

IGNACIO DE OTTO. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

M.<sup>a</sup> ASUNCIÓN GARCÍA MARTÍNEZ

Lo primero que hay que precisar respecto de la obra que comentamos es la finalidad de la misma, manifestada por el autor en el Prólogo: es éste un libro dirigido a los estudiantes de Derecho. En efecto, el mismo título está indicando que lo que estamos leyendo es una parte de un futuro manual de Derecho Constitucional, que necesaria y dolorosamente quedará inconcluso por la prematura muerte de su autor, constituyendo el Sistema de fuentes un primer bloque de temas. Esta idea del manual de Derecho Constitucional estaba en realidad ya anunciada en los dos tomos de las «Lecciones de Derecho Constitucional» (Introducción y Organos constitucionales I) debidos el primero a Ignacio de Otto y el otro a él mismo en colaboración con Ramón Punset y Francisco J. Bastida, pero parece claro que lo que Ignacio de Otto nos ofrecía con su «Sistema de fuentes» no era una mera continuación de aquellas «Lecciones» sino que respondía a un completo y nuevo libro de Derecho Constitucional.

Esta concepción del «Sistema de fuentes» como manual condiciona necesariamente la obra. En primer lugar la dota de un enorme sentido pedagógico que no merece más que alabanzas; en segundo lugar, y en conexión con el carácter anterior, el mismo autor anuncia en su Prólogo que renuncia expresamente a imperativos de obras de más profundidad teórica. Efectivamente, la obra es pedagógica, fluida y realista y esta hipotética poca profundización de que se acusa el autor en algunos temas, y que es más aparente que real, hay que entenderla desde el punto de

vista de la finalidad concreta del tratado. Este se dirige a alumnos de 1.º y 2.º curso de la licenciatura de Derecho, lo que quiere decir que son alumnos en los comienzos de una carrera a los que hay que dotar de los instrumentos jurídicos básicos de la misma, instrumentos que tienen que ser su soporte no sólo en los años de estudio de la carrera sino también en los de su especialización, que es cuando tendrán que acometer la labor de la necesaria profundización. Quiere esto decir que la obra de Ignacio de Otto está conscientemente dirigida a proporcionar aquellos instrumentos y conceptos jurídicos básicos aunque la verdad es que, bajo esta modesta apariencia de manual con que el autor presenta su obra, el profesor de Otto plantea con rigor, profundidad y enorme seriedad la realidad actual de un sistema de fuentes cuya estructura clásica se quiebra ante las nuevas estructuras jurídicas del Estado contemporáneo, exponiendo respecto de las materias más controvertidas de nuestro sistema de fuentes planteamientos siempre sugerentes e interesantes, incluso cuando pueden no ser compartidos.

A este primer juicio favorable queremos añadir otro: el agradecimiento a que un manual de Derecho Constitucional se centre en el tema de las fuentes del Derecho. Es esta una materia habitualmente descuidada por los profesores de Derecho Constitucional, y este descuido se refleja necesariamente en la ausencia de tratamiento del problema de las fuentes del Derecho de la generalidad de los manuales de Derecho Constitucional, e incluso se observa que esta situación se reproduce tanto en obras españolas como de autores extranjeros, lo que nos indica que la indiferencia de los tratadistas de Derecho Constitucional (al menos en lo referente a manuales de la materia) hacia este tema es general. La renuncia por parte de los constitucionalistas a afrontar en las aulas el tema de las fuentes del Derecho ha dado lugar a que ésta haya sido tradicionalmente una materia explicada en otras asignaturas de la carrera, concretamente en España en Derecho Civil y Derecho Administrativo, con lo que evidentemente la materia se ha explicado con suficiencia pero desde dos ópticas, la del Derecho privado y la de un Derecho público con un carácter marcadamente estatalista alejado de la naturaleza del

Derecho Constitucional, que no responden lógicamente a un estricto planteamiento desde la óptica constitucionalista.

El sistema de fuentes es, sin embargo, un tema claro de Derecho Constitucional o de Teoría General del Derecho. Este sistema responde a una concepción teórica que en los Estados democráticos actuales tiene su fundamentación en la concreta estructura del ordenamiento estructurado por la Constitución. Ello quiere decir que la teoría del sistema de fuentes del Derecho no se puede desvincular de su actualización concreta en cada ordenamiento jurídico específico, ya que en definitiva el rango jurídico que cada norma va a tener en un sistema de fuentes determinado es el que quiera darle el ordenamiento jurídico en que se inserta la norma (1). Esta vinculación necesaria entre el sistema de fuentes y el ordenamiento jurídico concreto en que aquél tiene vigencia supone que, siendo el Derecho Constitucional la rama del Derecho cuyo objetivo directo es el estudio de la fundamentación del ordenamiento que enmarca a las comunidades políticas, es evidente que la labor de estudio de las fuentes del Derecho se convierte en indispensable dentro de esta asignatura y es ésta una tarea a la que no pueden renunciar los constitucionalistas.

Es, por tanto, en este marco donde tiene que contemplarse

---

(1) Un ejemplo de la vinculación entre el ordenamiento jurídico concreto y el sistema de fuentes se pone de manifiesto en una norma especialmente controvertida y su rango jerárquico, que son los Reglamentos parlamentarios. Con independencia del problema de su naturaleza, en el que no entramos ahora, se observan posiciones distintas respecto de su rango normativo según los ordenamientos concretos que consideremos, y así, mientras que los ordenamientos francés y alemán confieren a los Reglamentos de las Cámaras un rango jerárquico inferior, desde luego a las leyes e incluso a ciertas normas gubernamentales (Resolución del Consejo Constitucional francés de 17, 18 y 24 de junio de 1954 y Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 6 de marzo de 1952), en el ordenamiento italiano no sólo se equipara ley y Reglamento sino que, incluso, se estima que éste supera en rango jerárquico a aquélla, posición que parece más próxima a los planteamientos teóricos y jurisprudenciales mantenidos en España al respecto, pese a la ambigüedad de la STC 101/1983, de 18 de noviembre, a la hora de concretar el criterio del Tribunal respecto del rango normativo de estas normas.

la obra del profesor de Otto. La exposición que propone supone, en principio, una concepción lineal de las fuentes del Derecho que parte de la Constitución en su doble vertiente de origen del esquema de fuentes y a su vez norma que encabeza el vértice de la pirámide normativa. Los cinco capítulos dedicados a la Constitución dan la pauta del interés con que el autor estudia el fenómeno constitucional que le ha llevado a un examen pormenorizado del mismo. De esta manera entra en el problema del origen de la Constitución, en el poder constituyente, partiendo de una serie crítica de las teorías que atribuyen el mismo al pueblo, tanto por su insuficiencia como por la contradicción que implican respecto del sentido de la Constitución como norma suprema. Ignacio de Otto reconduce el problema del poder constituyente a un problema de hecho: el fundamento de la validez del ordenamiento en su conjunto y de la norma constitucional en concreto, lo que culmina con la necesidad de la realización pluralista de la Constitución. Estando totalmente de acuerdo en el planteamiento del fenómeno constituyente echamos, sin embargo, de menos, un poco más de concreción en la fijación del sujeto constituyente, ya que en definitiva el autor mantiene una vinculación abstracta del fundamento del ordenamiento a una conciencia jurídica, sin determinar su especificación concreta. Es cierto que no estamos ante un tratado sobre la Constitución y el poder constituyente, y ello nos hace lamentar más la imposibilidad de ese tratado general que parecía anunciar esta obra que probablemente hubiera sido el lugar adecuado para concretar este fenómeno.

La distinción entre Constitución formal y material deriva en el planteamiento de la cuestión de la neutralidad de la Constitución; el autor rechaza la vinculación concreta de aquélla con el régimen liberal y de los contenidos concretos liberales, si bien, dice Ignacio de Otto, desde el momento en que hay límite, es decir, desde el momento en que se la considere norma suprema, hay Constitución. Este planteamiento tiene su anclaje en la lógica de la evolución constitucional; el liberalismo clásico respondía a una concepción social distinta de la actual que lo ha superado con fórmulas socio-políticas que no son ni mejores ni peores, son sencillamente distintas. Pero la idea de límite, de suje-

ción, es una idea consustancial con el liberalismo, que no quiere decir otra cosa que la afirmación de la libertad (individual y colectiva) mediante la limitación de los agentes que puedan coartarla. Evidentemente los límites concretos que el ordenamiento articula para garantizar la libertad no son hoy los del siglo XIX, ni siquiera los del primer cuarto del XX, pero el concepto de la Constitución como límite (incluso con independencia de su contenido concreto) subsiste como herencia del liberalismo clásico y en este sentido sí puede hablarse todavía de una vinculación entre Constitución y liberalismo como concepto limitador.

Dentro de la estructura constitucional, plantea Ignacio de Otto el problema del Derecho Comunitario referido a la posición de la Constitución frente a un derecho que invade el reparto competencial hecho por ella y que supone la infiltración en nuestro sistema de fuentes de unas normas no provenientes de los sujetos a los que la Constitución otorga competencia normativa. Centrado el tema en la salvaguardia de la Norma fundamental frente al Derecho Comunitario, pasa a segundo lugar la incidencia concreta que este Derecho supone en el sistema de fuentes español.

A partir de este momento, la obra se centra en el desarrollo de la estructura del sistema de fuentes previsto en la Constitución sobre la base de los principios de jerarquía normativa (en virtud del que se establecen una serie de relaciones verticales), y del de competencia que lo complementa y establece una distribución horizontal del ordenamiento. El análisis de las fuentes normativas concretas se va haciendo sobre un esquema general, que tiene la virtud de ser claramente pedagógico, que consiste en hacer una exposición teórica del sentido y evolución del concepto de la especie normativa en consideración, para a continuación pasar al examen de su articulación concreta en el ordenamiento español. De esta manera se parte de un concepto unitario de ley, entendiéndola en su concepto de ley formal o proveniente del Parlamento como órgano que tiene constitucionalmente atribuida la potestad legislativa, lo que lleva al autor a plantear indefectiblemente el sentido de la ley, no como «expresión de la voluntad popular», sino como norma jurídica cuya po-

sición privilegiada en el sistema de fuentes (el más alto con excepción de la Constitución) se debe exclusivamente al hecho de ser la Constitución la que le confiere esa posición, dado que en un Estado constitucional no hay más soberanía que la de la Constitución. La voluntad popular, en este contexto, ya no es una voluntad soberana en el sentido de ser superior a cualquier norma sino que es una voluntad sometida a las normas constitucionales que regulan, en la materia que nos interesa, el ejercicio del poder legislativo, al que pone límites. La consecuencia de ser el legislador un poder constituido al que la Constitución impone límites es que la reserva de ley se configura, por una parte como uno de esos límites, y por otra como salvaguardia del mínimo legislativo frente a la potestad reglamentaria, tema que se aborda más adelante.

Este concepto unitario de ley, asumible por el concepto de ley formal sin necesidad de recurrir al material para salvaguardia del sentido auténtico de la reserva de ley, conduce necesariamente a la consideración de la ley orgánica como norma colocada jerárquicamente en el mismo rango que la ley ordinaria, con la que comparte el único concepto asumible de ley (2), consecuencia ésta más que de un reparto competencial de una reserva de procedimiento contenida en la Constitución.

Con el mismo rango de ley formal se catalogan dos fenómenos normativos, de significación bien diferente. El Decreto legislativo responde a la naturaleza de una auténtica norma de

---

(2) La doctrina española se ha dividido en la consideración del rango jerárquico de las leyes orgánicas entre los que mantienen su consideración como superior a la ley ordinaria (entre otros, GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 851-855; *Fuentes del Derecho en la Constitución española* («La Constitución española y las fuentes del Derecho»), Madrid, 1979, p. 91; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 295) y los que equiparan el rango jerárquico de la ley orgánica y de la ley ordinaria (entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1981, I, p. 135; BERMEJO VERA, *Las fuentes del Derecho en la Constitución de 1978*, Madrid, 1979, p. 243; PREDIERI, *El sistema de las fuentes del Derecho* («La Constitución española de 1978»), Madrid, 1984, pp. 211-217; SANTAMARÍA PASTOR, *Las Leyes Orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración*, «Rev. D.º Pol. de la UNED, n.º 4, 1979, pp. 40-46).

delegación del órgano legislativo en virtud de la cual el Gobierno ejerce una potestad legislativa real. El Decreto legislativo tiene la categoría de ley formal sin necesidad de convalidación de las Cortes, lo que pone de manifiesto la posible disconformidad del artículo 152 del Reglamento del Congreso con la naturaleza que el artículo 82.1 de la Constitución da a estas normas. Esta naturaleza legal de los Decretos legislativos se confirma con el control de constitucionalidad a que se someten, lo que supone al mismo tiempo la inaplicabilidad de la doctrina preconstitucional del Decreto legislativo *ultra vires*, justificable cuando sirvió para posibilitar una forma de control de estas normas a través de la jurisdicción ordinaria, pero sin razón de ser cuando la Constitución establece un control específico para ellas.

Distinta es la consideración jurídica del Decreto-ley cuyo reconocimiento en el artículo 86 de la Constitución y los términos en que lo regula suponen reconocer una verdadera potestad legislativa al Gobierno, si bien limitada por la necesidad de la circunstancia de la extraordinaria y urgente necesidad que legitima el ejercicio de tal potestad. El Gobierno ejerce, por tanto, un poder propio, no delegado como en el caso del Decreto legislativo, y cuyo fruto es una norma a la que la Constitución atribuye el rango normativo de ley formal con la salvedad de que entra en vigor con una vigencia condicionada a su convalidación por el Congreso de los Diputados. En virtud de este acto del Congreso, afirma Ignacio de Otto que el Decreto ley se configura como un acto de un órgano complejo integrado por el Gobierno y el Congreso de los Diputados, al que se asigna una potestad, la legislativa, que por sí no tienen los dos órganos que lo integran. Cabría plantearse en este punto si no resultaría más acertado calificar al Decreto ley como un acto bilateral más que como acto de un órgano complejo (3), aunque en realidad esta misma

---

(3) Consideramos un tanto forzada la configuración de un órgano complejo integrado por el Gobierno y el Congreso de los Diputados sobre la estructura de una función (indispensable para poder hablar de órgano) que en este caso sería una especie de articulación política de la función legislativa al ser Gobierno y Congreso los dos núcleos políticos de aquélla; no vemos cómo configurar esta diferencia entre parte técnica y política de la función legislativa cuando en realidad toda ella tiene un carácter netamente político.

consideración del Decreto ley como acto bilateral, es decir, proveniente de órganos constitucionales distintos –Gobierno y Congreso de los Diputados– vinculados porque cada uno por sí solo es incapaz de actuar la función específica que se pretende, en este caso la legislación de urgencia, nos suscita algunos reparos; es cierto que la combinación de los actos que integran el bilateral no supone que todos ellos tengan la misma valoración y relevancia respecto del acto final, pero nos cuestionamos la naturaleza real de la actividad convalidadora de la Cámara baja. Es evidente que el Decreto ley dictado por el Gobierno tiene carácter de ley formal desde su entrada en vigor, aunque ésta esté condicionada a la convalidación; el acto del Congreso en este sentido no añade al Decreto ley nada nuevo respecto de su status jerárquico, ya que lo único que hace es levantar la condición suspensiva sobre su vigencia. La negativa del Congreso a convalidar el Decreto ley supone su pérdida de vigencia, pero durante el mes que la Constitución concede al Congreso para adoptar su decisión, el Decreto ley ha existido jurídica y realmente como ley formal y ha producido los efectos que como tal le son propios, efectos que incluso pueden sobrevivir a la derogación de la ley por su no convalidación. Nos parece difícil mantener en estas condiciones el carácter de colegislador del Congreso en el caso del Decreto ley y más bien creemos que esta norma supone efectivamente, como afirma muy acertadamente Ignacio de Otto, la atribución de una potestad legislativa al Gobierno que le faculta para crear normas con rango de ley formal, si bien con una condición suspensiva de su vigencia en razón de la limitación circunstancial que legitima el uso de esa potestad legislativa, que es en definitiva extraordinaria para el Gobierno. Creemos que el acto de convalidación del Decreto ley podría catalogarse como un acto de control político de un acto legislativo del Gobierno, toda vez que esta convalidación la encomienda la Constitución al órgano encargado por antonomasia de ejercer este tipo de control y que dicha convalidación no versa sobre el contenido del Decreto ley, sino sobre la apreciación de la existencia del elemento legitimador de la competencia legislativa que la Constitución atribuye al Gobierno, lo que supone un verdadero juicio político de la actuación del Gobierno y no, insistimos, de la regulación específica contenida en el Decreto ley.



El último escalón jerárquico de la escala normativa lo constituyen los Reglamentos, fruto de una potestad reglamentaria que la Constitución atribuye específicamente al Gobierno. La relación Ley-Reglamento se articula básicamente sobre la configuración positiva de la reserva de ley, que el autor define como el mínimo legal imperativo y en la que fundamenta una capacidad expansiva de la potestad reglamentaria (4) con la finalidad de evitar la sobrecarga del legislador, volviendo a la clásica aspiración de lograr una mejora en la calidad de las leyes, objetivo que sólo es posible en la medida en que el legislador se circunscriba a las materias que políticamente merezcan su atención, dejando el resto a la actividad normativa del ejecutivo.

A partir de este momento entra el autor a analizar dos fenómenos de significado distinto y de incidencia distinta en nuestro sistema de fuentes. El primero de ellos consiste en la configuración de una autonomía de naturaleza política al amparo del reconocimiento del principio autonómico en nuestra Constitución y que conlleva la atribución de potestades normativas y gubernamentales a los entes autonómicos, concretamente a las Comunidades Autónomas; esto se refleja en la configuración de un ordenamiento global único integrado por dos clases de normas que se diferencian por sus ámbitos de vigencia: el ordenamiento estatal, que es un ordenamiento con vigencia en todo el territorio nacional y sin limitación respecto de las materias regulables desde el momento en que en materias de competencia de las CCAA el derecho estatal se mantiene como supletorio; por otra parte, el ordenamiento autonómico cuya vigencia está limitada al territorio de la respectiva Comunidad y circunscrita a las materias de su competencia. A partir de esta estructura se van configurando el sistema de relaciones entre las distintas leyes estatales catalogadas en torno al hecho autonómico sobre el concep-

---

(4) El crecimiento de la actividad normativa proveniente del ejecutivo, sea como consecuencia del ejercicio de una potestad propia (reglamentaria), delegada (Decretos legislativos) o de urgencia (Decretos leyes) frente a la tradicional configuración de la función legislativa exclusiva del Parlamento, se ha configurado como una característica específica del Estado actual (GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1980, pp. 26-27).

to unitario de ley formal mantenido con justeza por el autor, entrando a considerar a continuación la serie de relaciones singulares que se configuran entre el Derecho estatal y el de las CCAA, partiendo de la consideración de ser ambas normas de la misma categoría jerárquica, cuyas relaciones tienen por ello que basarse en un principio de competencia, y de hecho la praxis de nuestro Tribunal Constitucional pone de relieve que los choques normativos entre estos dos ordenamientos se traducen en conflictos de competencias dilucidados ante dicho Tribunal.

El segundo fenómeno con el que se enfrenta lúcidamente el autor es el de la jurisprudencia, destacando el sentido que tiene la actuación del juez como legislador negativo en cuanto consecuencia del principio de jerarquía normativa, que se hace valer a través del control jurisdiccional de la adecuación de las normas inferiores a las superiores. En este punto distingue el profesor de Otto entre la jurisprudencia constitucional y la de la jurisdicción ordinaria. Respecto de la primera no cabe duda de su configuración como fuente normativa, tanto en su faceta de legislador negativo, especialmente evidente en las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma que tiene en definitiva la eficacia de la ley misma, como en la configuración del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución de forma que su interpretación prima sobre la del legislador y sobre la de cualquier otro órgano, imponiéndose, por tanto, a los Tribunales ordinarios.

Distinto es el supuesto de la jurisprudencia ordinaria respecto de la que la doctrina en España se niega tradicionalmente a reconocerle un valor normativo, fundamentalmente en aras del principio de independencia de jueces y Tribunales. Ignacio de Otto critica duramente lo que llama «la tradición teórica de negar lo que es evidente desde el punto de vista jurídico» y se decanta claramente por la consideración de la jurisprudencia como parte del Derecho vigente. La escasa fuerza vinculante que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce al precedente judicial no es, sin embargo, aplicable al proveniente del Tribunal Supremo desde el momento en que la configuración del recurso de casación incluye la posibilidad de que dicho Tri-

bunal anule una sentencia por ser contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Combinado esto con la independencia que la Constitución reconoce al juez para que aplique el Derecho objetivo de manera que sus sentencias sólo puedan anularse si infringen el ordenamiento, supone que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene necesariamente que formar parte del ordenamiento para que en su virtud se pueda anular una sentencia de un órgano jurisdiccional, pues en caso contrario habría que deducir la ilicitud de la casación por tal motivo. El argumento que se nos ofrece en «Sistema de fuentes» pone de relieve una de las más evidentes contradicciones, no ya de nuestra doctrina, sino, fundamentalmente, de nuestro sistema de fuentes que silencia la realidad de una estructura de naturaleza normativa, situación ésta que no plantea la misma problemática en el Derecho comparado, incluso sin necesidad de remitirse a los sistemas anglosajones con su tradicional estructura normativa básicamente jurisprudencial.

A lo largo de la obra es evidente, y así lo afirma el autor, que el concepto de fuente que se utiliza viene impuesto por lo que es el objeto central de las normas constitucionales: la organización del Estado y los procedimientos y funciones de sus órganos. Ello supone que «Sistema de fuentes» se centra exclusivamente en los actos normativos de los órganos del Estado en cuanto fuentes del Derecho, sin entrar en la capacidad normativa de los particulares que, como afirma Ignacio de Otto, queda fuera del campo del Derecho Constitucional. Queremos plantear una objeción a lo que, desde nuestro punto de vista, supone una carencia, ya que si es cierto que la capacidad normativa de los particulares es propia del Derecho privado, también lo es que existe una capacidad normativa de una serie de sujetos no particulares sino públicos que se dan sus propias normas reguladoras y que configuran, precisamente en Derecho Constitucional, un tipo de norma tan fundamental como las positivas para la organización del Estado. En este concepto podemos catalogar tanto a los Reglamentos parlamentarios, pese a las discrepancias profundas respecto de su naturaleza jurídica (5), como a las costumbres y

convenciones tanto parlamentarias como extraparlamentarias, que constituyen una auténtica fuente normativa en el ámbito del Derecho Constitucional desde el momento en que en esta rama del Derecho no se considera fuente sólo a la que proviene de los órganos estatales al amparo de la Constitución sino que, al ser una disciplina jurídica que se cuestiona el mismo fundamento de la Constitución legitimadora del sistema de fuentes, aparece como fundamental la actividad autonormativa de una serie de sujetos, que puede suponer una peculiar interpretación de la norma positiva, e incluso de la constitucional, con capacidad para imponerse sobre ellas al margen de los estrictos principios jerárquicos y competenciales.

Por supuesto esta objeción va dirigida, como señalábamos, más a marcar una carencia que una insuficiencia en una obra seria, rigurosa, de planteamientos jurídicos estrictos sin renunciar a una encomiable claridad en su expresión y que desde luego va más allá de la concreta finalidad docente con que nos la presenta el autor. La obra, en definitiva, de un profesor de Derecho Constitucional que supo poner su saber científico al servicio de la necesidad de estructurar su disciplina sentando las bases jurídicas del edificio constitucional.