

# FUNDAMENTOS DE DERECHO

## APUNTES BÁSICOS DE LA ASIGNATURA

CURSO ACADÉMICO 2022- 2023

TEMARIO DE LA ASIGNATURA DE FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PROF. RAFAEL GARCÍA DEL POYO**

## **TEMA 4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NUESTRA CONSTITUCIÓN**

#### **3.1. ESTRUCTURA Y CARACTERES GENERALES**

#### **3.2. LA SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. GARANTÍAS DE SUPERIORIDAD**

##### **3.2.1. La reforma de la Constitución. Título X y procedimientos de reforma.**

##### **3.2.2. La justicia constitucional y sus modelos.**

#### **4. PRINCIPIOS Y VALORES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LOS VALORES SUPERIORES.**

#### **3.1. ESTRUCTURA Y CARACTERES GENERALES.**

La Constitución de 1978 es, después de la Constitución de 1812, la más larga de nuestra historia. Consta de un total de 169 artículos a los que hay que añadir cuatro disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una final.

Por lo tanto, la estructura de la CE 1978 es la siguiente: a) Preámbulo.

b) Título Preliminar y 10 Títulos.

c) Cuatro Disposiciones Adicionales. Nueve Disposiciones Transitorias. Una Disposición Derogatoria y Una Disposición Final.

De este conjunto de artículos hay que distinguir entre varios tipos de disposiciones:

Preámbulo. Es una enumeración de principios y valores en que se fundamenta la CE y puede servir para interpretar algún precepto en caso de duda, sin embargo, no tiene aplicación directa.

Texto articulado. Artículos 1-169. Estas disposiciones tienen carácter obligatorio en su totalidad, aunque algunas tengan un contenido descriptivo más que de obligación concreta.

La división en Títulos tiene el sentido de facilitar la localización de determinadas materias. Cada Título debe regular una materia diferenciable de otros, pero no siempre es verdad. El Título V “De las Relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales” podía estar incluido en el Título III “De las Cortes Generales”.

Dentro de cada Título, hay ocasiones en las que, para facilitar la localización y ordenación de materias, se divide el contenido en Capítulos, cuando el Título es largo. Tres Títulos están divididos en Capítulos: El Título I “De los Derechos y Deberes Fundamentales”; el Título III “De las Cortes Generales”; y el Título VIII “De la Organización Territorial del Estado”.

A su vez, los capítulos a veces van divididos en secciones, como el Capítulo 2<sup>a</sup> del Título I. Los artículos van divididos en párrafos y los párrafos, cuando tienen punto y aparte entre medias, se dividen en apartados. Tanto párrafos unidos como apartados pueden ir numerados. Los apartados utilizan un tipo de numeración distinto al de los párrafos, normalmente letras si son menos de 10 ó 12.

El texto constitucional contiene las materias que tradicionalmente se entienden como el contenido típico de las Constituciones:

- 1- Dogmática. Se enumeran los principios en los que se fundamenta una Constitución y se establece cuáles son los Derechos y Deberes de los ciudadanos. En la CE la parte dogmática está incluida en el Título Preliminar (arts. 1-9) y en el Título I (arts. 10-55). En sentido técnico, hay algún artículo del Título VII que también pertenece a esta parte.

Lo más importante es tener en cuenta que el Título I, al estar dividido en cinco Capítulos, y uno de ellos en dos Secciones, agrupa la materia de los derechos y deberes bajo el criterio de cómo se regulan:

- 1) Status de nacionalidad.
- 2) Derechos y Libertades, dividido en: a) Derechos Fundamentales y Libertades Públicas (arts. 15-29); y b) Derechos y Deberes de los ciudadanos (arts. 30-38). El modo de regular los derechos comprendidos en los artículos 15-29 es distinto a los incluidos en los artículos 30-38, principalmente por la necesidad de seguir el cauce de Ley Orgánica o el de Ley Ordinaria.
- 3) Principios Rectores de la Política Social y Económica. Las materias aquí comprendidas tienen un sentido hermenéutico que puede dar lugar a una aplicación política distinta. La aplicación directa de estas reglas es discutible.
- 4) Garantías de las Libertades y Derechos Fundamentales. 5) Suspensión de los Derechos y Libertades.

- 2- Orgánica. Esta parte se refiere a los órganos fundamentales del poder público y comprende desde el Título II al IX. Se suelen distinguir dos tipos de órganos: constitucionales y de relevancia constitucional. Los órganos constitucionales son sobre los que se articula la división de poderes y configuran la forma de Gobierno (Jefe del Estado, Parlamento, a veces el cuerpo electoral, el Gobierno, y la estructura de resolución de conflictos -Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios-). Los órganos de relevancia constitucional son el resto de organismos mencionados en la Constitución. Son importantes en la organización estatal, pero no inciden en la forma de gobierno (Defensor del Pueblo, Consejo de Estado).
- 3- Reforma. Está recogida en el Título X. La parte de reforma se refiere al procedimiento a través del cual se reforma la Constitución. No es necesariamente igual al que se siguió para su elaboración, ya que cuando se elabora no existen todavía órganos constituidos. Puede haber un único procedimiento o varios posibles. La reforma total de la Constitución y de algunas partes concretas de la misma requiere mayorías reforzadas en la Cámara, superiores a la mayoría absoluta y referéndum. La reforma parcial de la Constitución requiere una mayoría menos agravada y no es necesario el referéndum, salvo que se den ciertas circunstancias.

Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatoria y Final. Las Disposiciones Adicionales se ocupan de materias que no son objeto de regulación en la ley que acompañan. En el caso de la CE, no se refieren a la organización constitucional. Las Disposiciones Transitorias se refieren al período en el que los derechos y la organización que se establece en la CE no han entrado todavía en vigor y se regula su transitoriedad (por ejemplo, los preestatutos de autonomía). La Disposición Derogatoria establece expresamente la derogación de las Leyes Fundamentales del franquismo y al mismo tiempo establece la cláusula de primacía de la CE. La Disposición Final establece cuándo entrará en vigor, el día de la publicación.

En nuestra Constitución se observan una serie de influencias de otros textos constitucionales. Entre ellos, de los que se aprobaron después de la II Guerra Mundial:

- la Constitución Italiana de 1947, en la orientación progresista de algunos artículos de la Constitución (por ejemplo, el 9.2), y, sobre todo, en la concepción del Estado regional

- la Constitución Francesa de 1958, sobre todo en materia de fuentes (concepto de ley orgánica, p ejemplo)
- la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la afirmación del Estado social y democrático de derecho y en la adopción de técnicas de racionalización del parlamentarismo (moción de censura constructiva, por ejemplo).
- Las constituciones nórdicas en lo relativo a la Monarquía parlamentaria y la regulación de la Corona.

Dentro de las constituciones españolas, se tomó como modelo la Constitución de la II República para ciertas materias: la formulación de ciertos derechos y libertades, la iniciativa legislativa popular, el título dedicado a la organización territorial del Estado y, sobre todo el control de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional. También se tomaron algunos preceptos de las Leyes Fundamentales de Franco en materias técnicas. De la Ley para la Reforma Política, se han adoptado el modelo bicameral y la naturaleza de cada Cámara, recogidos en los artículos 68 y 69.

Desde una perspectiva global es posible destacar algunos caracteres generales de la Constitución de 1978. Se trata de una Constitución larga, que puede explicarse como revulsivo al régimen franquista, pero al mismo tiempo es un texto en cierto modo impreciso, caracterizado por la ambigüedad de sus enunciados (a veces incluso contradictorios). No obstante, esta ambigüedad permite que con el mismo texto puedan gobernar fuerzas políticas de muy distinto signo. En otros aspectos, como en la organización territorial del Estado, la Constitución no ofrece un modelo acabado y el texto es insuficiente para describir la estructura territorial que se formalizaría en un futuro. Finalmente, la Constitución es un texto muy rígido que dificulta notablemente su reforma.

### **3.2. LA SUPERIORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN. GARANTÍAS DE SUPERIORIDAD**

La supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico tiene su razón en el origen de la norma, pues la Constitución aparece vinculada a la misma esencia del principio democrático al ser fruto de un pacto constituyente, de un pacto de comunidad.

La CE asume su propia supremacía expresamente en tres momentos: en primer lugar, en el Preámbulo, cuando identifica a la Nación española como origen de la Constitución (“las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente Constitución”); en segundo lugar, el art. 9.1 especifica la sujeción de los ciudadanos

y de los poderes públicos, primero a la Constitución y después al resto del ordenamiento jurídico con lo que pone de manifiesto la diferencia de rango normativo entre aquella y todas las demás normas jurídicas. Finalmente, la Disposición derogatoria expresa la supremacía jerárquica de la Constitución en cuanto deroga expresamente las Leyes Fundamentales del franquismo y tácitamente cualquier norma que se oponga a lo dispuesto por la ella.

Afirmada su propia supremacía, la CE la garantiza asegurando así la vigencia del modelo constitucional regulado por ella. Esta garantía se articula por medio de dos instrumentos concretos: la reforma de la Constitución y la Justicia constitucional.

### **3.2.1. La reforma de la constitución. Título X y procedimientos de reforma.**

La primera clasificación de las constituciones que se hizo en el siglo XIX la realizó lord Bryce, incidiendo precisamente en su diferenciación en función de la garantía que ofrecen sus procedimientos de reforma. Bryce distinguía entre constituciones rígidas y constituciones flexibles, en función de la existencia o no de procedimientos especiales para su reforma.

Las constituciones rígidas son las que establecen unos procedimientos específicos para su reforma como mecanismo para garantizar la vigencia de los valores y del sistema constitucional. Estos procedimientos se caracterizan por establecer unos requisitos superiores y más exigentes que los necesarios para elaborar o reformar una ley (plazos de inmodificabilidad de la constitución, mayorías parlamentarias especiales, necesidad de referéndum, etc.) con la finalidad de impedir que la reforma de la constitución pueda quedar en manos de un solo partido político, aunque éste pueda ser mayoritario; en realidad lo que se intenta es que en la reforma se reproduzca de alguna manera una suerte de pacto constituyente. El grado de rigidez de una constitución puede ser mayor o menor según sean más o menos exigentes los requisitos para su reforma.

Las constituciones flexibles, por el contrario, no establecen procedimientos específicos ni especiales para su reforma, de manera que pueden ser modificadas por los mismos procedimientos que una ley normal. Aunque en el siglo XIX se encuentran ejemplos de constituciones flexibles en el sentido expresado, la casi totalidad de las constituciones adoptaron, y hoy desde luego adoptan, la fórmula de la rigidez como garantía de su propio contenido. El ejemplo que sigue vigente como constitución flexible es la inglesa que, en la medida en que no se trata de una constitución escrita no contiene mecanismos concretos de reforma, lo que no

supone que carezca de garantía ya que en realidad es posiblemente más complicado modificar una convención o una práctica no escrita que lo que pueda ser reformar una norma escrita.

La Constitución Española (CE) establece en el Título X dos procedimientos de reforma, uno extremadamente rígido y otro menos exigente. Ambos procedimientos tienen un punto de partida común, que es la iniciativa de la reforma. El art. 166 reconoce dicha iniciativa al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado y a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, quedando excluida la iniciativa legislativa popular. Presentada la iniciativa por cualquiera de las instituciones legitimadas se iniciará el proceso de la reforma que variará en función del contenido de la misma.

El procedimiento de superrigidez constitucional (art. 168) se aplica cuando se quiere reformar toda la Constitución o las partes más significativas de la misma (los valores y principios constitucionales, los derechos fundamentales o la Corona). Se exigen unas mayorías muy altas tanto en el Congreso como en el Senado (2/3), que no se rebajan en ninguna de las fases. El procedimiento se inicia por la aprobación del principio de la reforma (es decir, la necesidad de la misma) en ambas Cámaras, disolviéndose a continuación las Cortes para proceder a la convocatoria de unas nuevas Cortes, que serán las encargadas de hacer la reforma.

Las nuevas Cámaras tienen que aprobar de nuevo el principio de reforma, tras lo que se pasa a la tramitación parlamentaria del contenido concreto de la misma en ambas Cámaras. Aprobado el nuevo texto por ambos Planos finalmente tiene que ser sometido a un referéndum sancionador. Como puede verse, la intervención del cuerpo electoral es permanente en este procedimiento.

El procedimiento rígido (art. 167) se aplica en los casos no incluidos en el supuesto anterior. La mayoría exigida es menor, aunque sigue siendo alta (3/5), y el procedimiento es mucho más sencillo ya que las Cámaras abordan directamente la reforma e incluso se contempla la posibilidad de superar las discrepancias entre el Congreso y el Senado; en efecto, si en el Senado no se hubiese logrado la mayoría exigida, y siempre que se hubiese llegado a la mayoría absoluta, el Congreso podrá aprobar la reforma con una nueva votación en la que ratifique la mayoría de tres quintos. Aprobado el texto de reforma por las Cortes sólo se convocará un referéndum sancionador si lo solicita la décima parte de cualquiera de las Cámaras.

La realidad es que, aunque los dos procedimientos difieren en su complejidad y duración, una reforma de la Constitución exige siempre un acuerdo de las fuerzas

mayoritarias para llevarla a cabo; conseguido el acuerdo el procedimiento puede ser más o menos complicado, pero es factible. Sin dicho acuerdo no son posibles ninguna de las dos vías de reforma.

Prácticamente todas las constituciones son, antes o después, objeto de reformas como forma explícita de adaptar la normativa constitucional a las circunstancias nuevas que inciden en el orden constitucional del Estado. De hecho, hay constituciones que han sido objeto a lo largo de su vigencia de múltiples reformas que han actuado como mecanismos de garantía de las mismas.

La Constitución española de 1978 ha sufrido dos procesos de reforma constitucional. El primero para acomodar el art. 13.2 a las exigencias derivadas de la ratificación del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht); la reforma se hizo por el procedimiento rígido del art. 167 y no se sometió a referéndum ya que no se solicitó en ninguna de las Cámaras. La segunda, la modificación afecta al artículo 135 de la Constitución y fue aprobada en 2011; perseguía garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país, también siguió el procedimiento del artículo 167 CE

Junto a estos procedimientos formales de reforma pueden producirse, y de hecho se producen siempre, mutaciones de la Constitución. Estas mutaciones suponen modificaciones del sentido de algunos preceptos de la Constitución sin alterar su redacción literal. La mutación es un fenómeno previsible ya que las constituciones suelen tener una vigencia prolongada y es necesario adaptar su contenido a los cambios sociales y políticos que pueden producirse durante dicha vigencia para que la constitución no quede desfasada. Las vías de mutación pueden ser variadas (interpretación nueva de preceptos constitucionales, desuso o cambio de contenido de ciertas competencias, etc.) pero siempre tienen como resultado una alteración en la aplicación de la normativa afectada por dicha mutación. Sin embargo, la mutación tiene un límite ya que no puede afectar a los valores y principios básicos de la Constitución, ya que en ese caso no se estaría ante una mutación sino ante la inaplicación de la Constitución y su modificación radical al margen de los procedimientos constitucionalmente establecidos.

Ahora bien, la posibilidad de reforma de la constitución tiene ciertos límites. En general puede ser temporales, como es el supuesto de prohibir la reforma durante determinados periodos de tiempo, normalmente una serie de años desde la



aprobación para garantizar un mínimo de vigencia, o bien impedir que se produzca en determinadas circunstancias, y mientras duren las mismas. Cuando los límites a la reforma son materiales se prohíbe, temporal o definitivamente, la reforma de determinados contenidos constitucionales. En este capítulo pueden incluirse las cláusulas de intangibilidad, también llamadas cláusulas pétreas, que establecen la imposibilidad total de acometer la reforma de alguna materia regulada por la Constitución, si bien hay que tener en cuenta que el valor de estas cláusulas es siempre muy relativo ya que siempre pueden encontrarse mecanismos para eludirlas.

El art. 169 CE establece unos límites temporales al precisar que no podrá iniciarse la reforma en tiempo de guerra ni cuando estuviesen proclamados cualquiera de los tres supuestos de anomalía previstos por el art. 116, es decir en los estados de alarma, de excepción y de sitio.

Al margen de estos límites temporales la CE no establece ningún otro límite expreso; sin embargo, la inexistencia de una formulación expresa de límites materiales no supone que éstos no existan. El poder de reforma es un poder constituyente derivado cuya competencia se circunscribe a la posibilidad de reformar un texto constitucional concreto preexistente, es decir un texto que incorpora una serie de valores y principios constitucionales que dan vida y fundamentan el modelo constitucional.

Ello quiere decir que la capacidad del poder de reforma tiene el límite implícito que establece la obligación de respeto a los principios constitucionales ya que la modificación de los mismos no podría calificarse como de reforma de la constitución sino de configuración de un nuevo modelo constitucional, y en consecuencia de un nuevo poder constituyente, lo que no está contemplado en la reforma constitucional.

### **3.2.2. La justicia constitucional y sus modelos. El modelo español**

La Justicia constitucional es la segunda garantía de la supremacía de la Constitución, y radica en el control de constitucionalidad de las normas inferiores a la misma, asegurando así la no contradicción de aquéllas con la constitución. Naturalmente dicho control implica la determinación de un órgano concreto al que se le atribuye

la capacidad para declarar formalmente la existencia de la contradicción entre la Norma superior y las inferiores, y la precisión de los efectos que se derivan del vicio que concurre en la norma contraria a la constitución. Cuando la función de la Justicia constitucional es asumida por un órgano jurisdiccional se configura una jurisdicción constitucional como mecanismo de defensa de la supremacía jerárquica de la Constitución y del orden constitucional que ella define, sobre las demás normas del ordenamiento jurídico.

A partir de este punto de partida, la afirmación de la superlegalidad de la norma fundamental se configuran inicialmente dos modelos de jurisdicción constitucional nacidos en ámbitos geográficos bien diferentes y, sobre todo, en dos modelos jurídicos que responden a principios bien diferenciados.

El primero de los modelos clásicos surge en los Estados Unidos de Norteamérica en fechas muy tempranas como consecuencia de la conjunción de dos elementos. El primero es la conciencia arraigada en las instituciones norteamericanas de la posición de la Constitución federal de 1787 como norma suprema, posición que afirmaba la misma Constitución; el otro elemento a considerar es la tradición jurisprudencial que se recibe en Norteamérica por influjo del sistema jurídico anglosajón. El resultado es la articulación de un modelo de Justicia constitucional articulado sobre la base de una jurisdicción difusa (la capacidad del control de constitucionalidad recae en los órganos jurisdiccionales ordinarios) y concreta (el control de la constitucionalidad de las normas se plantea como una cuestión incidental en un proceso principal no constitucional); la vinculación del control con los órganos jurisdiccionales ordinarios y con un proceso ordinario supone que la declaración de que una ley es inconstitucional sólo implica su inaplicación por el juez en el proceso en el que se ha planteado la duda de la constitucionalidad de la norma, sin que tal declaración tenga efectos generales. Las posibles discrepancias que puedan surgir entre órganos jurisdiccionales respecto de la constitucionalidad de una norma se salvan en el modelo norteamericano sobre la base del precedente y la remisión en última instancia al Tribunal Supremo, que es el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad con efectos generales.

La introducción de la justicia constitucional en Europa será bastante más tardía y dificultosa y hay que esperar a la segunda década del siglo XX. La pervivencia durante todo el siglo XIX del principio monárquico, con el fondo de poder político en manos de los reyes que suponía, y la concepción inicial que tiene el liberalismo de la ley como obra de la nación, norma suprema por ello y no revisable, son serios

obstáculos para la afirmación plena de la supremacía de la Constitución y de su auténtico carácter normativo.

La superación de estos dos obstáculos se produce en la medida en que el principio monárquico cede definitivamente ante el democrático y la ley pasa a ser considerada como el fruto de un órgano constitucional con una situación especialmente privilegiada en el sistema de fuentes, pero sobre la base de que esta situación deriva fundamentalmente del reconocimiento constitucional. Esta nueva situación abre la posibilidad del control de la constitucionalidad de las normas emanadas del Parlamento y con ella a la configuración de un modelo propio de jurisdicción constitucional que responde a los principios del sistema jurídico romano germánico existente en el continente europeo y al esquema positivista y formalista de Kelsen, que lo articula.

El modelo de justicia constitucional europeo es, en primer lugar, un sistema concentrado en que la función de control de la constitucionalidad se sustrae a los órganos de la justicia ordinaria y se atribuye en exclusiva a un órgano expresamente configurado para desempeñarla, que se denominará, en general, Tribunal Constitucional. En segundo lugar, el modelo será de jurisdicción abstracta, es decir, el control de constitucionalidad se actúa sobre la base de un recurso concreto interpuesto directamente contra la norma legal cuyo control se solicita, de tal forma que esta norma es objeto directo, y no incidental, del proceso. Esto supone la necesidad de configurar unas normas procesales específicas ya que las normas procesales ordinarias no son, al menos totalmente, aplicables al proceso constitucional, a lo que hay que añadir que la legitimación activa para instar el proceso no queda vinculada, como en el sistema norteamericano, a los actores de un proceso principal no constitucional, sino que el legislador constitucional es libre en la determinación de quiénes sean los sujetos legitimados para promover el control de la constitucionalidad de las normas.

Finalmente, la declaración de la inconstitucionalidad de una norma por parte del Tribunal Constitucional tiene efectos generales y supone, en principio, la nulidad de dicha norma y su expulsión del ordenamiento jurídico.

Además de los dos modelos clásicos existen modelos de Justicia constitucional mixtos que combinan elementos de los dos. Estos modelos mixtos tienen su origen inicial en los Estados latinoamericanos y en sus procesos de independencia que se suceden en el siglo XIX. Nacen como Estados en un contexto liberal que les impulsa a tener desde el principio una constitución; a la hora de establecer su garantía por

medio de la jurisdicción constitucional, el único modelo existente es el norteamericano, de manera que en estos países se articulan sistemas de Justicia constitucional difusa y concreta.

Cuando en el siglo XX aparece el modelo europeo casi todos los Estados latinoamericanos incluyen en sus sistemas de justicia constitucional un Tribunal o Corte Constitucional, que asume la función de control de constitucionalidad pero no en exclusiva sino compartiéndola con los órganos jurisdiccionales ordinarios. Al margen de estos sistemas mixtos, los modelos europeo y norteamericano han tenido influencias recíprocas que han dado lugar a fórmulas procesales singulares que insertan en cada uno de los modelos algunos elementos del otro.

La Justicia constitucional se estructura en España en el Título X, artículos 159 a 165, siguiendo el modelo europeo, específicamente en función de su articulación en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución italiana de 1947. En consecuencia, la CE atribuye a un órgano constitucional, el Tribunal Constitucional (art. 159 CE), la función de salvaguarda del sistema definido por la Constitución por medio de una serie de procesos constitucionales específicos (arts. 161 y 163 CE).

La normativa constitucional ha sido desarrollada por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). Así pues, el modelo de justicia constitucional adoptado en España responde a los principios del sistema concentrado (el TC se define como único en su orden, art. 1.º.2 LOTC, con competencia exclusiva en su jurisdicción) y abstracto (al estar articulados unos procedimientos constitucionales específicos para que el TC ejerza su función). El Tribunal Constitucional será objeto de estudio detallado en la Lección 7ª de Derecho Político II.

### **3.4. VALORES Y PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. LOS VALORES SUPERIORES**

Antes de entrar a analizar los principios y valores de nuestra Constitución, conviene distinguir tres términos básicos: valores, valores constitucionales y principios. Los valores son los elementos ideales desde el punto de vista ético social que configuran un ordenamiento social y político; en realidad serán los fines que persigue el grupo. Cuando nos referimos a los valores constitucionales entendemos que son los objetivos máximos del ordenamiento constitucional. En realidad, los valores constitucionales determinan la ordenación de las conductas, si bien expresan un

sentimiento social en un momento determinado y en un ámbito cultural concreto. Los principios son los elementos técnicos-jurídicos a través de los cuales se plantea la realización de los valores constitucionales.

Los valores constitucionales son precisados por el poder constituyente en el proceso constituyente. La decisión de cuáles serán estos valores se convierte en fundamental desde el momento en que éstos definen el marco de organización de la vida política de un país, que se concreta en la creación de unas determinadas instituciones. Constituyen, en definitiva, el entramado básico del ordenamiento jurídico estatal, siendo el punto de referencia de interpretación, no solo del ordenamiento jurídico sino de todas las instituciones de la organización estatal.

Cumplen por tanto una función orientadora, pero además una función jurídica directa, ya que proyectan su carácter normativo inmediato de dos formas: porque vinculan al poder legislativo en la creación de normas, las cuales deberán inspirarse en ellos, y a los tribunales que deben aplicarlos; y porque en sentido negativo sirven para corregir e interpretar las normas que se considere que los vulneran.

En todo caso, los valores y principios que fija el poder constituyente deben garantizar la convivencia política y por ello deben ser coherentes con la sociedad en la que se imponen. Si el poder constituyente se apoya en valores incoherentes, no se garantiza la convivencia política y el sistema cae. Por el contrario, si existe un consenso, la Constitución sirve como marco de convivencia. Así sucedió en la discusión y debate del texto constitucional español, la existencia de un gobierno minoritario favoreció la búsqueda del acuerdo y el consenso; de otro lado las fuerzas de la oposición se unían bajo un mismo proyecto, la aprobación de una Constitución que garantizara la existencia de un sistema democrático en España. Todo ello determinó la implantación de unos valores y principios constitucionales que hasta el momento han garantizado la convivencia política.

El preámbulo de la Constitución Española actual nos muestra, como la mayoría de los preámbulos de todas las Constituciones, cuales son los valores y principios que inspiran la redacción de la Constitución, y en España, además, el cambio de régimen. Encontramos así frases explicativas cuya pretensión es comunicar al pueblo español que con la aprobación del texto constitucional las circunstancias socio-políticas han cambiado, y frases declarativas, que lo que pretenden es simplemente la explicación

pública de los cambios, declarando la implantación de un nuevo sistema. En síntesis, la importancia del preámbulo procede de resumir el contenido de la Constitución. Los valores que consagra la Constitución se describen en el preámbulo, aunque se concretan también en el Título Preliminar y en los Art. 1 y 2 de la Constitución. El Preámbulo dice "La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran en uso de su soberanía, proclama su voluntad de.... ". Es la Nación Española la que posee la soberanía y no ningún Jefe de Estado, con lo cual desde las primeras palabras del preámbulo se muestra la ruptura con el régimen de Franco. En segundo lugar, el preámbulo enumera como valores superiores *la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político*, y no se limita, por tanto, al ámbito del derecho Constitucional, cuya principal función es la regulación de las instituciones básicas del Estado, sino que va más allá. Propone, en cierto sentido, los cimientos sobre los que se constituye el nuevo orden constitucional.

El preámbulo determina además la voluntad del Pueblo Español de configurar un *Estado Social*: "Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico social"; un *Estado de Derecho*: "Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular- y pretende la protección de las diversas culturas y derechos de nuestra nación en la expresión" "Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones". Los últimos párrafos reflejan otros principios como: "promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida"; " establecer una sociedad democrática avanzada" y " colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra"

Ya en el articulado, el art. 1.1 de la CE determina que " España *se constituye* en Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Por lo tanto, los valores superiores de nuestro ordenamiento son: la libertad, que se desarrolla en el Título I consagrado a los derechos fundamentales.; la Justicia, en el Título VI dedicado al Poder Judicial; la igualdad que, como valor general se regula en los Art. 9.2 y Art. 14, y como valor específico Art. 32 y 39; y el pluralismo político desarrollado en los Art. 6 y 7 de la CE.

La importancia de los valores constitucionales no sólo reside en su carácter de ser “supraconstitucionales” y desbordar el ámbito típico del derecho constitucional, sino también porque dan lugar a cinco rasgos que determinan las bases de la estructura jurídico política del sistema constitucional español: el pluralismo político y la igualdad comportan el Estado democrático; la justicia y la libertad dan lugar al Estado de derecho; mientras que la justicia y la igualdad desembocan en el Estado social (art. 1.1: “España se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho”).

El pluralismo y la libertad suponen la Monarquía parlamentaria (art. 1.3: “la forma política del estado español es la monarquía parlamentaria”) y, por último, el pluralismo político, la libertad y la igualdad son los soportes del Estado de las Autonomías (art. 2 determina los principios de organización territorial del sistema español, la indisoluble unidad de la Nación Española y el reconocimiento y garantía de las regiones y nacionalidades que la integran).

Estos tres preceptos configuran lo que podemos designar como la esencia o sustancia de la Constitución española y tienen un carácter troncal o generador de otras normas de la Constitución. De hecho, hay que tener en cuenta que la reforma de dichas normas es considerada como una revisión total de la Constitución, y sólo puede llevarse a cabo mediante el procedimiento más rígido (art. 168)

#### **4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA**

**4.1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LA SOCIEDAD DIGITAL: Derechos y Obligaciones de los ciudadanos.**

**4.2. EL PODER LEGISLATIVO EN LA SOCIEDAD DIGITAL: La crisis del Estado Moderno y los nuevos retos jurídicos.**

**4.2.1 Los sistemas jurídicos del “civil law” y “common law”.**

**4.2.2 El derecho de la Unión Europea en la sociedad digital.**

**4.2.3 El Derecho Internacional y el Derecho Global.**

**4.3. EL PODER EJECUTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.**

**4.4. EL PODER JUDICIAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL. El ejercicio de la potestad jurisdiccional y la administración de justicia electrónica.**

#### **4.1. EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LA SOCIEDAD DIGITAL: Derechos y Obligaciones de los ciudadanos.**

El avance exponencial de las nuevas tecnologías ha supuesto y supone a día de hoy una verdadera revolución para la vida de los ciudadanos, debido a que estas se han ido infiltrando poco a poco en todos y cada uno de los aspectos de la vida en sociedad. Esto ha llevado de manera inevitable a la paulatina desaparición de muchos de los modos de vida tradicionales, habiéndose producido un giro copernicano respecto a la forma en que estos se relacionan entre sí, con las empresas, y con la Administración. Esta transformación ha llegado a afectar incluso al comportamiento y la personalidad de las personas, que transfieren al mundo digital una parte cada vez mayor de sus vidas, sin conocer realmente las consecuencias que pueden derivarse de ello.

Mientras que la llamada generación "Y" (*millennials*, nacidos entre los años 1980 y 1995) en general no tuvo apenas acceso a dispositivo tecnológico alguno durante su infancia, la generación "Z" (*posmillennials*, nacidos entre los años 1995 y 2010), pudo ya utilizar una cantidad significativa de aparatos como teléfonos móviles, "iPod's", y ordenadores personales portátiles a una edad temprana. Sin embargo, es a partir de la llegada de los "Smartphones" cuando se produce el verdadero punto de inflexión a nivel social: la generación "T" (nacidos a partir de 2010), también conocidos como "generación táctil", "tecnológica" o "alfa", no concibe la vida sin que existan a su alrededor dispositivos plenamente portátiles y con capacidad de conexión permanente a internet.

Aunque no cabe duda de que la tecnología aporta una enorme cantidad de ventajas a la vida diaria, es necesario realizar una reflexión acerca de los posibles riesgos inherentes a su uso, especialmente debido a que cada vez es mayor la cantidad de información sobre la vida privada que transmitimos a través de internet. Por otra parte, no todos los ciudadanos tienen posibilidad de acceder por igual a las nuevas tecnologías, o con las mismas condiciones, por lo que puede llegar a darse una verdadera "brecha digital", si sólo una parte de la sociedad tiene acceso a estos beneficios mientras que otra parte ve restringidas sus posibilidades; pudiendo llegar a quedar como verdaderos "parias digitales", que no pueden utilizar estas herramientas con igualdad de oportunidades.



Frente a esta problemática, una respuesta histórica del ordenamiento ante este tipo de fenómenos ha sido la implantación de obligaciones de "Servicio Universal" para los operadores de telecomunicaciones, que deben garantizar, entre otros, que todos los ciudadanos tengan un acceso equitativo a las redes de comunicaciones electrónicas, y en particular, a internet. Sin embargo, estas obligaciones están quedando superadas por la aparición de nuevas realidades, como la implementación de algoritmos en todo tipo de plataformas de internet, que perfilan a los usuarios y condicionan su comportamiento económico, o llegan a introducirles en "nichos ideológicos". Resulta necesario, de este modo, que los Estados lleven a cabo una revisión constante de las diferentes tecnologías que puedan afectar a la vida de los ciudadanos, estableciendo obligaciones suficientes como para controlar los posibles impactos negativos que puedan tener sobre los derechos y libertades fundamentales.

En conexión con la posibilidad de conectarse de manera igualitaria a la red, puede articularse el primero de los derechos que pueden contemplarse como absolutamente necesarios en la sociedad digital: la accesibilidad web. Este derecho tiene dos vertientes, en primer lugar, se encuentra el punto de vista técnico, que se traduce en el mantenimiento de un conjunto de principios jurídicos, éticos y técnicos, que permitan que la red de redes sea un lugar accesible y equitativo para todos. Ejemplo de esta vertiente es el tan comentado principio de la "Neutralidad de la Red", que supone que se trate todo el tráfico por igual, sin que se realicen discriminaciones en función de contenidos, dispositivos, o métodos de comunicaciones utilizados. En el ámbito europeo, la regulación actual sobre neutralidad de la red se encuentra en el Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta.

Por otra parte, la segunda de las perspectivas de la accesibilidad web se refiere a los contenidos, en el sentido de que, cualquier persona, con independencia de sus capacidades personales, o del lugar en el que se encuentre, tenga un acceso completo a todas las funcionalidades e información de un sitio web. Este ha sido precisamente el propósito de la UE con el Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, que ha permitido eliminar las barreras geográficas de visualización de contenidos dentro de la UE.

Este Reglamento tiene por objeto garantizar que toda persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad profesional, que tenga suscrito un contrato de acceso a servicios de comunicación audiovisual, lineal o a la carta, y que se encuentre en un Estado miembro distinto del Estado en el que reside habitualmente; tenga acceso a los mismos contenidos que en su estado de residencia, con la misma calidad de servicio y sin costes adicionales, siempre que se pueda verificar el Estado Miembro de residencia del abonado de conformidad con los mecanismos establecidos en el mismo.

El segundo de los derechos que debe consagrarse como pilar fundamental de la sociedad digital es la educación, siendo el Estado el encargado fundamental de procurar que se proporcionen los elementos necesarios para dotar a los ciudadanos de los elementos necesarios que les permitan afrontar los retos que demanda la vertiente digital de la sociedad actual. De este modo, debe favorecerse la educación digital de todos los ciudadanos, procurando que se realice un uso racional y respetuoso de Internet mediante la formación sobre los riesgos de Internet (sobreinformación, información sesgada, falsa o incompleta...) y los riesgos en Internet (contenidos ilícitos, acoso, vulneración de la privacidad...). Debe favorecerse así el desarrollo y aprendizaje del concepto de identidad digital, de forma que los ciudadanos den valor suficiente a los datos que transmiten a través de internet.

La libertad de expresión y el derecho a la información conforman el tercero de los derechos que pueden verse puestos en riesgo en la protección de este "derecho en Internet". Por una parte, el ejercicio de la libertad de expresión tendrá cabida tanto en todas aquellas páginas que suministran información, como en los servicios de información, y las páginas web de particulares, según lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; pudiendo ser limitado únicamente por medio de resolución judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.3 de la CE. Por otra parte, el derecho a la información de interés general supondrá el acceso a información que sea veraz, libre, efectiva, objetiva y plural; por lo que los gobiernos deben impulsar las políticas de transparencia, estableciendo mecanismos que faciliten la lucha contra cualquier manipulación de la veracidad de los contenidos, en particular contra las llamadas *"fake news"*.

La privacidad de la identidad digital se constituye como otro de los pilares fundamentales de la actividad de los ciudadanos en el mundo digital, dado que todas y cada una de las actividades que se realizan en Internet dejan un rastro a través del que se desvelan numerosos aspectos de la personalidad. La identidad digital, además de constituirse mediante la información que transmiten los individuos a través de la red, se va conformando también a partir de las valoraciones, comentarios, e interacciones que realizan el resto de usuarios con dicho individuo, desarrollando así lo que se conoce como "reputación online".

En este sentido, se incluye dentro del derecho a la privacidad de la identidad digital la capacidad de disposición que deben tener los individuos para controlar las informaciones que traten sobre su persona y que sean transmitidas a través de internet. Este es el propósito del archiconocido "RGPD", el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 o Reglamento General de Protección de Datos, que aspira a garantizar la rectificación y supresión de los datos de las personas físicas, pero que debe enfrentarse a las diferentes realidades de Internet: en ocasiones, una vez volcados determinados datos, resulta absolutamente imposible eliminarlos de la red, debido a la facilidad y rapidez con que se replican los datos a día de hoy.

Por último, el derecho a la desconexión digital de los trabajadores, se está constituyendo como una disruptiva novedad en el ámbito del derecho laboral: en un mundo en el que los trabajadores siguen trabajando una vez terminada su jornada, debido a la gran cantidad, variedad de los dispositivos digitales, este derecho se constituye como una barrera frente a los empleadores, mediante la que los empleados puedan optar por no recibir o contestar a llamadas o mensajes una vez terminada su jornada, sin ser por ello sancionados por incumplimiento de sus obligaciones.

Aunque la creciente presencia de los dispositivos digitales y las Tecnologías de la Información en las empresas han conseguido aumentar la productividad en gran medida, facilitar la flexibilidad de la jornada laboral, así como el desarrollo, la innovación y la competencia; también pueden suponer un serio problema con respecto a diferentes problemas relacionados con las mismas, como la dependencia o la adicción a los dispositivos, el estrés producido por una conexión constante, las dificultades que producen en la conciliación con la vida personal y familiar, o la extensión de la jornada laboral más allá de los límites legalmente establecidos.

Este derecho ha sido recientemente reconocido por el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, estableciendo sin embargo que queda condicionado a lo establecido en la negociación colectiva. Para el ejercicio de este derecho, el empleador debe elaborar, previa audiencia con los representantes de los trabajadores, una política interna para trabajadores que aplicará incluso a aquellos que ocupen puestos directivos, en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho, y las acciones de formación y sensibilización que se fueran a llevar a cabo a este respecto, debiendo poner especial atención a los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia.

Pese a que los supuestos reflejados en este apartado han sido contemplados como derechos, no cabe duda de que pueden interpretarse asimismo como obligaciones para los ciudadanos: del mismo modo en que debe garantizarse un Internet abierto, los ciudadanos deben velar por que determinadas plataformas no adquieran tanto poder como para condicionar la neutralidad; al igual que el Estado debe procurar una adecuada educación digital, es necesario que los propios ciudadanos muestren interés por las nuevas realidades tecnológicas; en el ejercicio de la libertad de expresión, es crucial que se respeten los derechos de terceros, en particular respecto a su honor e intimidad; para lograr una adecuada privacidad en internet, será necesario hacer un uso responsable y esforzado de las redes y las tecnologías; y para garantizar la desconexión digital, será esencial el respeto de las políticas empresariales establecidas.

## **4.2. EL PODER LEGISLATIVO EN LA SOCIEDAD DIGITAL: La crisis del Estado Moderno y los nuevos retos jurídicos.**

Llegados a este punto, se hace necesaria una reflexión acerca de la respuesta que pueden dar los diferentes ordenamientos a las disruptivas novedades que ha introducido la sociedad digital, y que pueden suponer un enorme impacto a nivel legal. Este planteamiento debe sin duda tomar en consideración las diferentes perspectivas que deben tomar los diferentes sistemas de Derecho, tanto desde un punto de vista territorial como en función de la dimensión.

### **4.2.1 Los sistemas jurídicos del “Civil Law” y “Common Law”.**

Los dos sistemas jurídicos principales, que existen en la actualidad a nivel global (con la salvedad de aquellos países que se rigen por el Derecho Islámico o "Fiqh"), son el "*civil law*" o "Derecho Continental" y el "*common law*" o Derecho Anglosajón", los cuales se mezclan a su vez en aquellos Estados en que existen sistemas de Derecho Mixto entre ambos. Las raíces de uno y otro difieren significativamente, e históricamente han presentado por tanto divergencias importantes.

El Derecho Anglosajón se deriva del sistema aplicado en la Inglaterra Medieval, lo cual llevó a que fuera el sistema aplicado tanto en los países de origen anglosajón, como en gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido. Este derecho tiene una fuerte base en los precedentes jurisprudenciales como fuente normativa, de manera que se basa en las sentencias judiciales dictadas por los tribunales que deban tomar la decisión sobre un asunto determinado, así como las de sus superiores jerárquicos. Como contrapartida, el derecho continental es el sistema jurídico derivado de aquellos que se aplicaron históricamente en la Europa continental, es decir, el Derecho Romano, el Derecho Germánico y el Derecho Canónico, y se caracteriza porque la principal fuente normativa es la ley (con prelación a la jurisprudencia), estando sus normas codificadas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados, conocidos como códigos.

Por tanto, en los países que se rigen por el Derecho Anglosajón, las sentencias dictadas por los tribunales son vinculantes para todos los jueces, que no podrán contradecir las decisiones tomadas con anterioridad; por otro lado, en aquellos países que se rigen por el Derecho Continental, los precedentes jurisprudenciales no vinculan necesariamente a todos los jueces y en todos los casos, debido al principio de independencia judicial.

En los sistemas de Derecho Continental resulta necesario definir el significado del término jurisprudencia como fuente "indirecta" del derecho, puesto que, aunque se suele utilizar en un sentido amplio para referirse al conjunto de la doctrina emanada de los tribunales, cualesquiera que sean su clase y categoría, en el caso de España, el art. 1.6 del Código Civil español reconoce únicamente como jurisprudencia ordinaria la doctrina emanada de manera reiterada del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. El Tribunal Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución, será el encargado de sentar la jurisprudencia constitucional en relación con los derechos fundamentales, es decir, en las decisiones tomadas en la resolución de los recursos de amparo.

Aunque las diferencias entre estos sistemas jurídicos se han ido diluyendo paulatinamente con el paso del tiempo, dado que en los países de Derecho Anglosajón se observa una creciente tendencia hacia la producción normativa escrita y su consiguiente codificación, y a su vez, en los países de Derecho Continental se aprecia una consideración cada vez mayor de las sentencias dictadas por tribunales inferiores jerárquicamente. Conocer al detalle los esquemas de funcionamiento de cada sistema jurídico resulta fundamental a la hora de valorar el impacto de la sociedad digital, puesto que cada uno deberá adoptar un modelo de actuación distinto frente a la problemática que se pueda presentar.

De esta manera, mientras que los sistemas de Derecho Anglosajón tendrán cierta capacidad para adoptar de una manera más eficiente la regulación de las tecnologías que trae consigo la implantación de la sociedad digital, gracias a la flexibilidad que le otorga el considerar como fuente del derecho a la jurisprudencia; los sistemas de Derecho Continental se ven sujetos a las restricciones propias de la codificación normativa, de manera que estarán abocados a regular con nuevos textos legales cada uno de los avances tecnológicos que puedan adoptarse de manera generalizada en la sociedad digital.

De esta manera, los sistemas de Derecho Continental se están viendo obligados en la actualidad a elaborar normas ad-hoc para la identificación electrónica, la seguridad de los sistemas de información y las redes de comunicaciones, o respecto a la privacidad en internet; mientras que otras tecnologías como la "cadena de bloques" o "*blockchain*", la "inteligencia artificial", la robótica o el "aprendizaje automático" o "*machine learning*" avanzan de manera exponencial en mitad de un vacío legal en ocasiones preocupante.

#### **4.2.2 El derecho de la Unión Europea en la sociedad digital.**

El derecho de la Unión Europea ha sabido adaptarse en cierto modo a los avances de la sociedad digital, en gran medida gracias a las diferentes estrategias de planificación realizadas por los organismos comunitarios, y en particular a la llamada Estrategia para el Mercado Único Digital. Esta estrategia ha tomado como objetivo fundamental lograr que los consumidores y las empresas puedan aprovechar plenamente las oportunidades que ofrecen internet y las "tecnologías digitales", impulsando el crecimiento competitivo de los Estados Miembros de la

Unión en el mercado global. Así, las especiales características que presenta el derecho comunitario han permitido que se regulen de manera más o menos unitaria diferentes tecnologías digitales, homogeneizando su utilización y control en todos los Estados Miembros.

La estrategia se articula en torno a tres pilares fundamentales: (i) la mejora del acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en todo el territorio europeo; (ii) la creación de un entorno adecuado para que los servicios digitales puedan prosperar; y (iii) el aprovechamiento al máximo del sector digital como motor de crecimiento, logrando la libre circulación de datos en la Unión.

Esta estrategia se ha ido implementando de forma paulatina, logrando diferentes avances significativos a lo largo del tiempo, de entre los que cabe destacar: (i) la importante reforma en materia de protección de datos que ha supuesto el Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento 679/2016) y la Directiva 2016/680, sobre tratamiento de datos personales por parte de las autoridades; (ii) el avance en la implantación de la identificación electrónica y los servicios electrónicos de confianza (Reglamento 910/2014 conocido como eIDAS); (iii) la regulación acerca de la libre circulación de datos no personales; (iv) la reforma sobre servicios de comunicación audiovisual (para cuya transposición los EEMM tienen como límite el 19/09/2020); (v) la Directiva sobre seguridad de las redes y sistemas de información; o (vi) la eliminación de las barreras al comercio electrónico y del bloqueo geográfico de contenidos.

Adicionalmente, se encuentran actualmente en proyecto otras normas que se enmarcan dentro de la estrategia de Mercado Único Digital, y que deberán encajar con el resto de la normativa existente, entre otros: (i) la propuesta de Directiva sobre derechos de autor en el Mercado Único Digital; (ii) la propuesta de Reglamento sobre la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas (e-Privacy); (iii) el Dictamen de Iniciativa del Comité Económico y Social Europeo sobre las consecuencias de la Inteligencia Artificial para el Mercado Único; o (iv) la estrategia adoptada por la Comisión Europea respecto a la Inteligencia Artificial.

Así, el derecho comunitario se constituye como una herramienta de gran utilidad de cara a lograr una regulación unificada a nivel europeo de tecnologías disruptivas que de otra manera podrían quedar en un vacío legal durante años. Además, que los



Estados Miembros creasen normas a nivel nacional para regularlas, podría llevar a que se diera una disparidad de regímenes normativos con respecto a la misma materia, como ya sucedió en el paso con la protección de datos de carácter personal.

#### **4.2.3 El Derecho Internacional y el Derecho Global.**

El primer uso del término "Derecho Internacional" se remonta a la época de la Revolución Francesa, cuando Jeremy Bentham lo empleó en su obra *"An Introduction to the Principles of Moral and Legislation"*, impresa en 1780 y publicada en 1789. En su obra, Bentham considera obsoleto al *"Ius Gentium"* o "Derecho de Gentes", en especial por alejarse del Derecho Natural, y hace especial referencia al carácter internacional del derecho que se está desarrollando en el momento entre diferentes estados, poniendo la vista en un hipotético "código universal internacional", que pudiera ser de aplicación general y para el conjunto de naciones del mundo.

Durante años el Derecho Internacional ha sido de gran utilidad para las relaciones entre los estados con respecto a la conducción de los conflictos armados y el mantenimiento de la paz, la gestión de los desplazamientos de poblaciones extranjeras, y la observancia de los derechos Humanos. Esta realidad tuvo su mayor auge tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y ha tenido un papel fundamental para la evolución de la Sociedad Global, al incorporar perspectivas que llevan a la consecución de los objetivos compartidos de paz a nivel mundial, la dignidad humana y el bienestar general.

Sin embargo, el avance de la globalización ha puesto en jaque la estabilidad de los instrumentos que funcionan como base del Derecho Internacional, suponiendo el nacimiento de una crisis que sin duda se torna ya histórica, y de la cual numerosos internacionalistas y políticos han pretendido encontrar una salida. El terrorismo a nivel global, el hegemonismo de las superpotencias, el creciente avance del nacionalismo exacerbado, y el avance de las nuevas tecnologías suponen un riesgo sobre la propia estructura intrínseca del Derecho Internacional, los principios de soberanía, territorialidad y de Estado-Nación.

De esta manera, la organización de Derecho Internacional más consolidada y relevante a nivel mundial, la Organización de Naciones Unidas, se ve a día de hoy incapaz de resolver, sobre la base conceptual del Derecho Internacional, los conflictos surgidos de las cada vez más complejas relaciones que se derivan entre



los estados posmodernos. Mientras que el Derecho Internacional se va sumiendo en una profunda crisis, las relaciones jurídicas van sufriendo a su vez procesos cada vez más profundos de internacionalización, que quedan ejemplificados, por ejemplo y entre otros, por el acercamiento de las posturas entre el Derecho Anglosajón y el Derecho Continental.

Del avance de la globalización de la sociedad se deriva por tanto la necesidad de la aparición de un verdadero "Derecho Global", que sin embargo no será realizable mientras se mantenga como sujetos del mismo sólo a los Estados; deben ser los propios individuos los principales actores de este nuevo derecho, puesto que, gracias a la globalización, son cada vez más capaces de actuar traspasando las diluidas barreras de los derechos nacionales e incluso del Derecho Internacional. Puede constatarse sin mucha dificultad como los nuevos actores del juego mundial no entienden los antiguos principios del Derecho Internacional, superándolos con ideas de negocio y tecnologías que no pueden contenerse en este cauce jurídico.

En especial con respecto a la regulación de las nuevas tecnologías se hace cada vez más necesario el cambio de paradigma jurídico, puesto que las implicaciones y los efectos que estas pueden tener, superan con creces los esquemas de las estructuras jurídicas clásicas. Así, se hace difícil ver cómo el "*blockchain*" y las "criptodivisas" pueden llegar a tener viabilidad sin que exista un consenso (no ya de la red que las gestiona, sino de la sociedad global), para otorgar un valor, una validez y un respaldo a un "activo" cuya única fuente de valor proviene de la escasez y de una seguridad basada en la fortaleza de los algoritmos de cifrado, que sin embargo puede verse puesta en juego en muy poco tiempo gracias a la computación cuántica.

De igual manera, será necesario lograr un estándar común en cuanto a la identificación electrónica de las personas físicas, al objeto de favorecer la movilidad transnacional de un número de habitantes cada vez mayor. Por otra parte, la implantación de "trabajadores robotizados", y de un número cada vez mayor de máquinas que dispongan de inteligencia artificial, hará necesario un acuerdo común respecto a las cuestiones legales que sin duda surgirán en materia de responsabilidad civil por daños, derechos laborales y contribución a los sistemas de seguridad social, o de propiedad intelectual, sobre aquellas obras que las propias máquinas ya son capaces de elaborar por sí mismas.

Además, en el mundo cada vez más digitalizado en que vivimos, los datos, personales y no personales, se han convertido en el nuevo combustible de numerosos modelos de negocio de las grandes empresas tecnológicas, por lo que se hace cada vez más necesario establecer unas reglas a nivel mundial sobre privacidad, de manera que puedan aprovecharse las capacidades y ventajas de la nueva "economía digital", pero teniendo muy presentes los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, de cara a evitar que el mundo termine por convertirse en una suerte de "distopía orwelliana".

Según Domingo Oslé, en esta nueva estructura, los derechos humanos deben situarse en el núcleo, colocando alrededor una serie de principios fundamentales: (i) universalidad, dado que está llamado a ser aceptado por todos los ciudadanos del mundo, y a dirimir justicia en aquellos asuntos que afecten a la Humanidad en su conjunto; (ii) solidaridad, puesto que, al tener a los ciudadanos como principales sujetos del mismo, la sociedad debe organizarse en torno a la naturaleza social del hombre; (iii) subsidiariedad, debido a que resulta necesario el establecimiento de una autoridad que evite la falta de coerción, pero esta deberá estar estructurada de manera subsidiaria y no jerárquica, y con división de poderes; y (iv) democratización, debido a que ha de construirse desde el consenso.

En conclusión, el Derecho Global debe conformarse como complementario a los ordenamientos nacionales, sin que necesariamente deba confrontar a los ordenamientos nacionales, sino que enriquezca y arroje luz sobre todos ellos, con una fuerza ejecutiva que todos los estados hayan pactado previamente, y a la cual se acojan con solidaridad respecto al resto de estados.

#### **4.3. EL PODER EJECUTIVO Y LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.**

Los ya analizados cambios que trae consigo la Sociedad Digital están suponiendo una acusada transformación en nuestro entorno, hasta el punto de que incluso las administraciones públicas se han debido unir a este proceso innovador, permitiendo (y en determinados casos obligando) que los ciudadanos se relacionen con ellas por medios electrónicos (digitales). Se ha pretendido así que se configure un modelo bidireccional, en el que la interacción pueda realizarse de manera más directa, con mayor ahorro de costes y en ciertos casos más sencilla.

Un cambio de este calado requiere una normativa sólida que lo respalde, y precisamente con este objetivo se elaboró la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), que ya esbozaba el marco general de una Administración electrónica y permitía la tramitación de expedientes electrónicos. Esta norma llegó con un acusado retraso con respecto al Plan de Acción eEurope (Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2001: “eEurope 2002 - Impacto y prioridades”), suscrito por España a través de la iniciativa “Info XXI, La Sociedad de la Información para todos”, que finalmente se materializó en el “Programa de actuaciones para el desarrollo de la Sociedad de la Información: España.es”.

La propia norma apuntaba ya en su preámbulo que la demora en el desarrollo de la normativa se debía en parte a que la hoy derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) preveía un régimen facultativo para las administraciones en la utilización de medios electrónicos. De esta manera, la LAE supuso un verdadero cambio de paradigma a este respecto, llegando a establecer para los ciudadanos un verdadero derecho a la utilización de medios electrónicos en sus relaciones con la Administración, e imponiendo a su vez un deber en el mismo sentido a esta última.

Sin entrar a realizar una enumeración exhaustiva, la LAE, y su norma de desarrollo, el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre garantizaron todo un catálogo de derechos, de entre los que cabe destacar, a nivel procedimental: (i) a elegir el canal por el que relacionarse en función de la disponibilidad; (ii) no aportar datos o documentos que obren en poder de las administraciones; (iii) a la igualdad en el acceso a los servicios de las administraciones; (iv) a conocer por medios telemáticos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados; (v) a obtener copias electrónicas de los documentos de procedimientos en los que sean interesados; (vi) a la conservación en formato electrónico por la Administración de los documentos que formen parte de los expedientes; (vii) a obtener los medios de identificación electrónica necesarios; (viii) a la utilización otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las administraciones; (ix) a la garantía de la seguridad y la confidencialidad de los datos que figuren en los sistemas de las administraciones; y (x) a la calidad de los servicios prestados por medios electrónicos.

Como consecuencia del deber impuesto por la LAE a la Administración en cuanto al uso de medios electrónicos en sus relaciones con los ciudadanos, se hace necesario establecer un régimen jurídico que defina con precisión la estructura a través de la que se dará curso a esta nueva realidad. De esta manera la LAE diseña un régimen jurídico específico, centrado alrededor de la Sede Electrónica, la oficina virtual de las Administraciones Públicas, entendiendo como tales, la General del Estado, la de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

El Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, desarrolla la LAE, estableciendo la obligación de que los *"órganos de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculantes o dependientes de la misma crearán sus sedes electrónicas"*, y estableciendo los servicios que los ciudadanos deben encontrar a su disposición en las mismas. También desarrolla la LAE el sistema de publicaciones electrónicas en Boletines Oficiales y en tablonos o edictos.

Se hace necesario realizar una breve mención en este punto al Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI), creado por la LAE como un conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad de los sistemas, conservación de datos, y normalización de estándares y formatos que las Administraciones deben tener en cuenta y aplicar al funcionamiento de sus sedes electrónicas, a fin de garantizar la interoperabilidad entre todas ellas y hacia los ciudadanos. El ENI ha sido desarrollado recientemente por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, que introduce la obligación para los responsables de los proyectos y aplicaciones de la Administración de respetar unas reglas comunes en los sistemas de información que desarrollen.

El ENI contempla una serie de principios fundamentales que deben integrar y estructurar la interoperabilidad de las Administraciones, en particular: (i) la interoperabilidad como cualidad integral, es decir como característica omnipresente en todo el ciclo de vida de los servicios y sistemas; (ii) el carácter multidimensional de la interoperabilidad, entendiendo como tal su manifestación en todos los acuerdos, sistemas e infraestructuras, así como en la dimensión temporal; y (iii) enfoque de soluciones multilaterales, de forma que se puedan obtener las ventajas derivadas del escalado, de la aplicación de las arquitecturas modulares y multiplataforma.

En definitiva, la finalidad del Esquema Nacional de Interoperabilidad es la creación de las condiciones necesarias para garantizar el adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones públicas, que permita el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través del acceso electrónico a los servicios públicos, a la vez que redunde en beneficio de la eficacia y la eficiencia.

Mientras que la LAE regulaba el uso de los medios electrónicos como un derecho para los ciudadanos, y un deber para la Administración, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), introduce la muy significativa novedad de la obligación de que determinadas personas se relacionen con la Administración por estos medios en el marco de procedimiento administrativo común. Esta norma se constituye como el segundo de los pilares necesarios para lograr la creación de una verdadera "Administración Electrónica".

De esta manera, el art. 14 de la LPAC establece en concreto los sujetos que se ven afectados por esta obligación, a saber: (i) todas las personas jurídicas; (ii) las entidades sin personalidad jurídica; (iii) las personas que ejerzan una actividad profesional que requiera colegiación obligatoria; (iv) los representantes de interesados que estén obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración; y (v) los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público.

Otra de las novedades de la LPAC es la referente a la práctica de notificaciones electrónicas, que serán obligatorias (bilateralmente), para los sujetos referidos en el párrafo anterior. Estas notificaciones pueden practicarse, en el caso de la Administración al interesado, por dos medios que pueden ser acumulables entre sí: comparecencia en la sede electrónica (acceso a la misma por el interesado, debidamente identificado) y a través de la dirección electrónica habilitada única; en ambos casos se entenderá por cumplida la obligación de notificación de la Administración cuando se realice la puesta a disposición del interesado por cualquiera de los dos medios, y como rechazada si hubieran transcurrido 10 días naturales sin que se acceda al contenido de la misma.

Por otro lado, la LPAC introduce el cómputo de plazos por horas y establece que, salvo que por Ley o que en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, cuando los plazos se señalen por horas, se entiende que éstas son hábiles. Son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil, es decir, las 24 horas, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial donde la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prescribe que son hábiles las horas que van desde las 8:00 a las 20:00 h, salvo que la Ley, para una actuación concreta, disponga otra cosa.

Los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días. Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días se entiende que estos son hábiles, excluyéndose los sábados, los domingos y los declarados festivos. Se incluyen así los sábados como días inhábiles, equiparándose por fin los plazos administrativos y procesales.

Es destacable asimismo el reconocimiento normativo expreso del criterio para el cómputo de plazos por meses o años fijado por la jurisprudencia. La LPAC aclara en su artículo 30.4 que el plazo expresado en meses (o años) concluirá y coincidirá con el ordinal del día en que se produjo la notificación o publicación en el mes o el año de vencimiento, que es el criterio jurisprudencial adoptado por el Tribunal Supremo pues, según su doctrina mayoritaria, el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el día de la notificación o publicación del acto. Por último, la LPAC introduce otras novedades con respecto a la forma de inicio del procedimiento, su tramitación simplificada, su terminación, la ejecutividad de las resoluciones, o la eliminación del plazo para recurrir contra el silencio administrativo.

Mención singular, aunque sin entrar a desarrollar sus entresijos y requiebros, merece el régimen legal de la identificación electrónica, sin el cual no es posible el funcionamiento de la "Administración Electrónica", dado que se trata del medio a través del que se logra garantizar la identidad de las personas en las situaciones en que no puede existir una comprobación presencial de la misma. La regulación sobre esta materia en España está contenida actualmente en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, la cual sin embargo deberá ser sustituida en un breve plazo de tiempo como consecuencia de la unificación de esta materia a nivel europeo. mediante el Reglamento (UE) nº 910/2014 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (Reglamento eIDAS).

La norma que sustituirá a la tan conocida Ley de Firma Electrónica se encuentra actualmente en fase de tramitación, en la forma de "Anteproyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los Servicios Electrónicos de Confianza", y, aunque no regula los aspectos troncales de la identificación electrónica ni en general de los llamados servicios de confianza (firma y sellos electrónicos, entrega electrónica certificada...) sí que regula determinados aspectos que el Reglamento eIDAS deja abiertos a los ordenamientos de los EEMM, como, entre otros: (i) los efectos jurídicos de los servicios de confianza (estableciendo una presunción de validez de los servicios cualificados); (ii) un régimen de previsión de riesgo para los proveedores de servicios de confianza cualificados; (iii) requisitos adicionales para la obtención de certificados cualificados; (iv) el régimen sancionador; o (v) las condiciones para la suspensión de certificados.

#### **4.4. EL PODER JUDICIAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL. El ejercicio de la potestad jurisdiccional y la administración de justicia electrónica.**

Dado que puede considerarse a los diferentes órganos que componen el sistema de justicia español como una administración más, dentro del marco del Estado Contemporáneo, no cabe duda de que los avances implementados por la Sociedad Digital afectan a la comunicación de estos con los ciudadanos, la forma en que se almacena la información, o a la naturaleza de las pruebas que podrán ser presentadas ante los tribunales. Por ello se hace necesario tratar de definir la composición de la denominada "Justicia Electrónica" o "e-Justicia".

En palabras de Richard González, la Justicia Electrónica puede definirse como *"aquella que hace un uso inclusivo y extensivo de las Tecnologías de información y la comunicación tanto en el ámbito de la gestión documental, notificación y comunicación de los expedientes judiciales, que serán electrónicos, como en la sustanciación del procedimiento judicial en el que la regulación legal debe prever la posibilidad de practicar determinadas pruebas mediante el uso de las tecnologías de la comunicación, incorporar a la causa documentos y otros soportes en formato electrónico y, finalmente, garantizar la grabación completa de todas las audiencias y trámites orales que se desarrollen durante el procedimiento judicial"*.



A nivel europeo, y como parte de la estrategia del Mercado Único Digital, existen iniciativas que permiten el entrelazamiento entre el sistema económico y el judicial, como el "Portal europeo de e-justicia", que se puso en funcionamiento en 2010, y con el que se pretende dar respuesta a los ciudadanos, empresas, abogados y jueces en aquellas cuestiones jurídicas relacionadas con litigios transfronterizos. Este portal está pensado para actuar en el futuro como ventanilla única en el ámbito de la justicia en la Unión Europea. Otra de las iniciativas en este sentido a nivel europeo es el portal de "Resolución de Litigios en Línea" de la UE, que funciona como un sistema de resolución alternativa (o extrajudicial) de conflictos (ADR por sus siglas en inglés) de reclamaciones y litigios en materia de consumo.

En nuestro país, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia supuso el tercer pilar (junto con la LAE y la LPAC) de la implantación de un verdadero marco legal de la "Administración Electrónica". Esta Ley tiene como objetivo fundamental introducir e implantar el uso de las tecnologías de la información por funcionarios y profesionales de la Justicia, y sentar las bases para la plena tramitación electrónica de los procedimientos judiciales.

El concepto principal sobre el que se fundamenta todo el régimen legal es el de "Expediente Judicial Electrónico", como conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial de cualquier naturaleza (tradicionalmente los "autos"). Regula así cuestiones como (i) la sede judicial electrónica; (ii) el régimen de identificación y autenticación electrónica; (iii) la tramitación electrónica de los procedimientos; o (iv) los medios técnicos, interoperabilidad, seguridad y coordinación entre Administraciones con competencias en justicia.

Puede decirse que la implantación de la "Justicia Electrónica se ha ido implementando en nuestro país de manera paulatina, pero enfrentada siempre a una problemática diversa que puede sintetizarse en tres grupos principales. En primer lugar, en el ámbito de la gestión documental y las comunicaciones, puesto que, aunque la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece la obligación de utilizar los sistemas electrónicos de comunicaciones de la Administración de Justicia (en concreto



LexNet), estos han presentado todo tipo de problemas de seguridad, confiabilidad y usabilidad desde su implantación.

El segundo de los problemas reside en la cuestión de la práctica de la prueba en el procedimiento, respecto de aquellas que se pretendan presentar en formato electrónico, y a la que en el ordenamiento español se ha venido a denominar como "Prueba Electrónica", aunque dicho término no exista en la literalidad de las diferentes normas que la regulan. Sin entrar a valorar las diferentes disquisiciones que puede presentar este tipo de prueba, baste mencionar que será suficiente la impugnación de la Prueba Electrónica por la parte contraria para que sea necesaria la realización de una pericial informática en orden a reconocer su autenticidad, el cual puede suponer especiales dificultades de valoración para el juzgador. Adicionalmente, la carga de la prueba ha recaído tradicionalmente sobre la parte que pretendiera sus efectos; sin embargo, el ya mencionado Anteproyecto de Ley reguladora de determinados aspectos de los Servicios Electrónicos de Confianza pretende la inversión de este criterio con respecto a aquellos documentos electrónicos en que se hubiera utilizado alguno de los servicios cualificados de los establecidos en el Reglamento eIDAS.

La tercera y última de las cuestiones que puede presentar problemas en el marco de la Justicia Electrónica es la relacionada con la obligatoriedad de la grabación de los juicios (147 LEC y 743 LECrim). La grabación ha sustituido a la tradicional acta realizada por el secretario judicial (hoy letrado de la administración de justicia) que tan fundamental resulta para garantizar la seguridad jurídica. La ley prevé sin embargo la contingencia de un posible fallo del sistema que soporta la grabación, en cuyo caso deberá levantarse acta por medios informáticos o de forma manuscrita.

A este respecto, surge precisamente el problema en cuestión: la falta generalizada de medios impide que existan en todos los juzgados sistemas de grabación de calidad suficiente, y en la mayoría de ocasiones se cuenta únicamente con cámaras mal situadas y de escasa definición y calidad de grabación de sonido, hasta el punto de que en ocasiones se dificulta la determinación del lenguaje corporal de alguna de las partes, la expresión fácil, o el tono de voz que pudo utilizar, y que permitiría en ocasiones valorar con exactitud un testimonio.

En definitiva, aunque la Justicia Electrónica avanza ya de manera inevitable, y supondrá una modernización y agilización de la Administración de Justicia,

simplificando trámites y acortando plazos; se hace sin embargo imprescindible dotar a ésta de suficientes recursos, medios técnicos y conocimientos tecnológicos, de manera que la realidad del día a día de los juzgados no suponga un cuello de botella a una normativa que avanza con rapidez, y aun así, todavía trastabillante frente a la velocidad exponencialmente creciente a la que se mueven hoy en día las nuevas tecnologías.

## **TEMA 5. FUENTES DEL DERECHO**

### **1. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y FUENTES DEL DERECHO.**

### **2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA DEL ORDENAMIENTO: Tipología de las normas constitucionales**

### **3. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES.**

### **4. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: Nacional, Autonómico, Supraestatal e Internacional.**

### **1. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y FUENTES DEL DERECHO.**

Si tenemos en cuenta que el derecho es un sistema regulador de las interacciones que tienen lugar en el seno de la sociedad, afirmar la relación entre el hombre, la sociedad y el Derecho resulta redundante. Desde la idea de que todos los grupos sociales y no únicamente el grupo estado poseen ordenamiento jurídico, trataremos de profundizar en su concepto y funcionalidad.

El ordenamiento jurídico puede ser definido en sentido amplio como el conjunto de conductas sociales que se consideran necesarias en un grupo social concreto. *Conjunto de conductas*, porque el derecho es el mecanismo de regulación de los actos externos de los individuos que componen el grupo; estas conductas suponen una relación bilateral o multilateral y recíproca entre sujetos, que se ejerce en una pluralidad de ámbitos. *Social*, porque se refiere a actos sociales con proyección social; en definitiva, a las interacciones que se producen en el grupo. *Necesaria*, porque el grupo sólo puede existir en la medida en que cumpla la función que da sentido a su creación, siendo el derecho un mecanismo de control social que permite el cumplimiento de los fines del grupo. Y *vinculado a un grupo social concreto*, porque dependerá de un modelo cultural variable que inspira unos valores concretos y un orden específico en un grupo social determinado.

En cualquier caso el ordenamiento jurídico, bien sea en el ámbito del Derecho Público (grosso modo entendemos que el Derecho Público regulará en aplicación del principio de soberanía, las relaciones entre las personas y las entidades jurídico privadas, con los órganos que ostentan el poder público) como en el del Derecho Privado, (regulará la relación entre los sujetos implicados en virtud del principio de

autonomía de la voluntad de las partes) en este caso con alguna salvedad, se reduce esquemáticamente a una situación típica conforme a la cual un determinado comportamiento del individuo tiene una consecuencia por parte del grupo. De este modo, la institucionalización del Derecho confiere estructura al grupo social, lo que permite afirmar que el derecho es también un elemento de control del grupo.

A estas alturas de la explicación la existencia de una pluralidad de ordenamientos debe ser ya una obviedad. En la sociedad existen una pluralidad de grupos y cada uno tendrá su propio ordenamiento, la consideración del ordenamiento como plural responde a la idea de que habrá tantos ordenamientos como grupos sociales. Pues bien, dado que existe una pluralidad de ordenamientos es posible que se produzcan relaciones entre los mismos. Distinguimos entre las relaciones de coordinación y las de subordinación. Las primeras se producen cuando los ordenamientos son independientes entre sí y las funciones de cada uno no resultan afectadas. No implican elección porque no existe incompatibilidad. En las relaciones de subordinación sucede lo contrario, el cumplimiento de un determinado orden incide en el otro afectando sus funciones, y por ello deberemos establecer cuál será el que debe ser aplicado en cada caso.

A diferencia de otros mecanismos de control, el ordenamiento jurídico para cumplir sus fines debe institucionalizarse mediante la creación de normas que se impondrán a los miembros del grupo asegurando la consecución de los fines por los miembros del grupo.

Cuando una norma establece una conducta obligatoria se produce una serie de relaciones jurídicas que constituyen la estructura de la norma jurídica. Las relaciones jurídicas son relaciones inter subjetivas -entre dos sujetos, bilaterales, o más sujetos, plurilaterales-, reguladas por normas del ordenamiento jurídico en la que los comportamientos recíprocos de los miembros de la relación se condicionan a través de las pautas normativas.

Estas normas constituyen el ordenamiento jurídico del grupo y son proposiciones prescriptivas o imperativas, pautas de comportamiento obligatorias impuestas para permitir la consecución de sus fines; esta es la razón por la que en la mayoría de las ocasiones el incumplimiento de las normas supone la aplicación de una sanción que disuade del comportamiento desviante.

Tres son básicamente los elementos de la norma: sujetos, objeto y situaciones jurídicas subjetivas. Los sujetos son aquellos que toman “parte” de forma directa en la relación jurídica y distinguimos entre parte y terceros. Básicamente, la parte concurre directamente en la relación, mientras que los terceros son los sujetos que pueden resultar afectados al aplicar la norma. Sin embargo, para participar en las relaciones jurídicas es necesario tener personalidad jurídica, que supone la capacidad para ser sujeto en las relaciones. El objeto de la norma dependerá de su finalidad, y la situación jurídica subjetiva se produce como consecuencia de la aparición de hechos que tienen trascendencia jurídica.

La institucionalización del Derecho y la creación del ordenamiento jurídico, requiere determinar los sujetos con capacidad para crear las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, esto es, las fuentes del Derecho. La expresión *fuentes de derecho* alude como indica la significación común del término fuente, a aquello de lo que el derecho procede, al origen de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva y sentando las bases de lo que constituye la teoría de fuentes, teoría técnica de contenido político que reparte el poder en el Estado, debemos distinguir entre fuentes de producción y fuentes de manifestación.

Son fuentes de producción los sujetos con capacidad de crear normas. En el Derecho privado, que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, serán fuente de derecho los sujetos afectados por la relación jurídica contractual; son éstos los que tienen la capacidad de crear las normas. En el Derecho público es el Estado y los órganos que éste determine los que pueden crear las normas que regulan las conductas obligatorias para los miembros del grupo estatal. Las fuentes de creación determinan pues, los sujetos con capacidad para dictar conductas obligatorias. Responden a la pregunta ¿Quién produce las normas? O lo que es lo mismo, a quien confiere el ordenamiento el poder para crear una norma.

Las fuentes de manifestación, esto es, los medios, categorías o formas básicas de expresión a través de las cuales se manifiesta la voluntad normadora permiten, no sólo determinar los procedimientos de creación de esas normas, sino la fuente de producción que la ha creado. Establecen cómo son las normas y que valor tienen.

El sistema de fuentes resuelve también una tercera pregunta, ¿Cómo se hacen las normas? Cada sujeto con capacidad normadora, cada fuente de creación, produce unas determinadas normas que deben seguir un procedimiento concreto para su

aprobación; si la norma no se ajusta al procedimiento de aprobación previsto, la norma puede acusar un defecto de forma que llegue a invalidarla y ser declarada nula. Este hecho explica que el sistema de fuentes de cada ordenamiento sea establecido en la propia Constitución que, con la finalidad de garantizar la coherencia del ordenamiento, establece también sus principios estructurales. Por último conviene advertir que no todas las normas creadas por las fuentes de producción estatal tienen la misma fuerza. Existe una gradación entre las distintas normas consecuencia de su fuente de creación.

## **2. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA SUPREMA: Tipología de las normas constitucionales**

Toda vez que en las lecciones previas hemos tenido ocasión de estudiar la Teoría de la Constitución, nos centraremos en su concepción. La Constitución es una norma jurídica de posición especial y suprema en el ordenamiento que precisa de un contenido determinado. Como método pedagógico y en aras a la mejor comprensión del significado de Constitución, individualizaremos el significado de las palabras que constituyen su concepto estudiando sus rasgos característicos.

*La primera característica de la Constitución formal es precisamente su carácter de norma jurídica.* La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y por ello posee un rango y fuerza superiores a todas las otras normas que integran el ordenamiento. Los Estados Unidos de América fueron el primer país que afirmó que la Constitución era norma jurídica aplicable. En 1803 el Chief-Justice Marshall en el caso *Marbury vs Madison* entendió que las leyes no podían contradecir la Constitución, y dictó sentencia en ese sentido. Aplicó por primera vez el control de constitucional y afirmó el carácter de la Constitución norma superior del ordenamiento jurídico. En Europa hasta mediados del siglo XIX y principios del XX las Constituciones no son consideradas normas jurídicas, sino principios programáticos ideales que informaban a los poderes públicos.

*La segunda característica se circunscribe al hecho de que es norma jurídica especial porque nace de un poder especial, el poder constituyente.* El poder constituyente simboliza el pacto social, el pacto de la comunidad que acuerda reconocer con eje jurídico de la vida en sociedad lo prescrito por la Constitución. La Constitución es pues norma pactada y por ello no tiene el mismo sentido que la ley. La ley es norma

jurídica aprobada en el Parlamento, elaborada conforme a un procedimiento en el que participan las fuerzas con representación parlamentaria. La Constitución no es elaborada únicamente por un órgano del Estado, el Parlamento, sino que en su elaboración participa toda la comunidad a través de sus representantes y de las fuerzas sociales. Por todo ello la Constitución es norma jurídica de naturaleza especial y sus procedimientos de reforma son diferentes también a cualquier otra norma.

*Tercera, la superioridad de la Constitución.* La Constitución es norma jurídica de naturaleza jurídica especial, y conforme a la teoría de fuentes y a la aplicación del principio de jerarquía normativa se afirma su carácter de superioridad. La superioridad de la Constitución procede tanto de su origen, el pacto de la comunidad, como por su trascendencia al sistema de fuentes. Es la Constitución misma quien establece la Teoría de fuentes.

Aceptar en Europa que la Constitución era la norma suprema del ordenamiento jurídico no fue sencillo, la revolución francesa definió la ley como emanación directa de la voluntad popular y, desde las concepciones revolucionarias liberales nada podía haber por encima de la soberanía nacional. La ley es por tanto la norma superior, y no la Constitución. En los Estados Unidos de América, el Estado Liberal se impone libre de ataduras sin los condicionamientos del poder absoluto y supera con facilidad el concepto de ley. El punto de referencia clásico es la sentencia *McCulloch vs Maryland*, en ésta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma la supremacía de la Constitución Federal sobre el Derecho de los Estados justificando su argumentación en el origen de la Constitución “porque emana del pueblo de los Estados Unidos”. No será hasta mediados del siglo XIX cuando en Europa se supera el concepto de ley de los revolucionarios y la ley se entiende como la norma que conforma la voluntad de un órgano del estado, el Parlamento, que aun vinculado a la voluntad general no es sinónimo de esta, y por ello la Constitución es la norma suprema del ordenamiento.

En la Constitución Española de 1978 la posición de supremacía viene atribuida también por las normas relativas a la estructura del ordenamiento y se formula de forma expresa en el artículo 9.1 de la Constitución según el cual: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

*Cuarta característica, el objeto de la Constitución.* La Constitución regula un modelo político concreto si bien, aun cuando la Constitución regula un modelo político cualquiera, no puede regular cualquier modelo político. La Constitución formal aparece en el Estado Liberal y exige que para que sea verdadera Constitución asuma los principios básicos del Estado Liberal.

La Constitución, en lo que nos atañe en este epígrafe, es pues la norma que define cómo es el ordenamiento jurídico del Estado y el sistema de fuentes de ese ordenamiento jurídico. Establece tanto las fuentes de producción como las de manifestación; es decir, los procedimientos para crear derecho y el valor que tiene cada norma. Esta es la razón misma de la Constitución, articular un sistema político que produce no sólo un reparto de poder sino también un sistema normativo que se convierte en fuente de validez del ordenamiento jurídico positivo aprobado por el poder constituyente, máximo poder por cuanto tiene el sentido de pacto con la sociedad.

Por ello la Constitución determina no sólo quién debe crear cada tipo de norma, sino su valor y el procedimiento que debe adoptarse para su aprobación. En el ordenamiento jurídico positivo la Constitución es la norma que encabeza todo el conjunto del ordenamiento jurídico. La superioridad de la Constitución se garantiza desde la propia organización de poder que establece la Constitución. Aunque incidiremos en esta cuestión en la Lección 7ª, conviene cuanto menos mencionar que la propia Constitución establece dos mecanismos que garantizan su supremacía.

El primero se fundamenta en la existencia de una justicia constitucional. A través del control de constitucionalidad, un órgano, el Tribunal Constitucional, que es el órgano supremo de interpretación de la Constitución, garantiza que las normas inferiores, las normas que están por debajo de la Constitución, no contradigan lo prescrito por ésta; las normas que contradigan la Constitución serán declaradas nulas por el Tribunal Constitucional que garantiza la fuerza pasiva de las normas.

El segundo es consecuencia de la rigidez constitucional. El principio de rigidez constitucional aparece en el siglo XIX e incide en los mecanismos de reforma de la Constitución. Distinguimos, en función de los mecanismos de reforma, las Constituciones rígidas y las flexibles. En las Constituciones rígidas, como es el caso de la Constitución Española, se establecen procedimientos que pretenden la participación de todas las fuerzas políticas en aras a reproducir el pacto social, lo



que sin duda dificulta su modificación garantizando la posición de supremacía. La Constitución no es obra de un partido concreto en un tiempo determinado, es norma fruto del pacto social que garantiza los principios básicos del ordenamiento.

La Constitución determina también el rango jerárquico de las distintas normas que constituyen el ordenamiento jurídico. El rango de las normas explica su posición en la jerarquía normativa. El rango legal implica además la atribución de una determinada fuerza a las normas; en este caso, *las normas con rango de ley tienen fuerza de ley*. La fuerza de ley es un término que se acuña en la Revolución francesa para expresar la soberanía del legislador en el ordenamiento jurídico, en la actualidad, determina la capacidad de una norma para describir sus efectos normativos.

La fuerza de ley se desglosa en fuerza pasiva y fuerza activa. La primera supone afirmar que la ley prevalece sobre las demás normas inferiores en rango. La segunda implica que la ley solo puede ser modificada o derogada por otra norma de su mismo rango. La ley se impone así al resto de las fuentes del Derecho, salvo a la propia Constitución a la que ella misma se somete.

Desde esta perspectiva y aunque profundizaremos en los epígrafes que siguen, en función del rango de las normas distinguimos entre normas con rango de ley y con rango inferior a ley. La Constitución confiere rango de ley a algunas normas, ese rango determina la posición superior de estas normas respecto a otras. Sólo las normas con rango de ley pueden ser sometidas al control de constitucionalidad, el resto de las normas están sometidas al control de legalidad que realizan los tribunales ordinarios. El rango de ley queda pues subordinado al control de constitucionalidad, que es superior al rango reglamentario que ejerce el Gobierno en virtud de la potestad reglamentaria.

### **3. PRINCIPIOS DE ORDENACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES.**

Si a pesar de la pluralidad de ordenamientos jurídicos y la diversidad de fuentes es posible seguir hablando de un ordenamiento jurídico es, porque las normas que producen las fuentes guardan entre si unas relaciones de orden que vienen establecidas por los principios de ordenación; normas sobre las normas que estructuran el ordenamiento jurídico que contempla la Constitución.

La Constitución establece en su artículo 9.1 «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». El ordenamiento jurídico es un conjunto de normas que regulan la organización y la actividad de un grupo social, pero ese conjunto de normas no es desordenado, sino que aparece organizado como un sistema conforme a unos principios vertebradores, los principios de ordenación del sistema de fuentes. Estos principios confieren coherencia al sistema de fuentes y se encuentra reflejado también en el artículo 9.3 de la Constitución que establece: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

A pesar de que en el artículo 9.3 de la Constitución no se explicita, el *principio esencial de seguridad jurídica*. De él derivan todos los demás. Tal y como proclama la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1982 “la seguridad jurídica es suma de certeza, legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad...”. Lo característico del principio de seguridad jurídica, en su vertiente positiva, obliga a los Estados miembros regular de manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento, en tanto que, en su vertiente negativa, implica la obligación de eliminar situaciones de incertidumbre. Analicemos cada uno de los principios que engloba el principio de seguridad.

La afirmación del principio de legalidad tiene en el Estado de Derecho el referente directo de limitar la actuación de todos los poderes públicos que tienen que ajustarse a lo establecido por la ley. Ahora bien, no cabe duda que desde el momento en que afirmamos la normatividad y superioridad de la Constitución, cabe también sostener como elemento constitutivo del Estado de Derecho el principio de constitucionalidad. Así el artículo 9.1 de la Constitución establece: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En el Estado de Derecho los poderes públicos deben actuar de acuerdo con el principio de legalidad y constitucionalidad, que viene a reconocer que todos los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, lo que impide la arbitrariedad del poder político.

El principio de jerarquía supone la ordenación jerárquica de las diversas formas que pueden adoptar las normas. En el ordenamiento coexisten normas jurídicas de diversa clase y rango, que se ordenan según un orden jerárquico que precisa el rango. El rango de la norma es el que determina su fuerza, su capacidad para imponer conductas obligatorias. La fuerza de la norma se desglosa en fuerza activa y pasiva. La primera significa que una norma sólo puede ser transformada o derogada por una norma de su mismo rango o superior. La segunda supone que una norma inferior no puede contradecir una superior. Al contrario que la fuerza activa la fuerza pasiva incidirá en la validez de la norma. Técnicamente el principio de jerarquía consiste en un conjunto de reglas sobre la validez de las normas que consiste en afirmar, que las que ocupan una posición inferior pierden validez cuando contradicen a otras que ocupan una posición superior.

Los principios de temporalidad y competencia concretan la prelación de las normas en caso de conflicto entre normas de igual rango. El principio de temporalidad establece que, en caso de conflicto, la norma posterior deroga a la anterior; y el principio de competencia, que formalmente no proclama la Constitución, parte de la distribución de competencias entre las normas y su fuente de producción, regulando tanto la reserva en la regularización de determinadas materias a normas concretas, como la realización de determinadas funciones a órganos determinados. Estos principios inciden también en la validez de la norma, por falta de competencia la actuación o la norma que se hubiera aprobado puede considerarse inválida.

La seguridad jurídica implica también predictibilidad; esto es, conocer el Derecho que habrá de ser aplicado con antelación a la acción que dará lugar o que regulará la situación que provocará la aplicación de la norma. No es posible, conforme a lo establecido en los epígrafes precedentes, que en un Estado de Derecho se sancione a alguien por una actuación que, en el momento de producirse, no estaba en vigor y en consecuencia no tenía eficacia jurídica. Por ello la Constitución garantiza que el Derecho aplicable sea el vigente y requiere para el comienzo de su eficacia jurídica, la publicación de las normas. Si la seguridad jurídica exige la predeterminación del Derecho aplicable resulta lógico que las normas jurídicas sean públicas a fin de que sean conocidas, y para ello es condición indispensable de la entrada en vigor de las normas, su publicación. De esta forma mantenemos que el artículo 9.3 de la Constitución eleva a rango constitucional un principio básico del Estado de Derecho. Si bien conviene hacer constar que la publicidad no exige que la norma sea conocida, sino que consiste en que se lleven a cabo los actos conducentes a hacerla pública. La

regla general es la publicación en un periódico oficial BOE, BOCAM, DOCE ...dependiendo del rango o del ámbito de competencia de la fuente de creación de la norma objeto de publicación. El principio de publicidad es pues, exigencia derivada del Estado de Derecho que da comienzo a la eficacia de la norma.

La Constitución proclama además el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos. O lo que es lo mismo, la imposibilidad de que las normas eficaces desplieguen sus efectos hacia el pasado salvo cuando así lo dispone la norma porque sea beneficioso para el reo suponga ampliación de derechos. En este ámbito conviene una observación, la Constitución no garantiza la irretroactividad para las disposiciones que no sean sancionadoras desfavorables ni restrictivas de derechos individuales. Esta regla general se explicita en el artículo 2.3 del Código Civil “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no se dispusiera lo contrario”. La Constitución establece un mínimo, la prohibición en los supuestos descritos, pero confiere al legislador un amplio margen de libertad.

#### **4. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: Nacional, Autonómico, Supraestatal e Internacional**

Desde mediados del siglo XX se ha venido produciendo en todos los Estados una quiebra del concepto clásico de soberanía, este hecho afecta también al ordenamiento jurídico y a sus fuentes de producción. La razón de ser de esta apreciación es la constatación de una realidad: el Estado depende hoy para la toma de decisiones de una serie de factores internos y no internos que condicionan su voluntad y que son fruto del incremento de interrelación estatal y de la dependencia mutua de los Estados. En la actualidad existen una pluralidad de ordenamientos que resultan de aplicación en los Estados y que conviene, por la complejidad y singularidad de la situación, estudiar en el caso español.

El ordenamiento español es un ordenamiento fuertemente descentralizado tanto a nivel político como en el plano jurídico, y ello en tres niveles: supranacional, comunitario y autonómico, lo que introduce un importante factor en el análisis del ordenamiento jurídico. La creciente complejidad del régimen constitucional de las fuentes es bien patente en la Constitución Española de 1978, sin duda de las más complejas en Europa. Así mismo, cada ordenamiento tiene autonomía y su propia

jerarquía, lo que complica aún más el panorama, y ello sin tener en cuenta que existen normas que comunican los ordenamientos mencionados.

Como advierte el Dictamen del Consejo de Estado en el año 2008, nuestro Estado ha venido experimentado desde 1978 una mutación profunda en el plano político y administrativo. Muchas actividades de la Administración central han pasado a ser competencia de las Comunidades Autónomas, mientras que, de otro lado, la actuación del Estado en una esfera internacional es cada vez más compleja y globalizada; en particular ha adquirido una creciente intensidad su participación en la Unión Europea, y ésta, no siempre se ha visto acompañada de las necesarias decisiones en cuanto a organización, procedimientos, medios personales y financieros puestos a disposición de la maquinaria administrativa que desempeña esas funciones. El lapso de más de veinte años transcurrido desde nuestra adhesión al proceso de integración europea y la profunda transformación que, al margen de ella, ha experimentado la estructura del Estado, ofrecen materia más que abundante para reflexionar con criterios prospectivos y estratégicos.

En este epígrafe trataremos de establecer una somera descripción de las relaciones que tienen lugar en la pluralidad de ordenamientos a aplicar y los efectos que provoca en el ordenamiento interno del país. Agruparemos en un primer bloque a las relaciones denominadas internacionales. Se entiende por relaciones internacionales aquellas que se establecen entre los Estados en virtud de acuerdos internacionales, y que vienen a desarrollar el precepto del artículo 149.1. 3º de la Constitución, que confiere competencia exclusiva al Estado en materia de relaciones internacionales. Expresamente el artículo 97 de la Constitución atribuye al Gobierno competencia en materia de relaciones internacionales, si bien en función de la materia sobre la que versa el Tratado requiere, conforme a lo prescrito en los artículos 93 y 94 de la Constitución, la intervención de las Cortes. Respecto a las interrelaciones supraestatales el Tribunal Constitucional en las sentencias 153/1989 y en la Sentencia 165/1994 ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y ha considerado que el artículo 149.1.3º se refiere a aquellas “materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de los Tratados, y a la representación exterior del Estado, así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado”.

El derecho internacional se constituye básicamente con los acuerdos a los que llegan los Estados y también por aquellos que se establecen en el marco de actuación de los organismos internacionales a que pertenezcan los Estados y, dentro de éstos, de aquellos acuerdos que se comprometen a aplicar. Los Tratados internacionales son pues, normas de Derecho internacional que obligan al Estado produciendo efectos tanto en el ordenamiento interno como en el ámbito internacional. Los Tratados, una vez incorporados al ordenamiento adquiere fuerza pasiva ante la Ley y, aunque el poder legislativo puede legislar sobre las materias reguladas en los Tratados, en caso de colisión entre un Tratado y una Ley, prevalecerá el Tratado.

Un segundo bloque lo constituye el derecho comunitario, al margen de la polémica doctrinal entre internacionalistas y constitucionalistas respecto al carácter internacional o constitucional de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, en las mencionadas sentencias 153/1989 y 165/1994 el Tribunal Constitucional considera en un ámbito diferenciado las relaciones en y con la Unión Europea y fuera de ésta, y excluye de lo prescrito en el artículo 149.1.3º la materia de derecho comunitario. Al respecto cabe recordar, que el propio Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel*, ya calificó al Derecho comunitario como un derecho especial, distinto de los tratados internacionales ordinarios que constituye un orden jurídico propio integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros.

La integración española en la Unión Europea, tiene su apoyo al más alto nivel normativo en el artículo 93 de la Constitución, que establece un sistema de apertura del ámbito interno al Derecho comunitario, completado por los artículos 95 y 96.1 de la Constitución. El alcance del artículo 93, que ha servido hasta la fecha para la ratificación de todos los Tratados integrantes del derecho originario, ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado, cuyos pronunciamientos acerca de esta materia fueron analizados en el Informe sobre modificaciones de la Constitución emitido por el Pleno del Consejo de Estado en febrero de 2006.

La primacía del Derecho comunitario sobre el derecho nacional infraconstitucional, ha sido aceptada con base en los artículos 96.1 y 93 de la Constitución. El inciso final del primero de estos preceptos, al impedir que un Tratado sea modificado, derogado o suspendido de forma unilateral por una norma interna, reconoce la fuerza de resistencia de dicho instrumento internacional frente a la ley, lo que constituye una garantía de la primacía del Tratado sobre las disposiciones legales anteriores o

posteriores contrarias a éste. Adicionalmente, la circunstancia de que los Tratados integrantes del Derecho comunitario originario hayan sido ratificados al amparo del artículo 93 del texto constitucional permite reconocer a dichos Tratados -y al ordenamiento comunitario en general- la fuerza vinculante que les es propia, sujetando a los particulares y a las autoridades internas, incluido el poder legislativo, a las normas que componen dicho ordenamiento.

Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 28/1991 de 14 de febrero, recurre simultáneamente al artículo 93 de la Constitución y a la doctrina del Tribunal de Justicia para derivar la primacía del Derecho comunitario sobre el interno, de forma que, a partir de la adhesión, “el Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual -por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia- constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”. La doctrina del Tribunal constitucional respecto a la inaplicación de las normas que estén en contradicción con normativa comunitaria, es hoy comúnmente aceptada. En la misma línea conviene hacer constar que no hace falta sólo integrar el derecho comunitario en el ordenamiento interno, es necesario, además, la integración de ese derecho para eliminar las situaciones de incertidumbre que genera la existencia en el ordenamiento interno de normas contrarias al derecho comunitario.

La complejidad de la cuestión es todavía mayor si tenemos en cuenta el desarrollo del Estado Autonómico, al menos en la vía de hecho, o cuanto menos la ampliación de las competencias que se producen a través de leyes de transferencia y son asumidas definitivamente por las Comunidades Autónomas en los Estatutos reformados en la Legislatura pasada, que pretende la formalización en derecho, del marco de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas fijado desde el acuerdo político. Desde el punto de vista constitucional y a los efectos que nos importa analizar en este epígrafe, se ha producido también en la actuación de las Comunidades Autónomas una “europeización” que ha terminado por adquirir sustantividad propia en el Derecho constitucional. Si tenemos en cuenta la mutación constitucional que se ha producido en los últimos años en el desarrollo autonómico las reivindicaciones autonómicas no están exentas de sentido.

A estas alturas no cabe duda de que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la actualidad, el modelo autonómico requiere, por su desarrollo competencial, la implicación de las Comunidades Autónomas en la ejecución normativa y administrativa del ordenamiento comunitario. Es evidente y



comprensible que, dado que la Constitución Española se aprobó en 1978, en la distribución constitucional no hay previsiones específicas para incorporar y ejecutar normas comunitarias.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta cuestión (SSTC 79/1992 de 28 de mayo, 102/1995 de 26 de junio, 98/2001 de 5 de abril, 38/2002 de 25 de abril y más recientemente en 33/2005 de 17 de febrero) y, tal y como señala el Dictamen del Consejo de Estado de 2008, cuando están en juego competencias compartidas o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sólo han de tomarse en consideración las normas constitucionales y estatutarias de distribución de competencias, sin perjuicio de que corresponda al Estado establecer los sistemas de coordinación y cooperación.

El Tratado de Lisboa a través del mecanismo de alerta temprana abre un cauce de participación a las regiones en la construcción política vía órganos de representación. Las Comunidades Autónomas se han preparado para ello y constituido en su seno Comisiones de Asuntos Europeos que desarrollan cierto tipo de actividad relacionada con estas cuestiones, bien a través de su actividad legislativa, o de impulso político mediante su participación en la CALRE, que últimamente ha centrado sus esfuerzos en estrechar lazos tanto entre los parlamentos regionales, como entre los canales de conexión con los Parlamentos nacionales y, sobre todo, entre las comisiones para asuntos europeos. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados lo cierto es que no se han determinado los mecanismos o instrumentos legislativos que permitan la participación interparlamentaria – entre parlamentos regionales y entre éstos y el Parlamento nacional- entre órganos competentes en asuntos comunitarios. Lo que si es cierto es que se complica aún más la situación respecto a la pluralidad de ordenamientos.

Tras el breve análisis sobre la pluralidad de ordenamientos en el ámbito internacional y comunitario, no debemos obviar la complejidad que implica para el ordenamiento español la existencia de 17 ordenamientos autonómicos. Las Comunidades Autónomas poseen también potestad legislativa y por ello las leyes aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas son leyes en el sentido estricto del término; son leyes con rango de ley, aprobadas por el órgano representativo y con potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, las Asambleas Legislativas, que las aprueba conforme al procedimiento legislativo descrito en los Reglamentos parlamentarios de cada Asamblea.



Conviene precisar que no existe distinción jerárquica entre la norma estatal y la norma autonómica. Las relaciones entre el derecho del Estado y el que crean las Comunidades Autónomas en uso de su autonomía, no pueden explicarse en virtud del principio de jerarquía; la autonomía requiere igualdad de rango entre las leyes aprobadas por las CC.AA. y sus equivalentes formales en el Estado. Por ello, en caso de que se produjese un conflicto entre una ley estatal y una autonómica, se aplicará el principio de competencia; si existiese conflicto competencial deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional que habrá que determinar quien posee competencia en la regulación de esa materia; si resultarse competente el Estado, se impondrá la norma estatal, y si fuese competente la Comunidad Autónoma, ésta impondrá su norma.

En función de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, la piedra angular del sistema será determinada por la aplicación de los principios de ordenación del sistema de fuentes que establecen el principio de relación y prelación de las normas.

## **TEMA 6. FUENTES DEL DERECHO (I)**

### **1. LA LEY Y LA LEY ORGÁNICA: Concepto y naturaleza.**

### **2. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

### **3. NORMAS CON RANGO DE LEY:**

#### **3.1. Decreto – Ley**

#### **3.2. Decreto Legislativo**

### **1. LA LEY: Concepto y naturaleza.**

El concepto de ley ha ido evolucionando a la par que la institución parlamentaria y el principio de representación. En los comienzos del Estado liberal la ley era la expresión directa de la soberanía nacional; el parlamento, al representar a la nación se convertía en el máximo órgano de expresión de la voluntad popular y la ley en norma suprema que expresa la voluntad general. Desde esta perspectiva la ley era considerada norma suprema y las Constituciones, principios programáticos sin carácter jurídico.

A finales del siglo XIX cambia en Europa la concepción de la ley, conformando el concepto de ley en sentido formal; desde este momento la ley pasa a ser definida no desde su concepción jurídica política, sino como norma que procede de un órgano del Estado, el Parlamento. En virtud del concepto formal de ley lo que da carácter de ley a una manifestación de voluntad del Estado es el hecho de que revista forma de ley, cualquiera que sea la materia sobre la que verse o el modo que disponga acerca de ella. La ley no se diferencia de las demás normas más que por su forma. La Constitución Española sigue el concepto formal de ley y no el concepto material, que vendría definido por la materia sobre la que versa la norma.

Conforme al esquema constitucional español no existe límite material en las leyes, lo que supone afirmar que el legislador puede regular por ley cualquier materia. Lo que si contempla nuestra Constitución es la obligación de que determinadas materias estén reguladas por ley. A través de la *reserva de ley* se establece un límite negativo, impidiendo que ciertas materias sean reguladas salvo por ley. El fundamento de la reserva de ley supone garantizar que la regulación de ciertas materias se hará mediante el procedimiento legislativo que contemplan los

Reglamentos Parlamentarios, lo que obliga a que el texto se someta a discusión pública en el Parlamento permitiendo que las minorías expongan sus puntos de vista, lo que presta a la normativa un plus de legitimidad. De esta forma, la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada y se sustrae la posibilidad de que sea regulada por otro tipo de normas.

La doctrina ha venido distinguiendo dos tipos de reserva: la reserva material y la reserva formal. Cuando la reserva de ley es formal, la necesidad de aprobación de la ley no se produce por razón de la materia sino de la vigencia de una ley cuyo contenido excluye o condiciona el ejercicio de la potestad reglamentaria. La reserva material o constitucional establece que sea la ley la que regule una determinada materia. Mientras que la reserva material deriva de la propia Constitución, la reserva de ley formal procede de aplicar el principio de jerarquía normativa y el principio de congelación de rango.

En virtud del principio de jerarquía normativa la ley, sobre la base de su rango, ocupa una posición de superioridad y en función de la no limitación material ésta puede regular cualquier tipo de materia sin necesidad de que se establezca una reserva de ley. Esto supone, en base a los principios enunciados que, en el caso de que una ley regule una materia sobre la que no se ha establecido una reserva de ley, se produce automáticamente una reserva formal de ley. Aunque la materia objeto de regulación no estaba reservada a ley, para modificar o derogar esta ley solo podremos hacerlo mediante ley, produciéndose el denominado encasillamiento de materias subsanable a través de la deslegalización.

Cierto es que nuestra Constitución adopta una concepción formal de ley, pero también que permite distinguir entre dos tipos de leyes, la ley ordinaria y la ley orgánica. Las leyes ordinarias son las normas jurídicas que emanan de las Cortes conforme al procedimiento legislativo, que exige su aprobación por mayoría simple en cada Cámara y poseen rango, fuerza y valor de ley, atributos que la Constitución confiere también, aunque no de forma global, a otras normas.

Las leyes orgánicas constituyen un concepto especial de ley caracterizada por un contenido y forma específica. La ley orgánica, a diferencia del tipo general la ley ordinaria, no se fundamenta sobre un concepto formal sino material. La ley orgánica es un tipo de ley que exige de un procedimiento especial para su aprobación, reforma y derogación y que debe tratar sobre las materias reservadas a ley orgánica

por la Constitución. Conviene resaltar que no existe en este punto unanimidad en la doctrina. Entre otros De Otto considera que la ley orgánica no es una forma o una clase de ley específica, porque todas las leyes son leyes parlamentarias aun cuando difieren en sus procedimientos de creación y, a su juicio, ello no es razón suficiente para constituir una tipología de ley especial. En cualquier caso, la mayor parte de los constitucionalistas entendemos que es razón suficiente para que constituya un tipo especial de ley. A nuestro juicio, la importancia que el ordenamiento asigna a este tipo de leyes supera el concepto formal de ley que queda subordinado a su definición material; no hemos de olvidar que las leyes orgánicas son las normas que desarrollan los principios constitucionales básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, la distinción entre ley ordinaria y ley orgánica se fundamenta no solo en el ámbito material, sino también en el procedimiento de aprobación de la norma. En el ámbito material la ley orgánica se ve limitada por las prescripciones constitucionales y por la interpretación del Tribunal Constitucional que, mediante la jurisprudencia y desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero en su Fundamento Jurídico 21 ha establecido una interpretación restrictiva de la ley orgánica, manifestando la necesidad de que el legislador limite el uso de la ley orgánica solo a aquellas materias para las que la Constitución prevé una reserva específica.

El ámbito material de la ley orgánica está previsto en el Art. 81.1 CE donde, además de los supuestos incluidos en el precepto (los derechos fundamentales y las libertades públicas, el régimen electoral general y los Estatutos de Autonomía), incluye una cláusula genérica que amplía la reserva, en este caso de ley orgánica, a las demás reservas de ley orgánica previstas en la Constitución.

Tal y como advertíamos al comienzo del epígrafe la ley orgánica es una ley y como tal debe ser aprobada por el Congreso y el Senado mediante el procedimiento legislativo descrito en los Reglamentos Parlamentarios. El procedimiento de aprobación, como corresponde a su especialidad, difiere del empleado para la ley ordinaria; mientras la ley ordinaria requiere mayoría simple, para aprobar una ley orgánica es necesaria una mayoría absoluta. La exigencia de mayoría absoluta produce no solo una mayor rigidez de la norma, sino la existencia de un mayor consenso que favorece el principio democrático.

No podemos finalizar sin incidir en las relaciones que se producen entre leyes ordinarias y orgánicas. Como advertíamos en los párrafos precedentes, el ámbito material de las leyes orgánicas ha sido restringido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que tiende a limitar las materias objeto de regulación por ley orgánica a las enunciadas en el artículo 81 de la Constitución, aunque admite que en la regulación de una ley orgánica se pueda introducir la regulación de ciertas materias por conexión temática. Son las denominadas materias conexas, propias de ley ordinaria pero incorporadas a las leyes orgánicas que, en una discutible interpretación del Tribunal en su sentencia 5/1981, a juicio del Tribunal, carecen de la consideración de ley orgánica en función del principio de congelación de rango, que permite que sean consideradas como materias que pueden ser modificadas tanto por leyes ordinarias, como, en su caso, por normas de las Comunidades Autónomas; en una ficción jurídica, serían leyes ordinarias dentro de leyes orgánicas.

## **2. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA**

Para comenzar hemos de decir que la Constitución es la fuente de validez remota del ordenamiento autonómico y la fuente inmediata son, sus Estatutos de Autonomía. Esto significa que en el sistema constitucional español de organización territorial, desorganizado desde su base, como pretendíamos hacer notar en la páginas precedentes y, a diferencia de otros sistemas de organización territorial como el sistema federal o el confederal y, evidentemente opuesto al sistema centralizado de organización de competencias, no es la Constitución quien crea, organiza y dota a las Comunidades Autónomas de competencias, ni tampoco las propias Comunidades Autónomas, sino que esa tarea corresponde a un órgano del Estado, las Cortes Generales.

Los Estatutos de Autonomía mantienen por ello una dualidad en su naturaleza, son leyes orgánicas que constituyen el principal elemento de regulación legal del orden autonómico, siendo "dentro de los términos de la presente Constitución, la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma" (Art.147.1). La doble naturaleza permite afirmar que son, tanto normas con rango de ley que, al ser aprobadas por las Cortes conforme al procedimiento especial en razón de la materia, pertenecen al ordenamiento estatal; como las normas institucionales básicas de cada Comunidad Autónoma, y en consecuencia pertenecen también al ordenamiento autonómico.

Por ello, y se observa con claridad en la actualidad en la praxis del proceso jurídico-político de modificación de los Estatutos de Autonomía, son como cualquier otra ley estatal sujeta al control de constitucionalidad si bien, y en aplicación de los principios de competencia y jerarquía, las normas estatales no pueden contravenir los lados en los Estatutos de Autonomía.

Esta circunstancia y la imprevisión constitucional, o la falta de adecuación entre lo previsto por el constituyente y la realidad que se produjo como consecuencia de los pactos autonómicos de 1981 ha derivado en el establecimiento de una organización territorial que de hecho parece establecer un Estado Federal pero, siguiendo las directrices constitucionales, establece un Estado Autonómico que reconoce autonomía a las Comunidades Autónomas y por ello, el marco de actuación de las Comunidades Autónomas se circunscribe al ámbito predeterminado por las normas que vienen a desarrollar los preceptos constitucionales.

La primera de estas normas, los Estatutos de Autonomía, como norma básica de las CCAA y siguiendo las prescripciones constitucionales establecidas en el artículo 147.2, deberá contener:

- La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- La delimitación de su territorio.
- La denominación organización y sede de las instituciones autónomas propias. En general todas las Comunidades Autónomas han optado por un desarrollo institucional semejante al establecido a nivel estatal y el esquema establecido respeta la prescripción constitucional del artículo 151 con un Parlamento unicameral, Asamblea Legislativa de las Comunidades Autónomas; un Gobierno, con funciones ejecutivas y administrativas, con su Presidente, ambos se interrelacionan de acuerdo a las reglas del sistema parlamentario.
- Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

En efecto, los Estatutos de Autonomía son el instrumento normativo que realiza una primera distribución de competencias, asumiendo las competencias cuya titularidad ostenta la Comunidad Autónoma, conforme a la prescripción constitucional del Artículo 148, que enumera las competencias que *podrán* asumir las Comunidades Autónomas. En el supuesto de que las Comunidades asuman en exclusiva alguna o todas las competencias, vía reconocimiento de sus Estatutos de Autonomía, asumirá

la totalidad del ejercicio en estas competencias de las potestades legislativas y reglamentarias.

Las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas poseen pues, potestad legislativa y en consecuencia, las leyes de las Comunidades Autónomas son leyes en el sentido estricto del término; son leyes aprobadas por el órgano representativo y con potestad legislativa de la Comunidad Autónoma, que las aprueba conforme al procedimiento legislativo descrito en los Reglamentos parlamentarios de cada Asamblea Legislativa de cada Comunidad Autónoma que, como nota común de todas ellas, no serán sancionadas por el Rey ni por cualquier otro órgano, puesto que son promulgadas por el Presidente de la Comunidad Autónoma.

Conviene precisar que no existirá distinción jerárquica entre la norma estatal y la norma autonómica. Las relaciones entre el derecho del Estado y el que crean las Comunidades Autónomas en uso de su autonomía, no pueden explicarse en virtud del principio de jerarquía; la autonomía requiere igualdad de rango entre las leyes aprobadas por las CCAA y sus equivalentes formales en el Estado. Por ello, en caso de que se produjese un conflicto entre una ley estatal y una autonómica se aplicará el principio de competencia, y el conflicto de competencias deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional que habrá que determinar quien posee competencia en la regulación de esa materia; si resultase competente el estado, se impondrá la norma estatal, y si fuese competente la CCAA, ésta impondrá su norma.

Si bien y pese a ello, el desarrollo competencial de las Comunidades Autónomas se ha producido hasta la reforma de los Estatutos de Autonomía, desde las normas que conectan ambos ordenamientos, las leyes de transferencia y las leyes marco. Esta es la razón por la que se ha producido la reforma de los Estatutos, que pretende adecuar la praxis a la norma, reconociendo un nivel de competencias superior que de facto ya existe, en la norma básica de cada Comunidad Autónoma, si bien, a nuestro juicio, algunos Estatutos de Autonomía han rebasado los límites previstos constitucionalmente. Estudiemos detenidamente estas cuestiones.

No podemos finalizar, sin referirnos, aunque sea brevemente a las normas de conexión entre el ordenamiento estatal y autonómico. La Constitución establece tres instrumentos que, desde el respeto a los principios enunciados en el artículo 2 de la Constitución, deben flexibilizar las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas conectando los ordenamientos estatal y autonómico, y ofreciendo

soluciones a los problemas que pudieran plantearse en el inacabado Estado de las Autonomías. Conviene advertir que, las competencias delegadas en virtud de los instrumentos descritos en los apartados 1 y 2 del artículo 150, no estatutariamente, serán siempre recuperables a la libre voluntad del Estado. Además, y completando el marco de organización estatal, el artículo 150.3 de la Constitución viene a permitir la intervención del Estado en el ejercicio de las competencias autonómicas, de titularidad autonómica.

La primera forma de atribución de competencias extraestatutaria que prevé en el Art. 150.1, consiste en que las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, atribuyen a todas o a algunas de las CCAA la facultad de aprobar para sí, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal; estas normas reciben la denominación de *leyes marco*, si bien no hay acuerdo en la doctrina y, algunos autores como Balaguer Callejón, evitan denominarla como ley marco. En realidad, la Constitución no le asigna y bien podrían denominarse leyes marco, leyes de bases, o incluso leyes de habilitación específica a las CCAA. Independientemente de su denominación, este tipo de normas son aprobadas por las Cortes y limitadamente, autoriza a las CCAA a desarrollar legislativamente una determinada materia de competencia estatal; la ley estatal delimita “el marco” de actuación de las CCAA. La segunda posibilidad de atribución extraestatutaria de competencias se regula en el Art. 150. 2 CE que proclama, expresamente, la posibilidad de que el Estado transfiera o delegue en las CCAA, mediante ley orgánica, denominada ley de transferencias, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal. En cualquier caso, las materias objeto de la transferencia o delegación deben ser por su propia naturaleza, susceptibles de transferencia o delegación; esto es, no deben afectar a las denominadas competencias de soberanía.

En la práctica, las leyes del Art. 150.2 CE se han utilizado para resolver conflictos políticos, ampliando competencias a determinadas Comunidades Autónomas tomemos el ejemplo de lo que ocurrió con los Estatutos de la Comunidad Autónoma Valenciana y Canaria. Estas Comunidades en sus Estatutos asumieron un núcleo mayor de competencias de las que les correspondían al haber sido constituidas por el procedimiento común. Tras la aprobación de los iniciales Estatutos y con el fin de subsanar el exceso, se dictan dos leyes orgánicas el 10 de agosto de 1982, la ley orgánica de transferencias complementaria a Canarias y ley orgánica de transferencias a la Comunidad Valenciana, ambas sobre competencias de titularidad estatal susceptibles de transferencia o delegación. La ley de transferencias es un



mecanismo dirigido a ampliar las competencias sin necesidad de reformar los Estatutos, si bien en este caso se trataba de ajustar a derecho la actuación previa. En cualquier caso, conviene resaltar que, las competencias asumidas mediante ley de transferencias, que será siempre orgánica, puede ser reasumida por el Estado por la simple derogación de la ley de transferencias. Esta es quizás la razón de la masiva reforma de Estatutos de Autonomía que hemos vivido esta Legislativa, las competencias asignadas extraestatutariamente son revocables a libre voluntad del Estado y por ello, conviene, a las Comunidades Autónomas, máxime en un Estado Autonómico, constituido, progresivamente mediante leyes de transferencia, la reforma estatutaria.

El último supuesto que contempla el Art.50 son las denominadas Leyes de armonización, que constituyen una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias entre el Estado las Autónomas y por ello no puede ser interpretado aisladamente, sino en relación con el conjunto de normas que configuran nuestro sistema. Como recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 76/1983 de 5 de agosto en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), el Constituyente ha permitido que el Estado incida en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general a través de la técnica del artículo 150.3. La intención no debe ser otra que la de "armonizar" la regulación de una materia concreta en las distintas Comunidades Autónomas. Si bien solo podrán dictarse leyes de armonización cuando las competencias de que disponga el Estado no sean suficientes para alcanzar la armonización que requiere el interés nacional. Con ello se evita la intromisión aleatoria del Estado en la autonomía de las Comunidades, que en ningún caso debe sobrepasar los límites establecido en la constitución por el poder constituyente.

A estas alturas resultará clarificador la enumeración de las competencias y su tipología dado que son éstas, los Estatutos de Autonomía y las normas de conexión entre las normas estatales y autonómicas las que configuran el esquema de funcionamiento y las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y en definitiva del Estado Autonómico Español, y estas son: las competencias de titularidad estatal (Art.149.1 CE); las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas si lo estima conveniente y las competencias en las denominadas materias compartidas, que es donde existe una estructura de mayor complejidad.

Existen diversas modalidades: una primera modalidad se produce cuando la potestad legislativa corresponde al Estado por entero y la potestad reglamentaria corresponde a la Comunidad Autónoma; la segunda cuando la Comunidad Autónoma ejerce la potestad legislativa y reglamentaria en el marco de una ley estatal específica; y por último, cuando las Comunidades Autónomas ejercen las potestades legislativas y reglamentarias de acuerdo con las bases o la legislación básica del Estado

Este último tipo revela la existencia de una modalidad de normas no previstas en la Constitución, pero que derivan de la regulación del artículo 149.1 de la Constitución y son las denominadas *leyes de bases*, en las que el Estado dicta una normativa general, pero cada CCAA lo regula y ejecuta de acuerdo a sus particularidades. La función de las leyes de bases es pues, dotar a una determinada materia de cierta uniformidad en todo el territorio, permitiendo ciertas particularidades en las distintas CCAA.

### **3. NORMAS CON RANGO DE LEY**

Al configurarse el Estado liberal y al afirmarse el principio de legitimidad democrática, y de separación de poderes se le atribuyó al Parlamento, como máximo órgano de representación, la función legislativa. Este mismo esquema reproduce el artículo 66.2 de nuestra Constitución que atribuye a las Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa, que sólo comparte con las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

A lo largo de los siglos XIX y XX las relaciones entre el gobierno y parlamento experimentan una modificación sustancial que se proyecta en la amplitud con que se atribuye la función legislativa. De ser considerada como competencia exclusiva del parlamento pasa a ser una competencia que comparte con el gobierno, al que la Constitución atribuye también capacidad para dictar normas con rango de ley. No obstante, el carácter representativo especial que tienen las Cortes Generales se refleja en la distinta amplitud con que se le atribuye a cada órgano dicha capacidad; mientras que la función legislativa del Gobierno es siempre una función

condicionada y limitada formal y materialmente, cuando esta función radica en las Cortes, se ejerce de forma incondicionada sin más límites que la Constitución.

La Constitución concede a dos normas del Gobierno la misma fuerza y rango que la ley sin ser leyes en sentido formal, el decreto legislativo y el Decreto Ley, que en todo caso requieren de una intervención *ex ante o ex post* de las Cortes Generales.

### **3.1. Decreto Ley**

La Constitución regula los Decretos Leyes en el artículo 86 de la Constitución que prescribe:

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.
2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.
3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia.

La creación de Decretos Leyes plantea uno de los fenómenos normativos más delicados de todo el sistema de fuentes. El Decreto Ley es una norma con rango de ley elaborada y aprobada por el ejecutivo que empieza a producir efectos jurídicos desde el momento de su publicación, sin que hasta ese momento exista ninguna vinculación normativa con las Cortes. Por lo tanto con los decretos ley, el ejecutivo ejerce una potestad que en principio la Constitución reserva a las Cortes. Lo característico de esta potestad gubernamental es que aquí el Gobierno ejerce un

poder propio, sujeto sin duda a límites, pero que indudablemente genera un riesgo en el equilibrio de poderes que justifica la necesidad de límites y de control.

Con la intención de limitar el riesgo, la Constitución exige que cuando el Gobierno aprueba un Decreto-Ley solo se realice en caso de "extraordinaria y urgente necesidad", circunscribiendo así el presupuesto habilitante como legislación de urgencia. En segundo lugar impone un límite a las materias que pueden ser reguladas a través del Decreto-Ley.

Y por último, condiciona la supervivencia del decreto ley a una inmediata intervención del Congreso de los Diputados, que ha de pronunciarse sobre su convalidación o derogación en el plazo de 30 días.

Con respecto a la primera de las cuestiones esto es, que el Gobierno solo podrá dictar decretos ley en caso de extraordinaria y urgente necesidad, hemos de decir que se justifica desde la idea de que el decreto ley no puede ser un instrumento de uso común que sirva para desarrollar una legislación paralela a la ordinaria o para suplantarla, sino que requiere una situación anómala que precise de una rápida respuesta imposible en la vía legislativa ordinaria. El problema es quizás que, al no existir requisito formal, es el propio Gobierno quien aprecia por sí mismo si existe o no la necesidad urgente y extraordinaria y por ello existe un cierto margen de discrecionalidad.

A este respecto el Tribunal Constitucional ha planteado en su sentencia 6/1983 de 4 de febrero que la necesidad justificada, presupuesto constitucional que permite la aprobación de los decretos leyes, no se puede entender como una necesidad grave que suponga peligro para el sistema constitucional, sino que se ha de entender como necesidad relativa respecto a situaciones concretas que hacen necesaria una acción normativa inmediata y en cualquier caso con un plazo más breve que el requerido por el procedimiento legislativo ordinario. Distingue pues dos términos, gravedad y urgencia: sin embargo, este hecho no excluye el requisito de que efectivamente haya necesidad y además, que ésta sea extraordinaria en el sentido de imprevisible; y urgente, en la idea de que sean imposibles los cauces ordinarios.

En segundo lugar, como decíamos, el Art. 86.1 CE encierra la prohibición de que ciertas materias sean reguladas mediante Decreto-Ley; esto es, señala los límites materiales de estas normas. El citado artículo proclama que "no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado a los derechos deberes

libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las CCAA, ni al derecho electoral general”. Conviene subrayar que estas materias tienen perfiles propios, no coinciden ni con la reserva de ley, ni con la reserva de ley orgánica.

De las cuatro prohibiciones, la que presenta mayor problemática es la que se refiere a los derechos y deberes fundamentales contenidos en el Título I; éste abarca tanto a los derechos, libertades y deberes, como a los principios rectores de la política social y económica. La materia resulta tan amplia que es difícil imaginarse algún caso en el que no puedan entrar en juego alguno de estos preceptos, por lo que una interpretación rigurosa de este límite imposibilitaría el decreto ley. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 111/83 de 2 de diciembre viene a resolver esta cuestión y mantiene que cabe la distinción entre los derechos y libertades fundamentales y los principios rectores de la política, pudiendo el decreto ley regular los segundos.

Respecto a la segunda prohibición, esto es, que el decreto ley afecte a las instituciones básicas del Estado, hay que advertir la dificultad que entraña identificar tales instituciones, mayor aún precisar que ha de entenderse por órganos constitucionales. Por ello, el criterio de interpretación de este límite puede ser más expansivo, si bien creemos que resulta de difícil justificación la urgencia en la regulación de una institución.

En lo que se refiere a las Comunidades Autónomas la prohibición constitucional debe entenderse como imposibilidad de incidir en el contenido de sus competencias, que corresponde también a los Estatutos de Autonomía y a las leyes de marco. Por último, la prohibición de que el decreto ley afecte al derecho electoral general que coincide con la reserva de ley orgánica establecida en esta materia y en consecuencia a ella nos remitimos.

El tercer límite impuesto al Decreto Ley requiere la intervención del Congreso de los Diputados. La Constitución en su artículo 86 establece que el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas de urgencia con el nombre de decretos ley, pero añade a continuación que dichos decretos deberán ser sometidos inmediatamente a debate y votación de totalidad en el Congreso de los Diputados, que se pronunciará sobre su convalidación o derogación. En este caso, el objeto del debate no es el contenido del decreto, sino la existencia del supuesto habilitante; esto es, si existe o no urgencia.

Si el decreto es convalidado, deja de ser provisional -expresamente el Art. 86 CE proclama: "disposiciones normativas provisionales"- y se convierte en definitivo. El pronunciamiento del Congreso no convierte al decreto en ley, sino que lo convalida como decreto ley; éste sigue siendo decreto ley, norma con rango de ley, pero no ley de las Cortes. Si por el contrario el Decreto ley no es convalidado, porque el Congreso considera que no ha habido urgencia, los efectos son de nulidad; deja de existir y de producir efectos, aunque, si ya ha producido efectos, no siempre son subsanables. En cualquier caso, la urgencia del decreto ley está condicionada al plazo de 30 días. Si pasa ese plazo desde su publicación sin que el Congreso se pronuncie, se entiende no convalidado; el silencio es negativo, la convalidación debe ser expresa.

Pero, ¿Cual es en realidad el significado de la convalidación? La convalidación es un acto del Congreso de los Diputados que termina con la provisionalidad formal del Decreto Ley y permite concluir el proceso normativo de esta fuente del Derecho. La convalidación no es habilitación; con la convalidación lo que hace el Congreso es controlar la actuación del Gobierno, es pues un mecanismo de control político sobre la oportunidad del Decreto Ley.

El artículo 86.3 CE contempla también la posibilidad de que el Decreto Ley sea tramitado por el procedimiento de urgencia, como proyecto de Ley. Con ello, al intervenir el Congreso y el Senado, se permite, si fuera necesario, modificar el Decreto Ley. Ahora bien, más que un proyecto de ley creemos que se trata de una proposición de ley; la iniciativa es del Congreso y en consecuencia se trata de una proposición de ley, probablemente se dice proyecto para que no haya toma en consideración. La Constitución nada dice sobre el procedimiento de tramitación, pero el artículo 151 del Reglamento del Congreso mantiene que, sometida a la consideración de la Cámara la oportunidad del Decreto Ley -una vez efectuada la convalidación- se acordará, en su caso, tramitar el Decreto Ley como "proyecto de ley" por el procedimiento de urgencia. Ello supone que existirá una norma con dos caras, por un lado el texto es Decreto Ley, de otro, proposición de ley. Si no existe modificación, al existir dos normas que regulan lo mismo la ley deroga al Decreto Ley. Si por el contrario se producen modificaciones, los preceptos no incorporados a la Ley son solo Decreto Ley, hasta el momento en que pierden su vigencia.

Como norma que viene a exceptuar el principio de división de poderes los Decretos Ley están sujetos a diversos tipos de control. En primer lugar, como veíamos, a un

control político, que efectúa el Congreso en el momento de la convalidación. Sobre esta cuestión conviene hacer notar que habitualmente el Gobierno tiene la mayoría de la Cámara, más aún si es mayoría absoluta y en consecuencia el control solo será efectivo cuando el gobierno no tenga las mayorías aseguradas. Pero no hemos de obviar que en todo caso el Decreto Ley como norma con rango de ley estará sujeto al control de constitucionalidad.

No podemos concluir sin reflejar que las últimas reformas estatutarias han incorporado el Decreto Ley al sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas, reproduciendo en el ámbito de sus competencias el artículo 86 de la Constitución. Las Comunidades Autónomas que han introducido esta figura son: Andalucía (Artículo 110 de la Ley orgánica de Reforma del Estatuto 2/2007 de 19 de marzo), Aragón (Artículo 44 Ley orgánica 5/2007), Castilla y León (Artículo 25.4 de la Ley orgánica 14/2007), Cataluña (Artículo 64 de la Ley orgánica 6/2006), Comunidad Valenciana (Artículo 44.4 de la Ley orgánica 1/2006 e Islas Baleares (Artículo 49 de la Ley orgánica 1/2007).

### **3.2. Decreto Legislativo**

El Decreto Legislativo es el acto normativo del Gobierno que contiene normas con valor, fuerza y rango de ley y que se produce en virtud de la delegación que, a estos efectos, ha sido aprobada por las Cortes Generales. Conviene advertir que la delegación legislativa ha sido históricamente la fórmula a través de la cual el poder ejecutivo ha ido asumiendo y ampliando su capacidad normativa respecto del Parlamento. Si bien y a pesar de la transformación del molde clásico de la división de poderes y de la inversión de los papeles tradicionales no supone una alteración del esquema de fuentes. Mediante el control de la legislación delegada se pretende evitar abusos injustificados que desarticulen los mecanismos de limitación de poder cuando la delegación no responde a motivaciones técnicas sino políticas.

El Art. 82.1 de la Constitución proclama: "Las Cortes podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley". Este fenómeno se conoce con el nombre de delegación legislativa y su producto, legislación delegada. Mediante la delegación las Cortes hacen parcial entrega de su poder a otro órgano para que dicte normas con el mismo valor que las emanadas por las propias Cortes.

La delegación legislativa es verdadera delegación en el sentido técnico del término, un acto dispositivo mediante el cual un sujeto, fundándose en su propia competencia, atribuye a otro los poderes necesarios para que provea de modo tan legítimo y eficaz como él mismo acerca de una determinada materia, dentro de ciertos límites y con arreglo a criterios establecidos en el acto de delegación.

En general los procedimientos de delegación revisten dos formas, la delegación específica y la genérica. La primera, permitida por la Constitución Española de 1978 se realiza mediante la aprobación de una ley de las Cortes, ley habilitante, en la se manifiestan la voluntad de que el Gobierno regule una materia concreta según los límites y criterios expuestos en la propia ley. La delegación permite que, mediante ley, las Cortes deleguen en el Gobierno el ejercicio de la potestad legislativa de acuerdo con la ley de delegación. La delegación genérica, supuesto denominado también como leyes en blanco o de plenos poderes y no permitida en nuestra Constitución, habilita al Gobierno a legislar sin límite alguno haciendo las Cortes dejación completa de su poder.

Con la idea de superar los recelos iniciales que siempre rodean a la legislación delegada, nuestra Constitución en su artículo 82 establece una serie de cautelas que exige se cumplan en todos los siguientes puntos:

- Que el sujeto objeto de la delegación sea el Gobierno, sin que quepa subdelegación en ningún otro órgano del Estado.
- Que la delegación del ejercicio de la potestad legislativa se realice mediante una ley formal, la ley de habilitación.
- Que la delegación se produzca de forma expresa, sin que quepa entender delegación implícita.
- Que la delegación se haga para una materia concreta, que no podrá afectar a materias sujetas a reserva de ley orgánica.,
- Que la delegación se realice por un plazo de tiempo determinado que, se agota cuando el gobierno, en el plazo prefijado, hace uso de ella publicando la norma correspondiente.



En la Constitución se diferencian dos tipos de decretos legislativos, las leyes de bases y los textos refundidos. La primera permite que el Gobierno dicte normas con rango de ley a partir de bases que las Cortes establecen (ley de bases), y la segunda faculta al Gobierno a refundir textos legales (textos refundidos).

La primera queda sujeta en la Constitución a una normativa singular que añade a los requisitos generales otros de carácter particular. Para que este acto del Gobierno no sea enteramente libre, la Constitución prevé que la delegación deberá realizarse mediante ley de bases que "delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio" (Art. 82.4CE). En la ley de bases, las Cortes indican los principios y decisiones políticas "básicas" sobre la materia a regular y autorizan al Gobierno a desarrollarlos en un texto. La ley de bases tendrá mayor o menor concreción, pero en ningún caso será posible hablar de un apoderamiento de poder pleno en manos del ejecutivo. Tampoco es posible, y así lo señala expresamente el Art. 83.2 CE que las leyes de bases tengan carácter retroactivo, lo que limita aun más la potestad legislativa del Gobierno. Las leyes de bases vienen a ser un programa que permite conocer ex ante los criterios básicos de la legislación a aprobar.

La autorización para dictar textos refundidos se regula en el Art. 82 de la Constitución. En este caso las Cortes deberán aprobar una ley ordinaria que autorice al Gobierno a refundir textos legales evitando la dispersión y la fragmentación de la normativa. En principio la refundición parece una labor mecánica, sin embargo, en la mayor parte de las ocasiones no se autoriza sólo a refundir, sino también a regularizar, aclarar y armonizar, con lo que la teórica labor mecánica que permite convertir varios textos en un único cuerpo va más allá, permitiendo cierta potestad de innovación en la refundición de textos. Como cualquier norma del ordenamiento jurídico, los Decretos legislativos están sometidos a control. El control es doble, por un lado, está sometido al control de constitucionalidad en cuanto que los Decretos legislativos son normas con rango de ley y, de otro, el control sobre la adecuación del ejercicio de la potestad legislativa por el Gobierno a la habilitación recibida. Tres son los sujetos que pueden ejercer este control: las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios.

Por último, y conforme a la prescripción del artículo, 82.6 CE es posible que las leyes de delegación establezcan en cada caso fórmulas adicionales de control. Hasta el momento el sistema utilizado es el previsto en el Art. 152 y 153 del Reglamento del

Congreso; en base a lo dispuesto en estos artículos, cuando el Gobierno hace uso de la delegación, dirigirá al Congreso la legislación delegada que será publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, en el caso de que la ley de delegación estableciera que el control adicional de la legislación delegada se hiciera por el Congreso de los Diputados y pasara un mes desde su publicación sin que se formularan objeciones, se entenderá que el Gobierno ha hecho uso correcto de la delegación. Si por el contrario se formulara algún reparo al uso de la delegación en escrito dirigido a la Mesa del Congreso, ésta lo remitirá a la correspondiente Comisión de la Cámara, que deberá emitir dictamen al respecto. Una vez elaborado el dictamen será debatido en el Pleno de la Cámara con arreglo a las normas generales del procedimiento legislativo.

## **TEMA 7. FUENTES DEL DERECHO (II)**

- 1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.**
- 2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**
- 3. LOS REGLAMENTOS**
- 4. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **1. TRATADOS INTERNACIONALES**

La Convención de Viena de 1969 definió en su artículo 2.1 a) los Tratados internacionales como "acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho internacional, independientemente de que consten en instrumento único, sea o no su denominación particular". El objeto del tratado es pues el acuerdo entre Estados; este acuerdo, como cualquier otro viene a generar obligaciones y derechos para los sujetos que lo han acordado. Esta definición excluye el acuerdo entre Estados y organizaciones internacionales. En cualquier caso y a los efectos que merecen ser destacados en este epígrafe, los tratados internacionales son fuente principal y básica del derecho internacional que, como veíamos en epígrafes previos, inciden en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento constitucional.

Los Tratados Internacional reciben una pluralidad de nombres: Tratados, Convenios, Protocolos, Comunicados... por ello, y con la intención de evitar posibles equívocos, pasamos a analizar todos los elementos que constituyen su concepto. En primer lugar, decíamos que el Tratado es un acuerdo internacional, lo que supone la existencia de una manifestación concordante de voluntades entre Estados que generalmente suele realizarse por escrito, aunque en supuestos excepcionales se admiten también otras formas de manifestación de voluntad. En segundo lugar, los sujetos que participan son siempre Estados, es decir se desarrolla siempre entre sujetos de Derecho Internacional, pudiendo contenerse en instrumento único, respondiendo en esencia a un único texto: preámbulo, texto y cláusulas finales, o en dos o más.

De todas formas y a pesar de la diferente tipología de los Tratados, conviene cuestionarnos quien debe decidir la celebración de un Tratado y quien es en consecuencia su fuente de producción. La Constitución en su Art. 97 atribuye al ejecutivo la capacidad de dirección en materia de política exterior, en consecuencia, es el gobierno quien en solitario debe decidir la oportunidad en la celebración y el contenido del Tratado; ni el jefe del Estado, ni las Cortes, ni el pueblo mediante referéndum o iniciativa legislativa, pueden obligar jurídicamente a negociar el Tratado ni tampoco a negociar en un sentido o en otro.

Tres son las fases que sigue el procedimiento de aprobación de un Tratado. La primera es la fase de negociación que, como explicábamos, corresponde en exclusiva al Gobierno; la fase de adopción y autenticación del texto, la segunda, supone la adopción de un acuerdo concreto que no vincula a las partes; y, por último, la manifestación del consentimiento que es el acto por el que cada parte se compromete al cumplimiento del Tratado y que supone la asunción de obligaciones jurídicas. Es en esta última fase en la que el Gobierno deja de actuar en solitario interviniendo según el caso, el Jefe del Estado y/o las Cortes.

El artículo 56.1 de la Constitución proclama que: “El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica...”. En este sentido es el monarca quien, en acto debido, manifiesta el consentimiento refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores.

Si el objeto del Tratado consiste en la atribución a una organización o institución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, tal y como prescribe el artículo 93 de la Constitución, su celebración deberá ser autorizada por las Cortes mediante la aprobación de una ley orgánica. Si se trata de Tratados de carácter político, militar, que afecten a la integridad territorial, a derechos deberes fundamentales del Título I de la Constitución que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o cuando suponga modificación o derogación de alguna ley o requieran medidas legislativas para su ejecución, tal y como prescribe el artículo 94.1 de la Constitución, requerirá la previa autorización de las Cortes Generales. En los restantes Tratados, tal y como indica el artículo 94.2, el Gobierno deberá informar al Congreso y al Senado de la conclusión del Tratado, estos Tratados son comúnmente denominados como Tratados informados

El procedimiento de aprobación por las Cámaras, en los casos en los que se requiere intervención de las Cortes se regula en el artículo 154 y siguientes del Reglamento del Congreso de los Diputados, y el artículo 144 siguientes del Reglamento del Senado. El procedimiento se ajusta, salvo pequeñas particularidades que tratemos en el tema correspondiente, al procedimiento legislativo ordinario. En el plazo de 90 días desde el acuerdo tomado en el Consejo de Ministros, plazo que puede ser ampliado hasta 180 días, el gobierno debe enviar al Congreso de los Diputados el acuerdo del Consejo de Ministros, el texto del Tratado y la Memoria que justifica la solicitud y las reservas y declaraciones que pretenda éste formular, y con ello se inicia la tramitación parlamentaria.

No conviene finalizar sin detenernos en las reservas. Las reservas son definidas por el derecho internacional como novedades al acuerdo entre Estados que se producen cuando éstos son multilaterales; la presentación de una reserva supone que aun cuando el Estado presta consentimiento en el Tratado, excluye o modifica una parte del mismo. En los Tratados en los que no resulta preceptiva la intervención de las Cortes, las reservas son competencia exclusiva del ejecutivo. En los que resulta preceptivo su participación, en lo que se refiere a las reservas, el legislativo puede ampliar, modificar o suprimir reservas efectuadas por el gobierno, pero no incluir reservas no previstas en el Tratado; si así lo hiciera, equivaldría a la no autorización del Tratado, salvo que sean tramitadas como enmiendas al articulado.

La entrada en vigor del Tratado supone el punto final del proceso, y el comienzo de su eficacia jurídica. En España, para la entrada en vigor de los Tratados deben cumplir el requisito de publicación en el Boletín Oficial del Estado, fecha a partir de la cual España estará obligada al cumplimiento del acuerdo. Sólo en determinados casos se produce una aplicación provisional en razón de la urgencia en la aplicación. Los Tratados internacionales son pues normas de Derecho internacional que producen efectos tanto en el ámbito internación como en el ordenamiento interno del Estado que firma el Tratado. Toda vez que incorporados al ordenamiento, los Tratados adquiere fuerza pasiva ante la Ley y, aunque el poder legislativo puede legislar sobre las materias reguladas en los Tratados en caso de colisión entre un Tratado y una Ley, prevalecerá el Tratado.

Si existiera duda sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado cuyo texto estuviera definitivamente

fijado, pero no se hubiera prestado el consentimiento, el Gobierno o cualquiera de las Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie al respecto. En el primer caso se produce mediante el acuerdo del Consejo de Ministros, y en el caso del Congreso a iniciativa de dos grupos parlamentarios o de 1/5 de los diputados; en el Senado a iniciativa de un grupo parlamentario o 25 senadores, aunque en los dos casos la decisión deberá ser tomada por el Pleno. La declaración del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución tiene carácter vinculante y en consecuencia, si el Tribunal entiende que el Tratado contiene estipulaciones contrarias a la Constitución sólo podrá tramitarse si se lleva a cabo previamente la modificación constitucional.

## 2. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea tiene un origen inequívocamente internacional puesto que ha sido creada a través de una serie de Tratados internacionales normalmente designados como Tratados constitutivos, si bien en la actualidad calificar a la Unión Europea como organización internacional es cada vez más complejo. La Unión Europea “a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes”, para decirlo en los términos que el Tratado de Lisboa añade al artículo primero del Tratado fundacional, no es una organización internacional, sino una entidad jurídico política de un género nuevo que no puede ser analizada con las categorías acuñadas para explicar las relaciones entre los Estados en el marco creado por los Tratados de Westfalia. Es, además, una entidad en continuo proceso de transformación.

Con la intención de acotar esta realidad, conviene sin duda recordar que desde la famosa sentencia *Van Gend en Loos* (26/62) de 5 de febrero de 1963 y la Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel*, es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que el derecho comunitario es un derecho especial, distinto de los tratados internacionales ordinarios y que constituye un orden jurídico propio integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Expresamente la sentencia *Costa/Enel* establece que “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales” Así la Unión Europea aún surgiendo a través de tratados internacionales, es algo distinto del puro derecho internacional. Es un ordenamiento jurídico diferenciado provisto de sus propios métodos de creación y aplicación de normas e inspirado en principios propios

El Tribunal Constitucional Español ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en las sentencias 153/1989 y 165/1994 y en la misma línea ha venido a considerar en un ámbito diferenciado las relaciones en y con la Unión Europea y fuera de ésta, excluyendo de lo prescrito en el artículo 149.1. 3º de la Constitución la materia de derecho comunitario.

Antes de ahondar en los conceptos conviene constatar la diversidad de normas y actos que constituyen el ordenamiento jurídico derivado, lo que dificulta la presentación instrumental de las principales categorías de normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario derivado, sin duda este hecho explica la actual complejidad del sistema de fuentes jurídicas en el Derecho Europeo. Aclarado que el

derecho comunitario constituye una rama propia del Derecho y sin ahondar en los debates doctrinales respecto a su naturaleza constitucional o no de esta materia, conviene establecer una definición del derecho de la Unión Europea. En sentido amplio entendemos que el derecho comunitario es el conjunto de reglas de derecho escritas o no escritas, aplicables en el ordenamiento jurídico comunitario que incluyen: principios generales, jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho surgido de las relaciones exteriores de la Unión y el derecho complementario incluidos los actos convencionales celebrados entre los Estados miembros para la aplicación de los Tratados. En sentido estricto es derecho comunitario, tanto los Tratados institutivos de la Unión Europea, como las reglas contenidas en los actos tomados por las instituciones en la aplicación de estos Tratados, las denominadas fuentes derivadas.

Estableciendo una primera aproximación distinguimos en el derecho comunitario dos tipos de fuentes: el derecho originario y el derecho derivado. El derecho originario está constituido por los Tratados institutivos que conforman el fundamento, el marco y los límites de creación de la construcción europea: Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA 1951); Tratados de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEE Roma 1957), Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE Roma 1957), Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (TUE 1992), el Tratado de Niza 2001 y el Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Estos Tratados, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, prevalecen sin excepción frente al resto de las normas del ordenamiento jurídico comunitario, se colocan en la cima de la jerarquía normativa y solamente retroceden ante Tratados celebrados por alguno de los Estados Miembros con terceros antes de la aprobación de los Tratados constitutivos de la Unión Europea.

Este es el punto de vista del derecho comunitario, ahora bien, desde el punto de vista de los Estados miembros, el derecho originario tiene rango de Tratado internacional, aún a pesar de que puedan delegarse en la Unión competencias que afectan a la soberanía del Estado. En España, como explicábamos en epígrafes previos, la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho nacional infraconstitucional ha sido aceptada con base en los artículos 96.1 y 93 de la Constitución. El inciso final del primero de estos preceptos que impide que un Tratado sea modificado, derogado o suspendido de forma unilateral por una norma interna, reconoce la fuerza de resistencia de dicho instrumento internacional frente



a la ley, lo que constituye una garantía de la primacía del Tratado sobre las disposiciones legales anteriores o posteriores contrarias a éste. Adicionalmente, la circunstancia de que los Tratados integrantes del Derecho comunitario originario hayan sido ratificados al amparo del artículo 93 del texto constitucional, permite reconocer a dichos Tratados -y al ordenamiento comunitario en general- la fuerza vinculante que les es propia, sujetando a los particulares y a las autoridades internas, incluido el poder legislativo, a las normas que componen dicho ordenamiento.

Respecto al Derecho derivado, al menos desde 1984 se pretende realizar una simplificación de la tipología y clarificación de la jerarquía del esquema normativo de la Unión. Hasta ahora la jurisprudencia ha venido clarificado algunos aspectos importantes en referencia al esquema normativo, si bien los Tratados no establecen con claridad una relación entre fuentes de producción y la denominación de la norma y por ello no se denomina de forma diferente las normas en función de su naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, lo que sin duda supone cuanto menos una complicación en la comprensión del ordenamiento jurídico comunitario. Aunque existían expectativas, el Tratado de Lisboa no ha simplificado la normativa si bien ha optado por realizar un ajuste en la tipología de los actos comunitarios incluyendo una diferenciación entre actos procedentes de delegación, que deben incluir la diferenciación como “delegados” (Artículo 290.3 TUE Lisboa) y los originados por la atribución del ejecutivo como actos “ejecutivos”. El esquema propuesto sigue un tanto alejado del que resulta común en la mayoría de los ordenamientos nacionales, donde pueden distinguirse con mayor claridad entre actos jurídicos de contenido normativo y no normativo, pero supone un primer paso.

El artículo 288 TUE Lisboa (249 TUE) tipifica como normas o actos comunitarios de carácter vinculante, el reglamento, la directiva y la decisión. Expresamente sostiene: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. *Los Reglamentos* tiene alcance general, son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Los destinatarios (personas, Estados miembros, instituciones comunitarias) deberán acatar los reglamentos en su totalidad como “leyes comunitarias”. Un reglamento, sin necesidad de un acto nacional de trasposición, es directamente aplicable en todos los Estados miembros a raíz de su publicación en el Diario Oficial de la CE. El reglamento garantiza la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. A la vez excluye

la posibilidad de aplicación de normativas de los Estados miembros que pudieran tener incompatibilidad de contenido con el objeto del reglamento. Las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros solamente serán admisibles en la medida en que estén previstas en el reglamento o bien sean necesarias para su aplicación efectiva. Las disposiciones de ejecución de los Estados miembros no podrán alterar ni ampliar el alcance o los efectos de un reglamento.

*Las Directivas* obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Pueden ser destinatarios de una directiva uno, varios o todos los Estados miembros. Para que los objetivos contemplados en la directiva tengan efecto para los ciudadanos es preciso que el legislador nacional proceda a un acto de trasposición, mediante el cual el Derecho nacional se adapta a los objetivos determinados en la Directiva. El acto jurídico que da lugar a la trasposición de la directiva al Derecho nacional es el que confiere derechos e impone obligaciones al ciudadano de ese Estado miembro

*Las Decisiones* son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios. Los destinatarios de una decisión pueden ser Estados miembros o personas físicas o jurídicas. La decisión atiende a la regulación de hechos concretos en relación con destinatarios determinados. Al igual que las directivas, las decisiones pueden entrañar para un Estado miembro la obligación de conceder a un individuo una situación jurídica más ventajosa. En este caso, como con las directivas, para fundamentar los derechos individuales es necesario un acto de trasposición por parte del Estado miembro afectado. Las decisiones pueden ser directamente aplicables en las mismas circunstancias que las directivas. *Las recomendaciones y dictámenes* no son vinculantes y no crean derechos ni obligaciones para el destinatario.

Aún a pesar de que la intención era hacer más comprensible el sistema jurídico, lo cierto es que el esquema diseñado por el Tratado no es tan claro como parece. En primer lugar, porque los reglamentos, directivas y decisiones pueden ser obra final del

Consejo, del Consejo y el Parlamento (co-decisión) o de la Comisión, y hasta, con la excepción de la directiva, del Banco Central Europeo (también habrá decisiones del Consejo Europeo, tras la aprobación del nuevo Tratado de Lisboa); pueden desarrollar una previsión del Tratado y hacer lo propio con una norma de derecho derivado; pueden tener un objeto general o singular (muchos reglamentos de la PAC). En segundo término, porque en ocasiones se utiliza la terminología del

artículo 288 con una finalidad y contenido diversos a los inicialmente previstos, como en el caso de las directivas detalladas o las decisiones de alcance general. Es decir que, con el actual sistema, la forma de un acto no determina necesariamente su contenido material ni permite diferenciar con nitidez entre actos legislativos y no legislativos ni establecer, por tanto, un modelo de jerarquía normativa. .

A pesar de que la intención del Tratado de Lisboa fuera, como pone de relieve Mangas Martín, la inclusión de una lista y una definición que permitiera identificar con facilidad el alcance de un acto, así como su legitimidad, lo cierto es que las categorías parecen partir del principio del reparto funcional o de preponderancia orgánica. Ciertamente es que ha habido una cierta precisión o avance cualitativo en la definición del procedimiento legislativo, no debemos olvidar que el gran beneficiado del Tratado de Lisboa es el Parlamento Europeo, pero, la distinción fundamental se centra en la consideración de los dos tipos de actos en función del procedimiento de adopción: actos legislativos y actos no legislativos. Los primeros se diferencian en función de la adopción a través del procedimiento legislativo especial u ordinario, al que se añadirá su denominación en función de la institución o instituciones que lo aprueben. La aprobación a través del procedimiento ordinario supone la adopción conjunta del Parlamento Europeo y el Consejo, toda vez que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa supone que más de 40 nuevos temas se toman por el procedimiento de codecisión (Artículo 289 TUE Lisboa). El procedimiento legislativo especial se caracteriza por la preponderancia del Consejo o por la del Parlamento, lo que significa que los reglamentos, directivas y decisiones no se adoptarán conjuntamente por la coautoridad legislativa sino por una de ellas con cierto control de la otra.

A pesar de la enumeración del artículo 288 en la práctica diaria de las Instituciones europeas, se dan numerosos “actos atípicos”, la mayoría sin valor vinculante (comunicaciones, declaraciones, resoluciones, libros blancos y verdes...), aunque ello no implica la carencia total de efectos jurídicos. Por otra parte, existe una variedad de instrumentos jurídicos que podrían entrar en la categoría de “actos meramente administrativos” (instrucciones, cartas de emplazamiento o de requerimiento, dictámenes motivados y detallados e incluso algunas de las “decisiones” como las que aprueban un reglamento interno), debiendo diferenciarse a este respecto entre normas con efectos para terceros y actos con efectos meramente internos en la organización.

Por último, conviene hacer una breve referencia los principios que presiden las relaciones entre el derecho comunitario y los nacionales, y que han sido contruidos en su mayoría por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Además de aplicar los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, destacamos: el principio de eficacia directa, mediante esta expresión se hace referencia a la eficacia que despliega por sí mismo el derecho comunitario, independientemente del desarrollo del derecho interno. El principio de primacía del derecho comunitario frente al nacional, que significa la preferencia del primero respecto del segundo en caso de conflicto. Conviene aclarar que aun cuando en el Tratado de Lisboa ha desaparecido la expresa referencia al “principio de primacía del Derecho de la Unión Europea”, se mantiene en su aplicación; el Acta final declara que este principio es inherente y constituye un principio fundamental del derecho comunitario. El principio de interpretación conforme, que se traduce en la obligatoriedad de los jueces nacionales de interpretar el derecho interno a la luz del derecho comunitario y, por último, el principio de responsabilidad patrimonial, que supone que el Estado tiene la obligación de reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación del derecho comunitario.

### **3. LOS REGLAMENTOS**

Con el término reglamento se alude a las normas jurídicas dictadas por la Administración o, más en general, los órganos del Estado o del poder público que no ostentan la potestad legislativa. El reglamento es pues aquella disposición normativa de carácter general dictada por el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria. Es evidente que el concepto de reglamento reviste mayor complejidad que el de ley puesto que afecta a una pluralidad de fuentes de manifestación y de producción, por la pluralidad de órganos que integran la Administración del Estado. En general a nivel estatal conviene resaltar el Presidente del Gobierno el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y los Ministros. En el ámbito autonómico y en virtud de los Estatutos de Autonomía, los Consejeros Ejecutivos o los Gobiernos de las Comunidades Autónomas

Aunque nuestra Constitución no prevé la existencia de reserva reglamentaria, al asignar la potestad reglamentaria al gobierno (Art. 97 CE) debe entenderse que éste no precisa de una habilitación legal específica. La capacidad para aprobar reglamentos se trata pues, de una de una potestad originaria, en la medida en que

no es la ley la que la confiere tal potestad, sino la propia Constitución. En cualquier caso, la funcionalidad de la potestad reglamentaria deriva de la necesidad de que la ley sea desarrollada por el gobierno o la Administración. El poder legislativo tiene capacidad para legislar, y el ejecutivo para desarrollar lo legislado.

Por otro lado, los reglamentos son, como no podía ser de otra manera, normas con rango inferior a la ley, básicamente porque la relación entre la ley y el reglamento se asienta sobre el principio de primacía o preferencia de la ley respecto del reglamento y por tanto, se afirma la superioridad de la ley frente al reglamento. En general las normas jurídicas reglamentarias quedan ordenadas de acuerdo con el siguiente rango jerárquico:

- Real Decreto, del Presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros, que será expedido por el Rey; Decretos, cuando son acordados por los Consejos Ejecutivos de las Comunidades Autónomas y son expedidos por su Presidente
- Orden Ministerial
- Resoluciones Administrativas.

Como puede verse, el concepto de reglamento no hace alusión alguna a la materia de regulación. En España no existe reserva de reglamento, lo que significa que el reglamento puede regular cualquier materia con el único límite de la reserva de ley, tanto material como formal. En consecuencia, serán calificadas como reglamento las normas dictadas por la administración, con los requisitos exigidos, sea cual sea la materia de la que se ocupen.

Pero, ¿cuáles son los "requisitos exigidos"? El procedimiento de elaboración del reglamento es interno, incumbe solo a la administración; la publicidad no se exige porque no hay pluralidad, no hay minorías que deban ser oídas. Así pues, en general, los requisitos exigidos se circunscriben, tal y como dispone el artículo 97 de la Constitución, al respeto a las leyes y a la Constitución y por ello están sometidos al control de legalidad y no al control de constitucionalidad, reservado a las normas con rango de ley; no es casual la prescripción del artículo 106.1 de la Constitución cuando proclamara que: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa". Esta se ejecuta por doble vía: por un lado, por los Tribunales ordinarios que, atendiendo a circunstancias concretas, inaplican el reglamento; de otro ante la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal

Supremo que puede, en su caso, determinar la ilegalidad del reglamento a nivel general.

#### **4. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO. PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

El análisis de la jurisprudencia como fuente del Derecho requiere distinguir el concepto desde una doble perspectiva. En sentido amplio se entendería que constituye jurisprudencia el modo uniforme de aplicar el derecho por los tribunales y que tiene reflejo en un conjunto de sentencias. En sentido estricto se podría definir como el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo. Ahora bien, en el derecho moderno se contraponen, en orden al valor normativo de la jurisprudencia, dos sistemas, el anglosajón y el continental, y de ellos hemos de partir en esta explicación.

El sistema anglosajón, cuyo fundamento lo constituyen las normas no escritas producto de la costumbre y la práctica, considera la jurisprudencia como creación judicial de derecho, como fuente primordial de creación de derecho y los tribunales quedan pues vinculados de modo inexcusable al precedente. En el sistema continental, como consecuencia del proceso de formación del Estado que afirma la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular y del principio de división de poderes, el juez se limita a la aplicación de las normas que emanan del Parlamento. Montesquieu llegará a definir al juez como "la boca que pronuncia las palabras de la ley"- y por ello en el sistema continental la labor del juez es más mecánica, sólo aplica el derecho, no lo crea.

España pertenece a los denominados sistemas de raíz continental y niega consecuentemente el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho. Siguiendo esta línea argumental, nada hace pensar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueda ser considerada fuente de Derecho; la Constitución solamente menciona que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen el valor de cosa juzgada y que no cabe recurso contra ella y La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional añade que vinculará a los poderes públicos y producirá efectos generales desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, lo cierto es que aunque no existe conformidad general la mayor parte de los constitucionalistas están de acuerdo en que por el papel que desempeña en la

realidad jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional debe considerarse fuente del derecho.

Primero fue Aragón el que consideró que debía incluirse en el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil como fuente de derecho; Rubio Llorente da un paso más y considera que debe situarse a la altura de la ley y De Esteban la sitúa jerárquicamente inmediatamente después de la Constitución y por encima de todas las demás fuentes del derecho.

En sí la cuestión no revestiría mayor problema si el Tribunal se limitara a dictar sentencias que bien declarasen la constitucional o inconstitucionalidad de la ley o del acto con fuerza de ley impugnado. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, las sentencias no se encuadran en estos dos tipos, declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que aparecen las denominadas sentencias interpretativas, en las cuales el Tribunal declara cual es la interpretación conforme a la Constitución.

En realidad, el Tribunal no se extralimita, el artículo 1 LOTC proclama que, como interprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Desde esta perspectiva resulta claro que mientras que el Tribunal no está vinculado por el acto del legislador, éste sí se ve vinculado por las sentencias del Tribunal Constitucional; actúa en estos casos como legislador negativo, no puede “hacer” normas, pero sí limitar las ya existentes y en consecuencia cabe su consideración como fuente de derecho. Por otro lado, y como venimos afirmando el Tribunal Constitucional interpreta, y ésta línea argumental se incorpora a la norma interpretada, luego cabe creación de derecho puesto que las normas son modificadas por la interpretación conferida por el Tribunal Constitucional.

Por todo ello, sin ánimo de extendernos innecesariamente, consideramos que las sentencias del Tribunal Constitucional, al menos las de los procesos de inconstitucionalidad, son fuente de derecho.