

COMPETENCIA O JERARQUIA EN LA POSICION DE LAS LEYES ORGANICAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO: A PROPOSITO DEL ARTICULO 28,2 DE LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

POR

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

SUMARIO: I. LEYES ORGÁNICAS Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA.—II. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA TAL Y COMO SE CONFIGURA EN LA CONSTITUCIÓN: 1. *Materias reservadas a la Ley orgánica como ámbito prohibido a las demás formas de legislar.* 2. *La dificultad de precisar el contenido de las materias reservadas a la Ley orgánica.* 3. *La indisponibilidad de la distribución del poder legislativo llevada a cabo por la Constitución, como punto de partida para determinar la posición de las Leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico.*—III. LA SOLUCIÓN QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 28,2 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *Las materias reservadas a la Ley orgánica por el artículo 81 de la Constitución están prohibidas a cualquiera otra forma de legislar.* 2. *La necesaria integración del artículo 28,2 in fine con los principios interpretativos que se derivan de la Constitución.* 3. *La interpretación literal del artículo 28,2 in fine: Competencia como principio básico y jerarquía como principio residual en la posición de las Leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico.*—IV. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA COMO ÚNICO SUSCEPTIBLE DE EXPLICAR LA POSICIÓN DE LAS LEYES ORGÁNICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. *Núcleo esencial y complemento necesario indispensable como definitorios del contenido de las materias reservadas a la Ley orgánica.* 2. *Algunas consecuencias y ejemplos.*

I. LEYES ORGÁNICAS Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA

Según una opinión doctrinal (1) que parece consolidarse entre nosotros, la ley orgánica, nuevo tipo de ley que se instaura en la Constitución española de 1978, puede comprenderse desde la perspec-

(1) Entre otros trabajos, por orden de aparición, pueden citarse los de J. BERMEO VERA, *Las fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en «Estudios sobre la Constitución Española», edición preparada por M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Las leyes orgánicas: Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración*, en «Revista del Departamento de Derecho Político», UNED, otoño 1979, núm. 4; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tercera edición, Madrid, 1980, pp. 134 y ss. Se encuentran referencias de variado signo a lo largo de los tres volúmenes publicados recientemente por la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Instituto de Estudios Fiscales con el título genérico, *Constitución Española y Fuentes del De-*

tiva del principio de competencia en el contexto de las diferentes fuentes del Derecho de nuestro Ordenamiento jurídico, con exclusión, a tales efectos, del principio de jerarquía que sirvió en el anterior sistema como principio explicativo de carácter predominante, aunque no exclusivo (2).

Las leyes orgánicas se caracterizarían así, por versar sobre un conjunto de materias diferenciado en relación a las demás leyes (materias reservadas a la ley orgánica), lo que alude al principio de competencia y por ser aprobadas por el Congreso por una mayoría absoluta en una votación final sobre el conjunto del proyecto de ley, de modo que sus relaciones con las demás leyes no se producen en virtud de su forma, fuerza o valor, sino por su contenido y peculiaridades procedimentales: lo que puede regular una ley orgánica no puede ser objeto de cualquiera otra clase de ley, como consecuencia de dicha concepción.

Por otra parte, puede hacerse notar que la irrupción en nuestro Ordenamiento jurídico del principio de competencia no es episódico. En efecto, algo comparable ocurre con los tratados internacionales válidamente celebrados, cuyos contenidos materiales quedan excluidos del tráfico de las materias que pueden ser reguladas por el Estado, las Comunidades autónomas u otros entes menores. Si bien dicha exclusión se opera por virtud de la forma externa de la norma «tratado» y no por previsión apriorística de la Constitución. Así, los tratados forman parte del ordenamiento interno, pero no se relacionan con las demás fuentes del mismo mediante el principio de jerarquía (salvo como procedimiento para excluir a una materia del procedimiento anterior de regulación) (3). Lo mismo puede decirse en cuanto a las

recho, Madrid, 1979. La doctrina que no participa de la tesis que se sustenta es mencionada en la bibliografía citada anteriormente. En la línea de los trabajos citados cabe mencionar el a mí debido «Ley y Reglamento en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución Española*, I, UNED, Madrid, 1979.

(2) En este sentido puede citarse el reciente trabajo de T. R. FERNÁNDEZ, «Autonomía y sistema de fuentes», publicado en *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pp. 249 y ss.

(3) Sobre este tema puede verse E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979, pp. 141 y ss. Bien es cierto que en este trabajo se sostiene la tesis de la suprallegalidad de los tratados (pp. 142 y ss.) pero aunque se haya utilizado esta expresión que remite al principio de jerarquía, pensamos que la explicación de las relaciones de los tratados con las demás fuentes del Derecho es adecuado hacerlo mediante el principio de competencia, sólo que el bloque de materias que competen a los tratados puede tener su origen en la modificación o derogación de leyes o exija su desarrollo por éstas como establece el artículo 94,1, e), sentido este únicamente por el que estaría justificado referirse a la suprallegalidad de los tratados por su relación con las leyes. Pero esta peculiaridad del régimen de los tratados en modo alguno es suficiente

relaciones de la legislación del Estado y de las Comunidades autónomas (4) (a salvo de las peculiares que puedan venir determinadas por el artículo 150, como en los supuestos de la legislación compartida derivada de los artículos 148 y 149).

Mientras que el principio de competencia hace posible la comprensión de círculos o bloques de legislación incomunicados e incomunicables, el principio de jerarquía remite a competencias de órganos diferentes sobre una misma materia, que hace necesario ordenar los diferentes fenómenos. No seguiremos con la explicación del significado del principio de jerarquía, que por más que conocido cuenta con valiosas aportaciones (5).

II. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COMPETENCIA TAL Y COMO SE CONFIGURA EN LA CONSTITUCIÓN

1. *Materias reservadas a la ley orgánica como ámbito prohibido a las demás formas de legislar*

El primer grupo de problemas viene determinado por la deficiente delimitación del ámbito de competencia propio de las leyes orgánicas en un sentido formal. En efecto, para alcanzar la conclusión de que el conjunto de materias reservadas a la ley orgánica constituye una *reserva absoluta de ley orgánica*, y por consiguiente vedada a todas las demás normas con rango de ley (leyes ordinarias, leyes de delegación, decretos-leyes y leyes de las Comunidades autónomas), es preciso practicar una interpretación sistemática de la Constitución, porque esto no se deduce expresamente del texto constitucional, y especialmente con el decreto-ley, que ha permitido interpretaciones bien diferentes (6). No obstante, a nuestro juicio, la Constitución suministra argumentos suficientes para respaldar la tesis de que las materias reservadas a la ley orgánica constituyen una *reserva absoluta* (lo que ha sido ratificado recientemente por el artículo 28,2 de la Ley Orgánica del

para explicar su posición en el ordenamiento mediante el principio de jerarquía en vez de a través de principio de competencia.

(4) Al respecto puede verse el trabajo citado de T. R. FERNÁNDEZ, *Autonomía y sistema de fuentes*, así como S. MUÑOZ MACHADO, *Las potestades legislativas de las comunidades autónomas*, Madrid, 1979.

(5) Entre otros puede citarse el trabajo mencionado de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Las leyes orgánicas: Notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración*, en que se relaciona dicho principio con el tema que nos ocupa.

(6) Vid. J. SALAS, *Los Decretos-leyes en la Constitución*, Madrid, 1979.

Tribunal Constitucional), tal y como creemos haber justificado en un reciente trabajo al que nos remitimos (7).

2. *La dificultad de precisar el contenido de las materias reservadas a la ley orgánica*

Mas los problemas derivados del artículo 81 no acaban aquí. No menores dificultades ofrece determinar cuáles son los perfiles precisos de las materias reservadas a la ley orgánica. Efectivamente, aun en los supuestos de leyes orgánicas nominadas (del Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, de los estados de alarma, de excepción y de sitio, etc.), puede plantearse de modo problemático la determinación de sus contenidos específicos, que sólo en contadas ocasiones ilustra el texto constitucional. Y no solamente por las razones apuntadas, sino porque cuando el artículo 81 hace referencia a grupos de materias (derechos fundamentales y de las libertades públicas, régimen electoral general) se plantean problemas para determinar los objetos de referencia (8).

Pero, con todo, éstos, aparentemente, son los problemas habituales en la interpretación de un texto legal y, sin duda, de la Constitución. No obstante, la decisión de cuál sea el contenido correspondiente a una ley orgánica tiene implicaciones y consecuencias diferentes, según se relacione con las demás leyes, mediante el principio de competencia o con el de jerarquía. En efecto, si aplicamos con rigor el principio de competencia a la transgresión del ámbito competencial por una ley orgánica, habría que concluir que el contenido que invadió materias no reservadas a la ley orgánica sería inconstitucional, en el sentido de que no sería susceptible de ser considerado contenido propio de la ley orgánica y a lo sumo de ley ordinaria, y así debiera ser declarado por el Tribunal Constitucional en ejercicio de su jurisdicción (arts. 161 de la Constitución y 27 y 28,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Por el contrario, si se llegara a la conclusión de que las leyes orgánicas se relacionan mediante el principio de jerarquía con las demás leyes, podría decirse que las leyes orgánicas tendrían un conjunto de materias reservado en exclusividad (artículo 81 de la Constitución), pero que de ninguna manera tendrían impedido regular otras materias fuera de aquel ámbito. Esto significaría

(7) Vid. *Anotaciones a los Decretos-leyes de convocatoria de los referéndums autonómicos en el País Vasco y Cataluña: vigencia de la Constitución y reserva de ley orgánica*, en el núm. 89 de esta REVISTA.

(8) Vid. Trabajos citados de J. SALAS y J. A. SANTAMARÍA PASTOR.

que, salvo el núcleo esencial del artículo 81 de la Constitución reservado a la ley orgánica, cuya modificación sólo podría operar mediante la reforma constitucional, el conjunto de materias reservado a la ley orgánica podría incrementarse considerablemente por voluntad del legislador, sólo que, de entenderse operativos los preceptos de la Constitución relativos a los decretos-leyes (art. 86) y legislación delegada (art. 82), dichas materias no les estarían vedadas, porque de otro modo se alteraría el sistema de relaciones que entre dichas formas de legislar establece el texto fundamental.

Mas detengamos aquí este análisis, que continuaremos más adelante, con el que tan sólo queremos ilustrar algunos de los problemas que suscita la indeterminación del conjunto de materias reservadas a la ley orgánica, así como la aplicación, bien del principio de competencia o del de jerarquía.

3. *La indisponibilidad de la distribución del poder legislativo, llevada a cabo por la Constitución, como punto de partida para determinar la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico*

Llegados a este punto, podría convenirse que la explicación de la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento desde el principio de competencia no está exento de dificultades.

A mi juicio, la correcta resolución hay que deducirla del significado y valor de la Constitución, tema al que se dedica un reciente trabajo, al que nos remitimos (9), que nos permitirá un planteamiento ceñido al tema que nos ocupa. La Constitución tiene como virtualidad, entre otras, la de efectuar la distribución del poder legislativo, que no es susceptible de ser alterado sin previa reforma constitucional. El legislador ordinario no puede disponer, o, más precisamente, volver a disponer la distribución del poder de legislar alterando las técnicas para legislar, las relaciones de éstas con las materias sobre las que pueden versar o la disponibilidad y relaciones entre los distintos titulares de las mismas. La indisponibilidad alcanza a todos los poderes constitucionales, no sólo porque en otro caso se estaría modificando la Constitución, burlando el procedimiento que la misma establece, sino, además, porque se vulneraría doblemente el artículo 9.º de la norma fundamental, que garantiza el principio de legalidad y ordena a los poderes públicos la sujeción a la misma.

(9) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en «Anuario de Derecho Civil», Madrid, 1979.

Pues bien, la distribución del poder, en lo que concierne a la ley orgánica, se ha hecho en base a dos factores: de una parte, reservando un conjunto de materias a dicha forma de legislar, y de otra, exigiendo la votación de conjunto del proyecto por mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, prescindiéndose de cualesquiera otros criterios procedimentales o atinentes a la denominación de la ley.

De aceptarse la línea interpretativa que postulamos, se vulneraría la distribución del poder legislativo efectuado por la Constitución, al permitir que las leyes orgánicas salieran fuera de su ámbito: entrando a regular materias reservadas a una comunidad autónoma; impidiendo al Gobierno el dictar decretos-leyes; imposibilitando que el legislador ordinario se pronunciara en lo sucesivo en una materia mediante ley ordinaria; o excluyendo que pudiera tener lugar una relación de colaboración legislativa entre Cortes y Gobierno mediante la técnica de la legislación delegada, entre otras posibilidades. Del mismo modo se infringiría la Constitución si no se cumplieran los trámites procedimentales a que nos hemos referido.

En definitiva, invadir o versar las leyes orgánicas sobre materias a las mismas no reservadas, o no votarlas por mayoría absoluta, o sólo concurrir en ellas uno de los requisitos señalados (materia, votación de conjunto y mayoría absoluta), supondría alterar las relaciones entre los diferentes órganos que tienen conferido en alguna medida el poder legislativo. Significaría modificar, entre otras, las relaciones del Gobierno y las Cortes, en tanto que aquél, con arreglo a la Constitución y en los límites en ella establecidos, puede dictar decretos-leyes y decretos legislativos, y los límites y condiciones definidos constitucionalmente son tan sólo alterables mediante reforma constitucional.

Mas, en un sistema político como el nuestro, en el que el Gobierno es reflejo de una mayoría parlamentaria, la ampliación de materias reguladas por ley orgánica, paradójicamente, puede ser utilizado por el Gobierno en el poder (también por las Cortes) para reducir el poder de futuros Gobiernos y futuras mayorías parlamentarias que tuvieran dificultades para alcanzar mayorías absolutas. De modo que a futuros Gobiernos sustentados por mayorías simples les sería difícil modificar leyes que debieran ser ordinarias, pero que son orgánicas y, por tanto, indisponibles por la ley ordinaria o eventualmente por el decreto-ley.

En rigor, y a partir de la Constitución, la única solución posible, si se parte del principio de competencia para comprender las leyes orgánicas en el funcionamiento de las fuentes de nuestro ordenamiento, sería que el ámbito de materias reservadas a la ley orgánica estaría vedado a las demás formas de legislar. Pero, de igual modo, a la ley orgánica estaría vedado regular otras materias que no fueran aquellas a que se hace referencia en el artículo 81 de la Constitución. Por consiguiente, tan inconstitucional sería el decreto-ley (10) que versara sobre un Derecho fundamental como la ley orgánica referida al Gobierno (11). Llevando a sus extremos la aplicación del principio de competencia, habría que decir que el contenido de las leyes orgánicas no sólo tendría que ser en lo esencial una materia reservada a las mismas, según el artículo 81 de la Constitución (núcleo esencial), sino que el contenido de las leyes orgánicas debiera ser exclusivamente el referido al desarrollo de dichos contenidos reservados, sin que la condición de ley orgánica pudiera alcanzar en ningún caso a otros contenidos que pudieran seguir considerándose como contenidos normativos de rango de ley ordinaria y, por consiguiente, susceptibles de ser modificados por leyes ordinarias o de ser objeto de leyes de delegación o regulables, excepcionalmente, por decreto-ley.

Una de las soluciones a las que podría aludirse, en el caso de que una ley orgánica traspasara el ámbito de su competencia, es que las demás materias seguirían el régimen de la ley ordinaria. Pero esta solución no parece compatible con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución, en que se especifica que deberá hacerse una votación

(10) No obstante, la invasión por los decretos-leyes del ámbito reservado a la ley orgánica se ha producido por los decretos-leyes de convocatoria de referéndums en el País Vasco y Cataluña (*vid.* mi trabajo citado *Anotaciones...*), así como por el Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, que creó la Audiencia Nacional, y se prorrogó la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, en cuya exposición de motivos se reconoce expresamente que se entra en materia correspondiente a ley orgánica. Ciertamente no se desprende expresamente de la Constitución que los decretos-leyes tengan vedado entrar en la totalidad de materias que refiere el artículo 81 de la Constitución, pero creemos haber demostrado que esto se obtiene de una interpretación sistemática de la Constitución sin necesidad de acudir al artículo 28,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, *vid.* al respecto *Anotaciones*, cit.

(11) Puede hacerse la constatación de que el Gobierno presentó en el Congreso de los Diputados a finales del pasado mes de diciembre un «Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública» que de ser aprobado como ley orgánica supondría una flagrante vulneración de la Constitución, sin que al efecto pueda aludirse a que se regulan marginalmente derechos fundamentales que debieran sacarse del texto.

final del conjunto del proyecto, lo que alude a un solo régimen para el contenido de la ley orgánica. Mientras que la referida solución implicaría que las normas de una ley orgánica seguirían dos regímenes jurídicos diferentes, unas, las que su contenido respondiera a alguna de las materias del artículo 81, seguirían el régimen de la ley orgánica, y las demás normas seguirían el régimen de la ley ordinaria.

III. LA SOLUCIÓN QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 28,2 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin duda, las dificultades que lleva implícito la aplicación rigurosa del principio de competencia a las relaciones de las leyes orgánicas con las demás fuentes del Derecho, es lo que ha determinado a la resolución que contiene el artículo 28,2 en su párrafo final, que vamos a analizar a continuación.

1. *Las materias reservadas a la ley orgánica por el artículo 81 de la Constitución están prohibidas a cualquiera otra forma de legislar.*

El artículo 28,2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional vino a dar una respuesta a los problemas básicos en relación con las leyes orgánicas. Dice así:

«Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.»

En efecto, el citado artículo invoca el artículo 81 de la Constitución para justificar la inconstitucionalidad de los decretos-leyes, decretos legislativos y leyes de las Cortes y de las Comunidades autónomas. Por consiguiente, según la Ley del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad de dichas normas con rango de ley tiene lugar por invasión del ámbito competencial definido en el citado artículo 81

y no por infracción del principio de jerarquía a que hace referencia el artículo 9.º de la misma Constitución. Aparentemente, se resuelven así las dudas sobre la entidad de la reserva de ley orgánica, que según el artículo 28,2 de la citada Ley del Tribunal Constitucional tendría el carácter de reserva absoluta, de modo que las materias a que se hace referencia en el artículo 81 de la Constitución están vedadas a cualquier otra forma de normar que no sea la de ley orgánica.

2. *La necesaria integración del artículo 28,2 «in fine» con los principios interpretativos que se derivan de la Constitución.*

Pero, la declaración de inconstitucionalidad no se reduce a las normas con rango de ley «que hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica», sino que a tenor de lo dispuesto en el citado artículo 28,2 serán igualmente inconstitucionales las normas con rango de ley que *«impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido.»* Una primera lectura del citado párrafo podría llevar a la determinación de que, aparentemente, lejos de inscribir las relaciones de la ley orgánica con las demás normas con rango de ley desde la perspectiva del principio de competencia, lo hace desde el principio de jerarquía. En efecto, parece descartarse el principio de competencia en cuanto que resulta indiferente el contenido de la supuesta ley orgánica, *«cualquiera que sea su contenido»* y lo que parece definitorio es que la ley en cuestión sea *«aprobada con tal carácter»*, lo que sería suficiente para considerar inconstitucional a cualquiera otra norma con rango de ley que modifique las leyes aprobadas con carácter de orgánica. Conclusión que entraría en colisión con lo que se deduce de la primera parte del artículo 28,2.

En la línea anterior, que, a nuestro juicio, supone una lectura superficial e insuficiente, llevándola a sus últimas consecuencias, podría afirmarse que el principio de competencia sólo sería operativo para impedir que cualquiera otra forma de normar pudiera invadir las materias reservadas a la ley orgánica (primera parte del art. 28,2), pero que en modo alguno tendría la ley orgánica vedado regular materias no reservadas constitucionalmente a la misma (párrafo final del art. 28,2). Así, como decíamos anteriormente, a partir de un núcleo de materias reservadas por la Constitución, éstas podrían ampliarse ilimitadamente a juicio del legislador ordinario, hasta el punto hipotético de que todo pudiera ser objeto de leyes orgánicas y por consiguiente vedado a otras formas de normar.

3. *La interpretación literal del artículo 28,2 «in fine»: Competencia como principio básico y jerarquía como principio residual y subordinado en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico.*

La interpretación literal del párrafo final del artículo 28,2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, conduciría a la conclusión de la irrelevancia del contenido para que una ley pudiera calificarse de orgánica y seguir su régimen jurídico, importando tan sólo que hubiera sido aprobada con carácter de ley orgánica. Pero, incluso, esta simplista interpretación no está libre de dificultades, por cuanto suscita la necesidad de determinar cuándo puede entenderse *aprobada una ley con carácter de orgánica*: ¿se está haciendo referencia acaso a la tramitación de la misma; a la mayoría con que se votó; a la mera denominación de orgánica; o eventualmente, a la materia sobre la que verse en relación a los anteriores factores? Siguiendo adelante con una interpretación literal llevada a sus límites extremos, con la que estamos en desacuerdo, pero que resulta indispensable para representar los desatinos a los que podría conducir, al menos, sería posible considerar leyes orgánicas los siguientes tipos:

- 1) Leyes cuyo *contenido no se refiere* en absoluto a las materias reservadas a la ley orgánica *en el artículo 81 Const.* que *no es aprobada por la mayoría* estipulada en el *artículo 81 Const.* y que *se autodenomina «Ley orgánica...»*.
- 2) Leyes cuyo *contenido no se refiere* en absoluto a las materias reservadas a la ley orgánica *en el artículo 81 Const.*, que *es aprobada por la mayoría* estipulada en el *artículo 81 Const.* Dentro de este tipo podrían darse múltiples variantes según se tramitara o no como ley orgánica, o se denominara o no ley orgánica y en qué momento del proceso legislativo tuvieran estas eventualidades lugar.
- 3) Leyes cuyo *contenido sería parcialmente* materia reservada a la ley orgánica *en el artículo 81 Const.* que *no es aprobada por la mayoría* estipulada en el *artículo 81 Const.* Con toda la variedad de supuestos posibles procedimentales y en lo relativo a la denominación.

A la vista de estos supuestos (entre otros muchos imaginables) caracterizados, bien porque las leyes no versarían sobre materias de las reservadas a la ley orgánica o que estando ellas referidas no fueran

aprobadas conforme al artículo 81 de la Constitución, podemos, aplicando los principios que organizan esta modalidad de ley, establecer que el significado preciso de lo que debe entenderse por *carácter de ley orgánica*, no puede prescindir de ninguno de sus factores básicos definitorios, esto es: el que verse sobre materias reservadas a la ley orgánica y que sea aprobada conforme se dispone en el artículo 81 de la Constitución. De modo que la expresión «cualquiera que sea su contenido» está haciendo referencia a lo sumo a la posibilidad de que el contenido de una ley orgánica no sea todo el correspondiente al de las materias a que hace referencia el artículo 81 de la Constitución, pero de ningún modo permite suponer que es indiferente su contenido, que debiera tener un *núcleo esencial* correspondiente a las materias reservadas a la ley orgánica en el artículo 81 de la Constitución. Del mismo modo la expresión «aprobada con tal carácter» remite fundamentalmente a que la ley sea aprobada por mayoría absoluta, conforme se dispone en el tantas veces citado artículo 81 de la Constitución, pasando a un segundo plano el procedimiento de tramitación y denominación de la ley, que con ser importantes no pueden por sí solos determinar la naturaleza de la ley orgánica, porque para ser así hubiera tenido que ser previsto por la Constitución. De este modo: de la misma manera que una ley por denominarse y tramitarse como orgánica, si no versa sobre materias a la ley orgánica reservadas y no es aprobada por la mayoría absoluta, no será una ley orgánica; una ley que sea aprobada por mayoría absoluta y verse sobre materias reservadas a la ley orgánica, aunque no se denomine «ley orgánica», tendrá la naturaleza de ley orgánica.

Bien es cierto, que el carácter de ley orgánica, además de determinado por los elementos esenciales a que nos hemos referido, debiera ir acompañado por una tramitación singular que no dejara dudas acerca de la naturaleza del proyecto o proposición y, sin duda, el título de ley orgánica debiera preceder a las que lo fueran y sólo a las mismas, evitándose así confusiones irremediables y no pocas dosis de oscuridad incompatibles con las tareas legislativas. Todo esto corresponde preverlo en el Reglamento del Congreso en curso de elaboración.

Pero los anteriores criterios precisan aclaración, porque, si resultaría obvio que los supuestos de leyes cuyo contenido se refiere íntegramente a materia reservada a la ley orgánica en el artículo 81 Const., que son aprobados por la mayoría del artículo 81 Const. y que reciben tramitación y denominación de leyes orgánicas tendrían la naturaleza de tales, siguen existiendo dificultades en lo relativo a las leyes cuyo

contenido fuera parcialmente el de materia reservada a las leyes orgánicas según el artículo 81 de la Constitución:

Leyes cuyo *contenido* sería *parcialmente* materia reservada a la ley orgánica en el *artículo 81 Const.* (supuesto que a su vez podría descomponerse según la materia reservada a la ley orgánica fuera el objeto fundamental o principal de la ley o lo fuera sólo accidentalmente, del mismo modo podría establecerse una graduación por cuanto a los porcentajes de materia reservada a la ley orgánica de que constara la ley), que *es aprobada por la mayoría* estipulada en el *artículo 81 Const.* Además podrían intervenir aquí toda otra suerte de factores referidos a la tramitación o denominación de la ley en cuestión.

Puede parecer que el artículo 28,2 está refiriéndose a leyes de contenido parcialmente orgánico, pues en otro caso podría calificarse de redundancia que *cualquiera que sea su contenido* se refiriera a «*contenido de materia reservada a la ley orgánica*». Pero, acaso el artículo 28,2 en su párrafo final permitiría interpretar, desde las conclusiones que hemos ido alcanzando, que en cuanto una ley tuviera un contenido de materia reservada a la ley orgánica, por mínimo que fuere, y fuese aprobada por mayoría absoluta, la totalidad de la ley alcanzaría la naturaleza de ley orgánica. A mi juicio ésta sería una interpretación incorrecta del referido precepto, en cuanto que no son equiparables todas las modalidades que podríamos denominar genéricamente de leyes de contenido parcialmente orgánico.

En consecuencia, con las conclusiones que hemos ido alcanzando, podría decirse que sólo es posible atribuir la naturaleza de ley orgánica a las leyes cuyo objeto y por consiguiente su núcleo esencial fuera una materia reservada a la ley orgánica. A partir de esta conclusión es cuando es posible afrontar la problemática de las *leyes parcialmente orgánicas* (12). ¿Es que acaso son éstas admisibles? Esta pudiera ser la interpretación que suministrara el artículo 28,2 *in fine* de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. El legislador se habría planteado la posibilidad de que las leyes orgánicas, a que se hace referencia en el artículo 81 de la Constitución, traspasaran los límites de la reserva

(12) *Vid.*, al respecto, la conclusión alcanzada por J. A. SANTAMARÍA PARTOR en *op. cit.*, pp. 55-56.

en sus términos estrictos: bien por dificultades técnicas o; porque los contenidos diferenciados, no correspondientes a la reserva de ley orgánica, entendiera inconveniente regularlos en un cuerpo legal diferente al de la ley orgánica que vendría a fraccionar, lo que pudiera considerarse era estimable contemplar en uno solo. De ser éste el razonamiento del legislador, habría que decir que la resolución del problema por el artículo 28,2 *in fine* tendría mucho de juicio salomónico, que no se desprende del análisis de la Constitución y, a mi juicio, su acierto ofrece dudas como trataré de justificar.

En definitiva, sustentar esta tesis, supuestamente al amparo del principio de seguridad jurídica, equivaldría a consagrar un margen de libertad del legislador, inconcebible en el marco de la Constitución, cuyas consecuencias serían finalmente semejantes a las que podrían derivarse de la inexistencia de los requisitos del artículo 81 de la Constitución. Efectivamente, respondiendo a la pregunta ¿competencia o jerarquía?, habría que contestar con arreglo a esta tesis que ambos principios serían operativos para explicar la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico: el principio de competencia como principio básico por virtud de la Constitución y el principio de jerarquía operaría con carácter residual y subordinado al anterior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28,2 de la Ley orgánica del Tribunal constitucional.

Esta conclusión en sí misma contiene los elementos suficientes para no ser aceptada, por cuanto la comprensión del artículo 28,2 *in fine* tiene como límite el principio de competencia. De modo y manera que son inconcebibles las leyes parcialmente orgánicas que supondrían la introducción subrepticia del principio de jerarquía, en donde no es concebible su operatividad. No obstante, esta tesis parece prevalecer en algunas de las promulgadas como leyes orgánicas.

IV. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA COMO ÚNICO SUSCEPTIBLE DE EXPLICAR LA POSICIÓN DE LAS LEYES ORGÁNICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. «Núcleo esencial» y «complemento necesario indispensable» como definitorios del contenido de las materias reservadas a la ley orgánica.

Sin embargo, en este propósito de agotar la interpretación del artículo 28,2 *in fine* en favor de la Constitución, no tiene por qué resultar

inocuo su contenido. En efecto, como decíamos, el citado artículo supone un intento de solución a las dificultades para delimitar el contenido preciso de las materias reservadas a la ley orgánica (pues por lo demás hemos concluido que el *núcleo esencial* de la ley orgánica tiene que corresponderse a las materias a ella reservadas en el artículo 81 y que debe ser aprobado por mayoría absoluta en una votación del conjunto del proyecto). En definitiva, estas dificultades se derivan de la propia concepción de dichas materias como conceptos constitucionales con ciertas dosis de indeterminación (13). Su completa aclaración se integraría por dos fases, una primera de fijación de su *núcleo esencial* y otra segunda en que se determinaría el *complemento necesario indispensable* o contenido imprescindible para el núcleo esencial. Ambos contenidos serían correspondientes a materia reservada a la ley orgánica. De este modo, al principio de competencia se le atribuiría una fuerza de atracción que operaría hasta los límites de aquellas materias que indubitadamente no fueran imprescindibles para el núcleo esencial, y que es comprensible que puedan ser regulados en una ley independiente, porque no son materia reservada a la ley orgánica ni en su contenido esencial ni por cuanto su complemento.

Entender así el principio de competencia exige, sin duda, un profundo y minucioso análisis del pretendido contenido de la ley orgánica por el legislador que, no excluye, sino por el contrario presupone el del Tribunal Constitucional.

Así entendido el controvertido párrafo del artículo 28,2 *in fine* de la ley citada, vendría a solucionar los problemas que lleva implícito la determinación de las materias reservadas a la ley orgánica que situaría en el propio marco del principio de competencia, excluyendo el principio de jerarquía que, de otro modo, tendría virtualidad desde el momento en que se permitiera la existencia de leyes parcialmente orgánicas.

2. Algunas consecuencias y ejemplos

Llegados a este punto sería posible cuestionar si una ley orgánica es admisible que regule, tal y como hace la citada del Tribunal Cons-

(13) Aquí sería de aplicación la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que cuenta entre nosotros con una monografía excelente debida a F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, a la que nos remitimos.

titucional en su artículo 28, el régimen jurídico de la ley orgánica, aunque el referido artículo reciba una interpretación restrictiva, tal y como es la que hemos llevado a cabo. En este sentido, y volviendo sobre conclusiones anteriores, habría que distinguir las regulaciones que tienen lugar en el marco de la distribución del poder legislativo llevada a cabo por la Constitución, de las regulaciones al margen de la misma. Desde esta perspectiva el artículo 28,2 *in fine*, interpretado restrictivamente, por su significado clarificador de la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico, supondría una manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente y en cuanto tal aceptable.

De las anteriores consideraciones se deriva, por otra parte, que el contenido del citado artículo 28,2 es, sin duda, susceptible de ser modificado por cualquiera ley orgánica posterior. Al filo de esta posibilidad se suscitan dos interrogantes del régimen jurídico de las leyes orgánicas, a saber: ¿constituyen las materias reservadas a la ley orgánica un conjunto disponible para cualquier ley orgánica en el tiempo y en cuanto a sus límites materiales o bien son en este ámbito operativos ciertos límites? Al menos se plantean dos problemas. Por cuanto al primero, no parece dudoso que entre las leyes orgánicas debe ser operativo el principio de *lex posterior derogat lex anterior*, de modo que las leyes orgánicas podrán regular tanto el régimen jurídico general aplicable a las mismas, contemplado en leyes anteriores, bien supongan modificaciones o derogaciones de las mismas, lo que podrá alcanzar a cualquier otro contenido de tales leyes promulgadas con anterioridad.

Por lo que se refiere al segundo de los problemas que suscitamos, sería posible diferenciar el grupo de leyes nominadas (Ley orgánica del Tribunal Constitucional, etc.), de las que no lo son (relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas). Parece que el constituyente manifestó claramente el propósito de que se dictaran unas singulares leyes orgánicas en cuanto cuerpos ciertos reconocibles externamente e identificables conforme a las denominaciones de la Constitución, mientras que este objetivo no se ha buscado para las innominadas. Sin embargo, no creemos que pueda interpretarse dicha diferencia de trato sino como un mero propósito, cuya realización sería formalmente clarificadora pero, que no impide al legislador agrupar varias materias correspondientes a otras tantas leyes

orgánicas nominadas o innominadas (14), como fraccionar una ley orgánica nominada en varias (15).

Los problemas que suscita la aplicación en uno u otro sentido del artículo 28,2 de la Ley del Tribunal Constitucional, pueden vislumbrarse al filo de alguna de las leyes orgánicas promulgadas o de los proyectos en curso. Sin que pretendamos un enjuiciamiento exhaustivo sino con la mera intención de suscitar la reflexión, vamos a hacer algunas referencias.

La Ley orgánica General Penitenciaria, primera de las leyes orgánicas cuya naturaleza fue cuestionada a lo largo de su proceso de elaboración, podría ser considerada como tal en cuanto que contiene la regulación de los derechos fundamentales del condenado a la pena de prisión y sus limitaciones en aplicación de lo dispuesto por el artículo 25,2 de la Constitución, lo que no cabe duda se trata de una materia reservada a la ley orgánica, conforme al artículo 81 del texto fundamental. Sin embargo, todo su contenido no consiste en dicha regulación (derechos y limitaciones de derechos), no cabe duda de que parte de su contenido podría calificarse como imprescindible para el contenido esencial (que por otra parte sería discutible fuera el de regular derechos y establecer limitaciones) si bien no nos ocupará en esta ocasión, pero es del todo cuestionable que el título I de la ley «De los establecimientos penitenciarios y medios materiales» pueda ser considerado objeto de ley orgánica desde la óptica del artículo 28,2 *in fine*.

Por cuanto a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y al margen del artículo 28,2, presenta un interés especial la disposición transitoria segunda, 2, en donde se establece:

«En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los

(14) Como límite podría ponerse de ejemplo los Estatutos de Autonomía, en cuanto que se trata de una ley orgánica con especialidades en su procedimiento de elaboración que no hace susceptible la incorporación de las técnicas contenidas en el artículo 150 de la Constitución, que sólo pueden operarse a través de los procedimientos singulares allí establecidos inconfundibles en un singular Estatuto de Autonomía. En este sentido E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El techo constitucional de las autonomías territoriales: un problema básico*, en diario *El País*, 7 y 8 de marzo de 1979.

(15) Un ejemplo es la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 10 de enero de 1980, que ha desarrollado parcialmente el conjunto de materias correspondientes a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53,2 de la Constitución.»

De este modo, se solventaba la deficiente determinación del ámbito de aplicación de la citada Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, que, a nuestro juicio (16), era inconstitucional hasta la vigencia de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. Además, y en esto radica el interés del precepto transcrito, se produce una inmiscución de la citada ley orgánica en materia regulada por ley ordinaria (la de desarrollo del artículo 53,2 de la Constitución, al menos en su actual regulación, pues existen razones para interpretar que el artículo 81 de la Constitución está comprendiendo la ley a que se refiere el citado artículo 53,2, si bien parece que sería impropio un pronunciamiento anticipado en este sentido por la Ley orgánica del Tribunal Constitucional) y precisamente por ello deja a salvo la futura regulación sin congelar dicha materia entre las reservadas a las leyes orgánicas (si bien, como decíamos, así debiera ser considerada). Sin duda, ésta pudiera ser una técnica que utilizada adecuadamente pudiera servir para depurar la aplicación del artículo 28,2 *in fine*.

En lo que se refiere a los proyectos en curso pudieran plantearse mayores alteraciones en la utilización de la ley orgánica. Sirva de ejemplo el *proyecto de Ley orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública*, que de todo punto es insusceptible de ser considerada como ley orgánica, calificación que sólo ha podido tener lugar de practicarse una interpretación literal del

(16) Sobre este tema *vid.* mi trabajo, «La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: La Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, concluido con anterioridad a la promulgación del texto definitivo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en donde se enjuicia la delimitación del ámbito de aplicación de la citada Ley de Protección.

artículo 28,2 *i fine* a nuestro juicio inadmisibles. Por otra parte no parece, caso de que se entendiese que la denominación de orgánica no se hace en el sentido del artículo 81 de la Constitución, que esto sea posible no sólo por el confusionismo que introduciría porque el artículo 81 constituye una monopolización de la expresión «ley orgánica».