

EN TORNO A LAS LEYES ORGÁNICAS: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 25/1984, DE 23 DE FEBRERO

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. CARÁCTER RESTRINGIDO DE LAS LEYES ORGÁNICAS.—3. LEYES ORGÁNICAS DE NORMAS SANCIONADORAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. — 4. LEYES PENALES EN VIGOR.—5. LA LEY ORGÁNICA 10/1983, DE 16 DE AGOSTO.—6. EL PROBLEMA SUBYACENTE: LA CATEGORÍA DE LAS LEYES ORGÁNICAS.—7. INCONVENIENTES DEL CRITERIO COMPETENCIAL.—8. INCONVENIENTES DEL CRITERIO JERÁRQUICO.—9. OTROS INCONVENIENTES Y CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

Pendiente un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 1982, por la que se condenaba a don Eberhard Hermann como responsable de un delito monetario, previsto en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, se solicitó de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y ésta así lo dispuso, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley mencionada, en la consideración de que la misma comportaba (arts. 6 y 7) la tipificación de unos delitos y las correspondientes penas, y que, por tanto, debería tener carácter de orgánica —y no de ordinaria— al ser desarrollo del artículo 25.1 de la Constitución española (en adelante CE), materia reservada a las leyes orgánicas por el artículo 81.1 de la ley fundamental.

La Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, contiene una serie de disposiciones administrativas sobre competencias de las autoridades ejecutivas en esta materia, como son las que figuran en sus capítulos I (régimen general de control de cambios), III (infracciones administrativas) y IV (inspección e investigación). Pero, al mismo tiempo, contenía (1) un capítulo II, sobre delitos monetarios, en el que se tipificaban este tipo de delitos (art. 6), se prevenían las sanciones correspondientes (arts. 7 y 8) y se arbitaban una serie de medidas procesales (art. 9). Tenía así esta ley un carácter parcialmente penal, consecuencia de esta tipificación de delitos y regulación de penas, por lo que bien podía ser valorada —como hacía la cuestión de inconstitucionalidad— como desarrollo o aplicación del artículo 25.1 CE, sobre legalidad de las penas y delitos, que preceptúa que *nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*. De esta forma, al constituir

(1) Empleamos ahora el pasado al referirnos al capítulo II de la Ley 40/1979, ya que el mismo ha sido modificado por la posterior Ley Orgánica 10/1983, de 16 de agosto, punto éste sobre el que hemos de volver.

desarrollo de un derecho fundamental incluido en la sección primera del capítulo II, del Título I de la CE, cabía reclamar para la misma la declaración de inconstitucional por no haberse promulgado con el carácter de orgánica, violando así lo dispuesto por el artículo 81.1 CE para el desarrollo legislativo de los derechos y libertades públicos.

El objeto del presente comentario se contrae a la disputa sobre la calificación que merecía la repetida Ley 40/1979, sin que interesen ahora otros aspectos solventados en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1984 (CI 333/83).

Pocas dudas parecía abrigar la Sala Segunda del Tribunal Supremo al plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En el Auto correspondiente señalaba que la ley impugnada «formalmente, sólo tiene el carácter de Ley y no reúne los caracteres de Orgánica que previene la Constitución, siendo así que su contenido regula delitos monetarios y establece las penas correspondientes, alguna de ellas de tal entidad punitiva como las que alcanzan el presidio mayor y multa del tanto al décuplo, con lo que, dicho se está, la inconstitucionalidad resulta patente en tanto en cuanto infringe el principio de legalidad establecido en el 25.1 de la Constitución española».

En cambio, tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, se opusieron a la pretensión de inconstitucionalidad, utilizando unos argumentos no muy distantes. El primero, tras recordar el carácter restrictivo con que debe entenderse la categoría de ley orgánica, adujo que el derecho a la legalidad recogido en el artículo 25.1 CE no admite propiamente desarrollo, sino simple respeto. Es un derecho pleno o absoluto, no necesitado de concreción. En consecuencia, las normas penales de la Ley 40/1979 son mera aplicación de dicho principio, no su desarrollo, y cumplen con la exigencia de haber sido aprobadas por ley. Por su parte, el Abogado del Estado advertía que el derecho fundamental (que ha de desarrollarse por ley orgánica) es el de no ser condenado por conductas que no hayan sido establecidas por ley, que no tiene que ser necesariamente orgánica. El desarrollo del derecho fundamental a la legalidad se centra en las normas represivas fundamentales, en lo que suele entenderse como la parte general del Derecho Penal y, en consecuencia, sólo estas normas o materia deben recogerse en ley orgánica. En cambio, la tipificación de delitos y la previsión de penas, como ocurre con la Ley 40/1979, son simple cumplimiento del susodicho derecho y no han de revestir carácter orgánico. Como puede verse, el Ministerio Fiscal niega que el artículo 25.1 CE pueda tener verdadero desarrollo legislativo, mientras que el Abogado del Estado lo admite, pero limitado a la parte general del Derecho Penal, circunstancia que evidentemente no se presenta en la repetida Ley 40/1979.

El Tribunal Constitucional falló en contra de la pretensión de inconstitucionalidad, declarando que «los artículos 6.º y 7.º de la Ley 40/1979, no se oponen a las exigencias del artículo 25.1 CE en relación con el 81.1, no siendo inconstitucionales por razón de esta conexión». Tan sólo dos breves párrafos se destinan a fundamentar este fallo, lo que di-

ficulta que la cuestión quede convincentemente aclarada, como luego se trata de demostrar.

En apoyo de su tesis, el Tribunal Constitucional parece aceptar la argumentación de la Abogacía del Estado, señalando que el artículo 25.1 CE «*da expresión general al principio de legalidad en materia sancionadora, del que se deriva que una sanción... sólo procederá en los casos previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión previstas por dichas normas*». Advierte el Tribunal Constitucional que en materia penal o punitiva hay una «reserva absoluta» de ley, pero —y esto es lo decisivo— «*que esta reserva de ley en materia penal implique reserva de Ley orgánica es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere Ley orgánica tendrá lugar cuando sea objeto de las correspondientes normas sancionadoras los 'derechos fundamentales', un supuesto que... no nos corresponde aquí determinar*». Así, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional consiste en que las normas penales sólo pueden asumir el carácter de orgánicas cuando se refieran a los «derechos fundamentales», y no a los restantes casos, como es el caso de la de los artículos 6.º y 7.º de la ley impugnada.

2. CARÁCTER RESTRINGIDO DE LAS LEYES ORGÁNICAS

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta, en principio, coherente con fallos anteriores, porque sienta un criterio restringido sobre la categoría de las leyes orgánicas. Una multiplicación de éstas podría desembocar —como se proclamó en la Sentencia de 13 de febrero de 1981— en una petrificación del ordenamiento jurídico, en detrimento del carácter democrático del Estado, habida cuenta de la dificultad que implica alcanzar la mayoría absoluta exigida para la reforma de estas leyes.

Piénsese que si se requiriese ley orgánica para la regulación de todos los delitos y penas, lo mismo habría de hacerse con las simples infracciones administrativas, ya que unos y otras están previstos en pie de igualdad en el artículo 25.1 CE. Si se considera que la tipificación delictiva supone una aplicación de este precepto constitucional y que, por tanto, necesita hacerse por ley orgánica, la misma argumentación conduce a demandar tal categoría legislativa para las infracciones administrativas. Con ello, no es sólo que se multiplique el número de leyes orgánicas, sino que se puede producir un problema formal en el caso de las infracciones administrativas reguladas por las Comunidades Autónomas, que si bien disponen de capacidad legislativa no la tienen, en cambio, para aprobar esta concreta categoría de leyes orgánicas.

Sobre estos postulados puede resultar razonable la consideración de que lo que exige el artículo 25.1 CE es la reserva de ley en materia penal, pero no que la misma tenga que ser necesariamente una reserva de ley orgánica. La simple regulación legislativa de delitos y penas puede ser

estimada más como una aplicación del principio de reserva legal, que como norma de desarrollo del mismo. Esto último, en caso de necesitarse, se referiría a la forma de entender el propio principio de legalidad: límites, condiciones, características, etc.

De otra parte, y como ya se indicó, la sentencia comentada resulta consecuente con fallos anteriores del Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia 76/83, de 5 de agosto, se reconoció el carácter excepcional de las leyes orgánicas, por lo que resulta legítimo defender ahora una concepción restrictiva respecto al artículo 25.1 CE.

A pesar de ello, la sentencia sobre la Ley 40/1979 tiene importantes puntos oscuros, y plantea una serie de problemas que vienen a desvirtuar en buena parte lo que a primera vista se revela como algo lógico y fundamentado.

3. LEYES ORGÁNICAS DE NORMAS SANCIONADORAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal Constitucional no asume la alegación del Ministerio Fiscal, según la cual el principio de legalidad sancionado en el artículo 25.1 CE es en sí mismo insusceptible de desarrollo, tesis que —sin perjuicio de su bondad— tiene la ventaja de orillar el problema de los supuestos que merecen ley orgánica al amparo de dicho precepto, ya que como no puede haber desarrollo no cabe plantearse la posible presencia de la ley orgánica. Tampoco acepta, a pesar de mostrarse más cercano, la argumentación de la Abogacía del Estado, para la que la ley orgánica debe ceñirse a la parte general del Derecho penal, afirmación que puede plantear problemas y ser discutida, pero que resulta clara en la improcedencia de ley orgánica para lo que suponga simple tipificación de delitos y previsión de sanciones.

El Tribunal Constitucional se muestra partidario de esto último, razón por la que no declara inconstitucionales los artículos 6.º y 7.º de la Ley 40/1979. Sin embargo, admite, o parece admitir, que puede existir un desarrollo del artículo 25.1 CE que requiera su aprobación por ley orgánica. Con una redacción tan concisa como ambigua, señala que *el desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere Ley orgánica tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales», un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar*. Nada más dice el Tribunal Constitucional, dejando así la cuestión en una marcada imprecisión. Del texto transcrito, inciso final, parece deducirse que el Tribunal Constitucional no quiere entrar a fondo en la misma. Pero sí sienta un principio que no puede pasar inadvertido, a pesar de su lacónica presentación. Nos referimos a la afirmación de que la Ley orgánica procede cuando las normas sancionadoras se refieren a los «derechos fundamentales». La Ley orgánica no se requiere para la parte general del Derecho penal, ni con carácter general para tipificar delitos, pero sí para las normas represivas relativas a los «derechos fundamentales».

Y es aquí, en la delimitación y aplicación de esta última expresión, cuando comienzan los problemas.

¿Qué ha querido decir el Tribunal Constitucional al referirse a los «derechos fundamentales» (expresión que emplea así, entre comillas)? Desde luego no la parte general del Derecho Penal, habida cuenta de que ésta es una categoría muy consolidada y que habría podido recoger sin ningún problema, de ser ésa su intención, máxime habiendo sido mencionada por el Abogado del Estado. El empleo entrecorillado de la expresión «derechos fundamentales» parece remitirse a una categoría específica en nuestro ordenamiento. Coincide con la empleada en el artículo 81.1 CE, y no por casualidad, ya que este último precepto está íntimamente relacionado con el problema debatido. Y, como quiera que este artículo, al emplear dicha expresión, se refiere a los derechos y libertades recogidos en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª, es lógico pensar que en la mente del Tribunal Constitucional los derechos fundamentales cuyas normas sancionadoras necesitan de ley orgánica son los incluidos en esa Sección y Capítulo de la CE. Lo cual, además, no está exento de aparente fundamento, pues si los derechos fundamentales deben regularse por ley orgánica, puede ser coherente que un aspecto tan relacionado con los mismos como es su garantía represiva, su tutela penal, tenga el mismo tratamiento.

Pero la aplicación de este principio resulta contradictoria con la afirmación del carácter excepcional de las Leyes orgánicas y puede producir importantes problemas formales. Si las normas penales relacionadas con los derechos fundamentales previstos en los artículos 15 a 29 CE han de integrarse en Leyes orgánicas, se sigue la necesidad de aprobar un número indeterminado y, en todo caso, elevado de ellas. Así, todos los delitos contra las personas merecerían este tratamiento en cuanto relacionados con el derecho a la vida y a la integridad física previsto en el artículo 15 CE. Lo mismo ocurriría con los delitos contra la libertad de conciencia, a la vista del artículo 16 CE; con los delitos contra la libertad y seguridad, a la vista del artículo 17 CE; con los delitos contra el honor y de allanamiento de morada, respecto al artículo 18 CE; con los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, respecto a los artículos 20, 21 y 23 CE, etc. De esta forma, se plantea el importantísimo problema de precisar qué tipos delictivos son los que tienen por objeto los «derechos fundamentales», lo que exigirá al legislador un serio esfuerzo para su deslinde. Al mismo tiempo, se cae en una práctica no precisamente restrictiva de la categoría de Leyes orgánicas: siendo numerosos los derechos fundamentales que tienen una protección penal, se favorece igualmente un uso numeroso de estas leyes, con lo que se desvanece en buena parte el principio de su excepcionalidad.

Pero lo más grave no es esto, sino el problema formal que puede producir el criterio analizado. Al limitar las leyes orgánicas a los preceptos punitivos que tengan por objeto los «derechos fundamentales» se cae en una irremisible fragmentación del Código Penal, en el que se distinguirían unos preceptos con carácter orgánico y otros sin él, siendo estos últimos los relativos a las generalidades sobre delitos y faltas, personas responsa-

bles y penas (2) y a los delitos no relacionados con derechos fundamentales. Y aunque, ciertamente, el Tribunal Constitucional ha admitido que en un mismo texto legal coincidan disposiciones con carácter orgánico y otras sin él (Sentencias de 13 de febrero de 1981 y 76/83, de 5 de agosto) no parece ésta la solución más idónea para un cuerpo legal tan complejo e interrelacionado como el Código Penal. Comportaría una atomización de su contenido, según se trate de artículos orgánicos u ordinarios, y obligaría al legislador a una penosa tarea de distinguir entre los correspondientes a uno y otro apartado.

4. LEYES PENALES EN VIGOR

De otra parte, la doctrina sentada en la sentencia comentada afecta decisivamente a las reformas penales aprobadas en los últimos años. Todas las modificaciones tramitadas y aprobadas del Código Penal (y del de Justicia Militar) tras la promulgación de la CE, lo han sido con el carácter de orgánicas, lo que supone una postura del legislador favorable a la consideración de las mismas como auténtico desarrollo del artículo 25.1 CE, merecedoras consecuentemente de esta catalogación.

Así, esto es lo que ocurrió con la Ley de Reforma del Código Penal en materia de libertades de expresión, reunión y asociación (*Ley orgánica 4/1980, de 21 de mayo*), con la de modificación de distintos artículos de los Códigos de Justicia Militar y Penal (*Ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre*), con la modificación de estos mismos Códigos en relación con los delitos de rebelión y terrorismo (*Ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo*) y, recientemente, con la de reforma urgente y parcial del Código Penal (*Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio*).

Dentro de estas leyes las hay relativas a derechos fundamentales, justificándose así su naturaleza orgánica a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tal es lo que ocurre, claramente, con la primera de las leyes citadas, que recoge las normas de garantía penal de los derechos de expresión, reunión y asociación y que, por tanto, se relaciona con los artículos 20, 21 y 22 CE. E, igualmente, con algunos de los artículos de la Ley orgánica 8/1983, como son los que reforman los delitos contra la libertad de conciencia, y contra las personas (homicidio, lesiones) y que son el reverso penal del artículo 15 CE.

En cambio, las restantes leyes mencionadas no guardan relación con los derechos fundamentales. Así, la Ley orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, modifica los Códigos de Justicia Militar y Penal en puntos diferentes: normas de organización y procesales, normas penales de carácter general, regulación de delitos de rebelión militar, ultrajes a la bandera, injurias y desobediencia, en lo que afecta al primer Código citado; y regulación de ciertos delitos contra altas instituciones estatales en lo que respecta al Código Penal. Por su parte, la Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, si bien contiene algunas disposiciones relacionadas con derechos fundamentales,

(2) Resultaría además paradójico que esta parte general tuviese carácter ordinario, mientras que concretos tipos delictivos la tuviesen orgánica.

como antes se señaló, dedica el resto de su extenso articulado a materias diferentes: reforma de la parte general del Derecho Penal (delitos y penas), nueva regulación de los delitos contra la salud pública y el medio ambiente, contra la seguridad en el trabajo, juegos ilícitos, contra la honestidad y contra la propiedad. Nada, por tanto, que se relacione con los derechos y libertades contenidos en la Sección 1.^a del Capítulo II, del Título I, CE y, por lo mismo, nada que justifique el empleo de leyes orgánicas según la Sentencia del Tribunal Constitucional. No tratándose de normas sancionadoras de derechos fundamentales no tenían que estar integradas en tal clase de leyes. De esta forma, al invadir la reserva de estas últimas leyes, las disposiciones comentadas pueden considerarse inconstitucionales a la luz de la doctrina del TC.

Aunque se considere que alguna de estas leyes, como la Ley orgánica 8/1983, encierra ciertas disposiciones orgánicas y otras sin esta naturaleza, sigue sin justificarse esta calificación. Según la sentencia 76/83, de 5 de agosto (RI-25), del Tribunal Constitucional, una ley orgánica puede contener preceptos no orgánicos relativos a materias conexas, pero sin *«que sea suficiente la existencia de algún precepto de contenido orgánico para que pueda atribuirse a toda la ley dicho carácter. Es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a la ley orgánica... Por otra parte, la ley orgánica sólo puede incluir preceptos que exceden del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo, en todo caso, el legislador concretar los preceptos que tienen tal carácter»*. A la vista de esta jurisprudencia, debe significarse que la mayor parte de la citada ley no afecta a derechos fundamentales, por lo que no puede decirse que su núcleo tenga carácter orgánico, que es lo que justificaría el empleo de esta categoría legislativa. Y aunque, hipotéticamente, se considerase que sí tiene un núcleo orgánico, sería inconstitucional en la medida en que no precisa los preceptos que carecen de esta naturaleza orgánica, ya que, en estos casos, según la mencionada Sentencia 76/83, *«el legislador debe precisar en la Ley orgánica cuáles sean tales preceptos no orgánicos, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para concretarlos mediante sentencia en caso de impugnación de la ley»* (3).

Por consiguiente, teniendo en cuenta las dos Sentencias del Tribunal Constitucional citadas (76/83 y 25/84), resulta que no son inconstitucio-

(3) Circunstancia parecida se puede producir con la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, *de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras*. Esta Ley regula una sanción penal para el caso de incumplimiento de la obligación de comparecencia ante las Comisiones de Investigación. Sin embargo, es dudoso que esta medida pueda considerarse como el núcleo fundante de la Ley, que contiene otra serie de disposiciones, y mucho más que la misma tenga por objeto algún derecho fundamental, por lo que de igual forma se hace dudoso su carácter orgánico y su constitucionalidad. Lo anterior se refuerza considerando que el artículo 76, 2, CE, al contemplar estas sanciones, se remite a una Ley, sin especificar que la misma sea orgánica. De otra parte, otro vicio de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica mencionada viene determinado por la falta de mención de los preceptos contenidos en la misma sin tener esta condición.

nales la Ley 40/1979 y la Ley orgánica 4/1980, pero por los mismos motivos y argumentos sí lo son las Leyes orgánicas 9/1980 y 3/1983. Con ello se afecta de manera notoria a un extenso bloque legislativo, en la misma medida que se desmiente la interpretación que *de facto* ha sostenido el legislador sobre el artículo 25.1 CE. El Tribunal Constitucional realiza una severa negación de la postura de las Cortes Generales, que hasta ahora había aprobado mediante Ley orgánica todas las reformas del Código Penal, así como diversas leyes especiales. Además, el reconocimiento *a contrario sensu* de la inconstitucionalidad de las Leyes orgánicas 9/1980 y 3/1983 comporta lógicamente su nulidad, y con ello habría que reconocer la vigencia de las disposiciones anteriores, que aparentemente tales leyes derogaron. De otra parte, se produce la ya advertida dislocación del Código Penal, en el que se dan cabida preceptos de carácter orgánico y otros sin él.

5. LA LEY ORGÁNICA 10/1983, DE 16 DE AGOSTO

Meses antes de fallarse la sentencia comentada se promulgó la Ley orgánica 10/1983, de 16 de agosto, de modificación de la anterior sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios. Esta nueva Ley modifica la redacción de los artículos 6.º-9.º de la Ley 40/1979 y los dota de carácter orgánico, en lugar del ordinario que tenían anteriormente (4). La finalidad de esta Ley orgánica no fue sólo variar el contenido de tales preceptos, sino también elevarlos a la condición de orgánicos. A juicio del legislador, la ley precedente estaba viciada por realizar una tipificación de delitos y penas sin este nivel. Así, el Diputado SCHWARTZ GIRÓN se refirió a la oportunidad del proyecto entonces en tramitación, señalando que la primitiva reforma de 1979 se hizo «por medio de una ley ordinaria, cosa que es contraria al artículo 81.1 de la Constitución» («Diario de Sesiones del Congreso» núm. 51, de 29 de junio de 1983, pág. 2434). En sentido parecido se manifestó el Diputado SOTILLO MARTÍ, que justificó la nueva ley en que «después de la Constitución es evidente que este tipo de legislación, que configura tipos delictivos e impone sanciones con pena de prisión, debe tener un rango de ley orgánica» (*idem*, pág. 2437). Así, pues, el criterio del legislador ha sido que la tipificación de delitos y penas debe revestir calificación orgánica, reconociendo haber cometido una clara omisión en la Ley 40/1979 y reiterando lo observado hasta entonces.

Por ello, llamada poderosamente la atención que, pocos meses después de que el legislador reconozca su error y realice una expresa rectificación, el Tribunal Constitucional venga a negar esto último, sentando un criterio muy

(4) La nueva Ley Orgánica 10/1983 está, por lo demás, mal construida. Sólo afecta al capítulo II (arts. 6-9) de la anterior Ley 40/1979 y, sin embargo, en su Disposición Final se declara que el resto de sus capítulos podrán ser modificados por Ley ordinaria, mención esta última ociosa e innecesaria, pues al ceñirse la reforma a los artículos 6-9 era evidente que los demás seguían conservando su condición legislativa ordinaria.

diferente, cuando no opuesto. Pocas veces las Cortes Generales habrán recibido desaprobación tan tajante.

Ha de reconocerse que en el preámbulo de la nueva Ley 10/1983 se justifica su condición orgánica en que afecta el «derecho a la libertad personal», que como se sabe está contemplado en el artículo 17 CE. Así las cosas, podría argüirse que no toda norma penal necesita presentarse como ley orgánica, sino sólo las que afecten a la libertad personal, acercándose así a la postura del Tribunal Constitucional. Pero, aun admitiendo hipotéticamente esta premisa, se advierte fácilmente que la misma no conduce a buen puerto. Primero, por lo dudoso de invocar la «libertad personal» a estos efectos, libertad que, a tenor del propio artículo 17 CE, se despliega en otras manifestaciones, como son la regulación estricta de las detenciones gubernativas, la prohibición de detenciones ilícitas, la asistencia de letrado, el plazo de detención provisional, la imposibilidad de obligar a declarar, la puesta en libertad a través del procedimiento de *habeas corpus*, etc. Segundo, porque dejaría sin explicar si otros preceptos penales podrían demandar carácter orgánico al amparo de otros «derechos fundamentales» y, entre ellos, el previsto en el artículo 25.1 CE. Tercero, porque si la «libertad personal» se veía afectada por la nueva ley lo mismo ocurría con la anterior 40/1979, ya que ambas recaen sobre la misma materia, con lo cual también así se reconocería la necesidad del nivel orgánico para esta última colocando el problema en sus términos iniciales ya vistos. Y, finalmente, porque supondría una negación de las distintas reformas penales tramitadas hasta la fecha, que, sin ningún paliativo, el legislador había presentado como leyes orgánicas.

De otra parte la sentencia del Tribunal Constitucional trae aparejado el reconocimiento implícito de la inconstitucionalidad de la ley orgánica 10/1983. Si los artículos 6.º y 7.º de la Ley 40/1979 no constituían desarrollo de «derechos fundamentales» (y, en consecuencia, no eran inconstitucionales), la misma circunstancia se produce con la ley orgánica 10/1983, por la sencilla razón de que lo único que ésta hace es dar una nueva redacción a los artículos mencionados. Las diferencias entre el primitivo y el último texto son cuantitativas, de grado. La materia regulada es la misma: tipificación de delitos monetarios y fijación de penas correspondientes. No hay diferencias en el objeto regulado ni, consiguientemente, distinción cualitativa. El propio preámbulo de la ley orgánica 10/1983 reconoce que sus modificaciones son de alcance fundamental técnico. Si el primitivo texto no suponía desarrollo legislativo de «derechos fundamentales» lo mismo debe decirse, y por las mismas razones, del segundo. Y si aquél era ajustado a derecho por haberse aprobado como ley ordinaria, este último es inconstitucional por no mantener esta condición y presentarse como ley orgánica. De ahí la paradoja que se produce: el reconocimiento de la constitucionalidad de la primera ley implica lo contrario de la segunda. De este modo, la ley orgánica 10/1983 queda enteramente desvirtuada en su finalidad y contenido: ni puede corregir el supuesto vicio de la anterior ley 40/1979, ni al resultar inconstitucional y, por tanto, nula puede variar su contenido.

No merece ciertamente elogio la sentencia del Tribunal Constitucional, pues tras alterar radicalmente los criterios antes observados sobre las leyes penales, no brinda un método seguro y fiable para determinar en qué casos tales leyes deben ser orgánicas y en cuáles otras ordinarias. Se reconoce *a contrario sensu* la inconstitucionalidad de diversas leyes en vigor y se introduce una incomprensible complicación en el Código Penal, contrariando la razón de ser de todo cuerpo legal único.

A partir de ahora será necesario determinar los preceptos penales que afectan a la libertad personal y otros derechos fundamentales y atribuirles el carácter orgánico, dejando a los demás como preceptos legales ordinarios. Precisar a partir de qué momento un tipo delictivo, o su pena correspondiente, afectan a la libertad personal puede ser una tarea ardua y comprometedoras. Del mismo modo habrá que resolver si las normas de la parte general del Derecho Penal (en general Libro I del Código) —que son la base para la aplicación de cualquier precepto especial— afectan o no a los derechos fundamentales. De este modo, habrá que parcelar el Código en sectores normativos de distinto valor jurídico, truncando la finalidad propia de un texto codificado que es la de refundir en un cuerpo único y armónico todas las disposiciones sobre una materia determinada.

6. EL PROBLEMA SUBYACENTE: LA CATEGORÍA DE LAS LEYES ORGÁNICAS

Sin embargo, debe reconocerse la dificultad que planteaba el problema llevado a la decisión del Tribunal Constitucional. Cualquier otra salida imaginable encerraba también importantes servidumbres. La solución de reconocer que el principio de legalidad no admite propiamente desarrollo, tenía a su favor el mantener la totalidad del Código Penal y leyes penales especiales sin el carácter de orgánicas, evitando su fragmentación y el penoso gravamen de deslindar qué preceptos tienen o no esta condición. Pero suponía contrariar radicalmente la postura sustentada hasta ahora por el legislador y, lo que es más importante, reconocer la inconstitucionalidad de todas las leyes orgánicas antes mencionadas. La alternativa de considerar como único desarrollo del artículo 25.1 CE a la parte general del Derecho Penal, esto es, a lo que aproximadamente coincide con el Libro I del Código, facilitaba ciertamente la tarea de precisar los preceptos orgánicos. Sin embargo, implicaba una fragmentación, aunque menor, del mencionado texto legal y la admisión de la inconstitucionalidad de las leyes orgánicas 4/1980, 9/1980, 10/1983 y 2/1984, en todo lo que exceden de las normas represivas básicas. Todo ello dejando aparte la dificultad de explicar por qué, por ejemplo, una norma sobre penas accesorias o cálculo de las penas merecería la consideración de orgánica por el mero hecho de estar incluida en la parte general, y no, en cambio, la tipificación de delitos tan graves como el asesinato, homicidio, etc. La tercera solución —considerar como auténtico desarrollo del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE) a todas las disposiciones de regulación de los delitos, faltas y penas— suponía respaldar el criterio del legislador al respecto, y con ello la constitucionalidad de las tantas veces citadas leyes orgánicas de modi-

ficación del Código Penal. Al mismo tiempo, evitaba la penosa carga de diferenciar dentro de un mismo texto legal los preceptos con y sin nivel orgánico, ya que este criterio extensivo comportaba el carácter orgánico de todo precepto delictivo y punitivo. En cambio, esta postura tenía, y tiene, la contrapartida de multiplicar el número de leyes orgánicas, negando el carácter excepcional que el Tribunal Constitucional las ha reconocido. Tanto el Código Penal como las diversas leyes penales especiales (5) deberían aprobarse con este carácter. Pero no sólo esto, sino que también asumirían esta condición las numerosísimas leyes que regulan infracciones administrativas. El artículo 25.1 CE se refiere en pie de igualdad a los delitos, faltas e infracciones administrativas, por lo que si se invoca tal precepto para justificar la calificación orgánica de las disposiciones penales lo mismo habría de hacerse con las administrativas sancionadoras. Es así cómo se produciría una multiplicación sin límite de las leyes orgánicas. Todo ello dejando al margen el problema de las infracciones administrativas dispuestas por la legislación de las Comunidades Autónomas en la que, como es sabido, no existe esta categoría normativa.

Se desemboca así en una situación de aporía. No hay verdadera solución en la calificación orgánica u ordinaria de las normas penales, ya que cualquier solución que se adopte tiene una onerosa contrapartida. A nuestro juicio, el factor que crea el problema es la propia categoría de las leyes orgánicas, cuya distinción frente a las leyes ordinarias se hace en España imposible y contradictoria. El caso presente no es más que un botón de muestra de lo anterior, y de ahí su importancia. La situación advertida puede producirse, y de hecho ya se ha producido, en otras ocasiones, como las resueltas por la Sentencia de 13 de febrero de 1981 (Ley orgánica de Estatuto de Centros Escolares) y en la de 5 de agosto de 1983 (LOAPA).

Es de sobra conocida la extensa e irresuelta disputa doctrinal sobre el criterio diferenciador entre las leyes orgánicas y las ordinarias, lo cual ya es de por sí un síntoma de la dificultad que crea este régimen dual. Mientras para unos existe una diferenciación formal entre ambas categorías, lo que supone afirmar la presencia de un factor jerárquico, de tal modo que las primeras gocen de un rango superior a las segundas (6), para otros, en cambio, la distinción es simplemente material, por el distinto ámbito reservado a unas y otras, sin que pueda hablarse de una superioridad de grado de las orgánicas sobre las ordinarias, siendo el factor competencial

(5) Esto último es lo que ha ocurrido con la citada Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado, o de ambas Cámaras, que se ha promulgado como tal Ley Orgánica en cuanto prevé sanciones para los ciudadanos que incumplan su obligación de comparecer ante estas Comisiones.

(6) F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 4, 1980, pp. 851 y ss.; O. ALZAGA: *La Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 538; L. DIEZ PICAZO: *Constitución y fuentes del Derecho*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 21, p. 194; F. SOSA WAGNER: *Aproximación al tema de las leyes orgánicas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 21 (1979), p. 202.

el que explicaría la distinción (7). E, incluso, para otros, deben manejarse ambos criterios jerárquico y competencial para poder diferenciar y explicar en todos los supuestos las dos modalidades legislativas (8).

Por su parte, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado con rotundidad sobre el tema, por lo que hoy por hoy no disponemos de un criterio oficialmente válido sobre el particular. En su sentencia de 13 de febrero de 1981, primero se inclinaba por el factor competencial, al referirse a una reserva restringida y no ampliable de Ley orgánica, pero después parecía asumir el factor jerárquico, al admitir que las «materias conexas» pueden integrarse en una Ley orgánica quedando congelado su rango de tal modo que tales «materias conexas» no podrían regularse por ley ordinaria, salvo cuando la primera lo preveyese o así lo admitiese el propio Tribunal Constitucional (9). En la posterior sentencia de 5 de agosto de 1983, el Tribunal Constitucional reconocía el carácter excepcional de las Leyes orgánicas, exigiendo que su núcleo material correspondiese al ámbito reservado a las mismas en el artículo 81.1 CE. La asunción de «materias conexas» sólo sería posible cuando constituyesen complemento necesario de ese núcleo orgánico, debiendo en todo caso el legislador concretar cuáles son estas materias (10). De esta última sentencia parece deducirse una inclinación más decidida por el criterio competencial, al igual que ocurre con la comentada (11). Sin embargo, ello está lejos de producirse con claridad: en ningún momento el Tribunal Constitucional afirma la procedencia de este criterio y, de otra parte, la admisión de la regulación orgánica de las «materias conexas» no es en puridad conciliable con el factor competencial.

No es éste el momento de ahondar en la disputa sobre el criterio

(7) T. R. FERÁNDEZ: *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 65 y ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 134 y ss.; E. LINDE: *Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico*, en el núm. 91 de esta REVISTA, pp. 107 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración*, en «Revista de Derecho Político», núm. 4, pp. 41 y ss.

(8) Esto último, A. GARRORENA: *Las leyes orgánicas y su espuria naturaleza jurídica*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 13, pp. 184 y ss.; J. A. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA: *Las leyes orgánicas y el sistema de fuentes del Derecho*, La Coruña, 1980, pp. 48 y ss.; T. de la CUADRA SALCEDO: *La Ley en la Constitución: leyes orgánicas*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 24, pp. 42 y ss.

(9) Esta contradicción ya ha sido advertida por T. R. FERÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 90 y ss., y por L. PRIETO SANCHÍS: *Las leyes orgánicas y el principio de la jerarquía normativa de la Constitución española de 1978*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 62, p. 154.

(10) Esta tesis, aun implicando un loable esfuerzo de precisión frente a la anterior Sentencia, no deja de ofrecer dudas por lo equívoco de la expresión «desarrollo o complemento necesario». Si se trata de una prolongación calificada de *necesaria*, no es que pueda, sino que debe regularse por Ley Orgánica, puesto que esta circunstancia la hace caer en el ámbito reservado a este tipo de leyes.

(11) Así lo han reconocido S. MUÑOZ MACHADO: *La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 9, pp. 120 y ss., y especialmente L. PAREJO ALFONSO: *Algunas reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 relativa a la LOAPA*, en *idem*, pp. 154 y ss.; también, P. CRUZ VILLALÓN: *¿Reserva de Constitución? Comentario al fundamento jurídico cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA*, en *idem*, p. 188.

diferencial entre ambas categorías legales, cuestión sobre la que ya se han expuesto los más diversos y detenidos argumentos. Personalmente, me parece preferible el factor competencial pues, aunque en algún momento del proceso constituyente pudo pensarse en las Leyes orgánicas como un escalón jerárquico superior a las ordinarias, lo cierto es que tanto el artículo 81.1 como el sistema final de fuentes de la CE parecen inclinarse por una distinción según el ámbito material que deben presidir unas y otras leyes. Pero, como decía, reabrir ahora el debate sería ocioso ante la dificultad de aportar nuevos argumentos a una cuestión ampliamente tratada.

En cambio, lo que sí me parece interesante plantear son los inconvenientes que encierran ambas posturas, lo que es tanto como reconocer la inoportunidad de las Leyes orgánicas, al menos en la forma en que han sido concebidas en la CE. El criterio jerárquico o formal y el competencial o material tienen serias e importantes limitaciones, pues ambos conducen a situaciones difícilmente defendibles. Una y otra explicación contienen marcadas contrapartidas, que impiden que el problema quede resuelto con la claridad y la seguridad que el derecho reclama.

7. INCONVENIENTES DEL CRITERIO COMPETENCIAL

El criterio competencial responde mejor al artículo 81.1 CE, que al referirse a las leyes orgánicas, lo que hace es mencionar los supuestos en que las mismas son precedentes, estableciendo así una reserva de ley orgánica, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, la enorme amplitud con que se configura esta reserva provoca el problema de precisar sus límites. La vastedad del ámbito de ley orgánica y la imprecisión que la rodea conduce a una ininterrumpida dificultad de delimitación frente a las ordinarias. Lejos de adoptar el modelo francés de leyes orgánicas en toda su dimensión, la CE importa esta figura, pero simultáneamente la da una configuración harto diversa. En vez de contemplar esta categoría para muy concretos supuestos, como hace la Constitución francesa de 1958 (12), se dispone un elenco casi inacabable. Nótese que el artículo 81.1 CE prevé como leyes orgánicas las de desarrollo de los derechos fundamentales, la que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y, además, las previstas específicamente en otros preceptos constitucionales, siendo estas últimas un nutrido grupo. Y en vez de establecer claramente los límites de esta amplia reserva de ley orgánica la misma queda abandonada en una atmósfera de imprecisión (si bien debe reconocerse que esto último es buena parte consecuencia de lo anterior, ya que lo abultado de la reserva dificulta el trazado de sus fronteras). Tal es lo que ocurre con la referencia al régimen electoral general (13) y,

(12) M. PRÉLOT cita sólo 12 leyes orgánicas como posibles en el sistema constitucional francés: véase *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Dalloz, 1972, p. 593. Más recientemente, H. AMIEL se refiere a 13 leyes orgánicas: véase *Les lois organiques*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», núm. 2 (1984), p. 409.

(13) Sobre la indeterminación de esta fórmula puede verse M. VALLÉS: *Derecho electoral y Ley Orgánica: comentario al artículo 81, 1, de la Constitución*, «Revista de Derecho Político», núm. 18-19, pp. 125 y ss.

especialmente, con la relativa a los derechos fundamentales, que comprende el desarrollo de quince largos y minuciosos artículos de la Constitución (14).

De esta forma se crea un ancho y borroso margen en el que es posible la confluencia de las leyes orgánicas y las ordinarias. Hay una extensa franja fronteriza entre ambas categorías, carente de nitidez, que favorece el surgimiento de supuestos sobre los que se pueden considerar competentes unas y otras normas. El reconocimiento por el Tribunal Constitucional de las «materias conexas», materias propias de ley ordinaria, pero que bajo ciertas condiciones pueden formar parte de una orgánica, es buena prueba de ello. De ahí la fácil aparición de conflictos competenciales, como la realidad se está encargando de demostrar. Si las leyes orgánicas estuvieran previstas para muy concretos casos, que por la misma razón podrían delimitarse sin dificultad, los contenciosos con las leyes ordinarias serían menores en la misma proporción. En la forma que se han establecido todo favorece el surgimiento de estos conflictos, como ha ocurrido con la Ley de Régimen Jurídico de Control de Cambios.

Pero no es éste el único inconveniente de la división material entre las dos modalidades legislativas. Teóricamente es concebible que un serio esfuerzo de delimitación del legislador y, en su caso, del Tribunal Constitucional, permita que las leyes orgánicas y las ordinarias se ciñan a su ámbito respectivo. Sin embargo, aun siendo teóricamente posible, no deja de levantar serios reparos.

La distinción material comporta la fragmentación legislativa a la que nos hemos referido anteriormente. Hasta la aparición de las leyes orgánicas, el legislador podía incluir en la ley —categoría única— las materias que estimase convenientes. La ley tenía capacidad para absorber cualquier cuestión, e, incluso, para integrar cuestiones diferentes en un mismo texto. La mezcla de materias heterogéneas podía constituir un defecto técnico, una falta de sistemática, pero nunca un vicio formal. Por el contrario, con la emergencia de la nueva categoría, el legislador ya no dispone de la misma libertad: lo que corresponda a la reserva de ley orgánica debe ser tratado con tal modalidad normativa, y lo que corresponda a la ley ordinaria (todo lo demás) debe ser tratado con tal tipo de ley. Una infracción de este principio no es un simple malogro técnico, sino que constituye un vicio formal que afecta a la validez de la norma correspondiente.

Por ello, lo que antes podía tratarse en un mismo cuerpo legal ahora tiene que desdoblarse en distintos textos, produciendo esa atomización normativa de la que se ha hecho mención. Y como las leyes orgánicas tienen un amplísimo ámbito y una no menor zona fronteriza con las ordinarias, el resultado es una multiplicación del número de disposiciones legislativas y una incomprensible complicación del derecho positivo. Claro ejemplo de esto lo hemos tenido con el proyecto de ley de incompatibilidades de altos cargos, que acabó bifurcándose en dos textos diferentes:

(14) Sobre este punto pueden verse J. A. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA: *ob. cit.*, pp. 21 y ss.; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *ob. cit.*, pp. 46 y ss.; T. R. FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, páginas 45 y ss.; T. DE LA CUADRA SALCEDO, *ob. cit.*, pp. 46 y ss.

el que luego sería la ley (ordinaria) 25/1983, de incompatibilidades de altos cargos y, por otro lado, la ley orgánica 13/1983, de modificación del artículo 12.1 de la ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado. Lo mismo ha ocurrido con el proyecto de ley orgánica de regulación de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 79). Durante su tramitación en la Cámara se reparó que no todo su contenido era propio de ley orgánica, sino sólo una pequeña parte, por lo que hubo que dividirse en dos proyectos enteramente diferentes: uno con carácter orgánico (*proyecto de ley del régimen de recursos en casos de objeción de conciencia, su régimen penal y derogación del art. 45 de la LOTC*), y otro sin él, que mantiene la anterior denominación. A la vista de estos ejemplos, cabe imaginar la hipertrofia legislativa que puede producirse en nuestro ordenamiento.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, hay materias que sin ser propiamente orgánicas son «conexas» a las mismas. Una aplicación pura y simple del criterio material impediría tratar estas materias en las leyes orgánicas (15), máxime teniendo en cuenta el carácter excepcional que se las atribuye. Y esto implica la necesidad de tramitar y aprobar dos leyes, con los resultados ya advertidos. De esta forma nos exponemos a caer en un ordenamiento jurídico incomprensiblemente fragmentado y complejo, como bien muestran los ejemplos antes citados. Lo que el operador jurídico podía antes encontrar en un único texto, con la consiguiente seguridad sobre el derecho aplicable, ahora tal vez tenga que buscarlo en dos o más cuerpos normativos, con la correspondiente fatiga y una no menor incertidumbre. Se crea así una situación que bien puede reputarse de contrapunto de las aspiraciones de los viejos movimientos codificadores: mientras antes se buscaba la refundición y la agrupación material de los distintos sectores normativos ahora se favorece su atomización y separación.

Claro que por «economía procesal» puede optarse por incluir en las leyes orgánicas esas materias conexas. Esto es, concretamente, lo que hace el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 13 de febrero de 1981 y de 5 de agosto de 1983. Pero esto constituye una quiebra del criterio competencial previamente afirmado, en favor del jerárquico. Porque si trata de un punto no propiamente orgánico, y dado el carácter restringido de estas leyes, ¿por qué se defiende su inclusión en las mismas?

El Tribunal Constitucional dice que estas «materias conexas» reguladas en una ley orgánica pueden ser excluidas por la misma cara al futuro, de tal modo que se admita su reforma por una ley ordinaria, queriendo así rebajar las consecuencias de esa integración. Pero, como señala L. PRIETO SANCHÍS, no se comprende que se proteja al legislador futuro, permitiéndole tratar esas materias con ley ordinaria (lo que demuestra que son propias de la misma), y no se haga lo mismo con el legislador actual, tolerando

(15) Véanse en este sentido T. R. FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 92; L. PRIETO SANCHÍS: *ob. cit.*, p. 154.

que se exija la mayoría absoluta para su aprobación como ley orgánica. Y, de otra parte, deja sin explicar la situación que se produciría cuando el legislador orgánico se olvidase de precisar los preceptos incluidos en tal tipo de ley que, por ser «materia conexa», podrían en el futuro regularse por ley ordinaria. El Tribunal Constitucional admite para estos casos, como no podía ser menos, la utilización del recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, es difícil aceptar que el Parlamento nacional cuando considere que unos puntos —incluidos sin la cláusula comentada en una ley orgánica— son objetivamente materia de ley ordinaria y desee su reforma, tenga que abstenerse de hacerlo por vía legal ordinaria, o impugnar previamente la anterior ley orgánica y aguardar hasta que el T.C. se pronuncie. Si es materia de ley ordinaria no debería existir tal gravamen para que se pudiese regular directamente por tal tipo de ley, aunque la previa ley orgánica se hubiese olvidado de reconocerlo. De esta forma se revela que el camino por el que el T.C. trata de sortear los escollos del criterio competencial no ofrece una verdadera salida: se transige con el principio de distinción material del que se parte, mezclándolo con el jerárquico, lo que produce nuevos interrogantes; se obliga al legislador orgánico a la fatigosa y difícil tarea de deslindar sus preceptos sin este carácter, con lo que aunque exista una sola ley, ésta se complica enormemente en su seno, sin que además se deje de enrevesar el sistema de fuentes. Cada vez que las Cortes pretendan aprobar una ley ordinaria deberán asegurarse que la misma es posible a la vista de los puntos conexos incluidos en leyes orgánicas y exceptuados de este régimen. Finalmente, la doctrina del T.C. impide la modificación directa por ley ordinaria de aquellos preceptos que aun teniendo este carácter no hayan sido reconocidos como tales por la ley orgánica en que se incluyan.

Y, además, todo aquello que no alcance la consideración de «materia conexa», por ser inequívocamente extraño a la reserva de ley orgánica, ni siquiera se podrá «beneficiar» de la integración temporal en este tipo de ley. Tendrá que ser necesariamente tratado en una ley ordinaria, con la consiguiente duplicidad legislativa, como revela el caso del *proyecto de ley de objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria*. Esto último se ha reafirmado con la precitada sentencia del T.C. de 5 de agosto de 1983, donde se defiende que para la validez de una ley orgánica no es suficiente la existencia de algún precepto de este carácter, sino que es preciso que su núcleo afecte a materias reservadas a la misma y que sólo se pueden incluir materias conexas cuando constituyan «desarrollo o complemento necesario» de ese núcleo orgánico. Dejando al margen esta dudosa expresión, pues si se trata de un complemento calificado de *necesario* parece que el mismo es propiamente materia de ley orgánica y no de ordinaria, resulta clara la exigencia de la dualidad de leyes para lo que corresponda a los ámbitos respectivos. Se restringe la alternativa —falsa alternativa— de la inclusión temporal en leyes orgánicas de materias propias de leyes ordinarias y, con ello, se emplaza a las Cortes a multiplicar el número de leyes. De este modo se provoca una agobiante y comprome-

tedora tarea de separación entre lo propio de una y otra ley y de resultas tuyas una enmarañada trama legislativa. Los inconvenientes del criterio competencial resplandecen así en toda su amplitud (16).

8. INCONVENIENTES DEL CRITERIO JERÁRQUICO

Pero también el factor jerárquico encierra onerosas rémoras. Además de adecuarse menos al sentido del art. 81.1 CE sobre las leyes orgánicas, y a la doctrina del T.C., tiene limitaciones funcionales de la misma entidad que el criterio anterior. Si se desechase este último en beneficio del formal o jerárquico, ciertamente desaparecería el problema de deslindar las materias que caen del lado de una y otra categoría. La superioridad de la ley orgánica la avalaría para regular cualquier cuestión propia de la ordinaria. Su plus valor impediría que ello se reputase como una infracción. En todo sistema de fuentes el vicio formal se produce cuando una disposición de rango inferior regula lo propio de otra superior, pero no a la inversa (salvo que exista una reserva en favor de la inferior, cosa que ocurre en Francia, pero no entre nosotros). Del mismo modo que la Constitución no comete yerro formal cuando regula cuestiones materialmente legislativas, y que lo mismo ocurre con la ley que disciplina aspectos propios de un reglamento, la ley orgánica no resultaría viciada por regular cuestiones propias de la ordinaria. A lo sumo cometería un error técnico, pero nada más. Es cierto que con esta perspectiva no tendría ningún sentido la enumeración de materias reservadas a la ley orgánica que hace el art. 81.1 CE, lo cual no es más que una muestra de la difícil compatibilidad entre el criterio jerárquico y el precepto mencionado, o, lo que es lo mismo, de la antítesis ante dicho criterio y el competencial.

Pero, dejando ahora esta cuestión, y planteando ahora el problema en una dimensión puramente abstracta, sí que parece evidente que con esta postura se eludiría en buena parte el problema de la distinción de supuestos de ambas modalidades de ley, ya que el legislador orgánico no tendría inconveniente sustancial en absorber cuestiones propias del peldaño normativo inferior. Y, por la misma razón, se yugularía el nervio multiplicador de las leyes: todo lo que interesase mantener en un cuerpo normativo único por razones técnicas o sistemáticas, podría hacerse sin más condición que presentarlo como ley orgánica. Se trataría de una ley orgánica que disciplinase no solamente lo propio de este nivel, sino también lo correspondiente a la ley ordinaria.

(16) De otra parte, y como advierte L. PAREJO ALFONSO (*Algunas reflexiones...*, *ob. cit.*, p. 160), resulta sorprendente que el TC se preocupe por la no inclusión en una Ley Orgánica de preceptos propios de Ley ordinaria y no haga lo propio con el supuesto inverso, de inclusión de preceptos orgánicos en leyes ordinarias: en la Sentencia de 5 de agosto de 1983 (LOAPA) admite que permanezcan en una Ley ordinaria (en este caso LPA) preceptos aislados de carácter orgánico. Dejando al margen la incorrección de esta postura, la misma constituye una nueva e inexplicable adición al complicado árbol legislativo que producen las leyes orgánicas, pues, de confirmarse, existirían leyes orgánicas con preceptos ordinarios (conexos) y leyes ordinarias con normas orgánicas.

En definitiva, se consagraría el controvertido art. 28.2 LOTC, que, como es sabido, contempla la declaración de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias o disposiciones con este rango que invadan materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter *cualquiera que sea su contenido*, disposición en la que está implícita —especialmente en su inciso final— la posibilidad de que las leyes orgánicas invadan el ámbito de las ordinarias y la necesidad en este caso de que estas últimas se atengan a aquéllas, lo que es tanto como afirmar su superioridad jerárquica (17).

Pero semejante postura suscita graves inconvenientes que impiden su aceptación. Por un lado, dejaría sin explicar por qué las dos decisiones (leyes) provenientes de un mismo sujeto, las Cortes Generales o poder legislativo, están relacionadas jerárquicamente entre sí. Pudiendo ambas incidir sobre la misma materia no se comprendería que estuviesen en manos de un mismo titular: ¿por qué esa dualidad subordinada, cuando las dos leyes provienen del mismo órgano, sin más diferencias que un requisito procedimental (votación por mayoría absoluta en las orgánicas)? Pues, como ha señalado J. A. SANTAMARÍA PASTOR, la ordenación jerárquica de fuentes se corresponde, o debe corresponderse, con la existencia de distintos sujetos u órganos también relacionados jerárquicamente entre sí (18).

Por otro lado, el criterio jerárquico crea unos problemas funcionales —y esto es lo que quisiera demostrar ahora— tan importantes como los del criterio opuesto, pues el parámetro de legitimidad del legislador (ordinario) se compondrá de la Constitución y de las leyes orgánicas. Al elaborar sus decisiones legislativas (ordinarias), las Cortes Generales no sólo deberán tener en cuenta lo ordenado en la Constitución —como es obligado en todo Estado de Derecho—, sino también lo dispuesto en estas leyes orgánicas. Con ello, esta actividad legislativa se convierte en algo sumamente difícil y comprometido. Mientras que allí donde no existe más que una sola categoría legal —que es lo más común— el legislador goza de una amplia libertad, pues sólo está costreñido por las normas constitucionales, en el sistema ahora discutido tiene que sujetarse a un adicional y extenso bloque normativo que recorta a todas luces su libertad. En la misma medida, la elaboración de la ley ordinaria se torna mucho más difícil, pues al aprobar cada una de sus disposiciones habrá que estar pendiente de no vulnerar ningún precepto orgánico, con la carga de nulidad en caso contrario. Adquiere así una dimensión técnica el problema, que hace dudoso que la potestad legislativa ordinaria tenga que mantenerse en una institución eminentemente política como es el Parlamento. Pues ¿cabe imaginar a nuestras Cámaras discutiendo sobre si las normas de un proyecto se acomodan o no a lo dispuesto en cualquiera de las numerosas leyes orgánicas? ¿Es lógico someterlas a trabajo tan penoso que por añadidura puede distraerlas de la discusión puramente política? ¿No es más prudente que Congreso y Senado se centren en la oportunidad o bondad de los proyectos tramitados, sin tener que enfrentarse con un problema

(17) Así lo advierte T. R. FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, p. 69.

(18) Véase *ob. cit.*, p. 42.

para el que no han nacido ni están preparados, como cuerpos políticos que son? Ciertamente, estos condicionamientos técnicos no se presentarían —o se presentarían de modo ínfimo— si las leyes orgánicas se restringieran, como ocurre en Francia, a contadísimos supuestos. Pero, como no es éste nuestro caso, dada la profusión de tales leyes, es previsible la presencia abundante de esos escollos técnicos. Las limitaciones y el tecnicismo en que desembocaría la elaboración de las leyes ordinarias, de aceptarse su inferioridad de rango, aconsejarían su atribución a una instancia más técnica y menos política, siempre hablando en términos teóricos.

Otro problema del principio formal sería el del control de la «organicidad» de las leyes ordinarias, esto es, la adecuación de las leyes ordinarias a sus inmediatas superiores. Es posible que una ley ordinaria infrinja una ley orgánica en cuestión no relacionada con las normas constitucionales. En este caso habría una «ilegalidad orgánica», pero no una inconstitucionalidad, planteando entonces la forma de corregir esa infracción. Ciertamente, el art. 28.2 LOTC resuelve esta cuestión en cuanto declara que este incumplimiento debe ser tenido como inconstitucional, correspondiendo al propio T.C. su declaración. Se produce así una equiparación entre la mera «ilegalidad orgánica» y la inconstitucionalidad (19). Sin embargo, no es éste el aspecto que quisiera ahora mostrar, sino el del coste funcional de esta aparente solución. Se produce aquí el reverso del problema antes señalado para la elaboración de las leyes ordinarias por las Cortes Generales: como las leyes orgánicas ocupan un amplio elenco, es previsible que se produzcan en la misma medida infracciones de sus normas por las leyes ordinarias, máxime al no ser las Cámaras parlamentarias unos órganos técnicos. El extenso número de leyes orgánicas y la minuciosidad de muchas de sus disposiciones comporta el riesgo de su incumplimiento por las normas (legales) que, en cuanto subordinadas, están llamadas a desarrollarlas. Toda norma encierra la posibilidad de ser infringida en su aplicación y a mayor número de normas mayores posibilidades de que surjan transgresiones. De esta forma se colocaría al T.C. en la tesitura de tener que resolver unos contenciosos que no son propiamente constitucionales y, lo que es peor, en la obligación de enfrentarse con una previsiblemente caudalosa corriente de estos conflictos, con el subsiguiente riesgo de distraerle de su primerísima tarea de controlar la constitucionalidad —entendida en sentido estricto— de las leyes.

Tampoco se evitan todos estos graves inconvenientes acudiendo a un criterio mixto para la distinción de las leyes orgánicas y las ordinarias (20). La combinación de los principios jerárquico y competencial no sirve a estos efectos, si es que sirve a alguno. La apelación a ambos criterios introduce, a nuestro juicio, un factor de inseguridad, pues no resulta claro cuando ha de observarse uno u otro y aumenta la complejidad del sistema jurídico.

(19) Véase sobre este punto T. R. FERNÁNDEZ: *ob. cit.*, pp. 71 y ss.

(20) Véanse en este sentido J. A. ORTEGA DÍAZ-AMBRONA: *ob. cit.*, pp. 40 y ss.; T. de la CUADRA SALCEDO: *ob. cit.*, pp. 51 y ss.; GARRORENA MORALES: *ob. cit.*, páginas 184 y ss.

ya de por sí intrincado. Pero, sobre todo, lleva aparejada la aparición de los escollos funcionales antes comentados según se observe uno u otro criterio.

9. OTROS INCONVENIENTES Y CONCLUSIONES SOBRE LAS LEYES ORGÁNICAS

Además de las servidumbres formales y materiales que engendran las leyes orgánicas, se presentan otras de carácter jurídico-político. Tampoco es el momento de analizar estas últimas, ya que el presente trabajo está destinado a comentar una sentencia del T.C., y, aunque de resultas suyas, se desemboque en el problema de las leyes orgánicas, no puede perder su carácter originario, trocándose en un estudio exhaustivo de esta materia. Pero sí quería dejar constancia de estos últimos inconvenientes para que no resulte un acto gratuito la conclusión negativa a la que se llega sobre esta categoría legal, introducida por la Constitución de 1978.

Ya T. R. FERNÁNDEZ ha expuesto suficientemente la desafortunada exigencia de una mayoría absoluta del Congreso para la aprobación de tales leyes, en cuanto contraria al principio de mayoría (simple) propio de los sistemas democráticos. La imposición de unos requisitos agravados, como estas mayorías cualificadas, parece oportuna para la reforma de la Constitución, en cuanto la misma integra las normas básicas del sistema jurídico-político que conviene preservar de una continua alteración. En cambio, todo lo demás, todo el bloque normativo inferior, debe ser mudable y sujeto a discusión, sin otras limitaciones que respetar la propia Constitución.

Lo propio de la democracia es que la mayoría que elige el pueblo en cada Legislatura pueda establecer las normas que considere más apropiadas, permitiendo así la continua y pacífica adaptación del sistema jurídico al sentir y a las necesidades del sujeto soberano. Dificultar esta tarea supone precisamente contrariar las exigencias del principio democrático. La exigencia de mayoría absoluta para la aprobación de leyes implica el riesgo de que estas leyes no lleguen a aprobarse, o que, una vez aprobadas, no puedan reformarse.

De otra parte, el sistema de mayoría absoluta resulta contradictorio con el (lógico) de mayoría simple establecido a la postre para la investidura del Gobierno por el art. 99.3 C.E. Si puede formarse Gobierno con esta última mayoría debería bastar la misma para la aprobación de las leyes. Todo Gobierno debe contar con cauces seguros para sacar adelante su programa político. Establecer obstáculos no conduce más que a disfunciones en el sistema político. Y no se diga que hay cuestiones que deben requerir la más amplia aceptación del arco parlamentario, esto es, el acuerdo de mayoría gubernamental y oposición. Para eso ya está la Constitución, que por añadidura es sumamente minuciosa. Si tan básica es una cuestión lo que debe hacerse es integrarla en esta última. Ciertamente habrá otras cuestiones que por consideraciones políticas convenga que tengan un amplio consenso. Pero esto debe ser más fruto del propio convencimiento de las fuerzas políticas y de la prudencia de sus dirigentes, que

de imperativos legales. Pues, si existe este espíritu, este convencimiento, se logrará el acuerdo sin necesidad de exigir formalmente mayorías cualificadas. En tal supuesto este tipo de requisitos se revelaría como algo superfluo. Por el contrario, si no hay ese convencimiento espontáneo, el acuerdo puede dejar de producirse, con la consiguiente ausencia de una medida legislativa considerada necesaria, o producirse en términos que no resuelven nada, como son las disposiciones con expresiones contradictorias o redactadas en tono vaporoso y genérico en modo a permitir distintas aplicaciones. O también puede llegarse a forzar compromisos «antinatura» entre Gobierno y oposición para sacar adelante tales leyes, con el riesgo de desgaste, injustificado del primero.

Pero además el requisito de mayoría absoluta sería coherente con un sistema electoral mayoritario que facilitase el surgimiento de este tipo de mayoría en el Congreso. Sin embargo, lejos de ello, el art. 68.2 y 3 CE establece un sistema proporcional para la elección de los diputados, con lo que se favorece es la situación opuesta, de fraccionamiento de la Cámara en una pluralidad de Grupos y la consiguiente dificultad de alcanzar mayorías cualificadas para la adopción de acuerdos (21). Ciertamente el actual régimen electoral contenido en el Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sólo parcialmente refleja ese criterio de proporcionalidad. Pero no cabe duda que la norma constitucional encierra esa potencialidad, destinada a plasmarse en la futura legislación electoral, con el consiguiente peligro de que una multiplicación mayor de los Grupos parlamentarios convierta en algo sumamente difícil la aprobación de leyes orgánicas.

En definitiva, esta categoría legal encierra tan graves inconvenientes que la valoración sobre la misma tiene que ser forzosamente negativa, punto, por lo demás, en el que coinciden numerosas voces. A nuestro juicio, la solución pasa por su supresión o, subsidiariamente, por su drástica reforma, dejando reducidas las leyes orgánicas a contadísimos y bien delimitados supuestos. La solución óptima sería su desaparición, en cuyo caso el legislador recobraría su tradicional y acostumbrada libertad, pudiendo disponer todo aquello que no contravenga la Constitución, eludiendo así *ex radice* el espinoso tema de su delimitación frente a las leyes ordinarias. Esta simplicidad —que no por casualidad es la que practican todos los países de nuestro entorno, excepto Francia— devolvería la transparencia y seguridad que deben presidir todo ordenamiento jurídico, evitando absurdos e injustificables problemas como el planteado por la sentencia comentada.

Otra alternativa sería, siguiendo el modelo francés, limitar el ámbito de la reserva de la ley orgánica, que quedaría reducida a tasados y muy concretos supuestos. Esta solución permitiría que, al igual que ha ocurrido en el país vecino, se discutiese sobre el criterio delimitador —material o formal— entre leyes orgánicas y ordinarias (22). Sin embargo, la severa

(21) En este mismo sentido, L. PRIETO SANCHÍS: *ob. cit.*, p. 131.

(22) H. AMIEL señala que la postura del Consejo Constitucional francés ha sido claramente en favor de la superioridad jerárquica de las leyes orgánicas, que se alzan así como un nivel intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias. Véase *ob. cit.*, pp. 446 y ss.

contracción del ámbito reservado a las primeras reduciría en la misma medida los conflictos de separación con las segundas, de tal forma que, cualquiera que fuese el criterio seleccionado, el problema se movería en unos términos de mucha menor trascendencia práctica que la que hoy tiene entre nosotros. Aunque la pervivencia de esta categoría legal intermedia podría provocar la paralela de la diferenciación comentada, ello ocurriría en una ínfima proporción en comparación a la actual situación española, pues la reducción del número de leyes orgánicas comporta la simultánea disminución de los contenciosos con las leyes ordinarias, haciéndolos más esporádicos. Si se optase por el principio jerárquico, serían pocas las leyes ordinarias que podrían infringir una orgánica, habida cuenta del reducido número de éstas. En la misma forma, si se adoptase el principio competencial, los problemas de delimitación del ámbito de cada categoría legal serían muy reducidos, pues sólo en contadísimos casos podría surgir una ley orgánica como competente, exceptuando la norma general de regulación por ley ordinaria. El problema se mantendría en unos términos asimilables para el ordenamiento jurídico, evitándose la dificultad casi insuperable con que hoy se presenta en nuestro país.

FERNANDO SANTAOLALLA