

# EN TORNO AL CONCEPTO DE LEY ORGÁNICA EN LA CONSTITUCIÓN\*

ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL

*Catedrático de Derecho Constitucional*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

## 1. INTRODUCCIÓN

Nos satisface tener la oportunidad de poder contribuir, aunque sea en mínima medida, a honrar la brillante y encomiable trayectoria académica del maestro de constitucionalistas, Don Pablo Lucas Verdú. Para este menester hemos escogido tema aparentemente abstruso, pero que realmente linda con la amenidad –rara virtud en cuanto uno se adentra en la espesa fronda de nuestro sistema de fuentes del Derecho– desde punto y hora en que no deja de ser un guión interesante para un *film constitucional*, el que presenta al espectador estudioso la curiosa forma en que el concepto y naturaleza jurídica con que el Constituyente concibió la figura de la ley orgánica han sido *travestidos* por una fina doctrina gloriadora ulterior, a la que no se puede negar éxito en su esfuerzo por trocar la naturaleza de esta fuente del Derecho.

Siempre hemos pensado que a la hora de interpretar una norma constitucional, la posición del interprete que le permite ser coherente con la *ratio legis* del o de los precepto/os a clarificar (*interpretación teleológica*) es la que se parte de desentrañar *la voluntad del legislador*, pues nuestra ya dilatada experiencia profesional nos hace desconfiar de la tan extendida actitud en pro de esclarecer *la voluntad de la ley*, que, según sus seguidores se objetiviza e independiza pirandelianamente de su autor;

\* El presente trabajo será publicado en breve en el libro-homenaje al Profesor, D. Pablo Lucas Verdú, fin para el que se ha escrito. Esta versión ulterior aporta variaciones de muy pequeña entidad.

pues ésta no deja de ser tesis que en última instancia permite desplazar confortablemente la voluntad del legislador por la de un intérprete cuya imaginación está huérfana de controles<sup>1</sup>.

Aunque hemos tenido ocasiones de abordar esta temática<sup>2</sup>, somos conscientes de que las causas perdidas, cuando están chapuzadas en buenas dosis de razón, requieren de defensa reiterativa y aun pertinaz. Esta se nos presenta como buena ocasión para tan *filantrópico* fin y además como adecuada coyuntura, más que para la reiteración, para la sistematización y actualización de las tesis y antítesis que jalonan la polémica.

Pues bien, muy posiblemente, hemos de comenzar por centrar la cuestión tanto desde la letra de la Constitución —pues no en vano la misma acuña un concepto original de ley orgánica—, en lugar de hacerlo, según sucede a menudo, desde *aprioris doctrinarios*, como desde la *ratio* que induce a los constituyentes a apostar tan decididamente en pro de las leyes orgánicas. Y creemos pertinente el acercarnos al texto constitucional desde sus antecedentes, aunque lo hagamos con parquedad.

## 2. LOS ORÍGENES DEL CONCEPTO

Como hemos apuntado, la CE acuña un concepto específico de Ley orgánica y, en su momento, veremos que esto es efectivamente así. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina patria ha insistido en la tesis de que «el modelo efectivamente tenido en cuenta por nuestros constituyentes de 1978... (es) la Constitución francesa de la V.<sup>a</sup> República, de 4 de octubre de 1958, cuyo artículo 46 (lo) prevé en términos inequívocos»<sup>3</sup>. Mientras otros autores apostillan que, en el plano terminológico hubiera sido conveniente eludir la expresión *ley orgánica* «cuya adopción se debe, sin duda, a la Constitución francesa vigente»<sup>4</sup>. Sin embargo, desde

1. Así pudo sostener el Obispo HOADIN: «Quien tenga la autoridad absoluta para interpretar cualquier Derecho escrito o hablado será quien en verdad legisle para todo propósito y fin, y no la persona que primero lo haya redactado o enunciado».

Citado por Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, p. 153. Cfr. WRÓBLEWSKY, Jerzy: *Constitución y Teoría General de la interpretación jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 85.

2. En un primer momento, previo incluso a la entrada en vigor de la Constitución, ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, pp. 537 y ss.

Más recientemente volvimos sobre la cuestión en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRIGUEZ ZAPATA, Jorge: *Derecho Político Español*, Vol. I: «Constitución y Fuentes», Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pp. 344 y ss.

3. CHOFRE SIRVENT, José F.: *Significado y función de las leyes orgánicas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 35 y 36. Traemos esta cita a colación por mera vía de ejemplo, pues son otros muchos los autores de la misma opinión. Así también, PEMAN GAVÍN, Juan: «Las Leyes orgánicas: Concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho», en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al Prof. García de Enterría*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, Vol. I, p. 135.

Por su parte un autor prestigioso, GARRORENA MORALES, Angel, las define «como una apresurada importación de técnicas francesas», en su trabajo: «Las Leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica», en *REP*, núm. 13, nueva época, (1980), p. 180.

4. LINDE PANIAGUA, Enrique: *Leyes Orgánicas*, Linde Editores, Madrid, 1990, p. 14.

nuestra experiencia constituyente y desde –lo que tiene mayor valor que nuestro testimonio personal– el cotejo del art. 81 CE<sup>5</sup> con el art. 46 de la Constitución francesa de 1958<sup>6</sup> –que evidencia la entidad y el alcance verdaderamente dispar de ambos preceptos–, hemos de sostener que ese precedente aunque fue tomado en consideración por la ponencia y la Comisión del Congreso no tuvo un peso verdaderamente significativo en la construcción del concepto de ley orgánica en nuestra Ley de leyes vigente, como ya tuvimos ocasión de indicar en 1978<sup>7</sup>.

Otra búsqueda de raíces se puede efectuar en *el campo del Derecho político histórico español*. En esta dirección ha sido meritoria la amplia investigación acometida –entre otros<sup>8</sup>– por el prestigioso letrado del Consejo de Estado, Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona<sup>9</sup>. El resultado de esta incursión por nuestros precedentes históricos acredita que nuestra doctrina científica decimonónica utiliza la expresión «ley orgánica» para adjetivar «la ley que integra o desarrolla *secundum constitutionem*, la Ley Fundamental», y aporta pruebas numerosas de que esta acepción se empleó en numerosos textos normativos de la época, a partir del período 1845-1857, y aún antes, en diferentes proyectos de ley, que, por cierto, son anteriores a que la Constitución francesa de 1848 previese la existencia de leyes orgánicas en nuestro país vecino<sup>10</sup>. Es muy significativo el que esta terminología

5. El art. 81 CE reza así: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y las demás previstas en la Constitución». «2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

6. El art. 46 de la Constitución francesa de 1958 dispone: «Las leyes a las que la Constitución confiere el carácter de leyes orgánicas deberán ser votadas y modificadas en las condiciones siguientes:

El proyecto o la proposición no se somete a la deliberación y al voto de la Asamblea ante la cual se haya presentado más que después de un plazo de quince días después de su presentación.

El procedimiento del artículo 45 será aplicable. En cualquier modo, en caso de desacuerdo entre las dos Cámaras, el texto no puede ser adoptado por la Asamblea Nacional en última lectura más que por la mayoría absoluta de sus miembros.

Las leyes orgánicas relativas al Senado deberán ser votadas en los mismos términos por las dos Cámaras.

Las leyes orgánicas no podrán ser promulgadas más que después de la declaración por el Consejo Constitucional de ser conforme a la Constitución».

7. ALZAGA VILLAMIL, Óscar: *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 538.

8. Especialmente son destacables, por su rigor, GARRORENA MORALES, Ángel: «Acerca de las leyes orgánicas y de su espírea naturaleza jurídica», en *REP*, núm. 13, año 1980, pp. 169 y ss.; así como GÁLVEZ MONTES, Javier: «Comentario al art. 81 CE», en ALZAGA, Óscar (Director): *Comentarios a las leyes políticas*, EDESA, Madrid, 1985, Tomo VII, pp. 19 a 21. Y más resumidamente en su análoga colaboración en la edición de 1998, Tomo VII, pp. 33 y 34.

Merece la pena recordar que ya D. Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, entendía que la función de las Leyes Orgánicas consistía en dotar de flexibilidad a ciertas materias constitucionales «para evitar que la Constitución venga expuesta a los mismos cambios que la Ley Ordinaria» en su *Curso de Derecho Político*, Madrid, 1913, p. 390.

9. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio: «Las leyes orgánicas y el sistema de las fuentes del Derecho». *Discurso pronunciado el día 13 de octubre de 1980*, Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1980.

10. Así, por ejemplo, el 30 de noviembre de 1836, el «Dictamen de la Comisión de Constitución proponiendo a las Cortes las bases de la reforma que cree debe hacerse en la Constitución de 1812», en su base primera disponía: «Se suprimirá toda la parte reglamentaria y cuanto deba corresponder a los Códigos o a las *leyes orgánicas*».

hiciese fortuna y que consiguientemente el proyecto constitucional de Bravo Murillo (1852) incluyese nueve proyectos, que comprendían «una ley fundamental y ocho orgánicas, cuyo conjunto ha de componer lo más esencial de las instituciones políticas del Reino», para añadir a continuación que: «El proyecto de Constitución sólo abraza las disposiciones de carácter más fundamental y estable, dejando a las leyes orgánicas u otras especiales fijar la debida garantía de los derechos públicos y privados».

Consiguientemente, como concluye Ortega Díaz-Ambrona<sup>11</sup>, en el Derecho político español tradicional «las leyes orgánicas tenían una indudable relevancia constitucional, si bien su estabilidad y permanencia debía ser, lógicamente, menor que la de la Constitución»<sup>12</sup>. Aunque cabría añadir que, en la práctica, fueron muchos los casos en que determinadas leyes orgánicas tuvieron vida más larga y saludable que la de la Constitución de la que traían causa.

Ciertamente el peso de estos precedentes de nuestro constitucionalismo histórico, en este caso como en tantos otros, no fue determinante de las decisiones de nuestros constituyentes de 1978, pero lo que sí se puede afirmar sin riesgo de incurrir en exageración es que *los juristas españoles estábamos acostumbrados al empleo del término Ley orgánica*, y no tanto por la entonces vigente Ley Orgánica del Estado, de 1966, que rigió mal que bien en las postrimerías del franquismo, como por la consolidación del término en leyes venerables como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que permanecía vigente desde hacía más de un siglo, o como por el influjo de las diversas leyes orgánicas que habían regido la composición y las funciones del Consejo de Estado, desde la aprobada con tal rango el 17 de agosto de 1860. Desde luego no cabe dudar de que la inmensa mayoría de los juristas que fuimos constituyentes en 1977-78 estábamos familiarizados con esta acepción de la ley orgánica, no coincidente con el rango que la CE acabaría por otorgar a las leyes orgánicas. En todo caso nuestros constituyentes, sólo conocían superficialmente las leyes orgánicas francesas y otras foráneas como las venezolanas<sup>13</sup>, pero sí tenían noticia de que las LO en nuestro país vecino establecen un nivel en la jerarquía normativa diferenciado del de las leyes ordinarias situado sobre éste por estar previstas por la Constitución para reglar materias que la misma considera de singular interés.

### 3. LA RAZÓN DE SU PRESENCIA EN LA CE

La motivación de la importante y profusa presencia de las LO en la Constitución de 1978, como hemos visto, no puede encontrar su explicación fundamental,

11. Tras rastrear la Constitución *non nata* de 1856, y en especial su art. 92, así como los arts. 94 y 95 de la Constitución de 1869, que se refieren a la Ley orgánica de los Tribunales, y otros precedentes.

12. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio: loc. cit., p. 14.

Vid. también, GARRORÉNA MORALES, Ángel: «Acercas de las leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, Nueva época, núm. 15, año 1980, pp. 169 y ss.

13. El art. 163 de la Constitución venezolana de 23 de enero de 1961 disponía en su primer párrafo: «Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de Ley».

ni desde un modelo extranjero, ni desde nuestro Constitucionalismo histórico, aunque a ambos debemos reconocerles alguna influencia. Es preciso buscarla también en las singularidades que concurren en el proceso constituyente y en la filosofía de consenso que, como es sabido, lo impregna.

Nuestra experiencia personal, como parlamentario constituyente, nos obligó a dar *un aviso para navegantes en las aguas de la hermenéutica jurídica*, al escribir en 1978: «La superabundancia de leyes orgánicas, que va a constituir un enorme peso que gravitará sobre los hombros de nuestra próxima legislatura, se explica por razones muy diversas. En algunos casos, el criterio dominante ha sido de naturaleza estrictamente técnica, pues se pensaba que el contenido a reglar exigía una norma de rango semiconstitucional. En otros, *las leyes orgánicas han sido un auténtico descubrimiento de los Padres de la Patria a la hora de hallar consenso, en puntos en que afloraba con mayor o menor nitidez el desacuerdo entre las diversas fuerzas políticas*. En ciertos supuestos la referencia a la ley orgánica puede encerrar una hábil *larga cambiada*, y disculpésemme por expresión tan taurina como poco académica, con la que se remite *ad calendas grecas* la puesta en marcha de algún dispositivo sobre el que se albergan dudas o recelos»<sup>14</sup>. Aunque buena parte de la doctrina no se quiso dar por enterada de esta realidad, Tomás Ramón Fernández retomó nuestro hilo de reflexión al escribir: «Como ha advertido Alzaga, cuyo testimonio en este punto resulta especialmente autorizado, no hay un hilo conductor capaz de explicar convincentemente el sentido de la innovación» y, tras resumir nuestras advertencias, apostilla: «Estas dos últimas explicaciones son, a mi juicio, las únicas que realmente apuntan al verdadero fondo del problema, cuestión ésta sobre la que merece la pena reflexionar brevemente, pues, aunque es mucho lo que se ha dicho ya sobre el célebre consenso constitucional, faltan todavía muchas cosas por decir»<sup>15</sup>. Y a la misma tesis, en análogos términos, se ha sumado el Prof. García de Enterría<sup>16</sup>, e incluso algún otro autor<sup>17</sup>.

Es indiscutible que a lo largo del proceso constituyente, cuando no resultó hacedero lograr un acuerdo sobre una determinada materia se eligieron diversos caminos, todos los cuales tenían un punto en común, convenir la forma o procedimiento a través del cual más adelante se alcanzaría el consenso que en aquel momento las Cortes constituyentes no lograban fraguar. La remisión a leyes orgánicas que se tenían que aprobar por la mayoría absoluta del Congreso, que exige el art. 81.2 CE, fue uno de ellos. A ello se sumaron otras razones, que ya apuntamos en 1978, entre las que no se puede desconocer la índole singularmente importante de la materias confiadas a ley orgánica que pesó decisivamente en la fijación de ciertas reservas de ley orgánica, pues no en vano desde esta óptica se

14. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: «Comentario...», p. 542.

15. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*. Ed. Civitas, Madrid, 1981. Págs. 19 y 20.

16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo*. Ed. Civitas, 7.ª ed, Madrid, 1995, pp. 120 y 121.

17. OTTO, Ignacio de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 115, que reitera nuestra tesis, aunque sin citarnos.

También, GÁVEZ MONTES JAVIER: *loc. cit.*, ed. de 1998, p. 31 y su nota 5.

redactó el art. 73 del Anteproyecto de CE, que rezaba así: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los Títulos I y II de la Constitución, a la organización de las instituciones centrales del Estado, las que aprueban los Estatutos de Autonomía, y el régimen electoral general».

A tal motivación se añadía, según pudimos observar propósitos puntuales de dificultar (es decir, de demorar) la regulación de alguna materia y un deseo más general de aportar estabilidad y consenso a ciertas parcelas del ordenamiento jurídico.

No creemos, sin embargo, que lo anterior, permita concluir, como lo hace el Prof. Fernández, que «no hubo verdadero consenso, sino simple acuerdo coyuntural libremente revocable»<sup>18</sup>, pues toda Constitución consensuada tiene espitas de este género, aunque quizás no tan numerosas; si bien parece evidente que ciertas fuerzas nacionalistas, en su dinámica postconstitucional sí conciben, en la práctica, el consenso constituyente como un acuerdo coyuntural a revisar cada mañana. Pero, en nuestra opinión, ello no evidencia la ausencia de un consenso básico sobre el que se cimienta la Constitución de 1978, sino simplemente que hay fuerzas políticas que bien por su nacionalismo exacerbado o bien por estar huérfanas del espíritu de lealtad constitucional que se precisa en todo Estado de Derecho, usan y abusan de las aludidas espitas. El estudio de la organización territorial del poder del Estado y de los Estatutos de Autonomía, naturalmente, aporta jugosas conclusiones en esta misma dirección.

Consiguientemente, en la forma más esquemática posible podemos decir que *la ratio por la que la Constitución de 1978 prevé un amplio número de leyes orgánicas incluye las motivaciones siguientes:*

a) Para dotar de estabilidad a la legislación sobre derechos fundamentales e instituciones básicas del Estado, que –según sabemos– no debían quedar al albur de las mayorías relativas, tras cada una de las elecciones generales.

b) Para asegurarse los grandes partidos constituyentes que en aquellas materias en las que, como hemos dejado dicho, no fue posible alcanzar un consenso pleno en el proceso constituyente, habría de lograrse más adelante en el Congreso de los Diputados –Cámara obviamente preponderante en nuestro desigual bicameralismo– por una mayoría cualificada, la absoluta (que, según pensaban un tanto simplistamente a la luz de las elecciones de 1977, como la experiencia posterior ha demostrado, precisaría del consentimiento de ambos). Un sector de la doctrina ha descrito esta motivación como el deseo de los constituyentes de *retener una parte del poder constituyente que entonces ejercían, ante la incapacidad de ejercerlo entonces, para el futuro*<sup>19</sup>. En puridad esto no es exacto ya que aquellas Cortes no retenían nada para sí, más bien *imponían un deber de* consenso mínimo a las futuras cámaras, o –si se prefiere expresar a su manera– retenían en favor de éstas (órgano constituido, que no constituyente) una parte del poder de complementar la obra del constituyente<sup>20</sup>.

18. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *loc cit.*, pp. 20 y ss. En especial, p. 27.

19. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *loc. cit.*, p. 29.

20. Vid. análoga posición crítica, con la que coincidimos en lo esencial, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *Fuentes del Derecho*; Vol. II: *Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 63 y 64, nota 40.

Eso sí, con ello se incorporaba obviamente una cautela frente al peligro de que gobiernos minoritarios colmasen esas lagunas por mayoría simple y sin el concurso de otras fuerzas políticas.

Se entiende mejor la reflexión de los constituyentes, si se recuerda que, como hemos apuntado, partíamos de la apreciación que nos parecía obvia –aunque el proceso histórico se encargaría de desmentir la aparente evidencia–, basada fundamentalmente en el resultado de las elecciones generales de 15 de junio de 1977, conforme a la cual se concluía, de una forma demasiado prematura y contundente, que nuestro sistema electoral no iba a producir, salvo rarísimas excepciones, mayorías absolutas; por lo general se pensaba que nos encontraríamos ante gobiernos respaldados bien en una mera mayoría relativa, como lo era en aquellas fechas la de UCD, bien ante una coalición de varios partidos o un pacto de legislatura<sup>21</sup>.

c) *Para prolongar un cierto espíritu de consenso en materias trascendentes, sobre las que los preceptos constitucionales establecían criterios que precisaban de desarrollo legislativo.* Noble propósito éste pues el valor del pluralismo político (que encierra el principio del derecho a disentir y el del respeto que merece el discrepante, máxime si está en minoría) no está reñido ni con el valor del diálogo, ni con que la convivencia en democracia se construya sobre principios, bases y reglas consensuadas. En un país como el nuestro con una historia demasiado rica en confrontaciones excesivas, reservar áreas significativas de la regulación del sistema político al consenso parecía responder al buen sentido, y desde luego no implicaba optar por el modelo italiano de la época, de democracia sin alternancia. Recordemos nuevamente que se pensaba erróneamente que una mayoría absoluta en el Congreso monocolor era más que improbable.

Lo único criticable de esta motivación es que llevara a extender en ciertos casos la exigencia de ley orgánica a la regulación de materias, de secundaria importancia, porque es indudable que en el deslinde material del ámbito propio de las LO nuestros constituyentes no estuvieron tan finos como hubiera sido de desear.

d) *En el caso del régimen electoral general, como del mismo depende en buena medida el propio sistema de partidos y las primas o infrarepresentaciones que les aporta, el interés de las organizaciones partidarias por asegurarse que en el futuro las posibles modificaciones serían objeto de cierto consenso fue tan notorio que llevó a los constituyentes a incorporar una referencia expresa al mismo en el art. 81.1, lo que conllevaba un mayor énfasis formal que el haber efectuado la reserva de ley orgánica –como se pudo hacer y no se hizo– en el precepto correspondiente del Título III.*

e) *Para poner «a cubierto» el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, sistemáticamente olvidados durante cuarenta años, de las estrecheces de miras a que pudieran estar tentados los gobiernos y las mayorías de cada momento. En este campo la finalidad de garantía es tan indiscutible como loable; parecen consecuentemente un tanto ligeras las críticas que se enfrentan de plano con la misma*

21. Alguna reflexión puntual sobre este punto, véase en: PEMÁN GAVÍN: Juan: «Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho», en *Libro homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, vol. I, p. 135.

existencia de las LO, olvidando que el papel que les otorga la CE en muchos casos está basado en una «razón de ser» garantista a todas luces encomiable.

f) *Asegurar que ciertas materias habrían de regirse por leyes aprobadas por las Cortes Generales, con lo cual los constituyentes procuraban enervar toda pretensión de las futuras Asambleas legislativas autonómicas de regularlas mediante sus normas dotadas de rango de ley.*

g) Con el objetivo de *contribuir a precisar la naturaleza jurídica de las leyes por las que se aprueban los Estatutos de Autonomía* se estableció en la CE que aquellas son LO (art. 81.1); ciertamente las fuerzas políticas constituyentes de ámbito nacional deseaban definir aquélla en lo posible, en evitación de que quedase al albur de interpretaciones jurídicas posteriores, especialmente de las propensas a sostener su condición de *leyes paccionadas*, lo que sin embargo era casi imposible de enervar por entero en la práctica, pues quedaba completamente indefinido el contenido material del Estatuto, que podía ser muy diverso en cada Comunidad Autónoma e incluso con el paso del tiempo, al introducirse modificaciones, en su caso y día, en algunos de ellos; sin embargo, el constituyente deja sentada, por esta vía y al margen de cualquier debate, la idea de que el Estatuto de Autonomía, en cuanto que es ley orgánica, no es el fruto del pacto entre dos entes dotados de soberanía o de análogo poder. Por otra parte, es obvio que los constituyentes no desconocían que los Estatutos de Autonomía eran concebidos como formalmente diversos de las restantes LO, puesto que su procedimiento de reforma era más rígido (arts. 147.3 y 152.2 CE) que el que caracteriza al común de las leyes orgánicas. Es decir, de los Estatutos de Autonomía la CE obviamente predica tanto su naturaleza de LO como su condición singularísima.

Nos ha parecido obligado, dejar constancia de las razones precedentes. Somos muy conscientes de que, de un lado, vía testimonios de los que participamos activamente en los trabajos constituyentes se puede facilitar el conocimiento de estos motivos y, de otro, que es cuestión bien distinta, obviamente, el valor interpretativo que se les quiera reconocer. En los diarios de sesiones del Congreso (Cámara en la que se decidió sustancialmente el importante papel que se concede a las Leyes Orgánicas en nuestro sistema de fuentes) el estudioso sólo encontrará, por parte de los portavoces de los grupos parlamentarios, silencios que fueron reflejo tanto del amplio consenso en la materia, como de que el mismo se elaboró, como era lo ordinario en el proceso constituyente, al margen de las sesiones oficiales<sup>22</sup>.

Innecesario parece subrayar que buena parte de tales motivaciones alcanzan toda su virtualidad en las Legislaturas en las que en el Congreso de los Diputados no se sienta una mayoría absoluta y pierden temporalmente peso cuando la Cámara Baja está dominada por un partido poseedor de la mitad más uno de los escaños.

22. Así, CHOIRE SIRVENT, JOSÉ F. (en *loc. cit.*, pp. 78 y 84, especialmente) muestra tanto su extrañeza porque «de las enmiendas que se presentaron al Anteproyecto ninguna de ellas hacía referencia a la necesidad lógica (según su opinión, claro está) de supresión de la ley orgánica por razones de coherencia con el sistema formal de legalidad», como porque no haya rastros en los Diarios de sesiones de las razones que motivaron su importante presencia en la CE.

#### 4. EL CONCEPTO DE LEY ORGÁNICA EN LA CE

Recordemos que el art. 81 CE dispone: «1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

El precepto reproducido está complementado por otros de la CE, como el art. 75.3, que prohíbe que las Cámaras puedan delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes las leyes orgánicas; el art. 82.1, que exceptúa de la delegación legislativa las materias referidas en el art. 81; el art. 87.3, que no permite la iniciativa popular en materias propias de ley orgánica. E, incluso, como tendremos ocasión de ver, por el art. 86.1, relativo a los Decretos-leyes y limitador de su ámbito de aplicación. A lo anterior se añade que al reservar la CE la autoría de las leyes orgánicas a las Cortes Generales, tácitamente se excluía la posibilidad de que leyes con tal carácter pudieran emanar de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Todos estos puntos nos invitan ya a reflexionar como los constituyentes concebían las leyes orgánicas como de rango superior a las ordinarias y diferentes de éstas por razones formales y no sólo materiales.

Los especialistas en Derecho público que fuimos constituyentes éramos, por supuesto, plenamente conscientes de que el amplio manejo de leyes orgánicas con que estaba equipada la Constitución no iba a ser bien recibido por la doctrina científica, a la que el Art. 81 y concordantes de la CE le rompían sus esquemas tradicionales en materia de fuentes del Derecho<sup>23</sup>. Sin embargo las leyes orgánicas eran una realidad. La doctrina científica habría de aceptar la nueva realidad y estudiarla.

Nosotros nos adelantamos, en 1978, con cierto desenfado aparente y con preocupación de fondo mal disimulada, al comentar el art. 81 CE, a exponer la dificultad de recoger en una definición el concepto que de la ley orgánica tiene nuestra Constitución; para añadir, «nos viene a la memoria aquella singular definición de la física que formuló Eddington cuando dijo que *física es lo que en los libros de la materia se estudia como tal*<sup>24</sup>. Y es que de igual manera cabría decir que son leyes orgánicas aquellas a las que este artículo de la Constitución confiere tal rango. No parece que el criterio totalmente decisivo haya sido el de la importancia intrínseca de la materia que abordan, aunque el mismo determina la necesidad de que ciertos campos sean tratados por medio de leyes orgánicas, toda vez que se abre el portillo, al final del apartado 1, a que tengan esa consideración las restantes leyes que con tal condición prevé la Constitución, y que realmente son numerosísimas y

23. Buena parte de las críticas emanaron de la doctrina administrativista, particularmente propensa a pontificar entre nosotros sobre Derecho Constitucional con análisis más propios del estudio de la Legislación sobre aguas, montes o minas. Lamentablemente el complejo de algunos constitucionalistas patrios ante sus *primos* administrativistas ha hecho estragos de grueso calibre en este terreno y en tantos otros.

24. EDDINGTON: *La filosofía de la Ciencia física*, 1956, p. 12.

de calibre variado (...). De otro lado, forma parte del concepto de ley orgánica, tal y como se desprende del apartado siguiente, el singular procedimiento de elaboración que se ha de seguir para su aprobación, modificación o derogación»<sup>25</sup>.

De esta forma indicábamos que *el concepto híbrido de la ley orgánica, que el constituyente había acuñado—desde preocupaciones, como ya sabemos, más políticas que técnico jurídicas— se había construido sobre dos elementos, uno material y otro formal.*

#### 4.1. EL CRITERIO MATERIAL

Este es evidentemente el criterio que se sigue en el párrafo 1 del art. 81 CE, desde la primera redacción del Anteproyecto de Constitución, hasta el texto definitivo<sup>26</sup>, con algunas variantes que analizaremos someramente en el apartado siguiente de este capítulo. *El constituyente aspira—en nuestra opinión—, a reservar el rango de ley orgánica para las leyes dedicadas a reglar las materias referidas en este apartado.*

No podemos, en consecuencia compartir la tesis del Profesor Balaguer Callejón, quien, tras afirmar «...se puede entender que el concepto de ley orgánica, a diferencia del tipo general de ley, no es un concepto formal, sino material» añade: «Sería formal, sin embargo, si se hubiera interpretado por el TC que la ley orgánica puede extenderse legítimamente sobre todas las materias que constituyen el ámbito de actuación de la ley en nuestro ordenamiento»<sup>27</sup>; la cuestión está dotada a nuestro juicio de buenas dosis de complejidad, pero la naturaleza de las leyes orgánicas no depende del humor con que se levante cada mañana el TC. Las leyes orgánicas tienen una naturaleza jurídica que se desprende de la CE; el TC puede interpretarla, pero no hasta el punto de transmutar la concepción del Poder Constituyente, que nunca ha abarcado todo «el ámbito de actuación de la Ley en nuestro ordenamiento».

El problema esencial que plantea este criterio material—no desconocido para el propio constituyente— es el de que las materias referidas en el mencionado párrafo suscitan en la práctica numerosos problemas de deslinde, como vamos a tener ocasión de estudiar más adelante en este mismo capítulo. El reproche que puede formularse al constituyente, lejos de centrarse en el hecho mismo de la consagración de la categoría de las leyes orgánicas en nuestro sistema de fuentes (como parte de la doctrina sostiene con entusiasmo digno de mejor causa), es la imprecisión con que deja definido el ámbito material de las leyes orgánicas. De forma que el criterio, de la CE, en ocasiones, se nos presenta como de caucho, dando más o menos de sí, según los parámetros interpretativos que se apliquen. En esta problemática hemos de situar la delicada cuestión de las llamadas *materias conexas*, a las

25. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: «Comentario...», p. 538.

26. Véanse estos antecedentes en: «Constitución española. Trabajos parlamentarios», Vols. I a IV, Ed. Cortes Generales, Madrid, 1980. Y su glosa en LINDE PANIAGUA, Enrique: *loc. cit.*, pp. 16 a 24; GIOFRE SIRVENT, José F.: *loc. cit.*, pp. 65 a 95; y PEMAN GAVIN, Juan: *loc. cit.*, pp. 137 y 138.

27. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *loc. cit.*, p. 62.

que también habremos de atender en el apartado siguiente. Y, en nuestra opinión, enfatizar el que *el criterio material prima sobre el elemento formal* es sostener una tesis –sostenida con afán polémico innecesario por un significativo sector de nuestra doctrina– en principio, demasiado obvia (en el deslinde entre los ámbitos de los dos tipos de leyes) pero que poco aporta a la solución de los problemas de deslinde apuntados, más allá del deleite que siempre encontramos los profesores en los intersticios de las discusiones alambicadas y en el descubrimiento de océanos públicos y notorios. Lo que no es asumible, como estudiaremos poco después, es desconocer la importancia que también atribuye la CE al criterio formal.

Más relevante es en la práctica la cuestión de si el primer apartado del art. 81 CE encierra la totalidad de las materias que pueden y deben ser reguladas mediante ley orgánica o si, como, por ejemplo, ha sostenido arriesgadamente Ortega Díaz Ambrona «La constitución señala esas materias, que serán materias reservadas a la Ley Orgánica, en terminología del art. 28.2. de la LOTC. Las señala, *pero no las acota totalmente*»<sup>28</sup>. Para apoyar tal afirmación desarrolla un prolijo análisis de diversos supuestos de ley orgánica contemplados en la CE en que la determinación material es mínima. Nos limitaremos aquí a traer a colación el art. 93 CE, conforme al cual: «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». ¿Cuáles son tales competencias?; la indeterminación material difícilmente podría ser mayor. La respuesta sólo la podrá dar el legislador vía ley orgánica, ya que en la misma encontrará lo que algunos gustan denominar una *retención de poder constituyente constituido*.

Análoga problemática a la que suscita la *organicidad* de las disposiciones que autoricen la atribución a una organización o institución internacional, conforme al meritado art. 93 CE, creemos que se plantea en torno a los arts. 81 y 147.3 CE, cuando prevén, como sabemos, que son leyes orgánicas las que aprueban los Estatutos de Autonomía o su reforma, ya que el contenido material de tales Estatutos está sólo parcialmente definido en la Constitución, quedando un amplio margen discrecional en manos de quienes en cada caso asuman su autoría o su reforma. Sin duda esta línea de reflexión conduce a concluir la insuficiencia del criterio material como único elemento definidor de la naturaleza de las Leyes Orgánicas en nuestra Constitución.

A su propia tesis Ortega suma otra afirmación fundamental, que nosotros compartimos sin reservas, la de que *el criterio material es un elemento necesario para delimitar conceptualmente la Ley Orgánica, pues no puede haber una Ley Orgánica que no verse sobre las materias señaladas en el art. 81.1 o que no esté prevista en la misma Constitución. Si bien ese criterio material resultará insuficiente* (ya que en muchos casos se nos ofrece como poco material o sólido, y parece más bien –a la hora de su aplicación– perteneciente al estado gaseoso) *y habrá que prestar atención al criterio formal*, en el que de inmediato vamos a centrar nuestra atención.

28. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio: loc. cit., p. 25.

Antes, permítasenos constatar que, desde una posición menos precisa que la de Ortega Díaz Ambrona, Otto defendió así mismo la más que discutible tesis de que «es claro también que la ley orgánica puede regular cualquier materia, y no sólo la que le está reservada», si bien añadió con mejor criterio: «sin que ello signifique que en el futuro el precepto no orgánico quede dotado de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria, esto es, sin que quede sustraído a la disponibilidad del legislador ordinario, que podrá modificarla o derogarla»<sup>29</sup>. Obviamente el Prof. de Otto plantea dos cuestiones, que demandan análisis separado.

Respecto de la primera sólo podemos coincidir con su apreciación, si la restringimos a la zona fronteriza con la ley ordinaria, puesto que los constituyentes éramos muy conscientes tanto de que la frontera entre las materias propias de ley orgánica debían ser concretas (en efecto, el art. 81.1 CE no habla en puridad de reserva de ley orgánica, sino que emplea la expresión «*Son* leyes orgánicas las relativas a...», donde encuentra, a nuestro juicio, apoyo innegable el criterio material<sup>30</sup>, como, a la par, pensábamos con realismo que en la práctica el legislador, en ciertos casos concretos, no iba a poder establecer demarcaciones nítidas no sólo entre ciertas leyes sino en el ámbito de una misma ley que abordase materias diversas. Luego inevitablemente se darían casos en que una ley orgánica regulase más o menos tangencialmente materias que en principio no son propias de tal tipo de norma. Si bien, en zona no fronteriza, en puridad, no cabe legislar mediante ley orgánica materias propias de la ley ordinaria.

La segunda de las tesis sostenida por Otto, nos parece correcta en la medida en que se compatibilice con el respeto debido al art. 28.2 de la LOTC, que, según recordamos, dispone literalmente: «Así mismo el Tribunal 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*». Pero este importante precepto nos conecta ya con el segundo criterio que hemos de analizar.

#### 4.2. EL CRITERIO FORMAL Y LA CUESTIÓN DEL RANGO DE LAS LEYES ORGÁNICAS

Este criterio formal es incorporado por el párrafo 2 del art. 81 CE (al establecer, como sabemos, que la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas *exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*) es, en primer lugar y en su configuración literal, original

29. OTTO, Ignacio de, loc. cit., Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 113.

30. El art. 28.2 de la LOTC introdujo el criterio de reserva de Ley orgánica desde su razonable preocupación por aportar criterios formales que coadyuven a configurar el concepto y alcance de las leyes orgánicas cuando, por abordarse materias conexas, el criterio material resulte insuficiente.

de nuestra Constitución de 1978<sup>31</sup> y, a nuestro juicio reflejo lógico de las razones que movieron al constituyente a inscribir en la CE este tipo singular de fuente del Derecho. Dicho con otras palabras, *sobre materias a consensuar debía legislarse mediante un tipo de ley con unas características formales que garantizase mínimamente el espíritu de concordia que había presidido el proceso constituyente*. Siendo esto así difícilmente se puede sostener que este criterio no es significativo en la concepción de la Ley orgánica, como tenazmente sostiene algún sector de la dogmática, especialmente entre prestigiosos administrativistas. Es más, en nuestra opinión, *sólo el criterio formal explica que el poder constituyente incorporase a la CE, junto a las leyes ordinarias, el tipo de las leyes orgánicas, aunque las mismas se definan primariamente mediante un criterio material*.

Nadie parece discutir que para que una ley tenga la condición de orgánica, amén de tratar una materia reservada a la misma en el art. 81.1, debe ser tramitada y aprobada conforme a lo previsto en el art. 81.2 CE y normas de los reglamentos parlamentarios de ambas Cámaras que lo desarrollan. Si no se hace así y no se produce una votación final favorable, sobre el conjunto del proyecto en el Congreso, la ley no puede ser orgánica. Es decir, el criterio formal es obviamente constitutivo del concepto de ley orgánica en la CE.

A lo anterior se añade la circunstancia de que para ciertos supuestos la CE prevé leyes orgánicas que sólo son, en verdad, disposiciones de las Cortes Generales, cuyo contenido puede ser irrelevante, incluso de efectos carentes de generalidad, pero cuyo rango o carácter orgánico se debe a razones puramente formales.

*La cuestión de fondo, en la inacabable polémica sobre la naturaleza de las leyes orgánicas, que afecta a su rango, podría resumirse así:*

a) Sentado el criterio material, la distinción entre leyes ordinarias y leyes orgánicas es simplemente competencial (las relativas a las materias indicadas en el art. 81.1 CE son orgánicas y las restantes no lo son) y si una materia propia de ley orgánica se regula por ley ordinaria –o viceversa– más que infringirse un criterio formal o atentarse contra el principio de jerarquía de las normas, lo que se da es una violación del principio de competencia que deslinda normas del mismo rango. Esta tesis tiene no pocos partidarios, unos persuadidos de que están defendiendo un dogma y otros que más fina y cautamente admiten que: «no es lícito achacar a simple espíritu pertinaz las posturas provocadoras que continúan defendiendo, de forma minoritaria, la superioridad jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria. Ponen de relieve, cuando menos, que es necesaria una profundización teórica en la función constitucional y la naturaleza jurídica de las Leyes orgánicas»<sup>32</sup>.

b) Por el contrario, otros autores no negamos que el criterio material es el primero a considerar, pero también pensamos que en los casos de colisión entre leyes ordinarias y leyes orgánicas, amén de una violación del principio de competencia

31. No obstante, no cabe desconocer cierta lejana inspiración en el art. 46 de la Constitución francesa de 1958 –cuyas leyes orgánicas necesitan la participación de la voluntad del Consejo Constitucional– y, en mayor grado, en el art. 163 de la Constitución venezolana de 1961. Véanse notas 6 y 13 de este trabajo.

32. DIEZ PICAZO, Luis María: «Concepto de Ley y tipos de Leyes», en *REDC*, núm. 24, año 1988, p. 59.

se está en presencia de una vulneración de los requisitos formales que es preciso respetar para modificar una ley orgánica, acentuados cuando ésta ampara un Estatuto de Autonomía; de todo ello deducimos que estamos no sólo en presencia del principio de competencia, sino también del de jerarquía. Ciertamente, como ya hemos apuntado el criterio material frecuentemente resulta en la práctica insuficiente –por razón de la indeterminación de muchas de las materias propias de ley orgánica– y ha de atenderse entonces al criterio formal, que lejos de ser secundario es importante pues afecta incluso al rango de la norma, es decir a la jerarquía normativa, plano en el que la ley orgánica precede a la ley ordinaria.

Obviamente la CE no se pronunció de manera explícita sobre el rango normativo de las leyes orgánicas, que es cuestión que con buen criterio deja en manos de la doctrina.

Sin embargo los constituyentes, coherentes con sus preocupaciones –puestas ya suficientemente de manifiesto en páginas anteriores– conciben las leyes orgánicas, según escribimos ya en 1978, «como un tipo de disposiciones que se sitúan en la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias y cuyo procedimiento de aprobación, modificación o derogación está dotado de una ligera nota de rigidez»<sup>33</sup>. Muy poco tiempo después se pronunció en los mismos términos el Prof. Garrido Falla, que en su condición de letrado de las Cortes, adscrito precisamente a la Comisión constitucional del Congreso, conocía de primera mano la voluntad del constituyente<sup>34</sup>, así como otros autores<sup>35</sup>.

c) El contrapunto a la posición anterior, inicialmente dominante, lo puso el Prof. de Derecho Administrativo, Enrique Linde, al escribir que el requisito del art. 81.2 «ni modifica la naturaleza de los citados productos normativos de las Cortes, que son leyes, ni, por tanto, las leyes orgánicas tienen rango superior a las demás»<sup>36</sup>. Tesis que desarrollará posteriormente en nuevos trabajos<sup>37</sup>. Posiblemente esta posición arranca tácitamente de un concepto unitario de la Ley, válido en otros ordenamiento jurídicos pero no en el español tras la Constitución de 1978.

33. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: «Comentario...», p. 538.

34. GARRIDO FALLA, Fernando: «Fuentes del Derecho y la reserva reglamentaria en el proyecto de Constitución», en: *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Ed. CEC, Madrid, 1978, pp. 41 y 42. También en su conferencia: «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», en la obra *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Vol. I, pp. 35 a 39. Así como en su comentario al art. 81 CE en GARRIDO FALLA, Fernando y VVAA: *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, 2.ª ed, Madrid, 1985, pp. 1225 y 1226.

35. Entre los que cabe citar, en los momentos próximos a la entrada en vigor de la Constitución, a DIEZ PICAZO, Luis: «Constitución y fuentes del Derecho», en el libro *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, Vol. I, p. 659 y también en REDA, núm. 21, p. 194; así como a SOSA WAGNER, FRANCISCO: «Aproximación al tema de las leyes orgánicas», en el libro anteriormente citado, Vol. III, pp. 1984 y 1985 y más modernamente, como veremos, a RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge.

36. LINDE PANIAGUA, Enrique: «Ley y reglamento en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, Ed. UNED, Madrid, 1978, Vol. I, p. 257.

37. LINDE PANIAGUA, Enrique: «Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional. Un ejemplo práctico en el Anteproyecto de la Ley de Contrabando», en *Revista de Administración Pública*, núm. 94, enero-abril 1981, pp. 339 a 344.

d) Se quiso salir al paso de tales dudas, cuyas consecuencias prácticas eran de temer, en la LOTC. Esta Ley, como todos sabemos, fue la primera elaborada y aprobada con rango de orgánica. En efecto, estamos ante la única Ley de desarrollo de la Constitución, cuyo anteproyecto se elaboró en el Ministerio de Justicia durante el proceso constituyente en base a un dictamen elaborado por el prestigioso administrativista, Prof. García de Enterría, que eludía la problemática del rango de las Leyes Orgánicas. De esta forma, disueltas las Cortes que operaron como constituyentes, celebradas las elecciones de 1979, el nuevo Gobierno en su primera reunión pudo aprobar y remitir al Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que se debatió, modificó y aprobó con especial celeridad, como pieza complementaria básica que era de la propia Constitución. En los trabajos parlamentarios acerca de la LOTC el peso recayó especialmente sobre diputados y senadores que habíamos, poco antes, participado en la redacción de la Constitución<sup>38</sup>. Consecuentemente la inclusión del art. 28.2 en esta ley orgánica era un esfuerzo por consolidar *la interpretación* que se consideraba *auténtica* sobre la relación entre ley orgánica y ley ordinaria y, consiguientemente, *por esclarecer*—frente a la tesis de Linde— *el superior rango jerárquico que corresponde a la ley orgánica, respecto de las leyes ordinarias y demás normas con fuerza de ley ordinaria*.

Es significativo, que un autor tan renuente a reconocer la superioridad del rango normativo de las leyes orgánicas sobre las ordinarias, como Chofre, tras rastrear la elaboración parlamentaria del referido precepto de la LOTC, haya tenido que reconocer que «lo realmente cierto es que todos los grupos del arco parlamentario estaban de acuerdo, en el mantenimiento del discutido apartado segundo del artículo 28»<sup>39</sup>.

Para ser más precisos, podemos recordar que el actual texto se introdujo en el Senado mediante una enmienda de UCD, aceptada por todos los Grupos Parlamentarios de la Cámara Alta por unanimidad<sup>40</sup>. No se había incluido antes en el Congreso de los Diputados por que era miembro de la Ponencia, junto conmigo, en nombre de UCD el respetado administrativista Sebastián Martín Retortillo, que de una parte no había sido parlamentario constituyente y de otra, compartía las tesis de los Profesores Linde, García de Enterría y T.R. Fernández, por todo lo cual nos pareció razonable eludir en el Congreso un debate que preferimos trasladar al Senado, con el respaldo unánime de las fuerzas políticas a la letra y el sentido del que pasaría a ser art. 28.2 LOTC.

Como hemos constatado poco más arriba el referido apartado 2 del art. 28 de la LOTC autoriza al TC a *declarar inconstitucional*—por infracción del art. 81 CE—no sólo un Decreto-ley o un Decreto legislativo, sino también una «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*

38. Como Portavoz de UCD en la Comisión Constitucional del Congreso, el autor de estas páginas fue miembro de la ponencia del Congreso, por el Partido del Gobierno, de la LOTC.

39. CHOFRE SIRVENT, JOSÉ F.: loc. cit., p. 290.

40. Vid. *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios. Cortes Generales*, Madrid, 1980, p. 403.

*aprobada con tal carácter*<sup>41</sup> *cualquiera que sea su contenido*. En estos términos y especialmente al incluir *in fine* la expresión «cualquiera que sea su contenido», el legislador desautoriza la doctrina que sólo veía entre la ley ordinaria y la ley orgánica un deslinde competencial y respalda, con lo que bien puede llamarse en este caso *la interpretación auténtica de la CE*, la tesis de que en los supuestos situados en terreno fronterizo entre las materias reservadas a ley orgánica, sin necesidad de hacer un esfuerzo exhaustivo, y de ordinario inútil, por convertir en blanco o negro la gama de grises, el TC puede declarar inconstitucional la norma con rango de ley ordinaria que modifique o derogue una ley aprobada con rango de orgánica *cualquiera que sea su contenido*. Dicho en otras palabras *el art. 28.2 LOTC le indica al máximo intérprete de la Constitución, que ella misma organiza y regula, que considere, en los supuestos reseñados en tal precepto, que la ley orgánica precede en la jerarquía normativa a la ley ordinaria*. Es decir, la LOTC parte de una evidencia, los límites prácticos de la reserva material de Ley Orgánica hacen imprescindible que en los casos en que colisionan Leyes de naturaleza orgánica con las meramente ordinarias en «terreno de nadie», prevalezcan aquéllas, lo que es tanto como subrayar la vertiente formal de las leyes orgánicas.

e) Pero la animadversión con que buena parte de la doctrina científica había recibido la incorporación a la CE de un tipo específico de fuente del Derecho, como era la ley orgánica, que era percibida como claramente heterodoxa, no se modificó un ápice con la capital aportación del citado art. 28.2 de la LOTC.

Quizás la enemistad más elegantemente expuesta, fue la formulada en 1980 por Angel Garrorena, pero sin disimular que aborrecía la solución adoptada por nuestro constituyente. Así escribió: «El artículo 81 de la nueva Constitución ha creado una *forma*, una nueva categoría de normas jurídicas —las Leyes Orgánicas— llamadas a ocupar, según su filosofía matriz, un lugar intermedio entre las Leyes ordinarias y la propia Constitución, pero mi tesis es que, al introducir entre nosotros esta controvertida figura, el Legislador no ha hecho otra cosa que apelar, un tanto frivolamente, a la capacidad que la forma tiene para poner en pie, por su sola virtud, específicas categorías jurídicas; provocando, además —lo cual es grave—, la presunción de que dichas categorías, por el mero hecho de haber sido puestas en vigencia, poseen una justificación y una entidad propia<sup>42</sup>. Observese como Garrorena en su diatriba no pone en duda el que la voluntad de los constituyentes ha sido introducir elementos formales que configuren un tipo de norma intermedia o interpuesta, en la jerarquía normativa, entre la Constitución y las Leyes ordinarias; simplemente no está de acuerdo con la redacción del art. 81 CE. Consecuentemente escribe más adelante: «El legislador (sic) ha dado a las leyes

41. BASTIDA, Francisco J. —en: «La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas (comentario bibliográfico)», en *REDC*, núm. 2, año 1981, p. 298— recuerda que para Tomás Ramón Fernández la expresión «Ley (orgánica) aprobada con tal carácter» (art. 28.2 LOTC), «remite fundamentalmente a que la ley sea aprobada por mayoría absoluta». Esta simplificación no es asumible, pues es obvio que la LOTC se refiere a que la Ley sea aprobada por las Cortes Generales siguiendo, específicamente en el Congreso, el procedimiento especial que para que tenga «tal carácter» prevé el Reglamento del Congreso en sus arts. 130 a 133.

42. GARRORENA MORALES, Ángel, «Las Leyes orgánicas... *loc. cit.*, p. 170.

orgánicas una extensión aberrante para una categoría que está abocada a producir después efectos, en alguna medida simétricos a los de una Ley cuasiconstitucional. Una veintena larga de Leyes orgánicas nominativa y expresamente previstas, a las que hay que unir las que resulten del juego de unas generosísimas cláusulas abiertas –todas las leyes que regulen el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, por ejemplo: los Estatutos regionales (sic), etc....–, hacen que el número posible de leyes orgánicas exceda de toda previsión. Es absurdo aventurar cifras<sup>43</sup>.

Desde esta actitud, de espaldas a la letra de la Constitución y a la voluntad del poder constituyente, se ha mantenido un combate entusiasta y en ocasiones –como la que acabamos de citar– brillante contra la superioridad jerárquica de la ley orgánica, cuando regula materias ubicadas en la zona fronteriza con el terreno propio de la ley ordinaria, con infinidad de criterios, tan respetables como a nuestro juicio imposibles de compartir. Así se nos dice:

1) Que el llamado «principio democrático» se basa en que se legisla por mayoría simple<sup>44</sup>. Algo hay de verdad en ello, como criterio general pero menos si la tesis se circunscribe al concepto de mayoría «simple». Nada impide en la teoría democrática de nuestro tiempo el que una Constitución basada, como la nuestra, en el valor del pluralismo político, incorpore, por vía complementaria, el valor del consenso, que es junto al del diálogo y el compromiso otro capítulo del «principio democrático», al menos tal y como lo entendía Kelsen<sup>45</sup> y nosotros pensamos que se debe entender a fines del Siglo XX. La realidad de numerosos sistemas políticos occidentales bicamerales, en que el diverso sistema de elección de cada asamblea conduce a mayorías distintas en ambas y la obligada consecuencia de que para legislar el Gobierno ha de lograr un consenso superior al que resulta de contar con la mayoría simple del Congreso es otra evidencia frente a las interpretaciones simplistas del «principio democrático», que han acampado tan alegremente en nuestra doctrina actual<sup>46</sup>, por no citar precedentes históricos o foráneos (por ejemplo, art. 45 de la Constitución francesa de 1958) cuyo espíritu democrático nunca se puso en duda.

2) Que el principio de jerarquía normativa es «el efecto reflejo de la jerarquización política de los órganos de los que los textos (normativos) emanan»<sup>47</sup>. Esta tesis, sostenida en primer lugar por el prestigioso administrativista, Santamaría Pastor, refleja la visión tradicional con que buena parte del Derecho público ha contemplado el principio de la jerarquía normativa, según la cual la ley era superior jerárquicamente al reglamento, porque el Parlamento era, a su vez, políticamente

43. Idem. *loc. cit.* p. 204.

44. Por ejemplo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón *loc. cit.*, pp. 34 a 39. Más brevemente incide en la misma tesis PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 3.ª ed. 1986, p. 74.

45. KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la Democracia*, Ed. Labor, Madrid, 1934, pp. 85 y ss.

46. Una visión paralela a la nuestra sobre esta punto puede consultarse en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: *loc. cit.*, p. 64.

47. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Las leyes orgánicas: Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *RDP* (UNED), núm. 4, otoño 1979, p. 42. para sumarse a esta tesis GARRORENA MORALES, Ángel: «Acercas de las Leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica», en *REP*, núm. 13, año 1980, pp. 169 y ss.

superior al Gobierno. Parece, en principio, lógico que para los administrativistas todas las leyes tengan el mismo rango, ya que provienen de una misma fuente normativa, la parlamentaria y ya hemos visto cómo buena parte de nuestros mejores administrativistas abordan el estudio de las leyes orgánicas en la CE a través de unos «prismáticos» tan respetables como sobre todo restrictivos de la anchura de miras con que se deben analizar los preceptos constitucionales.

*Sin embargo, la posición anterior, aunque encuentra ciertas innegables raíces en la construcción histórica de la relación Ley-Reglamento, no es asumible.* Y ello porque:

a) En primer lugar, desconoce que, con el transcurso del tiempo, en las democracias actuales, los Gobiernos han advenido a la categoría de colegisladores (en la confección de diversas normas con efectos de Ley, como los Decretos Ley y los supuestos de delegación legislativa, e incluso en la elaboración de las leyes, cuya iniciativa acostumbra a deberse a ellos y en cuyo proceso de debate y elaboración no abandonan nunca la batuta para dirigir la orquesta parlamentaria). Y, en segundo término algo esencial para un analista de la Constitución española de 1978 –y en general para un constitucionalista– como que Las Cortes que aprobaron la CE (al igual que ha ocurrido en no pocas ocasiones en la Historia del Derecho constitucional comparado) fueron, a la vez, Cortes constituyentes y Cortes ordinarias y por tanto elaboraron –mediante un procedimiento más solemne y rígido, rematado incluso mediante la aprobación en referéndum– una norma de rango fundamental, la Constitución, y –a la vez– numerosas leyes ordinarias, al margen de tal procedimiento. Es decir, el mismo órgano parlamentario, de hecho en ocasiones, produce normas de diverso rango, según el procedimiento de elaboración que sigue al respecto.

b) Se ignora igualmente que la CE es reformable por las propias Cortes, en los supuestos de modificación ordinaria contemplados en el art. 167.1 y 2, tan sólo mediante una mayoría reforzada de tres quintos del Congreso. Luego el mecanismo de rigidez en el procedimiento de reforma de la Constitución es la nota más característica, en el terreno técnico jurídico –en nuestro Derecho constitucional, como igualmente en otros occidentales– tanto de la superioridad jerárquica del poder constituyente constituido, que, como sabemos, reside sustancialmente en las Cortes Generales, como de su obra, la Ley de leyes y de las reformas que en la misma se establezcan. Procedimiento de reforma agravado y superioridad en la jerarquía de normas son notas conexas en Derecho Constitucional.

*Análogamente, el dispositivo de moderada rigidez –mayoría absoluta del congreso– que introduce el art. 81.2 CE, para la aprobación, modificación o derogación de la leyes orgánicas, comporta una cierta superioridad de rango de este tipo de ley, que queda situado, como afirmábamos ya en 1978, «en una zona intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias»<sup>48</sup>, al menos cuando hay colisión entre ellas en el campo que damos en llamar fronterizo entre las materias propias de ley orgánica y las restantes. Como ha remachado recientemente Rodríguez*

48. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: «Comentario...», p. 538.

Zapata, «Todos los procedimientos agravados –como el procedimiento de reforma constitucional (art. 167 CE)– revelan una voluntad parlamentaria cualificada que es índice de una *preferencia* o jerarquía mayor de la fuente de que se trate»<sup>49</sup>.

Por último, creemos que Santamaría parte –como lo hizo también desde una formación de experto en Derecho Administrativo, entre otros, Linde– de una visión monista de la Ley, que es ajena a la de nuestra Constitución vigente.

c) Que al art. 28. 2 LOTC es inconstitucional, por contravenir la concepción estrictamente material, que –dicen– impone la CE. A esta grave afirmación llegan quienes, por desear olvidar el factor formal que tienen las leyes orgánicas, aun desconociendo el alcance del segundo apartado del art. 81 CE, son conscientes de que su tesis no es compatible con el contenido dispositivo del referido precepto de la LOTC. Así, por ejemplo, se nos dice que «por supuesto la postura más correcta en este sentido sería la de proceder a su declaración de inconstitucionalidad...»<sup>50</sup>. Sostener, además, como se ha hecho, que la LOTC obliga a todos los actores públicos, menos al propio TC, porque este está capacitado para declarar su inconstitucionalidad –aunque no medie ni recurso de inconstitucionalidad ni cuestión de inconstitucionalidad– es simplemente un disparate, ya que el TC nunca puede actuar, a estos efectos, de oficio. El art. 28.2 LOTC está en vigor y por tanto vincula al TC, con independencia de las proclividades doctrinales de los magistrados que en cada momento lo integren, que ciertamente en ocasiones parecen haberlo desconocido.

*El trasfondo de todo el debate doctrinal sobre las leyes orgánicas es más simple de lo que parece: Gran parte de la doctrina académica, por razones diversas –que van desde las de índole jurídico formal o una deformación administrativista en la exégesis del Derecho Constitucional, hasta las de una determinada forma de concebir la democracia parlamentaria– no está de acuerdo con que se haya incluido en la Constitución la categoría de la ley orgánica; y, dado que sin embargo no la puede desconocer, postula bien su reducción al mínimo de los casos en que la misma es posible, bien su paridad de rango con la ley ordinaria.* Consecuentemente no nos puede extrañar demasiado que Chofre escriba con rotundidad máxima que: «Es aberrante pensar como constitucionalmente correcto que la Constitución permita gobernar por mayoría simple (investidura en segunda votación) y, sin embargo, haya creído que el Gobierno así investido no pueda tener con esa misma mayoría, política educativa, política penitenciaria, política penal, política universitaria, política en materia de funcionarios, etc., porque todas esas zonas le han sido substraídas al quedar reservadas al sistema de mayorías absolutas impuesto por la ley orgánica»<sup>51</sup>. Amén de que se incurre en el sofisma de equiparar la modificación o derogación de una ley orgánica con «una política» sobre la materia –pese a que esto último es algo bastante más amplio, pues incluye, entre otras iniciativas, el

49. RODRIGUEZ ZAPATA, Jorge: *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 141 y 142.

50. CHOFRE SIRVENT, José F., *loc. cit.*, p. 293. En análogo sentido, Vid. PÉREZ ROYO, Javier, «Las fuentes del Derecho». Ed. Tecnos, 3.ª ed. Madrid, 1986, pp. 68 a 70.

51. CHOFRE SIRVENT, José F., *loc. cit.*, p. 305.

desarrollo de las leyes a través de la potestad reglamentaria y un sinfín de actos de gobierno—, se desconoce que la Constitución, en efecto, hace viable el Gobierno investido por mayoría simple, pero como salida última para superar la ausencia del Gobierno que conforme a las prácticas ordinarias en el mundo occidental goza de respaldo mayoritario en el Parlamento (no en vano el parlamentarismo se basa en el Gobierno de la mayoría controlado por la minoría o minorías), lo que le dota de la estabilidad deseable para desplegar la acción de Gobierno.

Pues bien, lo que nuestros Constituyentes quisieron y nuestra Ley de leyes impone es que un Gobierno minoritario no pueda modificar a su antojo ciertas parcelas del ordenamiento jurídico y haya de buscar el apoyo parlamentario de una mayoría absoluta a tales efectos. No parece, por cierto, que esta prudente cautela, que se institucionaliza a través de la llamada reserva de ley orgánica, haya dado frutos aberrantes sino que más bien ha promovido el diálogo y el consenso, en ciertas ocasiones, entre diversas fuerzas políticas, sobre materias legislativas que requieren de cierta estabilidad —sólo lograble por la vía del compromiso—, lo que contribuye a superar la comprensible tentación de los gobiernos, aunque sean minoritarios, de imponer unilateralmente su santa voluntad en leyes significativas, que podrían ser objeto de un «bandazo» a la vuelta de las siguientes elecciones. A estos efectos, como bien dice Rodríguez Zapata, la CE estableció que mientras el legislador ordinario quiera, al legislar, por mayoría simple, el legislador orgánico quiera por mayoría absoluta. La ley orgánica manifiesta así lo que la doctrina clásica denomina «una mayor intensidad del querer del Estado» (*eine grössere Intensivität des staatlichen Willens*), que tiene su reflejo en su posición en el sistema de fuentes<sup>52</sup>. Consecuentemente procede puntualizar que, dada la agresividad simplista con que tienden a confrontarse las posiciones partidistas en nuestra patria y el déficit de consenso que se sufre sobre políticas básicas de Estado —que en las viejas democracias se suelen consensuar entre los grandes partidos— nuestras leyes orgánicas son fuentes del Derecho cargadas de legitimación desde la mejor teoría democrática.

En todo caso, y aunque se mantengan reservas de principio sobre nuestra figura constitucional de las leyes orgánicas habrá que concluir al menos, con Gálvez Montes que éstas leyes orgánicas «se configuran en España como decisiones generales o concretas del Legislativo sobre determinados extremos, a los que la CE ha querido dar mayor rigidez teniendo en cuenta la trascendencia del objeto o incluso conflictividad»<sup>53</sup>.

52. En esta línea, nos parece de una coherencia encomiable la posición de Fernando GARRIDO FALLA, quien ha escrito: «Lo único cierto es que fue un error de nuestros constituyentes establecer este *escalón intermedio* de las leyes orgánicas; pero —por razones políticas se estableció—. Y las consecuencias jurídicas no pueden desconocerse. Se mire por donde se mire, el principio de la *superlegislación* es una construcción *formal* del Derecho público continental europeo. El modelo opuesto es el inglés, donde según el conocido tópico, *el Rey en el Parlamento puede hacerlo todo, salvo cambiar a un hombre en una mujer*; lo que ocurre es que no es éste el seguido por nuestra Constitución», en: *Comentarios a la Constitución*. Ed. Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1985, p. 1.226.

53. GÁLVEZ MONTES, JAVIER: «Comentarios al art. 81» en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1998, vols. VII, p. 42.

Desde nuestra perspectiva, nos parecería recomendable –por ser más clarificador– que el amplio sector de la doctrina que es contrario a la figura de la ley orgánica lo manifieste así<sup>54</sup> y, en su caso, defienda la reforma de la Constitución, la derogación del art. 28.2 de la LOTC, y –mientras tales cambios, en su caso y día se lleguen a producir– expusiese la solución del texto constitucional al margen de *finas manipulaciones de cátedra*, con ahorro en la construcción de sofisticadas tesis, tan restrictivas del art. 81 CE (que van mucho más allá de la obviedad de que frente a la ley ordinaria, que es la de uso normal por el legislador, la orgánica tiene un cierto carácter singular o, si se quiere, excepcional, aunque se haya de hablar de excepciones numerosísimas), que son simplemente irreconciliables con su *ratio legis*. También sería encomiable que se evite retorcer la interpretación del art. 28.2 LOTC hasta extraer del mismo un contenido dispositivo abiertamente contrario al que se corresponde con la interpretación auténtica y lógica del mismo<sup>55</sup>.

## 5. LA DIFUSA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA LEY ORGÁNICA

A nadie puede extrañar que si la doctrina académica ha lanzado tanto humo sobre las leyes orgánicas la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes orgánicas no haya podido desvincularse por entero de la confusión reinante. Veamos una síntesis de tal jurisprudencia sobre el concepto del tipo de ley que nos ocupa, en la que por cierto destaca la temprana Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, reflejo de la influencia excesiva del enfoque *administrativista* sobre parte de nuestra doctrina constitucionalista y, a la postre, sobre el propio Tribunal Constitucional. Antes de nada hay que avanzar que en ninguna de sus sentencias el TC ha profundizado suficientemente en la cuestión; más bien formuló algunas afirmaciones poco desarrolladas en su citada STC 5/1981 y posteriormente ha mantenido una línea reiterativa con puntualizaciones de menor calado. Cabe sintetizar así las tesis del intérprete supremo de la Constitución:

A) *Una básica inclinación por la concepción material*<sup>56</sup>, que se sintetiza en ésta afirmación: «si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que por tanto sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias

54. Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique: *Leyes orgánicas*, Ed. Linde editores, Madrid, 1990, pp. 35 y sigs. También, BASTIDA FRANCISCO J.: *loc. cit.*, pp. 295 a 302.

55. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge: *loc. cit.*, p. 141.

56. A partir de la STC 5/1981, de 13 de febrero, dilucidadora de las cuestiones planteadas por un recurso interpuesto por senadores socialistas contra determinados preceptos de la LOECE. Esta Sentencia fue objeto de dos votos particulares, uno, sobre el primero de sus motivos, encabezado por el Magistrado Francisco Tomás y Valiente (al que se adhirieron los Magistrados Srs., Latorre, Díez de Velasco y Fernández Viagas) y otro, sobre el motivo cuarto, formulado conjuntamente por los Magistrados Srs. Arozamena y Rubio Llorente, que es de particular interés para los constitucionalistas por extenderse en la delicada cuestión de la relación entre Leyes orgánicas y leyes autonómicas. Sobre este último puede verse el artículo de RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», en *REDC*, núm. 16, año 1986, p. 85.

reservadas a la ley ordinaria». Que se complementa con el siguiente aserto, sobre posibles conflictos entre ley ordinaria de las Cortes Generales y ley orgánica: «dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de ley, sólo se planteará el conflicto si ambas leyes inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por ésta (artículo 81.2 CE)»<sup>57</sup>, lo que supone un notorio reconocimiento del superior rango de la Ley Orgánica respecto de la ordinaria y que ésta no tiene «fuerza de Ley» sobre aquélla. Entendemos que estas afirmaciones son básicamente correctas, si bien la segunda se habría podido formular con más fino trazo, ya que la ley ordinaria sobre materia reservada a ley orgánica no sólo es invalidada por la posible ley orgánica que la contradiga, sino que en sí misma es nula *in radice* por ser manifiestamente inconstitucional al contravenir el art. 81.1 CE. Es decir, no estamos ante una mera colisión entre normas de diferente rango sino ante la contravención de la Constitución por vulneración de la reserva de ley orgánica que establece el citado art. 81.1.

B) Sin embargo, al tiempo, reconocerá el TC que la cuestión en la práctica es mucho más compleja, pues la delimitación material con frecuencia es imposible, ya que la CE incorpora un deslinde material, que como ha quedado apuntado, en ciertos casos pertenece al género gaseoso, y en consecuencia hubo de abordar, desde su propia Sentencia 5/1981, la temática de las denominadas «materias conexas», aceptando incluso la pertinencia de la «conexión débil»<sup>58</sup>. Lo hará mediante una doctrina que incorpora un primer aspecto claro, a saber: «cuando...en una misma ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas, hay que afirmar que en principio éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81.2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)». Ello permite constatar que el TC parte de aceptar que los elementos formales que contiene el citado art. 81.2 CE conllevan la *superioridad de rango* de las leyes orgánicas sobre las ordinarias.

C) A la correcta tesis que acabamos de anotar, hija de la natural preocupación del TC por garantizar el principio de la seguridad jurídica, se suma la circunstancia de que a la par incurre en notorio olvido del art. 28.2 LOTC y en la construcción de una fórmula fluida, que se describe a continuación con estas palabras: «Pero este régimen puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación con alguno de sus preceptos, indicando cuales de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alterados por una ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas. Si tal declaración no se incluyera en la ley orgánica, o si su contenido no fuese ajustado a Derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad, deba indicar

57. Ibidem. También las SSTC 160/1987, de 27 de octubre y 127/1994, de 5 de mayo.

58. Lo más relevante de la STC 5/1981 no es su doctrina sobre las «materias conexas», tan imprecisa que es casi inexistente, sino el que acepta que basta una conexión «débil» con materia de ley orgánica para que la materia conexas en sentido lato pueda ser objeto legítimo de ley orgánica, al considerar constitucional el art. 29 de la LOECE pese a que «su conexión ... es en verdad débil (sic)».

qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica pueden ser modificados por leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas...<sup>59</sup>. La tesis es esencialmente correcta. Sólo cabe hacer una crítica menor de modulación o tono y es que ciertamente es competencia del TC la restauración del orden constitucional cuando es vulnerado por un poder constituido, aunque sean las Cortes Generales, pero la relación entre las fuentes se rige en principio por criterios formales y materiales y no por la Jurisprudencia casuística del TC, que tiene naturaleza de solución quirúrgica, más o menos traumática, porque no pertenece al ámbito propio del diagnóstico pacífico.

D) Igualmente, el TC recoge, en su misma sentencia 5/1981 algunos de los tópicos sembrados por cierta doctrina que ya hemos analizado. Y lo hace innecesariamente pues podría llegar a las mismas conclusiones sin dar cobijo a los mismos. Así cuando alude al peligro de «producir en el ordenamiento jurídico una *petrificación abusiva* en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente», que es tesis que utiliza terminología constitucional clásica sin propiedad, por lo que no resiste la menor crítica rigurosa, puesto que no cabe olvidar que en el Derecho político español clásico, en desarrollo de la doctrina de autores consagrados como Bryce<sup>60</sup>, se supo distinguir bien entre las normas rígidas (como, lo eran tantas constituciones, con un procedimiento de reforma con quorums y mayorías reforzados) y las *pétreas*, que eran las que no preveían ni admitían reforma alguna<sup>61</sup>. La exigencia de mayoría absoluta para derogar o modificar una norma no es petrificarla, como erróneamente afirma nuestro alto Tribunal.

Así mismo, es tópica y simplista la afirmación del TC de que la concepción formal de ley orgánica puede llegar a operar «en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías», previendo exclusivamente para casos excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas<sup>62</sup>, pues es obvio que el principal supuesto de esta naturaleza, junto con los Estatutos de Autonomía y la reforma de la Constitución, es el que desde una visión de la democracia perfectamente genuina, aportan las leyes orgánicas contempladas en el art. 81 CE, con independencia de que haya otras que puedan gustar más a ciertos magistrados del TC. Más feliz hubiese sido que el TC constataste el carácter singular –aunque no infrecuente en nuestro ordenamiento jurídico– de la ley orgánica, frente al carácter ordinario de las Leyes que cotidianamente se aprueban por mayoría simple, que nada tiene que ver con la teoría democrática.

Ahora bien, en descargo del TC hemos de reconocer que la cita íntegra del párrafo recogido no se suele reflejar en los comentarios doctrinales y, en verdad,

59. A partir de la citada STC 5/1981 y 6/1981 de 16 de marzo; 99/1987, de 11 de junio; 160/1987, de 27 de octubre; 183/1988, de 13 de octubre; 57/1989, de 16 de marzo; 119/1991, de 3 de junio, entre otras.

60. BRYCE, James, Primer Vizconde: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, trad. Esp., Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

61. Vid. SEMPERE, José María: *La reforma constitucional*, Madrid, 1907 y RUIZ DEL CASTILLO Y CATALÁN DE OCÓN, Carlos: *Manual de Derecho político*, Ed. Reus, Madrid, 1939, p. 182.

62. En la ya citada STC 5/1981, de 13 de febrero.

empieza por decir: «Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir...». Como se observa no pretende el intérprete supremo de la Constitución descalificar o excomulgar la «concepción formal de la ley orgánica», sino una lectura extremista de la misma (literalmente, se nos dice, «llevada a su extremo»), aunque ciertamente se haya hecho sin la excesiva fortuna que hemos comentado.

E) En cuanto a la relación entre ley orgánica y leyes autonómicas, pretendemos profundizar aquí y ahora en como coexiste el criterio material que diferencia, junto al formal, a las leyes orgánicas de las ordinarias con el principio de competencia que preside el deslinde entre la legislación estatal y la autonómica; nos limitaremos a constatar que existe una especie de cruce de caminos en el que, en lo que nuevamente denominaríamos tierras fronterizas, se encuentran en ocasiones las leyes orgánicas con las leyes autonómicas. Esta cuestión el Tribunal Constitucional la ha abordado con dos criterios:

– *Desde el criterio competencial*: Se sostiene por el TC que las relaciones de la ley orgánica con las leyes de las Comunidades Autónomas, y los posibles conflictos entre unas y otras, habrán de resolverse en virtud del principio de competencia, para determinar qué materias han quedado constitucional y estatutariamente atribuidas a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y cuáles a las Cortes Generales<sup>63</sup>.

– *Desde el entronque con el concepto de normas básicas estatales*: El Juez de la Constitución ha construido una tesis tan discutible como consolidada hoy por hoy, que es la que resumimos a continuación: La llamada reserva de ley orgánica del art. 81 CE debe interpretarse desde la premisa de que en nuestro Estado de las Autonomías las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencias; de aquí deduce el TC que sólo las disposiciones contenidas en una ley orgánica que encierren «normas básicas», a las que se refiere el art. 149 CE como atribuidas a la competencia estatal, son las únicas inmodificables por las Comunidades Autónomas; las demás podrán ser sustituidas por leyes autonómicas de las Comunidades que tengan competencia en la materia de que se trate, que integrarán así las normas básicas estatales en ese terreno<sup>64</sup>.

Pensamos que esta tesis de aparente laxitud sólo admite una interpretación realmente coherente con el respeto a la Constitución: Las materias que claramente son ámbito reservado, por el art. 81.1 CE a la ley orgánica sólo pueden ser normadas por tal rango de ley, que necesariamente es una ley estatal, aprobada por mayoría cualificada en votación final del Congreso de los Diputados. La aludida doctrina del TC sólo debiera ser aplicable a nuestro criterio, en la medida en que la ley orgánica puede pedir la colaboración de una ley ordinaria, que por aplicación del principio competencial deba o pueda ser una autonómica. Dicho en otras palabras una ley autonómica puede ser llamada –en cuanto ley ordinaria– por la ley orgánica a contribuir al desarrollo de ésta.

63. STC 5/1981, de 13 de febrero, que declara inconstitucional la disposición adicional n.º 3 de la LOECE en cuanto permite la modificación o sustitución por leyes de las Comunidades Autónomas de diversos artículos de la misma ley orgánica.

64. STC 137/1986, de 6 de noviembre.

F) La doctrina que hemos resumido de la STC 5/1981 es objeto de reiteración singular, mediante la relectura que hará de la misma la STC 160/1987, en el trance de desestimar de plano un recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo contra la totalidad de la Ley 48/1984 por no tener el rango de ley orgánica y contra cierto precepto de la ley orgánica 8/1984 relativas a la objeción de conciencia. La indicada Sentencia de 1987 sintetiza el pronunciamiento previo del propio TC en estos términos: «Nuestro constituyente, al configurar la denominada ley orgánica (art. 81 de la CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria. Ello supone que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica<sup>65</sup> aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser exclusivo, el tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva».

Ciertamente la STC 160/1987, de 27 de octubre, en su afán por desestimar el recurso sobre el que resuelve, incurre en un simplismo difícil de aplaudir y ello porque: a) Con tan ingenua argumentación habría que concluir análogamente, por idéntica motivación, el carácter excepcional de la Constitución y la necesidad de que la misma sea objeto de una sistemática interpretación restrictiva; b) La STC 5/1981 no es en verdad un ejemplo de interpretación restrictiva del concepto de ley orgánica, dada su central preocupación por las materias conexas a las propiamente reservadas en la CE a las leyes orgánicas y vista su aceptación como constitucional de la llamada «conexión débil»; c) El enfoque interpretativo de las leyes orgánicas no radica en plantearse un dilema entre las llamadas interpretaciones extensiva y restrictiva, ello es extrapolar una técnica básica propia de otras áreas; más feliz hubiera sido que la citada STC hubiera procurado esclarecer los criterios delimitadores de una interpretación *secundum constitutionem* y/o contra *constitutionem*, atendiendo a la voluntad del poder constituyente<sup>66</sup>.

G) Posteriormente el TC<sup>67</sup> sienta la interesante y lógica doctrina<sup>68</sup> de que el art. 81.1 CE, *concerniente a las normas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*, «tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o los desarrollen de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites», lo que el TC complementa con «la consideración de que la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales y libertades públicas, entre la que se incluye la reserva de ley orgánica, comprende,

65. Esta STC, entre otras, encabeza con mayúsculas la expresión ley orgánica («Ley Orgánica») aunque la CE opta siempre por nominarla con minúsculas.

66. La citada STC 160/1987, de 27 de octubre está aderezada con tres votos particulares de significado menor desde la perspectiva que nos ocupa.

67. STC 101/1991, de 13 de mayo. Vid. También STC 142/1993, de 22 de abril.

68. Apoyada en SSTC 161/1987; 57/1989 y 132/1989.

tanto el conjunto de facultades de actuación que son necesarias para que el derecho o libertad sean reconocibles como tales en la medida en que, de la posibilidad de su ejercicio dependa ineludiblemente su real, concreta y efectiva protección, es decir, el conjunto de facultades que integran el contenido esencial o núcleo irreductible del derecho, como todas aquellas facultades que la Ley, más allá de ese contenido esencial, conceda a los titulares del derecho o libertad, los cuales, de esa forma quedan incorporados al derecho o libertad con el beneficio de la protección especial que éstos merecen, que es lo que ocurre con el derecho a la actividad sindical...».

Obviamente la doctrina constitucional que acabamos de recoger procura, con buen criterio, de una parte establecer criterios de interrelación entre los arts. 53.1 y 81.1 CE, y, de otra, poner el acento en la *ratio legis garantista* que justifica el que el art. 81.1 CE disponga que son leyes orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Enfatización ésta interesante porque en Derecho Constitucional (que es, como bien sabemos, un Derecho presidido por la noción de control) resulta difícil aceptar, en principio, que las disposiciones de *sentido garantista* deban ser objeto de una interpretación restrictiva, como según hemos visto se concluye en otras Sentencias de nuestro intérprete supremo de la Constitución.

En esta línea se entiende bien que, por ejemplo, el TC haya exigido que la imposición de penas de privación de libertad requiera de previa previsión en ley orgánica, es decir, que la remisión a la ley que lleva a cabo el art. 17.1 CE se haya de entender como remisión a ley orgánica<sup>69</sup>.

## 6. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS: LAS EXPRESIONES «RESERVA DE LEY ORGÁNICA» Y «CARÁCTER» O «RANGO» DE LEY ORGÁNICA

Las discusiones terminológicas frecuentemente carecen de interés extra muros de Bizancio, pero alguno –no excesivo, ciertamente– tiene en este caso la semántica en la medida en que incide en categorías conceptuales.

Respecto de la expresión *reserva de ley orgánica*, aunque hemos de reconocer que estamos ante una expresión plasmada, como ha quedado dicho en el art. 28.2 LOTC, que ha hecho fortuna y que está bastante consolidada en un sector de nuestra doctrina científica y especialmente en la propia jurisprudencia del TC, no podemos ocultar que habría podido ser cuestionada. Como es sobradamente conocido, en nuestra Constitución coexisten, de una parte, aquellas leyes ordinarias, que lo son por tratarse de normas elaboradas y aprobadas como tal por las Cortes Generales, (o por una Asamblea legislativa autonómica) tras seguir el procedimiento *ad hoc* (pero que regulan materias que también habrían podido ser normadas mediante disposiciones de inferior rango), con, de otra, las leyes estatales o autonómicas que lo son precisamente por tratar una materia objeto de

69. STC 118/1992, de 16 de septiembre, apoyada en SSTC 160/1986; 122/1987; 3/1988 y 29/1989.

reserva de ley, que consecuentemente obliga a que, en principio, sobre la misma no quepa la posibilidad de dictar una regulación de menor rango. Es decir, se aplica el concepto de reserva de ley, de conformidad con el origen histórico del mismo, para deslindar ámbitos normativos entre órganos distintos, de un lado las Cortes y, de otro, el Gobierno, que no puede invadir el campo objeto de reserva de Ley.

Tal dualidad no se encuentra obviamente en el ámbito de las leyes orgánicas, ya que, como sabemos, las leyes orgánicas han de responder a dos criterios y el primero de ellos —el llamado «material»— circunscribe dicho ámbito al enumerado en el art. 81.1 CE. No en vano este precepto constitucional lejos de emplear fórmulas como: «Sólo por ley orgánica...», o «Mediante ley orgánica...» inicia su contenido dispositivo con la expresión: «*Son leyes orgánicas las relativas...*». Ese «*son*» es enteramente clarificador; *en efecto, las leyes relativas a las materias referidas directa o indirectamente en el art. 81.1 necesariamente son orgánicas y las restantes no lo son. Puede sostenerse que, más que ante una «reserva de ley orgánica» estamos ante una descripción del ámbito material que corresponde a las leyes orgánicas.* Y, desde luego, *no se trata en este caso de precisar el terreno normativo de un órgano frente a otro.* En las leyes la competencia corresponde las Asambleas Legislativas autonómicas o a las Cortes Generales, si bien en las leyes orgánicas sólo a estas que han de ejercerla, como ya sabemos, mediante un procedimiento específico, que demanda una mayoría cualificada en el Congreso. Si una ley ordinaria aborda una materia propia de ley orgánica no vulnera la competencia de las Cortes, es decir, no viola una reserva establecida en favor de dicho órgano para entender de la normación de la materia de que se trate, sino que estamos ante una violación del art. 81 CE, que exige que en tal caso las Cortes dicten una norma de superior rango, a saber, una ley orgánica, mediante un procedimiento normativo *ad hoc*, que —como sabemos— aporta un determinante criterio formal.

No obstante, la LOTC (art. 28.2) habla de «materias reservadas a ley orgánica» y en sentido lato la expresión es correcta y clarificadora de que en tal ámbito material no cabe la regulación normativa mediante simple ley ordinaria, pues el mismo queda *reservado* a un tratamiento dotado de la forma propia de la ley orgánica, por lo que, a la postre el empleo de esta terminología nos parece asumible sin mayores reservas.

De otra parte la doctrina que insiste en inadmitir de plano cualquier elemento que permita hablar de un criterio formal definidor de las leyes orgánicas y la identidad de rango de estas con las ordinarias ha cuidado la sutileza de aludir siempre a cualquier ley orgánica hablando de su *carácter* de orgánica y eludiendo, al tiempo, el empleo de la terminología *rango de ley orgánica*, sin duda por considerar a la misma impropia, ya que parten, como sabemos, de considerar a la leyes orgánicas como desprovistas de rango propio dentro de la jerarquía normativa con que se estructura nuestro ordenamiento jurídico.

Contrariamente, quienes pensamos que sin reconocer el elemento formal de las leyes orgánicas no es posible alcanzar un conocimiento completo de esta categoría de fuentes del Derecho no tenemos inconveniente en emplear sin reservas las terminología de *normas con rango de ley orgánica*, perfectamente descriptiva

de su superior fuerza activa y pasiva de Ley. El TC pese a su vacilante y difusa (no la calificaremos de confusa por el respeto institucional que tan alto órgano nos merece) doctrina sobre las leyes orgánicas no ha tenido empacho en consagrar en forma reiterada, con buen criterio, la expresión *rango de ley orgánica*, aunque no siempre deduzca de la misma conclusiones del todo coherentes.

Terminaremos estas páginas reconociendo que el estudio demanda de más profundidad y aún de mayor extensión, entre otras razones, porque cuestiones relevantes como la exégesis de la condición y singularidades de las leyes orgánicas relativas a las diversas materias reservadas para ellas en el art. 81.1 CE o la relación entre la ley orgánica y otros tipos de normas (leyes autonómicas, legislación delegada, decretos leyes, reglamentos...) se han quedado en el tintero en atención al respeto debido a la extensión propia de un trabajo cuya ambición no es la inabarcable exhaustividad, sino el contribuir modestamente al debido reconocimiento de la personalidad y de la obra del Profesor Lucas Verdú.