común de la humanidad, para el que la justicia de la ley es un aspecto esencial de la misma ley. La formalidad de que se respete el procedimiento de creación de la ley es importante, pero lo esencial de la ley es que ordene los comportamientos hacia el bien común, es decir, que sea justa. Si la ley contradice esta finalidad, si se dicta, por ejemplo, solo con la intención de dañar a una persona o a un grupo o de atentar contra la vida de los inocentes, la “ley” no estaría actuando como instrumento de ordenación hacia un bien común, sino hacia un mal común, y por tanto no sería verdadera ley. Recordemos el ejemplo que veíamos un poco más arriba sobre el llamar o no “medicina” al veneno que se vende en farmacias para quitarse la vida: es como llamar “ley” a la norma que atenta contra la comunidad.

7.4.2 *Qué posición adoptar ante la ley injusta*

¿Qué posición adoptar ante la ley injusta? La respuesta no es fácil, porque hay diversos grados de injusticia en la ley y diversas posiciones ante una misma ley: por ejemplo, no es la misma la posición de un juez o de un policía, que la de un ciudadano que no tiene obligación de aplicar la ley sobre los demás.¹¹

Si el ciudadano considera injusta la ley, debe intentar cambiarla por los medios legales previstos en el sistema: elecciones, reformas, recursos, manifestaciones públicas, etc. Si piensa que atenta gravemente contra su conciencia, debería desobedecerla, pero ateniéndose a las consecuencias legales, como cualquier otro incumplidor de la ley, aunque moralmente también esté legitimado para intentar burlar la sanción en la medida de lo posible. Si la ley contempla una cláusula de objeción de conciencia, puede objetar legalmente ateniéndose a esa opción que le da la ley.

¹⁰ Hitler accedió al poder democráticamente, y activó el programa Aktion T4, llevado a la práctica entre 1939 y 1941 por médicos y enfermeras durante el régimen nazi, para eliminar sistemáticamente a personas señaladas como enfermas incurables, niños con taras hereditarias o adultos improductivos. Se estima que fueron asesinadas más de 70.000 personas.

¹¹ Para el positivismo, desde el momento en que la obligación jurídica se entiende como la necesidad práctica de hacer algo sólo para evitar la sanción externa impuesta por la norma, no tiene sentido decir que la ley injusta no obliga: obliga por el simple hecho de que coacciona. Según Kelsen, «decir que un individuo está jurídicamente obligado a una determinada conducta significa que, conforme al orden jurídico, una conducta contraria constituye el supuesto de un acto coactivo —una sanción— dirigido contra él». Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982), 119. Por tanto, para el positivismo el debate sobre la obediencia a la ley injusta no es un debate propiamente “jurídico”, sino sólo moral. Es cierto que, si nosotros entendemos como “jurídico” toda aquella cuestión relacionada con el derecho, y si entendemos el “derecho” como lo justo, la norma injusta no sería propiamente “jurídica”, sino más bien antijurídica, porque no se relaciona con lo justo, sino con lo injusto.

Sócrates, desafiando las leyes de Atenas con sus enseñanzas, fue acusado de impiedad y de corromper a la juventud, y fue condenado a muerte. Ante la sentencia injusta, su amigo Critón le propone escapar de prisión. Pero Sócrates rechaza huir, aun sabiendo que su condena es injusta. Su principal argumento fue que escapar sería quebrantar las leyes de Atenas. Al haber disfrutado de los beneficios de la ciudad (educación, seguridad, etc.), acepta obedecer sus leyes, incluso cuando le perjudican. «¿No has convenido tú mismo en obedecer nuestras leyes?», responde Sócrates a Critón. «Destruir las leyes sería destruir la ciudad misma»¹². En cualquier caso, téngase en cuenta que Sócrates está hablando, no de obedecer el contenido de la ley injusta, sino de obedecer la sanción por incumplir la ley injusta. Porque como él mismo dice: «A vosotros, atenienses, os obedeceré, pero obedeceré antes a Dios que a vosotros».¹³

La respuesta de Santo Tomás a la cuestión de la ley injusta tampoco es muy diferente a la de Sócrates. Si la ley es injusta, pero no es contraria a la ley de Dios, a veces en conciencia hay que obedecerla en aras de la paz social (por ejemplo, un impuesto injusto...).¹⁴ Pero si la ley humana es contraria a la ley de Dios, no se debe obedecer, aun asumiendo las consecuencias de la sanción por su incumplimiento. Esta es una respuesta similar a la de la *Antígona* de Sófocles, cuando Antígona se enfrenta al tirano Creón porque le impide sepultar a su hermano cuyo cuerpo muerto yace todavía en el campo de batalla.¹⁵

Es importante observar que los autores citados, Antígona, Sócrates y Santo Tomás, no sólo apelan a su conciencia, sino a una “ley superior”, que es la ley divina, o, mejor dicho, entienden su conciencia como el núcleo íntimo de la personalidad donde Dios les habla. Esta es también la enseñanza bíblica, cuando Pedro y Juan tras ser liberados de la prisión por un ángel vuelven a predicar, y entonces las autoridades judías les reprenden diciéndoles que se lo habían prohibido, y a lo cual responde Pedro: «Es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres».¹⁶

7.4.3 La injusticia de la ley se muestra en sus efectos sociales

El problema de la ley injusta no sólo hay que contemplarlo desde la perspectiva de la conciencia del objeto, sino también desde la influencia que dicha ley ejerce sobre la sociedad en su conjunto. La ley injusta genera con frecuencia divisiones y conflictos, provoca un deterioro en la convivencia, daña instituciones básicas de la sociedad, y sobre todo, pervierte a los ciudadanos, haciéndoles creer que está bien lo que la ley prescribe, o que está mal el bien que la ley prohíbe. Cuando estudiábamos la relación entre ética y derecho decíamos que la índole moral de la ley humana reside en la clase de hombres que genera. La ley tiene una gran fuerza pedagógica —para bien o para mal— porque promueve las acciones que incentiva, y descalifica las que castiga y reprende. Recordemos los ejemplos que veíamos entonces: si se penaliza el tirar basura en el campo, se fomenta la sensibilidad ecológica; o si se promueve la manipulación y selección de embriones, se promueve el desprecio a la vida, la eugenesia y el racismo. Aristóteles reconoce que los hombres más valientes se encuentran en las ciudades donde se honra a los valientes y se deshonra a los cobardes.¹⁷ Y Santo Tomás, comentando a

¹² Platón, *Critón*, 50a–51a

¹³ Platón, *Apología de Sócrates*, 29d

¹⁴ «Tales leyes no obligan en conciencia, salvo tal vez para evitar escándalo o perturbación». Santo Tomás, *Suma Teológica*, I-II, q.96, a.4

¹⁵ Recordemos lo que veíamos en el tema 4, cuando Antígona le dice al tirano: «Yo no creía que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que solo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron». Sófocles, *Antígona*, versos 450-460

¹⁶ Cf. [Hechos, 5, 21-30](#). Hay muchos libros y películas que ilustran este debate entre la fidelidad a la ley humana y a la conciencia. Recomendamos vivamente estas dos: *A Man for All Seasons*, 1966 (*Un hombre para la eternidad*), dirigida por Fred Zinnemann, galardonada con seis oscars, y también la película alemana *Sophie Scholl – Die letzten Tage*, 2005 (*Sophie Scholl: Los últimos días*, 2005, dirigida por Marc Rothemund, Nominada al Óscar (2006) como Mejor película extranjera y ganadora de los tres premios del cine alemán (Oso de plata): mejor película, mejor dirección y mejor actriz.

¹⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1116 a 20-25

Aristóteles, señala que la ley que estima la riqueza más que la virtud, acaba haciendo avariciosa a la sociedad.¹⁸

Además, las leyes injustas, al carecer de autoridad moral, necesitan mayor fuerza coactiva, porque mucha gente sólo cumplirá la ley injusta para evitar la sanción. Tan pronto como perciban que no les controlan, incumplirán esa ley. Y esto, a la postre, destruye el ordenamiento jurídico, porque todo sistema jurídico se mantiene y se refuerza cuando la mayoría de los ciudadanos tienen unos criterios morales que les motivan para ser justos con los demás. La moral es anterior y da soporte al ordenamiento. La eficacia de la ley está muy ligada a su justicia.

7.5 El ordenamiento, el sistema jurídico y las «lagunas».

7.5.1 *El ordenamiento jurídico: entre la sedimentación y la sistematización*

El ordenamiento jurídico no debe imaginarse como un conjunto perfectamente sistemático y coherente de normas, elaborado de una vez conforme a un único plan. Es, más bien, el resultado de una larga acumulación histórica de disposiciones de muy diversa procedencia: leyes, reglamentos, costumbres, tratados, normas emanadas de distintas autoridades y épocas, algunas de ellas promulgadas hace siglos, que continúan vigentes y, por tanto, pueden ser aplicadas por los tribunales. Como ha señalado Luis Díez-Picazo, el ordenamiento es fruto de un proceso de sedimentación: cada época va depositando nuevas capas normativas sobre las anteriores, inspiradas muchas veces en concepciones políticas, sociales e ideológicas diferentes e incluso contrapuestas.¹⁹

Frente a esta realidad, una de las tareas fundamentales de la doctrina jurídica consiste precisamente en ordenar y sistematizar continuamente ese inmenso material normativo: clasificar las normas, ponerlas en relación, identificar principios comunes y construir con ellas un conjunto inteligible. En cierto sentido, la doctrina trata de hacer un orden del caos normativo, y el resultado de ese esfuerzo es el que encontramos, por ejemplo, en los buenos manuales de Derecho, donde las normas aparecen expuestas según una estructura en la que se relacionan leyes de diversa procedencia, la jurisprudencia que la interpreta y las opiniones de otros autores que ayudan a comprenderlas.

El propio ordenamiento proporciona también instrumentos para orientarse en esa auténtica selva de miles de normas vigentes: existen normas sobre la producción, vigencia, derogación, jerarquía e interpretación de las demás normas, sobre lagunas, así como criterios para resolver sus posibles conflictos —como los de jerarquía, temporalidad o especialidad—. Gracias a estas reglas es posible determinar, entre la multitud de disposiciones potencialmente relevantes, cuáles están vigentes y cuáles son las que deben aplicarse a cada caso concreto. Sobre la interpretación de las normas dedicamos un tema entero más adelante.

7.5.2 *La «dogmática jurídica» y la ilusión del ordenamiento como sistema*

Tras el movimiento codificador se extendió la idea de que todo el derecho estaba contenido, de forma completa y coherente, en los textos legales. Se pensaba, por tanto, que el intérprete podía encontrar en el conjunto de las normas vigentes la solución para cualquier caso. La interpretación jurídica se concebía así como una tarea meramente cognoscitiva: el intérprete no creaba derecho, sino que se limitaba a descubrir la solución que ya estaba contenida en el sistema. Hasta tal punto fue así que al jurista se le llama ahora el “intérprete”, como si fuera un filólogo que sólo interpreta textos.

Surgió así una nueva “rama” de la ciencia jurídica, llamada “dogmática jurídica”, dedicada estudiar sólo las normas y las relaciones que existen entre ellas. Esta nueva ciencia se hizo la ilusión de crear todo un sistema normativo con procedimientos de lógica deductiva e inductiva, en los que se extraería una norma a partir de otras, como si el ordenamiento tuviera una fuerza de expansión lógica similar al crecimiento de un organismo vivo. La dogmática jurídica —se decía— no «crea» el derecho, lo «descubre» implícito en las normas vigentes, extrayendo unas

¹⁸ Tomás de Aquino, *Comentario a la Política de Aristóteles*, lib. II, lec. 16.

¹⁹ Cf. Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed. (Barcelona: Ariel, 1993), 5–22, esp. 240–41.

de otras. Lombardi Vallauri, con cierta ironía, compara esta pretensión con la del paleontólogo Georges Cuvier (+1832), que se jactaba de poder reconstruir enteramente un animal prehistórico, partiendo de uno solo de sus huesos, estudiando las tensiones y los equilibrios que se manifestaban en la estructura de aquel hueso. «En la imagen podemos sustituir, por el hueso, las normas aisladas, y por la totalidad del animal, el sistema. Si las normas aisladas no son más que fragmentos de una estructura completa cuyas leyes de formación son conocidas, entonces está claro que esa estructura podrá extenderse mucho más allá de los casos contemplados en cada norma».²⁰

Un sistema es por definición un conjunto de elementos interrelacionados entre sí que funcionan de manera coordinada para alcanzar un fin o mantener una estructura unitaria. Pero, como hemos visto, el ordenamiento no forma un sistema, ni la doctrina que lo estudia tampoco es capaz de hacer un sistema. Y esto es así al menos por dos razones. Primero, porque el derecho no sólo está formado por textos legales. Segundo, porque la mayoría de los textos legales, al ser fruto de diversos periodos de la historia, y fruto de tensiones y acuerdos parlamentarios, no pueden constituir un conjunto armónico. Un conjunto de elementos, para que esté ordenado, armonizado, requiere siempre de un mismo criterio ordenador, de un mismo fin al cual orientarse. Las leyes, al proceder de una fuente en la que se albergan distintas concepciones de la sociedad y del derecho, no pueden constituir un conjunto entrelazado y coherente, por lo menos no pueden concebirse como un organismo.

7.5.3 *Lo no regulado como irrelevante o permitido*

Algunos teóricos del derecho quisieron zanjar el debate sobre la plenitud del ordenamiento con el argumento de que lo que éste no regulaba, estaba permitido²¹ o era jurídicamente irrelevante²² y por tanto el ámbito de lo jurídico estaba siempre cubierto por el ordenamiento.

En primer lugar, no está nada claro que la voluntad del legislador sea la de permitir o consentir la irrelevancia de toda conducta no expresamente regulada, porque la ley se ocupa habitualmente de los conflictos más frecuentes, pero no de todos los posibles. Por este motivo la legislación civil, cuando falta una norma que regule un caso concreto, remite a la analogía, a la costumbre, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho; por contraste, para las normas penales o excepcionales se prohíbe expresamente su aplicación más allá de los casos taxativamente regulados.

En segundo lugar, si se protege toda conducta no prohibida expresamente por la ley, nos encontraríamos ante "la ley del más rápido", que, tarde o temprano, desemboca en la ley de la selva: quien lesionara un interés ajeno no protegido por la ley, estaría tácitamente protegido por ésta; pero, a su vez, el lesionado, si se defiende con otra conducta no prohibida expresamente por la ley, estaría igualmente protegido. Así, por ejemplo, suponiendo que la ley estableciera que parte de los bienes del causante debe destinarse a su mujer y a sus hijos, sin especificar más, el primero que se hiciera con la posesión de una parte de los bienes, aunque no sea proporcional, estaría protegido ante una eventual demanda, porque como la ley no preveía tal conducta como ilícita, debe considerarse que estaba permitida. Todo lo cual podría llevar a los familiares a

²⁰ Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto* (Padova: CEDAM, 1981), 102; y lo mismo escribe en *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano: Giuffrè, 1967), 303. Dicho sea de paso, pero el *Saggio sul diritto giurisprudenziale* es quizá una de las mejores obras de Teoría del Derecho que se han escrito en el siglo XX. Se trata de una teoría hecha desde la perspectiva de la historia del derecho. En 2024 se ha publicado una [nueva edición por Romatre-Press](#). Sobre la teoría del derecho de Lombardi, ver Poole Derqui, Diego. *El derecho de los juristas y sus implicaciones: Un diálogo con Lombardi Vallauri*. Madrid: Dykinson, 1998.

²¹ Esta es la postura, por ejemplo, de Kelsen: «Un orden jurídico no puede contener lagunas en el sentido de que existan conductas que no estén de ningún modo determinadas por él. Si una conducta no está prohibida ni ordenada, entonces está permitida; el permiso general es el complemento necesario de toda prohibición y de todo mandato». Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 275.

²² Para Karl M. Bergbohm, aquello que no ha sido previsto ni regulado por una norma jurídica concreta, no tiene relevancia jurídica, está en un espacio jurídico vacío. Cf. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie: Kritische Abhandlungen* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1892), 375–76.

tomar posesión de la mayor parte de los bienes lo antes posible. Como se ve, la ley del más rápido y, tarde o temprano, la ley de la selva. Claramente esta no es la voluntad del legislador.

En tercer lugar, posiblemente ningún juez en la historia haya absuelto al demandado, en casos no penales, con el único pretexto de que su conducta estaba permitida al no estar expresamente contemplada en la ley. El Código civil prevé, en caso de duda, no la absolución del demandado, sino el recurso a la analogía y a otras fuentes. Estamos más bien, en los casos de legislación no penal, ante una "norma general inclusiva", como muy acertadamente decía Bobbio.²³

7.5.4 *Las «lagunas» en el ordenamiento.*

Sin embargo, muy pronto se puso de manifiesto la incapacidad del ordenamiento para dar respuesta a los conflictos jurídicos que él no contemplaba expresamente (lagunas). El mismo término de «lagunas», como excepción que confirma la regla, manifiesta una concepción del derecho según la cual el juzgador debía encontrar en las leyes la solución justa a todos los casos. Desde la misma ley se arbitraron entonces mecanismos de respuesta para satisfacer la pretensión de plenitud del ordenamiento sin reconocer expresamente libertad al juzgador (esto lo veremos en el tema siguiente).

Las lagunas o vacíos normativos pueden estar provocados por diversas causas:²⁴

1º Porque el caso es de tal manera novedoso, que todavía no está contemplado en la ley.

2º Porque, aunque existen normas que regulan un mismo caso, hay una contradicción irresoluble entre ellas.²⁵

3º Porque se trata de un caso contemplado sólo parcialmente en la ley debido a una omisión del legislador. Por ejemplo, se promulga una normativa para las becas Erasmus, pero se omiten datos necesarios sobre el proceso para solicitarlas. A veces sucede que se crea una norma con rango de ley, pero remite a un posterior desarrollo reglamentario que todavía no ha sido aprobado.

4º Lagunas premeditadas por el legislador. Las lagunas previstas son aquellas en la que el legislador formula un concepto suficientemente amplio, sabiendo que cada juez lo interpretará a su manera, con términos tan amplios, como "buena fe", "usos del tráfico", "causa justa", "diligencia", "buenas costumbres...". En otras ocasiones, la ley, sin más, se remite a la "apreciación discrecional del juez" o de la autoridad competente.²⁶ Piénsese por ejemplo en la multitud de artículos que comienzan así: "*Se podrá requerir...*" a discreción del órgano administrativo correspondiente.

7.5.5 *La inevitable indeterminación de la ley*

¿El grado de abstracción que necesariamente debe tener cualquier texto legal se podría considerar como una laguna? En cierta manera sí, pero es una laguna inevitable. El legislador se ve obligado a moverse entre dos extremos que debe armonizar correctamente: la generalidad y la suficiente concreción. Ambos extremos son causas de "lagunas", por exceso o por defecto. Lombardi Vallauri ilustra esta consideración con un ejemplo sencillo, quizá un poco exagerado, pero didáctico: si una norma estableciera minuciosamente el supuesto de hecho, tal como "aquél que, por la noche, robare una gallina comprada en el mercado a una señora jubilada..." sería

²³ Cf. Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (Milano: Edizioni di Comunità, 1960), cap. IV, "La completezza dell'ordinamento giuridico", § "Norma generale inclusiva".

²⁴ La doctrina jurídica suele calificar con diversos nombres los diversos tipos de lagunas, pero esos nombres (lagunas «normativas», «técnicas», «axiológicas»...) responden a una taxonomía que no es clara ni está consolidada, ni asumida por la legislación ni por la jurisprudencia.

²⁵ En el tema siguiente veremos los criterios de resolución de antinomias, que son básicamente tres: jerarquía, especialidad y cronológico.

²⁶ Por ejemplo, la ley de enjuiciamiento criminal remite a la discrecionalidad del juez la decisión de imponer la prisión provisional cuando aprecie riesgo de fuga, reiteración delictiva o destrucción de pruebas (art. 384 bis LECrim); nuestro código civil remite a la discrecionalidad del juez el decidir el régimen de custodia según el interés superior del menor (art. 92). La ley de enjuiciamiento civil en su artículo 752 remite al "prudente criterio" del juez qué pruebas practicar.

demasiado particular y, por ello, permitiría la impunidad en el caso de faltar un solo requisito: robo no por la noche, robo no a señora, robo no a jubilada... Por opuestas razones, también sería causa de lagunas una norma muy general: por ejemplo, "será sancionado aquél que a sabiendas lesionara un derecho ajeno...". Así nos podemos encontrar con una legislación casuística o con una legislación "de principios", ambas igualmente incompletas, en cierta manera necesarias, pero causantes de lagunas.²⁷

Muchas lagunas "se solucionan" en parte con el principio de supletoriedad de las normas más generales respecto de las especiales. Puede ocurrir que una ley especial no haya previsto algún supuesto concreto dentro de la materia que regula. En tal caso, la laguna existe únicamente en esa regulación especial, pero no necesariamente en el ordenamiento jurídico en su conjunto, pues puede ser cubierta acudiendo a las normas generales que actúan con carácter supletorio. Así, por ejemplo, cuando la legislación especial sobre arrendamientos urbanos no regula una determinada cuestión, puede acudir a las disposiciones generales sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil.²⁸

En cualquier caso, podemos decir que el ordenamiento es inevitablemente lagunoso, porque las normas generales no pueden ofrecer una respuesta completa y precisa para todos los casos concretos de la vida. Precisamente por eso existen los jueces y las autoridades administrativas, cuya función consiste en concretar el derecho para resolver cada caso. Todo caso presenta circunstancias particulares que el legislador no puede prever de antemano y que exigen una solución ajustada a ellas. Aquí aparece la clásica dimensión equitativa del derecho: la equidad no consiste necesariamente en apartarse de la ley o modificar su significado para alcanzar una solución más justa, sino en determinar, entre los posibles significados de la norma, aquel que mejor se ajusta al caso concreto.

La ley se parece a un mapa, es como un "esquema" del territorio, que para ser útil tiene que simplificar la realidad. Si un mapa pretendiera reproducir todos los detalles del territorio, tendría que ser tan grande como el propio territorio y, entonces, dejaría de ser un mapa: sería el territorio mismo. La dificultad es aún mayor para el derecho, porque el territorio que pretende regular — la vida humana — está continuamente cambiando. Por eso ninguna ley puede preverlo todo: necesariamente deja espacios que han de ser completados por la prudencia del jurista. Lo más lógico es que, poco a poco, la Teoría del Derecho vaya reconociendo que ni el derecho es un sistema, ni es un todo coherente, y que más que de «lagunas» dentro de la ley, habría que hablar de «archipiélagos» de leyes en un océano de lagunas. En definitiva, lo realmente decisivo es la prudencia jurídica de las autoridades.

²⁷ Cf. Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto* (Padova: CEDAM, 1981).

²⁸ Cf. Otro libro especialmente recomendable sobre Teoría de Derecho es: José Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil, t. preliminar, Introducción al derecho*, 2.^a ed. rev. (Barcelona: Bosch, 1989).