Capítulo 1

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: ESTRUCTURA Y CARACTERES. LOS VALORES SUPERIORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE FUENTES. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU POSICIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Sumario: I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: ESTRUCTURA Y CARACTERES. II. LOS VALORES SUPERIORES Y PRINCIPIOS. III. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE FUENTES. IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU POSICIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES. V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

I. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: ESTRUCTURA Y CARACTERES

La Constitución de 1978 se enmarca dentro de la larga tradición histórico constitucional española que tiene su primera manifestación en la de 1812 y se proyecta con diversos textos, de corte más o menos liberal, a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX con un intermedio de cuarenta años en el periodo franquista carente de una auténtica Constitución normativa[1].

No puede entenderse la estructura y caracteres vigentes de nuestro texto constitucional sin hacer mención al proceso constituyente que se produjo

[1] Óscar Alzaga Villamil y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016, pág. 205.

en la Transición, como periodo puente entre el régimen político del general Franco y la proclamación del Estado Social y Democrático de Derecho establecido por la Constitución de 1978, que presenta como especial característica la vuelta pacífica y de consenso a un régimen constitucional sin ruptura jurídica con el ordenamiento anterior del que se sirve de sus propios mecanismos legales para impulsar el cambio.

El pistoletazo de salida vino marcado por la Ley Fundamental para la Reforma Política aprobada por la Cortes franquistas en noviembre de 1976 ratificada por una abrumadora mayoría popular en referendum. Las elecciones democráticas, que siguieron el 15 de junio de 1977, y sus resultados electorales cristalizaron en un nuevo panorama político caracterizado por la importancia de los partidos políticos.

La elaboración de un texto correspondió a la Comisión de Asuntos Constitucionales que se creó en el Congreso en cuyas discusiones presidió la idea de alcanzar un consenso en las diferentes cuestiones que se suscitaban. El día de 5 enero del 1978 se publicó el proyecto de Constitución. La Comisión Mixta de ambas Cámaras acordó un texto definitivo que fue a su vez aprobado por ambas Cámaras en sesiones separadas pero celebradas simultáneamente el día 31 de octubre. El 20 de noviembre se inició una campaña para la aprobación de las Constitución en referendum nacional que se hizo el día 6 de diciembre de 1978. La Constitución fue promulgada por el Rey el día 29 de diciembre. Como señala Óscar Alzaga "Había entrado en vigor una nueva Constitución; al final de su texto una nueva disposición derogatoria dejaba sin ningún efecto, entre otras leyes, las Fundamentales del franquismo incluida la última, la Ley para la Reforma Política. De forma indudablemente civilizada se había puesto punto final a una dictadura y se había echado a andar un Estado de Derecho[2]".

La Constitución española se compone de 169 artículos, 4 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias y 1 disposición final. La **estructura** de la Constitución se divide en:

1. **Un preámbulo**. Este preámbulo, que puede aparecer o no en los diversos textos constitucionales, emerge del poder constituyente y cumple una función de retórica democrática al declarar como origen del poder constituyente a la Nación española, recoge los valores de justicia, libertad y seguridad, promueve el bien, proclama la convivencia democrática, la consolidación del Estado de Derecho, la protección de los españoles y los pueblos de España e incluye las Cortes que son las que aprueban la Constitución y al pueblo español que lo ratifica.

[2] Óscar Alzaga. Villamil y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2016, págs. 251 y 252.

2. **Un Título preliminar**. Este título comprende, en sus nueve artículos, la forma política del Estado (artículo 1.1 "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho", artículo 1.3. "La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria", artículo 2 "La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española…", artículo 6 referente a los partidos políticos, artículo 7 sindicatos y asociaciones profesionales y artículo 8 de las Fuerzas Armadas), los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1. "…que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político") y los principios constitucionales (en su artículo 9 de la Constitución).

3. **Diez Títulos**. Conforme a la tradición liberal se comienza por la parte dogmática, en su Título I "De los Derechos y deberes fundamentales" y a continuación se exponen en el resto de Títulos los aspectos orgánicos. El Título I comienza con un artículo 10 afirmando "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social" más tarde se contienen cinco capítulos subdividiéndose el Capítulo 2 en dos secciones. El Título II trata de la Corona. El Título III de las Cortes Generales. El Título IV del Gobierno y de la Administración. El Título V de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales. El Título VI del Poder Judicial. El Título VII Economía y Hacienda. El Título VIII de la Organización Territorial del Estado. El Título IX El Tribunal Constitucional. El Título X de la reforma Constitucional.

4. **Las disposiciones de cierre**. Se contemplan cuatro disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y otra disposición final. La mayor parte de las disposiciones adicionales y transitorias se centran en cuestiones de la ordenación territorial del Estado. La disposición transitoria octava se ocupa de alguna cuestión relativa a la transición temporal desde el régimen de derecho Público establecido por la Ley de la Reforma política al sistema establecido en la Constitución. La transitoria novena aporta soluciones para afrontar las dos primeras renovaciones parciales al Tribunal Constitucional previstas en el apartado 3 del artículo 153. La disposición derogatoria se encarga de derogar expresamente la totalidad de las Leyes fundamentales del régimen anterior y las del siglo XIX que afectaban al País Vasco. Por último la disposición final establece la entrada en vigor de la Constitución el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado.

Las **notas características** de la Constitución de 1978 son las siguientes:

1. Se configura como un **texto abierto**, aun cuando formalmente se presente como texto cerrado y rígido que impide la modificación por el legislador ordinario a través del procedimiento legislativo normal, al prever en su Título VIII el modelo de Estado Autonómico que luego debe ser desarrollado por los Estatutos de Autonomía y, por otra parte, recoge un marco amplio de las políticas que puedan desarrollar los diferentes gobiernos cualquiera que sea su orientación dentro de unos límites estructurales.

2. Se trata de una Constitución **extensa** al regular de forma prolija en su parte orgánica el modelo de Estado y en la dogmática proclama los derechos fundamentales y libertades públicas.

3. Es una Constitución **inspirada en modelos europeos** como son la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

4. Incorpora un **sistema de valores superiores** del ordenamiento jurídico, conforme al artículo 1.1 CE "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" que se configuran como el elemento esencial que ha de constituir el orden de la convivencia política y sirven para informar todo el ordenamiento jurídico. También recoge principios, proclama y garantiza derechos, determina la estructura y composición de los poderes del Estado.

5. La Constitución es **normativa** y debe ser cumplida por los distintos poderes públicos. Se concede un especial relieve al control judicial por la vía del Tribunal Constitucional y a través de los jueces y tribunales ordinarios frente a los excesos inevitables del poder.

6. Consagra una **democracia representativa** al recoger el artículo 1.1 el modelo de Estado como democrático de Derecho y el artículo 1.2 proclama que "La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado". Las Cortes Generales son concebidas como la representación del pueblo español. Se instaura un modelo representativo sin que existan muchos casos de democracia directa al estar el referéndum muy limitado. La regla de la mayoría va a prevalecer a lo largo de la Constitución si bien hay numerosos casos en los que se va a exigir una mayoría cualificada (casos de las materias previstas para las Leyes Orgánicas, elección del defensor del Pueblo, miembros del CGPJ y el Tribunal Constitucional).

7. Reconoce la **monarquía parlamentaria** como forma política del Estado español (artículo 1.3 CE).

8. Se fundamenta en la **soberanía nacional** del pueblo español como destaca el preámbulo y establece el artículo 1.2 de la CE. Se reconoce la **indisoluble unidad de la Nación española**, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas (artículo 2).

II. LOS VALORES SUPERIORES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La Constitución en su articulado no comprende solamente una parte dogmática en la que se declaran derechos individuales y otra orgánica que contiene una exposición razonada de los diferentes poderes públicos que componen el Estado. El poder constituyente quiso que fuese algo más y de esta forma refleja una toma de posición valorativa al modo de auténtica heredera del constitucionalismo histórico liberal. Se puede considerar que la Constitución de 1978 no es una norma neutra pero tampoco recoge un programa político ni se adscribe a un proyecto ideológico, responde más bien a una concepción valorativa[3] de la vida social y establece un marco básico de principios que han de conformar la convivencia.

Los valores superiores del ordenamiento jurídico se contemplan en el **artículo 1.1** de la Constitución que dispone que: ***España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.***

Lo cierto es que aunque los valores tengan un contenido más abstracto que los principios constitucionales, se trata de unos cánones o criterios materiales que pretenden orientar e inspirar el ordenamiento jurídico y participan de la fuerza vinculante de la Constitución al tener un valor normativo directo por imperativo directo del artículo 9.1 que sujeta a todos los ciudadanos y poderes públicos a la totalidad del texto constitucional. La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha vacilado en utilizar las formulaciones constitucionales de principios y valores para interpretar el sentido de los mandatos contenidos en la Constitución e incluso para declarar la inconstitucionalidad de alguna norma. Los principios constitucionales son una concreción de los valo-

[3] López Guerra, L. y otros, *Derecho Constitucional*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, pág. 31.

res superiores del ordenamiento, en virtud de instrumentalidad, habida cuenta de que los principios tienen sentido si sirven para la consecución de esos valores (STC 27/81 y STC 20/87).

La **libertad**, como valor superior del ordenamiento jurídico, implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones de la vida siempre dentro del marco establecido por la ley. Tiene su desarrollo más concreto en el Capítulo segundo del Título I, cuya rúbrica es "Derechos y libertades". La libertad como derecho es una manifestación más de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE. La libertad, como se tratará en capítulos posteriores, presenta diversas manifestaciones así se recoge con carácter general en el artículo 17 el derecho a libertad y seguridad personal, en el artículo 16 la libertad religiosa y la libertad de expresión en el artículo 20.

La **justicia** es el fin al que debe tender todo ordenamiento jurídico y que tiene su más directo reflejo en algunos artículos del Título I como en el 9.3 al proscribir el recurso a la arbitrariedad, en el Título VI "Del Poder Judicial" y en el Título IX "El Tribunal Constitucional".

La **igualdad** es junto con la libertad una manifestación más de la dignidad humana y un principio troncal del pensamiento liberal. Por imperativo concreto del artículo 9.2 de la CE se encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad y la libertad del individuo y de los grupos que lo integran sean efectivas y reales; y así mismo remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social. Su traducción concreta se encuentra en el **artículo 14** de la **CE** al reconocer la igualdad, de esta forma: ***Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.***

El **pluralismo político** es de todos los valores el que más tarde se incorporó a nuestro texto, aun cuando algunos autores hayan considerado que no se trata de un valor de alcance tan general como los anteriores, su reconocimiento a tal nivel le pone en igual condición que los anteriores. Este principio asegura la libertad en el ámbito político sin que un adversario pueda destruir a otro. Manifestaciones concretas nos las encontraremos en el **artículo 6 "Los partidos expresan el pluralismo político"** y en el **artículo 20.3** de la **CE**: ***La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos sig-***

nificativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. Otras manifestaciones del pluralismo democrático se circunscriben al ámbito territorial en el artículo 2; el lingüístico del artículo 3; el laboral del artículo 7; o "in genere" del artículo 9.2.

Además de los anteriores valores superiores del ordenamiento jurídico, la Constitución va a recoger una serie de **principios:**

El **artículo 9.3:** ***La Constitución garantiza los principios de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.***

También el **artículo 10.1** que contiene los principios y fundamentos del orden político y de la paz social al señalar que: ***La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social***.

Mientras que los contenidos en el último artículo se asemejan más a los valores por su contenido abstracto los contemplados en el apartado 3 del artículo 9 son de naturaleza técnica jurídica.

La vulneración de los principios contenidos en el artículo 9.3 de la CE no va a ser objeto del recurso de amparo, como dijo la STC 10/1985 "es manifiesto que el artículo 9.3 de la CE no se genera un derecho fundamental suceptible de protección en vía de amparo". El artículo 53.2 de la CE reserva el recurso de amparo a las violaciones del artículo 14 y de la Sección 1ª del Cap. Segundo (artículos 15 a 29) del Título I. No obstante, el TC a la hora de dar amparo por la vulneración de algún derecho fundamental de forma incidental ha dado cabida a su protección.

El principio de legalidad es el resultado de la expresión de la voluntad popular que tiene su representación en el Parlamento del cual emana el imperio de la ley. Este principio entronca con la propia naturaleza del Estado de Derecho y se recoge en el artículo 9.3 y en el artículo 9.1 CE al disponer que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". De esta forma la actuación administrativa estará sujeta a lo dispuesto en la ley. El principio asume el reconocimiento de la supremacía de la ley y se traduce en el principio de reserva de ley, que se estudia en el siguiente capítulo, según el cual la Constitución define las materias que han de ser reguladas por ley y que no pueden ser dejadas en manos del Ejecutivo y su potestad reglamentaria. El artículo 117.3 CE tam-

bién somete a los jueces y magistrados "al imperio de la ley". El principio de legalidad penal reconocido en el **artículo 25.1** de la **CE**: ***Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.***

El **principio de jerarquía normativa** ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como incluido dentro del principio de legalidad. Dota, en su faceta jurídica administrativa, de una lógica interna y asegura la coherencia[4] con los principios de legalidad y seguridad. Este principio que se aplicaba al Derecho Administrativo parte ante la evidente pluralidad de normas jurídicas de la necesidad de ordenarlas mediante una relación jerárquica de las que de forma piramidal la Constitución ocupa el lugar superior y el resto se deben subordinar. De esta forma una norma de categoría inferior no podrá prevalecer sobre una de rango superior y resultará nula. La vigencia de este principio se cumple a través del control previo del Consejo de Estado, como órgano supremo consultivo del Estado (artículo 107 CE) y el control ejercido por los tribunales contencioso administrativo por mor del artículo 106 CE.

El **principio de publicidad** de las normas se vincula con el de seguridad jurídica y asegura que los ciudadanos puedan ejercer y defender sus derechos así como estos y los poderes públicos sujetarse al ordenamiento jurídico al conocer de forma efectiva el contenido de las normas. Los preceptos que concretan este principio son el artículo 91 CE con la inmediata publicación de las leyes aprobadas por las Cortes Generales tras la sanción real y el artículo 2 del CC: " Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado si en ellas no se dispusiera otra cosa"; el artículo 96.1 de la CE que ordena que los tratados internacionales válidamente celebrados "una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno"; y el artículo 164 que extiende la publicidad de las normas de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El **principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales**. El primer inciso de este principio, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, se ubica dentro del ámbito específico del Derecho sancionador y afecta al Derecho Penal y al Derecho Administrativo sancionador. Constituye un principio limitativo del *ius puniendi* del Estado reconocido constitucionalmente que atañe tanto al poder legislativo como al poder reglamentario de la

[4] Alzaga Villamil, O. y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2016, pág. 300.

Administración. La prohibición de retroactividad para determinado tipo de norma tiene sentido porque el legislador tiene capacidad para dotar a la ley de eficacia retroactiva haciéndola incidir sobre relaciones jurídicas ya agotadas en sus efectos. Como señala el artículo 2.3 del CC esta eficacia retroactiva ha de ser proclamada por la propia ley y tiene como límite el señalado el apartado 3 del artículo 9, por razones de justicia material, que impide sancionar una acción u omisión con normas más duras que aquellas vigentes cuando se cometió la infracción. El Tribunal Constitucional ha deducido (STC 15/81, 51/81, 131/86), a sensu contrario de este principio, el mandato constitucional de retroactividad de las normas penales más favorables. El segundo inciso de este precepto, referente a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, ha planteado muchos más problemas interpretativos. El Tribunal Constitucional sostuvo desde el principio una interpretación restrictiva a los derechos fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución y ha rechazado que el mismo significara el reconocimiento de la teoría de los derechos adquiridos. La razón se encuentra en evitar el peligro de una interpretación expansiva de los derechos que petrifique el sistema y limite la acción del legislador.

El **principio de seguridad jurídica** contiene la previsibilidad y regularidad en la actuación de los poderes públicos, más particularmente en la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y de los Jueces y Tribunales. Se trata de un principio de alcance más general del cual mucho de los anteriores principios no son sino aplicaciones concretas[5]. Este principio supone que los poderes públicos no pueden modificar de forma arbitraria situaciones jurídicas preexistentes, tampoco realizar comportamientos imprevisibles contrarios a una situación de orden y que podrían causar perjuicios a todo los sujetos afectados. La previsibilidad en el comportamiento de los poderes públicos presupone el conocimiento de las normas que componen el ordenamiento como los actos de aplicación de éstas (STC 150/1990, 182/1997 y 234/2001). Sólo la razonable certeza de cómo se van a comportar los poderes públicos posibilita a los ciudadanos planificar sus actuaciones en los distintos órdenes de la vida. Como decíamos al tratar los derechos adquiridos los límites hasta dónde debe llegar su protección a la hora de modificar el ordenamiento jurídico no es fácil de establecer sino se quiere cristalizar la legislación sin posibilidad de evolución.

---

[5] Alzaga Villamil, Óscar y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016. "El principio de seguridad jurídica es natural complemento de la justicia y se conciben como idea medular del Estado de Derecho", pág. 306.

El **principio de la responsabilidad de los poderes públicos** se convierte en el corolario de los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Si los poderes públicos están obligados a actuar de conformidad a la Constitución y las leyes, el incumplimiento de tal obligación ha de comportar una reacción del ordenamiento jurídico, tanto de tipo sancionatorio respecto de las personas responsables de infracciones administrativas o penales, como de carácter indemnizatorio en beneficio de los ciudadanos que hayan podido resultar perjudicados por tal acción. Este principio requiere que el ordenamiento contemple mecanismos de exigencia de responsabilidad por parte de los particulares frente a los poderes públicos. Los particulares se verán afectados por la actuación del poder ejecutivo y el poder judicial. Respecto del ejecutivo la Constitución reconoce en el artículo 106.3 el principio de responsabilidad directa de la Administración "por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en caso de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La responsabilidad personal de las autoridades y funcionarios públicos se regulan en la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen del Sector Público y en lo relativo a la cuestión procedimental por la Ley 39/2015 de procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La Constitución contempla también la responsabilidad de los jueces y magistrados con carácter particular en el artículo 121 y de forma general establece que "los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la ley". La LOPJ dedica a estos dos tipos de responsabilidad los Títulos III del Libro IV y Título V del Libro III.

El **principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** se encuentra vinculado con los de legalidad y de seguridad jurídica, consagrando la proscripción de toda actuación carente de justificación o "arbitraria" de los poderes públicos. A diferencia de los sujetos particulares que pueden actuar libremente dentro del marco establecido por ley, los poderes públicos sólo pueden actuar en beneficio del interés público, cada uno dentro del ámbito de su propia competencia, de acuerdo con los procedimientos que la ley marca y con respeto a los principios y valores constitucionales y legales.

III. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA DE FUENTES

El estudio del sistema de fuentes del Derecho es objeto de la Teoría General del Derecho, de la Parte General del Derecho Civil y sobre todo del

Derecho Constitucional, dentro de cuya materia se encuentra[6] el analizar la función legislativa del Estado, entendido en sentido amplio, en cuanto ente creador del derecho. Todo sistema de fuentes se encarga del análisis de las normas que regulan, cómo se crean y cuál es el efecto de las diversas normas jurídicas que componen un ordenamiento jurídico.

La regulación de las clases de fuentes viene siendo contemplada tradicionalmente en España en el Código Civil aun cuando ostente el rango de ley ordinaria. Dispone el **artículo 1** del **Código Civil**: ***1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado». 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de los que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido.***

En cualquier caso, esta regulación del Código Civil se encuentra subordinada a la Constitución en cuanto que es la primera de las fuentes o la fuente de las fuentes[7], *norma normarum*, que prevalece y se impone a todas las demás del orden legislativo y gubernamental. El orden previsto por el Código Civil valdrá en cuanto que sea compatible con la normativa constitucional que recoge en su **artículo 9.3** el principio de jerarquía según el cual ***La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa…*** que supone ser una estricta subordinación entre las fuentes de forma

[6] Parada, Ramón, *Derecho Administrativo. Parte General*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 36.

[7] Alzaga Villamil, Óscar y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 313: "Es la fuente del Derecho que regula la producción del Derecho".

que la norma superior siempre deroga la norma inferior y la inferior es nula cuando contradice la norma superior.

La Constitución, en los artículos 81 a 96, va a establecer la regulación del proceso de elaboración y materias de las leyes y sus clases (ordinarias y orgánicas), los decretos leyes, los decretos legislativos y los tratados internacionales. El artículo 153 a) contempla la división de la función legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas con la posibilidad de normas autonómicas con valor de ley. El 97 y 105 la potestad reglamentaria del Gobierno y la regulación procedimental sobre las disposiciones administrativas. El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene cabida en el artículo 164. Por último, el artículo 9 de la Constitución recoge los principios de jerarquía y publicidad, de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de derechos individuales.

Dentro de un ordenamiento jurídico complejo como el español es preciso llevar a cabo un procedimiento de ordenación de fuentes que permitan resolver las contradicciones que se puedan producir. Han sido cinco los criterios[8]:

a) El cronológico que se basa en el aforismo latino *lex posterior derogat priori* se aplicará a normas de igual o inferior rango con los límites que establecen los ámbitos competenciales propios del Estado y de las CC. AA.; y sin contemplar las leyes especiales que regulan situaciones particulares pero dejan vigentes las situaciones ordinarias.

b) El principio de jerarquía en el artículo 9.3 de la CE. que proclama que "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa…". El Código Civil, en su artículo 1.2 establece que "carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior". Las leyes serán las normas aprobadas por las Cortes. El real decreto por el Gobierno, las órdenes ministeriales por los Ministros, las resoluciones las disposiciones de autoridades inferiores. Este principio tendrá una fuerza activa al derogar la norma superior la norma inferior y otra pasiva al ser nula la norma inferior que contradice la superior.

c) El principio de competencia implica atribuir a un órgano o ente concreto la potestad de regular determinadas materias o de dictar cierto tipo de normas con exclusión de los demás. Este principio, que no se reconoce por algunos autores, lo entienden implícito al principio de legalidad. De esta forma no es posible dictar una norma de otra naturaleza sobre una materia que está reservada a una fuente concreta ni un órgano con capacidad normativa puede dictar una norma de su propio rango formal cuando verse sobre materias reservadas a otros órganos. Estas materias podrán ser

[8] Alzaga Villamil, Óscar y otros, *Derecho Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 328 y ss.

propias de las Cámaras legislativas (reglamentos parlamentarios), de los Colegios profesionales (estatutos), de las CC. AA. (leyes y reglamentos autonómicos) o de las Corporaciones Locales (reglamentos y ordenanzas municipales).

d) El principio de prevalencia del derecho estatal recogido en el artículo 149.3 de la CE. "Las competencias sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas"

e) El principio de supletoriedad del derecho estatal previsto en el artículo 149.3 in fine "El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas" que pretende dotar de coherencia al conjunto del ordenamiento jurídico español permitiendo elementos complementarios.

El valor superior que ocupa en el sistema de fuentes la Constitución se declara en el **artículo 5** de la **LOPJ**, dice en su apartado primero que: ***La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso*** *" continúa en su apartado tercero estableciendo "****sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.***

La Constitución tendrá una aplicación directa por jueces y la Administración como recoge el artículo 53 de la Constitución en materia de derechos fundamentales y libertades públicas mientras que los principios rectores de la política social y económica cumplirán una función interpretativa e integradora que tendrán que contenerse en otras normas.

También se desprende del artículo 9.1 de la Constitución que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" situándola en un plano superior. El Título IX de la CE. permite al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas con rango de ley que contravengan los mandatos constitucionales, otorgar amparo por las violaciones que sufran los derechos y libertades garantizados por la Constitución y salvaguardar las competencias propias del Estado y de las Comunidades Autónomas en los conflictos que surjan al respecto. El artículo 106 del mismo texto permite a los Tribunales ordinarios, al controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, anular reglamentos y actos de las administraciones contrarios a la Constitución. Por último,

el propio modelo de reforma que prevé el texto del 1978 impide al legislador ordinario reformar la Constitución por los mismos cauces por los que aprueba, modifica o deroga tanto las leyes ordinarias como las orgánicas[9].

Una cuestión relevante que planteó la Constitución de 1978 respecto de la legislación que se había adoptado con anterioridad a su entrada en vigor, adoptada bajo la vigencia de un marco jurídico distinto, fue la de si se le iba a reconocer validez o no. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la STC 4/1981 de 2 de febrero que dijo que "en relación a las leyes preconstitucionales, los jueces y Tribunales ordinarios deberán inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma: o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad".

La supremacía de la Constitución se puede ver disminuida por los Tratados internacionales como se tratará a continuación.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y SU POSICIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

Los Tratados internacionales son una fuente del Derecho que a diferencia del resto de fuentes no procede de ningún órgano del Estado sino que nace del acuerdo de varios Estados o demás sujetos de Derecho internacional y de las obligaciones que asume España con estos. Este hecho va a determinar diversas cuestiones jurídicas que afectan a la posición que ostenta el Tratado en el sistema de fuentes y que se prevén en los artículos 95 y 96 de la Constitución.

La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos Internacionales, apunta en su artículo 2. a) la definición de "tratado internacional", como "el acuerdo internacional celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación".

El Derecho internacional tiene sus propios procedimientos de producción de normas que se encuentra esencialmente codificados en los dos Convenios de Viena sobre Derecho de los Tratados[10]. La celebración de un Tratado suele comprender dos fases

[9] Alzaga Villamil, Óscar y otros, *Derecho Político Español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 317.

[10] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales de 21 de marzo de 1986.

diferenciadas que terminan respectivamente con la firma del tratado que fija su texto definitivo, y con su ratificación formal y ulterior entrada en vigor. Las negociaciones del contenido del Tratado son realizadas por los representantes del Estado. A continuación corresponde asumir al Estado formalmente frente a los demás los compromisos que el tratado incorpora que puede precisar o no de un acuerdo de autorización de asunción del compromiso por el órgano legislativo. La ratificación como acto frente a la Comunidad internacional será realizada por el Jefe del Estado y se hablará de adhesión a un Tratado cuando el Estado se incorpore a acuerdos multilaterales ya en vigor. La vigencia en el plano internacional no implica automáticamente su incorporación al Derecho interno, que puede requerir de algún requisito adicional, por ejemplo, la publicación en el correspondiente Boletín Oficial.

La celebración de los tratados internacionales está reservada en España a los órganos centrales del Estado en relación directa con la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (artículo 149.1 CE) sin perjuicio que las CC. AA. puedan celebrar acuerdos no normativos. El artículo 97 de la CE dice "el Gobierno dirige la política interior y exterior". La Ley 50/1997 en su artículo 5.1.d. establece que corresponde al Consejo de Ministros "acordar la negociación y firma de los Tratados internacionales" y de igual forma el artículo 3 de la Ley 25/2014 le sigue reservando su firma pero se abre también la iniciativa, planteamiento, el desarrollo y conclusión de la negociación a los departamentos ministeriales. En cualquier caso, las Cortes Generales pueden promover la celebración de tratados y asimismo obstaculizarla mediante actuaciones que interfieran la iniciativa gubernamental.

La Constitución española prevé la intervención del Parlamento, en el capítulo III del Título III en los artículos 93 a 96, distinguiendo tres tipos de tratados según la materia sobre la que versen y estableciendo distintos requisitos:

1) El **artículo 93** recoge que 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. Se abre paso de esta forma a que una organización o institución supranacional ejerzan competencias legislativas, ejecutivas o judiciales con alcance obligatorio y eficacia directa sin necesidad de ulterior consentimiento del Estado.

   En aplicación de este precepto se produjo la incorporación de España a las Comunidades Europeas mediante la LO 10/1985 y por medio de ley orgánica se ha autorizado las ratificaciones de las sucesivas reformas de sus tratados constitutivos. También ha sido el procedimiento para autorizar la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por LO 6/2000. No obstante, se eludió esta vía de LO en

los tratados como son el de adhesión a la OTAN y el de ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

b) **El artículo 94** contempla los Tratados que requieren de autorización de las Cortes Generales pero no mediante ley orgánica, sino mediante un acuerdo de las Cámaras. Se exigirá para los Tratados de carácter político o militar, para los que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I y para los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública. Se precisará de 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.

c) **Todos 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 Senado.

d) Las Cortes también intervendrán en los casos que haya que **modificarlos o poner término a estos**, a tenor de lo establecido en el artículo 96.2 de la CE "para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación".

El artículo 96 contempla la incorporación de los Tratados al ordenamiento jurídico interno "una vez publicados oficialmente en España"[11]. El artículo 1.5 del Código Civil establece que "Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»". Esta redacción también se reproduce en la Ley 25/2014. De todo esto se deriva que la publicación es una condición de aplicabilidad del Tratado por razón de los principios de seguridad jurídica y publicación de las normas. En relación a las normas adoptadas por entidades supranacionales a las que se las haya transferido competencias en virtud del artículo 93 CE no será preciso su publicación[12].

Los Tratados no afectan a la posición de la Constitución como norma jurídica suprema, se entiende que el contenido del Tratado se encuentra

[11] El artículo 24 de la Ley 25/2014 dice que "incluirá el texto íntegro del Tratado junto a cualesquiera instrumentos y documentos anejos o complementarios… Además, se publicará la fecha de entrada en vigor del tratado".

[12] Dejando a salvo la publicación de las normas emanadas de la Unión Europea en el Diario Oficial de la Unión Europea.

subordinado a la CE, de esta forma, el artículo 95.1 dice que "la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". No se podrá aprobar un Tratado contrario a la Constitución salvo que se reforme esta.

La función de comprobar la compatibilidad del Tratado a la Constitución corresponde al TC por el procedimiento especial previsto en el artículo 95.2: "El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no tal contradicción". De esta forma, la decisión del Tribunal es vinculante y si se pronuncia diciendo que hay contradicción no se podrá concluir el Tratado sin revisión constitucional. Otra forma de controlar la validez del Tratado a posteriori se deduce del artículo 96 que considera incorporados al ordenamiento jurídico los Tratados "válidamente celebrados", por lo que los que lo hayan sido con infracción de normas constitucionales podrán ser declarados inválidos y de eficacia interna nula. Esa declaración será independiente de la responsabilidad internacional en que pudiera incurrir el Estado en caso de incumplir sus obligaciones derivadas del Tratado.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional cumple la función de adaptar la Constitución a la realidad cambiante, sirve al modo de válvula de seguridad que impide una ruptura constitucional y permite una solución de continuidad entre dos regímenes sucesivos con intervención del poder constituyente originario en la creación del segundo.

Además de la reforma constitucional existe[13] otra vía de evolución constitucional que viene marcada por la jurisprudencia constitucional que permite actualizar los preceptos contenidos en la Constitución al desarrollo cambiante de la sociedad.

La vieja idea, que presidía las primeras Constituciones liberales, de considerar sus contenidos inmutables al ser conquistas históricas que debían ser mantenidas para siempre en el tiempo pronto fueron rechazadas por la necesidad de adaptarse a la realidad cambiante y no convertirse en documentos huecos ajenos a la sociedad. Como señala Pedro de Vega[14] el que las constituciones contengan procedimientos reforma permite que sean instrumentos de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política; son mecanismos de articulación de la continuidad del Estado y son una insti-

[13] VVAA, *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 51.

[14] De Vega, P., *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 67.

tución básica de garantía que refuerza el papel superior que tiene la Constitución frente a la ley ordinaria al exigir un procedimiento más rígido.

La Constitución dedica el Título X (artículos 166 a 169) a regular dos procedimientos de reforma caracterizada por su naturaleza rígida, distinta y más compleja que el procedimiento legislativo ordinario. De esta forma se asegura la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes que no pueden reformarla sin un procedimiento específico. El **procedimiento** ordinario de reforma es el regulado en el artículo 167 para supuestos parciales y el artículo 168 prevé el **procedimiento agravado** de reforma para casos de revisión total de la Constitución o materias de mayor relevancia al orden político y que presenta una mayor complejidad y dificultad.

Artículo 167: ***1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.***

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168. 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

La iniciativa de la reforma constitucional, tanto en el procedimiento ordinario como en el agravado, se somete a los mismos requisitos del momento en que se puede iniciar y los sujetos habilitados para hacerlo.

En cuanto al **momento de su inicio** la Constitución prohíbe en el artículo 169 que una reforma constitucional pueda iniciarse "en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116". Parece buscar el Constituyente con esta redacción que la reforma de la norma fundamental se realice en una situación de normalidad política y no en periodos de crisis lo cual puede afectar al sentido de la decisión. De todas formas al señalar el límite del inicio no impide que su tramitación o sus fases posteriores sí que se puedan llevar a cabo en tiempo de guerra o los estados del artículo 116. En cualquier caso la Ley Orgánica 2/80 que regula los referendum, que serán precisos para una reforma constitucional, impide que estos puedan ser realizados en estados de excepción y sitio o los noventa días posteriores a su levantamiento.

Respecto de los **sujetos habilitados** para iniciar el procedimiento, según el artículo 166 CE, se remite a los términos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 87 CE en la forma establecida para la iniciativa correspondiente al procedimiento legislativo ordinario. De esta manera la iniciativa corresponde al Gobierno, a cada una de las Cámaras de la Cortes y con notables limitaciones a las Asambleas legislativas de las CC. AA.[15], quedando excluida toda posibilidad de iniciativa popular en relación con la reforma constitucional al no encontrarse mencionado en el artículo 166 CE.

El **procedimiento ordinario de reforma** presenta diversas variantes. La modalidad básica el proyecto de reforma ha de ser aprobado por mayoría de tres quintos por cada una de las Cámaras. Se contempla la posibilidad de que ambas Cámaras discrepen del texto aprobado por cada una de ellas en cuyo caso se constituye una Comisión Mixta de composición paritaria de diputados y senadores cuya misión es lograr un texto consensuado que se someterá a ambas Cámaras para su aprobación por mayoría de tres quintos. Otra segunda modalidad de reforma consiste en que el texto sometido a las Cámaras sea aprobado por ambas pero sin alcanzar en el Senado la mayoría requerida de los tres quintos de sus miembros. En este caso, siempre que la reforma hubiere alcanzado en el Senado la mayoría absoluta de sus miembros el Congreso puede aprobar la reforma si alcanza la mayoría de dos tercios. Por último, una tercera modalidad supone la intervención del electorado, si lo solicita la décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras[16], la reforma ya aprobada por las Cortes Generales por el anterior procedimiento ha

[15] Sólo se les reconoce la posibilidad de solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de reforma o bien remitir a la Mesa del Congreso una proposición de reforma constitucional.

[16] En principio 35 diputados y aproximadamente 25 senadores.

de ser sometida a referendum para su ratificación. Esta solicitud ha de hacerse dentro de los quince días siguientes a la aprobación definitiva por las Cortes.

El **procedimiento agravado de reforma** se trata de una vía extremadamente rígida y compleja. Este procedimiento es el obligado cuando la propuesta de revisión sea total de la Constitución o cuando, aún siendo parcial, "afecte" al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección Primera del Título I, o al Título II.

Por revisión total de la Constitución debemos entender aquélla que afecte de modo relevante a todas sus partes aún cuando quede algún precepto sin modificar. El Título Preliminar contiene los preceptos que proclaman los principios y valores básicos del ordenamiento constitucional. La Sección Primera del Capítulo segundo del Título I comprende la regulación de los derechos fundamentales y las libertades públicas (artículos 15 a 29), que gozan de una protección superior según el artículo 53.2 CE. El Título II trata de la Corona. El término afectar comprende no solo con los preceptos incluidos expresamente en esas partes sino también a aquellos que indirectamente afecte.

En estos casos, la decisión de efectuar la reforma ha de ser aprobada por mayoría de dos tercios de cada Cámara. En el caso de que el principio de reforma constitucional sea aprobado por la citada mayoría en ambas Cámaras y se ha de proceder a su inmediata disolución. Las Cámaras elegidas a continuación deben primero ratificar la decisión para lo cual no se exige ninguna mayoría cualificada bastando por consiguiente que haya una mayoría simple a favor de la reforma. De ser así han de proceder seguidamente al estudio del texto de proyecto o proposición de reforma constitucional que deben ser aprobados en ambas Cámaras por mayoría de dos tercios. Una vez aprobada por las Cortes Generales, la reforma ha de ser sometida, en este caso necesariamente, a referendum para su ratificación.