

APUNTES DE DERECHO CONSTITUCIONAL I

EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FUENTES DEL DERECHO

(Lecciones 9 a 13)

**José Luis García Ruiz
Emilia Girón Reguera**

ÍNDICE

LECCIÓN 9. La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho (I).

- I. La Constitución y el establecimiento de un sistema de fuentes formales.
 - I.1. Normas primarias y normas secundarias.
 - I.2. Fuerza y forma de ley.
 - I.3. La reserva de ley.
 - I.4. Principio de jerarquía y principio de competencia.
- II. Clasificación general de las fuentes en el Derecho español.

LECCIÓN 10. La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho (II): los Tratados Internacionales.

- I. Introducción.
- II. Los Tratados Internacionales.
 - II.1. La problemática de su inserción en el ordenamiento jurídico español: su rango normativo.
 - II.2. Procedimientos de elaboración de los tratados y sus clases. .
 - II.3. El control de constitucionalidad de los tratados.
- III. Consideración especial de los tratados que interpretan normas constitucionales.
- IV. Tratados de integración supranacional: la incorporación de España a la Unión Europea.
 - IV.1. Las normas comunitarias.
 - IV.2. Su eficacia en el Derecho interno.

LECCIÓN 11. La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho (III): las normas con forma de ley.

- I. Las Leyes Orgánicas: concepto y relación con la ley ordinaria.
- II. Los Estatutos de Autonomía como subtipo especial de leyes orgánicas.
- III. Las leyes ordinarias y sus distintas tipologías. Leyes estatales y leyes autonómicas.
- IV. El bloque de la constitucionalidad: las leyes delimitadoras de competencia.
 - IV.1. Las leyes marco.
 - IV.2. Las leyes orgánicas de transferencia o delegación.
 - IV.3. Las leyes de armonización.
- V. Los Reglamentos Parlamentarios.

LECCIÓN 12. La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho (IV): las normas con fuerza de ley.

- I. Los Decretos Leyes.
 - I.1. Concepto.
 - I.2. Requisitos.
 - I.3. Convalidación.
- II. Los Decretos Legislativos.
 - II.1. Concepto.
 - II.2. Clases.
 - II.3. Requisitos.
 - II.4. Los llamados Decretos ultra vires.
- III. Decretos-Leyes y Decretos Legislativos en el ámbito autonómico.

Lección 13. La Constitución como fuente de las fuentes del Derecho (V): Las normas secundarias. Otras fuentes complementarias.

- I. La potestad reglamentaria.
 - I.1. Concepto y clases de reglamento.
 - I.2. Ejercicio y control de la potestad reglamentaria.
 - I.3. El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.
 - I.4. Otras potestades reglamentarias.
- II. Los convenios colectivos.
- III. La costumbre y los principios generales del Derecho.
- IV. La jurisprudencia de los tribunales.

LECCIÓN 9

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO (I)

I. EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO. 1. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS. 2. FUERZA Y FORMA DE LEY. 3. LA RESERVA DE LEY. 4. PRINCIPIO DE JERARQUIA Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA. **II. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

I. EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

1. NORMAS PRIMARIAS Y NORMAS SECUNDARIAS.

Dentro de la existencia del Estado se nos aparecen dos grandes líneas convergentes: de un lado la necesidad del hombre que vive en sociedad de que el Estado sea un ente instrumental que garantice la seguridad jurídica legítima, basada en el ideal de justicia; de otro el que el Estado se revelará como un monopolizador vocacional de las fuentes del Derecho.

Esas dos líneas convergentes se satisfacen mediante la formulación de la Constitución como norma suprema y como norma normarum pues ella será la que nos establezca el telón de fondo que podemos considerar como seguridad jurídica legítima al tiempo que encauzará la vocación monopolista del Estado en cuanto a las fuentes del Derecho estableciendo los procedimientos y mecanismos que deberán ser tenidos en cuenta para producir Derecho. El Derecho será Derecho porque estará hecho por el órgano del Estado que la Constitución autoriza, mediante los procedimientos que la Constitución establece y cuyo contenido habrá de respetar lo que la Constitución dispone.

Pero no todo el Derecho infraconstitucional tiene la misma importancia. En él existen dos niveles cualitativamente distintos

1. NORMAS PRIMARIAS: son aquellas normas que innovan el Ordenamiento Jurídico, que pueden cambiarlo y darle la vuelta como un calcetín.
2. NORMAS SECUNDARIAS: son aquellas normas que simplemente completan y/o desarrollan a las normas primarias, a las que están subordinadas.

Desde esta distinción resulta lógico apreciar que lo que más importa al Derecho Constitucional es todo aquello que se relaciona con las normas primarias y consecuentemente la Constitución, en su condición de norma normarum prestará mayor atención a dichas normas primarias. A la norma que identificamos como norma primaria es a la que hemos terminado denominando LEY.

Desde esta perspectiva se afirma que la *Constitución es el marco en el que se desenvuelve libremente el juego de la ley*. El que en la Constitución estén, como sabemos, las cabeceras de capítulo de las distintas ramas del Derecho, o que las leyes se realicen conforme prevé la Constitución, no las convierte en mero desarrollo de la Constitución sino que las leyes se desenvuelven libremente dentro del marco establecido por la Constitución. Si las leyes no pudieran ser más que simple desarrollo de la Constitución tendrían que ser siempre las mismas e inamovibles con independencia del distinto signo político de los gobiernos. Las leyes tienen que ser constitucionales porque no pueden ir contra la Constitución pero, dentro del marco establecido por la misma, incorporan el contenido que el legislador considera conveniente en cada momento.

Dicho esto, sin embargo, conviene tener en cuenta que dada la mayor atención que la Constitución presta a la norma primaria¹, que llamamos ley nos encontraremos con que:

- La Constitución *regula al órgano que hace la ley*.
- La Constitución *establece los procedimientos concretos de elaboración de la ley*.

¹ Por esta razón dedicamos tres lecciones del sistema de fuentes a estudiar las fuentes que constituyen normas primarias (lecciones 10,11 y 12) y solamente una (lección 13) a las normas secundarias.

- La Constitución *establece distintas tipologías de leyes.*
- La Constitución *reserva determinadas materias a que sean reguladas por ley.*
- La Constitución *ordena a veces expresamente que se hagan determinadas leyes.*

Llegados a este extremo resulta necesario aclararnos conceptualmente sobre la palabra ley habida cuenta de que en el idioma castellano la misma tiene más de una docena de acepciones distintas desde la proporción de una aleación (oro de ley) hasta la regla constante e invariable de las cosas (ley de la gravedad) pasando, en lo que aquí nos interesa por la que la identifica como norma jurídica, la que equivale a la palabra “Derecho”.

Dentro de esta última existe una distinción fundamental: la que se refiere a cualquier norma jurídica *escrita* por contraposición a la costumbre y a los principios generales del Derecho (y que sería ley en sentido amplio, tal como se utiliza en el Título Preliminar del Código Civil) y ley en sentido estricto: es una norma jurídica escrita que incorpora un rasgo especial que la convierte en norma primaria. Ese rasgo especial lo denominamos FUERZA DE LEY y transforma a una norma jurídica escrita en una norma cualitativamente distinta a todas las demás.

2. FUERZA Y FORMA DE LEY.

La fuerza de ley puede ser explicada bajo un doble aspecto:

FUERZA DE LEY ACTIVA: es la capacidad de hacer tabla rasa de todas las normas anteriores que se opongan a su contenido, derogándolas y pudiendo, por tanto, innovar el Ordenamiento Jurídico (“la palabra del legislador puede convertir en basura una biblioteca jurídica”). Es un ariete.

FUERZA DE LEY PASIVA: es la capacidad de resultar inmune a todas las normas jurídicas posteriores, salvo las que sean de su misma naturaleza, es decir salvo las que tengan la misma fuerza de ley pasiva. Es una coraza.

La fuerza de ley le da a la ley ese especial rasgo cualitativo que la convierte en norma primaria y que de alguna manera en Derecho Constitucional se vincula a algunos temas conectados con la propia construcción del Estado constitucional. Y es que en éste la ley se considera la plasmación de la voluntad general, por lo que terminamos definiendo la ley de la siguiente manera: *norma jurídica escrita que se aprueba en el parlamento después de una deliberación y que aceptamos porque se considera aprobada por sus propios destinatarios* (consecuencia del principio de representación política). Eso diferenciará rotundamente a la ley de las normas secundarias que vamos a terminar denominando REGLAMENTOS porque carecerán de ese rasgo cualitativo especial que hemos llamado fuerza de ley. Los reglamentos son normas jurídicas escritas que no tienen esa fuerza especial porque no se presumen aprobadas por sus destinatarios, sino que éstos las aceptan porque consideran que proviene de un poder que reputan legítimo (poder ejecutivo).

A la ley como voluntad general transformada en norma jurídica escrita con ese rasgo cualitativo especial que es la fuerza de ley se la explica en base a dos conceptos que más que alternativos son complementarios:

1. CONCEPTO MATERIAL DE LEY: responde a una visión de la ley en función de su contenido. Como la ley es, después de la Constitución, la norma jurídica más importante porque posee la fuerza de ley y puede innovar el Ordenamiento Jurídico, resulta lógico que a ella quede reservada la regulación de las materias más importantes. Y esto conecta con el contexto histórico de las grandes revoluciones liberales, que conocemos por la teoría general, y la importancia que para la clase social que las protagoniza, la burguesía, tiene todo aquello que se relaciona con la libertad y la propiedad de donde empezaran a surgir instituciones como la reserva de ley para determinadas materias y, posteriormente, incluso la creación de diferentes tipologías de leyes para ocuparse de materias determinadas, como ocurrirá con la ley orgánica.
2. CONCEPTO FORMAL DE LEY: responde a una visión de la ley en función del órgano que la elabora y el procedimiento de elaboración. Esta visión también conecta con la historia constitucional, ya que en la medida en que la ley se entiende como la voluntad general (Rousseau) al ser consecuencia

de una deliberación realizada en el seno del órgano representativo de los ciudadanos que es el Parlamento, se entenderá que ley es toda norma que emana de un Parlamento representativo, sea cual sea el contenido de la misma.

Dentro del concepto formal de ley, ha habido, aunque actualmente no sigue vigente, la exigencia de que la ley ha de referirse a la generalidad de los ciudadanos, ya que todos son destinatarios de la misma. Ello quiere decir que no se admitía la existencia de leyes singulares dirigidas a un sujeto concreto o a unos pocos destinatarios.

Para conocer la ley tenemos que identificarla. De hecho la estructura de cualquier norma jurídica escrita no difiere de la estructura de cualquier otra norma jurídica escrita, así que necesitamos algunos símbolos o mecanismos que nos identifiquen aquellas que van a tener ese rasgo especial cualitativo que las hace ser normas primarias, algunos símbolos que le den a la ley una forma determinada, la forma de ley. Estos mecanismos que dan forma a la ley son la sanción, la promulgación y la publicación de la ley.

Sanción: Es la “firma” del instrumento legal por la que el Jefe de Estado asiente a la Ley. Suele consistir en la manifestación pública de la colaboración de la jefatura del Estado con el parlamento para otorgar a la ley su sello especial. En los regímenes parlamentarios constituye una reminiscencia de la cosoberanía de los dos poderes y su obligada colaboración y en los regímenes presidenciales es consecuencia de una separación rígida de poderes en la que el presidente puede aceptar o no una ley o impedir que durante un tiempo se promulgue la ley (veto devolutivo y veto suspensivo). Es un acto necesario para la perfección de la ley.

En tal sentido el Art. 91 CE es terminante: *“el rey sancionará en el plazo de 15 días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación”*. La sanción supone incorporar la firma del rey a la ley, pero se trata de un acto obligado, ya que el rey carece de la facultad de negarse a la sanción al tratarse de un régimen parlamentario.

Promulgación: La sanción va unida a la promulgación que consiste en definir que la norma se ha perfeccionado y debe ser acatada. De esta forma, se autentifica la ley aprobada y sancionada y se formaliza su incorporación de forma definitiva al ordenamiento jurídico. Existe una fórmula de promulgación que consiste en incluir la siguiente frase al inicio de la norma: “D. Juan Carlos I Rey de España, A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo, vengo en sancionar la siguiente Ley”. Al final de la norma se añadirá la frase: “Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar la presente Ley”. Se está ante un acto de carácter declarativo mediante el cual se proclama formalmente una ley aprobada por las Cámaras a la vez que se ordena a las autoridades y ciudadanos su cumplimiento.

Publicación: El Art. 91 CE atribuye al rey la promulgación y la orden de la inmediata publicación de la ley. Ello se produce mediante la inserción de la misma en el diario oficial (BOE) para el conocimiento de los ciudadanos y autoridades obligados a su cumplimiento. En el Derecho de nuestro tiempo no se admiten las normas secretas o reservadas de manera que la publicación es un requisito determinante para la existencia de la ley, lo cual conlleva un doble significado: que la ley no publicada no existe y, también que la ley existe tal y como es publicada en el Diario Oficial y si existe disparidad entre el texto publicado y el recogido en los repertorios legislativos el que vale es el primero. Por esta razón no es extraño comprobar que la publicación de una ley va acompañada a los pocos días de una corrección de errores.

DISTINTAS TIPOLOGIAS DE NORMAS CON FORMA DE LEY

La complejidad de los Estados contemporáneos ha producido el efecto de que existan diferentes tipologías de normas con forma de ley, es decir de normas que son objeto del procedimiento de sanción y promulgación a que hemos hecho referencia (la publicación es algo que se ha extendido a todo el ámbito del ordenamiento jurídico por lo que también las normas secundarias deben ser publicadas en cumplimiento del mandato explícito del artículo 9.3 de la CE) pero que se utilizan para dar cobertura a determinados asuntos o materias que

se reservan a esa tipología especial. Así por ejemplo en el ordenamiento español existen junto a la ley ordinaria (en el sentido de ley normal o habitual) la llamada ley orgánica u otras como son (sin ánimo exhaustivo pues ya se verá el listado en la pregunta correspondiente) la ley de bases, la ley-marco o la ley de armonización (estas dos últimas, consecuencia del Estado autonómico). A veces las reservas materiales efectuadas a favor de una tipología (por ejemplo, la ley que regule el régimen electoral general tiene que ser ley orgánica) va acompañada de la existencia de un procedimiento aprobatorio específico (por ejemplo, en el caso de la ley orgánica, votación de conjunto por mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados).

Estas tipologías suelen identificarse como tales en la fórmula de promulgación por lo que su reconocimiento es muy sencillo. Así en el caso de la ley orgánica la fórmula dirá en su parte primera "...Que las Cortes han aprobado con el carácter de *orgánica*..." y en su parte final "... la presente ley *orgánica*".

Pero el problema consiste en dilucidar si tales tipologías son a su vez jerarquizables. Así como en el ámbito de la norma secundaria (el ámbito reglamentario) es muy fácil establecer escalones jerárquicos como consecuencia de la jerarquía de los órganos que elaboran los reglamentos, el estrato de la ley (norma primaria) no admite gradualidad. Nos remitimos a lo que más adelante se dirá en la pregunta referida a los principios de jerarquía y competencia pero podemos anticipar ahora que el rasgo de la fuerza de ley es un rasgo cualitativo y no cuantitativo, que se tiene o no se tiene y por lo tanto resulta aventurado concluir en que haya leyes que sean más leyes que otras. Es más correcto académicamente establecer que lo que ocurre es que hay materias que están reservadas a una tipología de leyes y que si fueran reguladas por otras tipologías éstas serían nulas por violar la Constitución. Esto significa, en definitiva que en el estrato de las normas primarias no puede aplicarse el principio de jerarquía sino el de competencia, por más que el resultado práctico de aplicar éste equivalga a establecer una cierta jerarquización habida cuenta de que la fuerza de ley activa y la fuerza de ley pasiva juega (aunque esto está lleno de matices que no podemos abordar ahora) a veces condicionada por el ámbito material concreto reservado a una tipología. Todo ello se verá también con mayor amplitud en la Lección 11.

LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY

Para complicar más el tema de las fuentes del Derecho en el estrato correspondiente a las normas primarias el desenvolvimiento normativo de los Estados de nuestros días ha provocado que las Constituciones recojan unas tipologías de normas primarias a las que, aun careciendo de la forma de ley (es decir no proviniendo de los parlamentos y no siendo sancionadas, promulgadas y publicadas como ley) se les dota por las Constituciones, sin embargo, de fuerza o valor de ley. Se trata de un reflejo de la necesidad provocada por la urgencia o por la complejidad de determinados asuntos que hace que de manera excepcional y reglada se otorgue al Poder Ejecutivo (los gobiernos), singularmente, aunque no exclusivamente, en los regímenes parlamentarios, la facultad de promulgar normas con fuerza de ley, que no son formalmente leyes pero tiene su mismo valor. En nuestro ordenamiento jurídico existen dos tipologías de normas sin forma de ley pero con fuerza de ley y reciben el nombre de Decreto-Ley y Decreto Legislativo que son objeto de estudio en la lección 12.

Por otro lado debe tenerse muy en cuenta que en el ordenamiento jurídico existen dos tipos de normas a las que se da el nombre de reglamento y son, sin embargo, normas primarias con valor o fuerza de ley. Así nos encontramos con los Reglamentos de la Unión Europea –que serán objeto de estudio en la lección 16- y que constituyen normas primarias del llamado Derecho derivado europeo y que prevalecen sobre la legislación interna de los estados-miembro. Y, por otro lado, las normas de organización de las Cámaras legislativa (Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Senado y Parlamentos autonómicos) reciben el nombre de Reglamentos pero tienen también carácter de norma primaria y valor o fuerza de ley, según veremos en la lección 11.

3. LA RESERVA DE LEY.

La Constitución reserva determinadas materias para ser reguladas, de una manera más o menos completa, por la ley: es lo que se denomina reserva de ley. Se trata de una garantía constitucionalmente prevista, destinada a asegurar que determinadas materias de especial importancia sean directamente reguladas por el titular ordinario de la función legislativa, esto es, por las Cortes Generales o, al menos, por normas de igual rango y fuerza que la ley parlamentaria. Esta reserva refuerza la prohibición de su deslegalización, esto es, la regulación por el Gobierno por vía reglamentaria, aunque somos de la opinión de que en nuestro ordenamiento constitucional no caben en ningún caso, es decir exista o no reserva de ley, los reglamentos autónomos respecto a la ley, salvo los de organización.

Según el TC, “el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador” (STC 83/84).

La reserva puede tener una intensidad variable en dos sentidos:

Por un lado, según se requiera que la regulación sea mediante ley en sentido estricto, esto es, mediante norma con forma de ley o bien se admita que la regulación puede hacerse por medio de normas de igual rango o fuerza (Decreto Legislativo, Decreto-Ley). Además la reserva puede efectuarse en beneficio de algunos tipos específicos de leyes (Ej.: ley orgánica, ley de presupuestos, etc.).

Por otro lado, la intensidad de la reserva depende de si la intervención de la ley debe ser más o menos exclusiva, dejando un ámbito mayor o menor a la

presencia subordinada del reglamento. Así la reserva de ley en materia tributaria no se traduce en la existencia de una legalidad tributaria de carácter absoluto, sino en la exigencia de que sea la ley la que ordene los criterios o principios con arreglo a los cuales se ha de regir la materia tributaria y, concretamente, la creación *ex novo* del tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo.

El constituyente español rechazó, en cambio, la posibilidad de una reserva reglamentaria, es decir, la reserva de un ámbito material que debiera necesariamente regularse por reglamento, sin que la ley pueda incidir en él. Ello hubiera supuesto, a imitación del sistema introducido por Constitución francesa de 1958, una inversión del papel hegemónico de la ley en beneficio del Gobierno, titular de la potestad reglamentaria, ya que hubiera creado un ámbito material en el que no puede incidir el legislativo, órgano que representa la soberanía popular.

Las reservas de ley objeto de un mayor pronunciamiento por el TC han sido: la reserva de ley del Art. 53.1 de la Constitución; el principio de legalidad en materia sancionadora (Art. 25.1 CE); el principio de legalidad presupuestaria o reserva de ley presupuestaria (Art. 134 CE) y la reserva de ley en materia tributaria o principio de legalidad tributaria (Art. 31.3 y 134.7 CE).

4. PRINCIPIO DE JERARQUIA Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA.

Como complemento de algunos extremos que anteriormente hemos planteado nos ocupamos ahora con mayor énfasis del juego de los principios de jerarquía y competencia en relación con el sistema de fuentes del Derecho. Un sistema de fuentes no es la previsión o regulación desarticulada de varias de ellas, sino que supone la existencia de unas normas sobre las fuentes mismas, a fin de ordenarlas o jerarquizarlas asignando a cada una su posición o valor dentro del conjunto. Los principios de jerarquía y competencia ordenarán, por tanto, el sistema de fuentes que la Constitución define y preside.

El principio de jerarquía normativa.

Es un principio estructural esencial para dotar al ordenamiento jurídico de seguridad jurídica. Es un principio ordenador básico que ofrece una gran seguridad jurídica debido a su enorme simplicidad. Así, basta conocer la forma una disposición, para saber cual es, en principio, su posición y fuerza en el seno del ordenamiento.

La coexistencia de diversas fuentes plantea el problema de su ordenación jerárquica. Según el principio de jerarquía normativa, que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, las normas jurídicas se ordenan jerárquicamente, de forma tal que las de inferior rango no pueden contravenir a las superiores, so riesgo de nulidad. Actúa entre la Constitución y las normas primarias (Ley o normas con fuerza de ley) y entre la Ley y las normas con fuerza de ley y las normas secundarias (Reglamentos). A su vez, las normas que poseen el mismo rango poseen la misma fuerza normativa y en caso de contradicción insalvable prevalece la posterior, ya que se entenderá que ha derogado a la anterior. La estructura jerarquizada tiene una forma piramidal, cuya cúspide es la Constitución, norma suprema que se impone a todas las demás.

El respeto del principio de jerarquía es condición de validez de las normas jurídicas.

Debe señalarse, en primer lugar, la subordinación de las disposiciones administrativas (normas secundarias o fuentes de la Administración) respecto de las emanadas del Poder Legislativo (normas primarias o asimiladas con fuerza de ley), que están a su vez subordinadas a la Constitución. La situación de la Constitución en el vértice de la jerarquía normativa es indubitada. A continuación vendría el estrato de las normas primarias cuya jerarquización es, como hemos establecido anteriormente, muy dudosa, pero cuyas diferentes tipologías conducen en ocasiones a un resultado similar al de una cierta jerarquización. En tercer lugar aparece el estrato de las normas secundarias que, éste sí, es a su vez divisible en variados estratos jerarquizados ya que debe tenerse en cuenta que a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada (así un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros, a través de un Real Decreto,

tiene mayor valor jurídico que una disposición oficial dictada por un Ministro, a través de una Orden Ministerial).

El principio de competencia.

Pero el principio de jerarquía no es el único que contribuye a la ordenación de nuestro sistema de fuentes, ya que también juega un papel muy destacado el principio de competencia o de distribución de materias. Este principio, que opera como regla complementaria del principio de jerarquía normativa, implica la atribución a un órgano o ente concreto de la potestad de regular determinadas materias o de dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás, para lo cual la Constitución establece ordenamientos o sistemas jurídicos autónomos que se corresponden usualmente con la atribución de autonomía a determinadas organizaciones, aunque también se referencia al ejercicio de una función determinada. Este principio de competencia explica la coexistencia de subsistemas jurídicos autónomos de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, engarzados con el general y entre sí por medio del principio de competencia.

Podemos matizar el principio de competencia aludiendo al menos a las siguientes tres manifestaciones del mismo:

- a) La vertiente orgánica, manifestación más básica del principio de competencia, implica la necesidad de que cada norma sea dictada por el órgano que posea la potestad normativa correspondiente para ello. Opera en el interior de cada entidad territorial dotada de organización política. Opera entre los distintos órganos del Estado central, o bien entre los órganos de cada CA. Tal vez un ejemplo ayude a entender lo que decimos: una orden ministerial es igual que otra orden ministerial en aplicación del principio de jerarquía, pero una orden ministerial del ministerio de Asuntos Exteriores estableciendo los tipos de patata de siembra sería tan nula por violación del principio de competencia como una orden del ministerio de Agricultura nombrando diplomáticos.
- b) En su dimensión territorial, el principio de competencia opera entre distintas entidades territoriales dotadas de autonomía política y administrativa.

Explica la aparición de subordenamientos jurídicos, de alcance territorial limitado, dentro del ordenamiento jurídico general. Así son válidas aquellas normas o actos procedentes de los órganos de un ente territorial cuando han sido dictados dentro de la competencia propia del ente territorial de que se trate. Aquí incluso se produce el decaimiento intenso del principio de jerarquía. Sirva otro ejemplo: no existe la menor duda de que dentro de las normas secundarias un Decreto del Gobierno es de mucho mayor rango que una ordenanza municipal. Sin embargo un Decreto no podría establecer el sentido del tráfico en las calles de una ciudad frente a una ordenanza municipal. Igualmente, una orden del ministerio de Agricultura no podría regular un tema agrícola que sea competencia de una Comunidad autónoma ya que ello debe regularse por una orden de la correspondiente consejería autonómica.

c) La vertiente normativa supone que determinadas categorías de normas tienen un ámbito material prefijado por la propia Constitución, de tal manera que cada una de ellas sólo podrá proyectar su fuerza normativa dentro de ese ámbito material, al cual queda limitada su competencia. De este es de lo que hemos hablado con anterioridad cuando nos hemos referido a las distintas tipologías surgidas modernamente dentro de las normas con forma de ley. Y así una ley ordinaria no podrá entrar en el ámbito competencial de una ley orgánica y una ley orgánica dejará de ser orgánica al salirse de su ámbito competencial, como veremos con más detalle en la lección 11.

El principio de competencia es por lo tanto condición de validez de las normas, de tal manera que su infracción determina su nulidad y la correspondiente expulsión del ordenamiento por parte de los Tribunales o, en el mejor de los casos, su no aplicabilidad. Por ejemplo, un reglamento del Estado dirigido a modificar un reglamento de una Comunidad Autónoma es nulo, e igualmente ocurre a la inversa.

El principio de competencia en sus distintas vertientes explica que en un mismo nivel jerárquico (por ejemplo, el de la ley) existan diversas categorías de normas (leyes del Estado y leyes autonómicas) y también actúa en el juego entre ordenamientos, así el principio de competencia actúa entre el Derecho

interno español y el Derecho europeo comunitario, por una parte, y por otra, entre el Derecho del Estado y el Derecho de cada una de las Comunidades Autónomas. También la relación entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias se explica, aunque no es una cuestión doctrinalmente pacífica, por medio del principio de competencia, como hemos explicado con anterioridad.

No hay en la Constitución española una mención explícita al principio de competencia con carácter general, sin duda porque su existencia es tan evidente y de sentido común que podríamos decir de él que responde a “la propia naturaleza de las cosas”. Si que existen algunas referencias puntuales en materias interordinamentales. Así, el Art. 93 CE prevé la atribución del “ejercicio de competencias derivadas de la Constitución” a una organización o institución internacional, y está pensado para el caso de que España se incorporara a la Comunidad Económica Europea y los artículos 148 y 149 hacen referencia al desglose competencial entre el Estado y las CCAA.

II. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS FUENTES EN EL DERECHO ESPAÑOL².

La determinación de cuáles son las fuentes del Derecho en un ordenamiento y de cual sea la prelación y relación entre ellas es una cuestión esencial en todo el sistema jurídico. La regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico tradicionalmente ha estado recogida en el Código Civil, lo que obedece a la falta de valor normativo de las Constituciones durante el siglo XIX. El Art. 1 del Código Civil ofrece una tradicional clasificación, cuyo tenor literal es el siguiente:

- 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*
- 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*

² Se entiende por tales los distintos elementos que integran un ordenamiento. También se definen como las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas o tipos normativos por medio de los que se manifiesta el proceso de producción del derecho.

El sistema constitucional de Fuentes del Derecho

3. *La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.*
4. *Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico³.*
5. *Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.*
6. *La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*

Pues bien, esta tradicional clasificación de las fuentes en ley, costumbre y principios generales del Derecho contemplada en el Código Civil, no se corresponde, sin embargo, con la complejidad actual del sistema de fuentes, que deriva no sólo del valor como norma jurídica de la Constitución en términos que antes no se habían reconocido (considerada documento político), sino también de la existencia de nuevas fuentes, como dos nuevas clases de leyes desconocidas con anterioridad a la Constitución de 1978: una es la Ley estatal orgánica, que se aplica para regular determinadas materias cuya importancia así lo requiere, y otra la Ley autonómica, consecuencia de la atribución de capacidad legislativa a las Comunidades Autónomas. Por si esto fuera poco, la entrada de España en la Unión Europea, en base a la previsión del artículo 93 de la Constitución, ha significado la aplicación de un nuevo ordenamiento que prevalece sobre el derecho interno en caso de contradicción. Pero el Código Civil no sólo omite toda referencia al derecho autonómico o al derecho comunitario, sino también a fuentes tan importantes como los reglamentos, aunque se alude implícitamente a ellos cuando se habla de las disposiciones que contradigan otras de rango superior, o como las normas con rango de ley dictadas por el Gobierno (decreto-ley y decreto legislativo). Este desfase ha obligado a interpretar el término ley que emplea el Código Civil no en su acepción formal de normas con rango de ley, sino en el sentido de norma

³ Tienen una doble funcionalidad en el sistema de fuentes: a) tercer nivel de fuentes tras la ley y la costumbre; b) servir de instrumento hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico.

jurídica escrita, cualquiera que sea el órgano, legislativo o ejecutivo, de que emane.

A su vez la enumeración y la regulación legal de las fuentes del Derecho están subordinadas a la Constitución que, aún de forma no metódica, regula el sistema de producción normativa. En efecto, la Constitución española es, y de manera simultánea, fuente del Derecho y *Norma Normarum*, esto es, la *fuentes de las fuentes del Derecho*, definiendo el modo de creación de las normas jurídicas y el entramado de relaciones existentes entre ellas, incluida la posición del texto constitucional en este complejo sistema. La Constitución determina qué órganos y con qué procedimientos se crearán y modificarán las restantes normas del ordenamiento jurídico y su interrelación, esto es, las potestades normativas del ordenamiento.

POTESTADES NORMATIVAS CONTEMPLADAS POR LA CONSTITUCION

La Constitución española no contiene ningún título, capítulo o sección específica que se refiera expresamente a la configuración del sistema de fuentes, clasificándolas de forma sistemática, pero contempla una amplia serie de potestades normativas:

- a) La potestad legislativa, atribuida a las Cortes Generales, a las que otorga capacidad para dictar leyes, normas superiores del ordenamiento, única y directamente infraordenadas a la Constitución (Art. 66.2 CE).
- b) La potestad de dictar Decretos-leyes, atribuida al Gobierno, al que la Constitución autoriza para promulgar, por razones de urgencia y necesidad, normas provisionales con fuerza de ley, sometidas a la convalidación y control del Congreso de los Diputados (Art. 86 CE).
- c) La potestad de dictar Decretos Legislativos, asimismo normas con fuerza de ley, que las Cortes Generales pueden atribuir al Gobierno, en virtud de las previsiones del Art. 82 CE, usualmente por razones de extensión o complejidad técnica de la materia a regular.
- d) La potestad reglamentaria, atribuida al Gobierno, que capacita a éste a dictar normas de rango inferior a la ley (Art. 97 CE).
- e) La potestad de las Cámaras Legislativas para dictar sus reglamentos internos de autoorganización (Art. 72 CE).

- f) La potestad reglamentaria interna de otros órganos o instituciones contemplados por la propia Constitución, implícitamente basada en la propia norma superior al crear tales órganos.
- g) La capacidad del Estado para celebrar Tratados Internacionales (Art. 93 a 96 CE).

Han de tenerse en cuenta las potestades, análogas a las referidas, salvo la consignada en la letra g), que los Estatutos de Autonomía atribuyen a los Parlamentos, Gobiernos y otros órganos e instituciones de las Comunidades Autónomas.

ENUMERACIÓN Y JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Pese a las dificultades señaladas, de una interpretación sistemática de la Constitución, junto con el citado precepto del Código Civil, se puede establecer el siguiente esquema general de las fuentes en nuestro Derecho:

a) Fuentes del Derecho Constitucional

- La Constitución y las leyes de reforma constitucional.
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- El bloque de la constitucionalidad (parámetro de la constitucionalidad de las leyes) conformado por:
 - Estatutos de Autonomía (subtipo especial de ley orgánica).
 - Leyes marco de delegación de competencias legislativas (Art.150.1 CE).
 - Leyes Orgánicas de Transferencia (Art. 150.2 CE).
 - Leyes de Armonización (Art. 150.3 CE)
 - Leyes de delimitación competencial.
- Costumbre y convención constitucional.

b) Fuentes del Derecho Internacional (primacía sobre el derecho interno).

- Tratados Internacionales.
- Derecho Comunitario Originario.
- Derecho Comunitario Derivado: Reglamento, Directiva, Decisión.

- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

c) Fuentes del Derecho estatal.

- Ley orgánica y ley ordinaria.
- Normas con fuerza de ley: - Decreto-ley.
 - Decreto-legislativo.
 - Reglamentos parlamentarios.
- Reglamento: - Real Decreto.
 - Orden de Comisión Delegada del Gobierno.
 - Orden Ministerial.
 - Resoluciones administrativas.

d) Fuentes del Derecho autonómico.

- Ley autonómica.
- Normas con fuerza de ley: - decreto legislativo y decreto-ley
 - Reglamentos de las Asambleas Legislativas.
- Convenios y acuerdos entre Comunidades Autónomas (CCAA).
- Derecho foral.
- Reglamento: - Decreto (del Gobierno autonómico).
 - Orden (de una Consejería).
 - Resoluciones administrativas.

e) Fuentes complementarias o de conocimiento del Derecho.

- La costumbre (de Derecho privado).
- Convenios colectivos.
- Principios generales del Derecho.
- La jurisprudencia, en particular del Tribunal Supremo.
- La doctrina científica, que es fuente de conocimiento, influye de forma mediata en la formación del Derecho.

LECCION 10

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO (II): LOS TRATADOS INTERNACIONALES

I. INTRODUCCION. II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. 1. LA PROBLEMÁTICA DE SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: SU RANGO NORMATIVO. 2. PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN. 3. CLASES DE TRATADOS. 3.1. Tratados clásicos o tradicionales. 3.2. Tratados excepcionales o de integración supranacional. 4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS. 4.1. El control preventivo. 4.2. El control a posteriori. **III. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS TRATADOS QUE INTERPRETAN NORMAS CONSTITUCIONALES. IV. TRATADOS DE INTEGRACION SUPRANACIONAL: LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA UNIÓN EUROPEA.** 1. LAS NORMAS COMUNITARIAS. 1.1. Derecho primario u originario. 1.2. Derecho derivado. 1.3. Derecho complementario. 2. SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO. 2.1. Primacía sobre el Derecho interno. 2.2. Efecto Directo o aplicabilidad directa. 2.3. Constitución y Derecho Comunitario.

I. INTRODUCCION.

La proclamación de la soberanía (Art. 1.2 CE) como independencia ante cualquier poder externo se manifestó desde los inicios del Estado moderno como característica esencial del mismo. La consolidación del principio democrático ha supuesto la reafirmación de la soberanía hacia el exterior: ningún poder ajeno a la comunidad podrá imponerse frente a las decisiones libremente adoptadas por éste.

Ahora bien, la proclamación de la soberanía nacional, en los momentos actuales, debe conciliarse con un hecho innegable: que las comunidades políticas (Estados) forman a su vez parte de una sociedad internacional, que se rige por sus propias reglas. El Estado soberano se encuentra vinculado por obligaciones exteriores hacia los demás Estados, obligaciones que pueden tener orígenes muy diversos. Pueden resultar de tratados bilaterales; pueden resultar de la adhesión del Estado a Convenios multilaterales; pueden derivar de la existencia, reconocida y consolidada, de una costumbre internacional. Y estas obligaciones no son meramente nominales. El incumplimiento de

obligaciones internacionales de un Estado puede acarrear las correspondientes sanciones. Y, progresivamente, se confirma que el ordenamiento internacional dispone, cada vez más, de armas suficientes para asegurar el cumplimiento de esas sanciones.

La existencia de una sociedad internacional y, correspondientemente, de obligaciones vinculantes para el Estado no es incompatible, en principio, con la soberanía de éste. Tal compatibilidad resulta del principio de que la asunción de compromisos internacionales deriva del consentimiento del mismo Estado. El Estado asume voluntariamente sus obligaciones internacionales; por ello, si queda sometido al Derecho Internacional es por su propia voluntad soberana. El Derecho Internacional descansa en la premisa de la soberanía de los Estados que forman parte del orden internacional.

Como reflejo de esta concepción, son las mismas Constituciones las que prevén que el Estado “soberano” podrá asumir voluntariamente obligaciones internacionales: de esta forma, queda salvaguardada la doctrina de la soberanía. Y esta asunción de obligaciones se hace depender, al menos en lo que se refiere a las más relevantes, de la aprobación por los representantes del pueblo. Si bien se encarga de la dirección y gestión de las relaciones internacionales al poder ejecutivo, se exige usualmente que los Tratados y acuerdos más importantes sean aprobados por el Parlamento. En último término, pues, el Estado asumirá obligaciones internacionales porque tanto el poder constituyente como el poder constituido así lo deciden. La existencia de un orden internacional y de unas normas situadas por encima de las decisiones estatales se ha traducido en que muchas Constituciones han admitido, en forma directa e inmediata, la primacía de esas normas.

El afirmado principio de la “voluntariedad” de la sujeción de los Estados a las normas internacionales es matizado por otro fenómeno: la incorporación de los Estados a organizaciones internacionales que suponen una limitación de la soberanía, incorporación que, una vez efectuada, se hace prácticamente irreversible. De esta forma, los Estados “soberanos” asumen obligaciones de carácter permanente, a las que quedan sujetos sin limitación temporal.

En lo que respecta al ámbito europeo pueden señalarse, al menos, dos muestras de esa irreversibilidad, es decir, de entrada de los Estados en organizaciones que implican obligaciones internacionales con una vocación de permanencia tal que suponen, de hecho, una renuncia a parcelas de soberanía. Se trata, por una parte, de organizaciones y convenios destinados a la protección de los derechos humanos; por otra, de organizaciones y convenios destinados expresamente a la creación de una comunidad política supra-estatal, como es la Comunidad Europea, hoy denominada Unión Europea.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

1. LA PROBLEMÁTICA DE SU INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: SU RANGO NORMATIVO.

Los Tratados Internacionales son normas por las que el Estado consiente en asumir obligaciones internacionales. La Constitución Española, en el Capítulo 3º del Título III (Art. 93 a 96 CE), se ocupa de varias cuestiones en relación a los Tratados Internacionales: el procedimiento para celebrarlos, el valor que poseen en nuestro derecho interno y su posible control. Si colocamos esta lección como la que abre el análisis de las fuentes primarias a partir de la Constitución es porque en el tema de los Tratados se nos presenta la particularidad de que cualquiera que sea su rango normativo nos encontramos que, como consecuencia del principio de bilateralidad (o multilateralidad) que los informa, esto es que un Tratado es siempre resultado de la voluntad concorde de dos (o más) Estados, sus preceptos resultan inmunes a la voluntad unilateral de un Estado concreto, lo que quiere decir que los órganos estatales que crean el Derecho de ese Estado no pueden hacerlo contraviniendo el Tratado o, si lo hacen, ello no tendrá efecto sobre el Tratado en cuestión que será de aplicación preferente. Esto es lo que con más detalle explicamos a continuación

El momento en que un tratado internacional válidamente celebrado forma parte del ordenamiento interno es cuando el mismo es publicado oficialmente a

través del Boletín Oficial del Estado (BOE). La publicación en este Boletín es la *conditio sine qua non* para producir eficacia interna. Así se establece en el Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

Se trata de un mecanismo de incorporación automática, sin necesidad de ley de adaptación. Efectuada su publicación, el Tratado se convierte en fuente de nuestro ordenamiento. Se convierte en una norma jurídica interna de obligado cumplimiento. Todos los órganos del Estado vienen obligados a su cumplimiento y el juez ha de aplicarlos cuando afecten a un caso.

El artículo 96.1 CE quiere decir también que los Tratados poseen **fuerza pasiva frente a la Ley**, esto es, que no pueden ser modificados sin más por ésta, sino que han de serlo por los procedimientos acordes con el Derecho Internacional, incluyendo aquellos expresamente previstos en el propio tratado. Uno de estos procedimientos, la Denuncia, en tanto que decisión unilateral de un Estado de desvincularse de las obligaciones de un Tratado, ha de seguir en España, desde el punto de vista interno, el mismo procedimiento previsto en el Art. 94 CE para la aprobación del tratado en cuestión.

Los Tratados gozan de primacía sobre las fuentes del derecho interno en caso de conflicto. No obstante, únicamente los tratados contemplados en el apartado 1 del Art. 94 tienen fuerza activa frente a la ley ⁽⁴⁾, pero todos tienen fuerza pasiva frente a la misma. Lo que no implica que los tratados sean superiores jerárquicamente a la ley (los comprendidos en el artículo 94.1 tienen rango de ley, mientras que los tratados del Art. 94.2 no poseen fuerza activa, por lo que no pueden reformar una norma legal anterior).

En consecuencia, la resistencia del tratado frente a la ley implica una sustracción de las materias reguladas por tratados respecto de los procedimientos normativos internos ordinarios, lo que no supone otorgar a los

⁴ Recordemos que por fuerza activa se entiende la capacidad para derogar o modificar una norma legal anterior; mientras que por fuerza pasiva se conoce a la resistencia de una norma para ser derogada o modificada por otra.

tratados un rango jurídico superior, sino tan sólo que estas materias quedan temporalmente, por voluntad del Estado adoptada mediante un procedimiento constitucionalmente previsto –el de conclusión de tratados o acuerdos internacionales-, fuera de la competencia normativa ordinaria de los órganos internos.

Los Tratados Internacionales no integran el bloque de la constitucionalidad (parámetro de constitucionalidad del resto de las normas del ordenamiento jurídico), pues el Art. 96 CE no les concede tal rango constitucional. Una ley contraria a un tratado no es nula, sino que tan sólo el Tratado prevalece sobre ella. No afecta a la constitucionalidad de la misma, se trata únicamente de un problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto.

2. PROCEDIMIENTOS DE ELABORACIÓN.

La primera cuestión es la de quién posee la capacidad para adquirir esas obligaciones o compromisos internacionales que un tratado supone. Se trata de la “prestación del consentimiento del Estado” (Art. 94.1 CE). Es el Estado el que se obliga y compromete, porque es el Estado a quien corresponde, como competencia exclusiva, todo lo concerniente a las “relaciones internacionales” (Art. 149.1.3º CE). Las Comunidades Autónomas quedan expresamente excluidas de la capacidad de celebrar tratados, con independencia de que tal vez hubiera sido deseable establecer algún tipo de representación regional a la hora de negociar tratados que afectasen a intereses específicos de una determinada Comunidad Autónoma.

¿Quién presta el consentimiento en nombre del Estado? De acuerdo con el Art. 63.2 CE ha de hacerlo el Rey. Pero es éste un acto final de un proceso que comienza mucho antes y que en las fases anteriores tiene otros protagonistas como negociadores y autores de la elaboración del tratado. La intervención corresponde esencialmente al Gobierno, ya que, por un lado, al Gobierno compete dirigir la política exterior de España (Art. 97 CE) y, por otro lado, es el Presidente del Gobierno o, en su caso, los Ministros quienes deben refrendar los actos del Rey.

En resumen, la manifestación de la voluntad del Estado español, a los efectos de los Tratados, corresponde, en la fase de negociación, al Ministro de Asuntos Exteriores o al representante designado por éste al efecto y, en la concreta fase de la conclusión del tratado, al Rey con el refrendo del Presidente del Gobierno o del Ministro de Asuntos Exteriores o del ministro correspondiente. Pero en el caso de los Tratados más importantes es necesaria también la participación del poder legislativo del Estado, las Cortes Generales, según veremos.

3. CLASES DE TRATADOS

De la regulación constitucional se deriva la existencia de diversas clases de Tratados según procedimiento de conclusión, que depende a su vez de la materia sobre la que versa el Tratado:

3.1. TRATADOS CLÁSICOS O TRADICIONALES (Art. 94 CE).

Tienen la función de recepción o incorporación al ordenamiento interno de Derecho no exclusivamente estatal, esto es, de una norma que ha sido pactada por el Estado español con otro u otros Estados soberanos o con alguna organización internacional. Esta función de recepción es inexcusable hoy, porque el Derecho Internacional descansa en la premisa de la soberanía de los Estados que forman parte del orden internacional.

3.1.1. Tratados de carácter ordinario (Art. 94.2 CE)

Son aquellos que por versar sobre materias no específicamente señaladas por la Constitución como de especial importancia pueden ser concluidos por el Gobierno sin más trámite que la inmediata información al Congreso y al Senado de su conclusión.

3.1.2. Tratados de especial importancia. (Art. 94.1 CE)

Son los tratados de “carácter político” (expresión no muy precisa), los “tratados o convenios de carácter militar”, los que “afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales reconocidos en el Título I”, los tratados o convenios que “impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública” y “los que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”. Estos cinco supuestos,

sobre todo el primero, hacen que la mayor parte de los posibles Tratados se engloben dentro de este apartado

En estos casos se requiere para su celebración la previa autorización de las Cortes Generales.

Según el Art. 74.2 CE el procedimiento se inicia en el Congreso. Si no hay acuerdo entre Congreso y Senado, se crea una Comisión Mixta paritaria, compuesta de igual número de diputados y senadores, que elabora un nuevo texto que habrá de ser aprobado por mayoría en el Congreso y en el Senado. De no obtenerse esta vez el acuerdo, decide el Congreso por mayoría absoluta.

3.2. TRATADOS EXCEPCIONALES O DE INTEGRACION SUPRANACIONAL (Art. 93 CE).

Son aquellos tratados por los que “*se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*” (Art. 93 CE). Estos tratados tienen, por tanto, una función de habilitación consistente en transferir a una instancia supranacional la competencia para producir Derecho, lo que implica cesión de soberanía. La autorización para su celebración ha de hacerse mediante ley orgánica, es decir, por aprobación por mayoría absoluta en el Congreso y mayoría simple en el Senado.

El artículo 93 CE ha dado cobertura a España para integrarse en organizaciones supranacionales. En concreto, ha facilitado jurídicamente el progresivo proceso de integración europea. De hecho este artículo se aprobó en 1978 pensando en la integración de España en lo que entonces eran las Comunidades Europeas.

Mediante estos tratados *se relativiza el concepto de soberanía estatal*. Cuando se habla de integración supranacional se hace referencia a una situación que va más allá de la mera cooperación. No sólo el Estado contrae obligaciones vinculantes (caso de los Tratados Internacionales en sentido clásico) o, más allá, se somete al control de organismos supranacionales respecto del cumplimiento de sus obligaciones (caso de la Convención Europea de Derechos Humanos) sino que procede a *ceder o transferir poderes a organizaciones que se convierten en titulares de competencias que antes*

pertenecían al Estado. El poder de éste, por tanto, se vacía paulatinamente. El ejemplo de la Unión Europea y su progresiva construcción es paradigma de este proceso.

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS.

Una última cuestión que aborda el texto constitucional es la referente al posible control de constitucionalidad de los Tratados. La relación Tratados-Constitución está presidida por el principio de jerarquía, los tratados internacionales están subordinados a la Constitución, en cuanto expresión de la soberanía. Los Tratados Internacionales son las únicas normas con fuerza de ley que, a día de hoy, admiten tanto un control previo o preventivo (Art. 95 CE) como un control posterior (Art. 161.1.a) CE) de constitucionalidad.

4.1. El control preventivo.

Este control es susceptible de llevarse a cabo cuando el texto del tratado está autenticado pero no ratificado, es decir, cuando aún no se ha prestado el consentimiento por parte del Estado. Es un mecanismo de consulta previsto cuando se presume que la conclusión de un Tratado requiere una previa revisión de la Constitución. En efecto, puede ocurrir que un Tratado que se vaya a firmar contenga estipulaciones contrarias a la Constitución. En este caso, su celebración exige la previa revisión constitucional (Art. 95.1 CE).

Corresponde al Tribunal Constitucional declarar si existe o no esa contradicción que podrá ser demandada por el Gobierno o por cualquiera de las Cámaras.

Se ha llevado a cabo en 1992, cuando hubo que proceder a ratificar el Tratado de Maastricht, ya que el Gobierno de la nación sometió sus dudas sobre la compatibilidad del Art. 8.B.1 del Tratado, que reconocía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión, con el artículo 13.2 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en su Declaración 1 de julio de 1992, se pronunció estimando que el Tratado de la Unión Europea y la Constitución eran incompatibles. En consecuencia, se procedió a reformar el Art. 13.2 CE para hacer posible que los ciudadanos europeos residentes en

España disfruten del derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales españolas.

Igualmente se ha llevado a cabo en 2004 cuando se ha sometido a consulta del TC la eventual necesidad de reformar la Constitución ante la firma del Tratado por el que se pretendía establecer una Constitución para Europa. En este caso el TC se ha apartado de su jurisprudencia anterior para determinar una diferencia entre el concepto de primacía y el de supremacía. En virtud del primero el Derecho europeo representado a su más alto nivel por el referido Tratado tendría primacía aplicativa sobre la Constitución pero ésta sigue teniendo una supremacía en el ordenamiento español, de manera que aquella primacía aplicativa sería la consecuencia de esta supremacía. Se trata de un encaje de bolillos no demasiado convincente, pero esa es la situación en la actualidad⁵.

4.2. El control a posteriori.

Un Tratado, válidamente celebrado y que forma parte del ordenamiento jurídico interno, puede ser controlado por el Tribunal Constitucional, bien como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad presentado en la forma prevista –en los tres meses posteriores a su publicación- por los sujetos legitimados para ello (Art. 162.1.a CE), bien como consecuencia del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por un órgano judicial (Art. 163 CE). Tal posibilidad queda recogida en el artículo 27.2 LOTC.

No obstante, no cabe obviar que la declaración de inconstitucionalidad implicaría una perturbación para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, pues debería abrirse un procedimiento diplomático de modificación o renuncia del Tratado por parte del gobierno español.

⁵ Aunque, como es sabido, dicho Tratado se ha abandonado ante el rechazo suscitado por los referendos en Francia y Holanda y ha sido sustituido por otro Tratado menos ambicioso firmado en Lisboa.

III. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS TRATADOS QUE INTERPRETAN NORMAS CONSTITUCIONALES.

El artículo 10.2 CE, pósito del Título I dedicado a los derechos, declara que: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Por medio de este artículo, los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales se constituyen en canon de interpretación de las normas contenidas en la Constitución y de todas las normas del ordenamiento jurídico relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas. Esto no significa que estos tratados puedan ser considerados medidas de la constitucionalidad de una determinada ley, puesto que el canon directo de control utilizado por el TC será siempre el precepto o preceptos constitucionales que contengan los derechos o libertades, sino que tal derecho o libertad debe ser interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales a que se refiere el Art. 10.2 CE, teniendo en cuenta la doctrina de los Tribunales Internacionales competentes para proceder a la interpretación de dichos Tratados. Además el TC ha afirmado que el Art. 10.2 CE no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución.

Uno de los aspectos en que el tradicional principio de la soberanía estatal va mostrando notables indicios de cesión frente a normas e instancias internacionales es el relativo a la protección de los derechos humanos. Ciertamente, el reconocimiento y garantía de un conjunto de derechos del individuo, considerados como “fundamentales” ha sido elemento caracterizador del constitucionalismo desde sus mismos orígenes. Pero la experiencia ha mostrado que ese reconocimiento constitucional no ha podido evitar que, en numerosas ocasiones, se vulneren, en muchos y muy diferentes países, derechos que en la cultura moderna, se estiman consustanciales a la dignidad humana, en todo momento y circunstancia. Particularmente, las experiencias

de los regímenes totalitarios durante el siglo XX y el retroceso de los derechos humanos en muchas áreas (incluso tradicionalmente consideradas como las más “civilizadas” y cultas) dieron lugar a una tendencia a reconocer y garantizar esos derechos mediante documentos internacionales, como forma adicional de promover su efectivo cumplimiento.

La Carta de Naciones Unidas (1944) supuso el primer reconocimiento internacional del primado de los derechos humanos. Y en el marco de la Organización de Naciones Unidas se llevó a cabo la elaboración de declaraciones que buscaban el reconocimiento y aceptación de esos derechos como regla común a todos los países miembros. La de mayor importancia fue la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Esta Declaración tenía forzosamente un carácter genérico, por lo que fue completada por otros documentos posteriores: entre ellos, y señaladamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de diciembre de 1966.

Estas Declaraciones han tenido una innegable repercusión en la cultura jurídica, y en la práctica de los Estados. Ahora bien, esta repercusión se ha debido sobre todo a un sentimiento de obligatoriedad moral, más que a la presencia de técnicas que sancionen su incumplimiento. Efectivamente, estos documentos no prevén fórmulas de control o de reparación de los derechos vulnerados. Tampoco prevén la posibilidad de que los individuos dispongan de un derecho de acción o petición ante organismos internacionales, caso de incumplimiento por parte de los Estados. La eficacia de estas declaraciones reside en su fuerza de persuasión moral, que lleva a que los Estados cumplan con sus preceptos. Pero, pese a su adopción por las Naciones Unidas, no faltan Estados miembros que no han ratificado alguno de los Convenios, o que, habiéndolos ratificado, no han trasladado sus disposiciones ni a las normas nacionales ni a la práctica de los poderes públicos.

Por estos motivos, y para conseguir una mayor efectividad en la protección internacional de los derechos humanos, en algunas áreas se ha preferido elaborar Convenciones de alcance geográfico limitado, que incluyan a países que, por su cercanía cultural y similitud de régimen político, ofrezcan mayores

facilidades a la hora de someterse a un régimen común, y a un control supranacional en el respeto a los derechos humanos. Ejemplo de este tipo de acuerdos “localizados” es el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Este tipo de Convenios se caracteriza porque efectivamente sujetan a las autoridades estatales a unas obligaciones, no sólo exigibles por los demás Estados co-firmantes, sino también por los individuos afectados sujetos a su jurisdicción; y además, porque crean unas instancias supranacionales cuyas decisiones vinculan a los Estados miembros.

El Convenio Europeo reviste una especial relevancia. Se creó en el marco del Consejo de Europa, de manera que son los países miembros de esta organización los que pueden suscribir el Convenio, y se le ha considerado un “mecanismo revolucionario en el orden jurídico internacional”. El Consejo de Europa es una organización de carácter eminentemente político, que se crea el 5 de mayo de 1949. España es miembro desde noviembre de 1977, y ratificó el Convenio en 1979.

El Convenio impone una serie de obligaciones a los Estados que lo ratifiquen: entre ellas, la de respetar los derechos humanos allí reconocidos. Ahora bien, ha de destacarse que, frente a los acuerdos internacionales clásicos, que creaban obligaciones *entre Estados*, el Convenio crea obligaciones de los Estados miembros frente a los individuos sometidos a su jurisdicción. En virtud del Convenio, pues, son los individuos los que se convierten en *sujetos de derechos*.

Esta característica tiene importantes consecuencias de orden procesal. Frente a las eventuales vulneraciones de los derechos reconocidos en el Convenio pueden reaccionar tanto los demás Estados co-firmantes, como los mismos individuos afectados. Ello, además con la particularidad de que los Estados están legitimados para reaccionar contra la violación del Tratado, tanto si ésta se ha producido respecto de sus propios nacionales como si ha ocurrido respecto de los nacionales de otro país co-firmante. Para llevar a cabo esta garantía se ha creado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, que conoce de las reclamaciones que planteen tanto los particulares como los Estados Miembros.

De acuerdo con el Convenio (Art. 53) se establece la “obligación expresa de las altas partes contratantes de conformarse con las decisiones del Tribunal en los litigios de que sean parte”. El Tribunal se configura así como un órgano supranacional que adopta decisiones vinculantes para los Estados. Es aquí donde se hace más evidente la restricción de la soberanía estatal. Un Estado debe someterse al juicio de un órgano externo a él, en materias que se refieren a sus relaciones con sus propios ciudadanos. En otras palabras, el poder estatal, en una materia concreta (derechos humanos) deja de ser la instancia suprema: ese papel lo adopta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

No obstante, esta construcción (que efectivamente internacionaliza, en el ámbito europeo, la protección de los derechos humanos, situándola en un plano superior al estatal) se encuentra notablemente matizada por disposiciones del mismo Convenio. En primer lugar, los Estados firmantes pueden estipular reservas a su adhesión (es decir, excluir de la misma algunos derechos reconocidos en la Convención). También pueden prescindir de su sujeción a la jurisdicción del Tribunal y de la aplicación, respecto a ello, del recurso individual. Incluso pueden limitar, por previsión expresa de la Convención, el alcance de algunos derechos, así como, en situaciones excepcionales, suprimir la aplicación de muchos de ellos (excepto los irrenunciables por toda persona). Por otra parte, el Convenio permite una cierta flexibilidad a los Estados a la hora de cumplir las resoluciones del Tribunal Europeo: su Art. 50 permite, en ciertos casos, sustituir el estricto cumplimiento de la resolución del Tribunal por una “satisfacción equitativa” al individuo reclamante, como compensación por la vulneración sufrida.

La aplicación del Art. 10.2 CE conduce a estimar vinculantes tanto los tratados y convenios, como la doctrina o jurisprudencia del Tribunal Europeo a la hora de interpretar el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos. Este Tribunal ha elaborado una abundante y rica jurisprudencia en materia de derechos fundamentales mediante la aplicación e interpretación del Convenio Europeo. Pues bien, esta jurisprudencia puede ser invocada ante el ámbito interno, en aplicación del Art. 10.2 CE, y de hecho, es muy abundantemente utilizada por los Tribunales españoles, incluido el Tribunal Constitucional. En

consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de representar una garantía última de los derechos fundamentales, aporta una elaborada doctrina que constituye uno de los instrumentos básicos con el que debe contarse a la hora de comprender el alcance general y concreto de dichos derechos.

Para finalizar esta materia y, aunque ello suponga repetir algunos Tratados podemos establecer la siguiente relación en la que figuran los más destacados Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España a los efectos de los dispuesto en el artículo 10.2 CE:

A) En el seno de la ONU:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966 (España lo ratificó en abril de 1977).
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nueva York, 19 de diciembre de 1966 (Ratificado por España en abril de 1977).

B) En el seno del Consejo de Europa:

- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4 nov. 1950, que crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Ratificado por España el 4 de octubre de 1979).
- La Carta Social Europea, realizada en Turín el 18 de octubre de 1961. Se hace en el seno del Consejo de Europa pero en su elaboración intervino la OIT. (Organización Internacional del Trabajo).

C) En la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

Convenios nº 87 y 96 de la OIT. sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y de la negociación colectiva, de 1948 y 1949 (Ratificados por España en mayo de 1977).

D) En el seno de la Unión Europea

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* aprobada en el 2000 en Niza y adaptada en Estrasburgo en 2007, se le ha dotado de fuerza vinculante por el Tratado de Lisboa que entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009.

IV. TRATADOS DE INTEGRACION SUPRANACIONAL: LA INCORPORACIÓN DE ESPAÑA A LA UNION EUROPEA.

Nos remitimos aquí a lo dicho anteriormente sobre los tratados excepcionales. Tan sólo recordar que su celebración ha de ser autorizada por ley orgánica según el Art. 93 CE, que es el que ha permitido la incorporación de España a la Europa Comunitaria. Pero de esta incorporación se derivan unas importantísimas consecuencias en el sistema español de fuentes del Derecho, de lo que nos ocupamos a continuación.

1. LAS NORMAS COMUNITARIAS.

La adhesión de España a la Unión Europea ha supuesto la recepción de todo el acervo jurídico comunitario. En el Derecho comunitario se suele distinguir entre:

1.1. Derecho primario u originario.

Es el Derecho mediante el que se creó y ha ido desarrollándose la Unión Europea.

1.1.1. Tratados fundacionales o constitutivos de las Comunidades:

- Tratado que creó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA). (París, 1951).
- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE). (Roma, 24 de marzo de 1957).
- Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica-EURATOM (Roma, 1957).

1.1.2. Tratados que posteriormente han completado o modificado esos tratados originarios:

- Tratados de fusión de los Ejecutivos (1965). Constituyó un Consejo y una Comisión únicos para las tres Comunidades Europeas.
- Tratados Presupuestarios (1970-Luxemburgo/1975-Bruselas)
- Tratados de Adhesión de nuevos Estados Miembros.
- Acta Única Europea (1986).
- Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992).
- Tratado de Ámsterdam (1998).
- Tratado de Niza (2000).
- Tratado de Lisboa (2009).
- La **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, a la que se le ha conferido por el Art. 6 del Tratado de la Unión Europea (en virtud del Art. 8 del Tratado de Lisboa) el carácter de Derecho primario⁶.

En cada Estado miembro, los Tratados han sido publicados en su Boletín Oficial en la lengua propia de cada país. Con motivo de la adhesión de España, se ha procedido a la traducción íntegra de todo el Derecho Primario entonces aplicable, publicándose en el BOE como anejo a los instrumentos de ratificación (Art. 96.1).

1.2. Derecho derivado.

Está constituido por las normas emanadas de las instituciones comunitarias dotadas de poder normativo en el ejercicio de sus funciones. Sólo se publican en el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas).

El Derecho creado por estas instituciones se convierte automáticamente en Derecho interno de cada uno de los Estados Miembros sin necesidad de una *recepción* de dicho Derecho a través de un acto de manifestación de voluntad

⁶ Véase a estos efectos el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de Julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE de 31 de Julio, nº 184).

de dichos Estados, incrementándose, por tanto, el ordenamiento de cada uno de ellos en el volumen representado por tales normas. Este Derecho derivado no es solamente el producido después de la incorporación de un Estado sino todo el que esté vigente, aun cuando sea anterior a la integración

1.2.1. Derecho derivado de carácter vinculante:

Reglamento: Es una norma de alcance general, de obligado cumplimiento en todos sus extremos y directamente aplicable en todos los Estados Miembros sin precisar ninguna intervención o acto formal de recepción por un órgano nacional. Produce un Derecho uniforme e inmediato para todos los Estados Miembros. A esto suele denominarse que producen efecto directo y eficacia general.

Directiva: Acto jurídico comunitario dirigido a los Estados Miembros por el que se establece una obligación de resultado, dejándose al libre arbitrio de los Estados la elección de la forma y los medios más apropiados para darle cumplimiento, esto es, para alcanzar dichos resultados en un plazo determinado. La transposición de la Directiva es una obligación para el (los) Estado (s), eventualmente exigible ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad. Se trataría por tanto de una fuente del Derecho que produce un efecto indirecto y eficacia general. Pero hay que advertir que la jurisprudencia ha ido perfilando la posibilidad de efecto directo (esto es la de poder invocarla como Derecho directamente aplicable ante los tribunales) en el caso de que un Estado concreto de forma contumaz no haya transpuesto una Directiva.

Decisión: Acto jurídico vinculante de eficacia individual, esto es, que vincula exclusivamente a un destinatario concreto (Estado miembro, empresa o particular), al cual le es notificada.

1.2.2. Actos no vinculantes.

Las **recomendaciones**, que poseen un peso político y moral, así como los **dictámenes**, a través de la que la Unión Europea se posiciona sobre un tema.

1.3. Derecho complementario.

1.3.1. Acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad: Son acuerdos con Estados soberanos o con otras organizaciones internacionales, acuerdos que se convierten automáticamente en vinculantes para todos los Estados Miembros.

1.3.2. Los principios generales del Derecho, que se desprenden de la propia naturaleza de los Tratados o se trata de principios generales comunes a los Derechos de los Estados Miembros.

Junto a estas fuentes escritas y no escritas, han de mencionarse **las sentencias del Tribunal de Justicia** de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo (por la ciudad en la que radica) que vinculan a las partes en conflicto y constituye un instrumento de importancia en la imposición efectiva del Derecho Comunitario.

2. SU EFICACIA EN EL DERECHO INTERNO.

Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional están presididas por dos principios que se han venido afirmando de manera consistente e inequívoca y que se definen con los términos “primacía” y “efecto directo”. Tanto la eficacia directa como la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho de los Estados Miembros encuentra su razón de ser en el propio texto constitucional, en concreto en el Art. 96 CE, y sobre todo el Art. 93 CE que, en opinión, del TC es el que dota de relevancia jurídica interna al Derecho Comunitario (SSTC 28/91, 64/91).

2.1. Primacía sobre el Derecho interno.

Este principio significa que las normas comunitarias en su conjunto quedan integradas en el sistema jurídico de los Estados Miembros, imponiéndose a las normas estatales en caso de conflicto, haciendo inaplicable el Derecho

nacional contrario. El Derecho comunitario es de aplicación uniforme y simultánea, sin necesidad de acto interno de recepción.

La primacía del Derecho Comunitario sobre el nacional es predicable de todas las fuentes del Derecho Comunitario respecto de todas las fuentes del Derecho interno, con la única salvedad de la Constitución (aunque en este tema estamos condicionados por lo dicho anteriormente sobre la distinción entre primacía y supremacía establecida en la Decisión del TC). Si bien, el término primacía no tiene en este contexto el mismo alcance que el que tiene en el ámbito del Derecho interno, ya que el Derecho Comunitario que prima o prevalece sobre el Derecho nacional no deroga o quiebra éste último, sino que simplemente tiene *preferencia en la aplicación*, produciendo por lo tanto un desplazamiento pero no una aniquilación del Derecho nacional.

Esta preferencia aplicativa plantea problemas a los jueces estatales dada la complejidad de los sistemas normativos en colisión y, en muchas ocasiones resulta difícil escoger la norma aplicable. A tal efecto el ordenamiento europeo ha dado lugar a la llamada **cuestión prejudicial** que permite al juez nacional dirigirse al Tribunal de Luxemburgo para que este decida respecto al caso concreto planteado sobre la incompatibilidad o no entre determinadas normativas estatales y las europeas. Y del conjunto de cuestiones prejudiciales resueltas es posible inducir un elenco de reglas aplicativas.

Igualmente de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, tanto en cuestiones prejudiciales como de las sentencias ordinarias, se ha desprendido lo que se denomina la doctrina del **acto claro**, que consiste en establecer un criterio general de aplicabilidad a partir de un supuesto concreto objeto de enjuiciamiento. Por ejemplo el Tribunal de Luxemburgo se pronunció sobre la incompatibilidad con el Derecho comunitario, en concreto con el que establece la libre circulación de mercancías, de la prohibición de vender en un Estado una bebida de otro Estado que no era conforme con la legislación del Estado que la importaba pero que estaba fabricada conforme a la legislación del Estado en que se producía (caso Cassis de Dijon). De esta cuestión concreta surgió el acto claro de que cualquier producto comunitario es comercializable en toda la comunidad si ha sido fabricado conforme a su legislación propia y

ésta no incumple el Derecho europeo, aunque en otros Estados miembros hay una legislación distinta y más restrictiva que el producto no cumpla.

2.2. Efecto Directo o Aplicabilidad Directa.

Por efecto directo se entiende el derecho de los particulares a invocar una norma del Derecho Comunitario ante sus autoridades nacionales y más concretamente la posibilidad de los particulares de alegar los derechos subjetivos que les confiere el ordenamiento comunitario pero que son desconocidos por el Derecho nacional, que resulta así desplazado. Todas las disposiciones del Derecho comunitario tienen primacía pero solo se puede pedir la aplicación de aquellas disposiciones que tengan efecto directo. Para que las normas comunitarias produzcan dicho efecto es necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- a) Conceder algún derecho al particular para que pueden alegarla. Estos derechos pueden generarse por las obligaciones que se impongan al Estado.
- b) Ha de tratarse de un derecho claro y preciso, totalmente definido en la norma comunitaria, sin margen de precisión o de elección para el Estado. En el momento que hay una elección abierta a los otros poderes del Estado, el juez nacional no puede suplir esta opción.

El particular puede hacer valer su derecho frente a dos tipos de contrincantes:

Frente al Estado, en cuyo caso se habla de **efecto directo vertical**. El particular puede defenderse frente al Estado que incumple una norma comunitaria, desconociendo el derecho del particular.

Frente a otro particular, en cuyo caso se está ante el **efecto directo horizontal**. Se trata de supuestos en que el Derecho comunitario impone obligaciones a los particulares, en que un particular alega su derecho frente a otro particular.

No obstante, ha de precisarse que, como hemos apuntado con anterioridad, las Directivas producen efecto directo vertical pasado el período de transposición y carecen, no sin ciertas matizaciones que no procede abordar ahora, de efecto directo horizontal.

Ambos principios- primacía y efecto directo- están estrechamente relacionados ya que el efecto directo de las fuentes del Derecho comunitario lo que hace es reforzar la eficacia del mismo por cuanto que permite a todo particular solicitar del juez de su país la inaplicación del Derecho nacional que sea contrario al Derecho comunitario directamente aplicable, con lo que automáticamente se está dando por supuesta la primacía de éste último Derecho sobre el primero.

Ha de advertirse que el Derecho comunitario no tiene rango constitucional, por tanto, un conflicto jurídico relacionado con el Derecho comunitario no tiene relevancia constitucional. Por ello, el TC se ha inhibido sistemáticamente del análisis, examen e interpretación del Derecho comunitario. Tampoco forma parte del bloque de la constitucionalidad, aunque ello no obsta para que el TC utilice el Derecho comunitario europeo como parámetro o criterio de interpretación al analizar cuestiones de cariz constitucional, especialmente el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA. Por tanto, la contradicción entre una norma de Derecho comunitario y una norma interna es un problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto y su resolución corresponde a los órganos judiciales ordinarios encargados de aplicar el Derecho comunitario o, en último extremo, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interprete último del Derecho comunitario.

2.3. CONSTITUCIÓN Y DERECHO COMUNITARIO.

De la primacía del Derecho comunitario es exceptuada la Constitución. Se mantiene pues, al menos formalmente, el principio de salvaguardia de la supremacía constitucional: las cesiones de poderes se realizan por habilitación de la Constitución, mediante procedimientos previstos en la Constitución y sin vulnerar los límites que resultan de la misma Constitución.

No es aceptable que, al amparo del Art. 93 CE, se admita cualquier transferencia de competencias o poderes a la Unión sin límite alguno, ya que ello supondría de hecho la entrega a la Comunidad del mismo poder constituyente. El Art. 93 CE no es un *cheque en blanco* o *casi en blanco*, ni tampoco un cauce para salvar la eventual contradicción con la Constitución, autorizando una autoruptura de la rigidez constitucional. La cesión de poderes

que implica la integración europea no puede ser absolutamente incondicional. Si ello fuera así la Constitución dejaría de ser la norma suprema, ya que sus disposiciones quedarían a merced de los Tratados de ampliación de poderes de la Comunidad y de las resoluciones que los órganos de la Comunidad tomaran.

Los Tribunales Constitucionales europeos se han decantado por afirmar que existe un núcleo duro o intangible en las Constituciones europeas que no puede transferirse sin afectar a la misma supremacía de éstas. Como ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha podido manifestar que el principio democrático que inspira el ordenamiento constitucional alemán (Art. 38 LFB) impide que se transfieran a la Comunidad Europea poderes del Parlamento alemán hasta el punto de que se hurtase la influencia decisiva del pueblo alemán en la toma de decisiones políticas: “el principio democrático limita la expansión de las tareas y competencias que incumben a las Comunidades Europeas. Determinadas tareas y competencias sustanciales deben seguir siendo ejercidas por el *Bundestag* alemán”.

Tres son las condiciones que nuestra Norma Fundamental debería establecer a la cesión de competencias:

1. El respeto de los principios democráticos.
2. El respeto de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.
3. El respeto a ciertos elementos estructurales del Estado, en especial a la estructura federal en países con esta forma de organización territorial.

Esta posición supone mantener que, pese a la integración en la Comunidad, el poder último, es decir, el poder constituyente, que fija los principios básicos del orden político, sigue perteneciendo a la comunidad estatal: cierto tipo de decisiones sólo podrán ser tomadas por el poder constituyente. Lo que implica que determinadas ampliaciones de poderes de la Comunidad solo serán posibles, en cuanto afecten a la misma esencia de la Constitución, si son aprobadas por el poder constituyente, es decir, reformando previamente la Constitución. Tal fue el caso, por ejemplo, de España, Francia y Alemania con relación a los cambios introducidos por el Tratado de Maastricht, cambios sólo aceptados por estos países tras reformar la Constitución.

No obstante, la homogeneidad en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo está lo suficientemente consolidado como para poder afirmar que una contradicción en este terreno entre el Derecho comunitario y la Constitución Española es difícil que se produzca en la práctica. En resumidas cuentas, el problema de las relaciones entre la Constitución y el Derecho comunitario, y en especial de la posible colisión entre ambos, es más un problema teórico que real.

A ello ha de añadirse que el mantenimiento del principio de soberanía estatal es en gran parte formal. Los poderes cedidos a la Comunidad (en la práctica irrecuperables) aumentan continuamente, sustrayendo a los Estados miembros ámbitos de soberanía. Las reformas constitucionales son, por ello, más bien expresión de la fuerza integradora, que obliga a los Estados a cambiar su propia norma constitucional para adaptarla a procesos de integración. Además tiende a leerse o a reinterpretarse la Constitución “a la luz” del Derecho comunitario, lo que puede llegar a permitir que la misma cambie de contenido normativo, aun cuando su enunciado literal no se altere, provocando una mutación constitucional. Con ello, el poder constituyente, en la práctica, se trasladaría a instancias supranacionales.

Pese a lo expuesto, es casi unánime la opinión de que hasta el momento que no exista una *verdadera Constitución Europea dimanante de un sujeto constituyente*, la norma comunitaria contraria a la Constitución no puede ser aplicada por nula.

Debe no obstante recordarse que la Decisión del TC en relación con la consulta sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa ha venido a cuestionar, en base a la curiosa distinción entre primacía y supremacía que anteriormente hemos comentado, este planteamiento por lo que el tiempo dirá si en la práctica la propia Constitución no se verá afectada. Conviene asimismo volver a insistir sobre el hecho de que la identidad “filosófica” entre los principios y valores que cimentan la construcción europea y los que sostienen las Constituciones de los Estados miembros hace que, en la

García Ruiz, J. L. / Girón Reguera, E.

práctica, las posibles incompatibilidades entre fuentes sean más teóricas que reales.

LECCIÓN 11

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO (III): LAS NORMAS CON FORMA DE LEY

I. LAS LEYES ORGÁNICAS. 1. IDENTIFICACIÓN. 1.1. Concepto material. 1.2. Concepto formal. 1.3. Materia orgánica y materia conexa. 2. SU RELACIÓN CON LA LEY ORDINARIA. **II. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO SUBTIPO ESPECIAL DE LEYES ORGÁNICAS.** **III. LAS LEYES ORDINARIAS.** 1. GENERALIDADES Y TIPOLOGIAS. 2. LA LEY ESTATAL Y LA LEY AUTONÓMICA. **IV. EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD: LAS LEYES DELIMITADORAS DE COMPETENCIA Y ARMONIZADORAS** 1. LAS LEYES MARCO. 2. LAS LEYES ORGÁNICAS DE TRANSFERENCIA O DELEGACIÓN. 3. LAS LEYES DE ARMONIZACIÓN. **V. REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS.**

Existen diversas clases de leyes. Una primera distinción es la que distingue entre leyes del Estado y leyes de las Comunidades Autónomas. A su vez entre las Leyes del Estado se distingue entre leyes orgánicas y las demás leyes, que son ordinarias. Leyes orgánicas son aquellas que versan sobre determinadas materias prefijadas de antemano por la propia Constitución, las cuales tienen un procedimiento especial de aprobación también expresamente previsto por la norma superior; mientras que leyes ordinarias son todas las restantes, sean del Estado o de las Comunidades Autónomas. No obstante lo anterior debe advertirse que dentro del campo de la ley ordinaria, además de la distinción capital entre las que son estatales o autonómicas, hay una gran complejidad denominativa mediante términos que se adicionan a las leyes para identificarlas mejor- leyes de bases, básicas, marco etc.- o para indicarnos la forma de su aprobación –leyes de Pleno, leyes de Comisión-. Se trata de una terminología que se irá dominando con la práctica

I. LAS LEYES ORGÁNICAS.

1. IDENTIFICACIÓN.

Las leyes orgánicas constituyen una destacada innovación del constituyente español. El Art. 81 CE parte de un concepto material de Ley Orgánica, y lo completa con uno formal.

1.1. Concepto material.

Las leyes orgánicas se refieren a materias determinadas. Según el Art. 81.1 CE: *“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía, el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”*. Hay, en concreto, una veintena de remisiones a ley orgánica en el texto constitucional, aunque algunas de ellas plantean determinadas conexiones entre si y con el propio artículo 81 CE. La gran mayoría tiene que ver con la organización institucional (TC, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Poder Judicial, etc.) y territorial del Estado. Siguiendo el orden de Constitución contienen invocaciones a la LO los siguientes artículos: 8 (FF. AA.), 54 (Defensor del Pueblo), 55.2 (Suspensión de Derechos), 57.5, (Sucesión a la Corona) 87.3 (Iniciativa Legislativa Popular), 92.3 (Modalidades de Referéndum), 93 (Competencias a Organizaciones internacionales), 104.2 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), 107 (Consejo de Estado), 116 (Estados de Alarma, Excepción y Guerra), 122 (Poder Judicial), 136 (Tribunal de Cuentas), 141.1 (Alteración de límites provinciales), 144 (autorizaciones diversas en materia de constitución de Comunidades Autónomas), 147.3 (Reforma de Estatutos), 149.1.29 (Policías Autonómicas), 150.3 (Leyes de Transferencia), 151.1 (aprobación por los electores de Estatutos de Autonomía), 157.3 (Financiación de las Comunidades Autónomas) y 165 (Tribunal Constitucional). La enumeración cerrada nos indica que no cualquier materia, sino solo aquellas previstas en el texto constitucional pueden regularse por normas con rango de ley orgánica.

Conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, el uso de la LO. viene caracterizado por la excepcionalidad, la interpretación restrictiva de su ámbito material y el carácter tasado de los supuestos en los que resulta posible el uso

de esta modalidad normativa con el fin de evitar una excesiva rigidificación del ordenamiento jurídico, efecto que indiscutiblemente posee la ley orgánica al requerir una mayoría cualificada para su aprobación. Así la STC 5/1981 señala que “nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas”. Por su parte, la STC 76/1983 ha razonado que si bien “es cierto que existen materias reservadas a Ley Orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias”, por lo que “el hecho de que el legislador constituyente haya optado por determinaciones específicas de reserva de ley y no por una previsión generalizada hace imposible la extensión de reservas a otras materias por considerarlas de análoga importancia”.

El Tribunal Constitucional ha ido delimitando el ámbito material aludido en la CE. En relación al “*desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*” ha especificado que la reserva sólo afecta a los derechos contenidos en la Sección primera del Capítulo II del Título I de la CE, es decir, a los Art. 15 a 29, de forma que quedan excluidos los Art. 14 y 30 CE a los que sí se extiende el amparo constitucional y los restantes derechos del Título I. En consecuencia, se ha descartado una equiparación con las materias propias del recurso de amparo. En cuanto al concepto de régimen electoral general, el Tribunal lo ha definido como el conjunto de “normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las Entidades territoriales en que se organiza a tenor del Art. 137 CE, salvo las excepciones que se hallen establecidas en la Constitución y los Estatutos”. Además no todo lo que afecta a las materias reservadas a ley orgánica ha de estar regulado por esta categoría normativa, sino solamente lo que constituye la regulación general de tales cuestiones o sus aspectos esenciales. Así, por tanto, en materia de derechos fundamentales, se reserva al Estado tan sólo la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo legislativo directo del derecho fundamental, garantizando su contenido esencial, en tanto que es posible que determinados aspectos de la regulación

de la materia sobre la que se proyecta el derecho se atribuya al legislador ordinario estatal o autonómico.

1.2. Concepto formal.

La ley orgánica posee, además y simultáneamente, un procedimiento específico de aprobación, requiriendo un concurso de voluntades más amplio del que se exige para la ley ordinaria⁷. El Art. 81.2 CE determina que “la aprobación, modificación o derogación exige mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. Se requiere, por tanto, una votación cualificada en el Congreso, cual es la mayoría absoluta, frente a la exigencia normal para aprobar un proyecto de ley de mera mayoría simple. Esta votación por mayoría absoluta debe efectuarse sobre el texto final del proyecto. De acuerdo con la regulación del Reglamento del Congreso, dicha votación se produce al finalizar su discusión en la Cámara y antes de su envío al Senado, y ha de repetirse nuevamente tras su paso por esta Cámara si en ella se ha producido modificación del texto remitido por el Congreso.

Hay algunos límites adicionales: Dado que su tramitación parlamentaria ha de incluir necesariamente el paso por el Pleno de las Cámaras, está excluida la delegación de su aprobación en las Comisiones Legislativas Permanentes (Art. 75.3 CE); no pueden ser reguladas por Decretos Legislativos (Art. 82.1 CE) o por Decretos-leyes (Art. 86.1 CE); finalmente, las materias reservadas a la ley orgánica son materias excluidas de la iniciativa legislativa popular (Art. 87.3 CE). Por último, las materias propias de leyes orgánicas son, por su propia naturaleza, competencia legislativa del Estado, puesto que solo a éste pertenece dicho instrumento normativo por lo que no existen – no puede haberlas- leyes orgánicas autonómicas

1.3 Materia orgánica y materia conexa.

En la práctica legislativa es relativamente frecuente que se aprueben leyes orgánicas en las que algunos de sus artículos se refieren a materias que no

⁷ El procedimiento de aprobación de las leyes orgánicas será expuesto el curso que viene en la asignatura de Derecho Constitucional II, cuando sea explicado el procedimiento legislativo.

corresponden a la ley orgánica, pero que quedan dotados de una especial rigidez derivada del criterio formal de la ley orgánica, esto es su aprobación por mayoría absoluta, produciéndose así la denominada congelación de rango y vedando el conocimiento futuro de tales materias al legislador ordinario, puesto que la reforma de una ley de este tipo, en virtud del Art. 81.2 CE, sólo procede cuando concurre mayoría absoluta. Conforme a la jurisprudencia constitucional, “es constitucionalmente legítimo incluir en la ley orgánica materias conexas, quedando éstas sometidas al principio de congelación de rango, salvo que o bien la propia ley orgánica indique cuáles de sus preceptos contienen sólo materias conexas y pueden ser alteradas mediante ley ordinaria, o bien lo declare en este sentido el propio TC al someter a examen una norma de estas características”. Por ello, con el fin de excluir el efecto de congelación de rango es necesario que el legislador orgánico concrete qué preceptos regulan materias conexas o, en su defecto, el TC lo podrá hacer, de forma que quede abierta su modificación al legislador ordinario o, en su caso, al de la Comunidad Autónoma. En la práctica lo que viene ocurriendo es que en muchas leyes orgánicas nos encontramos con que el propio legislador identifica cuales son los preceptos que tienen carácter orgánico debiendo entenderse que los restantes tienen carácter ordinario

Por materias conexas se entiende aquellas materias no estrictamente orgánicas, es decir, que exceden el ámbito estrictamente reservado a la ley orgánica pero que se regulan en la ley orgánica porque su contenido desarrolla el núcleo estrictamente orgánico y constituyen un complemento necesario para su mejor inteligencia. El TC ha calificado tal inclusión como legítima, cuando concurren razones de conexión temática, de sistematización y buena política legislativa, debiendo, en tal caso, el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter y, por tanto, valor de ley ordinaria. Sin embargo, las nuevas directrices de técnica normativa que se desprende de la jurisprudencia constitucional aconsejan incluir en textos distintos los preceptos de naturaleza ordinaria y los preceptos de naturaleza orgánica⁸.

⁸ Cfr. la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la CA del País Vasco y la Ley Orgánica 4/2002, de 23 de mayo, complementaria a la ley que aprueba el Concierto Económico; Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General

Debe no obstante advertirse que nos encontramos a veces con abusos legislativos y se denominan como orgánicas leyes en los que la mayor parte de sus preceptos carecen de ese carácter⁹.

2. SU RELACIÓN CON LA LEY ORDINARIA.

Leyes orgánicas y ordinarias poseen el mismo rango y fuerza de ley. La relación entre ambas categorías de leyes puede explicarse, aunque no es una cuestión doctrinalmente pacífica, por medio del principio de competencia. De acuerdo con este principio, ambos tipos de leyes se despliegan sobre un ámbito material determinado, previsto por la Constitución. Así se justifica no solamente la imposibilidad de que las leyes ordinarias modifiquen lo establecido por las leyes orgánicas (lo que podría explicarse en el principio de jerarquía), sino también la paralela imposibilidad de que la ley orgánica regule materias no comprendidas en la relación taxativa prevista en el Art. 81 CE para la ley orgánica. Por ello, el criterio jerárquico no es aplicable a la resolución de conflictos normativos entre ley orgánica y ley ordinaria.

Aunque la exclusión es recíproca, la ley ordinaria que, excediéndose del ámbito material que la Constitución le reserva, o sin excederse, regula materias previamente contenidas en una ley orgánica, podrá ser declarada inconstitucional por infracción del Art. 81 CE, tal como afirma el Art. 28.2 LOTC. Por el contrario, la extralimitación de la ley orgánica, esto es que se ocupe de materias reservadas a la ley ordinaria, ocasiona en principio la congelación de rango de los preceptos en ella incorporados. El legislador y los jueces y tribunales ordinarios se encuentran vinculados a la calificación como orgánica u

de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado y la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de Reforma Parcial.

⁹ El caso reciente más llamativo lo constituye la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres a la que se ha denominado orgánica aunque solamente poseen este carácter las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera.

ordinaria de un precepto, pero esta calificación es revisable por el TC, que podrá reconsiderarla, poniendo de relieve la concepción material que defiende. Esto es, si se impugna la ley orgánica ante el TC por invasión del ámbito propio de la ley ordinaria, no se obtendrá una declaración de inconstitucionalidad de la ley, sino que lo que se puede obtener es la inconstitucionalidad de la calificación de toda la ley o parte de ella como orgánica y la consiguiente declaración de que se trata de una ley ordinaria o de que determinados preceptos contenidos en la misma tienen carácter de ley ordinaria.

II. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO SUBTIPO ESPECIAL DE LEYES ORGÁNICAS.

Los Estatutos de Autonomía son las normas que instituyen una determinada Comunidad Autónoma (Art. 147 CE), establecen sus instituciones y declaran sus competencias. Son leyes orgánicas *sui generis*, sometidas a un procedimiento de elaboración específico y constitucionalmente previsto, que ocupan una posición especial en el ordenamiento jurídico.

El Estatuto de Autonomía es una norma jurídica que posee una doble dimensión. Por una parte, es, como establece el Art. 147.1 CE, la “*norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma*”; ello supone que constituye la base y fundamento del correspondiente ordenamiento jurídico autonómico, del que forma parte. Pero, a la vez, el Estatuto de Autonomía forma parte también del ordenamiento jurídico estatal; así lo establece expresamente el Art. 147.1 *in fine* al señalar respecto de los Estatutos de Autonomía que “*el Estado los reconoce y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico*”. Esta idea se ve corroborada por el hecho de que los Estatutos de Autonomía se aprueban por las Cortes Generales mediante ley orgánica (Art. 146 y 147.3, en relación con el Art. 81.1 CE).

De esta doble naturaleza, autonómica y estatal, de los Estatutos de Autonomía se deducen las siguientes consecuencias.

En primer lugar, resulta claro que los Estatutos de Autonomía están sometidos a la Constitución, de la que deriva su legitimación jurídica. Por tanto, el Estatuto

de Autonomía no puede vulnerar la Constitución, estando, pues, sometido a los instrumentos ordinarios de control de constitucionalidad (Art. 27.2.a) LOTC).

En segundo lugar, el hecho de que los Estatutos de Autonomía se aprueben mediante ley orgánica no significa que se trate de una norma como otra cualquiera con esta naturaleza; si así fuera, cualquier ley orgánica posterior podría modificar los Estatutos. Esta particular naturaleza ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, rechazándose expresamente que normas estatales, ni siquiera con carácter de orgánicas, puedan modificar los Estatutos de Autonomía en las materias que éstos deben regular. La existencia de un procedimiento específico de reforma que se establece en el propio Estatuto de Autonomía evidencia claramente que si bien el Estatuto es aprobado finalmente a través de una Ley Orgánica, no puede, sin embargo, definirse como una simple ley orgánica. Dicho procedimiento requiere para la modificación o derogación de un precepto estatutario la manifestación de la voluntad conforme del Parlamento regional de la autonomía afectada, incluso algunos la mediación también de un referéndum. La rigidez del Estatuto de Autonomía opera no tanto como una garantía frente al legislativo propio, al legislativo territorial, cuanto como garantía frente al legislativo estatal general, evitando que el legislativo central se extralimite y afecte a las competencias del poder territorial.

Para algunos autores, es el principio de competencia el que explica las relaciones entre el Estatuto de Autonomía y las demás leyes estatales. Otros, basándose en la *especial fuerza formal pasiva de los estatutos frente a disposiciones normativas de rango legal*, han sostenido que los Estatutos de Autonomía *son leyes orgánicas reforzadas* por la doble instancia a la que formalmente está vinculada su aprobación, modificación o derogación: una en sede estatal (parlamentaria) y otra en sede autonómica (previsiones estatutarias y, en su caso, referéndum). De ahí también que hayan sido calificados como *normas constitucionales secundarias, jerárquicamente superiores a la ley estatal*.

En tercer lugar, los Estatutos de Autonomía, en cuanto norma básica que son de sus respectivos ordenamientos territoriales, se imponen sobre el resto de las normas que de éstos forman parte, tanto en los aspectos formales y

organizativos, como sustanciales. Las leyes y demás normas y actos autonómicos deben, pues, respetar el correspondiente Estatuto, que fija las grandes líneas estructurales del ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma.

Por último, la especial posición de los Estatutos de Autonomía en el sistema de fuentes hace que sirvan como parámetro de la constitucionalidad de otras normas del Estado y de las Comunidades Autónomas (Art. 28.1 y 2 LOTC).

III. LAS LEYES ORDINARIAS.

1. GENERALIDADES Y TIPOLOGIAS.

En el ámbito estricto del poder general del Estado, la ley ordinaria constituye el modelo genérico y residual de ley. Es el acto de las Cortes Generales emanado de forma típica y solemne, es decir, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. Y también es ley ordinaria la norma elaborada por los Parlamentos autonómicos dentro de su ámbito competencial.

Entre las leyes ordinarias estatales hay que incluir aquellas leyes que presentan algunas particularidades que no afectan, sin embargo, a su régimen jurídico. Así, entre las leyes ordinarias del Estado, se encuentran las siguientes:

a) Leyes de Delegación, (bien como ley de bases, bien como ley para autorizar la refundición) previstas en el Art. 82.2 CE, mediante las cuales las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar un Decreto Legislativo, en la forma de un texto articulado o refundido.

b) Leyes “básicas”, “legislación básica” o “normas básicas” ex Art. 149.1 CE, por las cuales el Estado regula los aspectos materiales básicos de una determinada materia, no pudiendo las CCAA legislar más que el “desarrollo” de esas bases. Hay que advertir que esas “bases” o “normas básicas” no siempre se han contenido en una norma con rango de ley. En la medida en que contribuyen a precisar el reparto competencial hay autores que las incluyen en el bloque de constitucionalidad ya que se han dado supuestos de inconstitucionalidad mediata o indirecta por la eficacia interpretativa que

desempeñan cuando se trata de enjuiciar el desarrollo normativo realizado por las CCAA.

c) Leyes marco, previstas en el Art. 150.1 CE. Pertenecen al bloque de la constitucionalidad.

d) Ley de Presupuestos (Art. 134 CE), que posee un procedimiento de aprobación específico, teniendo como peculiaridad más resaltable, al margen de su contenido específico y su carácter anual, que la iniciativa legislativa corresponde en exclusiva al Gobierno.

Otro aspecto a tener en cuenta son las diferentes vías de tramitación de las leyes ordinarias que nos permiten distinguir entre leyes de Pleno y leyes de Comisión, pero que no califican de ninguna manera las leyes objeto de una u otra tramitación. Las llamadas “leyes de Comisión”, son discutidas y aprobadas por las Comisiones Legislativas Permanentes, sin pasar por el Pleno (Art. 75.2 y 3 CE).

La ley ordinaria no es una ley infraordenada jerárquicamente a la ley orgánica, si bien, en virtud del Art. 28.2 LOTC, la ley orgánica es de aplicación preferente sobre la ordinaria. Dispone este artículo: *“Asimismo el Tribunal Constitucional podrá declarar inconstitucionales por infracción del Art. 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 de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido”*.

La aplicación preferente de la ley orgánica sobre la ordinaria debe realizarse por los aplicadores del Derecho siempre que entiendan que la ley orgánica se mueve dentro del ámbito de sus competencias. Es indiferente para ello que la ley orgánica sea anterior o posterior a la ordinaria. Por el contrario, si el aplicador del Derecho considera que la ley orgánica no se mueve dentro de su ámbito competencial, la solución al conflicto normativo dependerá de que esta ley sea anterior o posterior a la ley ordinaria. Si es posterior, deberá aplicarse también la ley orgánica, que podrá no ser orgánica si se ha excedido de su

ámbito material reservado, pero será en todo caso ley, por lo que al ser posterior deroga la anterior. Si es anterior, el aplicador del Derecho no podrá resolver por sí mismo la cuestión, sino que deberá promover (si se trata de juez o tribunal) una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si éste decide que la ley orgánica no se mueve en el ámbito de sus competencias, declarará la naturaleza puramente ordinaria de esta ley, con lo que, por aplicación del principio cronológico, habrá que entender que ha quedado derogada por la ley ordinaria posterior.

2. LA LEY ESTATAL Y LA LEY AUTONÓMICA.

2.1. Introducción.

La función legislativa se ejerce ordinariamente por órganos del Estado de carácter representativo (Parlamentos) o, extraordinariamente, por otros órganos (normalmente el Gobierno) que pueden dictar, dentro de ciertos límites, normas dotadas de igual fuerza que las leyes.

La potestad legislativa es la concreta facultad jurídica que habilita para el ejercicio de la función de elaborar leyes. La Constitución española atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado (Art. 66.2 CE). Ahora bien, debido a la estructura territorial del Estado español, la función legislativa no corresponde en nuestro sistema constitucional únicamente a las Cortes Generales. La existencia de Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política y con Parlamentos propios, hace que se atribuya también potestad legislativa a los Parlamentos (también llamadas Asambleas Legislativas) de dichas Comunidades Autónomas.

Leyes del Estado y Leyes de las Comunidades Autónomas poseen el mismo rango y fuerza, pero tienen acotado un campo material distinto determinado por el bloque de la constitucionalidad, conjunto normativo integrado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y determinadas leyes distributivas de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Este criterio de separación entre los ámbitos propios de las potestades normativas del Estado y

de las Comunidades Autónomas no es sino una manifestación del principio de competencia.

De acuerdo con el citado principio (de competencia), unas y otras se despliegan en aquellas materias para las que, de acuerdo con el citado bloque de la constitucionalidad, poseen competencia legislativa.

2.2. La primacía relativa del derecho estatal y el problema de la concurrencia.

El Art. 149.3 CE establece que: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al *Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

Este artículo contiene una cláusula de prevalencia o primacía del derecho estatal en los supuestos en que la normativa estatal y la autonómica conduzcan a una dualidad competencial. Si la normativa estatal responde a una efectiva atribución constitucional (esto es, si es legítima) desplazará a la normativa autonómica. Se trata de conflictos en que el principio de competencia no es capaz por sí solo de deslindar perfectamente los ámbitos de actuación.

En consecuencia, las Administraciones Públicas o el juez ordinario si considera que dos normas, una estatal y otra autonómica, son aplicables al caso deberá resolver el conflicto eligiendo la estatal. Antes de efectuar esta elección, deberá comprobar si la norma estatal se fundamenta en una competencia que permita su aplicación en el territorio de la Comunidad. Solamente si ese juicio fuera negativo deberá bien presentar una cuestión de inconstitucionalidad, si se tratase de ley, o inaplicarlo, si fuese un reglamento. Si por el contrario, fuese positivo, el Derecho estatal se aplicaría con preferencia al autonómico aunque el conflicto fuese entre un reglamento estatal y una ley autonómica. Pero esta prevalencia inicial topa con la previsión constitucional de que no se trate de materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. En este

supuesto el juego es exactamente el contrario ya que es la ley autonómica la que prevalece. Por eso todos los EEAA han incluido una cláusula de prevalencia que es la copia invertida, el negativo, del Art. 149.3 CE. En el caso concreto del Estatuto de Autonomía Andalúz se dispone que: “En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andalúz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro...” (Art. 42.2.1).

Todo parece muy sencillo, pero no lo es, como consecuencia de que el término “competencia exclusiva” ha sido utilizado de forma equívoca en las relaciones competenciales de los Estatutos de Autonomía. A veces se refiere a materias sobre las que una CA tiene, en su territorio, todas las competencias posibles, entre ellas la potestad legislativa. Para a veces se utiliza en materias en que no se tienen todas las competencias: se carece de potestad legislativa originaria, pero se tiene “en exclusiva” la potestad legislativa de desarrollo de la estatal. Por eso han sido innumerables los conflictos competenciales suscitados ante el Tribunal Constitucional constituyendo este asunto uno de los más problemáticos en la construcción del Estado Autonómico.

En definitiva, aunque el artículo 149.3 CE pretende establecer una cláusula de cierre del sistema de distribución de competencias pensada para operar en aquellos conflictos no resolubles a través de la aplicación de los cauces ordinarios (esquema bases-desarrollo; legislación-ejecución), en la práctica se trata de una cláusula que no puede ser fácilmente aplicada sin la intervención del Tribunal Constitucional.

IV. EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD: LAS LEYES DELIMITADORAS DE COMPETENCIA Y ARMONIZADORAS.

El bloque de la constitucionalidad está constituido por el conjunto de disposiciones delimitadoras de los ámbitos competenciales del Estado y de las CCAA y que son utilizables como parámetro de la constitucionalidad de las leyes. De ahí que el Art. 28.1 LOTC establezca: “*Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará,*

además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas". Este bloque está conformado fundamentalmente, además de por la propia Constitución, por los Estatutos de Autonomía y por las Leyes del Art. 150 CE. De los Estatutos de Autonomía ya nos hemos ocupado, por lo que procede ahora detenerse en las leyes del artículo 150 CE, que constituyen una novedad del sistema de fuentes diseñado en la Constitución. Tienen en común que son leyes excepcionales que vienen a modificar o completar el esquema normal de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que está determinado por el juego conjunto de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, y que se supraordenan jerárquicamente a las leyes de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas.

1. LAS LEYES MARCO.

El Art. 150.1 CE dispone que: *"Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de la Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas"*.

En este apartado se regula una categoría de ley ordinaria. Es una ley especial por su contenido, donde las Cortes Generales pueden facultar a las CCAA para legislar en materias de competencia estatal. Consisten en la atribución a las Asambleas Legislativas autonómicas de potestades legislativas, al margen de los Estatutos, dentro del marco de la ley estatal. Esta ley marco busca el establecimiento de una base normativa uniforme de referencia que las CCAA tendrán que respetar a la hora de legislar, haciendo uso de la autorización contenida en la ley-marco. Se está ante un supuesto de delegación legislativa, pero no entre una ley y un decreto gubernamental (Art. 82 y ss. CE), sino entre una ley estatal y una autonómica, cuyo uso no está sometido a plazo definido

sino que durará mientras la delegación no se revoque por las Cortes Generales.

Se ha utilizado este instrumento normativo por primera vez en 1997 y nuevamente en el año 2001 con objeto de ceder a las CCAA la facultad de dictar normas legislativas en relación con los tributos cedidos, ejerciendo sobre ellos un poder tributario compartido con el del Estado.

2. LAS LEYES ORGÁNICAS DE TRANSFERENCIA O DELEGACIÓN.

El Art. 150.2 CE establece que: *“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”.*

Son una categoría especial de ley orgánica que, al igual que las leyes del Art. 150.1 CE, amplían el ámbito competencial de forma extraestatutaria, pero hay que hacer la salvedad que no es lo mismo una delegación de competencias que una transferencia de las mismas. En el primer caso el ámbito es más restringido y no conlleva necesariamente el otorgamiento a la CCAA de potestad legislativa. En el segundo (y a diferencia de la ley marco del 150.1) no se transfiere la posibilidad de legislar según los principios de la ley-marco, sino que se transfieren bloques enteros de materias, lo cual implica la facultad de legislar, de dictar normas reglamentarias de desarrollo de leyes dictadas y de gestionar los servicios que pasan al ámbito competencial autonómico con la consiguiente asignación presupuestaria. El Estado no se reserva la fijación de los principios, bases o directrices dentro de los cuales deberán ejercerlas las CCAA. Se trata, por tanto, de una habilitación a favor de las CCAA más amplia, de ahí la exigencia del carácter de Ley Orgánica.

Una vez que en el Estado autonómico se ha producido la homogeneización de los Estatutos de Autonomía y todas las CCAA accedieron a niveles competenciales parecidos, el problema que plantea este artículo no es el de transferir a una CA concreta competencias que no tenía (y que por eso seguían

estando en poder del Estado que era su titular) pero que podría tener (como las tenían ya otras CCAA de mayor nivel) sino de si se utiliza o no para transferir a las CCAA competencias que son, según la Constitución, competencias del Estado. Se trata de un portillo por el que, en el momento actual del Estado Autonómico y la reformas en marcha de Estatutos de Autonomía, se intenta desbordar los límites constitucionales haciendo de un supuesto previsto para un uso excepcional y, por tanto, limitado, una vía aparentemente normal para ampliar indefinidamente las competencias de determinadas Comunidades Autónomas.

3. LAS LEYES DE ARMONIZACIÓN.

El Art. 150.3 CE previene que: *“El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”*.

A diferencia de las leyes previstas en los apartados 1 y 2 del Art. 150 CE, tienen un alcance restrictivo, ya que mientras que aquéllas amplían el ámbito de competencias autonómicas, las leyes previstas en el Art. 150.3 CE juegan en contra de las CCAA y a favor del Estado. Se habilita al Estado para dictar leyes que invadan materias de competencia de las CCAA, cuando así lo exija el “interés general”, cuya apreciación corresponde a las Cortes Generales por mayoría absoluta de cada Cámara, en una votación previa a la elaboración de la ley armonizadora.

Constituye “una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue

tenido en cuenta por el constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA” (STC 76/83, FJ 3º.a).

No ha de tratarse necesariamente de materias de competencia exclusiva de las CCAA. Según el TC, en la sentencia 76/1983, de 5 de agosto, “si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las CCAA, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las CCAA produzca una desarmonía contraria al interés general de la nación” (FJ 3º.b).

Sólo ha habido un intento fracasado de ley armonizadora: la LOAPA, pero el Tribunal consideró que no era ni orgánica ni de armonización. A partir de entonces, comienzos de los años 80, no se ha vuelto a utilizar esta técnica legislativa para hacer prevalecer los intereses del Estado frente a los de las CCAA.

V. REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS.

Los Reglamentos que elaboran los Parlamentos para regular el trabajo parlamentario, (Reglamento del Senado, del Congreso, de las Cortes Generales y de cada uno de los parlamentos autonómicos) ofrecen la particularidad de que, a pesar de su nombre, tienen valor de ley. En efecto, si la ley es en su concepto formal la norma jurídica que es elaborada y aprobada por un parlamento (y que luego será sancionada y promulgada por el Rey), se nos plantea conceptualmente el problema previo de cómo se hace dicha elaboración, qué reglas internas se siguen, etc. hasta el trámite final aprobatorio de cualquier ley. Ciertamente la Constitución contiene normas al respecto que hay que seguir y respetar pero no puede contemplarlo todo pormenorizadamente por lo que es necesario que se establezcan a nivel infraconstitucional. Y resultaría absolutamente paradójico que tales normas destinadas a determinar como es el funcionamiento interno de los parlamentos

fuesen dictadas por otro órgano constitucional distinto. Por eso los parlamentos elaboran y aprueban sus propios Reglamentos. Estos no son leyes en cuanto que no tienen forma de ley (carecen de sanción y fórmula de promulgación y no llevan el nombre de ley) pero están hechos por quienes hacen las leyes, por lo que resulta coherente a todas luces que, una vez publicados, tienen el mismo valor que la ley.

LECCIÓN 12

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO (IV): LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY.

I. LOS DECRETOS LEYES. 1. CONCEPTO. 2. REQUISITOS. 3. CONVALIDACIÓN. **II. LOS DECRETOS-LEGISLATIVOS.** 1. CONCEPTO. 2. CLASES. 3. REQUISITOS. 4. LOS LLAMADOS DECRETOS ULTRAVIRES. **III. DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO.**

La Constitución otorga a las Cortes Generales, como representación del pueblo español, el ejercicio de la potestad legislativa, es decir, le atribuye la capacidad para crear normas bajo la forma de ley que, subordinadas a la Constitución, tienen fuerza activa y pasiva frente a las normas dictadas por otros poderes del Estado. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa que sólo comparten con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

Pero, como resultado de la colaboración de poderes propia del sistema parlamentario, la Constitución ha concedido a dos normas del Gobierno la misma fuerza que a la Ley: el Decreto Legislativo y el Decreto-Ley. Al tratarse de una excepción al principio general, debía ser la misma Constitución la que permitiera este uso de la potestad legislativa al Gobierno. A falta de una previsión constitucional explícita, no podía presumirse, ni establecerse mediante ley ordinaria.

Los Decretos legislativos y los Decretos-Leyes tienen la misma fuerza que la ley, aunque no son leyes en sentido formal. Se distinguen de éstas por el órgano que las dicta (Gobierno) y por la forma que adoptan (por tanto, por el procedimiento de aprobación); pero no por su fuerza de obligar y por el lugar que ocupan en el ordenamiento. La denominación que reciben informa de su origen gubernamental (el nombre de Decreto) y de su fuerza legislativa (Decreto Legislativo o Decreto-Ley). En todo caso, unos y otros exigen una intervención *ex ante* o *ex post*, de una o ambas Cámaras, en reconocimiento de la atribución que poseen para el ejercicio de la potestad legislativa del Estado.

I. LOS DECRETOS LEYES.

1. CONCEPTO.

El Decreto-ley es una disposición legislativa provisional dictada por el Gobierno en caso de “extraordinaria y urgente necesidad” (Art. 86.1 CE). Es una norma con rango de ley cuya validez provisional está limitada a 30 días a partir de la fecha de su publicación. El Decreto-Ley se concibe como una excepción al principio de la separación de poderes y a la asignación del ejercicio de la potestad legislativa a las Cortes Generales. Supone la concesión al Gobierno del uso de ésta, aunque sólo en los supuestos y con las condiciones establecidas por la Constitución. A través del Decreto-Ley el Gobierno ejerce, pues, un poder propio que deriva directamente de la Constitución, sin necesidad de delegación alguna de las Cortes Generales.

2. REQUISITOS.

La Constitución establece tres restricciones al uso del Decreto-Ley:

- a) La existencia de una presupuesto habilitante: la extraordinaria y urgente necesidad, apreciado discrecionalmente por el Gobierno, sin perjuicio de la posibilidad de someter tal valoración a controles parlamentarios o del Tribunal Constitucional. Éste último no ha descartado, en supuestos de uso abusivo y arbitrario, rechazar la definición que hagan los órganos políticos, pero sólo en estos casos, porque ir más allá alteraría los supuestos del orden constitucional democrático.

La jurisprudencia constitucional ha definido la urgencia y necesidad en sentido negativo, estableciendo cuando no se dan esas circunstancias: “la necesidad justificadora de los decretos-leyes no se puede entender como una necesidad absoluta que suponga un peligro para el sistema constitucional o para el orden público entendido como el normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y el normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa respecto de situaciones concretas

de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”. Pese a no optarse por una interpretación restrictiva, el TC se ha visto forzado a aclarar que aunque el decreto-ley no sea una norma que circunscriba a situaciones de fuerza mayor o de emergencia, el Gobierno ha de razonar de forma suficiente y objetiva que la situación de hecho que concurre es realmente excepcional y grave (STC 68/2007).

- b) La limitación del ámbito material que puede regular que, no obstante, ha sido objeto de interpretación restrictiva: *“no podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado¹⁰, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título primero¹¹, al régimen de las Comunidades Autónomas¹², ni al Derecho electoral general”* (Art. 86.1 CE). (VEANSE LAS NOTAS A PIE DE PÁGINA SOBRE ESTOS EXTREMOS)
- c) La validez provisional del Decreto-ley que, para su conversión en una norma permanente del ordenamiento jurídico, requiere su convalidación por el Congreso de los Diputados, homologando la existencia de la situación de necesidad.

3. CONVALIDACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES

En el plazo de 30 días desde su promulgación, el Pleno del Congreso de los Diputados o, en su caso, la Diputación Permanente, debe examinarlo y decidir su convalidación o derogación, mediante un debate de totalidad y votación posterior (Art. 86.2 CE). El Decreto-Ley, cuando ha sido convalidado se

¹⁰ Se impide la regulación por decreto-ley de los elementos estructurales, esenciales o generales de la organización y funcionamiento de las instituciones estatales básicas, pero no cualesquiera otros aspectos accidentales o singulares de las mismas.

¹¹ Esta limitación no se puede interpretar en un sentido tan amplio que lleve a excluir cualquier regulación que tenga alguna incidencia en cualquier aspecto relativo a los derechos fundamentales, haciendo perder toda operatividad a la figura del decreto-ley.

¹² Esto es, no podrá afectar al régimen jurídico-constitucional, ni a la posición institucional que les otorga la Constitución a las Comunidades Autónomas y tampoco podrá regular el objeto propio de las leyes que delimitan las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas o armonizar el ejercicio de competencias de éstas.

incorpora como tal con carácter estable al ordenamiento jurídico. Su naturaleza jurídica no se transforma mediante la convalidación, puesto que no se convierte en ley formal, ni tampoco sana los vicios en que el decreto se halla incurso, sino que adquiere su pervivencia en el tiempo como norma con rango y valor de ley, como Decreto-ley convalidado.

Pero es posible que para incorporarla como norma estable del Ordenamiento precise de modificaciones. Para ello, se establece la vía de la aprobación del Decreto-ley como Ley. En este sentido, la Constitución establece que en este mismo plazo de 30 días *“las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”* (Art. 86.3 CE). Primero se convalida el Decreto-ley y luego se tramita como proyecto de ley. Así el Art. 151.4 RCD establece su tramitación con carácter sucesivo. Sólo cuando haya sido convalidado el Decreto-ley, si un grupo parlamentario solicita su tramitación como proyecto de ley se someterá la decisión final al acuerdo del Congreso. El texto que resulte finalmente aprobado como ley por el Congreso y el Senado derogará el Decreto-Ley convalidado. Incluso se ha aceptado en este supuesto la subsanación de vicios formales con carácter retroactivo.

Por otra parte, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra un decreto-ley no implica necesariamente la impugnación de la ley que viene a sustituirlo en el ordenamiento, ni dicha aprobación priva de su objeto al recurso, de lo que se deduce que se trata de normas independientes.

II. LOS DECRETOS-LEGISLATIVOS.

1. CONCEPTO

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos (Art. 85 CE). Para que el Gobierno pueda dictar un Decreto legislativo es necesario que las Cortes Generales le habiliten para ello mediante una ley de delegación del ejercicio de la potestad legislativa.

La Constitución permite que las Cortes, mediante ley, deleguen en el Gobierno la facultad de dictar normas con rango legal pero solo en

determinados supuestos y bajo determinadas limitaciones. No se atribuye al Gobierno desde la Constitución una competencia excepcional de carácter propio que éste puede usar *de motu proprio* (como sería el caso del Decreto-Ley). El Gobierno utiliza, pues, por delegación, la potestad legislativa de las Cortes en la medida en que esté habilitado para hacerlo de acuerdo con la voluntad de las mismas (Art. 82.1 CE).

2. CLASES.

Las leyes de delegación pueden ser de dos clases, según la finalidad perseguida:

- a) Ley de bases, cuando su objeto sea la formación por el Gobierno de un texto articulado (Art. 82.1 CE). Las leyes de bases no pueden ser aprobadas en Comisión (Art. 75.3 CE). Además no podrán, en ningún caso, autorizar la modificación de la propia ley de bases, ni facultar para dictar normas con carácter retroactivo (Art. 83 CE). Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (Art. 82.4 CE).
- b) Ley ordinaria, cuando se trate de realizar por el Gobierno un texto refundido de varios textos legales preexistentes (Art. 82.2 CE). En este caso, la ley de delegación “*determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*” (Art. 82.5 CE).

3. REQUISITOS

Según el Art. 82.3 CE: “*La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa, para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio*”. Es necesario, por tanto, una ley que, de forma expresa, delegue al Gobierno para que dicte un acto normativo con fuerza de ley sobre una materia concreta en un plazo de tiempo determinado. La delegación legislativa exige, en consecuencia, que se cumplan todos y cada uno de los siguientes extremos:

- a) Que la delegación del ejercicio de la potestad legislativa se realice mediante una ley formal, sea esta de bases o puramente ordinaria como hemos visto más arriba.
- b) Que se produzca de forma expresa, de tal manera que no son válidas las delegaciones implícitas (Art. 82.3 CE).
- c) Que la delegación sea al Gobierno, quien debe ejercerla como tal, sin que sea posible su subdelegación a otro órgano del Estado (Art. 82.3 CE).
- d) Que sea para una materia concreta.
- e) Que establezca un plazo de tiempo determinado para ser ejercida, sin que sea válido realizarla de manera permanente o por un tiempo indeterminado (Art. 82.3 CE).
- f) Que una vez que haya sido utilizada y haya sido dictado el acto normativo, la delegación queda agotada.
- g) Cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación.

4. LOS LLAMADOS DECRETOS ULTRA VIRES

El Art. 82.5 de la Constitución establece “*sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control*”. La pregunta resulta pues evidente: si los Decretos Legislativos al ser normas con fuerza de ley están sometidos al control de constitucionalidad, lo que supone el monopolio del Tribunal Constitucional, y los Tribunales no tienen más remedio que aplicarlos salvo que si tienen dudas planteen a éste la cuestión de inconstitucionalidad ¿que nos quiere decir la Constitución cuando alude a “sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales”?

Con relación a este tema, el TC ha acogido la posibilidad de un doble control tanto por los tribunales ordinarios, como por el propio Tribunal Constitucional. Admite que los decretos legislativos, cuando incurren en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (*decretos legislativos ultra vires*), o en cualquier otro vicio, están vulnerando la Constitución, siendo el TC competente para enjuiciar con tal criterio dichos decretos. Pero además los excesos de la delegación

legislativa achacable a los decretos legislativos pueden ser conocidos también por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario inaplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley sino de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación. Es decir un Decreto Legislativo si es correcto tiene fuerza de ley pero cuando la delegación ha sido excedida en todo o parte del Decreto-Legislativo nos encontramos en presencia de una norma que, en todo o parte de ella, no puede tener ya fuerza de ley pero sigue siendo una norma jurídica emanada del Gobierno, es decir un Decreto sin más, que tiene un valor reglamentario. Y las normas reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los Tribunales.

Todo ello se viene a confirmar por el Art. 1 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al indicar que: *“Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la ley¹³ y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación”*.

III. DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO.

Mientras que el Decreto-Ley pudo considerarse prácticamente inexistente dentro de los ordenamientos autonómicos, el Decreto Legislativo se incorporó a los mismos, no sólo a través de los Estatutos –como hubiera sido deseable (¹⁴)- sino también por medio de la Ley autonómica (¹⁵) o del reglamento parlamentario.

¹³ Si bien, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2010, se ha excluido del ámbito de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos, pese a ser disposiciones que carecen de rango de ley.

¹⁴ Este fue el caso de los Estatutos de Autonomía de Aragón, Castilla-León, Madrid, La Rioja o Navarra.

La figura del Decreto-ley fue utilizada ocasionalmente por alguna Comunidad Autónoma y su viabilidad constitucional defendida por algún sector doctrinal. Fue el caso de la CA vasca, con motivo de las inundaciones de agosto de 1983, que motivaron la autorización al Gobierno para dictar decretos-leyes. Esta autorización, otorgada por Ley 17/1983, de 8 de septiembre del Parlamento Vasco, con carácter provisional (durante cuatro meses como máximo) y en relación con las necesidades que se derivaran de las inundaciones producidas en su territorio, dio lugar a varias normas del Gobierno Vasco que asumieron la forma de decretos-leyes autonómicos.

Como hasta recientemente ningún Estatuto de Autonomía, ni tampoco la Constitución, contemplaba la posibilidad de Decretos –leyes la doctrina mayoritaria defendía la falta de habilitación constitucional y estatutaria para que los gobiernos autonómicos pudiesen dictar decretos-leyes, ya que los supuestos de emergencia podían ser atendidos mediante reglamentos de necesidad. No obstante ha terminado ocurriendo que en la deriva actual del Estado Autonomico los Estatutos que han sido objeto de reforma (como, Valencia, Cataluña o Andalucía) incluyen expresamente la posibilidad de que los Gobiernos autonómicos puedan dictar Decretos- Leyes y Decretos Legislativos.

¹⁵ Se ha incorporado por vía legal la figura del decreto-legislativo en las Comunidades Autónomas de Extremadura, Asturias y País Vasco.

Lección 13

LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LAS FUENTES DEL DERECHO (V): LAS NORMAS SECUNDARIAS

I. LA POTESTAD REGLAMENTARIA. 1. CONCEPTO DE REGLAMENTO. 2. CLASES DE REGLAMENTOS. 4. EJERCICIO Y CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. 5. EL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS. 6. OTRAS POTESTADES REGLAMENTARIAS. **II. LOS CONVENIOS COLECTIVOS.** **III. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO** **IV. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES.**

I. LA POTESTAD REGLAMENTARIA.

En la distribución del ejercicio de las tres grandes potestades del Estado, la Constitución concede al Gobierno, como cabeza del poder ejecutivo, la potestad reglamentaria. La potestad reglamentaria es la capacidad del poder ejecutivo de dictar normas generales de rango inferior a las leyes, por lo común en desarrollo o aplicación de éstas. Así del tenor literal del artículo 97 CE¹⁶ se pone de manifiesto que la potestad reglamentaria es intrínseca a la función ejecutiva, ya que la emisión de reglamentos en desarrollo de las leyes permite garantizar su cumplimiento.

Por ello, una cuestión muy importante a dilucidar es si pueden existir o no reglamentos independientes de la ley, es decir, si el Gobierno puede ejercer su potestad reglamentaria donde no actúa la ley. Este tema tiene dos vertientes en el Derecho Constitucional comparado:

1. Hay países en los que la Constitución establece un elenco de materias reservadas a la ley y el resto de las materias posibles pueden ser reguladas por los reglamentos, de manera que en el conjunto del ordenamiento unas cuestiones están reguladas por la ley y otras por los reglamentos.

¹⁶ Dicho artículo dispone que el Gobierno “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

2. En otros países, entre los que se encuentra España, el campo de la Ley es absolutamente universal y está llamada a regular todo el Ordenamiento Jurídico. El reglamento aparece así como una norma de desarrollo y subordinada a la ley que hace operativo el cumplimiento de la misma y que puede tener en cuenta una casuística que la ley por su carácter general no puede a veces. Esto significa que en el ordenamiento español los reglamentos no pueden existir de forma autónoma a la ley, con la excepción de los llamados reglamentos orgánicos que son aquellos que regulan la organización y la forma de actuar de una institución, pero que, como cualquier norma reglamentaria, deberán respetar en todo caso lo que dispongan la Constitución y las leyes.

1. CONCEPTO DE REGLAMENTO.

Por reglamento se entiende toda disposición jurídica de carácter general y con valor subordinado a la Ley dictada por la Administración, en virtud de su competencia propia. Lo que significa que la norma reglamentaria, al estar sometida jerárquicamente a la Ley, aunque sea posterior no puede derogar o modificar el contenido de las normas con rango de ley y, por el contrario, éstas tienen fuerza derogatoria sobre cualquier reglamento.

A diferencia de los actos administrativos, los reglamentos se integran en el ordenamiento jurídico y forman parte del mismo, ampliándolo. Como norma jurídica, no se agota por una sola aplicación ni por otras muchas, sino que cuanto más se aplica más se refuerza su vigencia. No se consumen con su simple cumplimiento, sino que son susceptibles de una pluralidad indefinida de cumplimientos. Por el contrario, los actos administrativos no se integran en el ordenamiento jurídico, son actos aplicativos, es decir, son simple aplicación del mismo, por lo que no lo amplían, agotándose con su simple cumplimiento. No tienen vocación de permanencia, que es lo característico de las normas jurídicas y, aunque afecten a numerosos ciudadanos o, incluso, a todos (por ejemplo, la convocatoria de elecciones generales) se extinguen en una sola aplicación.

El ámbito material del Reglamento no está previamente delimitado porque depende de la ley a cuya ejecución sirve. Además nuestra Constitución no prevé la existencia de una reserva reglamentaria. Por el contrario, y como hemos dicho con anterioridad, la ley puede tener en nuestro ordenamiento jurídico cualquier contenido, no estándole en modo alguno vedada la regulación de materia alguna. La regulación de una materia por ley supone la elevación formal de dicha materia, por mínima e intrascendente que pueda parecer, a rango de ley lo que supone hacerla inaccesible al ejercicio de una potestad reglamentaria de carácter autónomo a la ley.

Por otro lado en la Constitución existen materias reservadas a la ley en las que la reserva de ley se extiende a cuestiones de detalle; así por ejemplo el artículo 53.1 de la CE no solamente reserva a la ley la materia derechos y libertades del Capítulo segundo del Título primero sino que puntualiza que será la propia ley la única que puede regular el ejercicio de tales derechos y libertades lo que significa una restricción del contenido posible del correspondiente reglamento de ejecución de la ley.

Debe advertirse, según ha reiterado el TC, que la reserva de ley en relación con una determinada materia no impide la colaboración del reglamento en el desarrollo normativo de la misma, siempre que la utilización de éste resulte indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley, o resulte necesario por la exigencia de una pronta actuación o por la propia naturaleza de las cosas, puesto que no hay ley en la que se puedan dar entrada a todos los problemas imaginables. En efecto, es imposible que el poder legislativo pueda prever todas las contingencias que surjan en la ejecución de las leyes. Por ello, la potestad reglamentaria no se limita a la mera reproducción de los preceptos de la ley, sino que cumple una tarea de desarrollo y complemento.

La terminología empleada para designar a esta fuente del Derecho es muy variada, lo que obedece a su diversidad de formas de exteriorización: Decreto, Orden Ministerial, Orden del Consejero Autonómico, Resolución de un Director General o determinada autoridad administrativa, Bando, Ordenanza, etc. La atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria por el Art. 97 CE no significa que el resto de los órganos administrativos jerárquicamente

escalonados no participen de tal potestad normativa, que podrán ejercitarla previa habilitación legal para su ejercicio. Por otra parte, la Constitución también reconoce en sus Art. 153.c) y 161.1, aunque implícitamente, la potestad reglamentaria a las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, como ya quedó expuesto, el rango reglamentario se encuentra diversificado internamente, de forma que a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada (así, un Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros, a través de un Real Decreto, tiene mayor rango jurídico que una disposición oficial dictada por un Ministro, a través de una Orden Ministerial).

2. CLASES DE REGLAMENTOS.

Pueden clasificarse atendiendo a diversos criterios, pero tan sólo resaltaremos dos de ellos.

A) Por su relación con la ley.

Conforme a este criterio, se distinguen:

1. Los reglamentos **independientes** de la ley (*praeter legem*): No se dictan en desarrollo de leyes, sino que regulan *ex novo* determinadas materias sobre las que la Constitución ha previsto una reserva reglamentaria, como ocurre con la Constitución francesa de 1958. La Constitución española no ha recogido esta posibilidad, por lo que en nuestro Derecho sólo podríamos incluir, dentro de los reglamentos independientes, los reglamentos de organización administrativa, también llamados orgánicos (por ser la organización de sus propios servicios una competencia típicamente administrativa), que agotan su eficacia en el ámbito de la propia Administración.

2. Los reglamentos **ejecutivos** (*secundum legem*): aquellos que desarrollan y concretan normativamente el contenido de una ley, normalmente porque la ley prevé esta posibilidad. Peculiaridad procedimental de dichos reglamentos es el requisito del informe preceptivo del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma que realice las mismas funciones, orientado a controlar la fidelidad de la norma reglamentaria con la ley que desarrolla.

B) Por su origen.

Por razón de la Administración que los dicta, los reglamentos se clasifican en:

1. Reglamentos estatales: el de mayor jerarquía es el Real Decreto aprobado por el Presidente del Gobierno o por el Consejo de Ministros, que se relacionan a su vez por el principio de competencia y no por el de jerarquía. Subordinados a los Reales Decretos y a las *Órdenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno*, que afectan a varios Departamentos Ministeriales, están los reglamentos de los Ministros en las materias propias de su departamento, en forma de *Órdenes Ministeriales*, y los de las autoridades administrativas inferiores, no integradas en el Gobierno, que requieren de una habilitación legislativa, y revestirán la forma de *Resolución*. Sin tal habilitación no pueden ser consideradas normas reglamentarias sino meras instrucciones o directrices internas, a los efectos de la organización del trabajo administrativo, dirigidas a los órganos administrativos dependientes jerárquicamente¹⁷.
2. Reglamentos autonómicos: de las Comunidades Autónomas, denominándose *Decretos*, los del Consejo de Gobierno, *Órdenes*, los de los Consejeros y *Resolución* los de las autoridades inferiores.
3. Reglamentos locales: de los Entes Locales, debiendo distinguirse el *Reglamento orgánico* de cada Entidad, por el que el Ente se autoorganiza, de las *Ordenanzas Locales*, que son normas de eficacia externa de la competencia del Pleno de la Entidad, y *los Bandos*, que el Alcalde puede dictar en las materias de su competencia.
4. Reglamentos institucionales: de los Entes institucionales y corporativos, subordinados a los reglamentos de las Administraciones territoriales de los que son instrumento.

¹⁷ Estas Instrucciones u Órdenes de Servicio, conocidas también como Circulares, no constituyen una manifestación de la potestad reglamentaria, sino del principio de jerarquía orgánica.

3. EJERCICIO Y CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

El ejercicio de la potestad reglamentaria está sometido a determinados requisitos en cuando a los procedimientos a seguir (estudios e informes previos, publicación, etc.) para su aprobación y, además, al control de su legalidad.

El control sobre la legalidad de los Reglamentos corresponde a la jurisdicción ordinaria (Art. 106.1 CE). A diferencia de lo que ocurre con las normas de rango legal, los reglamentos están sometidos a la revisión jurisdiccional por parte de los jueces y tribunales ordinarios. Por ende, los preceptos reglamentarios quedan fuera de los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹⁸.

Las principales técnicas para impugnar un reglamento ilegal son:

1. La **vía de excepción**, consistente en la posibilidad de solicitar la inaplicación de un reglamento al caso concreto que el Tribunal está enjuiciando, por ser contrario a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (Art. 6 LOPJ).
2. La **vía contencioso-administrativa**. La impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa puede ser mediante un **recurso directo**, que es aquel que ataca frontalmente el reglamento solicitando su anulación, pues, como indica el Art. 107.3, “contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”. Su plazo es de dos meses desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada.

Pero también es posible reaccionar contra un reglamento inválido a través del **recurso indirecto**, que permite al interesado recurrir un acto administrativo de

¹⁸ No obstante, sería posible la anulación de determinados reglamentos ante el Tribunal Constitucional mediante dos posibles vías: primeramente, conforme el Art. 161.2 de la Constitución, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas, dentro de los dos meses siguientes a su publicación. No obstante, el Tribunal Constitucional sólo debe controlar los vicios de inconstitucionalidad del reglamento, no cualquier otro, lo que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos. En segundo lugar, en cuanto un reglamento vulnere los derechos constitucionales susceptibles de recurso de amparo podrá ser objeto de este recurso ante el Tribunal Constitucional a través de la impugnación de un acto de aplicación, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria.

aplicación del reglamento ilegal, fundando dicha impugnación, precisamente, en la ilegalidad del reglamento en que se apoya el acto recurrido. Si el juez que conoce del recurso indirecto dicta sentencia estimatoria por considerar ilegal el contenido del reglamento aplicado, deberá plantear la denominada **cuestión de ilegalidad** ante el Tribunal competente para conocer del recurso contencioso-administrativo directo contra el reglamento. Si éste último estima fundada la cuestión de ilegalidad anulará el reglamento con plenos efectos *erga omnes*. Si el Tribunal que conoce del recurso indirecto es el competente para conocer también del recurso directo, la sentencia declarará la invalidez o nulidad de la norma reglamentaria.

4. EL PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR DE LOS REGLAMENTOS.

El principio de inderogabilidad singular impide que la autoridad que dictó un reglamento, o bien otra superior, pueda derogar el reglamento para un caso concreto, esto es, establecer excepciones privilegiadas en favor de una persona determinada. Esta regla está prevista en el Art. 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: “Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas”. De dictarse serían nulas. La prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio constitucional de igualdad (Art. 14 CE), pero está también vinculada con los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

5. OTRAS POTESTADES REGLAMENTARIAS.

Distinta de la potestad reglamentaria atribuida al poder ejecutivo son las *potestades reglamentarias internas de otros órganos estatales, dotados de autonomía reglamentaria, que dan lugar a los reglamentos de organización y funcionamiento de dichos órganos*. Principal característica de estos

reglamentos es que sus efectos se proyectan tan sólo *ad intra*, esto es, sólo afectan a quienes pertenecen o dependen del órgano, sin que –en principio y salvo expresa previsión constitucional o legal- puedan aplicarse a los ciudadanos ajenos al mismo.

Poseen autonomía reglamentaria interna el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y los órganos parlamentarios (estatales y autonómicos). Estos reglamentos se encuentran subordinados a la ley reguladora de cada órgano, con excepción de los reglamentos parlamentarios, que no se encuentran subordinados a ley alguna, sino directamente a la Constitución, en una posición análoga a la de las leyes, y sometidos al mismo control de constitucionalidad que éstas, como ya dejamos establecido en la lección 15.

En relación al Consejo General del Poder Judicial, la STC 105/2000 estableció que “el Art. 110 LOPJ evidencia que ni el Gobierno de la Nación ni las CCAA pueden dictar reglamentos sobre el estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, ni sobre sus condiciones accesorias, porque el único habilitado para ello es el CGPJ”; “la potestad reglamentaria del Consejo incluye la regulación de las condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos, ni alterar éste en su conjunto”.

II. LOS CONVENIOS COLECTIVOS.

Conforme al Art. 37.1 CE, “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. Mediante esta previsión se incorpora al sistema de fuentes un tipo de normas, el convenio colectivo, que no tiene su origen en una potestad normativa pública, sino en la voluntad negociada de sujetos particulares pero que se constituyen en auténticas normas jurídicas, fuentes de regulación de las condiciones de trabajo.

Se reconoce así fuerza vinculante al convenio colectivo emanado de la negociación entre trabajadores y empresarios, lo que supone otorgarles

eficacia general frente a lo que sería consustancial a cualquier negocio privado, que de forma natural afectaría sólo a quienes lo suscriben. Por imperativo constitucional, el convenio colectivo vincula a todos los sujetos sometidos a su ámbito material y territorial.

La remisión a la ley supone que será el legislador quien deba establecer los requisitos para suscribir los convenios colectivos (sujetos que pueden suscribirlos, procedimiento, ámbito, etc.). Aquellos convenios que no se ajusten a las exigencias del legislador (esto es, a los requisitos del Estatuto de los Trabajadores) tendrán tan sólo la fuerza vinculante *inter partes* que procede de su propia naturaleza de negocio jurídico entre particulares. Es, por tanto, una fuente sometida a la ley.

En cuanto al ámbito, no existe una reserva de convenio colectivo. En consecuencia, se puede producir una concurrencia normativa entre ley y convenio en la que, en principio, primará la ley, salvo que el convenio colectivo pueda reclamar una aplicación preferente por su mayor especialidad.

III. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

En el sistema español de fuentes del Derecho ha sido habitual hasta la Constitución de 1978 explicar las fuentes a partir de lo dispuesto en el Art. 1º del Código Civil que establece “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Esta descripción obliga a recordar que el término ley es utilizado aquí en su acepción amplia de norma escrita, cualquier norma escrita, por lo que alude tanto a las norma primaria – a la que en sentido estricto denominamos ley por tener el valor o la fuerza de ley- como a la norma secundaria - a la que hemos denominado reglamento-. Y la costumbre es una norma no escrita que hemos definido ya en la lección 4 del programa como la forma reiterada de un hacer o un no hacer acompañada de la convicción de que es jurídicamente obligatoria. Es decir, podemos leer el artículo primero del Código Civil como si dijera “Son fuentes del ordenamiento jurídico español *la norma escrita, la costumbre –o norma no escrita- y los principios generales del Derecho*”.

Así las cosas esta enumeración sirve para entender lo que seguidamente nos dirá el Código Civil respecto a la aplicación de la costumbre y que consiste en que ésta solo se aplicará si no hay ninguna norma escrita que sea aplicable, que resulte probada (es decir que sea efectivamente una costumbre) y que no sea contraria a la moral ni al orden público¹⁹.

Se trata por tanto de una fuente del Derecho español de carácter muy secundario y sobre la cual resultan de utilidad las reflexiones que hacíamos en la citada lección 4 del programa sobre la costumbre constitucional y sobre el distinto papel de la costumbre en los sistemas continentales y en los sistemas anglosajones

Por lo que a los principios generales del Derecho se refiere, debemos recordar lo ya estudiado en la lección 6 del programa al ocuparnos en general del ordenamiento jurídico. Decíamos allí que son unos principios que posibilitan que un ordenamiento jurídico sea completo y los describíamos como categorías generales derivadas del pensamiento jurídico, que constituyen en muchos casos reglas de sentido común y que establecen grandes axiomas jurídicos: “dar a cada uno lo suyo”, “la justicia no es justicia sin equidad”, “nadie debe ser condenado sin ser oído”, “no puede existir delito sin norma previa que lo establezca” etc. Todo ese conjunto de principios generales del Derecho es una herramienta que permite al operador del Derecho cubrir las lagunas que se pueden producir en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, el punto 4 del Art. 1 del Código Civil nos dirá que “los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley (norma escrita) o costumbre (norma no escrita), sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

Pero debe recordarse que allí también decíamos que las Constituciones modernas de carácter normativo tienden a incluir en su articulado una serie de principios generales del Derecho que se convierten así en principios constitucionales y que serán determinantes en la concreción general del ordenamiento jurídico: la irretroactividad de las normas desfavorables, la

¹⁹ Art. 1, 3 del Código Civil: “La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

dignidad de la persona, la promoción de la igualdad efectiva de las personas y de los grupos en que se integra etc. Se trata de principios que al estar explicitados en la norma suprema no requieren ya una búsqueda filosófico-jurídica por parte del aplicador del Derecho, sino que basta atenerse a la formulación constitucional. Estos principios constitucionales constituyen hoy día un renglón importante de los llamados principios generales del Derecho. En España, la Constitución de 1978 ha incorporado en su Título Preliminar - artículos 9.2, 9.3 y 10.1- determinados principios generales que se convierten así en normas escritas de rango constitucional, pues en la Constitución están, y que, como consecuencia, prevalecen sobre todas las normas infraconstitucionales –sean leyes o costumbre-. Queremos decir con ello que determinados principios generales del Derecho – los que se han convertido en principios constitucionales al ser incorporados al texto de la Constitución- ya no pueden contemplarse como fuentes del Derecho de carácter secundario. La lección 15 del programa que se cursa en Derecho Constitucional II y que se refiere a la Constitución como norma suprema del ordenamiento y directamente aplicable se ocupa más *in extenso* de cuanto aquí decimos.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES.

La jurisprudencia es el conjunto de resoluciones dictadas por los tribunales interpretando y aplicando las normas del ordenamiento jurídico en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Es la plasmación viva del ordenamiento, al ser la forma en que éste se aplica a los sujetos jurídicos en caso de conflicto.

Ya nos hemos ocupado en la lección 14 de la jurisprudencia constitucional, doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en las sentencias que dicta, y que constituye, como ya se ha comentado, fuente del Derecho Constitucional. Al ser el intérprete supremo de la Constitución, la interpretación que realice de la Constitución, precisando su contenido, se impone a los demás poderes públicos, incluidos los órganos judiciales ordinarios. El Art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha sancionado esta supremacía, y también el Art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que dispone que habrá de entenderse corregida la jurisprudencia ordinaria por la doctrina derivada de las

sentencias y autos que resuelven los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Pero ahora de lo que queremos ocuparnos es de la Jurisprudencia de los Jueces y Tribunales ordinarios, cuya organización culmina en el Tribunal Supremo.

A diferencia de los países anglosajones, la jurisprudencia ordinaria, es decir, la establecida por los órganos judiciales ordinarios no es fuente del Derecho en España.

En nuestro sistema constitucional, los órganos judiciales están sometidos únicamente al Imperio de la Ley, no al precedente judicial. Su función es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. No son pues creadores del Derecho. No existe la vinculación de los jueces y tribunales a los precedentes jurisprudenciales de casos anteriores y de Tribunales superiores (*principio del stare decisis* de los ordenamientos angloamericanos), que permite configurar a la jurisprudencia como una verdadera fuente del Derecho. No pueden crear normas, deben respetar y aplicar las existentes, sin que haya lagunas en ellas, pues, aunque puede haberlas en la ley y la costumbre, no así en los principios generales del Derecho, que cierran el sistema de fuentes. De ahí la dicción del Art. 1.7 del Código Civil: “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una cosa es la teoría y otra la práctica y en la práctica forense se buscan y aportan las sentencias del Tribunal Supremo para orientar el fallo de los tribunales inferiores de conformidad con ella. Y ello es porque de acuerdo con el Art. 1.6 del Código Civil, *la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo en sus sentencias tendrá un valor complementario del ordenamiento jurídico*. Es decir el TS fija los criterios generales en la aplicación e interpretación de la ley que deben ser tenidos en cuenta por el resto de los órganos jurisdiccionales. La tarea que corresponde al TS de unificar esa interpretación y aplicación convierte a sus decisiones en puntos de referencia, tanto para los jueces como para los ciudadanos, en cuanto al significado y aplicabilidad de las normas que integran el ordenamiento. Pero los órganos judiciales pueden razonadamente

discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo sin que por ello haya de estimarse vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

No se le reconoce así a la jurisprudencia directamente el valor de fuente del Derecho. No obstante, en la praxis los Jueces y Tribunales se ven impulsados a seguir los criterios interpretativos sentados por los órganos judiciales superiores, aunque no están obligados a ello, por razón de coherencia o para evitar la revocación de sus fallos. Además en el mundo forense es importante disponer de una sentencia aplicable al caso. La doctrina jurisprudencial se adhiere a las normas como una segunda piel, limitando o ampliando su sentido, en todo caso, concretándolo, de tal forma que las normas no dicen lo que dice su texto, sino lo que los tribunales dicen que dicen. De forma inevitable, conscientemente o no, la doctrina jurisprudencial termina creando Derecho.

La observancia del precedente judicial, dentro del mismo órgano judicial, es una conducta jurídicamente exigible en virtud del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley (Art. 14 CE). Es decir, un mismo órgano judicial no podrá resolver supuestos de hecho sustancialmente iguales de forma injustificadamente dispar, sin motivación alguna que justifique en términos generalizables el cambio de criterio. Por ende, la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que, en uso de su autonomía e independencia judicial, pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, siempre y cuando lo motiven, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad, al tratarse de órganos judiciales diferentes.

Por último, existen otras dos fuentes de doctrina jurisprudencial que son fruto de nuestra integración europea: de una parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que vincula en función del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950, ratificado por España, en relación con lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución a cuyo tenor “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. De otro

García Ruiz, J. L. / Girón Reguera, E.

lado, son vinculantes también para los Tribunales y autoridades españolas las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.