

*El texto que aquí se ofrece tiene su base en la obra I. Gutierrez/ J. Alguacil/ J.L. de Diego/ F. Reviriego/M. Salvador, Elementos de Derecho Constitucional Español, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019 (3ªed.).*

*Si tienen interés en profundizar en algún aspecto de lo que aquí se explica o en materias relacionadas con ellos, pueden consultar dicha obra. No obstante, como introducción a la asignatura "Ciberilícitos", lo que aquí se explica es suficiente para entender el contenido de la misma. Les recomendamos que realicen una lectura tranquila y comprensiva de estas páginas. No pretendemos que memoricen su contenido, sino que lo comprendan y retengan las ideas básicas.*

## INTRODUCCIÓN

### I. EL DERECHO

La palabra Derecho se utiliza para definir varias realidades: el sistema de normas que regulan la vida en sociedad, la facultad concreta de una persona que genera obligaciones para los demás, la aplicación de normas para resolver casos concretos de conflicto... Aquí nos interesa sobre todo el primer significado, el relativo al conjunto de normas que regulan las relaciones sociales, una suma de códigos, leyes, reglamentos, artículos..., producidos por las Cortes Generales, por el Gobierno, por las instituciones europeas y por otros organismos.

#### 1. EL DERECHO COMO ORDENACIÓN SOCIAL

A. Los hombres y las mujeres somos libres, y por eso nuestros actos resultan relativamente imprevisibles. Pero, a la vez, todos nos sometemos a ciertas *reglas*, algunas tan elementales como los horarios de comida; de este modo, nuestra conducta resulta previsible para los demás, al menos hasta cierto punto. De los demás esperamos que también tengan una conducta más o menos regular; esto es, sometida a reglas. En términos muy generales, se dice que los grupos sociales existen y se mantienen en la medida en que las conductas de sus miembros están regularizadas y ordenadas; cada grupo, desde una familia hasta una empresa, desde una asociación deportiva hasta la comunidad estatal en su conjunto, resulta definido por sus específicas regularidades. La libertad de cada uno consiste, en buena medida, en seguir las reglas de los grupos en los que se integra o en apartarse de ellas.

El cumplimiento de las reglas resulta *normal*. Pero, en algunas ocasiones, no basta con esa regularidad casi espontánea, de la que cualquiera se puede apartar. Hay reglas que se imponen a la libertad: son las *normas*, un tipo de reglas cuyo cumplimiento se considera *exigible*. El incumplimiento de las normas (también llamadas preceptos) puede ir ligado a algún tipo de sanción, aunque no siempre se aplique: no todos los conductores que se saltan un semáforo en rojo son multados. Y, en cualquier caso, las normas siguen en pie, aunque sean incumplidas en un caso concreto; por eso se dice que son *contrafácticas*: porque perviven aunque algunos hechos se opongan a ellas: la norma que prohíbe matar sigue en pie después de que se produzca un asesinato.

B. Las normas tienen diversa naturaleza. Existen *normas morales*, que obligan desde la conciencia; y *normas religiosas*, que obligan frente al Dios en el que se cree. También tienen carácter normativo los *usos sociales* consolidados en un determinado grupo. Y, finalmente, llegamos a las *normas jurídicas*, que forman el *Derecho*.

Las *normas jurídicas* son aquellas cuyo reconocimiento y aseguramiento depende del poder político institucionalizado en un ámbito determinado; ese poder se concentra hoy en los Estados. Lo que singulariza a las normas jurídicas es, por tanto, su relación con el poder político, fundamentalmente con el Estado: son normas jurídicas las que el Estado reconoce como tales, comprometiéndose además a garantizar que se cumplan.

La función de estas normas es asegurar las regularidades que se consideran decisivas para la vida colectiva dentro de la comunidad política. Tales normas pueden afectar a muy variados sectores de la vida social, desde las relaciones familiares y las herencias hasta la actividad de las empresas y sus relaciones con los trabajadores, desde la protección del medio ambiente hasta el régimen de los impuestos, desde las pensiones hasta el sistema educativo.

C. Quien crea normas jurídicas configura el grupo social, porque esas normas sirven para mantener o definir de nuevo sus pautas fundamentales de comportamiento. Ese poder, el de crear normas jurídicas, corresponde a órganos diversos dentro del Estado: las Cortes Generales, el Gobierno de la Nación, los parlamentos autonómicos, los gobiernos de las Comunidades Autónomas... El Estado también puede transferir ese poder a organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, cuyas normas pasan a integrarse de ese modo en el Derecho del Estado.

Las normas jurídicas que crea cada uno de estos sujetos son de distintos tipos: los distintos parlamentos aprueban leyes, los gobiernos aprueban reglamentos... Esos tipos de normas (ley, reglamento...) se llaman también *fuentes del Derecho*.

El espacio formado por el conjunto de las normas jurídicas, por la multitud de normas singulares sobre materias distintas, de tipos diferentes y originadas en momentos diversos, ha sido comparado a una ciudad en cuyo trazado arquitectónico se acumulan los estratos históricos y culturales. Si el objetivo del Derecho es conseguir que un grupo social funcione de modo ordenado, ha de comenzar poniendo orden en esa multitud de normas que lo integran. Y un primer paso consiste en ordenar los diversos tipos de normas, las fuentes del Derecho, para lograr que formen un sistema.

Los tres principios fundamentales que articulan el llamado *sistema de fuentes* son los siguientes:

a) En primer lugar, el principio de *competencia*, conforme al cual unos tipos de normas no pueden entrar en el espacio reservado a otros. Así, las normas producidas por las Comunidades Autónomas no pueden regular materias que la Constitución ha reservado en exclusiva al Estado central; pero los órganos de éste tampoco pueden regular las materias que, de acuerdo con la Constitución, los Estatutos de Autonomía han definido como exclusivas de las Comunidades Autónomas.

b) Entre las fuentes con competencia en la misma materia opera el principio de *jerarquía*. Las fuentes se ordenan entonces según su rango, en una pirámide jerárquica, de modo que las situadas en un escalón superior prevalecen sobre las situadas más

abajo. Por ejemplo, y como veremos con más detalle, un reglamento aprobado por el Gobierno nunca podrá imponerse a una ley parlamentaria, que se sitúa en un escalón superior de la pirámide.

c) Ya dentro del mismo rango, la norma posterior deroga las anteriores. La *derogación* significa que la norma anterior deja de obligar, que ya no es vinculante para las conductas que se produzcan en adelante; cuando aparece una nueva norma, las conductas han de regirse por ella, no por la antigua.

Estos principios fundamentales que ordenan el sistema de fuentes están acompañados por otros complementarios, y todos ellos se articulan de modo muy matizado.

D. Como resultado de la aplicación de estos principios se determina la *validez* y la *vigencia* de una norma concreta.

Una norma será *válida* si ha sido producida por el órgano idóneo para ello y a través del procedimiento adecuado, si se mueve en el círculo de competencias que le corresponde y no se opone a una norma de rango superior. Para controlar que las normas respetan todos esos presupuestos, el propio Derecho pone en manos de los jueces diversos mecanismos de control. Si un juez, a la hora de resolver un caso concreto, considera que la norma que debería aplicar no es válida, tendrá a su disposición, según el tipo de norma, diferentes instrumentos para evitar su aplicación; e incluso, en ciertos casos, se podrá llegar a declarar formalmente la *nulidad* de esa norma inválida, expulsándola del sistema jurídico de modo definitivo.

Una norma está *vigente* desde que comienza a obligar (es el momento en que entra en vigor). Y pierde luego su vigencia cuando otra posterior, de su mismo rango o de rango superior, la deroga: no pierde entonces su validez, porque suponemos que fue producida de modo regular, sino sólo su fuerza de obligar en el futuro. También pierde su vigencia una norma, por supuesto, cuando los jueces declaran su nulidad: también entonces deja de obligar con vistas al futuro, e incluso se pueden revisar algunos de los efectos que la norma nula pudiera haber producido en el pasado.

Sin embargo, una norma ya derogada puede seguir siendo aplicable a situaciones ocurridas antes de su derogación, cuando la norma aún estaba en vigor: un cambio en la edad de jubilación no devuelve al trabajo a los ya jubilados. Eso sucede en virtud de reglas particulares sobre la aplicación de las normas en el tiempo, orientadas a preservar la seguridad de las relaciones sociales frente a los cambios normativos. Estos fenómenos y otros similares se explican con la ayuda de un tercer concepto, situado al lado de la validez y la vigencia: el de *eficacia*, que se refiere a la aplicabilidad concreta de una norma a cada caso particular, y que se determina teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en el que se han producido los hechos relevantes del mismo.

E. Con todo ello se forma un cierto *sistema jurídico*, concebido como una acumulación ordenada de las normas establecidas por el poder público; por eso se habla también, en el mismo sentido, de *Derecho positivo* (*Derecho puesto* o creado por los poderes públicos).

Se suele considerar, sin embargo, que el Derecho es algo más que ese conjunto sistemático de normas positivas. Como la función propia del Derecho es ordenar de modo armónico la vida de un grupo social, se entiende que el propio Derecho ha de constituir, por su parte, un todo armónico, un *ordenamiento jurídico*, cuyas notas características serían la unidad, la coherencia y la plenitud, y que ofrecería así orientaciones para cualquier conducta humana con efectos sociales. Ahora bien, para alcanzar esta armonía característica de la idea de ordenamiento hay que complementar las normas positivas con valores y principios que las completan, las articulan y dotan al conjunto de un sentido global. Tales elementos resultan, en definitiva, más importantes y más estables que las propias normas positivas, y no dependen de norma alguna, aunque puedan haber sido recogidos por alguna de ellas. En la construcción del ordenamiento actúan entonces, al lado de los poderes creadores del Derecho positivo, los juristas teóricos y los prácticos del Derecho (funcionarios, jueces, abogados, notarios...), mediante un trabajo colectivo de interpretación y articulación de normas, principios y valores.

F. Al Derecho en su conjunto, entendido como sistema jurídico o como ordenamiento jurídico, se le denomina también *Derecho objetivo*. Con ello se alude a su existencia como una realidad objetiva, con la que hay que contar cuando las personas se plantean realizar una determinada conducta.

Pero la expresión sirve también para diferenciarlo de los llamados *derechos subjetivos*. Estos derechos subjetivos identifican los concretos intereses de los particulares que resultan protegidos por el Derecho (objetivo). Pueden ser de muy diverso tipo: derechos patrimoniales que cada uno puede disfrutar (propiedades, salarios...), libertades personales que se pueden ejercer (de reunión, de asociación...), derechos personalísimos que simplemente se tienen (derecho al honor, a la intimidad...), etc. En todo caso, los derechos subjetivos permiten a los particulares solicitar de los jueces la defensa de los correspondientes intereses.

G. Las normas jurídicas, por lo general, se cumplen; en otro caso, el grupo político ya se habría deshecho. Pero a veces no se respeta el orden establecido por las normas jurídicas. Tras la infracción de la norma, ese orden a veces puede ser restaurado coactivamente; otras veces cabe la posibilidad de sancionar al infractor. Las transgresiones de las normas jurídicas, en definitiva, son objeto de una represión institucionalizada por parte del poder político, para la cual se puede llegar incluso a la coerción física.

La conciencia de ese riesgo puede ser una motivación importante para cumplir el Derecho. Pero existen además innumerables sistemas de control social, recursos de todo tipo que incentivan determinadas conductas y desincentivan otras; por ejemplo, la educación, la persuasión mediática, las subvenciones o los premios; todos esos instrumentos están al alcance de los poderes públicos, y pueden ser puestos al servicio del cumplimiento de las normas jurídicas.

En cualquier caso, la tarea de aplicar y garantizar el Derecho corresponde específicamente a la *Administración*, que establece procedimientos, instrumentos y controles que normalizan su cumplimiento y previenen los incumplimientos; y también corresponde a los *jueces*, que imponen la norma aplicable en caso de conflicto.

H. Visto el Derecho desde esta perspectiva, *la Constitución* se identifica como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Regula, de un lado, los órganos del Estado, sus funciones y sus relaciones. De ese modo establece las fuentes del Derecho, con sus esferas de competencia y sus relaciones de jerarquía; y también prevé las competencias principales de los órganos encargados de asegurar el cumplimiento de las normas. La Constitución contiene asimismo algunas reglas básicas para ordenar las relaciones sociales, en particular los derechos fundamentales de las personas: son derechos subjetivos que, al estar garantizados por la norma suprema, no pueden ser menoscabados por ninguna otra norma. Y fija, en fin, los valores y principios conforme a los cuales se articula la pluralidad de normas jurídicas en un ordenamiento.

En cualquier caso, debe destacarse que la Constitución no agota el ordenamiento jurídico: es la cúspide, muy visible, de un edificio enorme y complejo.

## 2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

A. Un segundo modo de aproximación al Derecho parte del *conflicto de intereses*, que surge cuando varias personas (o varios grupos de personas) muestran expectativas antagónicas respecto de ciertos bienes; el caso más típico, que sirve de modelo básico para todos los demás, ocurre cuando dos personas se disputan la propiedad de una finca. Para pacificar los conflictos el Estado predispone unos órganos especializados e independientes: los jueces. Su decisión, a la que se llega al cabo de un procedimiento previamente establecido, se considera vinculante. El *Derecho* aparece como el criterio de decisión que utilizan los jueces para resolver los conflictos de intereses al término de un proceso.

Los conflictos, sin embargo, no se limitan a disputas entre particulares acerca de bienes más o menos singulares; pueden tener también por objeto la adquisición o la conservación de un determinado *status*, de una determinada posición dentro del grupo social; e incluso se puede competir por lograr el control sobre el grupo. El Derecho, en definitiva, no sólo es el criterio de solución de los conflictos; también la definición de ese criterio (del Derecho) es objeto de un conflicto específico: *el conflicto político*. La disputa por el poder de crear Derecho sólo puede ser regulada jurídicamente bajo ciertas condiciones y dentro de ciertos límites, y se convierte en objeto de un peculiar proceso, el *proceso político*. Este es un proceso que no deciden los jueces: en democracia, lo deciden los ciudadanos. Pero tampoco lo hacen de forma definitiva, sino revisable al cabo de un determinado tiempo. Función de la Constitución es establecer y asegurar las reglas fundamentales que ordenan el proceso político, de forma que también este conflicto se desenvuelva pacíficamente y encuentre soluciones que resulten aceptables.

B. El juez no crea el Derecho, sino que aplica al caso concreto un Derecho previamente establecido. Resulta esencial esta división entre *creación y aplicación del Derecho*, entendidas respectivamente como creación de normas jurídicas generales y estables y como aplicación de las normas ya creadas a situaciones concretas en las que despliegan su concreta eficacia conformadora.

La aplicación del Derecho se concibe a veces como un simple silogismo. La premisa mayor es la norma jurídica, que establece una relación entre un supuesto de hecho y una consecuencia; la premisa menor consiste en la verificación de que se ha dado el hecho concreto, que se subsume en el supuesto de hecho de la norma; y la conclusión sería la resolución judicial de la controversia, en forma de aplicación de la consecuencia jurídica. Si el Código Penal dice que "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años", y resulta que A ha matado a B, el juez dictará su sentencia condenando a A con la pena correspondiente.

Mas esta teoría simplifica en exceso las cosas, al menos en los denominados *casos difíciles*. En ellos, la aplicación del Derecho está lejos de ser un proceso puramente mecánico; se puede comparar, más bien, a la *interpretación o ejecución* de una obra musical: la partitura es siempre la misma, pero el resultado puede ser completamente diferente cuando intervienen músicos distintos. Del mismo modo, el juez que resuelve un conflicto no crea el Derecho; pero, al aplicarlo al caso concreto, cuando transfiere el texto de la norma al plano de los hechos, lo está "recreando".

Para ello, en primer lugar, hay que convertir los simples hechos, por ejemplo que A haya disparado y B haya muerto, en *problema jurídico*, el que debe afrontar el juez; y esto implica componer una narración, algo que siempre encierra alguna creatividad. Luego se debe hallar la norma adecuada para abordar ese problema; algo que, a la vista de la complejidad del ordenamiento a la que hemos aludido, no siempre resulta sencillo. Y, finalmente, es necesario interpretarla, averiguar el sentido que puede tener la norma general para el concreto problema planteado en la vida real.

Para la interpretación del texto de las normas se suelen considerar decisivos los criterios literal, histórico, teleológico y sistemático. Pero los resultados de cada uno de ellos pueden ser inseguros.

a) El tenor literal de las palabras no siempre es unívoco; existen indeterminaciones y vaguedades.

b) Los precedentes y la experiencia histórica, la evolución del sistema jurídico y los antecedentes que dieron origen a la norma que se interpreta, a veces resultado de compromisos entre grupos diversos, no siempre proporcionan argumentos incontestables.

c) La finalidad objetiva de la norma, lo que se pretende lograr con ella, no siempre es fácil de concretar en el marco de una realidad social compleja y en constante transformación.

d) A menudo no se trata de interpretar una sola norma, sino de combinar adecuadamente la interpretación de unas cuantas normas que afectan al caso concreto; y además debe tenerse siempre en cuenta el *contexto* normativo, las normas que regulan cuestiones conexas, de forma que la interpretación ofrecida en el caso particular no resulte incongruente con el mismo.

Las incertidumbres que resultan de la aplicación de unos criterios de interpretación se resuelven a veces con la ayuda de los otros; pero, en otras ocasiones, los diferentes criterios ofrecen resultados incluso contradictorios. El objetivo final del proceso de interpretación es conseguir una crítica razonada de todos esos puntos de vista, capaz de ofrecer una conclusión socialmente aceptable, persuasiva para la comunidad de juristas, internamente coherente y relativamente previsible. Mediante esta *argumentación*, reiterada y consolidada en casos similares, los jueces van creando

*jurisprudencia*; esto es, un cuerpo de concreciones de las normas que complementan el sistema del Derecho positivo y lo acercan a la realidad de los casos prácticos.

Con todo ello queda claro que las normas, concebidas en términos generales, no siempre predeterminan por completo la solución de los casos concretos.

## II. EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico es similar al de los países de nuestro entorno y, con carácter general, se puede decir que es complejo y sofisticado. Dicho sistema se articula en torno a los tres rangos jerárquicos clásicos: la constitución, la ley y el reglamento. El rango de la ley, sin embargo, se caracteriza por su complejidad, ya que en el mismo se sitúan una pluralidad de fuentes diversas que mantienen distintas relaciones entre sí. Además, en nuestro ordenamiento se han creado subordenamientos, los de las Comunidades Autónomas, que reproducen el esquema básico del sistema de fuentes del Estado central. Y, por último, la integración supranacional ha supuesto que en nuestro ordenamiento se integren también fuentes que tiene su origen, en todo o en parte, en instituciones supranacionales.

Las fuentes que acabamos de señalar son aquellas producidas por el Estado, dirigidas a todos los ciudadanos, y a cuya observancia contribuye toda la organización estatal. Pero también existen otras fuentes normativas que son producidas por los sujetos privados: los convenios colectivos, los estatutos de asociaciones, fundaciones y sociedades, normas deontológicas profesionales, laudos normativos...; en estos casos, se trata de normas que producen efectos sólo entre las partes, entre los sujetos privados que las han producido.

A continuación, analizaremos las principales fuentes de nuestro ordenamiento jurídico: la constitución, la ley, las normas aprobadas por el Gobierno y las de origen internacional.

### 1. La Constitución

#### 1.1. Concepto

La Constitución es la norma que encabeza el ordenamiento jurídico, y como tal se impone frente a cualquier otra norma que pueda contradecirla; y es también la norma que regula los poderes del Estado y garantiza los derechos de los ciudadanos. Hoy la idea de constitución responde a lo que se ha denominado el *concepto racional-normativo* de Constitución: un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. Esa Constitución se plasma en un documento específico, adoptado de forma solemne y dotado de una especial fuerza normativa, la supremacía constitucional: incluso las leyes aprobadas por los parlamentos se consideran sometidas a ella.

El poder del pueblo para organizar su convivencia deriva, de acuerdo con la concepción original de esta idea, de la libertad natural de los hombres; sus derechos se consideran naturales e imprescriptibles, el poder público se crea precisamente para

preservarlos y garantizarlos. Por eso, la Constitución no solo regula los poderes del Estado, sino que también debe asegurar los derechos de los ciudadanos frente a ellos. Tales contenidos, los derechos fundamentales y la división de poderes, son los que caracterizan a toda Constitución conforme al célebre art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida carece de Constitución".

## **1.2. La eficacia de la Constitución**

Una Constitución recién aprobada no es más que un texto escrito, aunque se considere jurídicamente vinculante y esté llamado a conformar la vida cotidiana de la comunidad política. Por eso, aprobar una Constitución es el final de un proceso, el constituyente; pero, sobre todo, es el principio de otro: el de su aplicación efectiva, que traslada la norma escrita a la realidad de los hechos. Eso significa lograr el cumplimiento regular de la norma; es en ese momento cuando la norma se realiza, genera normalidad en la vida real; aunque, como ocurre con cualquier otra norma, no se puedan excluir eventuales incumplimientos.

Que todas las normas de la Constitución sean aplicables no significa que todas lo sean del mismo modo: en la Constitución existen normas de diverso tipo, con efecto diverso. Así, hay normas en la Constitución que son susceptibles de aplicación inmediata. El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales, por ejemplo, abre por sí solo la posibilidad de que los jueces los tutelen, sin necesidad de ley alguna que los desarrolle: basta con el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión para que a nadie se le pueda impedir la formulación pública de sus ideas. En otros muchos casos, la aplicación de una norma contenida en la Constitución presupone la existencia de otras normas de rango inferior: las normas de la Constitución sobre el Congreso de los Diputados exigen la existencia de una ley electoral que regule con detalle el procedimiento de elección de los miembros de la cámara; y el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, reconocido en el texto constitucional, exige que haya leyes que ordenen los procedimientos a través de los cuales los jueces tutelan esos derechos e intereses.

## **1.3. La supremacía de la Constitución**

A. Distinta de la eficacia sobre la realidad social y política, siempre relativa, es la supremacía de la Constitución en el seno del propio ordenamiento jurídico: ninguna norma del mismo puede contradecir a la Constitución, situada en la cúspide de la pirámide normativa; ni siquiera las leyes parlamentarias.

La Constitución es una norma jurídica, pero no una norma jurídica cualquiera. Es, por definición, la norma suprema de todas las que integran el ordenamiento jurídico, la cúspide del conjunto de las normas que regulan una sociedad, posición y cualidad que no comparte con ninguna otra norma. De esta naturaleza de la constitución, como norma vértice, se derivan, cuando menos, dos órdenes de consecuencias, formales y materiales.

a) *La supremacía formal.* En el plano formal, la constitución entraña un conjunto de límites a la actividad de producción normativa: establece el sistema de fuentes



y garantiza la estabilidad de sus preceptos mediante la imposición de unos procedimientos específicos para su reforma. La Constitución es la que determina cómo deben crearse las normas inferiores y cómo deben funcionar los poderes públicos, sin que, inversamente, ella pueda verse afectada por aquellos, de modo que los procedimientos ordinarios de creación y modificación de normas no son aplicables a la Constitución, sino que su modificación o derogación se encuentra sometida a trámites especiales, distintos y más complejos que los previstos para la modificación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

b) *La supremacía material.* La supremacía opera también en la vertiente material, condicionando el contenido de todas las normas del ordenamiento en los dos momentos de su existencia como tales. Primero, en el momento de su elaboración y aprobación, de forma que su contenido sea compatible y no contradictorio con el de la constitución; este condicionamiento se conoce como "superlegalidad material de la constitución". Y segundo, en el momento de la interpretación y aplicación de dichas normas, porque todas las normas del ordenamiento jurídico deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución; podría decirse así que la Constitución supone el contexto necesario de cualquier interpretación jurídica. Es así, en primer lugar, porque en ella se regulan los elementos estructurales básicos del ordenamiento: define los tipos de normas, establece la relación jerárquica entre ellas o los aspectos básicos de la distribución de competencias... En segundo término, porque la Constitución establece los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del sistema; condicionamiento que supone considerar a la norma supremo como parámetro interpretativo de todas las restantes normas.

B. Desde el punto de vista jurídico, resulta especialmente importante que todos los jueces apliquen toda la Constitución, en su caso junto con otras normas, y en caso necesario también frente a ellas. Eso es consecuencia directa del principio de jerarquía, conforme al cual cada norma debe respetar a las de rango superior. Como la Constitución es la norma suprema, situada por encima de cualquier otra, tal supremacía implica que los jueces deben dar aplicación preferente a la Constitución frente a todas las demás normas que pudieran contradecirla.

a) Eso ocurre, sin exclusión alguna, en relación con las normas de rango inferior a la ley, situadas por debajo de ella en la pirámide jerárquica del ordenamiento; los jueces ordinarios simplemente no aplican los reglamentos del gobierno que sean contrarios a la Constitución.

b) Pero existe una importante excepción a este principio general, aunque de alcance limitado: el juez no puede inaplicar directamente las leyes posteriores a la Constitución que considere que son contrarias a ella; ha de remitirlas al Tribunal Constitucional. Es el Tribunal Constitucional quien decide entonces si la ley es inconstitucional o no lo es; y, si la considera inconstitucional, la expulsará del ordenamiento, por lo que el juez ya no tendrá que aplicarla. De modo que la excepción no altera el fondo del principio de primacía: la Constitución se aplica frente a la ley posterior a ella que la contradiga; pero la correspondiente inaplicación de la ley debe ser avalada en este caso por el Tribunal Constitucional, al que el juez ordinario debe dirigirse para que declare la correspondiente inconstitucionalidad.

El poder que se atribuye a los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes se denomina *jurisdicción constitucional* y se concreta en España a través del Tribunal Constitucional, cuya creación prevé el Título IX de la Constitución. El Tribunal Constitucional controla la validez de las leyes, es decir, si se ajustan a las exigencias y límites que la constitución establece para el legislador, tanto formales como materiales.

#### 1.4. La reforma de la constitución

A. La supremacía de la Constitución no implica, en fin, que sea imposible reformarla. Pero sí debe garantizarse su estabilidad frente a los cambios políticos ordinarios. Ello implica que la reforma de la Constitución debe transcurrir a través de unos procedimientos que garanticen el consenso, para que ninguna mayoría ocasional pueda cambiarla a su antojo, en términos que cualquier mayoría futura podría además volver a modificar.

La Constitución, como norma jurídica, pretende dotar de un marco estable al proceso político que regula. Pero tal estabilidad no puede ser absoluta; y, así, la interpretación de la Constitución a cargo del Tribunal Constitucional se encarga de mantener vivo el significado del texto en circunstancias históricas que resultan cambiantes, buscando respuesta en la Constitución para problemas nuevos que, en ocasiones, en absoluto se planteaban cuando fue aprobada. Hay veces, sin embargo, en las que no basta con cambiar la interpretación del texto, que a fin de cuentas tiene la firmeza de lo escrito, y entonces se plantea la conveniencia de reformarlo.

Las propias constituciones suelen prever procedimientos específicos para su modificación. Deben ser lo suficientemente complicados como para que no exista la tentación de acudir a ellos con demasiada ligereza: si la Constitución puede cambiarse con facilidad, no funcionará efectivamente como límite del poder político, pues entonces este siempre podría terminar imponiendo sus decisiones mediante la modificación de la Constitución. Pero tampoco deben ser tan rígidos que impidan cambios considerados como absolutamente necesarios; en ese caso, la Constitución se percibirá como una losa que lastra el desarrollo político y correrá el riesgo de perder el apoyo colectivo.

B. El Título X de nuestra Constitución contiene las normas sobre la reforma constitucional.

a) La iniciativa para la reforma de la Constitución (art. 166 CE) corresponde al Gobierno, al Congreso, al Senado y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

b) A continuación distingue la Constitución dos procedimientos de reforma en función de los artículos que hayan de ser reformados. El procedimiento común se contempla en el art. 167 CE, que exige que los proyectos de reforma constitucional sean aprobados por una mayoría cualificada en cada una de las Cámaras, y se puede considerar adecuado en cuanto a su grado de dificultad. El procedimiento extraordinario (art. 168 CE) resulta demasiado rígido, lo que supone un riesgo potencial para la estabilidad del sistema constitucional. Tal procedimiento ha de aplicarse cuando se proponga la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte a determinados títulos de la misma; en esos casos se debe aprobar primero "el principio" de la reforma

por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y luego se procede a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deben primero ratificar la decisión de reformar la Constitución y elaborar luego el correspondiente texto, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Así aprobada la reforma por las Cortes Generales, habrá de ser sometida a referéndum para su ratificación por parte de los ciudadanos.

## **2. LA LEY**

La ley es el modo por el que los parlamentos producen ordinariamente el Derecho. La historia del constitucionalismo liberal puede interpretarse como la lucha por situar en la cúspide del ordenamiento jurídico a la ley parlamentaria, como expresión de la voluntad de los ciudadanos representada en dicho órgano. Cuando históricamente la Constitución se convierte en la norma jurídica suprema la ley queda subordinada a esta norma suprema; pero la ley sigue siendo el eje del sistema de fuentes.

### **2.1. Autor y procedimiento**

El término *ley* a veces se emplea para referirse al Derecho en su conjunto, o a cualquier norma jurídica, y por ello se dice que una determinada conducta es o no "conforme a *la ley*". Pero, con precisión máxima, se consideran *leyes* las normas adoptadas por el parlamento (las Cortes Generales) al cabo de un determinado procedimiento (el procedimiento legislativo), regulado en la Constitución y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y que se desarrolla conforme al principio de publicidad.

A. Lo característico de la ley es haber sido elaborado por el parlamento, el órgano legislativo, que en nuestro ordenamiento recibe el nombre de Cortes Generales, y está formado por dos cámaras: el Congreso y el Senado. Las Cortes Generales se componen de representantes libremente elegidos por los ciudadanos a través de las elecciones, por eso se dice que la ley es la expresión de la voluntad popular, y por eso ocupa un lugar central en el sistema de fuentes.

B. El procedimiento legislativo, que sirve para aprobar leyes, tiene lugar en las dos cámaras que forman el parlamento, y se define por la discusión, deliberación y el debate público entre los diferentes grupos políticos que forman las cámaras. Se suele dividir en tres fases:

a) La iniciativa legislativa consiste en la facultad de poner en marcha dicho procedimiento. De acuerdo con el art. 87 CE, corresponde al Gobierno, al Congreso de los Diputados, al Senado, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y a la propia ciudadanía, en forma de iniciativa legislativa popular.

b) La fase central del procedimiento legislativo comienza en el Congreso de los Diputados mediante la apertura de un plazo para presentar enmiendas. Los Diputados pueden, en ese momento, proponer cambios específicos en el articulado del texto (enmiendas parciales) o bien "enmiendas a la totalidad", mediante las que piden

la sustitución del texto del proyecto de ley por uno nuevo, presentado por ellos mismos, o simplemente la devolución del proyecto al Gobierno. Esas enmiendas a la totalidad dan lugar a un primer debate en el Pleno de la Cámara, en el que se decide si la tramitación legislativa se detiene en ese punto (por devolución del proyecto de ley al Gobierno), si sigue adelante con el texto propuesto por la enmienda a la totalidad de sustitución, o si, como es más frecuente, se mantiene el proyecto de ley. Posteriormente, el proyecto y las enmiendas se envían a la comisión legislativa del Congreso que corresponde de acuerdo con la materia que tratan. En la Comisión se forma una ponencia de unos pocos Diputados, que elaboran un "informe" sobre el texto y las enmiendas; y, a partir del mismo, la Comisión aprueba su dictamen, incorporando las enmiendas que estima oportuno. El dictamen de la Comisión, junto con las enmiendas que los Diputados desean mantener, pasan de nuevo al Pleno de la Cámara para su debate y votación final.

El texto aprobado por el Congreso de los Diputados pasa al Senado, donde de nuevo se abre un plazo de enmiendas (a la totalidad o al articulado), se deriva el texto a una Comisión, en cuyo seno se forma una ponencia... El procedimiento en el Senado es, en definitiva, muy similar al que ha tenido lugar en el Congreso.

c) Al texto así fijado aún le queda pasar por una fase final para convertirse efectivamente en ley. El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación. Se trata de un acto formal.

## **2.2. Las reservas de ley**

Es tanta y tan creciente la complejidad de la convivencia, evolucionan tan rápidamente sus formas, que todos asumimos la constante necesidad de nuevas regulaciones. Pero no todas pueden ser abordadas por las Cortes Generales, por razones cuantitativas y cualitativas: no serían capaces de producir tantas normas, ni están en condiciones de debatir las regulaciones más técnicas y detalladas. Es preferible que las Cortes se concentren en el debate político de los temas esenciales, dejando la gran masa de regulaciones que es necesario realizar en manos de una administración especializada; algo que resulta admisible especialmente teniendo en cuenta que tal administración está dirigida por el Gobierno, el cual a su vez responde políticamente ante el Congreso de los Diputados. Parece natural, en fin, que para desarrollar la función normativa del Estado (la "función legislativa", entendida aquí en sentido amplio) exista, al lado de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales, una potestad diferente atribuida al Gobierno, la potestad reglamentaria, esto es, la facultad de aprobar un tipo de norma que llamamos reglamento.

La Constitución española establece entre la ley y el reglamento una relación jerárquica; la ley es de rango superior al reglamento, los reglamentos no pueden infringir las leyes. Pero, además, establece que sólo las leyes pueden abordar ciertas regulaciones: es el ámbito de la llamada *reserva de ley*. La Constitución encomienda tal regulación precisamente a la ley porque con ello dota a dicha regulación de mayor estabilidad y seguridad, y sobre todo porque así garantiza que se producirá el correspondiente debate parlamentario al respecto.

Las reservas de ley que contiene la Constitución son muy numerosas, y se formulan de formas muy diversas. La más importante es, sin duda, la que establece el art. 53.1 CE, conforme al cual sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

### **2.3 Las leyes orgánicas**

La constitución establece un tipo específico de ley, la llamada ley orgánica, que se define por relación a las materias que aborda: el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la aprobación de los Estatutos de Autonomía y del régimen electoral general, y las demás previstas por la Constitución, que son ciertamente abundantes.

Lo que particulariza a las leyes orgánicas es que, de acuerdo con el art. 81.2 CE, su aprobación (así como su derogación y modificación, naturalmente) exige mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Dichas leyes necesitan, pues, un mayor respaldo parlamentario que las ordinarias en el momento de su aprobación, y tienen luego mayor estabilidad: una mayoría relativa de Diputados es suficiente para sostener a un Gobierno y para legislar, pero no podrá alterar las leyes orgánicas existentes o aprobar otras nuevas.

Tal restricción al simple principio mayoritario se considera excepcional, de modo que la ley orgánica no puede exceder del ámbito material para el que ha sido concebida: las leyes orgánicas deben limitarse a regular aquellas materias especificadas en el art. 81.1 CE o en los demás preceptos de la Constitución que prevén una ley orgánica especial.

### **2.4. Fuerza, rango y valor de ley**

La posición de la ley en el sistema de fuentes se ha explicado tradicionalmente con estos tres conceptos: fuerza, rango y valor de ley.

A. La *fuerza de ley* se ha identificado tradicionalmente con la inercia de su mandato, activa y pasiva: de un lado, la capacidad de la ley nueva para innovar el ordenamiento es máxima, toda norma anterior cede ante la fuerza de la ley; y, de otro, la ley existente resiste ante cualquier intento de ser desplazada por una norma que no sea, a su vez, una ley. Así se distingue una fuerza activa (la capacidad de las leyes para derogar normas anteriores, cualquiera que sea su naturaleza) y una fuerza pasiva (su resistencia a ser removidas del ordenamiento si no es por la acción de otra ley). No obstante, cuando las Constituciones convierten al parlamento en titular de competencias tasadas que han de ejercer de conformidad con la propia Constitución, la ley ya no se puede caracterizar por esa fuerza ilimitada.

Por otro lado, las propias Constituciones crean, al lado de la ley, otros tipos normativos que integran el ordenamiento (distintas "fuentes del Derecho"), a veces incluso tipos peculiares de leyes, dando lugar a un sistema complejo. Ese sistema no siempre puede explicarse mediante una pirámide (jerárquica) más o menos simple, en cuya cúspide esté la Constitución, y por debajo de la cual se sitúen la ley y, ya en un tercer nivel, el reglamento; con ese modelo básico pueden convivir, por ejemplo, una

serie de círculos (competenciales), más o menos permeables, que de algún modo delimiten la expansividad de cada fuente; o bien otras potestades normativas (internacionales, supranacionales) que se solapen con las citadas. En definitiva, la fuerza de ley ya no permite explicar el funcionamiento del ordenamiento en su conjunto; la comprensión del sistema de fuentes exige analizar las relaciones singulares entre sus diversos elementos, que ya no siempre descansan sobre un solo criterio.

La idea clásica de la fuerza de ley sigue operando, sin embargo, en su núcleo tradicional, frente a los reglamentos del Gobierno. En el seno del ordenamiento del Estado central, las leyes pueden derogar cualesquiera reglamentos, y los reglamentos nunca pueden contradecir a las leyes.

B. Hemos visto que la fuerza de ley hace referencia a su inercia, a su dinámica; el *rango de ley* alude a su posición estática en un esquema de rangos jerárquicos. Si no hay Constitución normativa situada por encima de la ley, la posición de ésta es suprema y, por tanto, no encuentra límites efectivos. Si existe Constitución normativa, la ley sigue siendo expresión de la voluntad popular representada en el parlamento y se sitúa inmediatamente bajo la Constitución, cuya autoría se imputa directamente al pueblo soberano.

Ese rango de la ley, que la sitúa inmediatamente bajo la Constitución, implica que sólo por contraste con la Constitución puede ser declarada la invalidez de la ley: la ley sólo es inválida cuando es inconstitucional. Pero también aquí habría que introducir matices, como analizamos en un capítulo anterior al referirnos al llamado "bloque de la constitucionalidad".

C. El *valor de ley* significa que la ley hay sido situada por la Constitución en una posición privilegiada, que se concreta en un peculiar régimen jurídico. En efecto, la invalidez de la ley sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional al cabo de los procedimientos establecidos al efecto, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, que ya se han estudiado anteriormente.

### 3. LAS NORMAS PRODUCIDAS POR EL GOBIERNO

Ya hemos visto que corresponde a las Cortes Generales, a través de la aprobación de las leyes, la tarea de ir renovando el ordenamiento jurídico de acuerdo con las nuevas necesidades y las nuevas orientaciones políticas. También hemos anticipado que el Gobierno puede adoptar reglamentos "de acuerdo con la Constitución y las leyes", complementando de ese modo la tarea del legislador.

Pero el Derecho se produce no sólo a través de las leyes aprobadas por las Cortes Generales y de los reglamentos adoptados por el Gobierno. Este esquema, bastante simple, se completa con la posibilidad que tiene el Gobierno de producir normas con rango y fuerza de ley: el decreto-ley y el decreto legislativo. Que estas normas, pese a haber sido aprobadas por el Gobierno y no por las Cortes Generales, tengan la misma fuerza que las leyes de Cortes implica que pueden derogar a las leyes (fuerza activa) y sólo pueden ser derogadas por una nueva ley (fuerza pasiva). Y que estas normas tengan también el mismo rango que las leyes comporta, en principio, que su validez sólo puede

ser impugnada ante el Tribunal Constitucional a través de un recurso de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad.

El decreto-ley y el decreto legislativo se diferencian radicalmente por su origen y por el contexto de su aprobación. El primero, el decreto-ley, es aprobado por el Gobierno por iniciativa y potestad propia ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad, y su vigencia resulta, en principio, temporalmente limitada. Por el contrario, el decreto legislativo es aprobado por el Gobierno por encargo expreso de las Cortes Generales, formalizado a través de una ley llamada de delegación.

### 3.1. El decreto-ley

La adopción de leyes por parte de las Cortes Generales es un proceso relativamente largo, pero circunstancias más o menos imprevistas pueden hacer que resulte imprescindible aprobar una ley con mayor rapidez. Para enfrentarse a tales situaciones, la Constitución prevé en su art. 86 la figura del decreto-ley.

a) El decreto-ley lo adopta el *Gobierno en Consejo de Ministros*, sin necesidad de ningún trámite previo; pero no pueden ser dictados por el Presidente del Gobierno al margen de la reunión del Consejo de Ministros, y mucho menos por un Ministro particular. Con la misma rapidez puede *entrar en vigor*, incluso a las pocas horas de su aprobación. Como estamos ante una "legislación de urgencia", lo normal es que la norma prevea que comienza a producir efectos el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que suele ocurrir al día siguiente de su aprobación.

b) El decreto-ley tiene *fuera de ley*, lo que le permite derogar o modificar las leyes anteriores; está pensado precisamente para las decisiones que sólo puedan adoptarse mediante una norma con tal cualidad, sea porque la materia está regulada por una ley previa, sea porque está cubierta por una *reserva de ley*. También tiene *rango y valor de ley*, de modo que su control está reservado al Tribunal Constitucional, sea por la vía directa del *recurso de inconstitucionalidad*, sea por la indirecta de la *cuestión de inconstitucionalidad*.

c) El decreto-ley sólo puede ser adoptado "en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad"; tal circunstancia se considera *presupuesto habilitante* del decreto-ley. Deben existir hechos relativamente imprevisibles o poco comunes (extraordinarios) a los que haya de darse respuesta en un plazo inferior al que tardaría el tramitarse un proyecto de ley (urgente); y las medidas adoptadas, que deben ser efectivamente necesarias para afrontar tales circunstancias, han de exigir su inclusión en una norma con rango de ley, pues en otro caso no sería necesario aprobar un decreto-ley.

d) El decreto-ley *no podrá afectar*, ni siquiera ante una extraordinaria y urgente necesidad, *al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero de la Constitución, al régimen de las Comunidades Autónomas o al derecho electoral general*. Si tales restricciones se interpretaran de modo riguroso, en la práctica no cabría adoptar decreto-ley alguno, pues casi cualquier norma "afecta", de alguna manera, a los derechos de los ciudadanos o a las instituciones públicas. Por eso, se entiende que lo que no puede hacer el decreto-ley es establecer una regulación de esas materias más o menos directa y general.

e) El decreto-ley, una vez aprobado por el Gobierno, rige efectivamente, pero sólo de modo *provisional*. En el plazo de treinta días ha de ser convalidado o derogado expresamente por el Congreso de los Diputados (el Senado no interviene en este proceso). Sólo si resulta convalidado en ese tiempo podrá seguir en vigor, ahora ya de forma indefinida. Para convalidar el decreto-ley, el Congreso vota el texto en su integridad, sin posibilidad de introducir enmiendas.

f) En cuanto norma con rango de ley, el decreto-ley puede ser sometido ante el Tribunal Constitucional a los procedimientos ordinarios de control de constitucionalidad, para verificar si respeta la Constitución y, de modo específico, que no infringe las disposiciones constitucionales concretamente referidas al decreto-ley; comprueba, por tanto, si concurría o no el presupuesto habilitante del decreto-ley, la extraordinaria y urgente necesidad que permite dictarlo, y también que el decreto-ley no afecta a las materias que tiene vedadas.

### **3.2. El decreto legislativo**

A. Las leyes suelen centrarse en problemas específicos y más o menos acuciantes, dejando vigente el resto de las normas que afectan a la correspondiente materia. De este modo, en cada ámbito de regulación se van acumulando leyes diversas de épocas diferentes, que a menudo resultan difíciles de sistematizar. Por eso, en algunos casos, las Cortes Generales encomiendan al Gobierno que refunda la regulación que afecta a una materia. Al ejecutar ese encargo, el Gobierno está actuando en el espacio de las normas con fuerza y rango de ley; y, naturalmente, ha de hacerlo mediante una norma que tenga también esa fuerza y ese rango: es el Decreto-Legislativo, que en este caso recibe el nombre de texto refundido.

Ese encargo, que suele contenerse en una disposición adicional de la correspondiente ley, la convierte en ley de delegación, pues delega en el Gobierno la potestad de aprobar una norma con fuerza y rango de ley; y la norma del Gobierno contiene lo que se ha dado en llamar legislación delegada, aunque técnicamente se denomina Real Decreto Legislativo y, en concreto, texto refundido (por ejemplo, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

B. En otros casos, ciertamente muy escasos, las Cortes Generales renuncian a abordar en detalle una materia muy técnica y compleja, limitándose a aprobar unas bases más o menos generales y delegando en el Gobierno su desarrollo. También aquí se pretende que la materia sea objeto de una regulación sistemática y ordenada por



parte del Gobierno. En este caso tenemos, de un lado y como ley delegante, la ley de bases; y, de otro, el decreto legislativo aprobado por el Gobierno que contiene el texto articulado (art. 82.2 CE). También en este caso estamos ante normas del Gobierno con rango y fuerza de ley.

Los nombres provienen del hecho de que la ley de bases no contiene artículos, como es común en los textos legales, sino bases; es el texto articulado (el decreto legislativo) el que especifica la regulación en esa forma habitual, mediante artículos (así tenemos, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

Las bases, como dice el art. 82.4 CE, "delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio". De este modo, las Cortes Generales adoptan las grandes líneas de una regulación, y encargan al Gobierno la redacción de la norma definitiva en la que se regulan también las cuestiones más técnicas y los detalles más específicos.

C. Hemos visto rasgos específicos de los dos tipos de delegación legislativa, pero hay otros que son comunes a ambos. En primer lugar, la delegación debe contenerse siempre en una ley adoptada por las Cortes Generales, y el órgano delegado es necesariamente el Gobierno de la Nación en pleno y no cualquier otro órgano diferente, por ejemplo, un Ministro o un Gobierno autonómico.

La atribución de potestad delegada ha de ser siempre expresa; y, además, debe quedar ceñida a una materia concreta y determinada. Pero no cualesquiera materias pueden ser objeto de delegación: el art. 82.1 CE excluye las materias reservadas a ley orgánica y, además, hay otras que se consideran no susceptibles de delegación, por ejemplo, todas aquellas en las que la Constitución ha previsto que la correspondiente norma se adopte por un procedimiento especialmente diseñado al efecto (por ejemplo, la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado o la autorización para ratificar Tratados internacionales).

La ley de delegación, en fin, ha de prever un plazo específico en el que se debe aprobar el correspondiente decreto legislativo. En ese plazo, las Cortes pueden derogar en cualquier momento la delegación y, de ese modo, privar al Gobierno de la potestad delegada; ya no podrá dictar la norma. Por lo demás, cada delegación sólo puede usarse una vez: el Gobierno no puede enmendar el decreto legislativo que ya ha aprobado haciendo uso de la misma delegación anterior, ni siquiera dentro del plazo inicialmente concedido.

D. Los decretos legislativos han de sujetarse a los mandatos constitucionales, pero también deben respetar la ley delegante; en otro caso incurren en el llamado *ultra vires* (van más allá del poder que le ha sido conferido por la ley delegante). Para verificarlo es necesario someterlos al control de los tribunales.

### **3.3. Los reglamentos**

A. Durante el siglo XIX, en muchos países de Europa convivían las legitimaciones paralelas de los parlamentos representativos y de los gobiernos apoyados por la Corona.

Eso se tradujo en dos formas de creación de Derecho también paralelas: la ley parlamentaria y el reglamento gubernamental. Las relaciones entre esas dos fuentes dependían de la fuerza política que tuviera en cada momento histórico el poder que las producía.

Ahora, la legitimación del poder se apoya en el principio democrático. En algunos países, como España, existe un régimen parlamentario: el Gobierno depende de la confianza del Congreso de los Diputados y tiene por tanto una legitimación democrática solo indirecta, lo que justificaría la superioridad de la ley frente al reglamento. En otros Estados, como Francia, no sólo el parlamento es resultado de unas elecciones directas, sino que también el Presidente de la República es elegido por sufragio popular, por lo que tiene una legitimación propia que podría influir en la articulación de las fuentes del Derecho de esos países.

En cualquier caso, cuando existe una Constitución normativa, la relación entre ley y reglamento no depende de la mayor o menor legitimidad política de uno u otro órgano, sino de la posición que les haya atribuido dicha Constitución.

B. En España, los principios que determinan las relaciones entre la ley y el reglamento se pueden reducir a dos: a) La llamada *primacía de la ley* impide que los reglamentos infrinjan las leyes: el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha de realizar siempre de acuerdo con ellas (art. 97 CE). b) Tampoco pueden los reglamentos abordar materias cuya regulación está *reservada a la ley* por la Constitución. En ciertos casos (los de la llamada *reserva relativa*), la ley que regula la materia reservada puede recabar el complemento de un *reglamento* llamado *ejecutivo*, que detalla y desarrolla la regulación legal sobre todo en lo que se refiere a la organización y el funcionamiento de los servicios administrativos encargados de su ejecución.

La regla general que cabe deducir de todas estas restricciones es que las regulaciones más trascendentes son abordadas por la ley, aprobada tras un debate público en el que participan todas las orientaciones políticas presentes en las cámaras; mientras que puede corresponder a los gobiernos la concreción de los aspectos técnicos y la adopción de las decisiones organizativas y procedimentales destinadas a poner en práctica las leyes. Pero hay que reconocer que este ámbito del reglamento no es secundario, sino que en realidad resulta muy importante, no sólo desde el punto de vista cuantitativo, sino también desde el cualitativo: no cabe pensar que el reglamento es un tipo de norma irrelevante. Es cierto que debe respetar la ley, pero hay muchas cuestiones que no están reguladas por ella. No es posible aprobarlo sin autorización o habilitación de la ley, pero tales disposiciones legales pueden ser extraordinariamente vagas; las concreciones que se encomiendan a los reglamentos son decisivas para el funcionamiento concreto del ordenamiento jurídico, y *el diablo está en los detalles*. De hecho, decía el Conde de Romanones, destacado político liberal de la época de Alfonso XIII, que no le importaba quién aprobara las leyes mientras a él le dejaran hacer los reglamentos.

C. Hasta ahora hemos hablado siempre de los reglamentos del Gobierno; pues, en efecto, al Gobierno atribuye la Constitución el ejercicio de la potestad reglamentaria "de acuerdo con la Constitución y las leyes" (art. 97 CE). Pero ello no excluye que, por habilitación de una ley, puedan ejercerla también el Presidente del Gobierno o incluso

los Ministros de un área concreta en virtud de la "competencia y responsabilidad directa" que les corresponde en la gestión de los asuntos propios de su Ministerio (art. 98.2 CE). Se admite incluso que la ley atribuya potestad reglamentaria a otros organismos, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Por ello, la definición general del reglamento no se refiere estrictamente a las normas adoptadas por el Gobierno, sino a todas las que proceden de la Administración, en sentido amplio.

El principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) hace que la jerarquía de los órganos administrativos se traslade a la de las normas que producen; de este modo, por ejemplo, los reglamentos recogidos en una Orden Ministerial están subordinadas a los contenidos en Reales Decretos aprobados por el Consejo de Ministros.

#### **4. LAS NORMAS INTERNACIONALES**

El Derecho internacional nace del acuerdo entre Estados y suele regular las relaciones entre ellos; en eso se diferencia del Derecho que crea el Estado para sí mismo y para sus ciudadanos. Pero el acuerdo entre los Estados también puede tener por objeto que sus respectivos ciudadanos estén sometidos a reglas en alguna medida comunes; ello puede facilitar las relaciones transfronterizas entre particulares, empresas y organizaciones de todo tipo, que hoy por lo demás crecen de modo acelerado. De este modo, el Derecho internacional tiene cada vez más proyección sobre el Derecho interno. La Constitución española regula tanto los poderes del Estado que contribuyen a la adopción de los diversos tipos de tratados como el modo en que éstos son finalmente incorporados al ordenamiento jurídico interno, y la posición que ocupan en el mismo.

##### **4.1. Los tratados internacionales**

Desde el punto de vista del Derecho internacional, reciben el nombre de tratados internacionales los instrumentos mediante los cuales varios sujetos de Derecho internacional generan derechos y obligaciones recíprocas que someten a las reglas del Derecho internacional.

A. El Derecho internacional tiene sus propios procedimientos de producción de normas, básicamente codificados en los dos Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados. Conforme a ellos, la celebración de un tratado suele comprender dos fases diferenciadas:

a) La primera comprende las negociaciones tendentes a fijar el contenido del tratado, que son emprendidas y desarrolladas por los representantes de los Estados interesados. Es el Derecho propio de cada Estado el que determina el órgano competente para llevar adelante esas negociaciones, usualmente en la esfera del poder ejecutivo, así como los controles a los que está sometido. Esta fase concluye mediante la firma del Tratado, que fija definitivamente el contenido auténtico u oficial del texto.

b) En la segunda fase, cada Estado acepta y asume los compromisos que incorpora el Tratado, normalmente mediante la *ratificación* del mismo por parte del Jefe del Estado (se habla de *adhesión* cuando el Estado se incorpora a acuerdos multilaterales ya en vigor). Pero antes de la ratificación se deben cumplir los requisitos que impone el

ordenamiento interno para asumir obligaciones internacionales; es frecuente exigir que el poder legislativo autorice previamente la mencionada ratificación.

B. La celebración de tratados internacionales está reservada en España al Gobierno, ya que es él quien dirige la política interior y exterior (art. 97 CE), él es quien tiene la iniciativa a la hora de promover la celebración de tratados internacionales y puede dirigir con cierta libertad las correspondientes negociaciones, hasta llegar a la determinación de su texto definitivo. Sin embargo, también las Cortes Generales pueden promover la celebración de tratados e intervienen antes de que el Estado asuma compromisos internacionales, al menos para los casos en los que el tratado afecta a cuestiones que, en el plano del Derecho interno, exigirían igualmente la participación del parlamento. La Constitución española diferencia dicha intervención parlamentaria distinguiendo tres tipos de tratados.

a) En virtud del art. 93 CE, *mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*. Estos tratados no se orientan sólo a establecer compromisos internacionales sobre ciertas materias, o incluso a fijar una regulación de las mismas, sino que abren paso a la posibilidad de que una organización o institución supranacional ejerza competencias legislativas, ejecutivas o judiciales con alcance obligatorio y eficacia directa en España, sin necesidad de que el Estado proclame en cada caso su consentimiento respecto de estas ulteriores decisiones adoptadas por los órganos de la correspondiente entidad supranacional. En aplicación de este precepto constitucional se produjo la incorporación de España a las Comunidades Europeas, autorizada por Ley orgánica 10/1985; y por Ley orgánica se ha autorizado la ratificación de las sucesivas reformas de sus tratados constitutivos, que han convertido aquellas primeras Comunidades en la actual Unión Europea.

b) Un segundo tipo de tratados son los que requieren previa *autorización de las Cortes Generales*, pero no mediante una ley orgánica, sino a través de un *acuerdo* de las Cortes Generales (art. 94.1 CE); son los tratados de carácter político o militar, los que afectan a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I CE, y los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública. Y se exige también la autorización de las Cortes Generales para los tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. Con todo ello se pretende que, en términos generales, las Cortes Generales tengan unas competencias paralelas en el ámbito interno y en el internacional: si la Constitución exige que intervengan en la adopción de determinadas decisiones, ello no puede ser eludido cuando, en lugar de abordarse la cuestión en el ámbito interno del Estado, la decisión se traslada al plano internacional.

c) En una última categoría residual (art. 94.2 CE) se integran los restantes tratados o convenios no comprendidos en ninguno de los supuestos anteriores. La competencia para celebrarlos corresponde directamente al *Gobierno*, que informará de su conclusión al Congreso y al Senado.

C. La *ratificación* es el mecanismo formal que se utiliza para asumir los compromisos fijados en los tratados de mayor importancia, que además habrán requerido la intervención de las Cortes Generales; de modo similar a lo que ocurre con

la sanción de las leyes, en este caso se produce un documento, el *instrumento de ratificación*, que cuenta con la firma del Rey bajo el refrendo del Presidente del Gobierno o del Ministro correspondiente.

#### 4.2. La posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno

La Constitución establece que los Tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno "una vez publicados oficialmente en España" (art. 96.1 CE). Por ello, los tratados suscritos por España son por sí mismos parte del ordenamiento interno sin más requisito que la publicación; no es necesario que se dicten normas jurídicas estatales que obliguen a su cumplimiento por los órganos del poder público o que proyecten sobre los particulares los derechos que el mismo Tratado ya pueda haber previsto en su favor.

a) Los tratados no afectan a la posición de la Constitución como norma jurídica suprema: todos los tratados se consideran subordinados a ella. Dice el art. 95.1 CE que *la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*. No puede, pues, aprobarse un tratado contrario a ella; salvo que, como dice el mismo precepto, previamente se haya reformado la Constitución, en cuyo caso tampoco se dará ya, en realidad, la mencionada contradicción. De comprobar la compatibilidad entre Constitución y Tratados se encarga, en su caso, el Tribunal Constitucional.

b) Respecto a la relación con la ley, para modificar o derogar una ley, los tratados necesitan haber sido autorizados por ley orgánica o por acuerdo de las Cortes Generales; el tratado posterior a una ley, celebrado con la correspondiente autorización, tiene *fuerza activa* de ley. El Gobierno por sí solo puede aprobar un tratado que modifique un reglamento, pero no puede adoptar uno que resulte contrario a las leyes existentes. Cuando el orden cronológico es inverso, la situación cambia: la ley nunca puede derogar un tratado. La Constitución señala para todos los tratados, incluidos los celebrados sin necesidad de autorización de las Cortes, que sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de acuerdo con los procedimientos específicos previstos en el Derecho internacional, y tal procedimiento es el de denuncia del Tratado. Ello implica que los tratados tienen, todos ellos, una especial "resistencia o fuerza pasiva" frente a las leyes: el Derecho interno no puede contradecirlos hasta que el Estado haya logrado desvincularse formalmente de sus compromisos internacionales.

#### 4.2. El derecho europeo

España es un Estado miembro de la Unión Europea, por lo que ha cedido, como dice el art. 93 CE, competencias derivadas de la Constitución. Ello implica que la Unión Europea ejerce en España, a través de sus instituciones y de sus propios medios de producción del Derecho, poderes que se combinan con los creados por la misma Constitución.

A. Forman el derecho europeo dos tipos de normas jurídicas distintas: las que componen el derecho originario y las que componen el derecho derivado.

a) Se denomina *Derecho originario* a los Tratados que dan vida a la Unión Europea, que crean y regulan sus instituciones y, por tanto, ponen en pie el propio ordenamiento jurídico de la Unión. También forman parte del Derecho originario los tratados que permiten las adhesiones de nuevos Estados miembros. Las normas de Derecho originario gozan de primacía sobre las demás normas de Derecho europeo, que no pueden contradecirlas.

b) Se denomina *Derecho derivado* al producido por las instituciones de la Unión que han sido puestas en pie por el Derecho originario. El Derecho de la Unión diferencia entre diversos tipos de actos de Derecho derivado en función de su alcance (dirigido a todos con alcance general, a todos o algunos de los Estados miembros, a destinatarios particulares) y de sus efectos (obligatorios en todos sus elementos o sólo en cuanto al resultado a alcanzar, e incluso no obligatorios). Por eso sería un error considerar estos actos como equivalentes, en cualquier sentido, a las fuentes del Derecho que conocemos en el ordenamiento constitucional español (la ley, el reglamento, etc.); su tipificación responde a un criterio diferente, y su específico valor normativo sólo puede aprehenderse en el marco del Derecho de la Unión Europea en el que efectivamente operan. Las normas de derecho derivado más importantes son:

- El *reglamento*, que tiene alcance general. Es una fuente obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros, de modo que incide de forma inmediata en el ordenamiento de los mismos, sin necesidad de ningún desarrollo normativo por parte de los poderes estatales. Los derechos y obligaciones que en él se contienen son inmediatamente ejercitables y exigibles por los ciudadanos de cada Estado miembro. Por eso el reglamento no necesita acto alguno de recepción por parte de los Estados.

- La *directiva* puede tener como destinatarios a Estados concretos o, más comúnmente, a todos ellos. Establece un resultado que debe alcanzarse, y deja a los Estados miembros, obligados a adecuar su legislación a la normativa comunitaria, la elección de la forma y de los medios para lograrlo, fijándoles un plazo al efecto. Los Estados, a fin de alcanzar los objetivos marcados por la directiva, deben por su parte adoptar disposiciones que, en su caso, modifiquen o deroguen las normas vigentes en su territorio; se denomina *trasponer* o *incorporar* la directiva. La norma nacional de trasposición o incorporación, como norma estatal que es, puede ser modificada posteriormente por el propio Estado; pero éste sigue vinculado a la directiva, de modo que ninguna modificación puede apartarse de las disposiciones de la norma comunitaria.

- Las *decisiones* cumplen funciones diversas dependiendo de sus destinatarios y de su contenido. Pueden obligar al Estado destinatario a adoptar medidas de alcance general (en cierto modo como hace la directiva) o singular, y tener en ese caso efecto no sólo sobre el Estado, sino también de modo indirecto sobre los particulares. Pero también constituyen el acto jurídico típico mediante el que las instituciones de la Unión Europea ejecutan el propio Derecho (originario o derivado) cuando tienen atribuida la competencia al efecto; atribuyen derechos e imponen obligaciones, de manera individual y directa, a un Estado o a un particular. Esta eficacia individual las asimila entonces, en cierta medida, a los actos administrativos de ejecución del Derecho propios de las administraciones nacionales.

B. El Derecho derivado se ciñe al ámbito de competencias propias de la Unión Europea, que son sólo las establecidas en los Tratados. Las instituciones de la Unión no pueden escoger sus objetivos libremente, como hacen los Estados; carecen de la facultad para dotarse de nuevas competencias por sí mismas.

C. El Derecho europeo determina en medida creciente el Derecho nacional de los Estados miembros, y constituye por sí mismo una parte importante del que aplican los tribunales de dichos Estados. Tal transcendencia deriva, en buena medida, de su caracterización a través de una serie de principios que han determinado las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional.

a) El Derecho de la Unión Europea conforma un ordenamiento jurídico autónomo con sustantividad propia, que no se somete a los principios, ni a los modos de producción normativa, ni a los límites establecidos en las Constituciones de los Estados miembros; su validez y su eficacia no dependen de disposiciones o decisiones nacionales, sino de los Tratados constitutivos de la propia Unión.

b) El derecho europeo tiene efecto directo: toda norma comunitaria dirigida al ciudadano debe aplicarse directamente, sin que haya de existir ningún tipo de mediación o acto de incorporación por parte de los Estados miembros; las prescripciones del Derecho comunitario despliegan plena eficacia en todos los Estados miembros desde el momento de su entrada en vigor. La consecuencia es la creación inmediata de derechos para los particulares, que deben ser tutelados por los tribunales estatales.

c) El principio de primacía determina que, en caso de colisión, la norma comunitaria prevalece sobre la nacional siempre y cuando aquélla se encuentre dentro de su esfera de competencia: el juez ha de aplicar el Derecho comunitario en detrimento del propio de su Estado.

### **III. EL DERECHO Y LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN EN EL MARCO DE LAS TICS**

Esta introducción debe haberles servido para que se hagan una idea de qué es el derecho, cómo funciona, y de los distintos tipos de normas que pueden ocuparse de la regulación de una determinada materia, así como de las relaciones que existirán entre ellas.

Eso es lo que sucede en el caso de la información y los datos que son objeto de tratamiento o comunicación a través de los medios de ofrecen las nuevas tecnologías. Cómo verán en el siguiente apartado de esta asignatura, la protección de datos se recoge en la Constitución como un mandato que el legislador debe cumplir; éste aprobará para ello las leyes que considere necesarias, y específicamente una ley orgánica en lo que suponga desarrollo de un derecho fundamental (el derecho fundamental a la protección de datos personales) y leyes ordinarias en otros aspectos. Esas leyes establecerán si es necesario desarrollo reglamentario y a quien corresponderá elaborarlo. De otro lado, la protección de la información en el campo de las TIC no es sólo un objetivo nacional, sino también supranacional e internacional. Por eso existen normas internacionales en la materia, así como importantes normas de la Unión Europea.