

# LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

(Un estudio de Derecho y Política, de Gregorio Peces-Barba y de Luis Prieto Sanchís)

LUIS ORTEGA

1. Abordar el comentario de un libro como el presente plantea, de entrada, la dificultad de la extensión de la materia estudiada: toda la Constitución, nada menos. Añádase a ello la personalidad de uno de sus autores en su triple faceta de abogado, profesor y político y el hecho de que, como advierte el propio PECES-BARBA en la introducción, las páginas de este libro tienen como substrato «una interpretación desde el punto de vista de los socialistas, de la intención del legislador».

2. Pero, puestos a ello, comencemos por describir la estructura de la obra. Esta consta de diez capítulos en los que se analizan distintos temas, a saber: El sentido del consenso; Conceptos fundamentales; Valores y derechos fundamentales; La Corona; Los poderes del Estado: el Poder Ejecutivo; El Gobierno y la Administración; El Ordenamiento jurídico en la Constitución; El Poder Judicial; Las Comunidades Autónomas y el Tribunal Constitucional.

A continuación se incluyen dos apéndices: el primero dedicado a recopilar las intervenciones de PECES-BARBA durante el debate constitucional y el segundo en el que se adjunta el texto de la Constitución española de 1978.

De todo ello corresponde a L. PRIETO SANCHÍS la redacción del capítulo VII, «El Ordenamiento jurídico en la Constitución», al cual dedicaremos la parte final de este comentario.

3. Precisamente, la primera crítica va dirigida a la estructuración de la obra en relación a la colocación sistemática de este capítulo. En primer lugar, porque aparece entre los que están dedicados a los poderes del Estado. Así, el quinto se refiere al legislativo, el sexto al ejecutivo y el octavo al judicial. En segundo término porque el contenido del mismo le obligaba a estar situado, a mi juicio, en el último lugar de la obra como reflexión de cierre al carácter descriptivo de los demás capítulos. Finalmente, aunque esto en otro contexto sería menos importante, porque la personalidad de am-

Los autores está plasmada de forma tan diversa que al salir de la lectura del capítulo de PRIETO SANCHÍS se pierde el hilo anterior de la obra.

La segunda crítica de carácter formal se refiere a una ausencia, la relativa al capítulo que podría haberse dedicado a la llamada «Constitución económica», tan importante en sí y más aún si se pretende ilustrar, aunque sea a nivel de substrato, el punto de vista de los socialistas.

4. En cuanto a su contenido, ya he adelantado que voy a comentar por separado lo realizado por PECES-BARBA en primer lugar y posteriormente el capítulo escrito por PRIETO SANCHÍS.

En este sentido, el primer comentario que no puedo por menos que expresar es el relativo a aquello que esperaba haber encontrado en este libro y no he hallado. En efecto, pensaba que al acometer PECES-BARBA la publicación de un libro sobre la Constitución se iba a centrar en unos comentarios personales, un libro testimonio, en suma, o bien en unas reflexiones desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho sobre ciertos temas constitucionales centrales, bien por su propio valor teórico o porque descubriesen grandes alternativas políticas.

5. En cambio, el libro contiene una exégesis del texto constitucional al nivel de una obra tan apresurada como la de ALZAGA, pese al lapso de dos años que media entre la publicación de ambas. En efecto, las materias estudiadas aparecen tratadas sin detenimiento. Ello, aparte del mero nivel descriptivo que confiere a la obra, provoca el que en ocasiones se viertan en el texto ciertas afirmaciones excesivamente tajantes, sin suficiente apoyo doctrinal ni expositivo. Así, por ejemplo, nos dice que «no parece, pues, posible con esos datos atribuir al concepto de Derecho que se desprende genéricamente de las constituciones del siglo xx como normas supremas del Ordenamiento jurídico, una calificación liberal excluyente, como tampoco hay elementos serios que permitan sostener que existe una teoría alternativa del Derecho y el Estado desde el socialismo o más concretamente desde el marxismo». Evidentemente tal afirmación es, en principio, más que discutible, pero en todo caso queda descalificada cuando los datos en los que se basa son los que ha podido incluir en sólo las veintidós líneas anteriores. No basta con citar a BOBBIO y a ELÍAS DÍAZ para apoyar una toma de posición tan radical en un tema tan debatido.

Asimismo, en otro pasaje se nos dice, en relación a la diferencia que existe entre el artículo 1.º, 1, de nuestra Constitución y otros textos constitucionales similares, que «los demás textos están científica y doctrinalmente planteados desde el Derecho constitucional que es, en definitiva, una ciencia parcial, mientras que nuestro texto está planteado desde la Teoría del Derecho, desde la Filosofía del Derecho, que es el intento integrador de superar las perspectivas parciales y abordar el problema desde toda su complejidad». Ante una hipótesis científica tan discutible, se da por descontado, en cambio —todos lo debemos saber—, que el Derecho constitucional no es válido para

abordar el artículo 1.º, 1, de la Constitución y si lo es la Filosofía del Derecho, que, como también sabemos, es la ciencia total.

Quizá sea por ello que para los que nos aproximamos al texto constitucional desde las estrechas miras de nuestras limitadas técnicas jurídico-públicas nos choque el que se diga al inicio del capítulo III que «desde la Teoría de la Justicia hay reiteración en la enumeración de los valores superiores del Ordenamiento jurídico en la Constitución». Por distintas razones, «pluralismo político» y «justicia» son reiterativos y los conceptos que representan se encuentran ya insertos en las ideas de libertad e igualdad.

El pluralismo político es un elemento del valor libertad. Por consiguiente, desde el punto de vista teórico, no parece necesaria, sino que es reiterativa, la inclusión del término pluralismo político.

Precisamente, a mi juicio, una de las singulares innovaciones de nuestra Constitución consiste en la incorporación del principio de pluralismo político entre los valores superiores del Ordenamiento. Este principio no sólo tiene aplicación en la teoría de las libertades, sino también en la teoría de la organización de los poderes públicos. Como bien ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, sobre la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la Ley de Régimen Local, es de este principio de donde arranca la fórmula organizatoria del ejercicio de los poderes públicos por parte de los distintos entes territoriales contemplada en el artículo 137 de la Constitución.

El olvido de esta otra perspectiva del principio de pluralismo conduce al autor a una contradicción ulterior, ya que, por un lado, defiende la necesidad del intervencionismo para la obtención real de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución y, por otro, como hemos visto, declara que hubiera sido suficiente con señalar como valores superiores del Ordenamiento las ideas de libertad e igualdad, las cuales aparecen desarrolladas en los derechos y libertades constitucionales. Y digo que incurre en una contradicción porque uno de los instrumentos esenciales del intervencionismo es precisamente la forma en que aparecen organizados los poderes públicos. Por ello, al desconocer el pluralismo como elemento esencial para la organización de la actuación pública, parece señalar hacia un planteamiento de este tema desde una perspectiva clásica de cuño liberal de las relaciones entre Estado e individuo.

6. Otro capítulo en el que especialmente también se producen problemas de este tipo es el relativo al tratamiento constitucional de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, no parece que sea hoy ya válida la distinción entre Estado de las autonomías y Estado federal, basado en que este último «es el resultado de un esfuerzo por unir a varios Estados o a una confederación de Estados». El ejemplo de Alemania Federal quedaría sin ubicación posible.

En segundo lugar, al afirmar que es «demagogia interesada» sostener que las distintas vías de los artículos 143 y 151 conducen a autonomías de segunda o de primera clase no parece haber tenido en cuenta trabajos tan serios

como el del profesor TORNOS MAS sobre el carácter otorgado o paccionado de unos u otros. Téngase en cuenta el simple dato de que mientras el contenido del Estatuto elaborado por la vía del artículo 143 es el que queda determinado en último término, por las Cortes Generales, sin que la Comunidad Autónoma de referencia pueda rechazarlo, en el otro caso, en cambio, o bien la Comunidad Autónoma convence de su proyecto a las Cortes Generales o bien, en todo caso, puede rechazar el proyecto de Estatuto aprobado por éstas. Afirmar, pues, que es «demagogia interesada» captar estos matices jurídico-políticos es, a mi modo de ver, exagerado.

Finalmente, no se recoge la modificación de la Ley de Referéndum, referida al relativo al refrendo de la iniciativa autonómica del artículo 151, en aplicación sui géneris del artículo 144, c), modificación motivada, como es sabido, por el resultado del 28 de febrero andaluz.

7. En definitiva, no es, pues, éste el libro que yo esperaba del profesor PECES-BARBA. Creo que tiene aún otras cosas muy interesantes que decirnos y que aquí no ha dicho. A esta tarea le animo con una sincera intención de diálogo, pues no hubiera redactado estas páginas si no hubiese contado de antemano con el talante liberal, abierto y dialogante, con la mentalidad universitaria, en definitiva, del profesor PECES-BARBA, pues no otra cosa que un bien que limitado diálogo universitario pretende haber sido lo aquí desarrollado. Ello evidentemente hace que mi parte de este diálogo esté sometida a cualquier otra mejor opinión en Derecho.

8. Distinta crítica merece, sin embargo, el capítulo a cargo de PRIETO SANCHÍS. Esto es, en mi opinión, lo mejor del libro. Pese a tratar en unas apretadas sesenta páginas problemas tan debatidos como pueden ser el valor normativo de la Constitución, el reglamento independiente, el significado del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración, la relación competencial o jerárquica entre las leyes ordinarias y las leyes orgánicas, etcétera, el resultado es a todas luces plausible. Obviamente se podrá estar en desacuerdo con los puntos de vista que sostiene el autor, pero nada cabe decir en cuanto al modo de exponerlos, defenderlos y de rebatir las tesis contrarias.

Desde mi óptica personal, hay dos temas en los que sus planteamientos no me parecen convincentes. Estos son los relativos al pretendido carácter jerárquico de la relación que media entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias y el que se refiere a la interpretación de los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución.

9. En cuanto a lo primero, un primer punto de desacuerdo lo constituye la defensa de la propia institución de las leyes orgánicas que hace PRIETO SANCHÍS. Estas expresan para él «un fortalecimiento del poder legislativo y de la influencia de las minorías opositoras», lo cual es más que discutible, como ya ha expuesto en otro lugar FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. En primer lugar, porque más que fortalecer *bloquean* el poder legislativo a la espera de una nueva

coyuntura política que permita alcanzar la mayoría cualificada precisa para su ulterior reforma, lo que impide que las alternancias en el poder se traduzcan en reformas del Ordenamiento.

Es más que cuestionable establecer que un Gobierno no pueda desarrollar su política legislativa contando con una mayoría parlamentaria y que deba requerir para ello el acuerdo de las minorías. Pero lo es aún más cuando lo que se acaba promoviendo es la influencia de las *mayorías* opositoras, es decir, de los grupos de la oposición mayoritarios, soslayando a las pequeñas minorías aun cuando sean éstas las más directamente afectadas. Ejemplo de ello lo constituye el reciente proyecto de la LOAPA, en cuya formulación fueron excluidos los partidos más representativos de las autonomías vasca y catalana, así como los demás partidos minoritarios de ámbito nacional.

La realidad ha demostrado que las leyes orgánicas no legitiman la formulación de unas reglas básicas del desarrollo constitucional, desde el momento que en ellas no se da cabida a la pluralidad de opciones políticas que cubren el abanico parlamentario.

Lo más grave estriba precisamente en que, como dice PRIETO SANCHÍS, «las leyes orgánicas representan la perpetuación de un cierto pactismo político, prolongando en esta categoría la actitud y el talante de los trabajos constitucionales», pues ello, y al contrario de lo que opina este autor, no «expresa la enorme fuerza de la Constitución», sino, antes bien, su debilidad y constituyen un portillo abierto para su vulneración, pues implica la extensión en el tiempo del proceso constituyente, sin las garantías ni la solemnidad de éste.

Este tema se ha puesto de manifiesto precisamente en el intento de transformación de la naturaleza de las leyes orgánicas, que de estar delimitadas en la Constitución por su ámbito estrictamente material, han pasado a ser definidas como tales, las que con tal carácter se aprueben «cualquiera que sea su contenido» (art. 28.2 de la LOTC). Esta variación, producto del bendecido, que no bendito, «consenso», trastoca todo el complicado sistema de producción normativa. En efecto, como es sabido, el concepto de ley orgánica es incompatible con las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas con la delegación legislativa y con la propia potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales. No es admisible, pues, que el consenso pueda sustituir la voluntad constituyente del pueblo soberano.

Otro de los puntos de desacuerdo lo constituye el tema relativo al rango superiormente jerárquico de las leyes orgánicas. Digamos primero por qué y a continuación analizaremos los argumentos utilizados por el autor para sostener sus tesis.

La razón primera y manifiesta para negar la superioridad jerárquica de las leyes orgánicas sobre las leyes ordinarias es pura y simple: la Constitución sólo reconoce un único rango de ley. Así está establecido en los artículos 82.1; 161.1, a), y 183. Quizá en estos dos últimos el tema aparezca con mayor claridad. En el artículo 161.1, a), se establece que el Tribunal Consti-

tucional tiene la competencia para conocer «del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica *con rango de ley*, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

De aquí se desprende que el rango de las normas sobre las que el Tribunal Constitucional ejerce su control es el mismo. Igual conclusión se deriva del artículo 163, en el que el control negativo de constitucionalidad ejercido por los tribunales ordinarios ante el Tribunal Constitucional se extiende a las *normas con rango de ley* sin distinción, pues, alguna de rango.

Sin embargo, para PRIETO SANCHÍS existe una superioridad jerárquica de la ley orgánica sobre la ley ordinaria.

Por ello parte de hacer una distinción entre la naturaleza de las materias reguladas. Así, «cuando los objetos de regulación son distintos, las normativas se configuran como paralelas y entonces cabe hablar de competencia... Por el contrario, cuando los objetos regulados son total o parcialmente coextensos la normativa ya no es paralela, sino superpuesta; en este caso, la antinomia es perfectamente posible y uno de los criterios para resolverla, tal vez el principal, es el principio de jerarquía...». De aquí que, al no ser posible que toda ley orgánica agote la materia objeto de regulación, «la afirmación del principio jerárquico, además de posible, se impondrá como necesario para salvaguardar la seguridad y la certeza del ordenamiento». Hasta aquí lo esencial de su primer argumento.

No obstante, a mi juicio, éste quiebra en dos aspectos. Primero, no es cierto que la relación entre competencias legislativas concurrentes deba ser necesariamente de jerarquía, tal y como ha puesto de manifiesto MUÑOZ MACHAÑO en relación a las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas. Segundo, el autor parte de la negación de una operación que necesariamente debe realizarse y que consiste en la delimitación casuística de las materias reservadas a ley orgánica, pues ello constituye una vinculación excepcional de los poderes legislativos de las Cortes Generales, que ordinariamente se desarrollan mediante el juego de las mayorías.

Que esta delimitación sea dificultosa no empece la necesidad de tal delimitación. Incluso la propia Constitución obliga a ello en el artículo 82.1, cuando para ejercer la delegación legislativa las Cortes Generales no tienen más remedio que determinar que la materia de que se trate no esté incluida en el artículo 81.

No existe, pues, concurrencia de instrumentos normativos para regular materias reservadas a ley orgánica. El juicio ha de recaer sobre si un supuesto pertenece o no al núcleo reservado a la ley orgánica. Si pertenece a él, sólo otra ley orgánica podrá modificarlo, si, en cambio, es ajeno a dicho núcleo, una ley ordinaria desarrollando su propio ámbito de competencias constitucionales podrá variar su regulación.

El segundo argumento del autor se basa en afirmar que «el fundamento de la superioridad de la ley orgánica es el mismo que el de la propia Constitución», pues «el texto constitucional no se halla en una relación jerárquica porque el órgano creador deba ser especial y distinto de aquel que produce la legislación ordinaria», ya que «lo normal es que las leyes y la Constitución sean productos de un mismo órgano», por ello la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ constituye una invocación implícita de un «puro Derecho natural» al afirmar que la jerarquía de las normas es «un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que la producen».

Pero a mi modo de ver, el autor no tiene en cuenta que precisamente en nuestro Ordenamiento jurídico aparece claramente diferenciado el legislador constitucional del legislador ordinario. En efecto, el carácter de ratificación del referéndum sobre la propia Constitución, así como el de los previstos en los artículos 167 y 168 de la misma otorgan un valor cualitativamente diverso a la norma constitucional del que carecen el resto de las normas emanadas por las Cortes, ya que no hay que olvidar que el referéndum que pueda acompañar a ciertas decisiones políticas de especial trascendencia, según reza el artículo 92 C. E., tienen un mero carácter consultivo.

El tercer argumento se centra en un dato ya aludido anteriormente, el contenido del artículo 28,2 de la LOTC. Como es sabido, este precepto dispone que el Tribunal Constitucional puede declarar, por infracción del artículo 81 de la Constitución, la inconstitucionalidad de disposiciones que regulen materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, «cualquiera que sea su contenido».

Ya se ha señalado que este apartado segundo implica la ruptura de la naturaleza exquisitamente material de las leyes orgánicas que contempla la Constitución para hacer prevalecer el dato puramente formal de su «aprobación con tal carácter», sin tener en cuenta el contenido de la misma.

Esta reconversión de la naturaleza de las leyes orgánicas, aparte de su palpable contradicción con el texto constitucional, carece de consistencia en cuanto que cualquier conflicto entre ley orgánica y ley constitucional deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional mediante una aplicación directa de la Constitución, que es el texto que dicho Tribunal está llamado a interpretar. La existencia del precepto mencionado, por tanto, no es en modo alguno un obstáculo para que el Tribunal entre a delimitar en qué casos una ley orgánica «aprobada con tal carácter» se extralimita en la regulación de las materias reservadas a la misma. No es admisible así la postura de PRIETO SANCHEZ cuando dice que «lo que ningún Tribunal puede hacer es suplantar al legislador en su función de concretar o detallar el ámbito material reservado a la ley orgánica». Desde el momento en que el ámbito de esta última está delimitado por el resto de los ámbitos en los que desarrollan sus funciones los demás órganos que tienen atribuidas potestades legislativas por el texto

constitucional, la interpretación de este último no supone otra cosa que la concreción del ámbito material reservado a la ley orgánica.

La expresión final del artículo 28,2 «cualquiera que sea su contenido», sólo tiene dos interpretaciones posibles. Una, su declaración de inconstitucionalidad, como ha señalado parte de la doctrina, por alterar la naturaleza de las leyes orgánicas establecidas en la Constitución. Otra, acomodarla a la legalidad constitucional, bien aduciendo, como RUBIO LORENTE y ARAGÓN REYES, que tal contenido se refiere a las materias señaladas en el artículo 81, o bien entendiendo que tal expresión remite no al contenido de la ley orgánica, sino al de cualquiera del resto de las disposiciones con fuerza de ley que menciona dicho precepto, en el sentido de que aunque su enunciado y contenido esencial no contrarie a la ley orgánica sí pueden hacerlo aspectos parciales y secundarios de las mismas.

El rechazo de la concepción formal de las leyes orgánicas ha sido confirmado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de febrero de 1981, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares. En efecto, en el apartado 21, A), de la misma se establece:

«Cuando en la Constitución se contiene una reserva de ley, ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de ley orgánica —y no una reserva de ley ordinaria— sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental (art. 81 y conexos), reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la mayoría, de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81, 2, CE), pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma ley orgánica o por sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. Levada a su extremo, la concepción formal de ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas.»

Queda confirmada así la negativa a aceptar la existencia de leyes orgánicas meramente formales en nuestro ordenamiento, cuando tal calificación no se encuentre apoyada en un contenido material sometido por la Constitución a reserva de dicho tipo de ley.

Un posible punto de quiebra de esta doctrina del Alto Tribunal lo constituye, sin embargo, la admisión de la teoría de las «materias conexas».

Esta teoría fue expuesta originariamente por QUADRA SALCEDO, el cual, admitiendo el concepto «básicamente sustantivo de ley orgánica», estima que, junto a éste, «subsisten unos ámbitos materiales, lógicos y jurídicamente co-

nexos, en los que corresponde al Congreso, en su condición de legislador especial del artículo 81 de la Constitución, decidir si los regula o no mediante ley orgánica y si no los regula entonces el Congreso, como legislador ordinario puede hacerlo mediante ley normal; por consiguiente, en estos ámbitos materiales conexos no hay una reserva material necesaria, sino que el carácter de ley orgánica se basa en la decisión, en la voluntad, del Congreso; en definitiva, en estos ámbitos puede pertenecer a la ley orgánica lo que decida el Congreso y en este caso el ámbito incorporado no podría modificarse si no es por otra ley orgánica».

El Tribunal Constitucional acoge por su parte la existencia de estas materias conexas, sentando, sin embargo, unos criterios interpretativos que mantienen, a mi juicio, el carácter material de la naturaleza de la ley orgánica, pues tienen como consecuencia negar la libre disposición del legislador sobre las materias conexas e impone el arbitraje último del Tribunal Constitucional en cuanto al reparto de competencias establecido en la Constitución.

La sentencia empieza por señalar que «el legislador, al elaborar una ley orgánica, podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria, pero que, en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa, considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la ley orgánica». En tal caso, esto es, cuando «en una misma ley orgánica concurren materias estrictas y materias conexas», el Tribunal ha reconocido que, «en principio, éstas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango señalado en el artículo 81,2 de la Constitución y que así debe ser en defensa de la seguridad jurídica» (art. 9,3 de la CE).

Sin embargo, el Tribunal también admite que el trato que reciben las materias conexas no es el mismo que el de las materias estrictas, pues dicho régimen de congelación de rango «puede ser excluido por la propia ley orgánica en relación a alguno de sus preceptos, indicando cuáles de ellos contienen sólo materias conexas y pueden ser alteradas por una ley ordinaria de las Cortes Generales o, en su caso, por leyes de las Comunidades Autónomas».

Si prestamos atención a lo que acaba de decir el Tribunal, se pone de manifiesto la incongruencia del mecanismo según el cual las materias conexas adquieren el régimen propio de la ley orgánica, pues se opera de este modo, en un primer momento, una invasión del ámbito de competencias del legislador estatal ordinario o del legislador autónomo que sólo, en un segundo momento, por decisión de la propia ley orgánica, éstos podrían volver a recuperar. Se estaría convirtiendo, de este modo, al legislador orgánico en árbitro de un sistema de competencias regulado en la Constitución.

Que esto no debe ser así se demuestra en la propia sentencia, cuando, al hilo del razonamiento anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional se atribuye a sí mismo, como no podía dejar de ser, la competencia para la

determinación de quién posee la potestad normativa sobre las materias conexas:

«Si tal declaración no se incluye en la ley orgánica o si el contenido de ésta no fuese ajustado a derecho a juicio del Tribunal Constitucional, será la sentencia correspondiente de éste la que, dentro del ámbito propio de cada recurso de inconstitucionalidad deba indicar qué preceptos de los contenidos en una ley orgánica pueden ser modificados por leyes ordinarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, contribuyendo de este modo tanto a la depuración del ordenamiento como a la seguridad jurídica, que puede quedar gravemente afectada por la inexistencia o imperfección de las citadas normas de articulación.»

De esta declaración se desprende en definitiva que:

a) Únicamente las materias estrictamente reservadas a la ley orgánica gozan de invulnerabilidad frente a las leyes ordinarias.

b) Ciertas materias que, en principio, pueden parecer que no son materia estricta, por referirse a cuestiones de organización o procedimiento, podrían ser incluidas en una ley orgánica y gozar de su régimen especial.

c) En todo caso, dichas materias conexas están sometidas a la revisión del Tribunal Constitucional, que es quien determina, en definitiva, si es legítima su derogación o modificación mediante una ley ordinaria.

Volvemos, pues, al criterio conceptual que acoge únicamente el carácter material de la ley orgánica, y la alusión al tema de las materias conexas no debe inducir a confusión.

Evidentemente, entre el ámbito competencial del legislador orgánico y el del legislador ordinario existe un halo de incertidumbre en cuanto a quién corresponde ejercer la potestad normativa. Tanto el legislador orgánico como el ordinario al desarrollar sus competencias, interpretan a su modo de qué lado cae ese halo de incertidumbre. Pero esta interpretación, por ser una interpretación directa del texto constitucional, no puede sino estar sometida al control del Tribunal encargado de su tutela. Lo que no se puede admitir, a mi juicio, es que el legislador orgánico acapare, sin control alguno, las materias límite o puente entre su ámbito propio y el del legislador ordinario.

Precisamente, cuando el Alto Tribunal indica en su sentencia si una materia conexa puede ser modificada o no por una ley ordinaria, lo que hace no es otra cosa que formular un juicio acerca de si la misma es, en realidad, y pese a su duda aparente, materia reservada al legislador orgánico o, por el contrario, corresponde al ámbito material señalado por la Constitución para el juego de las mayorías o para la expresión de la voluntad política de los territorios autónomos. A mi juicio, *tertium non datur*, pues no existen ámbitos materiales competencialmente vacíos.

10. En cuanto a la interpretación de los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la CE, mantengo también varios puntos de discrepancia.

Dejando a un lado los antecedentes constitucionales del precepto debido al confusionismo en que se desarrollaron, todo esquema que pueda trazarse de estos dos apartados debe tener siempre presente que estamos ante un mecanismo de relación del ejercicio del poder público por parte de dos organizaciones que cuentan con una legitimación representativa de distinto origen. Es decir, nos encontramos debatiendo unas relaciones que están presididas por el principio del pluralismo político.

Ello hace que no sean trasladables los esquemas de la delegación legislativa entre Cortes Generales y Gobierno, como sostiene en cambio, para el estudio del artículo 150,1, PRIETO SANCHÍS. El criterio en que se apoya el mecanismo de la ley de bases-texto articulado consiste en consentir a las Cámaras legislativas desligarse de un trabajo complejo y excesivamente tecnificado que no es acorde con la estructura funcional de éstas. Sin embargo, con el mismo no se pretende enajenar, en favor del Ejecutivo, ninguna parcela de decisión política. Así, el artículo 82,4 de la CE obliga a que las leyes de bases delimiten «con precisión el objeto y el alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio». Además, el órgano delegado no tiene potestad legislativa ordinaria, por lo cual todo exceso en la delegación puede ser controlado por los Tribunales ordinarios.

En el supuesto que se contempla en el artículo 150,1 no se produce, en cambio, una delegación legislativa, sino que se *atribuye* a las Comunidades Autónomas la emanación de normas legislativas para sí mismas, en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. En definitiva, al poner en marcha el mecanismo de la ley marco-ley de desarrollo, se reconoce en favor de las Comunidades Autónomas un espacio de decisión política propio, en aplicación de dichos principios, precisamente para modularlos en razón de las peculiaridades particulares de cada territorio autónomo.

Por otro lado, la propia naturaleza de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma hace que ésta emane disposiciones con fuerza de ley, las cuales serán o no respetuosas con los principios que la Constitución reserva al legislador estatal y estarán sometidas, por tanto, a un juicio de constitucionalidad, pero, en ningún caso, pueden constituir normas reglamentarias. No cabe, pues, que los excesos de las leyes de desarrollo sean controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ciertamente la referencia en el propio artículo 150,1 a la «competencia de los Tribunales» ha suscitado este problema del control de las leyes de desarrollo por la jurisdicción contenciosa, de forma similar a lo previsto en el artículo 82,6 de la CE para las delegaciones legislativas. Pero, a mi modo de ver, ello no es posible, pues el artículo 153 c) de la CE fija la competencia de dicha jurisdicción, únicamente en relación a la «administración autónoma y a sus normas reglamentarias», conceptos éstos que no pueden ser aplicados a las disposiciones emanadas por la Asamblea legislativa autonómica, aunque ésta se exceda en el ejercicio de su competencia.

Tampoco es aquí aplicable, como pretende el autor, el artículo 27,2 e) de la LOTC, que establece el control de inconstitucionalidad sobre «las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa». Esta mención a la competencia de los Tribunales contenciosos para revisar los decretos legislativos no se refiere al artículo 150,1, sino a los propios supuestos de delegación legislativa entre la Asamblea legislativa autonómica y su Consejo de Gobierno, tal y como está establecido, por ejemplo, en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Tenida cuenta de lo anterior, hay que destacar que en el artículo 150,1 no se establece ninguna limitación en relación a las materias objeto de competencia estatal a las que es aplicable el sistema de ley marco-ley de desarrollo.

Ello a mi juicio resta virulencia a la discusión en torno al problema de si mediante el apartado 2 del artículo 150 pueden transferirse o delegarse potestades legislativas a las Comunidades Autónomas, ya que mediante el apartado 1 se puede profundizar en el proceso de federalización del Estado de forma equiparable a los posibles resultados que se obtuviesen aplicando la fórmula del apartado 2. Pues si bien es cierto que a través de este último cabría la hipótesis de una transferencia en exclusiva de competencias estatales a las Comunidades, este mecanismo cuenta con el límite de que, por su naturaleza, estas transferencias o delegaciones no son posibles respecto de ciertas materias, límite que no existe en el caso anterior.

Desde una interpretación literal del precepto, no cabe duda que pueden atribuirse en base al mismo, potestades legislativas a las Comunidades Autónomas. No obstante este procedimiento me parece más complicado y entraña una serie innumerable de problemas de articulación jurídica. Por ejemplo, ¿constituye éste un sistema de delegación legislativa no previsto en el artículo 82? ¿Se establece una relación de jerarquía entre la ley orgánica delegante y la ley autonómica delegada? ¿Cuándo debe entenderse revocada la delegación y cuál es el mecanismo a utilizar para volverla a otorgar? Las respuestas dadas por la doctrina a estos interrogantes no son a mi juicio del todo convincentes. Antes bien, llevada del loable intento de buscar una interpretación correcta a este precepto tan ambiguo, no se consigue sino aumentar la confusión dentro de nuestro ya complicado sistema de fuentes.

Por ello, me inclino hacia la utilización de esta vía para completar o preparar, a través de una descentralización administrativa, el otorgamiento de potestades de decisión política a través del artículo 150,1.

Quizá, incluso, pueda darse respuesta a la principal objeción que se plantea a la tesis de encuadrar en este apartado una mera descentralización administrativa: ¿Por qué ésta se realiza mediante una ley orgánica cuando la atribución de potestades legislativas del apartado 1 requiere una simple ley ordinaria? Esta contradicción adquiere una cierta luz si se tiene en cuenta que la primera operación, la descentralización administrativa, contiene, a

pesar de lo paradójico que pueda parecer, un mayor peso político. En efecto, si observamos atentamente, el supuesto más lógico a desarrollar mediante la atribución a las Asambleas autonómicas de potestades legislativas dentro del respeto a leyes marco estatales, debe referirse a materias en relación a las cuales la Comunidad Autónoma esté dotada ya de funciones administrativas de ejecución e incluso de reglamentación. La importancia de la decisión de otorgarles un margen, lo amplio que se quiera, de decisión política sobre tales materias, no supone un cambio esencial en la organización del Estado, puesto que los servicios que tutelen las materias sobre las que pasan a legislar las Comunidades Autónomas eran ya servicios gestionados por éstas.

En cambio, la opción que se adopta en el apartado 2 es, en realidad, aun tratándose de una descentralización administrativa, de mucha mayor envergadura: se trata de transferir los medios económicos, materiales y personales para la gestión de una función administrativa. Téngase en cuenta, además, que la aconsejable homogeneidad competencial de las Comunidades Autónomas hace que las transferencias de servicios deban decidirse para el conjunto de los territorios que hayan accedido a la autonomía, posibilitando, al mismo tiempo, una reforma racional de la propia Administración del Estado. El volumen real de esta operación de transferencia o delegación de servicios puede ser, como se ve, impresionante. Por ello, esta decisión exige un acuerdo político acorde con el concepto de ley orgánica, por la necesaria estabilidad que requiere la gestión de los asuntos públicos, en favor de la cual debe impedirse que puedan producirse cambios bruscos que sólo redundarían en perjuicio de funcionarios y administrados.

