

6. NOTAS SOBRE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ESPAÑOL *

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

**Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada**

* El presente texto constituye una especie de resumen de algunos trabajos anteriores ya publicados o en trance de publicación, así como de otros en fase de elaboración actualmente. Es por ello por lo que debo pedir excusas por la necesaria remisión a esos otros trabajos en cuanto a las referencias bibliográficas mínimas en que muchas de las ideas aquí expuestas se fundamentan, así como por la inevitable desigualdad que seguramente podrá observarse en el tratamiento de cada uno de los epígrafes, unos más elaborados, otros insuficientemente madurados. Como se puede comprender fácilmente, éste es sólo un esbozo de una teoría que precisa de un desarrollo más detallado —que espero poder realizar en el futuro— no sólo de sus partes integrantes sino, sobre todo, de las conexiones entre las mismas. La relación de trabajos ya culminados en los que se contienen originalmente algunas de las cuestiones aquí resumidas se puede encontrar en la referencia bibliográfica final.

SUMARIO

1. LA SOBERANÍA EN EL ESTADO.—2. DEMOCRACIA Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.—3. LA DIVISIÓN DE PODERES.—4. DERECHOS Y LIBERTADES.—5. FUENTES DEL DERECHO Y LEYES ORGÁNICAS.—6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—7. LOS TRES «ESTADOS» DEL ESTADO AUTONÓMICO.—8. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

6. NOTAS SOBRE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ESPAÑOL

POR

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Granada

1. LA SOBERANÍA EN EL ESTADO

Uno de los puntos de partida teóricos que son necesarios para la comprensión de la Constitución normativa¹ es el de la soberanía. No tanto por su importancia en el orden constitucional, cuanto por la necesidad de captar cuál es su posición en relación con ese orden y por las consecuencias que de la misma cabe extraer. La soberanía es en estas Constituciones un poder previo a la propia Constitución, en la medida en que ésta, una vez vigente, repudia cualquier poder que no se someta a sus límites. Es por eso por lo que la proclamación del principio de soberanía popular en nuestra Constitución hay que entenderla desde la siguiente diferenciación:

No es posible hablar (en principio y desde un planteamiento jurídico) de actuación del pueblo soberano dentro del orden constitucional, sino de su actuación como poder constituido. Esto es así por cuanto que en el ordenamiento constitucional no están presentes los dos términos implicados en el concepto de soberanía popular: el sujeto (el pueblo como colectivo

¹ Naturalmente, en este reducido trabajo no se pretende en modo alguno definir una construcción mínimamente acabada de la Constitución normativa en general, ni de nuestra Constitución en cuanto tal, ni menos aún de la estructura constitucional del Estado español. Antes bien, el concepto de Constitución normativa y los rasgos generalmente atribuidos a la misma (además de la propia normatividad, su carácter consensuado, la generalidad y el carácter abierto y a veces contradictorio de sus preceptos, entre otros) se dan aquí por supuesto, y de los mismos se intentan extraer determinadas consecuencias. En suma, se trata de exponer algunas reflexiones personales que han surgido a partir del análisis de elementos concretos, que podrían integrarse en una concepción general de nuestro Estado constitucional. Espero con ello aportar algo de luz en este tema (o quizá algo de sombra, ya que la visión no precisa sólo de luz, sino también de sombras).

homogéneo) y el objeto (la soberanía como poder no sometido a límites jurídicos)². Por ello es necesario interpretar el artículo 1.2 de la Constitución a partir de la diferenciación en dos enunciados distintos: un primer enunciado: «La soberanía nacional reside en el pueblo español» a través del cual se establece la legitimación popular y democrática de la propia Constitución y en la que el pueblo actúa como soberano. Un segundo enun-

² Aun cuando la formulación actual de la incompatibilidad entre soberanía y normatividad de la Constitución se deba a Kriele (MARTÍN KRIELE: *Introducción a la Teoría del Estado*. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, v. o. 1975, págs 150-152) hay que señalar sin embargo que su origen se remonta a una polémica más amplia acerca de la normativización de todo poder político y del sometimiento de los poderes estatales a la Constitución y al Derecho, desarrollada especialmente por la doctrina germana del período de entreguerras. Antes que Kriele, advirtió ya Friedrich los riesgos de una concepción de la democracia basada exclusivamente en el principio de mayorías, así como de considerar el principio de soberanía compatible con el ordenamiento constitucional. Para Friedrich «Si retrocedemos a los grandes pensadores que han creado la moderna definición del Estado, observaremos que la definición de la "soberanía del pueblo" es una *contradictio in adjecto*, una contradicción por sí misma, ya que cuando Bodin y Hobbes pensaban en la necesidad de un soberano se referían a que tenía que existir otra persona, alguien, que estuviese al margen, no sometido a la ley, y que fuera, en lo posible, el que tomase aisladamente la última decisión». Sin embargo, «en la democracia constitucional no existe soberano ni necesita existir, ya que mediante la Constitución se asignan unas y otras actividades y funciones (...). Todos los órganos competentes llamados a colaborar en las tareas estatales están claramente limitados a aquellas tareas que les han sido asignadas por la Constitución» (C. J. FRIEDRICH: *Demokratie als Herrschafts und Lebensform*, traducida al español bajo el título *La democracia como forma política y como forma de vida*. Ed. Tecnos, Madrid 1961, págs. 36 y 37 y *passim*. Cfr. igualmente de este autor *El hombre y el gobierno*. Ed. Tecnos, Madrid 1968). Para Friedrich «la soberanía es una concepción incompatible con el constitucionalismo» y el concepto de «soberanía popular» debe ser sustituido por el de «grupo constituyente», esto es, el poder revolucionario de establecer una nueva Constitución (cfr. *Gobierno constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1975, tomo I, págs. 60 y *passim*). Es evidente que el concepto hace referencia a un poder extrajurídico.

En alguna medida, siguen esta tesis en nuestro país, además del profesor DE VEGA (en su obra fundamental *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*. Ed. Tecnos, Madrid 1985), el profesor Lucas VERDÚ, para quien el principio de soberanía «es un postulado político previo a la misma Constitución» («Comentario al artículo 1 de la C.E.», en *Comentarios a la Leyes Políticas*, dirigidos por O. ALZAGA, EDESA, tomo 1, 1983, pág. 70) y más recientemente el desaparecido profesor DE OTTO, que diferencia también esa doble cualidad del pueblo constituyente y pueblo constituido (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ed. Ariel, 1987, pág. 139). Últimamente se han pronunciado en relación con este tema los profesores Torres del Moral, Aragón y Viver, en el sentido que veremos más adelante.

No sólo la soberanía está ausente, como decíamos, sino que también lo está en cierto modo «el pueblo» en la medida en que el pueblo como totalidad (ideal) homogénea, sólo se manifiesta a la hora de aprobar el texto constitucional, esto es, a la hora de dotarse de un instrumento de organización política del conjunto bajo el cual es posible la actuación de cada una de sus partes. El pueblo que existe dentro de la Constitución no es una totalidad (ideal) homogénea sino un colectivo heterogéneo en el que sus diversas partes pugnan por acceder al poder y desarrollar su propia política. El hecho de que las decisiones de los poderes públicos vinculen a todos no obsta para que sea constatable una diferencia sustancial en la intervención del pueblo que establece el marco de convivencia de todas sus partes y la intervención de las partes dentro de ese marco de convivencia. En cuanto el pueblo se manifieste directamente dentro del orden constitucional —y esa manifestación no esté dirigida a reformar el orden constitucional desde la posición del poder constituyente— estará actuando como poder constituido, no como poder soberano.

ciado, «del que (del pueblo español) emanan los poderes del Estado» en el que el pueblo actúa como poder constituido, como poder sometido a la Constitución, aunque referente último de la actuación de los demás poderes constituidos dentro del orden constitucional. El primer enunciado expresa la legitimidad democrática de la Constitución del Estado. El segundo expresa la legitimidad democrática del Estado configurado en la Constitución, el principio democrático que ha de regir su estructuración y actividad ³.

Como se puede observar se parte aquí de una identificación implícita entre soberanía y poder constituyente que no sólo responde a la similitud propia de las características básicas de estos dos conceptos —poder no sometido a límites jurídicos, poder referido al conjunto del pueblo como totalidad homogénea, entre otros rasgos— sino que además se justifica en base a su propia trayectoria, ya que como indica el profesor GONZÁLEZ CASANOVA, históricamente, el poder constituyente ha estado siempre unido al poder soberano, al órgano, a la institución o al colectivo que era considerado como soberano (*Teoría del Estado y Derecho constitucional*. Vincens-Vives, Barcelona 1980, págs. 210-211). Esa unidad nos da además cuenta de cuál es el único espacio de acción posible, en el orden jurídico-constitucional del principio de soberanía: la intervención directa del poder constituyente, a través del procedimiento agravado o extraordinario de reforma del artículo 168, donde se manifiesta un poder no sometido a límite material alguno ⁴. Coincide además, como veremos más adelante, con la

³ Justamente la no intervención del pueblo como poder soberano dentro del orden constitucional, es la garantía de que el Estado constitucional que se configura en la Constitución democrática (pues procede del pueblo soberano) es realmente un Estado democrático, en el sentido que este término tiene actualmente. Si todos los poderes del Estado emanan del pueblo, a través del orden de competencias establecido en la Constitución, esto significa que se ha producido aquí una transformación, una metamorfosis, en virtud de la cual la Constitución, actuando como mediación necesaria, convierte al poder soberano del pueblo (poder único, indivisible, extraconstitucional, no reglado ni estructurado y absoluto) en poder dividido, estructurado, reglado, democrático y constitucional. Esto no significa en modo alguno que el pueblo, en cuanto poder constituido, se convierta en órgano del Estado o transfiera la soberanía al Estado. Por el contrario, se trata de que el Estado, no condicionado ahora directamente por un poder que permanece latente durante la vigencia del orden constitucional («aletargado y oculto» en la expresión certera del profesor DE VEGA, *op. cit.*, pág. 109), sí va a estar condicionado directamente por el principio democrático reconocido a nivel constitucional en este segundo enunciado del artículo 1.2. De ese modo, el pueblo no es un poder constituido más dentro del orden constitucional junto a los otros, sino el punto de referencia último en torno al cual se debe orientar toda la actuación de los otros poderes constituidos.

La tesis del pueblo como poder constituido aparece ya en cierto modo en Schmitt, quien indicaba la diferencia entre las facultades del pueblo soberano, que se da una Constitución, y sus facultades y competencias constitucionales, que son competencias «dentro del marco de la Constitución dada» (*Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid 1982, v. o. 1927, pág. 114). Más recientemente, la teoría del pueblo como poder constituido se perfilará en Francia (cfr. LE MONG NGUYEN; «Contribution a la Théorie de la constitution souveraine par le peuple», *Revue du Droit Public*, julio-agosto de 1971, págs. 948 y 981).

⁴ En este sentido se ha pronunciado recientemente M. ARAGÓN en *Constitución y Democracia*. Ed. Tecnos, 1989. En este trabajo se defiende la interpretación del artículo 1.2 como manifestación de una «constitucionalización de la soberanía» en virtud de la cual se produce

caracterización del Tribunal Constitucional como «comisionado» del poder constituyente, ya que, justamente, ése es también el ámbito donde, por intervención directa del poder constituyente, no existe capacidad de control del Tribunal Constitucional ni intervención posible como comisionado.

Cabría plantearse si además de esa intervención directa del principio de soberanía dentro del orden constitucional es posible considerar su relevancia a otros efectos ⁵. A mi juicio cualquier otra alteración del orden jurídico-constitucional, aun realizada con el asentimiento o la participación del pueblo, puede ser una manifestación de la insuficiencia lógica del De-

la mutación de la soberanía política del pueblo en soberanía jurídica (cfr. pág. 25 y ss.). No obstante, esa juridificación se reduce a la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional («La democracia como principio jurídico "de" la Constitución lo que significa es la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o, lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno» (arts. 1.2 y 168 de la Constitución) (pág. 103). En este sentido, diferencia este autor entre la expresión de la voluntad popular a través del referéndum del artículo 168 y el previsto en el artículo 167: «En el primero la voluntad popular se expresa como voluntad soberana, sin límite material alguno y sólo con los límites procedimentales que su "juridificación" impone. Como ya se dijo en otra parte de este trabajo, el artículo 168 lo que hace es juridificar el poder constituyente. Por el contrario, en el segundo, la voluntad popular no se expresa como voluntad soberana, sino como voluntad materialmente limitada» (págs. 129-130).

Este autor parte de la base de que «la única autolimitación del poder constituyente que resulta compatible con la conservación de su carácter de soberano es la autolimitación procedimental y no la autolimitación material» (pág. 34), ya que de otro modo la soberanía dejaría de ser un principio juridificado obligando al pueblo a modificar el orden constitucional por vías políticas y no jurídicas, impidiendo a otras generaciones que cambien el Derecho a través del propio Derecho (cfr. págs. 33, 36, 38, 52 y *passim*).

Si bien parece claro que en el artículo 168 actúa la voluntad soberana del pueblo, siendo éste el único resquejo que deja el ordenamiento constitucional para esa intervención de un poder sin límites materiales, resulta más discutible que esa previsión constitucional sea necesaria desde el principio democrático. Es obvio que ninguna generación puede atar a las futuras con disposiciones jurídicas, pero lo que sí puede hacer en el orden constitucional es definir cuáles son las reglas materiales básicas que permiten caracterizar a «su» Constitución como tal. Por decirlo de una manera sin duda tan excesivamente simple como inteligible, el pueblo que luchó, sufrió y dio vida a la Constitución Española de 1978, tiene algo así como «la propiedad intelectual» de esa obra, no puede obligar a las generaciones futuras a que la mantengan como tal, pero sí podría legítimamente obligarlas a que respetaran los principios básicos de ese orden constitucional sin los cuales el mismo quedaría desfigurado. Por supuesto, el pueblo del año 2010 podría muy bien alterar sustancialmente el orden constitucional, transformarlo por ejemplo en un régimen autoritario y discriminatorio. Pero esa Constitución debería dejar de llamarse la Constitución Española de 1978, para pasar a ser la Constitución Española de 2010.

⁵ En ese sentido, el profesor TORRES DEL MORAL indica que no cabe reducir este principio a una mera declaración ideológica, sino que se puede apreciar en el mismo el reconocimiento constitucional de una «reserva de poder» al pueblo, en virtud de «un postrer esfuerzo del Estado de Derecho para lograr, aunando el realismo político con el racionalismo jurídico, redondear su figura y juridizar la propia ausencia o inaplicación del Derecho. Es el triunfo del Derecho sobre su propia insuficiencia» (Cfr. Antonio TORRES DEL MORAL: «Principios de Derecho constitucional español». Ed. Átomo, Madrid 1988, t. 1, págs. 90-92, y t. 2, pág. 452). Sin duda ha situado el problema justamente en su núcleo central como es el de la insuficiencia del Derecho, perspectiva que constituye el referente necesario de cualquier discusión sobre este tema.

recho, pero no puede ampararse abiertamente en la proclamación constitucional del principio de soberanía popular. Cuestión distinta, aunque discutible, es que, en la necesaria ponderación de principios que una ruptura de este tipo conlleva necesariamente, el principio de soberanía popular pueda ser tenido en cuenta en último extremo.

Personalmente entiendo en este punto que —aunque ello no resulta definitivamente relevante de cara a la diferenciación conceptual que aquí se defiende— ni el principio de soberanía podría legitimar toda ruptura posible del principio de constitucionalidad, fuera cual fuese su alcance, ni el principio de soberanía constituye un elemento necesario para legitimar aquellas rupturas que efectivamente puedan validarse, y cuya fundamentación última puede asentarse perfectamente en el principio democrático y la intervención del pueblo como poder constituido. No hay que olvidar que el ordenamiento contiene principios correctores de su propia fundamentación lógico-formal, que por sí misma podría conducir en ocasiones a resultados injuntos o disfuncionales. Tal es el caso del principio de seguridad jurídica que se impone a veces sobre el principio de constitucionalidad y sobre la normatividad de la Constitución⁶. Pero el principio de constitucionalidad y la diferenciación entre Constitución y ley siguen manteniendo su esencia a pesar de que tengan que ceder ocasionalmente ante esos principios correctores. Del mismo modo, creo que la diferenciación entre el pueblo como poder constituido y el pueblo como poder soberano debe mantenerse en una Constitución que pretenda ser normativa incluso si la validez general de ese principio no conlleva necesariamente una vigencia total del mismo. En definitiva, al igual que cualquier otra ruptura del principio de constitucionalidad, la que proceda de una intervención directa del pueblo, podrá resolverse o no jurídicamente mediante otros principios u otras técnicas, pero en cualquier caso ello no debe conducirnos a olvidar la necesaria diferenciación conceptual, incluso si se entiende que para esa solución hay que recurrir al principio de soberanía⁷.

⁶ Sobre la relación entre estos dos principios en las sentencias del Tribunal Constitucional, cfr. Xabier PIBERNAT DOMÈNECH: «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987.

⁷ Este punto nos lleva, casi sin remedio, a la problemática de la reforma constitucional y al control de la reforma. Aquí, como en todo, los principios, la diferenciación conceptual, la lógica jurídica, deben plegarse ante la necesidad de encontrar un equilibrio. Nos encontramos justamente en una de las cuestiones que más directamente pueden afectar al régimen constitucional en cuanto régimen democrático, y donde, sin embargo, las pretensiones de control encuentran una mayor resistencia. Resistencia justificada en parte por cuanto si la política dentro del orden constitucional es de por sí, en gran medida, incontrolable por el Derecho, y requiere un inevitable margen de libertad, más libre aún y menos controlable, por tanto, se muestra la redefinición del propio orden constitucional. No obstante, si queremos apurar la lógica de la Constitución normativa, en lo que ella misma somete a control, no tendremos más remedio que llegar a ese punto. Ahora bien, los problemas prácticos aparecen aquí inevitablemente: ¿qué ocurre con la reforma formalmente defectuosa pero refrendada por el pueblo? ¿Y la reforma materialmente defectuosa —por seguir el procedimiento ordinario y reformar preceptos o contenidos protegidos con el agravado— también refrendada por el

2. DEMOCRACIA Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

No es posible en la Constitución normativa predicar un concepto de democracia como el del primer constitucionalismo, basado en el dominio absoluto de la mayoría parlamentaria. La democracia implica no sólo el gobierno de la mayoría, sino también el respeto a las minorías. Uno de los medios que sirve para asegurar ese nuevo contenido de la democracia es la propia normatividad de la Constitución, esto es, la existencia de una norma suprema en la que se establecen los límites de la actuación de la mayoría.

Se pueden diferenciar actualmente, a partir de lo anterior, dos conceptos de democracia: la democracia constitucional y la democracia en su sentido tradicional o democracia de la mayoría⁸. Esa escisión en el concepto de democracia va unida también a la escisión que se opera entre el pueblo «soberano» y el pueblo «poder constituido». El concepto tradicional de democracia que se sitúa en los orígenes del constitucionalismo va unido a la consideración del pueblo como colectivo homogéneo agrupado en torno a una unidad de intereses. Esa concepción es propia de cualquier período revolucionario en el que el nuevo grupo social que consigue implantarse tiende a identificarse con el conjunto de la comunidad a que pertenece y a dotar de carácter universal a su ideología, sus valores, su modo de vida, etcétera. Si no hay diferenciación, tampoco hay lugar posible para la determinación de reglas en base a las cuales el poder de la mayoría se limite en favor de las minorías. En esa pretendida comunidad de intereses, mayoría y minorías son conceptos asociados exclusivamente al juego político. El pueblo (o la nación) único, soberano, decide por medio del Parlamento (también soberano) sin limitación jurídica alguna. Ése es el contenido de la democracia, en su sentido tradicional (simplificado aquí al máximo, como

pueblo? Si alguna vez nuestro legislador estima conveniente someter al control del Tribunal Constitucional lo que en ese orden —y siempre como control preventivo— se le puede someter —esto es, el poder de reforma, no el poder constituyente— habrá que buscar ese equilibrio. No puede ser irrelevante el porcentaje de votos que ha aprobado una reforma, por ejemplo; ni tampoco el grado de desviación o infracción material o formal de la misma. Pero si la seguridad jurídica es un principio ya primado en nuestro sistema, no hay que olvidar que, como bien indica el prof. Lucas Murillo, «la Constitución es la máxima expresión de la seguridad jurídica» (P. Lucas MURILLO: «El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria», *REP*, núm. 7, 1979, pág. 207, nota 38).

⁸ Como indica FRIEDRICH, «por definición, la democracia constitucional es la que no atribuye a la mayoría todo el poder» (*Gobierno constitucional y democracia*, cit., tomo I, pág. 57). Este autor distingue entre la democracia constitucional y la democracia radical, considerando a esta última como un residuo de las ideas de Rousseau que se implantaron a través de la Revolución Francesa (Cfr. *La Democracia como forma política...*, cit., págs. 20-21 y *passim*). Friedrich opone el concepto de democracia radical, de democracia como soberanía (*Herrschaft*) o como imposición de la mayoría a la democracia constitucional, como cooperación, o como forma de vía (*Lebensform*).

es obvio). En la democracia constitucional, las cosas se plantean de distinto modo, la contradicción de intereses y el pluralismo se dan por supuestos, y a partir de ahí se establecen las reglas jurídicas en base a las cuales el contenido de la democracia va a quedar delimitado y limitado en el necesario mantenimiento del pluralismo y el respeto a las minorías. Democracia y democracia constitucional no se oponen la una a la otra, sino que resultan ser las dos caras de la misma moneda. Ninguna de las dos tiene sentido sin la otra: la democracia constitucional no sirve como mecanismo de gobernación del Estado, puesto que es imposible conseguir el consenso de todos los grupos sociales para todas las decisiones por mínimas que sean. A su vez, la democracia de la mayoría, que resulta ser el punto de partida de todo gobierno legítimo del Estado, sólo puede calificarse de auténtica democracia si se inserta dentro de una democracia constitucional. Por tanto, la democracia constitucional no supone una anulación del concepto tradicional de democracia, sino tan sólo una nueva concepción que se le superpone, adjetivándola y condicionándola.

En la diferenciación entre democracia y democracia constitucional y entre el pueblo como poder soberano (poder constituyente) y el pueblo como poder constituido se puede detectar una línea divisoria que es —o al menos pretende ser— jurídica, no de hecho. Se trata de una diferenciación formal o formalizada y eso explica que el grado de consenso que pueda tener una determinada mayoría en el poder sea irrelevante a la hora de exigir su sometimiento a los límites de la democracia constitucional, aun cuando en su origen ese orden constitucional estuviera respaldado en su implantación por un porcentaje del electorado muy inferior al de la mayoría en el poder. La formalización que conlleva en sí misma es similar a la que se produce en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Es esa formalización la que nos permite decir que el pueblo no constituye un colectivo homogéneo dentro del orden constitucional, pues ese orden se basa en el pluralismo y en la diferenciación formal entre mayoría y minorías. Para lo cual, es irrelevante que su intervención tenga lugar de modo directo (referéndum) o por medio de representantes (hecho que por otra parte no es irrelevante en sí mismo considerado, ya que la intervención directa del pueblo es cualitativamente distinta a su intervención a través de representantes); en ambos casos actúa un poder constituido, un poder que se mueve dentro del marco constitucional, que define una mayoría determinada y una orientación política a seguir por el poder público.

La diferenciación entre democracia y democracia constitucional se manifiesta entre otros temas en los siguientes: división de poderes, protección de los derechos y libertades, sistema de fuentes del derecho. Veamos cómo incide en cada uno de ellos.

3. DIVISIÓN DE PODERES

En lo que respecta a este principio, en la Constitución normativa se puede constatar una diferenciación importante que se añade a otras alteraciones del concepto de división de poderes: En la medida en que en la Constitución normativa la división de poderes se articula a través de un sistema de atribución de competencias (en el que además se distribuyen comúnmente funciones repartidas y no exclusivas) a los órganos estatales, esa definición competencial permite que el control del poder no se fundamente ya tan sólo en el control mutuo de los diversos poderes del Estado, sino también en un control externo a los mismos, el control de la constitucionalidad del ejercicio de sus funciones, de su conformidad con la Constitución (en cuanto al respeto del propio orden de competencias y en cuanto a la congruencia material de su ejercicio con el texto constitucional). Ese control externo se basa en la democracia constitucional, fundamentada, como hemos indicado, en la soberanía del pueblo como poder constituyente. Por el contrario, el control recíproco o interno de los diversos poderes del Estado (en el que el pueblo puede intervenir directamente a través de las consultas populares en calidad de poder constituido) se asienta ya en la contraposición entre la mayoría que gobierna y la minoría que controla en el ejercicio cotidiano de la actividad política. Este control se fundamenta no ya en el pueblo como totalidad sino en la participación que los distintos sectores del pueblo tengan en las parcelas de poder representadas por cada uno de los poderes del Estado. Ambos controles, el interno y el externo, se corresponden con dos formas de división del poder (entre controlados y controladores), y en ese sentido los dos actualizan el principio de división de poderes que, como tal, se desdobra en una división interna y externa del poder. Pero, además, el control externo no es sólo manifestación de ese principio, sino que además a través suyo se asegura la implantación efectiva del mismo y el sometimiento de todos los poderes públicos a sus límites jurídico-constitucionales de actuación.

Se podría decir en términos generales, que el control externo es un control jurídico, mientras que el interno o mutuo es un control político. Sin embargo, esa afirmación debería ser matizada. Todos los controles están regulados por el Derecho, y en ese sentido todos son jurídicos. Lo que ocurre es que el control externo implica limitaciones jurídicas a la actuación de los poderes públicos y se fundamenta en un parámetro objetivizable. Por el contrario, el control interno no se basa en limitaciones jurídicas ni se realiza a partir de un parámetro objetivizable. No faltan últimamente voces que propugnan también una objetivación del control mutuo, a partir de la utilización de elementos tales como el programa electoral de los partidos. Pero hasta el presente no ha adquirido esa condición. Por lo demás, si bien el control externo es realizado en última instancia por el Tribunal Constitucional, no es este órgano, como es obvio, el único legitimado para

y obligado a aplicar la Constitución en caso de conflicto, y desde esa perspectiva este Tribunal no monopoliza tampoco el control externo.

La diferenciación entre estos dos ámbitos de la división de poderes no evita, como es lógico, las interferencias entre ambos. Máxime cuando el control mutuo se muestra ineficaz por el anquilosamiento de estructuras que proceden de otros momentos históricos y que respondían a otras necesidades. La imposibilidad de proceder al control mutuo puede conducir, como se ha evidenciado en nuestro país recientemente, al uso indebido de mecanismos de control externo, como un sucedáneo del control interno (tal fue el caso del recurso previo de inconstitucionalidad, y lo sigue siendo —con resultados menos perjudiciales—, el de toda reclamación de inconstitucionalidad que no proceda tanto de un auténtico convencimiento o de una duda real sobre la adecuación de una norma a la Constitución, sino de una estrategia política desarrollada como reacción ante la negativa de la mayoría a consensuarla). Esta confusión puede responder a necesidades coyunturales, pero puede ser también la manifestación más evidente de una atrofia en los mecanismos tradicionales de control interno que obliga a buscar una válvula de salida en el control externo. Como es obvio, no podemos continuar aquí con el desarrollo de esta cuestión, que obliga a plantearse si la separación actual de los poderes aún hace posible en plenitud, en el Estado de partidos, el juego político dentro de las instituciones.

Si conviene referirse, sin embargo, a alguna manifestación palpable de la nueva reestructuración del poder que se produce en la Constitución normativa. Si no es posible ya afirmar que el Parlamento representa a «la soberanía» del pueblo, y menos aún que el Parlamento sea un órgano soberano, hay que convenir entonces que el Parlamento es uno más, entre los poderes constituidos del Estado (aun cuando sea el punto de referencia de la actuación de los demás en su calidad de representante directo de la voluntad popular). Por otro lado, si la legitimidad democrática (de democracia constitucional) se sitúa ahora en la propia Constitución, y la relación Parlamento-Gobierno es actualmente una relación de confianza en los regímenes parlamentarios, tampoco es correcto seguir definiendo la contraposición Parlamento-Gobierno en los términos arcaicos de la monarquía limitada. La legitimación democrática (de democracia mayoritaria) del Parlamento se traslada también al Gobierno y se mantiene mientras permanezca en él la confianza parlamentaria. Máxime cuando la dinámica político-electoral se centra no en la representación en el Parlamento por sí misma considerada, sino en la formación del Gobierno, en la mayoría parlamentaria necesaria para formar Gobierno ⁹.

La identidad entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria convierte al Parlamento cada vez más en un órgano de control (control interno). Sin

⁹ Cfr. I. DE OTTO: *Derecho constitucional, op. cit.*, págs. 151 y ss. y 219 y ss.; M. ARAGÓN: *Constitución y democracia, op. cit.* pág. 125 y ss.

embargo, esa fusión resulta dificultada por la inexistencia de una garantía constitucional que asegure la posición de la minoría en el Parlamento. Es de suponer que es ésta una última manifestación del principio de soberanía del Parlamento (esta vez en el ámbito interno) que tendrá que decaer con el tiempo. A pesar de que el debate doctrinal en este punto todavía se mantiene, es evidente que tendrá que prevalecer la concepción en base a la cual el Parlamento se considera como un poder constituido más cuya autonomía tiene como límite y como fundamento a la Constitución ¹⁰. Si esa doctrina prevalece, habrá que valorar la posibilidad de que la Constitución limite materialmente la capacidad de autonormación del Parlamento de tal modo que su Estatuto o Reglamento respete los derechos de las minorías en un sentido en el que —respetando la necesaria estabilidad del Gobierno— el Parlamento pueda ser realmente una institución dinamizadora del proceso político.

Para ello, la Constitución tendrá que prever una garantía mínima de la capacidad de control de las minorías parlamentarias, manifestada sobre todo en la regulación en el propio texto constitucional de los principios en que debe basarse la potestad normativa interna del Parlamento, así como de contenidos mínimos exigidos a su Estatuto o Reglamento, que impidan su anulación por parte de las mayorías. La exigencia de mayoría absoluta para la aprobación de los Estatutos o Reglamentos parlamentarios (art. 72 C.E.) no parece que sea suficiente. Si esta garantía constitucional se hiciera realidad alguna vez, se abriría la posibilidad de un control externo, que como tal es ya posible en nuestro ordenamiento, pero que se enfrenta en este punto a una precariedad del parámetro que viene así a invalidarlo en la práctica, salvo que en su caso el Tribunal Constitucional realizara una interpretación extensiva de la Constitución —y «restrictiva» de la autonomía parlamentaria— en base a los principios y valores constitucionales.

4. DERECHOS Y LIBERTADES

Hemos visto en el punto anterior lo que la Constitución normativa implica de alteración del principio de división de poderes. Hay que recordar aquí que este principio y el de garantía de los derechos constituyeron durante muchos años el enunciado básico del programa ideológico del constitucionalismo liberal, plasmado en la conocida afirmación contenida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée,

¹⁰ En este sentido, TORRES DEL MORAL, *op. cit.* tomo 2, pág. 93.

ni la *séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*». Hoy, doscientos años después de esa fecha, todos los términos que se incluyen en la misma: derechos, separación de poderes, garantía de los derechos, Constitución, tienen un sentido muy distinto del que originariamente se les otorgó, aun cuando una vocación similar late en el fondo de los mismos: el deseo de los hombres y de las sociedades de controlar el poder, especialmente el poder político.

No son sólo los conceptos aislados los que han cambiado, sino que se podría decir muy bien que se ha alterado su propia situación en la frase que hoy define el constitucionalismo en las Constituciones normativas. En efecto, hoy se podría afirmar, invirtiendo los términos de la Declaración de 1789, que toda sociedad en la que la Constitución no establezca mecanismos específicos para asegurar la normatividad de sus contenidos, no puede hablar seriamente de garantía de los derechos ni de separación de poderes —en el sentido en que hoy se entienden estos dos términos—. (Esta inversión de los términos no puede tener, como es obvio, carácter universal, pues tan sólo indica la evolución de los puntos de interés de la teoría constitucional en las Constituciones normativas actuales.)

Esta alteración en los términos no es un simple recurso estilístico, como bien puede entenderse. Por el contrario, da cuenta de una transformación fundamental en el movimiento constitucionalista, en la que el acento se desplaza significativamente de determinados principios considerados en sí mismos como garantía de existencia de la Constitución, a la propia Constitución como garantía de existencia de esos principios. Dicho en otros términos, el centro de atención de nuestra disciplina no son tanto los principios como las garantías de esos principios, no es tanto el contenido material cuanto su efectividad, no es tanto la sustancia cuanto el proceso. Esta evolución se justifica por el convencimiento a que se llega tras la Segunda Guerra Mundial de que la mera declaración de los derechos, sin un orden de garantías que asegure su efectividad, conduce a la vulneración sistemática de los mismos.

Ni que decir tiene que esta alteración del centro de gravedad del constitucionalismo va unida también a una modificación de los principios, esto es, del contenido de los términos antes reseñados. Pero también en este aspecto se observa el reflejo de esa orientación general: de la separación de poderes al control recíproco y al control externo, de los derechos sustantivos a los derechos garantía.

En relación con los derechos fundamentales, esta orientación general se manifiesta claramente en nuestra Constitución, ya que la preocupación fundamental de su articulado gira en torno al sistema de garantías destinado a proteger esos derechos. En este sentido, se pueden diferenciar aquí tres bloques de derechos en nuestro sistema constitucional desde el punto de vista de las garantías que los amparan y en relación con la perspectiva general que hemos enunciado en torno a la configuración del Estado

constitucional: 1. Derechos que se acogen a la democracia constitucional y que constituyen además el núcleo esencial de la Constitución. 2. Derechos acogidos a la democracia constitucional, y 3. Derechos sometidos a la democracia de la mayoría. El primer bloque de derechos está integrado por los comprendidos en la sección primera del capítulo 2, cuya protección, además de otras técnicas, se extiende hasta un procedimiento de reforma constitucional que configura una auténtica reserva de Constitución para estos derechos, en el sentido de que se exige la intervención directa del poder constituyente para su modificación (como tal hay que calificar al poder de reforma del artículo 168, por la inexistencia de límites materiales a la reforma (P. de VEGA, *op. cit.*, págs. 159-160).

La modificación del *status* constitucional de estos derechos supone también una alteración del pacto constitucional originario y, por tanto, la intervención del pueblo como poder constituyente, como soberano. El respeto al contenido esencial de los derechos, tanto en este bloque como en el segundo supone la vinculación de la mayoría a la democracia constitucional. Ese segundo bloque de derechos (los de la sección segunda del capítulo segundo), no goza, sin embargo, de la misma posición constitucional, pues se trata de derechos que están sometidos al poder de reforma del artículo 167. Se trata por tanto de derechos que expresan en menor medida la democracia constitucional y que ocupan una posición intermedia entre democracia y democracia constitucional.

El tercer bloque de derechos se integra dentro de la democracia mayoritaria y, por tanto, pueden ser modulados por los poderes públicos, que gozan aquí de un margen de libertad más amplio para decidir diversas políticas en relación con los mismos. Ahora bien, esto no implica en modo alguno que se trate de derechos desprotegidos desde el punto de vista constitucional. Su misma proclamación implica ya una voluntad de protección que no puede ser desconocida por los poderes constituidos. Además, estos derechos, en cuanto forman parte de la Constitución, se integran dentro de la vinculación a los poderes públicos prevista en el artículo 9.1, por más que esa vinculación no se traduzca en aplicación directa, sino que requiera del previo desarrollo legislativo. La vinculación del legislativo a estos principios viene exigida por el principio de constitucionalidad establecido en el artículo 9.1, que en combinación con la rigidez constitucional posibilita la declaración de inconstitucionalidad de cualquier norma legal que los vulnere (TORRES DEL MORAL, *op. cit.*, tomo 1, págs. 379-380).

5. FUENTES DEL DERECHO Y LEYES ORGÁNICAS

Desde los principios en base a los cuales hemos visto que se puede explicar la estructuración del Estado constitucional, procede plantearse ahora algunas cuestiones referentes al sistema normativo.

El ordenamiento jurídico de la Constitución normativa puede ser definido como un ordenamiento complejo, no ya en el sentido habitual de este término, en relación con la existencia de una pluralidad de fuentes de producción (incluso aquí, de una pluralidad de ordenamientos), sino también en el sentido de que no es un ordenamiento que responda a un solo criterio de estructuración, en concreto al criterio jerárquico. Es obvio que ni estas características son exclusivas de la Constitución normativa, ni tampoco son elementos intrínsecos de su propia estructura ¹¹. No obstante, la ruptura del criterio jerárquico como principio de estructuración del ordenamiento está unida en este tipo de Constitución —y específicamente en nuestro ordenamiento— a los elementos que hasta ahora se han destacado y específicamente a las alteraciones en conceptos tales como el de democracia o el de división de poderes.

Es preciso advertir, sin embargo, que el principio de jerarquía sigue siendo, no obstante lo anterior, el principal, aunque no exclusivo, principio de estructuración del ordenamiento. Esto es, la estructura del ordenamiento no puede reputarse ya de piramidal, aunque sigan existiendo estructuras similares a la piramidal en determinados sectores normativos del ordenamiento. La Constitución es, como bien dice A. NIETO, no ya el escalón superior de una pirámide normativa, sino «el centro del ordenamiento jurídico por donde pasan todos los hilos del Derecho» («Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *REDA*, núm. 100-102, pág. 399). Si hubiera que reconstruir la imagen simbólica del ordenamiento constitucional habría que partir, quizá, de ésa consideración de la norma constitucional como círculo o como núcleo, de tal modo que la posición de las normas en el ordenamiento no va unida necesariamente al principio de jerarquía sino más bien a su mayor o menor cercanía con ese núcleo. Esa proximidad aparece definida en la propia Constitución y es por tanto a partir de la misma desde donde se debe comenzar la categorización dogmática de cada fuente del Derecho ¹².

¹¹ Dado que la normatividad de la Constitución no exige por sí misma ni la pluralidad de criterios ni la pluralidad de ordenamientos. De hecho, esa pluralidad pudo ya ser observada desde Constituciones que carecían de normatividad alguna, y así Zanobini podía criticar ya en 1939 la pretensión del primer constitucionalismo de unificar todas las fuentes bajo la forma de «ley» considerada ésta como expresión única de la voluntad general y por ello de la soberanía del Estado, y al mismo tiempo enunciar criterios diferentes al jerárquico que disciplinaban las relaciones entre las diversas fuentes (Cfr. ZANOBINI: «Gerarchia e parità tra le fonti», publicado inicialmente en 1939, y recogido en Zanobini, *Scritti vari di Diritto Pubblico*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milán 1955. En el mismo sentido, ya como análisis de la Constitución italiana de 1947, «La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento», en el mismo texto citado). No obstante, no hay que olvidar que el desarrollo de esa normatividad sí ha estado asociada históricamente a la pluralidad de ordenamientos y de criterios de estructuración que supuso la aparición del Estado Federal.

¹² Para precisar aún más esta idea podría decirse quizá —aun a riesgo de resultar demasiado bucólico— que el ordenamiento está construido a la manera de un árbol, de tal modo que la Constitución es la base o el tronco de donde reciben la savia el resto de las normas. Siguiendo con esa estructura metafórica, las ramas principales serían equiparables

La proliferación de categorías normativas y de principios estructuradores del ordenamiento no ha ido acompañada siempre del necesario desarrollo dogmático y menos aún de las técnicas imprescindibles para asegurar la correcta incardinación de las nuevas estructuras en el viejo ordenamiento. Es esto lo que fundamentalmente explica, a mi juicio, la perplejidad con que la doctrina ha tenido que afrontar el tratamiento de algunas categorías normativas. Haremos más adelante la referencia a los Estatutos de Autonomía, y nos centraremos ahora en las leyes orgánicas. La caracterización dogmática de estas leyes se ha visto atrapada normalmente en la contraposición jerarquía-competencia. Su superioridad dentro del sistema de fuentes (si se parte de su *status* diferenciado como tal fuente) no es demostrable, sin embargo, desde la perspectiva de su posición **jerárquica**, ya que un presupuesto básico del principio de jerarquía es la identidad material, mientras que entre la ley orgánica y la ley ordinaria (al menos en base a la concepción material desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional) no debe existir identidad material¹³. Por lo mismo, el criterio jerárquico no es aplicable aquí a la resolución de conflictos normativos entre ley orgánica y ley ordinaria.

Pero la superioridad de la ley orgánica tampoco se puede deducir de la reserva material en sí misma considerada, ya que la reserva material por sí sola implica separación, no superioridad. Por lo demás, el principio

a grupos de normas equivalentes, regidas por un criterio de competencia, que a su vez pueden bifurcarse en otros grupos normativos dentro de los cuales puede regir el principio de jerarquía. La Constitución sería así no ya la cúspide sino la base del ordenamiento.

¹³ En este sentido, en un excelente artículo de GÓMEZ-FERRER MORANT («Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, núm. 113), se disocia entre la superioridad de la ley orgánica sobre la ley ordinaria y el principio de jerarquía. Sin embargo, esa disociación no es tajante para este autor, por cuanto en ocasiones esa superioridad podría explicarse de acuerdo con el principio de jerarquía en sentido estricto, y en otras, en base a la función constitucional que cumple la ley orgánica dentro del sistema jurídico (lo que para este autor sería equiparable al principio de jerarquía considerado en sentido amplio, conectado con la fuerza formal de la Ley orgánica. Cfr. págs. 21-22).

Personalmente entiendo que el principio de jerarquía no es aplicable en ningún supuesto a las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria. Sin embargo, creo que la orientación general del estudio de Gómez-Ferrer es bastante acertada y muy esclarecedora de la relación entre ley orgánica y ley ordinaria. Aun así (o más bien, precisamente por ello), me atrevería a matizar algo en relación con el mismo. En primer lugar, que, como indica el profesor Santamaría, ese concepto de «función constitucional», cualquiera que sea el alcance que le demos, no constituye un nuevo criterio de solución de conflictos normativos entre ley orgánica y ley ordinaria (o entre cualquier otro tipo de normas) pues no expresa por sí mismo preferencia aplicativa de ningún tipo (Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, págs. 322-323). En segundo lugar, que el concepto de «función» quizá resulte insuficiente para indagar los motivos en base a los cuales se puede deducir la superioridad de la ley orgánica, salvo que manejemos un concepto de función que no se identifique tan sólo con la finalidad de la norma sino que permita construir dogmáticamente el concepto de ley orgánica (como las otras categorías normativas) recurriendo a la teoría constitucional, y que junto a los criterios teleológicos integre otras técnicas interpretativas.

de competencia ¹⁴, que sirve para resolver con carácter definitivo (o de fondo, si se quiere) los conflictos entre ley orgánica y ley ordinaria, no es un criterio de aplicación inmediata (ya que es al Tribunal Constitucional al que corresponde en última instancia realizar la delimitación material y atribuir la competencia).

En definitiva, es necesario recurrir a otros elementos para argumentar la superioridad de la ley orgánica sobre la ley ordinaria. Pero además, si defendemos (razonadamente) esa superioridad, de la misma hay que extraer también consecuencias prácticas. En concreto, la superioridad exigirá cuando menos la aplicación preferente en caso de conflicto de la ley orgánica sobre la ordinaria (hasta tanto recaiga decisión de fondo). Pero a la vez esa aplicación preferente requiere una instrumentación técnica específica, ya que la superioridad puede ser su fundamento, pero por sí misma no justifica su imposición provisional, ya que no existe relación jerárquica. Por tanto, es necesario justificar tanto la superioridad de la ley orgánica como su aplicación provisional preferente en caso de conflicto con una ley ordinaria.

A. Comenzando con la primera de esas ideas, debemos partir, a mi juicio de una distinción previa, en relación con las dos perspectivas en base a las cuales el análisis de cualquier fuente puede ser abordado:

1. Desde la perspectiva de la teoría de las fuentes.
2. Desde la perspectiva de la teoría de la Constitución.

Y conviene aclarar inmediatamente que ambas perspectivas no tienen por qué coincidir en todos los casos. Sería deseable, pero no siempre es posible. Desde la teoría de la Constitución se puede otorgar un mayor o menor valor a determinadas materias que sin embargo no se manifiesta después en las técnicas normativas necesarias —desde la teoría de las fuentes— para asegurar esa distinta relevancia que la teoría de la Constitución (o la Constitución en su estricto sentido si queremos) le confiere. La motivación de ese desfase puede ser muy diversa: normalmente se debe a un retraso en la aparición de técnicas normativas que aseguren esa distinta protección que se quiere asegurar a diversas materias, retraso que viene a dar cuenta de una diferente evolución de la teoría de la Constitución y la teoría de las fuentes. Pero también puede deberse al fenómeno con-

¹⁴ El principio de competencia se utiliza aquí en su sentido genérico que, por tanto, engloba a lo que otros autores llaman reserva material, o distribución de materias, o principio de disjunción, o principio de procedimiento.

trario: a la pervivencia de formas de protección que correspondían a una teoría de la Constitución ya superada y que no encuentran el adecuado encuadre dentro del ordenamiento constitucional vigente. Exista o no el desfase, parece claro que el tratamiento de cada fuente en particular debe ponerse en relación no sólo con las otras fuentes, sino sobre todo con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Para ello, no es posible limitarse al análisis de las técnicas normativas de estructuración del ordenamiento, sino que es necesario relacionar esas técnicas con los principios constitucionales en que el propio ordenamiento se fundamenta, o debe fundamentarse, y con la finalidad atribuida a las mismas por el ordenamiento. En suma, es preciso relacionar cada fuente con la teoría constitucional que está en la base de su implantación, o en todo caso de su reconocimiento y de la atribución de su régimen jurídico propio. De ese modo, la construcción dogmática de cada categoría normativa se debe basar en criterios axiológicos y teleológicos que sirvan para interpretar las formas concretas que adopta su producción en el texto constitucional ¹⁵.

Con todo, conviene destacar aquí, para comenzar el tratamiento del problema, un punto en el que me parece que esas dos variables que hemos indicado (teoría de la Constitución/sistema de fuentes) son plenamente congruentes en nuestro ordenamiento: la ruptura del concepto unitario de ley ¹⁶. Si bien el acuerdo general sobre este punto no se ha asentado aún con carácter general en nuestra doctrina, es previsible que, conforme se vaya desarrollando la construcción dogmática, ese acuerdo se irá extendiendo ¹⁷.

¹⁵ En este sentido, cfr. además del trabajo aludido de Gómez-Ferrer Morant, el de Luis M. Díez-Picazo sobre «Concepto de la ley y tipos de leyes», en Angel Garronera (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Ed. Tecnos, 1990.

¹⁶ En el artículo mencionado en la nota anterior del Prof. Díez-Picazo se contiene un análisis pormenorizado (y sin duda demoledor) de los motivos que impiden desarrollar una noción unitaria de ley en nuestro ordenamiento (al menos desde una perspectiva formal), al tiempo que se intenta dotar de un significado unitario a los diversos tipos legales creados por la Constitución conectándolos con consideraciones materiales tales como la determinación por esta fuente de los intereses generales de la comunidad en el marco de los principios de Estado Democrático y de Monarquía Parlamentaria reconocidos en la Constitución.

¹⁷ El ejemplo más significativo de esta resistencia a aceptar la ruptura del concepto unitario de ley se puede observar en la obra del malogrado profesor De Otto, quien pretende reducir las diferencias entre los diversos tipos de leyes en nuestro ordenamiento a meras particularidades procedimentales (cfr. I. DE OTTO, *op. cit.*, pág. 111 y ss.). En mi opinión, esta tesis se contradice radicalmente con las propias construcciones doctrinales de base del profesor De Otto, y específicamente con la diferenciación ya indicada entre el pueblo como soberano y como poder constituido (ver referencia en la nota 1). No procede, sin embargo, un desarrollo extenso de esta problemática aquí, pero sí al menos, pues la ocasión lo permite, manifestar mi admiración no sólo por la obra general del profesor De Otto, sino sobre todo por su «Sistema de fuentes», que ha supuesto sin duda una auténtica revolución en el tratamiento dogmático de esta materia en nuestro país, especialmente en aquellos aspectos en los que la doctrina dominante procedía de un marco jurídico-político ya superado y carecía de sentido en nuestro actual ordenamiento constitucional. Comoquiera que yo no podría decirlo con mejores ni más bellas palabras, me remito al reciente comentario del profesor JIMÉNEZ CAMPO sobre esta obra («Derecho constitucional. Sistema de fuentes», de Ignacio DE OTTO, *REDC*, núm. 23, mayo-agosto de 1988). No creo exagerar si digo que en este libro se

El concepto unitario de ley tenía sentido cuando estaba vigente la concepción del legislador como soberano, del poder legislativo no sometido a límites, de la identificación entre la voluntad soberana del pueblo y la del Parlamento. Desde esa perspectiva, es lógico que todas las leyes puedan reconducirse a un único concepto, pues la voluntad de la mayoría en el Parlamento es única. No ocurre lo mismo en una Constitución como la nuestra, ya que uno de sus principios inspiradores consiste en el establecimiento de límites a la voluntad del legislador. El escalonamiento de esos límites, en función de la mayor o menor voluntad de protección a determinadas materias, lleva, entre otras consecuencias, a la ruptura del concepto de ley, en cuanto forma única y homogénea de producción normativa en el Parlamento ¹⁸.

La motivación en que se basa ese escalonamiento legislativo no es otra que acercar la democracia de la mayoría a la democracia constitucional, esto es, exigir un consenso lo más amplio posible para regular aquellas materias que están más conectadas con las reglas básicas de organización de la convivencia. Desde esa perspectiva, la Constitución no establece un único legislador con poderes generales, sino distintos «legisladores» en función de los diferentes ámbitos en que la potestad legislativa deba desenvolverse. Como consecuencia de ello no se puede decir que la Constitución prevea un solo tipo de ley, sino diversos tipos en relación con di-

encuentra el germen de la futura construcción dogmática de nuestro sistema de fuentes (en lo que aún está por hacer), aun cuando esa construcción se tenga que realizar en muchos casos sobre el desacuerdo y no sobre el acuerdo.

¹⁸ Es posible que, como indica el Prof. GARRORENA, la ley orgánica se haya introducido en nuestro ordenamiento por la puerta falsa, como residuo de una concepción más amplia del sistema de fuentes, cerca al sistema francés (Cfr. en este sentido *El lugar de la Ley en la Constitución española*. CEC. Madrid 1980, pág. 126 y ss). Ello no implica, a mi juicio, que la ley orgánica sea incompatible con nuestro sistema de fuentes.

Por otra parte, la idea de que la ley orgánica fue acogida por los constituyentes como un medio de «retener una parte del poder constituyente» (T. R. FERNÁNDEZ: «Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad». Ed. Civitas, Madrid 1981, pág. 29) no es más que la visión en negativo de uno de los principios fundamentales de la democracia constitucional, ya señalado por Kelsen: el del compromiso, el consenso, la transacción (Cfr. KELSEN: *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional, México 1979, págs. 339 y 410 y ss). La ley orgánica obliga a un mayor consenso que el que se exige para aprobar una ley ordinaria. Está más cerca en ese sentido de la democracia constitucional. No implica, desde luego, una retención del poder constituyente, en sentido estricto, pero sí un acercamiento al pacto fundamental que dio origen a la Constitución. Obviamente no se trata de una protección material, como bien indica el profesor citado. En ese sentido, es claro no sólo que «La adición de un cierto porcentaje de votos a la mayoría simple no asegura de ninguna manera una mayor justicia de la decisión» (T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 34), sino sobre todo que tampoco implica necesariamente una mayor conformidad del contenido material de la regulación con los principios y los preceptos constitucionales. Por el contrario, en cuanto protección formal se trata tan sólo de una técnica de control intraórganos (tal como define ese tipo de control LOEWENSTEIN, cfr. *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel, Barcelona 1986, pág. 245) y en cuanto tal control de la mayoría conecta perfectamente con el concepto de democracia establecido en la Constitución.

versas materias ¹⁹. Sólo desde una utilización excesivamente amplia o «estrictamente» formal del término «ley», que lo priva de virtualidad científica, se puede afirmar que existe un único concepto de ley. Por supuesto que ley es toda norma aprobada como tal por el Parlamento, pero ni siquiera esa referencia a la ley es realmente «formal» hoy día, puesto que la distinción entre posibles clases de leyes se basa —más que en su contenido— en la diferenciación formal que el propio ordenamiento establece.

La ruptura del concepto unitario de ley implica, cuando menos, que existen diversos tipos de leyes cuya relación formal se articula en base a una reserva material o competencial en favor de determinados legisladores reforzados, y no en base a una relación jerárquica en sentido estricto. La mayor relevancia de las materias asignadas al legislador especial se enfrenta aquí con un problema insoluble actualmente desde el principio de jerarquía y que obliga a derivar a la técnica de la reserva: si la Constitución quiere que prevalezca el legislador especial sobre el ordinario en términos de jerarquía, tiene que asignar a ambos el mismo ámbito material de normación; pero en ese caso las materias protegidas ya no pueden ser indisponibles para el legislador ordinario, con lo que la diferenciación entre legislador ordinario y especial deja de ser una garantía real. Es por ello por lo que la protección de esos contenidos debe procurarse a través de la reserva material y no a través de la articulación jerárquica. Ese principio técnico configura una protección similar para cada uno de los legisladores (el orgánico y el ordinario) en la medida en que ninguno de ellos puede interferir el ámbito normativo del otro. Ello no implica obviamente una idéntica consideración desde la teoría de la Constitución, de la materia reservada/legislador especial y de la materia general/legislador ordinario.

Ahora bien, tampoco se puede decir que la superioridad de la ley orgánica se pueda establecer tan sólo desde una consideración material en relación con la teoría de la Constitución, ya que en sí mismo resulta irrelevante el contenido material concreto de la reserva de ley orgánica. Esto es, lo definitivo no es lo que el constituyente haya considerado como reservable a la ley orgánica, sino que la reserva exista y que se configure a través de un procedimiento específico y agravado que exige un consenso

¹⁹ Naturalmente, no pretendo decir que esos «legisladores» constituyan órganos diferenciados dentro del Parlamento. Utilizo la expresión en sentido impropio, ya que propiamente lo que se produce aquí es una diferenciación procedimental. No obstante, quiero resaltar con ello que las diferencias procedimentales no son irrelevantes, y menos aún cuando se basan en la exigencia de mayorías cualificadas. También la supremacía de la Constitución queda asegurada a través de diferencias procedimentales en muchos ordenamientos en los que es el Parlamento el órgano encargado de la reforma. Esas diferencias sí dan lugar en ese supuesto a una diferenciación orgánica, o al menos funcional: ya no es el Parlamento, sino el poder constituyente derivado, o si es el Parlamento está actuando en su función constituyente y no en su función legislativa. De ahí que hablar del «legislador orgánico» o del «legislador ordinario» no resulte tan desproporcionado. Cuestión distinta es la de precisar qué diferencias procedimentales resultan relevantes y cuáles no para configurar una función legislativa propia.

superior para la aprobación de esas leyes. Del mismo modo, en el procedimiento de reforma de la Constitución lo definitivo no es que el constituyente haya acertado en la enumeración de las materias protegidas (lo que resulta perfectamente discutible) sino su misma protección. Es la protección formal lo que permite otorgar una mayor relevancia jurídica, desde la teoría de la Constitución, a estas materias. Ello no obsta para que junto a ese dato formal, que resulta concluyente, puedan tenerse en cuenta consideraciones materiales que relacionen los contenidos concretos protegidos con los principios y valores proclamados en la Constitución. Estas consideraciones materiales sólo son relevantes, sin embargo, a partir de la existencia de la reserva, no con independencia de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que la ley orgánica es una ley superior a la ordinaria en nuestro sistema de fuentes (por ser una ley más cercana a la Constitución, a la democracia constitucional) y que a partir de esa superioridad es necesario precisar en base a qué técnica puede articularse la preferencia en caso de conflicto de la ley orgánica sobre la ordinaria. Estamos hablando de preferencia transitoria o inmediata, ya que la decisión definitiva del conflicto, realizada por el Tribunal Constitucional, debe hacerse (al menos en la doctrina asentada de este órgano y a pesar del enunciado del artículo 28.2 de la LOTC) de acuerdo con el criterio de competencia. La necesidad de determinar la técnica de aplicación preferente procede del hecho de que el criterio de competencia no es de aplicación inmediata, ya que exige un juicio de validez previo de las normas en conflicto, y por tanto es necesario recurrir a un criterio provisional hasta tanto se resuelva en base al criterio de competencia ²⁰.

B. Podemos definir la relación normativa que se genera en virtud del principio de jerarquía, en base a los siguientes rasgos: 1. Se trata de una relación de obediencia de una norma a) respecto de otra b), que no se corresponde con un deber de respeto de la norma b) respecto de la a).

²⁰ Obviamente hablamos aquí de aplicación «provisional» en un sentido amplio, ya que si se opta por cuestionar la legitimidad de la ley a través de una cuestión de inconstitucionalidad no procede como es lógico, la aplicación de ninguna de las dos normas en conflicto hasta tanto resuelva el Tribunal Constitucional. Por tanto, la aplicación prevalente de la ley orgánica no se produce en todo caso y en cualquier situación. No deberá producirse, por ejemplo, si el conflicto se genera entre una ley orgánica anterior que se ha excedido de su regulación material y una ley ordinaria posterior que deroga esa normativa. En un caso así el juez sólo puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad y el operador jurídico debe instarla igualmente, salvo que ambos estimen que la ley orgánica no se ha excedido respecto de su ámbito de regulación material. Pero una decisión así será «provisional» en el sentido de que es posible una futura decisión de fondo del Tribunal Constitucional en la que se estime que la ley orgánica ha sobrepasado su campo de regulación material y que por tanto procede declarar su condición de ley ordinaria. Es preciso advertir en todo caso que en un supuesto de este tipo la sentencia del Tribunal Constitucional debe limitarse a la declaración de inconstitucionalidad. La expulsión del ordenamiento no la produce aquí el Tribunal sino el propio legislador y la aplicación del criterio cronológico a la resolución del conflicto normativo entre dos leyes que ya son ordinarias.

2. Es además una relación directa entre dos normas que recaen sobre el mismo objeto, y 3. Exige una diferenciación formal (usualmente en torno a la función: legislativa/ejecutiva, ley/reglamento), ya que donde haya identidad no puede haber jerarquía.

Por el contrario, el principio de competencia da lugar a una relación que se podría definir, a mi juicio, de acuerdo con las siguientes notas: 1. Se trata de una relación de respeto recíproco entre dos normas *a)* y *b)*. 2. Esa relación es indirecta, se genera a través de una norma interpuesta (que en el caso de la relación ley orgánica-ordinaria es la propia Constitución), y 3. Se da entre normas que recaen sobre distinto objeto (distinta materia, o distinta función o categoría normativa).

Como criterio de resolución de conflicto intermedio entre jerarquía y competencia podemos situar la prevalencia. La prevalencia podría definirse como: 1. Una relación de preferencia aplicativa entre dos normas que no se basa en un deber de obediencia sino en la inexistencia del deber de respeto de una norma (la prevalente) respecto de otra (la desplazada). Ello con independencia de que fuera de la relación de prevalencia, la posible aplicación del criterio de competencia sí imponga ese deber de respeto que en la prevalencia, considerada en sentido estricto, no existe. 2. Una relación indirecta entre las dos normas (que se produce por tanto a través de una norma interpuesta), y 3. Esa relación se produce entre normas que recaen (no siempre de modo legítimo) sobre el mismo objeto. Como vemos, la prevalencia tiene rasgos comunes con la jerarquía y con la competencia. Se trata además del único supuesto en que la relación entre normas puede basarse no sólo en identidad de materia u objeto, sino también en identidad de función o de forma (ya que no exige la diferenciación formal de la jerarquía, puesto que puede existir prevalencia entre dos normas reglamentarias que regulan la misma materia, en los conflictos entre el derecho estatal y el autonómico).

Ahora bien, mientras la identidad material (de ámbito de validez) que se produce entre dos normas jerárquicamente relacionadas es real, esto es, constituye un presupuesto lógico del principio jerárquico, la identidad material que se da entre dos normas regidas por el criterio de prevalencia no necesariamente es legítima. Esto es así porque el criterio de prevalencia generalmente acompaña al criterio de competencia, suple la incapacidad del criterio de competencia para la actuación inmediata como regla de solución de conflictos. De este modo, cuando la decisión de fondo debe basarse en el criterio de competencia, el criterio de prevalencia sirve como regla de decisión inmediata o transitoria hasta que recaiga (en su caso) decisión de fondo. Pero en esos supuestos, la identidad material, la confluencia de las dos normas sobre el mismo ámbito de validez es ilegítima, porque en alguna de las normas existe un vicio de competencia. Esto es, todo conflicto normativo exige la confluencia de dos normas sobre el mismo objeto (de otro modo no habría conflicto). Pero esa confluencia puede ser legítima (en cuyo caso puede aplicarse el criterio jerárquico o

el de prevalencia, entre otros) o puede ser ilegítima (en cuyo caso es de aplicación el criterio de competencia, pero hasta tanto se determine esa ilegitimidad es necesario aplicar otro criterio que, de modo transitorio²¹, resuelva el conflicto). Por lo demás, a diferencia del criterio jerárquico o del competencial, la prevalencia no implica un juicio de validez sobre las normas en conflicto (ya que el operador jurídico no debe sancionar aquí el incumplimiento de un deber de obediencia o de respeto), sino tan sólo una preferencia aplicativa que puede ser modificada tras el juicio de validez correspondiente.

Si resulta admisible la argumentación anterior, se puede decir que el criterio técnico en base al cual puede arbitrarse la aplicación preferente de la ley orgánica sobre la ordinaria es el criterio de prevalencia (o, si queremos, cualquier otro que tenga las mismas características antes enunciadas). Sin embargo, no existe una previsión constitucional en ese sentido respecto de los posibles conflictos normativos entre ley orgánica y ley ordinaria. Por eso es por lo que la aplicación de esa regla puede tener apoyo legal, doctrinal o jurisprudencial, pero carece de fundamentación constitucional directa. Todo lo cual no obsta para que sea necesaria como criterio de aplicación provisional de la ley orgánica, considerada como ley superior a la ordinaria en nuestro sistema de fuentes. Aquí se puede constatar el desfase enunciado al principio entre la teoría de la Constitución y el sistema de fuentes, ya que la regla de prevalencia sí se aplica en virtud de mandato constitucional expreso a otros conflictos normativos competenciales que pueden presentarse y que exigen una solución provisional hasta que recaiga la decisión de fondo (es el caso de la relación derecho estatal-derecho autonómico).

6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La relación específica que liga al Tribunal Constitucional con el poder constituyente, está, a mi juicio, por concretar aún en nuestro ordenamiento. La definición que una parte de nuestra doctrina realiza respecto del Tribunal Constitucional como «comisionado» del poder constituyente carece de contenido específico. Es por eso por lo que al afirmar que el Tribunal Constitucional se configura en la Constitución normativa como un comisionado del poder constituyente, esto es, del pueblo en su calidad de

²¹ Entiéndase esta condición transitoria tal y como se define en la nota anterior.

soberano, no quiero decir con ello más de lo que se pueda deducir de las siguientes afirmaciones ²².

El Tribunal Constitucional tiene como misión esencial la de salvaguardar la democracia constitucional, el consenso de «todo» el pueblo en torno a las reglas básicas de organización social. En esa labor, el Tribunal Constitucional tiene que definir los límites constitucionales a los que deben someterse los poderes públicos en el desarrollo de su actividad política. Su interpretación del texto constitucional puede dar lugar a la configuración de normas paraconstitucionales, normas constitucionales de creación jurisprudencial ²³. Esas normas pasan a formar parte del parámetro en base al

²² Quizá la construcción más acabada del significado posible de esta expresión se deba a M. ARAGÓN (*Constitución y democracia, op cit.*, pág. 117 y ss.) que define muy acertadamente en términos generales cómo no debe interpretarse en ningún caso la misma (y que por ello la rechaza totalmente). Pero no existe, por el contrario, además de esa definición «en negativo» otra «en positivo» que construya dogmáticamente la relación que existe entre el Tribunal Constitucional y el poder constituyente. Por lo demás, como se puede entender fácilmente, es irrelevante a estos efectos, que son los que interesan, que esa relación nos lleve a definir al Tribunal Constitucional como «comisionado», «custodio», «representante», o con cualquier otro término similar, salvo que queramos entrar en una polémica puramente nominalista.

En todo caso, es necesario precisar aquí que la consideración del Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente o del pueblo soberano no implica en absoluto la identificación de este órgano como «soberano». Por el contrario, el Tribunal no sólo no es soberano por la razón que antes indicábamos respecto a la imposibilidad de existencia de un soberano dentro del orden constitucional, sino que además se trata de un órgano con poderes limitados por su propia condición jurisdiccional, ya que como indica Bachof, por referencia al Tribunal Constitucional alemán, «no se puede designar realmente como "soberano" a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración política, a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, en el desempeño de su función de control, tiene que limitarse a los asuntos que —considerados desde el punto de vista del órgano de control— le llegan casualmente». (*Jueces y Constitución*. Civitas, Madrid 1985, pág. 59.)

²³ La caracterización de este tipo de normas se debe en nuestra doctrina a Enrique Alonso, que las define como «normas subconstitucionales», entendiéndolo por tales aquellas que proceden de la fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional y que sirven como instrumento para delimitar y especificar el contenido de la norma genérica (constitucional) haciendo así posible la operación de subsunción y adquiriendo la misma fuerza vinculante y el mismo carácter normativo que el precepto constitucional que contribuyen a aplicar (Cfr. E. ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 1-28). Personalmente creo que el término «normas paraconstitucionales» es más descriptivo de la realidad de este tipo de normas, ya que propiamente, todas las normas, salvo la propia Constitución, son subconstitucionales, y por tanto esa expresión no sirve para particularizar estas normas.

En la doctrina francesa (a pesar de defender una posición bastante restrictiva en lo que respecta a la aceptación del papel innovador o creativo de la jurisdicción constitucional) Luchaire utiliza la expresión «principios paraconstitucionales» para hacer referencia a determinados principios extraídos por el Conseil constitutionnel que si bien no tiene valor constitucional algunos producen los mismos efectos que un principio de valor constitucional. Se trata de principios obligatorios para el legislador, a los que éste debe someterse, pues en caso contrario atentaría contra el principio de igualdad. Cfr. François LUCHAIRE: «Un Janus constitutionnel: Légalité», en la *Revue du Droit Public*, septiembre-octubre de 1986, pág. 1253 y ss.)

cual el Tribunal Constitucional —y toda jurisdicción «constitucional», en sentido amplio, en cuanto sometida a su doctrina— ejercita su control de constitucionalidad sobre los poderes públicos. Si hubiera que situarlas en el sistema de fuentes, su posición estaría «por encima» de las leyes de «reforma» (procedimiento ordinario de reforma) de la Constitución, ya que esas normas jurisprudenciales podrían servir en su caso para interpretar las leyes de reforma y determinar su inconstitucionalidad en un hipotético —pero constitucionalmente posible— control preventivo de las mismas. La expresión «por encima» hace referencia a una mayor proximidad con la Constitución, tal y como se ha definido en el punto anterior. Si la Constitución es el núcleo central del ordenamiento, las normas paraconstitucionales constituirían una especie de segundo círculo alrededor de ese núcleo, a partir del cual se define la relación del resto del ordenamiento con la propia norma constitucional.

Naturalmente, esta posición de las «normas» establecidas por el propio Tribunal a partir de los «enunciados» constitucionales²⁴ no es equiparable en todos los casos a la posición de las sentencias del Tribunal Constitucional. Una misma sentencia del Tribunal puede ocupar distintas posiciones en el sistema de fuentes en función de los actos normativos que se incluyan en la misma: el fallo de las sentencias, en lo que contenga de innovación jurídica, ligará su posición al de la norma o acto enjuiciado²⁵. Por el contrario, los fundamentos jurídicos ocuparán una posición diversa según que las normas estructuradas en los mismos procedan de la interpretación del material secundario o del primario. En el primer caso su posición es la ya indicada, superior a las propias leyes de reforma ordinaria. En el segundo su posición irá unida a la propia del material secundario interpretado.

Salvo algunas excepciones, nuestra doctrina ha centrado la discusión en torno a la capacidad innovadora del Tribunal Constitucional en relación con la ley y no respecto de la propia Constitución. Esto explica la extensión que ha alcanzado el término «sentencias interpretativas», que en sí mismo es incorrecto, a mi juicio, y debería ser sustituido por otro más acorde con el fenómeno que intenta definir. ¿Es concebible alguna sentencia del Tribunal Constitucional que no sea interpretativa? Todas las sentencias lo son, todas interpretan necesariamente el material primario (la

²⁴ Esta diferenciación entre el «enunciado legal» y las diferentes «normas» que pueden extraerse del mismo procede del profesor Rubio Llorente, que la aplica al material secundario que el Tribunal Constitucional controla. Resulta sin duda de gran utilidad, entre otras cosas, a la hora de precisar las características de la labor innovadora que el juez constitucional desarrolla (Cfr. F. RUBIO LLORENTE: «La Jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *REDC*, núm. 22, 1988).

²⁵ Cfr. a este respecto, además de mi trabajo sobre «Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Constituyente», y la bibliografía contenida en el mismo, el artículo del profesor PIBERNAT DOMENECH, publicado en el número 24 de esta revista («La sentencia constitucional como fuente del Derecho»).

Constitución) y el material secundario (la norma o acto enjuiciado). Utilizar el término para referirse tan sólo a aquellas sentencias que establecen una interpretación obligada del material secundario, o que excluyen alguna o algunas interpretaciones del mismo, conduce a centrar la creación judicial del Derecho en la ley, en la creación normativa de rango legal, eludiendo la creación «constitucional». Pero, al igual que se pueden extraer normas legales de los enunciados legales, también se pueden extraer —y se extraen— normas constitucionales de los enunciados constitucionales²⁶. Del mismo modo que el juez ordinario ha creado derecho a partir de la interpretación de la ley, también el juez constitucional crea derecho a partir de la interpretación de la Constitución. La fundamentación jurídica de las sentencias tiene así un doble contenido, en lo que a creación del derecho respecta: la innovación sobre el ordenamiento en general, a través de la extracción de normas a partir de los enunciados legales, y la innovación sobre la Constitución, más reducida normalmente, a través de la extracción de normas a partir de los enunciados constitucionales.

La función de comisionado del Tribunal Constitucional debe extenderse hasta la intervención directa del poder constituyente y por tanto debería incluir el control del poder de reforma, tanto en su aspecto formal cuanto material. Quiere esto decir que las leyes de reforma que siguen el procedimiento ordinario, en cuanto manifestación de un auténtico poder de reforma, sometido a los límites que implica la existencia de otros preceptos protegidos en base a un procedimiento agravado de revisión, son susceptibles de control (al menos en teoría) formal y material. La lógica de ese control es la misma que dio origen al derecho de revisión judicial en su vertiente de control de constitucionalidad de las leyes: el juez debe aplicar la Constitución, y la Constitución establece un procedimiento agravado de reforma para determinados contenidos. Todas aquellas leyes que vayan en contra de esos contenidos, sin respetar el procedimiento de reforma establecido al efecto, deberán ser consideradas inconstitucionales²⁷. Natu-

²⁶ El profesor RUBIO LLORENTE limita su análisis a los modos de creación del Derecho legal, dentro de los dos planos, el constitucional y el legal, en el que entiende que la creación del derecho por el juez constitucional es posible (cfr. *op. cit.*, págs. 38-39). La extensión de ese análisis a la creación de Derecho «constitucional» por el juez, sería sin duda sumamente esclarecedora. En ese sentido, se puede partir de la distinción ya indicada, entre el «enunciado» (en este caso constitucional) y las normas que el juez puede extraer del mismo. Esas normas (las denominemos paraconstitucionales, subconstitucionales, o de otro modo) no sólo se desarrollan cuando surge la necesidad de aplicar conceptos genéricos, sino que pueden surgir a partir de otras intervenciones obligadas del juez constitucional para la resolución de contradicciones entre preceptos, por la necesidad de suplir lagunas etc.

²⁷ Contrastar en este sentido el famoso caso *Marbury v. Madison* (en REDLICH/SCHWARTZ, *Constitutional Law*. Matthew Bender, 1983, vol. 1) con la menos conocida pero mejor fundamentada en este punto, sentencia del Tribunal del Reich alemán de 5 de noviembre de 1925 (extracto de la misma y comentario de este autor, en P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. CEC, Madrid 1987, pág. 85 y ss.) También sobre esa sentencia Carl SCHMITT: *La defensa de la Constitución*. Ed. Tecnos, 1983, v. o. 1931, pág. 43 y ss.).

ralmente, un control de este tipo tendría que ser inevitablemente preventivo, el control represivo no es posible pues no recaería sobre leyes sino sobre preceptos constitucionales. En ningún caso es controlable el contenido material de las leyes de reforma que sigan el procedimiento agravado, pues en ellas interviene el poder constituyente, no un poder de reforma sometido a límites materiales.

7. LOS TRES «ESTADOS» DEL ESTADO AUTONÓMICO

Nuestra Constitución no establece, como se ha señalado reiteradamente, un modelo concreto de «Estado», sino que el Estado constitucional puede dar lugar a diversos tipos, desde el Estado unitario hasta el actual, conocido como «Estado autonómico». Ahora bien, conviene diferenciar conceptualmente ambos tipos, ya que el Estado autonómico no es sino la forma que ha adoptado en la práctica actual el Estado constitucional. Esa diferenciación exige que tengamos en cuenta que la utilización de ambos términos como equivalentes no siempre es posible cuando tenemos que dar cuenta de la configuración constitucional del Estado, por más que el Estado constitucional sea actualmente un Estado autonómico.

En todo caso la reflexión que sigue se sitúa en esa consideración del Estado autonómico como forma que ha asumido el Estado constitucional. La Constitución no configura, en mi opinión, dos únicos órdenes estatales diferenciados en un ordenamiento central o general soberano (directamente procedente del pueblo español soberano) y ordenamientos territoriales autónomos. Por el contrario, ambos ordenamientos, el general y el territorial (el de cada territorio, en la medida en que este último exista), encuentran su fuente última de validez en la Constitución, la cual configura un Estado constitucional del que como Estado global surgen (esto es, pueden surgir y así lo han hecho) dos órdenes normativos de relevancia constitucional: el general y el de las Comunidades Autónomas. No vamos a volver ahora sobre los motivos, vistos más arriba, que impiden aceptar la idea de que el poder general del Estado es un poder soberano por cuanto los órganos generales representarían a todo el pueblo español frente a los órganos territoriales que representarían a sólo una parte del mismo ²⁸. Los

²⁸ Recientemente se ha pronunciado en relación con este tema C. VIVER I PI SUNYER (en «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25). Este autor advierte de la escasa utilidad de recurrir a un concepto como el de soberanía para definir la posición correspondiente al sector del aparato estatal formado por los órganos generales del Estado. No obstante acepta la diferenciación realizada por el Tribunal Constitucional reconduciéndola a la idea de que la soberanía de los órganos generales del Estado hace referencia tan sólo a que éstos son los garantes del interés general unitario, superior al interés también general de las Comunidades Autónomas. En todo caso rechaza que de la misma se pueda deducir la atribución a los órganos generales del Estado de un poder jurídicamente ilimitado.

órganos generales no representan al pueblo como soberano, sino como poder constituido. Si nos referimos a la soberanía «en» el Estado, esto es, a quien corresponde la soberanía, la cuestión queda clara. Los órganos generales del Estado no representan más que los intereses generales y por lo mismo en el ejercicio de sus competencias deben moverse dentro de la frontera que la Constitución establece para los intereses generales por relación a los territoriales. Del mismo modo que el poder general del Estado no se puede identificar con el poder soberano, tampoco se le puede atribuir al Estado general el poder de reforma de la Constitución, poder que se inscribe dentro de las competencias del Estado global, del Estado constitucional.

Por tanto, no cabe establecer en este punto un esquema lineal como el que sigue, ya que en el mismo desaparece la Constitución normativa: pueblo soberano-poder general del Estado (soberano)-poder territorial del Estado (autónomo). Frente a esa argumentación lineal, habría que establecer la siguiente: Pueblo soberano-Constitución, y a partir de ahí una bifurcación desde la que se encuentran debajo de la Constitución el pueblo de todo el Estado (poder constituido)-poder general del Estado y el pueblo del territorio (poder constituido)-poder territorial del Estado. En relación con la Constitución, por tanto, no existe un poder soberano y un poder autónomo, sino un poder general y otro territorial, cada uno de los cuales tiene definida su propia esfera de competencias en la Constitución ²⁹. Naturalmente, la situación no sería exactamente la misma si no se hubiera constituido ninguna Comunidad Autónoma. El poder del Estado seguiría siendo un poder general, pero se extendería a todo el territorio nacional. No habría poderes autonómicos, pero tampoco habría poder soberano en relación con la Constitución ³⁰.

Igual ocurre si extendemos el análisis a la soberanía «del» Estado, esto es, a las características del poder estatal ³¹. Las consecuencias son las mismas. La soberanía del Estado en el exterior no lo es del poder general o central del Estado, sino del Estado constitucional, del Estado global. Es cierto que en la distribución constitucional de competencias entre Estado

²⁹ Citando nuevamente a Friedrich, creo que son de aplicación aquí sus palabras referidas en este caso al Estado Federal: «No cabe descubrir soberano alguno en el sistema federal: autonomía y soberanía se excluyen mutuamente en un orden político (...). El único modo teóricamente claro y admisible de plantear el asunto es admitir que, en vez de ser dirigido por un poder soberano, un sistema constitucional descansa en el poder constituyente» (*Gobierno constitucional y democracia, op. cit.*, pág. 390).

³⁰ No hay que olvidar aquí que la autonomía es un derecho de las nacionalidades y regiones, cuya incidencia en el ordenamiento no depende de su ejercicio. Por tanto, en ese supuesto, el Estado constitucional no habría dado lugar a tres órdenes diferenciados, pero ésta seguiría siendo una posibilidad a analizar desde el punto de vista constitucional.

³¹ Sobre la distinción entre soberanía «del» Estado y soberanía «en» el Estado, cfr. G. BURDEAU: *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editora Nacional, Madrid 1981, pág. 154. Este autor prefiere, sin embargo, diferenciar entre la cualidad de «soberano» como adjetivo y como sustantivo.

general y Comunidades Autónomas corresponden al Estado general aquellas competencias que constituyen el núcleo de lo que históricamente se ha considerado como poder soberano: asuntos exteriores, defensa, moneda, etc. Pero conviene recordar que el Estado general asume esas competencias no por una necesidad lógica inherente a la esencia estatal (con independencia de que esa necesidad exista o no) sino porque la Constitución se las ha otorgado. Por tanto, el Estado general ostenta estas competencias en cuanto esa es la función que la Constitución le atribuye dentro del Estado global, del Estado constitucional. En definitiva, el poder que ejerce el Estado general, en lo que tenga de poder «soberano», no lo tiene por ser «Estado» general, sino por ser aquella parte del Estado constitucional a quien la Constitución se lo atribuye.

Tampoco se puede pretender la reducción de ese triple orden a dos, porque exista un criterio distinto de resolución de antinomias en el Estado autonómico (vigencia) en relación con el Estado Federal (validez).

No lo es, en primer lugar, porque no existe esa diferencia de criterios, ya que el poder general del Estado es, como su nombre indica, general, pero no ilimitado. Las normas del poder general del Estado no son válidas siempre, cualquiera que sea su objeto. Es cierto que esas normas, en cuanto sean generales, pueden tener validez en todo el territorio, aunque ceden en su vigencia cuando colisionan con normas de las Comunidades Autónomas con el mismo ámbito material de validez. Pero las normas estatales generales pueden ser enjuiciadas también en base a criterios de validez cuando colisionen con determinadas normas autonómicas. Por tanto, no puede afirmarse que el ordenamiento estatal general sea un ordenamiento completo en relación con los autonómicos.

En segundo lugar, aunque se pudiera hablar de esa validez sin límites de las normas estatales generales, tampoco ello permitiría deducir una diferencia relevante entre el sistema federal y el autonómico, en el sentido de que en este último exista un solo ordenamiento, el general, frente al Estado Federal donde existirían dos ordenamientos, el territorial y el general. Por el contrario, en ambos casos (Estado federal y autonómico) existen dos ordenamientos diferenciados y para conocer el derecho aplicable en un determinado territorio es preciso recurrir a ambos.

8. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Para terminar estas notas acerca de la estructura constitucional del Estado, vamos a hacer una breve referencia a la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía. Un primer acercamiento a esa naturaleza exige la

constatación previa de que no existe un único modelo de Estatuto de Autonomía en nuestra Constitución, sino diversos tipos de Estatutos que tienen distinto fundamento desde la teoría constitucional y que se manifiestan en técnicas diferentes de elaboración y aprobación desde la teoría de las fuentes. De ahí que la definición de su naturaleza jurídica se encuentra con un obstáculo inicial difícil de salvar. Algunos Estatutos proceden directamente del ejercicio del derecho a la autonomía³² y siguen un procedimiento de elaboración en el que la voluntad territorial es determinante del producto final (los que siguen la vía del art. 151). Otros Estatutos, aun cuando proceden también del ejercicio del derecho a la autonomía, no manifiestan, por su proceso de elaboración, una voluntad determinante por parte del territorio; por el contrario, las Cortes Generales gozan de una amplia disponibilidad jurídica a la hora de moldear la voluntad expresada en el proyecto aprobado por la Asamblea territorial (los que siguen la vía del art. 143). En otros supuestos, el Estatuto no surge del ejercicio de un derecho, ni siquiera de una manifestación de voluntad del territorio, sino que procede exclusivamente de la voluntad de las Cortes Generales (facultad que se le concede en el art. 144, b). Con esa salvedad, se puede afirmar, sin embargo, que el Estatuto de Autonomía, cuando es manifestación del derecho a la autonomía, reconocido en el artículo 2 de la Constitución, es una ley pan-estatal, es decir, una ley en la que se mezclan las dos voluntades, la territorial y la general, que constituyen el Estado global, el Estado constitucional. Se podría caracterizar como ley estatal, si entendemos por «Estado» no al poder general del Estado sino al Estado constitucional. Pero de ningún modo puede caracterizarse como una simple ley de las Cortes Generales, como una mera ley orgánica. Se podría decir también que es la única ley estatal de cada territorio, esto es, la única ley que en cada territorio surge de la síntesis entre la capacidad normativa del poder general y la del poder territorial, que se constituye además en el acto de creación del Estatuto. (Desde esa perspectiva podría también definirse en un sentido genérico o impropio como «ley constitucional» si no fuera porque este tipo

³² Se puede observar aquí una relevante diferencia entre el derecho a la autonomía que la Constitución reconoce a las nacionalidades y regiones, y la autonomía reconocida a otros colectivos (municipios, provincias, universidades). La autonomía de esos otros colectivos se confiere por ley estatal-general, a partir de la cual el órgano autónomo puede dotarse en mayor o menor medida de sus propias normas de funcionamiento, que siempre están subordinadas a la ley estatal, pero son diferentes de la misma. Se trata de una autonomía garantizada por la Constitución, pero subordinada a la ley estatal-general. Por el contrario, la autonomía de las Comunidades Autónomas está garantizada también por la Constitución, pero no está sometida a la ley estatal-general; antes bien, la ley estatal-general y la normativa autonómica de base se identifican en el Estatuto de Autonomía (y no puede haber subordinación donde hay identidad). Se trata de una autonomía garantizada por la Constitución y subordinada tan sólo a la Constitución.

Acerca de los motivos en base a los cuales se puede considerar la autonomía de las nacionalidades y regiones como un auténtico derecho, me remito a mi trabajo referente a los procedimientos de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, citado en la referencia bibliográfica final.

de leyes constituye una categoría específica que además no existe en nuestro ordenamiento.) Esta configuración del Estado como ley estatal o pan-estatal, así como la exigencia del concurso de las dos voluntades que lo originan, para proceder a su reforma, supone una garantía del derecho a la autonomía, así como del sometimiento de los poderes del Estado a la Constitución. El derecho a la autonomía es un derecho sustraído al legislador, sometido a la democracia constitucional e indisponible para la democracia de la mayoría. Por eso es por lo que una simple ley del poder general del Estado no puede crearlo ni alterarlo. La exigencia de la doble voluntad territorial-general para la aprobación y la reforma implica la indisponibilidad del Estatuto —y del sistema constitucional de distribución de competencias— para el poder general y el territorial del Estado aisladamente considerados. En última instancia, ello garantiza el sometimiento del poder general y el territorial a la Constitución. La Constitución sólo puede imponerse a ambos poderes a partir de la consideración de que los mismos están en pie de igualdad ante la norma constitucional, al menos en lo que respecta a la intangibilidad —salvo común acuerdo— de sus respectivos ámbitos.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Un desarrollo más extenso y fundamentado de cada uno de los bloques temáticos aquí tratados, puede encontrarse en mis siguientes trabajos:

Para el punto 1, «Soberanía popular y democracia en la Constitución Española de 1978», comunicación presentada a las Jornadas sobre el Título Preliminar de la Constitución, organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Madrid, mayo de 1987). Publicado en el núm. 27-28 de esta *Revista*.

Para el punto 2, además del trabajo anterior, «Derechos fundamentales y Constitución normativa», comunicación presentada a las Jornadas sobre Derechos fundamentales, organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, mayo de 1988, y publicada en *Jornadas de Estudio sobre Introducción a los Derechos Fundamentales*. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, volumen I. Madrid 1989. Para los puntos 3 y 4, ese mismo texto. También, «Aplicación de la Constitución y garantías de los Derechos», publicado en el *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos de la Universidad de Granada*, núm. 2.

Para el punto 5, «Los procedimientos de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía», publicado en J. J. Ruiz-Rico y otros: *El Estatuto de Andalucía (Estudio sistemático)*. Vol. IV: *Las Garantías*, Editorial Ariel, 1990. También en «Los conflictos normativos entre el derecho estatal y el derecho autonómico», publicado en la *Revista de Las Cortes Generales*, núm. 19.

Para el punto 6, «Tribunal Constitucional, Poder Legislativo y Poder Constituyente», comunicación presentada al VI Congreso de Ciencia Política y Derecho constitucional, celebrado en Albacete en 1987 y publicada en el número 30 de esta *Revista*.

Para el punto 7, «Estado Federal, Estado Autonómico y "tercer Estado"», comunicación presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Madrid, septiembre de 1988, así como «Validez y vigencia de las leyes estatales en el territorio nacional», publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 26.

Para el punto 8, el trabajo sobre los procedimientos de reforma del Estatuto, citado en el punto 5.

En todos esos trabajos se podrá encontrar bibliografía adicional sobre cada uno de los temas analizados.