

CONCEPTO DE LEY Y TIPOS DE LEYES (Notas acerca de jerarquía y competencia)*

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA
Universidad de Chile

I. LEY FORMAL Y LEY MATERIAL

En otro lugar hemos abordado la definición de ley, de dominio legal y las relaciones ley-reglamento, por lo que proponer una pretenciosa reconstrucción dogmática del concepto ley en nuestro ordenamiento jurídico, seguirá siendo una tarea pendiente. Este trabajo recoge un conjunto de apostillas, con un relativo orden acerca del concepto de ley y los tipos de ley en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos sostenido la quiebra teórico-práctico de la soberanía de la ley, a la luz de los sistemas de Jurisdicción Constitucional y del concepto tradicional de ley en el contexto del Estado benefactor. El concepto tradicional de ley, define este acto normativo por sus caracteres materiales: generalidad, abstracción y coercibilidad, y por el órgano y procedimiento estatuido en la Constitución. Tal concepto es teóricamente inadecuado para formular una noción "unitaria" de ley en nuestro ordenamiento.

En cuanto a los caracteres materiales de generalidad y abstracción, existe una evidente imprecisión e insuficiencia (Bobbio). "Imprecisa porque normalmente no quedaba bien claro si los dos términos de "general" y "abstracto" se usaban como sinónimos. ("las normas jurídicas son generales o abstractas") o como poseedoras de los significados diferentes ("las normas jurídicas son generales y abstractas"). Insuficiente porque no abarcaba todo el campo de los actos jurídicos que habitualmente se venían llamando normativos"¹.

En nuestro medio, la definición de ley del artículo 1º del Código Civil "declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite", es congruente con un concepto formal de ley que se prolonga hasta la Constitución de 1925, en que la ausencia de una cláusula de dominio legal cerrada, otorga una competencia genérica y una amplia libertad al legislador. "La soberanía del legislador -señala Cea Egaña- representante de la Nación podía, de acuerdo a la Constitución de 1925, expresar la voluntad general con cualidad inicial e incondicionada. En tal carácter, esa voluntad era dueña de atribuir valor de ley tanto a

* Ponencia a Jornadas de Derecho Público, Universidad Católica de Valparaíso, 21-23 de noviembre de 1996.

¹ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho* (trad. y estudio A. Ruiz Miguel) F. Torres Editor, Valencia, 1980. Pág. 293.

los preceptos que reunían las características de una ley genuina como a los que satisfacían las condiciones formales pero no las sustantivas". Para Cea Egaña esto dio origen a la coexistencia de leyes materiales y formales, recordando que del período 1926 a 1973, se aprobaron 13.893 leyes, de las cuales el 52% (7.207) tuvo carácter individual, el 40% (5.524) alcanzó sectores, actividades, zonas o instituciones determinadas y el 8% (1.162) fue de aplicación general. La conocida definición de ley del artículo 1º del Código Civil es un concepto decimonónico-liberal que en su dimensión formal concibe a este tipo de normas como producto de un órgano y producto de un procedimiento específico, que deviene en fuente prevalente o primaria del ordenamiento jurídico; y dada su omnipotencia tiene una competencia de regulación incondicionada. En el contexto de la Constitución vigente Paulino Varas somete a crítica el concepto formal del artículo 1º del Código, estimando que no es una definición "feliz" en el fondo y en la forma, "en el fondo, no da una idea clara del objeto de la ley; y en la forma, porque tal como está escrita parece decir que manda, prohíbe o permite, por estar manifestada en la forma prescrita por la Constitución, no por ser declaración de voluntad soberana..." Paulino Varas concluye proponiendo un concepto material de ley: "es toda norma de carácter general y obligatoria que estatuye las bases de un ordenamiento jurídico".²

En nuestra jurisprudencia tradicionalmente predomina un concepto formal de ley, como lo demuestra un importante fallo de la Corte Suprema en sede de casación fondo, que declara: "4º Que el vocablo ley en materia jurídica queda comprendido en su alcance o significado, dentro del ámbito de la terminología empleada en la ciencia del Derecho y debe ser interpretado por lo tanto de acuerdo con la regla del artículo 21 del Código Civil, en el sentido que le den los que practican dicha "ciencia" , que consiste en la definición que de él da el artículo 1º del título preliminar de ese mismo cuerpo legal..." "5º Que la regla hermenéutica jurídica del artículo 19 inciso 1º del Código Civil, entre las contempladas en este cuerpo de leyes para la interpretación de "la ley", donde evidentemente, al concepto que está expuesto en la definición que consigna en su artículo 1º..." (S.C.S. de 20 de octubre de 1980, R.D.J. tomo I.XXVII, 1980, Editorial Jurídica, Stgo., 1980)

De alguna manera la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional rescata un concepto material de ley en razón de sus características o atributos, en especial generalidad y abstracción que conectan con el principio de igualdad. El Tribunal Constitucional en un fallo recaído en el requerimiento al proyecto de traslado del Congreso Nacional, destacó en el marco de la cláusula de dominio legal máximo, que la ley debe contener "solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación" (S.T.C. Rol 242, de 1996), y que el dominio de la ley debe ser "limitada sólo a la bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar en el ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo" (Cons. 17º).

En virtud de esta nueva doctrina jurisprudencial una ley que invada el dominio reglamentario del Ejecutivo viola el artículo 60, y el artículo 7º de la Carta, por cuanto invade una facultad que es de competencia reservada al Poder Ejecutivo.

En el marco de la Constitución vigente el concepto tradicional de ley resulta inadecuado dado los cambios introducidos: reserva material de ley, reparto de potestades

² CEA EGAÑA, José Luis: *Domínio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980*. Revista Chilena de Derecho, P.U.C., Vol. 11 N° 2-3, 1984. Pág. 419. Paulino VARAS: *El Nuevo Concepto de ley en la Constitución de 1980*. Revista Chilena de Derecho, PUC. vol. 11, 1994, pág. 378 y ss.

normativas que rearticulan la relación ley-reglamento, y la instauración de una verdadera tipología de leyes, entre otros. En este lugar nos ocuparemos precisamente de los tipos de ley, y los criterios de ordenación de las leyes en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

II. TIPOS DE LEY

La determinación de tipos de ley en la Constitución de 1980, constituye una innovación insuficientemente estudiada, que se inspira directamente en Constitución francesa de 1958, la que también influye en la Constitución española de 1978. Los tipos de ley en concreto combinan elementos formales y materiales, es decir, quórum diferenciados para cada tipo legal, prohibición de delegación de facultades legislativas, eventualmente control obligatorio de constitucionalidad, y reserva material o de contenidos de regulación de fuente constitucional.

1. Leyes interpretativas

Las *leyes interpretativas de la Constitución* son "normas legales" que para "su aprobación, modificación o derogación" necesitarán de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio (art. 63 inciso C.P.R.). Las leyes interpretativas no tienen una competencia material constitucionalmente predeterminada, ya que la interpretación auténtica del legislador puede estar referida a cualquier norma iusfundamental. La interpretación auténtica del legislador de la Constitución no es nueva, la Constitución de 1828 (art.132) y de 1833 (art. 164) autorizaban al Congreso Nacional a interpretar normas constitucionales conforme lo dispuesto en artículos 40 y siguientes (procedimiento legislativo). Un autorizado comentarista como J. Huneus señala que de no existir este precepto (art. 164) la única posibilidad de interpretar de un "modo general y obligatoria" la Carta habría sido mediante el ejercicio del Poder Constituyente. Huneus se pregunta "¿Qué fuerza tienen las leyes interpretativas, dictadas conforme a su art. 164? ¿Necesitan para ser derogadas que se proceda conforme a lo dispuesto en los artículos 165 a 168, por adquirir fuerza idéntica a la de los mismos preceptos constitucionales que con ellas se interpretan; o pueden ser modificadas o derogadas por una simple lei común, dictada conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes"³. Huneus cita las discusiones planteadas en 1842, 1857 y 1865 sobre estas cuestiones en las Cámaras. Huneus señala que las leyes interpretativas pueden derogarse por otra ley, sin sujetarse al procedimiento de reforma constitucional, ya que la ley interpretativa no adquiere el carácter de norma constitucional. "Sería, por otra parte -dice Huneus- tan absurdo ante los principios como chocante en el hecho, suponer siquiera que una lei formada como todas i sin sujeción a las reglas especialísimas que es menester observar para dictar un precepto constitucional, adquiriera este último el carácter i no pudiera ser modificada o derogada sino como disposición fundamental"⁴. La Constitución de 1925 eliminó esta interpretación auténtica por el legislador, pero en la práctica se dictaron innumerables leyes interpretativas.

La Constitución vigente al establecer el tipo de ley interpretativa le asigna un quórum reforzado que le confiere rigidez y estabilidad normativa; pero permite la deroga-

³ HUNEUS, Jorge: *La Constitución ante el Congreso* (2 vol.) Imprenta de los Tiempos, Stgo. 1879-1880. Tomo II, p. 419.

⁴ HUNEUS, J.: Ob. cit. pág. 421.

ción de tales leyes despejando el problema de la incorporación de la ley interpretativa a la Constitución⁵.

2. Leyes orgánicas constitucionales

Las *leyes orgánicas constitucionales* son "normas legales" que requerirán "para su aprobación o modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de diputados y senadores en ejercicio" (art. 13 inciso 2º). A esta conceptualización formal deber agregarse que la Constitución le asigna materialmente al legislador orgánico una competencia de regulación específica (art. 18, art. 19 N° 11, inciso final; art. 19 N° 15, inciso quinto; artículo 19 N° 24, inciso séptimo, artículo 38; artículo 41 N° 9; artículo 48 N° 2, artículo 71, artículo 74; artículo 81, inciso final, artículo 84 inciso final, artículo 88 inciso final; artículo 94, inciso primero; artículo 97, artículos 102, 103, 104, 105, art. 107, artículo 108, inciso primero; artículo 111, artículo 117 inciso final todos de la Constitución Política de la República - C.P.R.-). Finalmente, la ley orgánica constitucional está sometida a control obligatorio y preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (art. 82 N°1, C.P.R.), y tiene vedada la delegación de facultades legislativas (art. 61 inciso segundo y tercero C.P.R.).

En relación a la competencia del legislador orgánico se han planteado clasificaciones de leyes orgánicas: *rigidas* o *cerradas* (que tienen una competencia específica no pudiendo entrar a regular otras materias con carácter orgánico) y *amplias* o *abiertas* (que no tiene un campo de acción determinado, dependiendo del legislador su extensión)⁶, o bien, una triada en relación a la densidad de la competencia: legislación orgánica de "*competencia general*", legislación orgánica de "*competencia básica*" y legislación orgánica de "*competencia específica*".

Tempranamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha introducido a la definición formal de ley orgánica elementos materiales que no están en la Constitución: "No ha estimado necesario nuestro sistema jurídico definir el alcance conceptual de ley orgánica constitucional. Queda por tanto al intérprete determinar en cada caso su contenido específico diferenciándola, por una parte, de los preceptos constitucionales y sus leyes interpretativas y, por la otra, de la ley común. Esa tarea permitirá establecer tanto dicho contenido imprescindible como sus elementos complementarios, esto es, aquellos elementos que lógicamente, deben entenderse incorporados en el rango propio de esa determinada ley orgánica constitucional" (S.T.C., Rol N° 4, de 1981). En otro fallo el Tribunal Constitucional señala en relación a la ley orgánica constitucional: "Su objetivo es desarrollar un texto armónico y sistemático de los preceptos constitucionales en aquellas materias que el constituyente ha reservado a dichas leyes" (S.T.C., Rol N° 7, 1981). "Según su filosofía matriz, puede decirse que esta nueva categoría de leyes está llamada a ocupar un lugar intermedio entre la Constitución, la ley común". Tal aserto consignado en un fallo del Tribunal, no volverá aparecer en la jurisprudencia sobre la materia, dado que la jurisprudencia posterior gira en torno a los conceptos de "complemento indispensable" y de "armonicidad y sistematicidad", como componentes materiales que define a la ley orgánica constitucional (S.T.C. Rol N° 38, de 1986;

⁵ Opinión en contrario de Alejandro SILVA BASCUÑAN: *Interpretación de la Carta a través del legislador*. Revista Chilena de Derecho N° 2-3, vol. II, P.V.C., 1984. Pág. 361-363.

⁶ BULNES A. Luz: *La Ley Orgánica Constitucional*. Revista Chilena de Derecho N° 2-3, Vol. 11, P.V.C., 1984. Pág. 237-238.

⁷ ZAPATA L., Patricio: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* Corporación Tiempo 2.000, Stgo., 1994. Pág. 106-108.

S.T.C. Rol N° 39, de 1988; S.T.C. Rol N°90, de 1990; S.T.C. Rol N° 115, de 1990; S.T.C. Rol N° 141, de 1992).

Los conceptos de "*complemento indispensable*" y de "*armonicidad y sistematicidad*" han contribuido a una verdadera inflación de la ley orgánica constitucional. En este contexto el fallo del Tribunal Constitucional recaído en el requerimiento del proyecto de ley de plantas de la Contraloría General de la República da un vuelco en relación a los conceptos torales de raíz material con que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había acuñado una definición de ley orgánica constitucional. El Tribunal señala que las leyes orgánicas "...han sido incorporados a la Carta Fundamental, restrictivamente y en forma muy excepcional, para regular, y en lo medular, ciertas instituciones básicas con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar" (S.T.C. Rol N° 110, de 1992). Con todo es prematuro afirmar que el vuelco del Tribunal Constitucional será constante, más aún tenemos dudas en este punto dado que la jurisprudencia posterior es involucionista (S.T.C. Rol N° 176, de 1993).

3. Leyes de quórum calificado

Las *leyes de quórum calificado* son aquellas normas legales que requieren para su modificación, establecimiento o derogación de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio (art.63, inciso tercero C.P.R.), y respecto de las cuales no cabe delegación de facultades legislativas (art.61 inciso segundo C.P.R.). Las leyes de quórum calificado también se determinan conforme un criterio material, es decir, materias que el constituyente ha estimado de importancia estableciendo una rigidez reforzada (art. 9, artículo 11 N°3; art. 17 N° 3, art. 19 N° 1, inciso tercero; artículo 19 N° 12; artículo 19 N° 18 inciso segundo; artículo 19 N° 21 inciso segundo; artículo 19 N° 23, inciso segundo, artículo 60 N° 7, art. 60 N° 16, inciso segundo; art. 92 y art. 99, inciso segundo (C.P.R.).

Con todo, la reforma constitucional promulgada por Ley N° 19.055, de 1991, introdujo un tipo especial de ley de quórum calificado; las leyes que concedan indultos generales y amnistía tratándose de delitos contemplados en el artículo 9° (delitos terroristas), que requerirán del quórum de dos terceras partes de diputados y senadores en ejercicio (art. 60 N° 16, inciso segundo C.P.R.)

4. Legislación ordinaria o común

Las *leyes ordinarias* son "normas legales" que requerirán del quórum de mayoría de los miembros presentes en cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 65 y siguientes. A esta definición formal debe agregarse como componente material las múltiples reservas legales que la Constitución establece, v.gr. art. 60 N° 2 C.P.R. Dado que teóricamente el ámbito del dominio legal se encuentra taxativamente recogido en el artículo 60 de la Carta, complementada por una potestad reglamentaria de gran amplitud (de ejecución y autónoma), a este componente material se agregan dos consideraciones relevantes para comprender adecuadamente el concepto de ley ordinaria.

En primer lugar, el dominio legal tiene tal amplitud, que la cláusula de dominio legal máximo es una ilusión, más aún a la luz de la jurisprudencia relativa a la relación

ley-reglamento⁸. En segundo lugar, la Constitución establece leyes de bases o marco, es decir, un tipo especial de ley que estatuye bases esenciales o materias básicas en normas generales y obligatorias, encomendando su desarrollo y complemento a la potestad reglamentaria (artículo 60 N° 4, N° 18 y N° 20). En este sentido las *leyes de bases* constituyen en principio una técnica para restringir el ámbito material de la ley (competencia del legislador) reforzando la potestad reglamentaria, correspondiéndole al legislador determinar el núcleo esencial o bases esenciales de la materia a regular, encomendando al reglamento su ejecución y complemento normativo⁹.

Asimismo, debemos considerar que las características de generalidad y abstracción exigidas para la ley material en el concepto tradicional no concurren en lo concerniente a las leyes ordinarias, dado el importante número de leyes individuales o de contenido particular: ley de rehabilitación de nacionalidad (art. 11, inciso final C.P.R.); ley de expropiación (art. 19 N° 24, inciso tercero C.P.R.); leyes que confieren honores públicos (art. 60 N° 5), leyes que modifiquen forma o características de emblemas nacionales (art. 60 N° 6) y leyes financieras (art. 60 N° 7, N° 8, 9, 10, 12) y de presupuestos del sector público (art. 64 C.P.R.), entre otras.

De lo expuesto podemos colegir que el concepto de ley ordinaria o común constitucionalmente adecuado es un concepto formal, es decir, hace referencia a actos expedidos como conformes a un procedimiento legislativo y que emana de órganos estatales habilitados, con un contenido, en la práctica, no predeterminado taxativamente en la Constitución.

III. TIPOS DE LEYES: JERARQUÍA O COMPETENCIA

Ciertamente no es este el lugar para dar noticia de la discusión habida en la doctrina francesa¹⁰ y en la doctrina española¹¹ acerca de la naturaleza de la ley orgánica en particular y de la articulación de los diversos tipos de ley en el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la genealogía de la "ley orgánica" en el Derecho Público francés, Jean-Pierre Camby se remonta a los senados consultos "orgánicos" de la Constitución del

⁸ ZUÑIGA U., Francisco: *Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En curso de publicación.

⁹ MOLINA GUAITA, Hernán: *La distribución de materias entre el dominio legal y el dominio reglamentario*. En XVIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, 1988, Pág. 31-37. Idem: Jorge TAPIA VALDES: *Norma de Clausura, Ley de Bases y Delegación de Facultades Legislativas*, IV Jornadas de Derecho Público, Ed. Jurídica Stgo. 1966, p. 51 y ss.

¹⁰ En la doctrina francesa es útil consultar: - Jean-Pierre CAMBY: *La loi organique dans la Constitution de 1958*. *Reveu du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'Extranger*, N° 5, 1989. - Marcel PRÉLOT: *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel* Dalloz, 2ª ed., 1961. Pág. 748-752, 763-764, 796 y ss.

¹¹ En la doctrina española consultar: - Fernando GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo* (2 vol.), Edit. CEC, Madrid, 9ª ed., 1985. Vol. I, págs. 314-324. - Luis PRIETO SANCHIS: *Estudios Sobre Derechos Fundamentales* Edit. Debate S.A., Madrid, 1990. Pág. 178-183. - Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1991. Vol. I, págs. 313-332. - Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo* (2 Vol.), 5ª ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, reimp. 1992, Vol. I, págs. 148-161. - Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* Edit. Ariel S.A., 1ª ed., Barcelona, 1987. Pág. 111 y ss. - Javier PÉREZ ROYO: *Las Fuentes del Derecho* 4ª ed. 1988, 2ª reimp. 1991, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1991, Pág. 59-87.

año XII, artículo 69 de la Charte de 1830, artículo 115 de Constitución de 1848, y a Leyes Constitucionales de 1875. Sin embargo, dos características son propias de estos antecedentes: ausencia de dominio de atribución coherente y ausencia de valor jurídico formalmente distinto a la ley ordinaria. Asimismo, bajo la Constitución de la IV República la "ley orgánica" constituye un conjunto de disposiciones de "complemento" de la Carta que regulan instituciones, y que son jerárquicamente leyes, no poseyendo una jerarquía especial o dominio reservado. En suma la "ley orgánica" es una noción "inútil" (M. Quermone) que no se diferencia de la ley ordinaria en ningún atributo significativo. En cambio, la Constitución de 1958 innova, puesto que precisa el campo de competencia de la ley orgánica, determina un procedimiento específico de adopción y de control de constitucionalidad. En la actualidad la "ley orgánica" está omnipresente en las instituciones de la V República, pero no es omnipotente y su valor jurídico (valor, fuerza y rango) impreciso. En cierta medida los problemas de la "ley orgánica" derivan de la diversidad de ámbitos de normación, heterogeneidad circunscrita por la jurisprudencia del Consejo Constitucional, no así su lugar en el sistema de fuentes. Tal jurisprudencia afirma la especificidad de la ley orgánica, pero no fundada en una eventual superioridad frente a la ley ordinaria (D.C. N° 88-242 de 10 de marzo de 1988), más bien se trata de circunscribir (estabilizar) el ámbito de competencia del legislador orgánico (80 textos orgánicos) poniendo fin a un concepto exorbitante. Además, no existen razones de texto para afirmar un "valor" jurídico específico a la ley orgánica, que la distinga de la ley ordinaria (Camby), limitándose la ley orgánica a garantizar una competencia al legislador. En este contexto la posibilidad de completar el artículo 34 de Constitución francesa, es una cuestión que excede estas coordenadas de análisis. En suma, en relación a la jerarquía normativa de la ley orgánica podemos afirmar con Camby, que este tipo de ley está subordinada a la Constitución; no podrá afectar principios constitucionales, posee un "valor" superior a los reglamentos de las asambleas y al poder reglamentario del Gobierno; pero en lo concerniente a una eventual relación jerárquica con la ley ordinaria no existen argumentos que permitan inclinarse por una respuesta positiva, aunque la jurisprudencia constitucional sea equívoca.

En nuestra doctrina, al igual que en el Derecho Comparado, se ha planteado la discusión en torno al principio articulador de estas categorías de ley en el sistema de fuentes del Derecho. Para algunos autores (Bertelsen, de la Fuente, Pantoja, Quinzio, entre otros)¹² las leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado, tienen una "jerarquía normativa" superior a las leyes ordinarias, puesto que el procedimiento legislativo en las primeras se caracteriza por poseer quóruns agravados para su aprobación, modificación o derogación, lo que les confiere superlegalidad, virtualidad propia de leyes complementarias de la Carta. Otros autores (Nogueira, Bulnes, Daniel, Pierry, entre otros)¹³ sostienen que leyes orgánicas constitucionales y leyes de quórum calificado se articulan en el sistema de fuentes en virtud de un principio de competencia o distribución de materias, es decir, la Constitución reserva a determinadas categorías

¹² Consulta: - Felipe DE LA FUENTE y otros: *El Congreso Nacional. Estudio Constitucional, Legal y Reglamentario*. CEAL-UCV, Valparaíso, 1993. Pág. 333-338. - Raúl BERTELSEN: *Informe en Derecho* publicado en Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, N° 3, 1992 pp. 549-573. - Rolando PANTOJA: *Bons Generales de la Administración del Estado*. Ediar Carro Sur Ltda., 1987. Págs. 12-13, 19-20.

¹³ Consultar: - Luz BULNES A., Ob. cit. p. 227-239. - Pedro PIERRY A.: *El Ambito de la Ley*. En "El Proceso Legislativo en Chile", CEAL-UCV, Valparaíso, 1992, Pág. 67-88. - Manuel DANIEL, A.: *Algunas Consideraciones sobre la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado*, Gaceta Jurídica N° 79, 1987, Pág. 3-13.

de ley la regulación de materias específicas, con la finalidad de dotar a tales cuerpos normativos de una mayor estabilidad, por lo que en el procedimiento legislativo se establecen quórum especiales para la aprobación, modificación o derogación de preceptos legales orgánicos o de quórum calificado.

Este debate doctrinal, también se ha planteado en España (F. Garrido Falla, O. Alzaga, L. Prieto S. y E. García de Enterría, T.R.Fernández, A. Garrorena, I. de Otto, Pérez Royo, entre otros) y la mayoría de la doctrina descarta la aplicación del *principio de jerarquía normativa*, y utiliza el *principio de competencia*. En la doctrina española, Garrorena, plantea que la Ley Orgánica tiene su sentido en la Constitución francesa de 1958, como categoría que complementa la "reserva de ley establecida en el artículo 34 y la reserva reglamentaria establecida en el artículo 37 y hubiera podido tenerlo en el sistema inicial puesto en el Primer Proyecto de Constitución... que se inspiraba en este modelo, pero que, al abandonarse tal esquema el mantenimiento de la Ley Orgánica constituye una incongruencia notable", se trata de una "cuña de otra madera" que no encaja en el sistema de fuentes.¹⁴ Por otra parte, para García de Enterría y Fernández las categorías de ley "tienen exactamente el mismo valor y rango normativo", puesto que "la jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las mismas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que la producen: el legislador constituyente en su carácter de fundador del sistema: el legislador ordinario, que extrae su legitimidad y su poder del sistema fundado por aquél..."¹⁵ Para estos autores, las categorías o tipos de ley nos obligan a introducir un "*principio de competencia*", en virtud del cual "la Ley ordinaria no puede, en efecto, modificar o derogar una Ley orgánica, pero no puede hacerlo no porque su rango normativo sea inferior al de ésta, sino, más bien, porque la Constitución le veda el acceso a las materias que el artículo 81 de la misma enuncia". Esta doctrina encontró un temprano respaldo (posteriormente matizado) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que v.gr. en Sentencia T.C. de 13 de febrero de 1981 declara: "Cuando en la Constitución se contiene una reserva de ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley orgánica -y no una reserva de Ley ordinaria- sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la norma fundamental..." Luego, la eventual inconstitucionalidad de una ley ordinaria no resulta, pues, de su presunta inferioridad de rango con respecto a la ley orgánica, es decir, de la infracción del principio de jerarquía normativa, sino de la invasión de "ámbitos de competencias" reservados expresamente a la ley orgánica por el artículo 81, esto es, de la vulneración del principio de competencia, que es el que regula las relaciones entre los tipos de ley, imponiendo a éstas un respeto recíproco en atención a las materias que constitucionalmente se le han asignado.

El análisis del lugar de la ley en las fuentes del Derecho y de los tipos de leyes en particular exige precisiones teóricas. La estructura piramidal del ordenamiento jurídico (Stufentheorie) en el esquema de plenitud y coherencia concebidos por A. Mehl y H. Kelsen, se configura sobre la base del principio de jerarquía normativa. Sin embargo, el sistema normativo no es una estructura simple, compuesta exclusivamente de normas como átomos: antes bien, es un complejo internamente organizado en subsistemas, cada una de las cuales reproduce a menor escala la arquitectura del sistema general. Las normas integrantes de cualquier sistema plantean, ya inicialmente, un doble problema:

¹⁴ GARRORENA, Angel: *El lugar de la Ley en la Constitución Española* Edit. CEC, Madrid, 1980.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R: Ob. cit. p. 151.

en primer lugar, su propia diversidad formal, en cuanto emanan de muy diversos sujetos u órganos, y poseen muy distintas denominaciones (ley, costumbre, Constitución, decreto, etc.); en segundo lugar, dichas normas pueden establecer regulaciones contradictorias, entrando en conflicto entre sí. En consecuencia, el sistema normativo, para poder ser calificado como tal, precisa de una serie de reglas para resolver estos conflictos, indicando concretamente al aplicador del Derecho cuál norma, de las que entran en contradicción, ha de ser utilizada primariamente para resolver el caso, con exclusión de las demás. En un sistema normativo, dichas reglas o principios son cuatro: su aplicación conjunta permite imaginar plásticamente dicho sistema. En palabras del administrativista español Santamaría Pastor, cabría distinguir los principios siguientes: "-una *dimensión vertical*, determinada por la subordinación de unas normas a otras en función de su mayor o menor rango o fuerza de obligar respectiva; su expresión es el *principio de jerarquía normativa*; -una *dimensión horizontal*, determinada por el diverso origen subjetivo de las normas en los diferentes entes públicos y órganos que integran el Estado global; su expresión es el *principio de competencia*; -una *dimensión de profundidad*, determinada por la diversificación de las normas (de cada rango y origen) en función del procedimiento exigido para su elaboración y aprobación; su expresión es el *principio de procedimiento*; -y una *dimensión temporal*, determinada por el diverso momento en el que cada norma adquiere validez y vigencia; su expresión es el principio de *sucesión cronológica o de posterioridad*."¹⁶ El principio de jerarquía significa que a las normas que se les asignan diferentes rangos -superior o inferior- según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido: "decir que la ley es superior al decreto -a todas las normas llamadas reglamentarias- significa que toda norma que se dicte con forma de ley, que se aprueba y promulgue como ley, es superior a todas las que se adopten con forma de decreto" (I. Otto). La jerarquía normativa supone aceptar reglas acerca de la validez de las normas, y su relación de supra-subordinación, que se expresa en los conocidos aforismos latinos. "La aparición histórica -según recuerda Santamaría Pastor- del principio de jerarquía normativa se encuentra estrechamente ligada a la del Estado liberal, como un trasunto de la jerarquización que éste establece entre los diferentes poderes públicos o colectivos creadores de normas jurídicas. La jerarquía es, pues, la consecuencia natural de la diferente posición de supremacía política o superioridad orgánica de las organizaciones que emiten los distintos tipos de normas; estas posiciones se objetivan, transfiriendo la superioridad subjetiva de los órganos a sus respectivos productos normativos." El principio de competencia significa que el ordenamiento jurídico, y en último término la Constitución, distribuyen materias susceptibles de regulación entre las diversas fuentes formales que integran dicho ordenamiento; configurando una estructura horizontal que asigna "a ciertas normas -a cierta clase de norma- la regulación de ciertas materias y sólo de ellas, de modo que la norma de que se trate es la única que puede regular una materia en concreto y, además, sólo puede ocuparse de ella" (I. Otto).

Las normas que integran un sistema normativo no se relacionan entre sí en función exclusiva del principio jerárquico. Este criterio es en sí mismo insuficiente para explicar técnicamente dos hechos; primero, el que la Constitución (y, en su caso, normas de rango inferior a ella) atribuya específicamente a un ente u órgano concreto, con exclusión de los demás, la potestad de dictar determinadas normas o de regular determinadas materias. Y segundo, el que la Constitución establezca, dentro del sistema normativo general, subsistemas correspondientes a entes públicos específicos cada uno de ellos

¹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: Ob. cit. pág. 314.

separado y dotado de propia identidad, cuyas normas no pueden ser interferidas, modificadas ni derogadas, más que por las propias del subsistema. En uno y otro caso se produce un acotamiento de ámbitos dentro del sistema general y una correlativa limitación de las normas de un cierto rango jerárquico para incidir en cualesquiera otra de su mismo o inferior nivel (incluso de las leyes, cuya caracterización clásica las presentaba como normas soberanas, que podían incidir libre y absolutamente sobre cualquier punto del sistema normativo). El *principio de competencia* tiene un contenido *positivo* y *negativo*; "*positivamente*, entrañan una protección singular de las normas frente a las demás del sistema normativo, de igual o superior nivel, las cuales no pueden modificar ni derogar aquéllas, salvo si se trata de las mismas normas atributivas de la competencia u otra de igual naturaleza... y *negativamente*, el principio determina la creación de un ámbito competencial immune, cuya vulneración por la norma de otro subsistema o por una norma dictada por un ente u órgano distinto al específicamente competente, determina la nulidad de éstas, precisamente por falta de competencia para ello..." (Santamaría Pastor) Luego, la inconstitucionalidad de una norma legal está dada por la invasión de las materias que la Constitución asigna a normas legales de otro tipo. Por lo tanto, "mientras en la jerarquía formal la invalidación de una norma inferior sólo se produce si hay contradicción con otra, superior, en la *distribución de materias* tal contradicción no es precisa, sino que la norma resulta nula por el simple hecho de haber regulado la materia vedada" (I. Otto)

En consecuencia, las relaciones entre normas legales de diversos tipos, a la luz del principio de competencia son independientes de las relaciones que derivan del principio de jerarquía entre normas legales y normas de inferior jerarquía. V.gr. el artículo 96 inciso final de la Constitución le asigna al reglamento la regulación de la organización y funcionamiento del Consejo de Seguridad Nacional, por lo que conforme al principio de competencia una ley que regule tal materia sería inconstitucional al vulnerar una norma constitucional que consagra una potestad de autonormación, que confiere a una fuente formal: el reglamento, una materia específica de regulación. V.gr. una ley ordinaria que regule elementos del sistema electoral público sería inconstitucional, no por infringir el conjunto de leyes orgánicas constitucionales vigentes sobre la materia, sino por incursionar en la regulación de una materia que el artículo 18 de la Constitución Política le asigna al legislador orgánico. V.gr. una ley ordinaria que estableciere requisitos limitativos en la adquisición de bienes raíces en zonas fronterizas, sería inconstitucional no por vulnerar el D.L. N° 1.939, sino por infringir el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política que le asigna al legislador de quórum calificado dicha materia.

En nuestro ordenamiento jurídico los tipos de ley establecidos en el art. 63 C.P.R. se ordenan conforme a un principio de competencia, concurriendo a la definición de cada tipo de ley elementos formales y materiales según se ha explicado. El artículo 63 de la Constitución Política enuncia los tipos o categorías de ley, poniendo de relieve un *elemento formal*: el quórum de aprobación, modificación o derogación de las normas legales, y el artículo 60 de la Constitución (y sus remisiones) pone de relieve un *elemento material*.

Por otra parte, la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución establece una verdadera "ficción de categorías de ley", de suerte que se entenderá que las leyes vigentes sobre "*materias*" que conforme a la Ley Fundamental deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, "cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales". De suerte que, si persistiese alguna

duda hermenéutica o argumentativa, este precepto en forma concluyente identifica los tipos de ley en razón de la materia que regulan, siendo su jerarquía normativa idéntica, con lo cual cuerpos legales (ley ordinaria) dictados bajo el imperio de la Constitución de 1925, conforme a la Constitución 1980 se entenderán como leyes orgánicas o de quórum calificado. V.gr. la Ley N° 10.336, de 1952, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 88 de la Constitución Política debe entenderse como una ley orgánica constitucional. La aludida ficción es una prueba palmaria del propósito del constituyente de establecer, no un orden jerárquico de leyes, sino una rigidez reforzada a determinadas materias de dominio legal.

Sin embargo, la historia fidedigna del artículo 63 de la Constitución, demuestra cierta ambigüedad en el constituyente autoritario, puesto que al estatuir quórum elevados deseaba conferir estabilidad a ciertos tipos de normas legales, y asegurar un quórum elevado en las sesiones válidas de cada corporación (Cámara de Diputados y Senado).

Una eventual jerarquía normativa de preceptos legales es una idea presente en el debate en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC). Consecuencialmente, parece prudente citar las opiniones de algunos de los miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: "El señor Guzmán solicita resolver el problema relativo a exigir dos tercios de los miembros presentes o la mayoría de los miembros en ejercicio de ambas Cámaras para aprobar una ley común; el señor Bertelsen dice que tal sugerencia se relaciona con la suya, puesto que si el quórum para sesionar es la mayoría de los miembros en ejercicio, necesariamente los dos tercios de los presentes constituye una mayoría calificada de mucho mayor entidad que dos tercios de cualquier número de miembros presentes. A su modo de ver, cincuenta miembros presentes no deben legislar ni siquiera sobre la ley más simple, porque no son representativos; el señor Ortúzar (Presidente) dice que, de aceptarse como norma general la idea del señor Bertelsen, en el sentido de que las leyes deben ser expresión de la mayoría de los Diputados y Senadores en ejercicio, sólo cabría considerar como quórum especial a dos tercios de los Diputados y Senadores en ejercicio; el señor Guzmán afirma que el doble quórum es un *requisito adicional necesario para las leyes orgánicas constitucionales*, y que los dos tercios de los miembros presentes, además, deben constituir mayoría de los miembros en ejercicio. Reconoce que en algunos casos representará una exigencia mayor que la establecida para una reforma constitucional, pero cree que ello tiene su compensación, pues en otros se requerirá de un número menor; el señor Guzmán, a la luz de los argumentos dados en el debate, propone establecer los siguientes quórum: Para entrar en sesión, mantener los ya aprobados -un cuarto de los miembros en ejercicio para la Cámara de Diputados y un tercio de los mismos para el Senado-, en virtud de las razones expresadas por el señor Lorca, que pueden ser válidas para diversos tipos de sesión o partes de la misma. Para la aprobación de la ley común, el de la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, siempre que no sea inferior a un tercio de los miembros en ejercicio de la misma, lo cual se traduce, en el caso de la Cámara de Diputados, en la exigencia mínima de cincuenta votos favorables a un precepto legal. Para la aprobación de las leyes que requieran quórum especial, el de los tres quintos de los miembros presentes de ambas Cámaras, que equivale al sesenta por ciento de los mismos y es, por tanto, más natural y más fácil de calcular que el de los dos tercios. Para la aprobación de las leyes orgánicas constitucionales, el de los tres quintos de los miembros presentes en cada Cámara, con tal que represente, a lo menos, la mayoría de los miembros en ejercicio de la misma, exigencia mínima que, en el caso de la Cámara de Diputados, corresponde a setenta y seis votos. Para la aprobación de

las reformas constitucionales, mantener el quórum, ya aprobado, de los tres quintos de los miembros en ejercicio de ambas Cámaras, equivalente a noventa Diputados y veintisiete Senadores. Arguye que el sistema antedicho, aparte armonizar todos los criterios expuestos en el transcurso del debate, es moderado, muy simple y bastante lógico, como que la exigencia aumenta a medida que se acentúa la importancia de las normas respectivas. El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que hay un solo punto en el cual discrepa de la proposición del señor Guzmán. Se trata, explica, de que, si se está creando una nueva institucionalidad, no puede partirse de la base de que un congresal no cumpla con sus obligaciones. El señor Guzmán aduce que no se trata de favorecer el incumplimiento de obligaciones, sino de que, en la medida en que se exijan quórum muy altos, resultará muy fácil para la minoría, en cuerpos de naturaleza política, retirarse de la Sala y colocar a la mayoría, que puede ser estrecha, en la imposibilidad de aprobar una norma. Estima conveniente facilitar el funcionamiento del Congreso hasta un límite razonable, lo cual, a su juicio, se logra con su proposición, que estima más exigente que la del señor Carmona, ya que ésta permite la aprobación de un precepto con treinta y nueve votos a favor -y no cincuenta- en la Cámara de Diputados; el señor Guzmán pregunta si acaso resultaría muy incongruente exigir tres quintos de los miembros en ejercicio como quórum para aprobar leyes orgánicas constitucionales y reformas constitucionales, evitando la presentación, difícil de aceptar, de un quórum excesivamente elevado (dos tercios de los miembros en ejercicio) para aprobar las reformas constitucionales, no obstante que reconoce que, en este caso, existe un paliativo: el Presidente de la República puede llamar, por su sola voluntad, a un plebiscito y, si cuenta con la mayoría del pueblo, de imponer una enmienda constitucional que el Congreso rechace" (sesión 389ª, celebrada en martes 27 de junio de 1978). Asimismo, en la sesión 353ª de la CENC, se utilizó el concepto de "jerarquía intermedia" para referirse a la jerarquía normativa de las leyes orgánicas constitucionales.

Finalmente, el extenso informe de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 16 de agosto de 1978, al definir la norma legislativa señala que esta debe ser racional y oportuna, con las características siguientes: "a) Propende a que la ley sea una norma de carácter general, dirigida al bien común, que se limite a contener sólo las bases esenciales del ordenamiento jurídico sobre el cual estatuye, sin penetrar en el campo de la potestad reglamentaria que es propio del Poder Ejecutivo; b) Considera los mecanismos adecuados a fin de que el legislador dicte la ley con la prontitud y eficacia que la naturaleza de la hora actual requiere y con el debido conocimiento de las materias que ella aborda. Para ello establece una asesoría técnica, permanente y orgánica en las Comisiones de la Cámara de Diputados encargadas del estudio y elaboración de la ley. Ello permitirá, además, una conveniente y justa participación de los organismos de base social y la incorporación de personas que aporten su experiencia y el saber en la generación de la norma legal; c) Consulta tres categorías de leyes: las orgánicas o complementarias de la Constitución, como por ejemplo lo serán la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, la Ley de Elecciones, Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley Orgánica de la Educación Superior, etc.; las que requieran por mandato constitucional de un quórum calificado de aprobación; y las ordinarias o comunes. Las leyes orgánicas constitucionales, por ser en cierto modo un complemento de los preceptos de la Constitución, y que por lo mismo deberán ser objeto del control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, *y aquellas que requieran de un quórum calificado, por tratar de materias de especial trascendencia*, necesitarán para su aprobación o modificación la mayoría absoluta de los Diputados y Senadores en ejercicio. Las ordinarias o comunes requerirán de simple mayoría de los presentes."

También, cabe destacar que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado ratifica esta doctrina y jurisprudencia en un Informe (Boletín N° S 139-10, de 1993) que responde a una consulta de Sala acerca de si existen en nuestro ordenamiento jurídico proyectos de acuerdo, de aprobación de Tratados, de quórum calificado, orgánico constitucional y modificatorios de la Constitución Política. El Informe en lo atinente a proyectos de acuerdo de quórum calificado y orgánico constitucional declara:

"1) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50, N° 1), de la Constitución Política, la aprobación de los tratados debe someterse a los trámites de una ley, lo que significa que en el procedimiento aprobatorio deben cumplirse las formalidades y requisitos contemplados en los preceptos de la Carta Fundamental que contienen las normas que regulan la formación de las leyes;

"2) En términos generales, los tratados internacionales son instrumentos por los cuales un Estado se relaciona con otro, por lo que, en principio, no deberían significar modificaciones a la legislación interna vigente. Sin embargo, en aquellos casos en que un tratado modifique una norma legal de quórum calificado u orgánica constitucional, el proyecto de acuerdo respectivo debe cumplir los trámites correspondientes, de la misma forma que los proyectos de ley, incluidos los requisitos existentes en materia de quórum, en atención a que tales requisitos tienen por objeto dar *estabilidad a nuestra legislación*. En efecto, el propósito del constituyente al establecer la existencia de las leyes orgánicas constitucionales y de quórum calificado fue asegurar que la regulación de ciertas materias particularmente importantes sólo pudiera ser acordada por las mayorías especiales que la propia Ley Suprema establece, por lo que una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional lleva a concluir que la exigencia de que concurren tales mayorías debe aplicarse a cualquier normativa modificatoria de las mismas, aunque la disposición de que se trate no revista formalmente las características de una ley propiamente tal. De otra manera la intención del constituyente podría ser fácilmente burlada mediante el expediente de sancionar por simple mayoría proyectos de acuerdo aprobatorios de convenios internacionales que incidan en materias que, de acuerdo a la Constitución, necesitan de quórum especiales de aprobación;

"3) El inciso tercero del artículo 50 de la Carta Fundamental estatuye que, "en el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61. Sobre el particular, cabe destacar que entre las normas que son aplicables a la mencionada autorización, de acuerdo a lo señalado en el precepto anteriormente indicado, está la contenida en el inciso segundo del aludido artículo 61, que establece que ella no podrá extenderse, entre otras materias, a aquellas "que deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado". Es decir, si el Congreso Nacional resuelve delegar facultades en el Presidente de la República para la ejecución de los preceptos o acuerdos de un tratado, tal delegación no puede recaer en materias respecto de las cuales el precepto señalado la prohíbe, lo que significa que el constituyente entiende que el nivel normativo de las leyes puede, según la materia de que se trate, ser aplicado a las disposiciones de un tratado internacional, por cuanto, de no ser así no le habría hecho aplicable la norma citada del régimen de delegación de facultades legislativas; y

"4) Según lo preceptuado en el inciso segundo del tantas veces mencionado artículo 50 de la Ley Suprema. De lo expuesto se desprende que tanto el Presidente de la República como, en su oportunidad, el Congreso Nacional deben discernir si en un

tratado existen o no normas que versen sobre materias que sean propias de ley, sin que haya motivo para excluir de ese análisis lo concerniente a la mayoría requerida para la aprobación de aquellas disposiciones que sean propias de ley."

IV. APORAS DE LA DOCTRINA DE LA JERARQUÍA NORMATIVA

Una buena síntesis de los argumentos en favor de la ordenación conforme en principio de jerarquía normativa de los tipos de leyes en nuestro medio la realiza Felipe de la Fuente, por lo que a modo de pretexto, recogemos críticamente:

- Que reconociendo la identidad de rango de los tipos de ley, las leyes interpretativas no podrían ser incluidas dentro de la regla de "equiparidad" (Silva Bascuñán), dado que este tipo de ley tendría rango constitucional. En consecuencia, en órgano legislativo podría dictar normas de rango jerárquico diverso.

- La idea de jerarquía no supondría la existencia de dos normas de igual contenido, sino también la idea de contenidos diversos o contradictorios. "Si se sostuviera -indica F. de la Fuente- que no hay jerarquía entre ley orgánica constitucional y ley simple, habría que llegar a la conclusión que los principios de la ley de Bases y las normas de la Ley Orgánica del Congreso quedarían a merced de la ley común a la que suponen deben orientar".

- La idea de la existencia de leyes "ilegales" sería lógica. "Atendido este trazado -señala F. de la Fuente-, en la mayor parte de los casos no se dará un verdadero conflicto entre el contenido de una ley ordinaria y el de una ley orgánica constitucional, sino que simplemente habrá que determinar a qué tipo de normativa le corresponde legislar la materia dubitada. Por lo tanto, sólo en el caso de una ley orgánica constitucional que dentro de su ámbito establezca normas que deban inspirar o ser observadas por la legislación común será posible hablar de relación jerárquica y de sujeción de las normas de la ley simple o las de la ley orgánica"¹⁷.

De esta argumentación podemos colegir un conjunto de sofismas, a saber: las leyes interpretativas adquieren rango constitucional, las leyes orgánicas y leyes interpretativas orientan o fijan directrices al legislador común u ordinario y la inconstitucionalidad, producida por la contradicción de ley ordinaria de ley superior ("ilegalidad") podría ser establecida por la Corte Suprema; lo que supondría, introducir la ley orgánica, ley interpretativa y la ley de quórum calificado a un parámetro o canon de ponderación de la constitucionalidad; un peculiar bloque de constitucionalidad sería la última conclusión, si nos apegáramos a estos sofismas.

Luego en este punto es obligado hacer una inflexión teórica o dogmática que nos permita definir la ley, su rango, fuerza, valor y posición en el ordenamiento jurídico. En la teoría de la estructura jerárquica (Stufentheorie) la Constitución jurídico-positiva es la primera fuente del ordenamiento, define el esquema de reparto de poderes, de funciones estatales (funciones normativas) que explica todo el proceso de creación y aplicación de normas. A estos poderes o funciones las denominamos: poder constitucional, poder legislativo, poder reglamentario, poder negociado, poder jurisdiccional y otros más, según el grado de complejidad de la organización estatal (Bobbio)¹⁸. De esta suerte, la configuración de un hipotético bloque intermedio de "Constitución semi

¹⁷ DE LA FUENTE, F.: Ob. cit. p. 337.

¹⁸ BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho* (E. Rozo A.) Edit. Debate S.A., Madrid, 1ª ed. 1991, reimp. 1992, Madrid, 1992. Pág. 170 y ss.

rígida" (F. Garrido Falla) integrado por leyes interpretativas, orgánicas y de quórum calificado, rompe con el esquema que todos estos tipos de ley son producto del "poder legislativo", de una función y procedimiento legislativo específico, y de un órgano complejo y asambleario (Congreso Nacional).

En cuanto al concepto de ley hemos sostenido que se produce una compleja confluencia de elementos formales y materiales por lo que un concepto o noción unitaria de ley pasa por el concepto de forma de ley (Kelsen), es decir, con independencia de los contenidos de la ley, su caracterización dependerá del "poder" de la cual emana, órgano, función y procedimiento¹⁹.

De esta manera, el *rango de ley* se refiere al grado que ocupa la ley en la estructura jerárquica del ordenamiento (Diez Picazo, Rubio Llorente)²⁰. "Pues bien -señala Diez Picazo-, es indiscutible que lo verdaderamente peculiar del rango de la ley en la estructura ordinamental consiste en su subordinación directa e inmediata, sin intermediación alguna, a la Constitución, es decir, a la norma suprema que dota de validez y unidad al sistema normativo". La "*primariedad*" de la ley que se traduce en su subordinación a la Constitución, circunscribe el proceso de constitucionalidad en torno a la ley por los órganos de Jurisdicción Constitucional. También la primariedad material de la ley permite al legislador un amplio margen de libertad, lo que está unido al concepto político de democraticidad de la ley.

En relación a la *fuerza de ley*, se designa la cualidad del tipo normativo: ley. "Así, *fuerza activa* -señala Diez Picazo- de la ley es la capacidad que tiene ésta para derogar cualquier disposición anterior de igual o inferior grado jerárquico en tanto que la *fuerza pasiva* de ley es su resistencia a ser derogada por disposiciones ulteriores que no gocen al menos, de un mismo grado en la jerarquía normativa". En este plano monodinámico, predomina un criterio cronológico, para establecer derogaciones de leyes de un mismo tipo; por lo que ante diversos tipos de ley el criterio cronológico (jerarquía) es desplazado por criterios congruentes con principios de competencia y de especialidad procedimental (Bobbio, Santamaría Pastor).

Por último, el concepto *valor de ley*, designa el fundamento o cualidad propia de la ley, la de ser fruto de un órgano de representación política, democraticidad de la ley que fue expuesta plásticamente por el dogma de Rousseau de la voluntad general. La democraticidad de la ley le confiere especial superioridad de entre las fuentes primarias de un ordenamiento, por lo que su única fuente de validez es la Constitución. En consecuencia, rango de ley, fuerza de ley y valor de ley nos permiten situar la posición o lugar de la ley en el ordenamiento jurídico, pero limitadamente, al principio de jerarquía normativa.

Efectivamente el *principio de jerarquía normativa* permite identificar categorías de normas y ordenarlas en bloques, en que la validez de cada bloque de fuentes depende del bloque de superior jerarquía. De esta suerte, la ley, puede ordenarse armónicamente cuando su rango, fuerza y valor es de ley; pero ante la diversidad de tipos de ley el principio de competencia opera como un principio corrector en la estructura piramidal.

¹⁹ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. J. Vemengo, de 2ª ed. veñera de 1960) Edit. Porrúa S.A., México D.F., 1991, Pág. 235-240.

²⁰ DIEZ PICAZO, LUIS M.: *Concepto de Ley y Tipos de leyes*. En "El Parlamento y sus Transformaciones actuales". Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1990. Pág. 144-175. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *La Forma del Poder* Edit. CEC, Madrid, 1993. Pág. 319-332.

En virtud del principio de competencia las normas tienen un órgano *competente* que las dicta, por lo que cuando las leyes (interpretativas, orgánicas constitucionales, de quórum calificado y ordinarias) emanan de un mismo órgano estatal, su diferenciación arranca de elementos materiales (competencia para regular ámbitos específicos) contenidos en la Constitución. De esta forma, la infracción de los principios de jerarquía normativa y de competencia, tiene como consecuencia la invalidez o antijuridicidad (inconstitucionalidad o ilegalidad) por lo que la "norma" inválida será expulsada del ordenamiento.

El *principio de competencia* opera en tres vertientes: orgánica, territorial y normativa. La dimensión o vertiente *territorial* que concierne a órganos con competencias normativas espacialmente determinadas, es propia de Estados descentralizados en lo político. La dimensión *orgánica* que concierne a diversos órganos dotados de potestad normativa y la *normativa* que concierne a tipos de normas con ámbito material de regulación prefijado por la Constitución, tienen importancia en nuestro ordenamiento jurídico. Así, hemos citado ejemplos de normas de *distinto rango* (ley y reglamento) con ámbitos materiales prefijados por el constituyente, y normas de *idéntico rango* (leyes orgánicas y leyes ordinarias) pero dotados de fuerza activa y pasiva propia. La única particularidad es que por obra de la "sistematicidad" y "complemento indispensable" la ley orgánica al intervenir regulando ámbitos materiales no reservados, produce un efecto de *congelación de rango*, sustrayendo de ese ámbito al legislador ordinario. Además, de producirse un conflicto de regulación normativa entre leyes diversas la ley orgánica o la ley de quórum calificado prevalecerá respecto de la ley ordinaria, dado que ésta no tiene la fuerza activa para modificar las leyes de quórum especial. Pero, debe agregarse que fuera del "complemento indispensable" una ley orgánica constitucional que extralimite su ámbito material de regulación, deviene en inconstitucional, por infringir, no la ley ordinaria, sino el principio de competencia.

De lo expuesto cabe concluir que la posición de la ley (tipos de leyes) es constitucionalmente predeterminada, poseyendo un *rango*, una *fuerza* y un *valor de ley* equivalentes, pero los componentes formales que entrañan un reforzamiento de la rigidez de la ley interpretativa, de la ley orgánica y de la ley de quórum calificado, le confieren una *fuerza pasiva específica a cada tipo*. En cuanto a la ley orgánica constitucional, la "sistematicidad" y "complemento indispensable" de las leyes orgánicas "abiertas" genera un efecto de "congelación de rango". También, la posición de la ley y la especial fuerza pasiva de las leyes de quórum especial, tienen un *contenido político autoritario*, que es prolongar en el tiempo el contenido de ciertos cuerpos legales, haciéndolos invulnerables a la ley ordinaria o común, con lo cual se petrifica el ordenamiento jurídico y cualquier modificación de leyes de quórum especial exigirá un consenso con las minorías parlamentarias. De consiguiente, los tipos de ley establecidos por el constituyente autoritario ponen en cuestión el principio democrático, no sólo en la generación del Congreso Nacional (Senado, en particular), sino en lo relativo a concreción del principio de mayoría, como regla productora de decisiones en órganos colegiados y asamblearios.

Ciertamente la regla o principio de la mayoría (Bobbio) exige respeto por las minorías, pero no que éstas condicionen las decisiones de los órganos de representación política. Esta contradicción de la ley interpretativa, ley orgánica y ley de quórum calificado, so pretexto de dotar de estabilidad ciertas materias constitucionalmente prefijadas, nos obliga, precisamente anclados en el principio democrático, a realizar una interpretación restrictiva de su ámbito de regulación normativa.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para concluir, un planteamiento central de esta monografía es tratar críticamente la tesis de una hipotética superior jerarquía normativa de leyes interpretativas, orgánicas constitucionales y de quórum calificado frente a la ley ordinaria. Por tanto debemos descartar la doctrina de la jerarquía normativa de las leyes de quórum especial fundados en antecedentes doctrinales, jurisprudenciales y de derecho positivo, ya que la Constitución al estatuir los tipos de ley en el artículo 63, introdujo un principio de competencia para articular las relaciones entre preceptos legales de diverso tipo y fijar su lugar o ubicación en la pirámide del ordenamiento jurídico, conservando todos los preceptos legales igual rango, fuerza y valor.

Esta conclusión se funda en elementos que recapitulamos, a saber:

1. La determinación de los tipos de ley, en el marco de una definición formal-material de ley, es tomada por el constituyente de 1980 de la Constitución francesa de 1958 y de la Constitución española de 1978, al igual que la cláusula de dominio legal máximo de la Carta gala.
2. Los tipos de ley, específicamente la ley orgánica y de quórum calificado fueron estatuidos por el constituyente, para asignar materias determinadas a la regulación de esta ley, que para su aprobación, modificación o derogación exige el quórum reforzado de cuatro séptimos y de mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio, respectivamente (artículo 63 C.P.R), fijando, además, una prohibición de delegación de facultades legislativas.
3. La historia fidedigna del establecimiento del artículo 63 de la Constitución Política permite colegir que, no obstante hablarse de "jerarquía intermedia", el quórum reforzado tuvo por finalidad dotar de un *plus de estabilidad* a las materias de dominio legal reguladas por una ley orgánica y de quórum calificado, y además, exigir un quórum significativo para constituir válidamente en sesiones a la Cámara de Diputados y Senado.
4. De manera consistente cabe entender que los tipos de ley establecidos en el artículo 63 de la Constitución Política deben ser explicados a la luz del *principio de competencia*, lo que importa descartar el *principio de jerarquía normativa* en la definición del lugar o ubicación de la ley en el sistema de fuentes del Derecho, así como las relaciones que deben existir entre los distintos tipos de ley.
5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional recoge esta doctrina científica, delimitando el campo de la ley a la cláusula de dominio legal máximo y a las reservas específicas al legislador orgánico, de quórum calificado y ordinario. En la práctica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al admitir reservas de ley absolutas, articula una relación ley-reglamento en favor de la primera.
6. El H. Senado a través de un trascendental Informe de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Comisión permanente destinada a dictaminar en derecho a la Corporación, recoge haciendo suya expresamente la doctrina que explica la ordenación de los tipos de ley, conforme un principio de competencia, dado que v.gr. en tratado posee la virtualidad de modificar una ley de quórum especial, si se aprueba en su iter legis con quórum especiales establecidos en razón de la materia, predeterminada en la Constitución.
7. La conjunción de elementos formales y materiales en la conceptualización de cada tipo de ley no hace posible un concepto unitario formal o material, por lo que resulta atendible hablar de forma de ley (Kelsen). A partir de la forma de ley, los conceptos de rango, fuerza y valor de ley engarzan en una función (legislativa), con un iter

legis y con órganos estatales habilitados por la Constitución. Luego, la fuerza pasiva especial de las leyes interpretativas, orgánicas y de quórum calificado, es coherente con la rigidez reforzada establecida para dotar de estabilidad a las materias regladas por estos tipos especiales de ley conforme a la Constitución. Dado el componente autoritario que se oculta en una "Constitución semirrígida" constituida por estas leyes, en especial la ley orgánica constitucional que adolece de inflación en sus materias ("sistematicidad" y "complemento indispensable") y del efecto de congelación de rango, la determinación de sus contenidos materiales de prescripción deberá ser restrictiva. La democraticidad de la ley exige un mínimo de libertad del legislador y la adopción de decisiones políticas legislativas conforme a una regla mayoritaria.