

LA CONSTITUCION COMO FUENTE DEL DERECHO

Las Fuentes del Derecho son la capacidad de crear normas jurídicas, son las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas según lo previsto en la Constitución de 1978.

El sistema de estudio de las Fuentes del Derecho es la mejor manera de entender el sistema político de un país. En España a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 no solo pasa de un régimen dictatorial a una constitución sino que hay un cambio importante en las Fuentes del Derecho.

La Constitución es una de las normas que contribuyen a fundar u a regular el estado, es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, la norma que le da fundamento o calidez y unidad por el hecho de establecer los procedimientos para elaborar otras normas y los límites dentro de las cuales han de operar, por el hecho de obligar que todas sean interpretadas con base a los principios establecidos por el texto constitucional.

Para garantizar esta supremacía se acostumbra a exigir una serie de requisitos con objeto de asegurar el carácter de norma suprema, estos requisitos son preconizados por el primer liberalismo a finales del siglo XVIII y principios del XIX por el denominado movimiento constitucionalista estos promovieron.

Requisitos:

- la Constitución ha de estar escrita, ya que tiene más garantía de ser conocida y respetada .
- se exige que la constitución sea elaborada y aprobada de una forma más solemne que las leyes ordinarias, en el primer liberalismo además se exigía que en la elaboración y aprobación de la constitución interviniera de manera directa el pueblo, para darle una legitimidad más grande al texto constitucional.
- la constitución tenía que tener una cierta rigidez para su modificación se precisaba que se cumplieran una serie de requisitos más complicados que los exigidos para la modificación de las leyes ordinarias.,
- también tenían que tener unos requisitos de contenido, requería que la Constitución consagrara unos derechos y libertades personales y que estableciera unos mecanismos o técnicas precisas para limitar su poder.

En las primeras constituciones liberales como la norteamericana de 1787, la francesa de 1791 o la española de 1812, los encontramos escrupulosamente respetados estos requisitos materiales o de contenido y los formales.

Pretende ordenar la génesis del Derecho regulando ciertas materias de manera directa y determinando órganos y procedimientos que regularan estas materias, una de las tareas esenciales de todo texto constitucional consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas.

La **Constitución** se puede definir como la ***norma jurídica escrita elaborada y aprobada de forma más solemne que el resto de leyes, para su reforma se exigen el cumplimiento de unos requisitos especiales y que además ocupa el vértice supremo dentro del ordenamiento jurídico estatal.***

Con la muerte del general Franco, en noviembre de 1975, se inicia un largo proceso de reforma política, un proceso que arrancaba de la legalidad franquista vigente, supondrá una reforma total por lo menos en lo que se refiere la forma de estado ya que pasa de un viejo estado dictatorial a un nuevo estado de tipo democrático-liberal, uno de los puntos culminantes de esta reforma es la promulgación de la Constitución.

El proceso de reforma política se inicia con la ley para la reforma política aprobada por las cortes franquistas

en noviembre de 1976 y después en referéndum en diciembre del mismo año, este proceso culminó con unas elecciones generales celebradas el 15 de junio de 1977.

Antes de Franco la Constitución no era una norma jurídica sino un documento político consistente en la institucionalidad de los agentes básicos como el Rey y las Cortes, esta permanentemente a disposición de estos dos órganos titulares del poder legislativo, tenían la autoridad necesaria para reformar la ley política del estado.

Después de la primera Guerra Mundial el constitucionalismo democrático ejemplificado en la constitución republicana del 9 de diciembre de 1931, la constitución deja de ser un documento político para convertirse en un documento jurídico que es fuente de derecho y que disciplina los órganos y procedimientos de creación del derecho, se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales para estar a disposición del poder legislativo para convertirse en el criterio determinante de la regularidad de las actuaciones de dicho poder.

El primer intento de afirmación de la Constitución sería liquidada por la Guerra Civil y por el régimen que de ella saldría. Se produce la aniquilación absoluta de la Constitución como norma jurídica dirigida a controlar la acción administrativa más que la actividad política.

Con la constitución de 1978 se expresa la condición de ser fuente de derecho se pretende controlar el poder político mediante formas jurídicas.

La constitución consiste en la norma que fija los valores que deben presidir la vida en cualquier sociedad civilizada y el marco de referencia que no puede ser alterado por las fuerzas políticas en lucha, es el mejor instrumento de racionalización y control de poder.

Leyes de reforma de la Constitución.

La Constitución española actual establece dos procedimientos de reforma diferentes para la modificación de la misma, según afecte o no a las partes fundamentales del texto constitucional, si la reforma afecta a los principios fundamentales del Título Preliminar, los derechos, libertades públicas y la Monarquía, es necesaria una aprobación doble de la reforma, una por parte de las dos terceras partes de los parlamentarios de dos legislaturas sucesivas y por otro lado por referéndum popular y disolución inmediata de las Cortes Generales. (Art. 168). Si la reforma es parcial y no afecta a los artículos descritos anteriormente es necesaria una aprobación de la reforma por una mayoría de tres quintas partes de cada Cámara, sino se llegase a un acuerdo se intentará obtenerlo mediante la creación de una comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores que presentaran un texto que será votado por el Congreso y el Senado, este tipo de reforma no está sometida a referéndum sino se solicita durante los 15 días posteriores a su aprobación en el Parlamento, por una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos Cámaras. (art. 167)

Se sitúan junto a la Constitución como fuente de derecho, se prevé un procedimiento distinto para su aprobación, al legislativo ordinario son normas que añaden, suprimen o sustituyen algún precepto de la Constitución que una vez aprobadas, sancionadas, promulgadas y publicadas se incorporan al texto constitucional. La Constitución ocupa una posición superior en la jerarquía jurídica. La Constitución prescribe cuál es el procedimiento a través del cual tienen que ser aprobadas las leyes de reforma, la superioridad de la constitución sobre las leyes de reforma es controlable también por el tribunal constitucional.

Las leyes de Reforma además de por su contenido se caracteriza por su procedimiento de elaboración que se aparta del procedimiento legislativo ordinario.

El contenido afecta a las materias incluidas en la Constitución, por su procedimiento :

Iniciativa (art. 87) esta iniciativa legislativa le corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado de acuerdo

con la Constitución i con los Reglamentos de las Cámaras. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas pueden pedir al Gobierno la adopción de un proyecto de ley y podrán delegar delante de las Cámaras un máximo de tres miembros para defenderla.

la exclusión de la iniciativa popular, prohibición de la iniciativa de reforma en los supuestos de declaración de cualquiera de los estados excepcionales alarma, excepción y sitio (art. 116)

deliberación

Aprobación de la cámaras

intervención del cuerpo electoral (art. 167–168)

En los supuestos de reforma ordinaria de la Constitución española (art. 167) el procedimiento se caracteriza por el siguiente:

- el proyecto de ley de reforma ha de ser aprobado por una mayoría de tres quintas partes de ambas Cámaras.
- en caso de desacuerdo entre ellos se constituye una comisión paritaria de Diputados y Senadores que presentara un texto que será votado por el Congreso y el Senado por una mayoría de tres quintas partes.
- de no conseguirse la aprobación de la ley, la ley de reforma podía ser aprobado por la mayoría absoluta del Senado y los dos tercios del Congreso.
- no es preceptiva la intervención del Cuerpo electoral ya que solo se someterá a referéndum si lo solicitan la décima parte de los miembros de cualquiera de las dos cámaras en un plazo de 15 días siguientes a la aprobación.

En caso de revisión total o de un parcial que afecte al Título Preliminar o al Título II el procedimiento es distinto:

- aprobación del principio de necesidad de la revisión de la constitución por una mayoría de dos tercios de ambas cámaras.
- las cámaras quedan automáticamente disueltas y se procede a convocar elecciones generales.
- las cámaras recién elegidas deben ratificar la decisión acerca de la necesidad de la revisión de la constitución no exige ningún tipo de mayoría, mayoría simple, en el Congreso de los Diputados en cambio en el Senado se exige la mayoría absoluta.
- las cámaras procederán al estudio del nuevo texto constitucional que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas cámaras.
- en este caso es obligatoria la intervención del cuerpo electoral mediante referéndum.

Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional tiene valor de cosa juzgada y no cabe recurso contra ella (art. 164) y la ley Orgánica del Tribunal Constitucional añade que vinculan a todos los poderes públicos y producirá efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38)

La ubicación de la sentencia del Tribunal Constitucional dentro del sistema de fuentes es una cuestión no

resuelta de manera clara, en un primer momento se sostuvo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debía ser considerado fuente del Derecho e incluirse en el título preliminar del Código Civil, luego se situó en la jerarquía normativa inmediatamente después de la Constitución y por encima de todas las demás fuentes de Derecho.

No plantearía problemas si las sentencias del Tribunal Constitucional solo se limitaran a ser en la práctica sentencias que confirman o no la constitucionalidad de la ley sin embargo en las sentencias del Tribunal Constitucional también se dan las llamadas sentencias interpretativas en las cuales el Tribunal Constitucional no se limita a declarar la constitucionalidad de la norma impugnada sino excluir algunas de las interpretaciones posibles que es la que se declara conforme a la Constitución, este tipo de sentencias es necesario no por motivos prácticos o para evitar que se produzcan vacíos normativos en el ordenamiento sino que deriva de una necesidad lógica de la modificación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la recepción de un concepto de Constitución diferente al tradicional, esto implica que las sentencias del juez de la constitucionalidad se conviertan en fuente de derecho.

La afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional, sobre las demás fuentes de derecho con excepción de la Constitución y las leyes de Reforma de la misma.

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución y solo está sometido a esta y a su propia ley Orgánica, en esta calidad el Tribunal Constitucional es el custodio permanente de la voluntad del constituyente, el guardián al que la Constitución confía la tarea de velar para que los poderes constituidos no traspasen la frontera que les separa del poder constituyente.

Los límites a los que está sometido el poder legislativo cuando interpreta la Constitución, derivan de la separación entre el poder constituyente y el poder legislativo como poder constituido, separación cuya custodia reivindica el Tribunal Constitucional, el cual ha de velar para que los poderes constituidos nunca rebasen los límites y competencias establecidas por el poder constituyente.

Esto se traduce en varias limitaciones para la potestad legislativa del estado, sobre todo la prohibición de dictar normas interpretativas de la Constitución. El Tribunal Constitucional indica que el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido entre los varios posibles que debe atribuirse a un determinado concepto de la Constitución, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa el hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos, el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional.

Concepto De Ley Orgánica.

Dentro de las numerosas novedades introducidas por la Constitución española en el sistema de fuentes, es la incorporación al mismo de la Ley Orgánica quizá la más significativa. Es una institución a la que el constituyente le ha asignado una posición central en el desarrollo de la Constitución, previendo un considerable número de tales leyes para regular diversas materias.

La Ley Orgánica es una institución que no brilla por su coherencia, los estudios sobre la misma pretenden analizarla como si fuera coherente, pretenden explicarla como algo conexas y con perfiles que pueden ser definidos con precisión.

Cuando el legislador haya ido aprobando las correspondientes Leyes Orgánicas y el Tribunal Constitucional se haya ido pronunciando sobre las que serán sometidas a su consideración.

La Constitución española regula la Ley Orgánica en el artículo 81 que dice que, son leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral y las previstas por la Constitución, su aprobación, modificación o derogación de estas leyes exige la mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

La Ley Orgánica es definida mediante dos criterios: uno material mediante la cual la Constitución establece las materias que han de ser objeto de Ley Orgánica y remite a las reservas de Ley Orgánica escalonadas a lo largo del texto constitucional; y otro formal, por el cual se exige una mayoría absoluta en el congreso de los diputados en una votación sobre la totalidad del Proyecto de Ley Orgánica. Se complementa la definición de Ley Orgánica mediante diversas prohibiciones, el artículo 75 prohíbe en las materias de Ley Orgánica las Leyes de Comisión, el art. 82 la delegación legislativa y el art. 87 la iniciativa popular, la cual regula las formas de ejercicio y los requisitos de esta para la presentación de proposiciones de ley, en cualquier caso se requerirá no menos de 500.000 firmas acreditadas, pero esta no es procedente en las materias propias de una Ley Orgánica.

Materias reservadas a la Ley Orgánica.

Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, por derechos fundamentales u libertades públicas debemos entender exactamente el contenido incluido bajo esa rubrica en la Sección primera del Capítulo II del Título Primero, como se indica en este apartado son derechos fundamentales el derecho a la vida, a la integridad física y moral, en ningún caso nadie puede ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes, se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos sin ninguna limitación mas que el mantenimiento del orden público, toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el domicilio es inviolable, se garantiza el secreto de las comunicaciones, se tiene derecho a elegir libremente la residencia, se reconoce el derecho de expresar los pensamientos, se reconoce el derecho de reunión pacífica, se reconoce el derecho a la asociación,....

Para otras las materias reservadas a la Ley Orgánica no es atención a la Sección mencionada sino a otros criterios como la entidad del derecho o libertad que se trata de proteger independientemente de su ubicación o la susceptibilidad de plantear el recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando de manera tajante que por derechos fundamentales y libertades públicas en el art. 81 ha y que entender la definición de la Sección Primera del Capítulo II del Título preliminar y nada más. El artículo 53 de la Constitución establece que cualquier ciudadano podrá recabar a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección Primera del Capítulo II.

La doctrina del Tribunal Constitucional resulta coherente en el sentido de que la Ley Orgánica es una figura excepcional y como tal ha de ser interpretada restrictivamente, este carácter excepcional deriva del propio sistema democrático instaurado por la Constitución basado en el juego de las mayorías, que únicamente para supuestos tasados y excepcionales prevé una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas y reforzadas.

Este mismo criterio restrictivo es el que sigue el Tribunal Constitucional en la interpretación que ha de darse a los términos relativos al desarrollo que preceden a los conceptos derechos fundamentales y libertades públicas. Este criterio se ha ido perfilando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta llegar a la conclusión de que por desarrollo legislativo hay que entender desarrollo legislativo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las muchas otras alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley Orgánica en materias concretas que conciernen a las Cortes en constituyente permanente, no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento

jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión aunque sea remota con un derecho fundamental.

Esta interpretación restrictiva de llevada inicialmente demasiado lejos por el Tribunal Constitucional en la sentencia 25/1984, por la que resolvió negativamente una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con la Ley 40/1979 de 10 de Diciembre de Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Así pues, la reserva de Ley Orgánica cubre exclusivamente a los artículos 15 al 29 y a las leyes que lo desarrollen directamente y no simplemente que afecten o incidan sobre los mismos, la Constitución afirma que son Leyes Orgánicas las que aprueban los Estatutos de Autonomía y las que regulan el régimen electoral general. Junto estos bloques de materias nos encontramos en la Constitución con las siguientes reservas expresas de Ley Orgánica:

– bases de la organización militar (art. 8), – el defensor del pueblo (art. 54), – suspensión individual de derechos fundamentales (art. 55.2), – orden sucesorio de la Corona (art. 57.5), – iniciativa popular por la presentación de proposiciones de ley (87.3), – modalidades de referéndum (art. 92.3), – autorización para la celebración de Tratados Internacionales por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93), – funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104.2), – composición y competencia del Consejo de Estado (art. 107), – estados de alarma, excepción y sitio (art. 116), – constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 122), – composición, funcionamiento y funciones del Tribunal de Cuentas (art. 136), – alteración de los límites provinciales (art. 141.1) supuestos especiales de constitución de Comunidades Autónomas (art. 144), policía de Comunidades Autónomas (art. 148.1 y 149.1), – referéndum previsto en el art. 151.1, – ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas (art. 157.3), – el Tribunal Constitucional (art. 165).

La Ley Orgánica se caracteriza por la exigencia de la aprobación por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del Proyecto. En el concepto de Ley Orgánica se combinan un elemento material y otro formal, no tienen la misma importancia para la definición de tal categoría, sino que el elemento material prima de manera clara sobre el formal, las materias reservadas a la Ley Orgánica han de ser reguladas por ley aprobada por mayoría absoluta en el Congreso, pero no toda ley aprobada con esta característica convierte a la materia que regula en materia de Ley Orgánica, de lo que se deriva que el concepto de Ley Orgánica es básicamente un concepto material. Así pues, el Tribunal Constitucional podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-Ley, Decreto legislativo, ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso que dichas disposiciones hubieran regulado materia reservadas a la Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.

Todo esto se puede resumir en que hay materias reservadas a la Ley Orgánica, que la ley Ordinaria del Estado o de la Comunidad Autónoma o el acto con fuerza de ley que regule estas materias es anticonstitucional y que lo es no porque la Ley Orgánica sea una ley superior a la ley o al acto con fuerza de ley sino por violación del artículo 81 de la Constitución.

Posición de la Ley Orgánica en el sistema de fuentes.

Hasta el momento nos hemos centrado en el debate sobre la Ley Orgánica donde existen claramente dos posiciones diferentes: la de aquellos que sostienen que la Ley Orgánica goza de una especial vinculación con la voluntad del constituyente y ocupa un lugar superior al de la ley ordinaria en la jerarquía normativa y los que afirman que la Ley Orgánica es simplemente un tipo especial de ley y que las relaciones entre ellas no

pueden ordenarse en base al principio de jerarquía sino única y exclusivamente en base al principio de competencia. Los defensores de la primera postura la fundamentan especialmente en la exigencia de una mayoría cualificada para la aprobación de la Ley Orgánica frente a la mayoría simple necesaria para la aprobación de la Ley ordinaria, los partidarios de la segunda sostienen que el principio de jerarquía solo puede operar cuando existe coincidencia en la materia susceptible de regulación por fuentes diversas, al no poder coincidir la Ley Orgánica y la ley Ordinaria en la regulación de la misma materia, ya que las materias reservadas a la Ley Orgánica no pueden ser reguladas por la Ley Ordinaria y la Ley Orgánica no puede regular otras materias que las que el están constitucionalmente reservadas, entonces acudir al principio de jerarquía para definir las relaciones entre una y otra es absurdo. Para los primeros el elemento formal que entra en el concepto de Ley Orgánica es relevante para definir sus relaciones con la Ley Ordinaria, mientras para los segundos no lo es. El elemento formal es necesario para que una ley se apruebe con el carácter de Orgánica, pero de aquí no se deduce consecuencia alguna para la posición de la misma en el sistema de fuentes.

Junto a estas dos posiciones encontramos una tercera que afirma que no es posible prescindir por completo del principio de jerarquía en el análisis de dichas relaciones, por motivos prácticos como la imposibilidad de efectuar un deslinde perfecto entre la Ley Orgánica y la Ley Ordinaria y consiguiente posibilidad de conflictos entre una y otra, y la necesidad de hacer frente al problema de las leyes parcialmente orgánicas.

Sobre esta ultima postura el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia dictada sobre esta materia podría encontrarse los siguientes puntos:

1º la Ley Orgánica tiene una vinculación especial con la voluntad del constituyente que la diferencia por esto de la Ley Ordinaria. La Ley Orgánica no puede darse mas que allí donde el constituyente expresamente lo ha querido de manera inequívoca como instrumento de desarrollo directo de su obra. En la sentencia 76/1983 de 5 de agosto, el Tribunal dice que el hecho que el legislador constituyente haya optado por determinaciones específicas de Ley Orgánica u no por previsión generalizada ha ce imposible la extensión de esas reservas a otras materias por considerarlas de análoga importancia en materia autonomía.

2º el concepto de Ley Orgánica es básicamente un concepto material, debiendo darse en principio una correspondencia absoluta entre el continente, la Ley Orgánica, y el contenido, las materias reservadas. El instrumento de la Ley Orgánica esta reservado para determinadas materias , de la misma manera que determinadas materias están reservadas a la Ley Orgánica, cualquier ampliación de estas materias por el legislador supondría una infracción de la Constitución, una violación del artículo 81.

3º en la relación entre la Ley Orgánica y la Ley Ordinaria no juega solo el principio de competencia, sino también el principio de jerarquía. La Ley Orgánica esta reservada a materias distintas de la Ley Ordinaria, pero es también una norma que ocupa un lugar superior dentro de la jerarquía normativa. Esta superioridad jerárquica es reiterada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Los posibles conflictos entre la Ley Orgánica y l Ley Ordinaria han de resolverse en base al siguiente principio de interpretación, que dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de ley, solo se planteara el conflicto si ambas inciden sobre una misma materia , en cuya hipótesis la Ley Orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria ya que no puede ser modificada por esta (art. 81.2)

La doctrina del Tribunal Constitucional es inequívoca, las relaciones entre la Ley Orgánica u la Ley Ordinaria estarán determinadas básicamente por el principio de competencia de separación del ámbito material al que esta reservado cada una de ellas, pero también eventualmente por el principio de jerarquía, lo mas importante es la apreciación del principio de separación competencia es algo valoran discrecionalmente las Cortes Generales , viéndose vinculados todos los operadores jurídicos con la única excepción del Tribunal Constitucional, del principio de competencia solo puede valerse o las Cortes Generales, al aprobar una ley con carácter de orgánica o ordinaria, o el Tribunal Constitucional, al tomar una decisión por cualquiera de los procedimientos previstos para ellos, todos los demás operadores jurídicos sin excepción están vinculados por

el principio de jerarquía.

Aunque en la teoría en las relaciones entre Ley Orgánica u Ley Ordinaria solo debiera intervenir el principio de competencia, en la practica resulta inexcusable recurrir al principio de jerarquía de forma complementaria. En ultima instancia, con el principio de competencia solo puede operar con autoridad el Tribunal Constitucional y nada mas, ya que no habría ordenamiento jurídico que resistiera la utilización generalizada por todos los operadores jurídicos de dicho principio, al margen del principio de jerarquía.

Esta combinación de los principios de competencia y jerarquía es la que sirve también de base al Tribunal Constitucional para dar respuesta al problema de las leyes parcialmente orgánicas. Desde la perspectiva del principio de competencia, el problema de las leyes parcialmente orgánicas no debería ni siquiera plantearse y así fue sostenido inicialmente por parte de la doctrina. La ley Orgánica debería limitarse a regular las materias propias de la Ley Orgánica y ninguna mas, en la practica, esto no se ha operado hasta la fecha de forma tan clara y no ha sido infrecuente que las leyes aprobadas con el carácter orgánica se ocupen tanto de materias reservadas a Ley Orgánica sino de otras que no lo están, cuando ocurre esto, se produce el efecto de congelación de rango en toda la materia regulada en la ley orgánica, ya que la ley adquiere formalmente el carácter de orgánica por la votación final sobre la totalidad del proyecto en el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, esto es la definitivo.

Lo determinante del carácter de Ley Orgánica es la votación final por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados y nada mas. Una vez esto se ha producido, todo el contenido de la ley queda afectado en principio por ese carácter de orgánica, nos encontraríamos ante una contradicción entre los principios de jerarquía y de competencia, según el tribunal constitucional debe prevalecer el principio de jerarquía para todos los operadores jurídicos excepto para las propias Cortes Generales y para el Tribunal Constitucional, que según su sentencia de 5/1981 de 13 Febrero dice que la reserva de ley Orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma a Ley Orgánica o por la sentencia del Tribunal Constitucional que declare cuales de los preceptos de aquella no participan de tal naturaleza.

La Ley Orgánica se caracteriza en nuestro ordenamiento por lo siguiente:

- a. es una fuente rigurosamente excepcional, en la medida en que supone una excepción al principio democrático al que responde la formación de la voluntad ordinaria del estado que es el de la mayoría simple.
- b. tiene que haber sido prevista de manera expresa por el constituyente, sin que quepa ampliar el alcance de la institución mediante interpretación analógica de ningún tipo.
- c. solo se puede hacer uso de ella para las materia s que el están expresamente reservadas por la Constitución, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva de las mismas y deslindar en la propia Ley Orgánica que materias de aquellas que regula son propias de Ley Orgánica y cuales no lo son, quedando abierta su modificación al legislador ordinario o al de la Comunidad Autónoma.
- d. es una norma que ocupa un lugar superior a la Ley Ordinaria en la jerarquía normativa.

Las fuentes tradicionales del ordenamiento jurídico del estado.

La ley, en la Constitución española no se define la ley expresamente, se limita a decir en el articulo 66.2 que las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del estado y a dedicar el Capitulo II del Titulo III a la Elaboración de las leyes, refiriéndose en el misma a algunos tipos especiales de leyes o de actos con fuerza de ley, pero no a la ley a secas.

La ley es el acto de las Cortes Generales emanado de forma típica y solemne, siguiendo el procedimiento legislativo, la ley no tiene porque ser una norma general y abstracta, ni tiene por que tener un contenido determinado que haga referencia a la libertad o la propiedad de los ciudadanos, lo determinante para la definición de la ley en nuestro derecho constitucional es el órgano, las Cortes Generales y el procedimiento a través del cual manifiesta su voluntad, en parte regulado por la propia Constitución y en parte por los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado.

Según el artículo 66.1 las Cortes Generales están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado, la potestad legislativa reside conjuntamente en ambas Cámaras pero su posición es completamente desigual en todos los momentos de la elaboración de la ley, excepto en la fase de integración de la eficacia de la norma.

Procedimiento legislativo.

En nuestro derecho constitucional se distinguen con claridad tres fases típicas de la elaboración parlamentaria de la ley: iniciativa, discusión y aprobación por las Cámaras.

Iniciativa, es la fase que sin duda se encuentra regulada con mas precisión en el propio texto constitucional, en cuyo artículo 87 determina quienes son los titulares en exclusiva de esta prerrogativa y que son concretamente los siguientes:

- el gobierno, en este caso el texto que se somete a las Cortes Generales recibe el nombre de proyecto de ley, ha de ser aprobado previamente en Consejo de Ministros (art. 88) y debe dársele prioridad en la tramitación parlamentaria (art. 89.1)
- cualquiera de ambas Cámaras de acuerdo con la constitución y en los términos previstos en sus respectivos reglamentos, el texto recibe el nombre de proposición de ley, no debiendo la prioridad que corresponde a los proyectos de ley impedir el ejercicio de la iniciativa legislativa por las Cámaras (art. 89.1)
- las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, las cuales pueden solicitar al gobierno la adopción de un proyecto de ley o bien remitirlo directamente a la Mesa del Congreso de los Diputados una proposición de ley, delegando ante dicha cámara un máximo de tres miembros en la asamblea encargados de su defensa.
- el cuerpo electoral, consistente en 500.000 ciudadanos con derecho a voto. Este precepto fue configurado inicialmente como derecho constitucional por excepción no inmediatamente aplicable, ya que el artículo 87.3 de la Constitución lo hacia depender de la aprobación por las Cortes Generales de una Ley Orgánica.

La iniciativa tiene que efectuarse necesariamente ante el Congreso de los Diputados, el artículo 88 dice que los proyectos de ley serán sometidos por el Gobierno al Congreso, el art. 87.2 que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas remitirán una proposición de ley a la mesa del Congreso y el art. 89.2 afirma que las proposiciones de ley que de acuerdo con el art. 87 tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su tramite en este tal como en la proposición, así pues incluso cuando la iniciativa legislativa parte del Senado, este lo único que puede hacer es proceder a la toma en consideración de la misma y remitirla después al Congreso de los Diputados; en nuestro sistema parlamentario el bicameralismo es imperfecto, por lo que a esta fase de elaboración de la ley se refiere, esto se traduce en que el Senado no puede discutir y votar sino sobre un texto que ya ha sido previamente aprobado por el Congreso de los Diputados.

La Constitución en el art. 134 reserva al Gobierno la iniciativa del Proyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado, sometiéndolo a determinadas condiciones.

Discusión y aprobación de la ley, una vez tomada la iniciativa por alguno de los órganos legitimados para ello, comienza la fase de la discusión u aprobación de la ley, dentro de la cual podemos diferenciar varios pasos a

seguir:

- los proyectos o proposiciones de ley son presentados ante la Mesa del Congreso de los Diputados, la cual ordena su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la comisión correspondiente,
- el plazo de presentación de enmiendas es de 15 días, pudiendo ser parciales o en su totalidad,
- una vez finalizado el plazo de presentación de enmiendas la comisión nombrará una ponencia, a fin que redacte un informe en el plazo de 15 días,
- finalizado el informe, comienza el debate por parte de la comisión, artículo por artículo, debate que finalizara con la adopción de un dictamen que se lleva al Presidente del Congreso a efectos de su tramitación,
- tras la deliberación y aprobación en la comisión, se procede a la deliberación en el Pleno y a la aprobación definitiva del texto por el Congreso,
- el texto aprobado por el Congreso es remitido al Presidente y luego al Senado, donde con una limitación de dos meses se vuelve a reproducir prácticamente el mismo proceso que el proyecto a vivido en el Congreso,
- el senado puede o bien aprobar el proyecto en los mismos términos que fue aprobado por el Congreso de los Diputados o introducir enmiendas o vetarlo. En el caso que se introduzcan enmiendas estas serán objeto de debate y votación por el Pleno del Congreso y quedaran incorporadas al texto aprobado por el Congreso en las que obtengan mayoría simple de los votos emitidos, en caso de veto se someterá a votación el texto aprobado por el Congreso y el veto quedara levantado si vota a favor del mismo la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, sino se consiguiera esta mayoría, bastaría dos meses para que la mayoría simple levantara el veto.

Integración de la norma. tras haber sido fijado de manera definitiva el texto de la ley a través del procedimiento que se ha detallado en el punto anterior, pasamos a la fase de integración de la eficacia de la norma, que consiste en la sanción de la ley por el Jefe Estado en el plazo de 15 días, la promulgación u la publicación.

La sanción es una institución que tuvo en la historia una gran importancia, hoy en día la ha perdido casi por completo en términos generales y desde luego en nuestro sistema constitucional. La sanción es un acto debido que se produce automáticamente en un plazo fijo por la Constitución una vez que las Cortes Generales han aprobado la ley correspondiente (art. 91).

La promulgación consiste en una declaración solemne de acuerdo con una formula ritual mediante la cual se formaliza la incorporación de la ley de manera definitiva al ordenamiento jurídico.

La publicación es simplemente un operación material, aunque la importancia de la misma es grande y se comprende por si misma, para que la ley sea obedecida tiene que ser conocida o tiene que darse la posibilidad de que sea conocida, ya que en nuestro ordenamiento jurídico se equipara la posibilidad de que la ley sea conocida con el conocimiento real de la misma a efectos prácticos, es decir este sistema jurídico funciona sobre la base de la presunción *iuris et de iure* según la cual la ley es susceptible de ser conocida es conocida. Se fija un plazo para la entrada en vigor de la norma que son veinte días después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado a menos que la propia ley disponga de manera expresa lo contrario.

Ley de Comisión.

Junto a las leyes de Pleno la Constitución española prevé la posibilidad de que las Cámaras puedan delegar en

las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. Este reconocimiento esta sometido por la Constitución a dos limitaciones, el pleno podrá en cualquier momento recabar el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de delegación y que no cabe tal delegación en los casos de reforma constitucional, cuestiones internacionales, leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

En el desarrollo de esta categoría las novedades mas importantes las aporta el Reglamento del Congreso de los Diputados, el cual dedica a las leyes de comisión la Sección V del Capitulo III del Titulo V, que son las siguientes:

- presunción del acuerdo del Pleno por el que se delega la competencia legislativa plena en las comisiones correspondientes siempre que se trate de proyectos o proposiciones de ley susceptibles de ser delegados,
- exclusión de esta delegación del debate y votación de totalidad o de toma en consideración,
- equiparación del procedimiento legislativo de las leyes de comisión con el procedimiento legislativo ordinario, con la excepción del tramite de deliberación y votación final en el Pleno.
- suspensión de la competencia legislativa plena en los supuesto en que el texto del Congreso de los Diputados haya sido vetado o enmendado por el Pleno del Senado.

Toda propuesta de veto de un texto recibido del Congreso de Diputados que se aprobada en comisión deberá ser elevada al Pleno para su ratificación o rechazo, vetar un texto del Congreso no lo puede hacer una comisión, sino únicamente el Pleno del Senado.

Una vez aprobada por este procedimiento la ley de comisión tiene que ser sancionada, promulgada y publicada, y se incorpora al ordenamiento jurídico con la misma fuerza que caracteriza a la ley de Pleno, pues la diferencia es únicamente en el procedimiento de discusión y aprobación , ya que hay materias que están reservadas al Pleno y no son delegables en comisión, ambas ocupan el mismo lugar en la jerarquía normativa y las posibles antinomias entre ellas habrán que resolverse en base a los criterios conocidos de la ley posterior que prima sobre la ley anterior y la ley especial que prima sobre la general.

Actos con fuerza de ley.

La Constitución española otorga a las Cortes Generales el monopolio de la emisión de normas jurídicas primarias e incondicionales, las Cortes podrán hacer uso de ese monopolio en la forma de leyes de pleno o leyes de comisión, y para ellas es para las que la doctrina ha creado la expresión de fuerza de ley. La Constitución prevé dos tipos de actos normativos del Gobierno dotados de esta característica típica de los actos normativos de las Cortes Generales , es decir con fuerza de ley, estos casos son los Decretos legislativos regulados en los artículos 82 a 85 y los Decretos Leyes regulados en el articulo 86, nos encontramos ante dos excepciones de dicho monopolio ya que la Constitución impone en ambos casos una intervención del titular del poder legislativo.

Decreto legislativo, la constitución se ocupa en primer lugar de los decretos legislativos, esta categoría se caracteriza porque la excepción al monopolio legislativo de las Cortes Generales parte de ellas mismas, que son las que tienen la habilitar al Gobierno para que dicte disposiciones con fuerza de ley que recibirán el nombre de Decretos Legislativos, es una delegación que hace el titular del poder legislativo al Gobierno para que este lo sustituya y ocupe su lugar.

El concepto de Decreto Legislativo es el nombre genérico que cubre los actos de autoridad del poder ejecutivo, el cual precisa cual es la característica específica de ese acto de autoridad del ejecutivo, es un acto normativo y con fuerza de ley. Interesa resaltar que la Constitución no se ocupa propiamente de ella, solo en

el art. 85 hace una referencia a esta categoría, de lo que la Constitución se ocupa detenidamente es precisar en que forma y con que contenido pueden las Cortes Generales habilitar al Gobierno para dictar normas con fuerza de ley; del acto del Gobierno solo nos indica tres pequeñas características, que tiene que ser del Gobierno o sea que el destinatario de la habilitación parlamentaria no puede ser mas que el Consejo de Ministros sin que deje lugar a una subdelegación, que dicho acto recibe el nombre de Decreto Legislativo y que esta sometido al control de los Tribunales de Justicia u por el Tribunal Constitucional.

Las leyes de delegación tendrán que ser aprobadas con las siguientes características:

- tienen que ser leyes de pleno,
- no se puede habilitar al Gobierno para que dicte Decretos Legislativos en las materias que están reservadas a la Ley Orgánica,
- la forma de la delegación habrá de ser la de ley de bases, cuando un objeto sea la formación de textos articulados o la de la ley ordinaria, cuando se trate de formular textos refundidos.
- las leyes de delegación tienen que cumplir las siguientes condiciones: . habilitar al Gobierno sin permitir subdelegaciones, . hacerlo de forma expresa ., para materia en concreta, . con fijación de plazo sin que quepa la delegación por tiempo indeterminado, . para un solo acto la habilitación se agota por el uso que de ella hace el Gobierno mediante la publicación del correspondiente Decreto Legislativo,
- las leyes de base, tendrán que contener la delimitación precisa del objeto y alcance de la delegación legislativa, así como los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio,
- las leyes ordinarias para autorizar la refundición de textos legales deberán especificar si dicha autorización se circunscribe a la mera formulación de un texto único o se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos,
- las leyes de bases no podrán ni autorizar la modificación de la propia ley de base, ni facultar para la emisión de normas de carácter retroactivo,
- además del control de los tribunales de Justicia ordinarios y del Tribunal Constitucional, las leyes de delegación podrán contener fórmulas adicionales de control concretadas por el Reglamento del Congreso de los Diputados en los siguientes términos: . si en el plazo de un mes desde la publicación del Decreto Legislativo ningún diputado o grupo parlamentario formula objeciones se entiende que el uso hecho por el Gobierno de la delegación es correcto, . si se formula algún reparo, la cuestión pasa a la comisión correspondiente, la cual deberá emitir un dictamen en el plazo que se señale, . el dictamen será debatido en el Pleno con Arreglo a las normas del procedimiento legislativo, . los efectos jurídicos serán los previstos en la ley de delegación. El reglamento del Senado no indica nada al respecto.

El legislador gubernamental no puede nunca determinar cuales son los intereses que se han de satisfacer ni los objetivos que se pretenden alcanzar con el Decreto Legislativo, ya que estos tienen que estar fijados previamente y de manera expresa en la ley de delegación, su actividad esta limitada en el tiempo, teniendo que desarrollarse en el plazo marcado por la Ley de delegación, es además una actividad especializada por definición, que se agota en un único acto, no sustituible ni modificable por el gobierno no siquiera dentro de los límites de la ley de delegación y es una actividad obligatoria que el Gobierno tiene que llevar necesariamente a cabo una vez el Parlamento ha aprobado la correspondiente ley de delegación.

Decreto ley, a diferencia del Decreto Legislativo que es una institución que existe en prácticamente en todos los estados de nuestro ámbito histórico y cultural, el Decreto Ley es una institución desconocida para la mayor parte de las constituciones vigentes en Europa, se trata de una institución prácticamente italiana y española,

regulada en ambos sistemas con notables semejanzas pero también con diferencias.

Su característica es el hecho de ser una norma con fuerza de ley que emana directamente del gobierno y sobre las que el parlamento solo se pronuncia a posteriori, se trata de una excepción que se produce inicialmente al margen del titular del poder legislativo. El constituyente de 1978, alertado por el uso de esta fuente del derecho durante el régimen del general franco, ha regulado de forma muy pormenorizada el Decreto Ley, fijando este concepto tanto desde un punto de vista positivo y negativo, así como se prevé el proceso de convalidación parlamentaria.

El artículo 86 de la Constitución define con precisión el concepto de decreto ley, desde un punto de vista positivo se define la naturaleza de la norma, disposición legislativa provisional y el órgano competente para dictarla es el Gobierno, el presupuesto de hecho habilitante que es un caso de extraordinaria y urgente necesidad. Desde el punto de vista negativo por la exclusión de determinadas materias no susceptibles de ser reguladas a través de dicha fuente, el Decreto Ley puede ser definido así como una ***disposición legislativa provisional dictada por el Gobierno en caso de extraordinaria necesidad y urgencia sobre materias no expresamente excluidas por la Constitución.***

En caso de extraordinaria y urgente necesidad nos encontramos un supuesto típico de concepto jurídico indeterminado, como un supuesto no concretable a priori pero si a posteriori que describe una situación que solo admite una solución ajustada a derecho, la extraordinaria y urgente necesidad o existe o no, siendo además algo que tiene que ser demostrado por el Gobierno caso por caso, se excluye la apreciación discrecional de la misma por el titular del poder ejecutivo.

Es competencia de los órganos políticos determinar cuando la situación por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad requiere el establecimiento de una norma por la vía del Decreto Ley. Según la sentencia 6/1983 de 4 de Febrero del Tribunal Constitucional nuestra constitución ha contemplado el Decreto Ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, la conclusión que extrae el Tribunal es que la necesidad justificadora de los Decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta sino como necesidad relativa respecto a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieren una acción normativa inmediata en un plazo mas breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes, la utilización del Decreto ley tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícito en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados por la gobernación del país que por circunstancias difíciles o imposibles de prever requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta.

Para el Tribunal el Decreto ley no es una fuente normal, pero tampoco una fuente rigurosamente excepcional tal y como se indica en el artículo 86 de la Constitución.

En el artículo 86.1 se enumera de forma expresa las materias que no pueden ser reguladas por Decreto-ley, son las siguientes: – el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los individuos regulados por el Título I, el régimen de las Comunidades Autónomas y el Derecho Electoral General.

La discusión se ha centrado en este caso en si las materias excluidas por el artículo 86 coinciden o no con las materias reservadas a la Ley Orgánica, de donde se desprende que las materias excluidas de esta regulación no coinciden con las reservadas a la Ley Orgánica.

Tramitación parlamentaria, según ya hemos visto el Decreto-ley es definido como una disposición legislativa provisional, esto no indica que se a una norma imperfecta por su contenido sino simplemente que ha sido dictada por el órgano que no es el competente para ello y ha de ser ratificada por el órgano que si lo es.

La Constitución prevé dos procedimientos alternativos, según el cual el Congreso de los Diputados exclusivamente tendría que pronunciarse expresamente en el plazo de treinta días desde la publicación del Decreto-Ley sobre la convalidación o derogación del mismo tras un debate de totalidad en el Pleno. El otro se establece que durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyecto de ley por procedimiento de urgencia y nada se opone a una interpretación alternativa a ambas vías, quedando este punto al criterio de oportunidad que pueda establecer en el futuro el Congreso de los Diputados.

En la práctica, la ratificación por el Pleno del Congreso resulta imprescindible, tras dicha ratificación se tramita el Decreto-ley convalidado como ley por el procedimiento de urgencia, las alternativas son la convalidación por el Congreso de los Diputados o la convalidación mas tramitación como ley por el procedimiento de urgencia. Convalidado un Decreto-ley el presidente preguntara si algún grupo parlamentario desea que se tramite como proyecto de ley, en caso afirmativo, la solicitud será sometido a la decisión de la Cámara, si esta se pronunciase a favor, se tramitara como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. El resultado final del procedimiento legislativo será una Ley formal del parlamento que sustituyese en el ordenamiento jurídico tras su publicación al Decreto-ley, si se ha procedido según lo previsto en el apartado 2 del artículo 86 el Decreto ley no se transforma en ley, o sea, no cambia su naturaleza jurídica, lo que el artículo 86.2 de la Constitución llama convalidación es mas una homologación respecto a la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino.

El Congreso de los Diputados, además de convalidar el Decreto ley, puede también derogarlo, derogación que será expresa, no pudiendo el Congreso simplemente dejar transcurrir el plazo de treinta días sin pronunciarse sobre el Decreto Ley, el Gobierno suele disponer de la mayoría parlamentaria y difícilmente perderá una votación de convalidación de un Decreto-ley. Los efectos de la convalidación son claros, el decreto ley deja de ser una disposición provisional para integrarse definitivamente en el ordenamiento jurídico,: Los efectos de la derogación empiezan a partir de que empiezan a surgir los efectos de dicha derogación, si desde el Congreso de los Diputados adopta el acuerdo de derogación o desde el momento de la publicación del Decreto-ley en el Boletín Oficial del Estado.

Pero los dos principales problemas que pueden plantearse en este terreno son los siguientes:

- el de la inconstitucionalidad sobrevenida de un Decreto-ley que nace como norma coyuntural para dar solución provisionalmente a un problema y que después se convierte en la norma definitiva que regula dicha materia de manera permanente.
- el de las normas de un decreto que son anticonstitucionales, en la medida en que están contenidas en un decreto-ley y que dejan de serlo en la medida que cambian de naturaleza, al pasar a ser normas de una Ley de la Cortes Generales que han tramitado el Decreto-Ley según lo previsto en el artículo 86.3.