

«DERECHO CONSTITUCIONAL.
SISTEMA DE FUENTES»,
DE IGNACIO DE OTTO (*)

JAVIER JIMENEZ CAMPO

Con el autor del libro que aquí comento me comprometí, pronto hará un año, a escribir esta recensión para la *Revista Española de Derecho Constitucional*. Entre aquel compromiso y la presente publicación ha ocurrido la muerte de IGNACIO DE OTTO, de modo que lo que sigue es ahora, desde cierto punto de vista, un incumplimiento, que lamento como si hubiera sido voluntario: valgan lo que valgan, estas líneas no podrán ser ya parte de la respuesta que todo libro al nacer busca y sí sólo, inalcanzable ese fin primero, una simple información de lo que supone para el Derecho Público español la aparición del *Derecho Constitucional* de IGNACIO DE OTTO. También son, pesarosamente, otra cosa, que casi es ocioso señalar. El vienes KARL KRAUS escribió una vez que no importaban nada las buenas ideas, sino las personas que las tenían. En la medida en que esta aparente *boutade* encierre verdad —yo voy creyendo que alguna sí guarda—, el libro que comento, y los demás escritos de IGNACIO DE OTTO, no son ya, para quienes le conocieron, tan sólo una obra del valor más alto. Son también un desazonador vestigio. La señal que queda de todo lo que su muerte nos disminuye.

A nadie extrañará, supongo, que no haya querido callar aquí ocasionales discrepancias con las tesis expuestas en este *Derecho Constitucional*. Sólo lo banal es inmune a la crítica, y ningún escrito de IGNACIO DE OTTO merece, tampoco tras su muerte, la insinceridad cortés que se reserva para tanto libro inane. ¿Será preciso aclarar que mis discrepancias, cuando las apunto, están dichas desde la admiración?

* * *

(*) Ariel, Barcelona, 1987.

DOCTRINA DE LAS FUENTES, O DE LA LEY

El lector de esta *Revista* no ha de desconocer publicaciones de IGNACIO DE OTTO anteriores al presente libro, y no me voy a extender, por ello, en consideraciones sobre los rasgos del pensar jurídico y del modo de exposición doctrinal, que se expresan, al igual que en aquella obra previa, en este *Derecho Constitucional*. Me basta así con decir lo casi obvio y con señalar al lector, por consiguiente, que también este libro muestra, como la obra toda de su autor, un rigor cuya semblanza no exige ahora —si las palabras han de seguir siendo significativas— más calificación que la de su muy excepcional condición, pues inusuales eran la honestidad intelectual, la ambición de sistema y la lucidez con las que IGNACIO DE OTTO pensaba y escribía. Dicho queda con ello, por si fuera preciso, que éste es un libro de extraordinaria densidad conceptual, y exigente, por lo mismo, de atenta y crítica lectura (lectura crítica, obviamente, que compromete por igual —tal es el privilegio de las obras de la inteligencia— a lo leído y a las certezas con las que el lector pueda acercarse al texto). Y aún por algo más importa ahora la referencia a esa obra anterior. No fue el autor quien puso un *finis operis* al cabo de este libro, cuyo prólogo advierte, más bien, que lo escrito es «un fragmento de un curso de Derecho Constitucional»; así lo ha de ver, en efecto, quien lo lea, aunque me apresuro a advertir que la «reconstrucción de la unidad» a partir de este singular «fragmento» no ha de ser difícil, y ello no sólo porque el autor integra aquí el estudio de las fuentes en el marco de una visión de conjunto del ordenamiento, histórico y presente, del Estado constitucional, sino también, en especial, porque buena parte de lo que en este libro son remisiones o referencias a cuestiones que no forman convencionalmente parte de aquel estudio tienen ya un propio desarrollo en otras obras de IGNACIO DE OTTO que forman así, con ésta, un conjunto cuya unidad sustancial no debiera ser desconsiderada por el lector (1).

(1) Sin ánimo exhaustivo alguno (me guío sólo por los trabajos de IGNACIO DE OTTO que tengo ahora más al alcance de la mano), citaré, como más relacionados con cuestiones abordadas en este libro, los siguientes estudios: *Lecciones de Derecho Constitucional (Introducción)*, Oviedo, 1980, y *Lecciones de Derecho Constitucional (órganos constitucionales)*, Oviedo, 1980, escrito, este último, en colaboración con FRANCISCO J. BASTIDA y RAMÓN PUNSET; «La posición constitucional del Gobierno», en *Documentación Administrativa*, 188 (1980), pp. 139-183; «La función política de la legislación», en *Parlamento y sociedad civil*, pp. 49-59, Barcelona, 1980; «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en *El Tribunal Constitucional*, III, pp. 1935-1952, Madrid, 1981; *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, 1985; *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Ma-

Es éste, he de empezar por decir, un estudio sobre las fuentes del Derecho español realizado con la voluntad de obtener su «sistema» y de lograrlo —la advertencia no me parece hoy ociosa— sobre la estricta base de la Constitución. Importa subrayar uno y otro aspecto de este empeño —la identificación del sistema constitucional de fuentes— porque reside aquí el valor más trascendente de la obra. Toda ella es una reflexión sobre la normación constitucional relativa a los modos de producción del Derecho o, lo que es lo mismo, la expresión del intento de fundamentar en la Constitución la posición y la eficacia de cada una de las fuentes. Y también todo el libro muestra, paralelamente, la preocupación por integrar y dotar de sentido a esa ordenación jurídico-constitucional y por hacerlo, como no puede ser de otro modo, en el marco de los debates históricos y de las tradiciones de cultura en que todo ordenamiento vive. No por inexcusable deja de ser polémica, y también ardua en su realización, una orientación de este signo. Es polémica, como bien se comprende, porque la Constitución se inserta —por advertir lo obvio— en un ordenamiento que también en lo relativo a las fuentes, o acaso sobre todo en cuanto a ellas, se ha ido sedimentando y creciendo a impulsos de contingencias históricas, en unos casos, o por obra de construcciones doctrinales, en otros, que no siempre responden o se acomodan ya a las determinaciones constitucionales, de tal modo que el intérprete debe hoy, y así lo ha hecho magistralmente IGNACIO DE OTTO, comenzar por preguntarse en qué medida las concepciones dominantes, cuando las hay, sobre la posición de determinada fuente siguen siendo correctas, por constitucionalmente adecuadas, pues no es aceptable «contraponer al derecho constitucional positivo una teoría construida al margen de él» (p. 184), del mismo modo que «un principio constitucional no puede entenderse dotado de un contenido propio y previo al texto constitucional que lo incorpora, sino que tiene aquel que el propio derecho positivo le da al dotarlo de una u otra configuración» (p. 129). Ya se sabe, por lo demás, que estas propuestas no podrían entenderse en términos simplistas, ni el autor lo hace en modo alguno, porque ninguna Constitución deja de ser, también en este orden de cuestiones, una transacción entre el acto constituyente y la tradición en la que se inserta (la que elija) el texto naciente. Interesa, en todo caso, dejar constancia de este lúcido afán por construir, o reconstruir, el sistema de fuentes (y específicamente, como diré, la posición en él de la ley) a partir de una firme base jurídico-positiva.

drid, 1986, y «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, pp. 95-171, Madrid, 1988.

Y es también, como decía, una labor de realización nada sencilla, porque la complejidad extrema de nuestra regulación constitucional en materia de fuentes dificulta, casi hasta el desaliento, la construcción del sistema, surcado como está el Derecho español de criterios diversos para su ordenación y desleída, en apariencia, la imagen clara y distinta de la ley por la concurrencia, junto a la que calificamos de «ordinaria» (general o territorial), de leyes «reforzadas», de leyes aprobatorias de Estatutos de Autonomía, de leyes —se dice— «paccionadas», y también, desde otro ángulo, por la impronta creciente de un Derecho de «creación» judicial, cuya base ya no se busca sólo en las palabras de la ley. La vertebración, si así cabe aún decir, de este conjunto heterogéneo de fuentes se ha intentado en el libro con admirable rigor, cualesquiera que sean las discrepancias —y yo expondré algunas— que pueda suscitar la *pars construens* de la obra, y hay que añadir que tal esfuerzo dogmático se alza, en buena medida, sobre una muy elaborada revisión del puesto que corresponda a la ley, bajo la Constitución, en nuestro sistema de fuentes.

La trama del libro entero es, en efecto, la reflexión sobre la ley, porque IGNACIO DE OTTO ha comprendido y expuesto con claridad la que es, también a mi juicio, cuestión genuinamente central en un Derecho como el nuestro. La cuestión de la ley —la de su puesto en el ordenamiento, esto es, la de sus relaciones con las demás fuentes— se perfila, así, como punto obligado de partida y como hilo conductor constante en el examen de la ordenación del sistema, acogándose, de este modo, una propuesta formulada hace ya algunos años por FRANCISCO RUBIO LLORENTE (2). Pese a lo que una visión superficial pudiera apreciar, no hay en esta renovada atención a la ley, precisamente hoy, paradoja alguna, pues ni la afirmación del principio de constitucionalidad ni el conocido desdibujarse de la «fuerza de ley» en el Derecho español permiten —en el marco de tantas recurrentes «crisis» de la ley— privar a la ley misma del puesto central (aunque ya no «primero», en el orden de la efica-

(2) «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», en *Revista de Administración Pública*, 100-102, I (1983), pp. 417-432. Concluía este trabajo, en efecto, con la observación de que la teoría de la ley «es, en este momento, quizá el mayor reto dirigido a los juristas españoles» (p. 432). También es de aquí el enunciado de una cuestión que, como después digo en el texto, ocupa un puesto central en las consideraciones de IGNACIO DE OTTO sobre la ley, esto es, el señalamiento del «principio estructural básico de todo ordenamiento jurídico (al menos de todo ordenamiento jurídico moderno), cuya unidad postula la necesidad de que haya una forma de creación del Derecho potencialmente universal, es decir, no acotada apriorísticamente a materias determinadas y capaz por ello de irrumpir válidamente en cualquier ámbito» (pp. 431-432). Una buena síntesis —en otro orden de cosas— del régimen jurídico de la ley en nuestro Derecho puede verse en JAVIER PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, pp. 81 y ss., Madrid, 1984.

cia) que le corresponde entre las fuentes. La primacía de la Constitución y los embates que la figura, antaño unitaria, de la ley ha ido recibiendo han deparado, sí, la constricción y la fragmentación de su «fuerza» propia, pero no han oscurecido, ni podían hacerlo, la realidad sobre la que se levanta esta certera intuición del libro: la realidad de un Derecho que, como cualquiera otro de su entorno, es, en obediencia al principio democrático-representativo, Derecho de cotidiana conformación legislativa y en el que por referencia a la ley, sobre ella o bajo ella, se han de definir las demás fuentes reconocidas. Se entiende así que la ley no esté presente en este libro tan sólo en los tres capítulos que a ella se consagran explícitamente (VI, VII y VIII), sino también, y con relevancia idéntica, en las demás partes de la obra que se dedican a la exposición de otras fuentes. Está presente en los cinco primeros capítulos, dedicados a la Constitución, porque la Teoría de la Constitución no puede dejar de ser hoy lo que siempre ha sido, vale decir, la teoría de los límites de la legislación, y lo está también en los capítulos IX, X y XI, que analizan las fuentes de origen gubernamental (decreto legislativo, decreto-ley y reglamento), en el capítulo XII («El principio autonómico y el sistema de fuentes») y, desde luego, en el estudio de «la creación de derecho por los jueces» (capítulo XIII), que cierra la obra. No yuxtaposición, pues, de estudios particulares sobre cada fuente, sino, como verá quien lea, reflexión unitaria sobre los límites de la ley, sobre los ámbitos que le están constitucionalmente reservados y sobre los condicionamientos que ella impone, conforme a la Constitución, en sus procesos de aplicación.

CONSTITUCION, SUPRALEGALIDAD Y PODER CONSTITUYENTE

Un estudio sobre las fuentes no puede ser iniciado sino a partir de la Constitución y a ella dedica IGNACIO DE OTTO, como acabo de decir, los cinco primeros capítulos de su obra: «El concepto de Constitución», «La Constitución española: posición en el ordenamiento y contenido», «Las funciones de la Constitución», «Elaboración y reforma de la Constitución» y, en fin, «La Constitución y el sistema de fuentes del Derecho». Toda la problemática básica de la Teoría de la Constitución —de la teoría del Estado constitucional de nuestro tiempo— está aquí planteada y articulada a lo largo de un temario que resultaría impertinente pormenorizar ahora, de tal modo que me limitaré a apuntar un par de observaciones sobre otros tantos aspectos de esta parte del libro que me parecen, por distintas razones, de singular relieve. La primera observación se refiere a lo que cabe llamar, con el autor, la «función» de la Constitución; la segunda alude a un concepto —el de

«poder constituyente»— cuyas virtualidades para la dogmática del Derecho Constitucional son acaso mayores, si no me equivoco, de lo que el autor parece dispuesto a admitir.

«El presupuesto primero de la Constitución —comienza por señalar IGNA-
CIO DE OTTO— es la existencia de la función legislativa» (p. 14), y me permito observar que no sería bueno pasar sobre esta afirmación como por sobre una obviedad doctrinalmente exhausta. Lo que se está diciendo es que «la Constitución se identifica por una *relación* (el subrayado es del autor) y, en concreto, en relación con el plano de lo que llamamos legislación» (p. 15), advertencia que suscita, bajo su engañosa banalidad, los más agudos problemas de la conexión, histórica y actual, entre Constitución y ley. Baste con recordar, a este propósito, que lo específico y más propio de la norma que llamamos «Constitución», por contraste con la *Lex Fundamental* del orden preconstitucional, no es su configuración como «ley superior» (ningún ordenamiento existe sin ella), sino, muy precisamente, su definición como norma dotada de «supralegalidad», esto es, como la única regla capaz de limitar al legislador democrático, al órgano que representa a la comunidad jurídicamente organizada y al que la propia Constitución encomienda la tarea de crear y modificar el Derecho. La Constitución se define entonces no sólo por una *posición* ordinamental, sino, específicamente, por una *relación* internormativa, por una relación con la ley, y sin tener esto en cuenta no es seguramente hoy factible comprender, ni plantear siquiera, ninguno de los problemas de interpretación de la norma fundamental, desde el de su aplicación o no inmediata, según los casos y los preceptos, hasta el del necesario respeto, en el entendimiento y aplicación de la Constitución misma, de la libertad de configuración del legislador (Constitución «abierta»: pp. 41 y ss.). Me parece, por lo demás, que esta noción de «supralegalidad» constitucional merece una atención muy especial en el Derecho español, teniendo en cuenta que la diversidad de tipos de ley en nuestro ordenamiento tanto puede deparar una fragmentación en la fuerza de esta fuente, según justamente se ha dicho, como también, en lo que ahora más importa, una cierta pérdida de identidad de la Constitución, ya que también gozan de supralegalidad otro tipo de normas integradas en lo que se llama «bloque de la constitucionalidad» (en especial, las leyes orgánicas aprobatorias de los Estatutos de Autonomía). Yo creo que esta posible «relativización» de la Constitución —en el sentido con el que usó Kelsen la expresión en *Die Funktion der Verfassung* (3)— no debe

(3) Se trata del texto de una conocida conferencia pronunciada por Kelsen, en Viena, en 1964. Cito por la versión en lengua inglesa (*The function of a Constitution*), recogida en los *Essays on Kelsen* editados por RICHARD TUR y WILLIAM TWINING,

ser objeto, en la medida en que sea reconocible, de un entendimiento extensivo en el Derecho español, precisamente en mérito a la libertad de configuración del legislador, aunque esta cuestión (que lleva, por poner un solo ejemplo, a la de la eficacia de las normas «programáticas» contenidas en los Estatutos de Autonomía) no puede ser aquí, como es obvio, ni siquiera esbozada.

En el párrafo 15 de la obra (capítulo IV, «Elaboración y reforma de la Constitución») se considera «la teoría del poder constituyente» (del pueblo, se precisa después) en términos críticos y plenamente correctos, en mi criterio, de lo que tal «teoría» tuvo de pretensión de identificar un poder «originario, prejurídico e ilimitado» (p. 53) que tanto prestaría su fundamento primero a la Constitución como introduciría en su cuerpo normativo una quiebra de juridicidad, designando un sujeto que «puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea» (p. 55). Se trata, pues, de reiterar la conocida, y creo que impecable, conclusión de KRIELE, según la cual «en el Estado constitucional no hay soberano» (4), conclusión que IGNACIO DE OTTO traslada expresamente al Derecho español (p. 138). Menos me convence, sin embargo, la afirmación de que «la teoría del poder constituyente no es capaz tampoco de aportar un fundamento de la validez de la Constitución» (p. 54), pues me parece que aquí, casi imperceptiblemente, se viene a establecer una ecuación entre «poder constituyente» y «soberano» que no es indiscutible ni consistente con el resto de la construcción, específicamente, claro es, si por «poder constituyente» se entiende el que clásicamente se califica de «constituido» o «derivado» (poder —quizá mejor órgano— de revisión). Yo entiendo —si cabe aquí una alusión tan rápida a cues-

Oxford, 1986. Las consideraciones de KELSEN sobre la relativización del concepto de Constitución se hallan en la página 118.

(4) La frase entrecorrida es la rúbrica que encabeza el párrafo 28 de la *Einführung in die Staatslehre* de M. KRIELE (1975), que cito por la traducción castellana de E. BULYGIN (*Introducción a la Teoría del Estado*, pp. 149-157, Buenos Aires, 1980). Los problemas de interpretación, sin embargo, no se resuelven con frases, ni IGNACIO DE OTTO, obviamente, lo pretende así. No basta, en este punto, con afirmar la irreductibilidad del soberano (*potentia absoluta*) a la Constitución, pues la nuestra, como tantas, quiere identificar a aquél en el pueblo (art. 1.2), que deviene así, paradójicamente, un soberano según la Constitución (*potentia ordinata*). Sobre las cuestiones que suscita la definición de la soberanía en el Estado constitucional me remito a FRANCISCO RUBIO LORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, pp. 58-60, Madrid, 1979, así como a la obra de MANUEL ARACÓN *El principio democrático en la Constitución*, de próxima publicación.

tión de esta enjundia— que ese poder constituyente «derivado» puede decir aún mucho, precisamente, sobre la juridicidad de la Constitución —sobre su condición de auténtica «fuente»— y sobre esa específica cualidad de su carácter de norma jurídica que llamamos «supralegalidad», porque es muy posible que sólo sea reconocible una *fuentes* constitucional, en sentido propio, en aquel ordenamiento en el que la Constitución —cualquiera que haya sido su origen— es modificable según procedimientos jurídicamente reglados, procedimientos que, para que la Constitución se destaque como *forma*, no han de ser los mismos que aquellos mediante los que las leyes se crean y se alteran. Y tengo también la impresión de que esta, por así decir, minusvaloración del poder constituyente en la fundamentación positiva de la Constitución alguna relación mantiene con dos tesis expuestas en esta parte de la obra sobre las que convendría, también, seguir reflexionando.

La primera de estas tesis se aplica a la hipótesis de la llamada «auto-reforma constitucional», respecto de la que IGNACIO DE OTTO mantiene, siguiendo en esto a ROSS (5), el principio, seguramente irrefutable desde una perspectiva lógico-formal, de que «la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma» (p. 66), de tal modo que esa hipotética revisión constitucional —se viene a concluir— resultaría jurídicamente inviable. Yo tengo algún reparo sobre la pertinencia de hacer derivar consecuencias jurídico-positivas de tal supuesto de autorreferencia normativa, no sólo porque las autorreferencias mismas son insuprimibles en la vida del ordenamiento (6), sino también por-

(5) Las tesis de A. ROSS sobre este punto se exponen, sobre todo, en *On Law and Justice* (Londres, 1958), obra de la que tengo a la vista la traducción de G. R. CARRIÓ, *Sobre el derecho y la justicia*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1977 (cfr., en especial, pp. 76 y ss.). Véase también la recopilación de escritos de ROSS preparada por A. FEBBRAJO y R. GUASTINI, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bolonia, 1982, especialmente pp. 205-232 («Sull'autoriferimento e su un 'puzzle' nel diritto costituzionale»). Sobre la revisión de la Constitución, en general, véase PEDRO DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, así como JAVIER PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987.

(6) Existe autorreferencia en todos los casos en los que una determinada regla jurídica se aplica a sí misma, lo que, por no poner sino un ejemplo, se produce necesariamente en nuestro ordenamiento siempre que una regla legal excepciona la *vacatio legis* que prevé, con carácter general, el artículo 2.1 del Código Civil, anticipando dicha entrada en vigor. Un caso paradigmático es el de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: «La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de mayo, con excepción de esta disposición final segunda, las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, octava y novena y todas las disposiciones transitorias, que lo harán al día siguiente de su publicación.»

que, en lo que afecta, específicamente, a la revisión de la Constitución, la llamada «paradoja de Ross» me parece que parte de una discutible identificación entre *origen y fundamento jurídico* de la Constitución, buscando mantener imperturbada la *aurea catena* de la validez y repudiando, con razón desde este enfoque, que pueda un nuevo poder de reforma hallar su fundamento en el que, creándolo, desaparece del ordenamiento. La paradoja quizá sirva sólo, sin embargo, para advertir discontinuidades en el ordenamiento y no tanto para descartar positivamente la hipótesis de la «autorreforma», pues, por decirlo con HOBBS, «el legislador no es aquel por cuya autoridad las leyes se hicieron por vez primera, sino aquel por cuya autoridad siguen siendo ahora leyes» (7).

La segunda de las tesis a que antes aludía se formula así: «Una Constitución flexible (...) es también norma superior si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de manera expresa, porque en tal caso subsiste (...), una forma que nos permitirá identificar la norma constitucional» (p. 62). El aserto se inscribe, como es sobradamente conocido, en un ya antiguo debate de la dogmática constitucional y me parece que sólo es planteable en los términos transcritos cuando previamente se han desligado, según apuntaba antes, supralegalidad y poder específico de reforma (rigidez), desconexión que no es, ciertamente, insusceptible de construcción, pero que tampoco queda libre de objeciones, pues cuesta admitir que la supremacía de una fuente sobre otra dependa no de la *relación formal* que entre ellas medie, sino del *contenido dispositivo* de las normas creadas por la fuente «inferior» («inferiores» habrían de ser desde este enfoque, dicho sea incidentalmente, las leyes «ordinarias» del Estado respecto de las de transferencia y delegación previstas en los números 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución: pp. 272-273). Me remito sobre estas cuestiones a algunas consideraciones ya expuestas por MANUEL ARAGÓN (8).

«LA FUERZA DE LEY EXISTE»

Así se enuncia en el libro (p. 151) la conclusión de su autor sobre una de las dos cuestiones principales que suscita el concepto de ley en la Constitución (la otra cuestión —si en verdad es «otra»— gira en torno a la noción de «reserva»). Para IGNACIO DE OTTO, en efecto, «la ley es en la Constitu-

(7) *Leviathan*, parte II, capítulo XXVI, parágrafo 5. Cito por la edición de C. B. MACPHERSON (Middlesex, 1984), en la que el texto citado figura en la página 315.

(8) «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, 50 (1986), en especial p. 27 (en nota).

ción española una categoría unitaria» (p. 268), afirmación a la que llega al término de un desarrollo cuyo punto central es el estudio de las relaciones entre ley orgánica y «ordinaria» y en el que se contienen, a mi juicio, algunas de las tesis de mayor relieve de la obra, sobre las que inmediatamente diré algo. Importa observar, antes de ello, que este tratamiento específico del concepto de ley —todo el libro, ya dije, bien puede verse como una reflexión sobre esta fuente— se articula en tres capítulos («La ley», «La posición de la ley en el ordenamiento jurídico» y «El concepto material de ley»), de entre los que quiero destacar ahora el último —el capítulo VIII—, en el que se realiza una exposición extraordinariamente clara y sugestiva de lo que supuso, en una importante etapa de la historia constitucional de Europa, el concepto escindido de ley. Aquella visión dualista de la ley no es aplicable, ciertamente, en el Derecho español (p. 168), por más que, como apuntaré a continuación, acaso no venga a suponer cosa muy diversa a esa diversificación entre ley «en sentido formal» y «en sentido material» el entendimiento que el autor muestra de la ley orgánica.

En el libro, en todo caso, se habla de «ley», no de «leyes», porque, según acabo de indicar, IGNACIO DE OTTO se esfuerza en demostrar que lo que parece atomización de la fuerza de ley en nuestro ordenamiento no alcanza a romper la unidad básica de esta fuente: «No hay diversas *clases* de leyes (el subrayado es del autor), sino una sola ley, la parlamentaria, con distintos requisitos de aprobación, reforma y derogación según la materia de que se ocupe» (p. 113). Me parece claro que lo que aquí se sostiene no es la posibilidad de identificar doctrinalmente un concepto abstracto de ley en el Derecho español —esto es, en rigor, un «supraconcepto» (9)—, sino la reconocibilidad efectiva de la ley, como fuente unitaria, en la realidad del ordenamiento. Y es también patente que la posibilidad que así se afirma no proviene de que en el libro se sostenga, como así es, una definición «formal» de la ley (p. 162), pues, constatada la imputación de ésta al Parlamento (al Estado, a través del Parlamento, mejor), resta siempre abierta la cuestión de si el mismo órgano puede, a través de modalidades diversas del procedimiento legislativo, querer, en cada caso, con eficacia distinta, es decir, disponer o no de una pluralidad de formas de expresión del Derecho. La «unidad» de la ley que se postula en el libro parte, más bien, de la afirmación de que existe una fuente de «expansividad ilimitada» (p. 149), vale decir, una fuente capaz

(9) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», en el núm. 16 (1986) de esta *Revista*, p. 83. Véase también el estudio de LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», de próxima publicación en esta *Revista*.

de ordenar cualesquiera materias y que incorporaría en sí, de este modo, la fuerza típica que a la ley atribuye toda la tradición del constitucionalismo liberal-democrático. Esa fuente, se nos dice, es la ley orgánica (p. 151).

No tiene ahora sentido, claro está, seguir, paso a paso, el desarrollo de la exposición que así concluye, aunque tampoco es posible —por la trascendencia general, y en la obra, de este punto— renunciar a hacer una síntesis de la propuesta doctrinal que aquí se plantea. Esta propuesta, dicho del modo más sucinto, no es otra que la de abandonar el entendimiento «material» de la ley orgánica —el principio «de especialidad» en su concepción, si se quiere—, admitiendo como algo perfectamente regular que las leyes aprobadas con la denominación de «orgánicas», y según la mayoría cualificada que la Constitución requiere, disciplinen cuantos objetos tenga a bien ordenar el legislador, entren o no en la reserva que define el artículo 81.1 de la norma fundamental, con el resultado, entonces, de que sólo la normación aprobada como «orgánica» que afecte al ámbito constitucionalmente reservado quedará sustraída al poder de disposición del legislador ordinario, quien sí podrá, en todo lo demás, introducir ulteriores modificaciones en aquel texto. No es ésta, como bien se ve una concepción «formal» de la ley orgánica, si por tal se entiende la concepción para la cual dicha ley prevalecerá en todo caso sobre la ordinaria, cualesquiera que sean sus determinaciones. Pero tampoco estamos ante un entendimiento «material» de las leyes a las que remite el artículo 81.1 de la Constitución, pues IGNACIO DE OTTO discute, al afirmar la «expansividad ilimitada» de estas leyes, la doctrina que se expresó en la Sentencia constitucional 5/1981, en fórmula bien conocida (y de cuyos ulteriores desarrollos jurisprudenciales nada es posible aquí decir): «Hay que afirmar —se lee en el fundamento 21 de esta Sentencia— que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (artículo 81.1 de la CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria.» Al defender la validez, aunque no la rigidez específica, de la ley orgánica que extravase su reserva, se viene a sostener, en definitiva, que esta última «no es una *forma* (el subrayado, de nuevo, es del autor) capaz de producir por sí misma un efecto; es, simplemente, una ley reforzada, dotada de mayor rigidez que la ordinaria en cuanto regule materias reservadas a la ley orgánica» (p. 114).

No es de este lugar, desde luego, la ponderación de la tesis que acabo de resumir, pero sí me voy a permitir hacer, sobre ella, dos observaciones. La primera es la expresión de una coincidencia, pues comparto con el autor la preocupación por las disfuncionalidades, si así se dice, que puede deparar —que ha deparado ya, según creo— la diversificación de la fuerza de la ley

en nuestro ordenamiento, aunque esta es una inquietud, me parece, que no ha de valer ya de mucho, porque la tan repetida fragmentación deriva directamente del dictado constitucional. La segunda observación es la de una duda, que basta con que quede aquí apuntada. No estoy nada seguro de que la ley orgánica no sea una forma *a se* (una fuente), cuando la Constitución distingue con ese nombre al texto aprobado, *todo él*, mediante una mayoría cualificada y cuando es también la propia Constitución (véase su artículo 79.2) la que confiere sólo a esas leyes la posibilidad de adoptar —al margen de lo que les está materialmente reservado— determinaciones específicas, sustraídas a la disposición del legislador ordinario. Y me parece, de otro lado, que la propugnada «expansividad ilimitada» de la ley orgánica podría provocar, de acogerse, un riesgo cierto de inseguridad en la aplicación del Derecho, convalidada ya entonces una colisión, que habría de ser constante, entre leyes aprobadas como orgánicas y leyes ordinarias y forzado el juzgador a determinar por sí, en cada caso, si la contradicción entre una y otra ley ha de producir la derogación de la primera o la invalidez de la segunda, determinación que no contaría con otro apoyo que el de las no siempre inequívocas definiciones constitucionales del ámbito reservado a la ley orgánica. Al final, efectivamente, habríamos obtenido la identificación de una fuente con «competencias universales», pero acaso al precio de exhumar, proyectándolo sobre la ley orgánica, el concepto escindido de ley.

También por otra razón es de extrema importancia la consideración detenida, que aquí no puedo hacer, de esta construcción sobre la ley orgánica. En el parágrafo 67 del libro (capítulo XII: «El principio autonómico y el sistema de fuentes») se aborda el estudio del Estatuto de Autonomía y allí, al término de unas reflexiones (pp. 257 a 267) que quedan ya como referencia inexcusable para la comprensión recta de esta *vexata questio* de nuestro Derecho, considera el autor —cito el epígrafe en su literalidad— los problemas suscitados por «la relación entre el Estatuto y las demás leyes del Estado», «las consecuencias de la reserva estatutaria» y lo relativo a «las normas de carácter no estatutario contenidas en los Estatutos». Ninguna de estas cuestiones es separable, ni casi distinguible, de las demás, e IGNACIO DE OTTO las aborda, así, unitariamente, proyectando sobre ellas —esto quiero resaltar ahora— la construcción que le ha servido para ordenar las relaciones entre ley orgánica y ordinaria. El problema planteado es aquí, sobre todo, el de si la rigidez específica de la que pueden (art. 147.3) o deben (art. 152.2) gozar las leyes orgánicas aprobatorias de los Estatutos —rigidez hoy generalizada, como bien se sabe— ha de proteger también a las llamadas «normas de carácter no estatutario contenidas en los Estatutos», reglas que el autor identifica a partir del listado del artículo 147.2 en orden a las determinaciones que

los Estatutos mismos no pueden dejar de contener («reserva estatutaria»). La conclusión —en tal hipótesis de normación estatutaria ajena a esa «reserva»— se expone así: «Como el Estatuto no es una forma, igual que no lo es la ley orgánica, el hecho de que un precepto se encuentre incluido en él es perfectamente irrelevante a los efectos de determinar el régimen de su eventual reforma, que será uno u otro según cual sea la materia sobre la que recaiga» (p. 269).

No cabe, naturalmente, decir en este momento nada que no fuera una simpleza sobre la cuestión que así se plantea y resuelve (con complejidad mayor, claro está, de lo que mi exposición pudiera mostrar). Lo que sí señalaré son dos problemas adicionales, e inseparables, que la tesis expresada en el párrafo transcrito tendría que despejar previamente. El primero de estos problemas es el de si cabe trasladar a la ley aprobatoria de un Estatuto de Autonomía la construcción general, antes resumida, sobre la ley orgánica, siendo así que aquella ley —la que aprueba el Estatuto— no está llamada a normar *materia* alguna, sino a constituir, lo que es bien distinto, un nuevo sujeto de Derecho público, dando, de este modo, origen a un ordenamiento que se relaciona con el general del Estado en términos distintos, obviamente, de como lo hacen las leyes orgánicas con las ordinarias. La segunda cuestión —o la misma, aunque desde otra perspectiva— es la de si la reserva descrita en el artículo 147.2 debe ser entendida, según se indica en el libro, como límite más allá del cual la rigidez no opera o si el sentido de tal precepto constitucional se ha de ver, más bien, en la negación constitucional de toda potestad «estatuyente» de las Comunidades Autónomas y en la consiguiente atribución a ley estatal de la capacidad exclusiva para adoptar unas determinaciones que deben quedar, así, sustraídas a la ley autonómica. Matizaría, en este punto, la función de la reserva estatutaria que se muestra en la página 259 («que las materias a las que afecta sólo sean reguladas por normas en cuya elaboración participen los territorios afectados») y destacaría, para la comprensión de este artículo 147.2, la crítica de la visión del Estatuto como «ley paccionada» (p. 263) y, sobre todo, las páginas iniciales de este capítulo XIII («El principio autonómico en la Constitución»), en las que aborda IGNACIO DE OTTO la singularización de nuestra forma estatal respecto del federalismo.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD, POTESTAD REGLAMENTARIA
Y RESERVA DE LEY

En distintas partes de la obra (en los capítulos VII y VIII y, sobre todo, en el XI, dedicado al reglamento) se abordan estas cuestiones, y sobre ese tratamiento es también preciso indicar algo. Ya he dicho que IGNACIO DE OTTO expone un concepto «formal» de ley («todo lo acordado por el órgano legislativo mediante el procedimiento correspondiente, con total independencia de cuál sea su contenido»: p. 162) y tal concepción no puede por menos de llevarle a negar tanto la existencia de una reserva «general» a la ley en el Derecho español como el que formen parte de la identidad de esta fuente las notas de la generalidad y la abstracción. Dejando ahora de lado esta última crítica a uno de los conceptos «materiales» de ley (en las páginas 166 y 181 se considera, por ejemplo, la problemática de la ley singular en nuestro Derecho), al margen, digo, de este punto, importa señalar aquí cuál es la posición del autor sobre las relaciones entre reglamento y ley en lo que se refiere, estrictamente, al entendimiento del principio de legalidad y al ámbito de las reservas que la Constitución establece.

IGNACIO DE OTTO aborda estas cuestiones fijando, primero, cuál ha sido su planteamiento histórico en la pugna entre antagónicos principios de la soberanía (10) y en diálogo y polémica, después, con algunas de las tesis afirmadas por quienes constituyen, como con plena justicia reconoce, «lo mejor de la doctrina administrativa española de los dos últimos decenios» (p. 137). Discrepa, en efecto, del entendimiento del principio de legalidad que luce, por no citar aquí sino la construcción más señera, en la obra de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y de TOMÁS R. FERNÁNDEZ (11), sosteniendo, por consiguiente, la admisibilidad de los reglamentos independientes de ley, aun en el ámbito externo a la organización pública (reglamentos «normativos»), y siempre que así lo consientan las diferentes reservas a la ley que se contienen en el texto constitucional. Me parece que esta construcción de IGNACIO DE OTTO quedaría bien sintetizada ahora señalando su, por así decir, doble fundamentación, esto es, la negativa a aceptar una reserva general a la ley en la Constitución española, de una parte, y el entendimiento, de otro lado,

(10) Sobre el trasfondo histórico de las diversas concepciones acerca de la vinculación a la ley del reglamento —así como, en general, sobre las demás cuestiones suscitadas por el concepto de ley—, véase también ANGEL GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, 1980.

(11) *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1983, pp. 183 y ss.

del significado que tiene la expresa consagración constitucional de la potestad reglamentaria del Gobierno.

«La tesis —dice el autor— de que en la Constitución española hay una reserva general de ley para la libertad y la propiedad carece de fundamento» (p. 234), y hay que añadir que es justamente en este punto en donde se debe centrar la cuestión de la admisibilidad en el Derecho español de reglamentos independientes que, en ámbitos no reservados singularmente a la ley, disciplinen, en sentido estricto, relaciones jurídicas. Quiero sólo indicar, a este respecto, que la opinión que finalmente resulte más fundada será, me parece, la que mejores argumentos pueda dar sobre la existencia o inexistencia, en nuestra Constitución, de un «derecho general de libertad», derecho que, de ser reconocible, quedaría en su regulación cubierto, desde luego, por la reserva que se contiene en el artículo 53.1. Yo creo, y por eso me inclino más a aceptar la tesis de IGNACIO DE OTTO, que ese hipotético derecho fundamental (no confundible, obviamente, con el que se enuncia en el artículo 17.1) ni existe en nuestro ordenamiento, ni acaso sea concebible, en abstracto, como tal derecho resistente frente al legislador, por más que no pueda ahora fundamentar esta opinión con la amplitud que sería preciso. Me remito, en todo caso, y con alcance general, a algunas observaciones de DWORKIN que se podrían tener en cuenta a este propósito (12), así como, ya en lo que a la interpretación de nuestro Derecho se refiere, a las sentencias constitucionales 98/1986 y 89/1987. Entiendo, desde luego, que este es un ejemplo perfecto de cómo la doctrina de las fuentes no puede construirse, en el Estado constitucional, sino en relación muy estrecha con la de los derechos fundamentales.

En nuestra Constitución, de otro lado, «la ley pierde su cualidad de norma fundamentadora de todas las demás, deja de ser norma soberana que define la posición de las normas no soberanas» (p. 139), y esta observación lleva en el libro a destacar toda la trascendencia que tiene el reconocimiento constitucional del poder reglamentario del Gobierno (art. 97), no necesitado así, para actuarse, de una habilitación legislativa en cada caso, al no ser tampoco el legislador el *dominus* de una potestad que existe por obra directa de la Constitución, como potestad —así la califica expresamente la Sentencia constitucional 13/1988— «originaria». Bien se comprende, en fin, que, desde este planteamiento, el principio de legalidad («de juridicidad») no ofrezca «información alguna acerca de la posición de la ley en el ordenamiento ju-

(12) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (reimpresión, con una «Reply to Critics»), Londres, 1978, pp. 266 y ss. DWORKIN niega aquí que exista un derecho general de libertad como derecho «in the strong sense», esto es, un argumento «antiutilitario», de alcance universal, frente a cualesquiera medidas públicas restrictivas que invoquen el «interés general».

rídico, porque el principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en el rango de éstas» (p. 159).

El reglamento independiente existiría, claro es, sólo en el ámbito no reservado a la ley y sobre la reserva de ley, justamente, versan en esta parte de la obra otras consideraciones, de entre las que es preciso destacar la crítica a la diversificación de las reservas, tan arraigada entre nosotros, en «absolutas» y «relativas» (pp. 230 y ss.). Déjeseme decir, por último, que toda esta construcción no creo que resulte de ninguna manera incompatible —pese a algunas afirmaciones expresas de su autor— con un entendimiento (o, quizá mejor, con una reflexión) «material» sobre la ley que no pretenda tanto identificar un ámbito general de materias reservadas a esta fuente cuanto indagar, a partir de las concretas reservas existentes, cuál sea la «extensión» que la normación directa por ley ha de tener en cada caso (13).

JURISDICCION Y CREACION DE DERECHO

El capítulo XIII, bajo el no poco expresivo título de «La creación de derecho por los jueces», cierra la obra, y conviene advertir aquí algo semejante a lo que antes señalé a propósito del tratamiento de la ley en esta obra, pues también respecto de la función judicial, como no podía ser de otro modo, el libro contiene consideraciones de relieve antes de llegar a su capítulo final. Contiene, por ejemplo, junto a la definición misma del concepto de «fuente» a partir de la función judicial (p. 72), la exposición de la problemática ligada a la eficacia directa de la Constitución en su aplicación por los órganos judiciales (pp. 76-82), esto es, la reflexión sobre el nuevo «dualismo» (Constitución y ley) que en la doctrina de las fuentes viene a imponer la vigencia de la norma fundamental, como dualista fue esa doctrina —según ha enseñado LUIS DíEZ-PICAZO (14)— en su primera expresión. Importa

(13) FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», *op. cit.*, pp. 428 y ss. También el trabajo de LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO citado en la nota 9, en especial sus páginas finales sobre «El necesario complemento material del concepto formal de ley: la ley como núcleo del Estado democrático de Derecho».

(14) *La doctrina de las fuentes del Derecho*, Granada, 1984, p. 202. Sobre la problemática general del valor de la Constitución como fuente y sobre su «aplicabilidad inmediata» son referencias inexcusables, como es bien sabido, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, pp. 53 y ss.; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981; ALEJANDRO NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», en *Revista de Administra-*

también observar, en otro orden de cosas, que IGNACIO DE OTTO dejó inéditas unas *Lecciones sobre el Poder Judicial* que constituyen el mejor tratamiento que conozco de los problemas interpretativos suscitados por el artículo 117 de la Constitución. Cuando estas *Lecciones* sean accesibles —y hay que esperar que lo sean prontamente— el lector hallará en ellas complemento y ampliación de las ideas que se exponen en este capítulo.

Son ideas, en lo sustancial, sobre el valor de la jurisprudencia en nuestro Derecho (valor resueltamente normativo para el autor), sobre la singularidad de la argumentación jurídica frente a la decisión política y también sobre la eficacia propia de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Poco más puedo hacer ahora que sugerir a quienquiera tenga interés en tales cuestiones —a todo jurista— la lectura de estas páginas, a salvo, quizá, apuntar unas ya muy rápidas observaciones sobre algo de lo que en ellas se dice. No quiero dejar de resaltar, en primer lugar, la lúcida comprensión que IGNACIO DE OTTO tuvo sobre la posición institucional del Poder Judicial y sobre la naturaleza de su función, comprensión que, como bien saben quienes le trataron y leyeron, le permitía tanto reconocer la labor «creadora» de la jurisdicción como criticar con toda agudeza —y, a mi juicio, también con toda corrección— cualesquiera doctrinas patrocinadoras de la emancipación del juez respecto del Derecho (del «Derecho positivo», por usar del secular pleonismo); a lo largo de este capítulo XIII encontrará el lector cumplida corroboración de esto que digo. Y una discrepancia, en segundo, y ya último, lugar. En el libro se sostiene (p. 296) que la eficacia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre juzgados y tribunales es sólo reconocible con «fuerza vinculante» cuando tal doctrina emana del Pleno del Tribunal, «pues la posición de intérprete supremo de la Constitución —dice IGNACIO DE OTTO— corresponde a aquél en cuanto puede imponer su interpretación a la del legislador, lo que únicamente es de la competencia del pleno». Aunque pretender decir aquí algo mínimamente concluyente sobre tal cuestión entrañaría grave menosprecio de su complejidad, me gustaría apuntar que la posición del Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 de su Ley Orgánica) no procede exactamente de su potestad anuladora de la ley inválida —la proposición inversa es más cierta, según creo—, y también que el valor de la doctrina constitucional derivada de las sentencias dictadas en recurso de amparo halla su fundamento legal en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regla que en este punto hace explícito —así lo entiendo— algo que ya se advierte en el inciso final del ar-

ción Pública, 100-102 (1983), I, pp. 371-413, y LUIS DÍEZ-PICAZO, «Constitución, ley, juez», en esta *Revista*, núm. 15 (1985), pp. 9-23.

título 123.1 de la Constitución (me permito citar, sobre esta cuestión, la Sentencia constitucional 110/1988) (15).

* * *

Hasta aquí, algunas de las consideraciones que puedo yo hacer sobre este *Sistema de fuentes*. Hay, naturalmente, cosas que quedan sin decir, y así conviene, pues ni una reseña es un resumen, ni las obras que encierran valor consentirían uno. Cada página de este libro —ése es su valor— dice de cómo su autor reflexionaba sobre el Derecho y de cómo contribuyó —contribuye su obra— a la construcción doctrinal, en la que seguimos, de nuestro Estado constitucional.

En el inicio de un muy notable ensayo de N. E. SIMMONDS (*The decline of juridical reason. Doctrine and theory in the legal order*, Manchester, 1984) se recuerda algo que nadie ignora, esto es, que «escribir y publicar libros y artículos es tarea relativamente fácil, comparada con la dificultad de persuadir a la gente de que los lea»; es seguro que la redacción de este libro no fue labor sencilla y, por mi parte, no incurriré en la ligereza de concluir aquí, *ad usum*, encareciendo su lectura, pues ninguna obra de IGNACIO DE OTTO precisa de recomendaciones tales (o no precisa, cuando menos, de las mías). Sí puedo decir que esta obra me ha hecho aprender, en unos casos, y rectificar, en otros, y ya se sabe que es prudente recelar de los libros que confirman, sin perturbarlas, nuestras ideas casi tanto como de aquellos que no contienen, en rigor, idea alguna. He aprendido, desde luego, también cuando —a veces— discrepaba; pocas obras hay de la altura de ésta, pero también son pocas las personas de las que quepa decir, como de IGNACIO DE OTTO, algo semejante a lo que BRECHT decía en su *Canción de la buena gente*: incluso «si ponen una piedra en lugar equivocado, vemos, al mirarla, el lugar verdadero». Así es también fecundo el pensamiento.

(15) Acerca de la eficacia de la doctrina del Tribunal Constitucional en los distintos procesos véase FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en el núm. 22 de esta *Revista* (1988), pp. 9-51 (recogido también en *Law in the Making. A Comparative Survey*, A. PIZZORUSSO ed., Heilderberg, 1988, pp. 156-185).

RESEÑA BIBLIOGRAFICA*

* Esta Sección ha sido elaborada por las personas que a continuación se relacionan, habiendo sido coordinada por *Germán Gómez Orjanel*, Consejero técnico del Centro de Estudios Constitucionales.

Guiomar Arias Berrioategortúa.

Manuel Delgado-Iribarren.

Raúl Canosa Usera.

José Luis Rodríguez Alvarez.

Julián Sánchez García.

