

BIBLIOGRAFÍA

Héctor FIX-ZAMUDIO

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Las
leyes orgánicas y el bloque de la
constitucionalidad* 995

en detrimento del parlamento y del poder judicial. Se tiende al "Estado de emergencia en permanencia", y a la desaparición del Estado de derecho. El proceso adopta formas de sistemas institucionales híbridos, parciales, insuficientemente formalizados, conglomerados de diversos componentes (democracia burguesa, partidos políticos, núcleos burocráticos). Dichos sistemas institucionales componen un continuo que va, desde una democracia restringida y más o menos ficticia, pasando por regímenes de partido único, hasta las diferentes modalidades de la dictadura.

Marcos KAPLAN

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, 119 pp.

Como lo explica el destacado jurista español en su prólogo, los dos estudios que están contenidos en el libro que comentamos guardan entre sí estrecha relación, a pesar de su aparente diversidad, ya que desde una perspectiva formal, el conjunto de ambos completa un análisis crítico del artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, promulgada el tres de octubre de 1979 —y por ello el subtítulo de la obra lleva la denominación: "En torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"—, y además, existe entre ambos estudios, más allá de esta relación formal, una unidad sustancial en cuanto que los dos responden a una idéntica preocupación por el papel del derecho como rector de la vida colectiva, papel que en opinión del autor no tiene en la joven democracia española el reconocimiento que merece.

El primer estudio, el más largo y de mayor importancia, está elaborado conscientemente en un tono polémico, en virtud de los graves problemas que ha provocado en el ordenamiento español la introducción del concepto de ley orgánica en el artículo 81 de la Constitución española que entró en vigor el 27 de diciembre de 1978, precepto que se inspiró directamente en el artículo 46 de la Constitución francesa de 1958, si bien pueden invocarse algunos precedentes españoles menos directos y también otros ejemplos que no se tomaron en consideración por los redactores del precepto, como el del artículo 163 de la Constitución venezolana de 1961.

El profesor Fernández señala, con argumentos muy convincentes, que no resultan aceptables las razones aparentes y más presentables con las que podría querer justificarse esta figura que califica de "extraña y

conflictiva", ya que puede afirmarse con seguridad que crea más problemas que los que resuelve, si es que es posible creer que resuelva alguno.

La razón frecuentemente manejada sobre el carácter básico para la vida colectiva de ciertas regulaciones de especial relevancia político-constitucional de determinadas materias, resulta desmentida por la propia Constitución, desde el momento en que ésta atribuye el carácter de leyes orgánicas a la regulación de instituciones, tales como la composición y la competencia del Consejo de Estado (artículo 107), o la organización y funciones del Tribunal de Cuentas (artículo 136), a las que, sin perjuicio de su indudable importancia, difícilmente podría reconocerse la condición de básicas sin desvalorizar y aun vaciar de sentido el enfático adjetivo, pues su mera cita trae a la memoria del autor la ausencia de idéntico tratamiento de otras (la jurisdicción contencioso-administrativa, por ejemplo), cuya trascendencia desde el punto de vista del control del ejercicio del poder público, es indiscutiblemente mayor.

La conclusión anterior se puede aceptar fácilmente de acuerdo con la lista de los preceptos constitucionales que señalan el contenido de las citadas leyes orgánicas; las bases de la organización militar (artículo 90, 2); la institución del defensor del pueblo (artículo 54); el régimen de suspensión de derechos fundamentales para personas determinadas (artículo 55, 2); cuestiones que atañen al orden sucesorio de la Corona (artículo 57, 5); la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley (artículo 87, 3); las modalidades del referéndum (artículo 92, 3); la autorización para la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (artículo 93); las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad (artículo 104, 2); la organización y competencia del Consejo de Estado (artículo 107); los estados de alarma, excepción y sitio (artículo 116); la constitución, funcionamiento y gobierno de los jueces y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera y del personal al servicio de la administración de justicia (artículo 122); la composición, organización y funcionamiento del Tribunal de Cuentas (artículo 136); la alteración de los límites provinciales (artículo 141, 1); la autorización de la constitución de las comunidades autónomas, cuyo ámbito territorial supere al de una provincia y no reúna las condiciones del artículo 143, 1; el otorgamiento de estatutos de autonomía a territorios no integrados en la organización provincial y la sustitución de la iniciativa de las corporaciones locales a que se refiere el artículo 143, 2 (artículo 144); la creación de

policias dependientes de las comunidades autónomas (artículos 148, 1 y 22; y 149, 1 y 29); los términos del referéndum previsto en el artículo 151; el ejercicio de las comunidades autónomas de las competencias financieras a que alude el artículo 157, 1; las normas para resolver los conflictos entre dichas comunidades y el Estado y la regulación de las posibles fórmulas de colaboración financiera entre los mismos (artículo 157); el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones (artículo 165).

Lo que tienen de común estas numerosas hipótesis de leyes orgánicas es la relativa a su aprobación, modificación o derogación a través de una mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, y la razón de fondo de esta exigencia para una determinada categoría de ordenamientos legislativos se apoya, en la opinión del profesor Fernández, en la falta de consenso de las fuerzas políticas en una serie de materias, ya que el propio consenso no conformó un acuerdo sincero sobre las bases del nuevo Estado democrático, sino más bien una mera transacción de carácter coyuntural, en virtud de que la aprobación del texto constitucional no supuso renuncia alguna al propio proyecto de Constitución que cada una de las fuerzas políticas tenía en la cabeza al iniciarse el proceso constituyente y que todas se aprestaron a imponerlo en una segunda vuelta y de no ser posible esto en una tercera y sucesivas rondas.

Señala el autor varias situaciones concretas y destaca que en vista de esa experiencia y del texto concreto de las leyes orgánicas ya aprobadas o en trámite, existen razones serias para afirmar que éstas se están convirtiendo no sólo en una vía para la prolongación indefinida del periodo constituyente, sino también en un instrumento habitual de gobierno, lo que el profesor Fernández considera muy grave, ya que implica la creación de un legislador extraordinario, en cuanto las leyes orgánicas exigen una mayoría especial y reforzada para su aprobación, modificación y reforma, y la existencia de este legislador extraordinario atenta gravemente contra los principios esenciales del Estado legislativo parlamentario, en el cual, según el concepto acertado de Carl Schmitt, es ley la resolución momentánea de la mayoría simple del órgano parlamentario, toda vez que la adición de un cierto porcentaje de votos a la mayoría simple no asegura, de manera alguna, una mayor justicia de la decisión.

El distinguido jurista español invoca el ejemplo de los constituyentes franceses de 1791 y 1793, quienes se plantearon el dilema, y dipusieron, respectivamente, que la nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar la Constitución (artículo 1 del título VII) y que un pueblo

tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución, ya que una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras. En efecto y en concepto del autor, este es justamente el problema último que plantean las leyes cuya aprobación exige una mayoría reforzada, ya que al dificultar la consecución ulterior de la mayoría necesaria para modificarlas o derogarlas, los que las aprueban en la actualidad están imponiendo su voluntad, fruto muchas veces de pactos coyunturales, a los legisladores futuros, los cuales probablemente no podrán alcanzar en muchos años aquella mayoría, por más que las leyes en cuestión pueden llegar a estar en contradicción absoluta del ideal momento, con la moral de moda, con la justicia dominante y con las necesidades políticas, económicas y sociales.

Por otra parte, como lo señala certeramente el profesor Fernández la Constitución de 1978 ha producido una auténtica revolución en el mundo de las fuentes del derecho, antes pacífico y lineal en cuanto vertebrado esencialmente sobre un único principio, el de la jerarquía normativa, capaz de explicar con sencillez todas sus posibles conexiones, y por ello, la figura antes unívoca de la ley ha hecho explosión repentinamente, generando múltiples tipos de leyes: orgánicas, ordinarias, estatales, leyes marco-estatales, territoriales de detalle, leyes de armonización, etcétera, cuya ubicación precisa en la estructura ordinal no es siempre fácil.

Esta multiplicidad de ordenamientos, y particularmente los de carácter orgánico, han producido una desorientación en el mismo organismo legislativo, en el cual se ha producido la tendencia de expedir leyes calificadas como orgánicas con un criterio puramente formal, que no corresponde al espíritu del artículo 81 constitucional, el cual establece un principio de contenido material, ya que en su inciso primero considera que tienen este carácter las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la propia Constitución, señaladas con autoridad en esta reseña.

El autor destaca, como ejemplo a la primera de las leyes orgánicas promulgadas, la General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, la que fue inopinadamente aprobada por el órgano legislativo con este carácter, aunque ningún precepto constitucional lo reclamaba en forma expresa, por entender que con ella se afectaban los derechos fundamentales y libertades públicas de los detenidos, presos y penados, y esto no obstante que la gran mayoría de los ochenta artículos del mencionado ordenamiento no rozan ni de cerca ni de lejos las materias del artículo 81 constitucional, y de esta manera se han creado artifi-

cialmente nuevos problemas, como el de la ley mencionada que de parcial se convierte en totalmente orgánica, por la exigencia de una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Esta evolución condujo a la aprobación de un precepto que implica la consagración legislativa de un concepto formal, contenido en el artículo 28, inciso 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que fue introducida a través de una enmienda en el Senado, de acuerdo con el cual dicho Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del citado artículo 81 de la carta fundamental los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, Ley que no ha sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una comunidad autónoma, en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica o implique modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter, *cualquiera que sea su contenido*.

Con lo anterior se llega a una solución que el autor considera similar a la del artículo 163 de la carta fundamental de Venezuela de 1961, el que sigue un criterio estrictamente formal, al disponer que son leyes orgánicas las que así denomina la Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley.

Ya hemos visto que el artículo 81 de la Constitución española no determina un criterio estrictamente formal, sino que señala, en principio, las materias que deben ser reguladas por ley orgánica, así sea discutible su enumeración en otros preceptos constitucionales; pero aun respetando dichas materias, si bien la ley ordinaria no puede invadir el campo constitucional reservado al legislador extraordinario, no es correcto considerar, como lo hace un sector de la doctrina, que las leyes orgánicas son superiores jerárquicamente a las ordinarias, sino porque estas últimas, en su caso, pueden considerarse inconstitucionales si invaden materias reservadas por la misma ley fundamental a las primeras, ya que el legislador ordinario carece de competencia *ratione materiae* para ello.

El profesor Fernández incluye como una *addenda* (en virtud de que se pronunció cuando su libro estaba por aparecer), un comentario sobre la primera sentencia del Tribunal Constitucional en materia de leyes orgánicas, dictada el 13 de febrero de 1981, en relación con el recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estado de centros escolares, y al respecto considera el autor que el caso era difícil y dicho fallo no se puede considerar como una buena resolución, y no sólo por el fondo, cuestión que no analiza en ese momento, sino porque inclusive en el orden formal revela falta de seguridad y expresa con poca eficacia la

línea argumental que pretende desarrollar, a causa, sin duda, de la mezcla de estilos en que inevitablemente han venido a traducirse las diferencias de opinión de los miembros del citado Tribunal que se reflejan en los votos de disidencia.

En la lectura de la parte conducente del fallo, el profesor Fernández llega a la conclusión de que el Tribunal Constitucional tiene una concepción clara de lo que son las leyes orgánicas, lo que debe estimarse como positivo, pero que al mismo tiempo no ha madurado lo suficiente su doctrina acerca del contenido preciso de las mismas ni tampoco ha perfilado de manera suficiente los instrumentos del análisis que la concreta problemática plantea, lo que le obliga a moverse por intuiciones (exactas en líneas generales) que no ha acertado a categorizar.

La citada sentencia rechaza la concepción formal de las leyes orgánicas, la que llevada a su extremo podría producir una petrificación abusiva del ordenamiento jurídico en beneficio de quienes en un momento dado gocen de la mayoría suficiente, y en detrimento del carácter democrático del Estado; por otra parte, el Tribunal Constitucional señala que la reserva de ley orgánica, de acuerdo con los supuestos señalados por el artículo 81 constitucional, no puede interpretarse de forma que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de una mayoría cualificada para su ulterior modificación, pues tal efecto puede y aun debe ser excluido.

El segundo trabajo que incluye el profesor Fernández en su excelente libro es el relativo al problema que califica *El bloque de la constitucionalidad* y que en esencia se refiere al problema de los conflictos competenciales entre las atribuciones conferidas por la Constitución al Estado y a las regiones autónomas, así como la regulación que de estos conflictos se hace en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El estudio se inicia con el planteamiento inicial en el texto de la Constitución, por lo que el autor califica como la primera interpretación del texto, de acuerdo con la cual el problema tiene una solución fácil, ya que, por muchos que sean sus defectos técnicos, el título VIII de la Constitución española es en este punto bastante claro, ya que una primera lectura del artículo 149 del texto fundamental lleva a la conclusión de que existe una serie de materias designadas expresamente por el inciso primero de dicho precepto, que se asigna en exclusiva al Estado en forma directa; y la distribución de las restantes materias se deja en primer término a los estatutos de autonomía, que según el artículo 149, inciso 3, párrafo primero de la propia ley fundamental, podían recabar para las comunidades autónomas respectivas, a su vo-

luntad, cuantas competencias no hubieran quedado reservadas al Estado, incluso todas ellas.

Por otra parte, si alguna competencia quedaba por distribuir, por no haber sido asignada de acuerdo con los citados estatutos, ya fuera por olvido o bien por voluntaria renuncia, el párrafo segundo del último precepto constitucional citado resuelve anticipadamente el problema, atribuyendo al Estado dichas competencias residuales. En virtud de este juego combinado del artículo 149, 1, los estatutos y el artículo 149, 3, segundo párrafo, todas las competencias existentes e incluso imaginables, podían y debían ser asignadas a uno u otros órdenes de poderes. La Constitución y los estatutos de autonomía parecían ser los únicos parámetros posibles para la decisión de eventuales conflictos competenciales futuros.

Pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ofrece un planteamiento diferente, ya que de la simple lectura de los preceptos relativos de este ordenamiento se pone de manifiesto que la distribución de competencias entre ambos órdenes de poderes puede venir no sólo de la Constitución, los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas de delegación o transferencia previstas en el artículo 150, 2, del texto fundamental, como expresamente lo dispone el artículo 71 de la citada Ley del Tribunal Constitucional; sino también por las leyes ordinarias, como se desprende de la mención que a éstas se hace en los artículos 63, 1; 63, 3; 67, 69; 2º y 72, de la propia Ley Orgánica.

En tal virtud el profesor Fernández considera que parece claro que desde la promulgación de la Constitución hasta la de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha habido un giro interpretativo importante en lo que se refiere al mecanismo de la delimitación de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas, giro que tiende a incluir en el proceso de distribución competencias a todo tipo de normas con rango de ley, lo que en una primera interpretación no parecía posible; y para este segundo hubo entonces un consenso implícito de todas las fuerzas políticas y una aceptación pacífica de la necesidad de acudir a las leyes ordinarias y, en general, a cualquiera otra norma con rango de ley para completar el deslinde de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas; pero esta pacífica aceptación duró poco tiempo, ya que los primeros chispazos, territorialmente localizados, se produjeron en el País Vasco y en Galicia, y se inició el debate sobre alcance de las disposiciones de la Ley Orgánica mencionada.

Como lo señala certeramente el autor, el problema planteado con esas dos interpretaciones tiene raíces muy hondas, ya que no se trata de un nuevo planteamiento surgido a raíz de un debate parlamenta-

rio, sino de una vieja cuestión, cuya solución ha venido siendo sistemáticamente aplazada por la clase política española desde el momento mismo en que comenzó el proceso constituyente, es decir, el problema de construcción del nuevo Estado.

El breve libro del profesor Fernández plantea una serie de cuestiones de gran importancia no sólo para el derecho español contemporáneo, sino que inclusive pueden servir de estímulo a los juristas latinoamericanos para meditar sobre la diversificación de los ordenamientos legislativos, y la necesidad de que se utilice correctamente la técnica jurídica en la solución de los problemas crecientemente complejos que surgen cada vez con mayor fuerza en la vida contemporánea, y que no pueden resolverse exclusivamente con criterios de carácter político, pues como lo señala con agudeza el autor, es preciso meditar, siquiera sea un instante, qué es y qué significa realmente, en concreto, la expresión Estado de derecho.

Héctor FIX-ZAMUDIO

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, Editora de El Colegio Nacional, 1981, 103 pp.

En este bien organizado trabajo, Fix-Zamudio ofrece una perspectiva general sobre la justicia administrativa en México. El trabajo consta de doce epígrafes. El primero es una introducción en la que se demuestra la necesidad de que los ciudadanos del moderno "Estado social de derecho" cuenten con recursos aptos para solucionar sus controversias con los órganos de la administración pública, cada día más numerosos y poderosos. La libertad civil se ve restringida por la creciente intervención de la administración pública en los diversos sectores de la economía y de la vida social, y puede quedar seriamente amenazada si los ciudadanos no cuentan con un sistema de "justicia administrativa" (epígrafe IV) que les permita dirimir sus controversias con la administración, de acuerdo con criterios y procedimientos objetivos previamente establecidos.

En los epígrafes 2 a 5, el autor examina los diversos recursos que pueden formar parte de la justicia administrativa. Destaca la conveniencia de expedir una ley de procedimiento administrativo (epígrafe 2) que regule con precisión la actuación de las autoridades administrativas. Para ilustrar cuál podría ser el contenido de esta ley, analiza