

CIRCULO DE IMPACIENCIAS: LA SENTENCIA 72/1984, DE 14 DE JUNIO, EN EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL TEXTO DEFINITIVO DEL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE INCOMPATIBILIDADES DE DIPUTADOS Y SENADORES

JAVIER BALLARIN

SUMARIO: 1. EL ARTÍCULO 70.1 NO SE LIMITA A ESTABLECER UN «CONTENIDO MÍNIMO PRECEPTIVO».—2. EL SIGNIFICADO DEL CALIFICATIVO «ELECTORAL» EN EL ARTÍCULO 70.—3. EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN PARCIAL EN MATERIA ELECTORAL.—4. EL ALCANCE DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA SENTENCIA: A) La doctrina de la sentencia en las relaciones entre las leyes orgánicas y el derecho preconstitucional. B) La doctrina de la Sentencia en las relaciones entre las leyes orgánicas y el ordenamiento constitucional.

La sentencia que nos ocupa decide el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto por 53 Senadores de la minoría conservadora contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores (1).

A lo largo de las páginas que siguen vamos a referirnos una y otra vez al texto del artículo 70.1 de la Constitución, por lo que consideramos conveniente recordar de inmediato el contenido del mismo. Dicho artículo 70.1 establece: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:

- a) A los componentes del Tribunal Constitucional.
- b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.
- c) Al Defensor del Pueblo.
- d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.

(1) El texto aparece en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), serie A, núm. 12-V, de 28 de diciembre.

e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.

f) A los miembros de las Juntas Electorales» (2).

Los recurrentes no impugnaban la constitucionalidad de las nuevas incompatibilidades establecidas en el texto del proyecto, sino, de un lado, la aplicación de las mismas a los Diputados y Senadores ya electos y, de otro, la licitud de una regulación separada de la materia de las incompatibilidades; consideraban que esta regulación separada iba en contra de la reserva de esa materia (y de la de las inelegibilidades) a la «ley electoral» reclamada por el artículo reproducido. Recordemos que el proyecto tenía por exclusivo objeto la regulación de la materia indicada.

El núcleo de la controversia radica, en consecuencia, en torno al alcance de la expresión «ley electoral» o, desde otro punto de vista, en torno al significado de la reserva a la ley electoral que el artículo 70.1 CE hace. Se trata, en suma, de determinar qué ley quiere el constituyente en materia de inelegibilidades e incompatibilidades.

Desde luego, el objeto del juicio constitucional sobre leyes es siempre el de saber qué ley impone —qué ley no prohíbe— la Constitución en una determinada materia; pero, en este caso, la fundamentación jurídica del fallo no resuelve este interrogante desde el punto de vista de la sustancia normativa del proyecto, limitándose a examinar las características formales de la ley invocada por el artículo 70.1 CE, en tanto que «ley electoral», para examinar si ese proyecto se ajustaba a ellas. No entra la sentencia a considerar, en su parte dispositiva, el motivo de inconstitucionalidad basado en la aplicación a los parlamentarios electos de nuevas causas de incompatibilidad, al resolver negativamente ese contraste entre las características formales de la ley (electoral) querida por la Constitución y las de la ley «querida» por el legislador orgánico (si se permite la expresión). Tal separación entre lo sustantivo y lo modal, en la producción normativa, no era obligada, como apuntaremos al final de este comentario.

La fundamentación jurídica de la sentencia procede, paso por paso, a hacer de la expresión «ley electoral» un concepto normativo, alcanzando el resultado del que el fallo descende, a través de una serie de *decisiones* sobre la adecuada interpretación del artículo 70.1 CE; no queremos, al usar la palabra subrayada, anticipar un reproche de extralimitación o arbitrariedad al

(2) Puede señalarse la diferencia de ortografía entre la constitución, que dice «ley electoral» en el artículo 70.1 (y «ley» en el 68) y la sentencia, que emplea las mayúsculas, hablando de «Ley Electoral». Podría esto tomarse como reflejo de la consideración de esa ley como un único instrumento, si no fuera porque el Tribunal ha manifestado con carácter general una clara proclividad al uso de las mayúsculas, no sólo para referirse a las «Leyes orgánicas», sino para referirse a la «Ley» en general.

Tribunal. Estas acusaciones habrían de apoyarse en el examen de los fundamentos de esas decisiones interpretativas, no en su mera existencia, que es seguramente inevitable.

Queríamos sólo subrayar desde el comienzo cómo la cándida «literalidad del texto» constitucional, en que el Fundamento jurídico número 6 se apoya, en su segundo párrafo, es, en la sentencia, resultado más que punto de partida de la argumentación; la observación de que «el texto constitucional es suficientemente explícito», al exigir que la ley electoral determine las causas de inelegibilidad e incompatibilidad sólo cobra significado si previamente se han definido las características de la misma, si previamente se han dilucidado las notas de la reserva que el precepto constitucional establece.

El contenido de la sentencia puede, entonces, sintetizarse en la progresiva determinación del significado de la reserva:

La reserva del artículo 70.1 CE no se limita a imponer a la regulación de las incompatibilidades un «contenido mínimo preceptivo».

La reserva del artículo 70.1 lo es a una ley electoral que deriva este calificativo de un determinado contenido, más amplio que la mera regulación de las incompatibilidades e inelegibilidades.

La reserva del artículo 70.1 lo es a una ley electoral que, en la coyuntura del inicial desarrollo de la Constitución, no puede acometerse por partes, no puede, en particular, tener por objeto exclusivo la regulación de las incompatibilidades.

Examinemos separadamente cada uno de estos pronunciamientos.

1. EL ARTÍCULO 70.1 NO SE LIMITA A ESTABLECER UN «CONTENIDO MÍNIMO PRECEPTIVO» DE LA LEY ELECTORAL.

Una primera aclaración del significado de la reserva contenida en el artículo 70.1, la proporciona la sentencia al señalar que «no está simplemente dotando a esa ley de un contenido mínimo preceptivo ... Está diciendo que esa materia (las incompatibilidades de Diputados y Senadores) sólo puede ser regulada en la Ley Electoral».

Para aclarar el significado de la frase reproducida, conviene considerar brevemente la dicción del artículo 70.1. Este no establece un «contenido mínimo preceptivo» al dejar sentada, en su letra *b*), la compatibilidad (y elegibilidad) de los miembros del Gobierno. Establece ciertamente un contenido necesario del régimen jurídico de esas incompatibilidades, pero no el contenido mínimo de ley alguna, electoral o no; pues el legislador no tiene nada que añadir en cuanto a dicha compatibilidad. Igualmente, cuando el precepto enumera una serie de supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad, está determinando directamente parte de la regulación de esa materia, no

estableciendo ningún «contenido mínimo preceptivo», para el legislador, pues esa preceptividad es la que generalmente puede predicarse de cualquier precepto constitucional y no se refiere particularmente al legislador, como en otros supuestos en que éste debe desarrollarlos y, por consiguiente, hablar de «contenidos ... preceptivos» no resulta redundante.

Únicamente el primer inciso de la letra *b)* del artículo 70.1, establece un «contenido mínimo preceptivo» en materia de incompatibilidades, pues del mismo se deriva la exigencia de que el legislador establezca la incompatibilidad e inelegibilidad de, al menos, algún sector del ámbito personal a que se refiere (los «altos cargos de la Administración del Estado»).

Sin embargo, la sentencia afirma que el precepto constitucional establece no sólo un «contenido mínimo preceptivo» (lo que, como hemos visto, es cierto sólo en mínima parte), sino, además, un «contenido mínimo preceptivo» de la Ley Electoral precisamente.

De esta exigencia distingue el Tribunal otra, igualmente derivada del artículo 70.1 CE, por virtud de la cual la regulación de la materia de las incompatibilidades ha de hacerse en la Ley Electoral (3). Ya que esta regulación no precisa comprender la parte de dicha materia que regula directamente la Constitución (no sólo en el artículo citado, sino también en el artículo 67.1), resulta que de aquel precepto puede deducirse sólo, la precisión, de un lado, de que las causas de incompatibilidad afectarán a algún sector al menos de los «altos cargos de la Administración del Estado», la remisión a la Ley Electoral, de otro, del establecimiento facultativo de otras causas de incompatibilidad además de las establecidas en la Constitución (en particular, las que se refieran a actividades privadas o a la titularidad de puestos en el ámbito que podemos llamar paraestatal).

A la luz de lo anterior, la imprecisión del Tribunal al considerar que la totalidad del artículo 70.1 establece un «contenido mínimo preceptivo», no

(3) Se trata de una exigencia distinta, pues la sentencia dice (el artículo 70): «... no está simplemente dotando a esa Ley (la Ley electoral) de un contenido mínimo preceptivo, ... Está diciendo que esa materia... sólo puede ser regulada en la Ley electoral» (Fundamento jurídico número 3). El «contenido mínimo preceptivo» no es, para el Tribunal, la regulación de la materia de las incompatibilidades, sino determinados contenidos de esa regulación (los que la Constitución establece), pues de otro modo no tendría sentido hablar de una consecuencia *adicional* del precepto, en el sentido de reservar la materia (de las incompatibilidades) a la Ley electoral. Estimamos por ello fundadas las críticas hechas en el texto a esta parte de la sentencia. Cabría entender que el artículo 70.1 establece un «contenido mínimo preceptivo» de la legislación electoral, en la medida en que impone la regulación por ésta de incompatibilidades, o de incompatibilidades distintas a las establecidas en la Constitución. Pero, en cuanto a lo primero, esa opción a favor de la existencia de incompatibilidades podía darse por descontada (y recogida en el propio artículo 70 precisamente), y en cuanto a lo segundo, únicamente la letra *b)* del apartado primero del artículo establece un contenido mínimo preceptivo, como decimos en el texto, es decir, el establecimiento de causas de incompatibilidad que afecten a los «altos cargos de la Administración del Estado». El legislador es libre de establecer o no otras causas, diferentes a las contempladas en la Constitución.

del régimen de las incompatibilidades, sino de la Ley Electoral, resulta reveladora de su tendencia a interpretar en sentido formalista la reserva a la misma del artículo citado. Ya desde ahora se insinúa la interpretación de esa remisión como remisión a una Ley que abarca la totalidad del derecho electoral.

Y, sin embargo, para que esa Ley recogiera las incompatibilidades que directamente establece la Constitución debería, bien contener una remisión a sus preceptos (lo que resulta a todas luces innecesario), bien una reproducción de los mismos, técnica ésta que el Tribunal ha censurado ya en varias ocasiones (4).

2. EL SIGNIFICADO DEL CALIFICATIVO «ELECTORAL» EN EL ARTÍCULO 70

La materia de las inelegibilidades e incompatibilidades se halla ciertamente sometida, en la Constitución, a una reserva de ley compleja, cualificada. La ley a que el artículo 70.1 se refiere es ley electoral, por una parte. Por otra, existe la reserva a ley orgánica del «régimen electoral general», que establece el artículo 81.1 CE.

De la confluencia de ambos preceptos deducen tanto los recurrentes como el Abogado del Estado, que la materia que nos ocupa ha de ser regulada por ley orgánica que, además, sea ley electoral.

La coincidencia acaba aquí, lo que indica que lo decisivo es determinar el sentido del calificativo «electoral».

La postura de los recurrentes, que el Tribunal acoge, se orienta a atribuir a tal término un significado normativo específico e independiente, deduciendo del mismo una calificación adicional de la reserva a que se halla sometida la materia de las inelegibilidades e incompatibilidades. Ni los recurrentes ni el Tribunal se detienen particularmente en la cuestión de la reserva a ley orgánica, considerando, sin duda, que el punto no merecía mayor atención.

Y desde luego, en cierto modo así es; pero es así a la vista de la consideración sistemática de los artículos 81.1 (en el punto indicado) y 70.1 CE.

Queremos decir que, si se quiere atribuir al término «electoral», del segundo precepto citado, un sentido normativo específico, éste no tiene por qué ser independiente en absoluto del que pacíficamente se atribuye al

(4) Véanse, entre otras, las Sentencias 40/1981, de 18 de diciembre (Fundamento jurídico 1) y 38/1982, de 22 de junio (Fundamento jurídico 6). Tanto la *non nata* Ley orgánica sobre incompatibilidades, a que esta sentencia se refiere, como el proyecto de Ley (orgánica) de Régimen Electoral General (*vid.* el texto en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 120-I, de 15 de octubre de 1984) incluyen el contenido del artículo 70 en su articulado, como también el del artículo 67.1 de la Constitución.

precepto indicado del artículo 81.1. En esta hipótesis, ese significado de la calificación como «electoral» de la ley, sería el de ampliar a la materia de las inelegibilidades e incompatibilidades la reserva de ley orgánica que genéricamente abarca al «régimen electoral general».

Suponiendo que el constituyente había previsto la posible desconexión entre los elementos material y formal en la ley orgánica (que consagrará la Sentencia del Tribunal 5/1981, de 13 de febrero), habría querido atribuir carácter orgánico inequívoco a la materia de que se ocupa el artículo 70.1, sirviendo a esta atribución el mencionado término («electoral») que comparten las respectivas dicciones de los artículos 81.1 y 70.1

Un argumento a favor de esta tesis puede tomarse de la comparación entre la redacción del segundo artículo citado, cuando establece la reserva, por un lado, y la del artículo 68, cuando en sus apartados 1 y 5 remite a «la ley» los términos en que han de elegirse «un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados», por «sufragio universal, libre, igual, directo y secreto», o el reconocimiento y facilitación del «derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España».

Del contraste dicho podría colegirse que, mientras que para las materias a que los dos apartados dichos del artículo 68 se refieren, la calificación como «electoral» no ofrece duda y, en consecuencia, no era necesario afirmar la inclusión de las mismas en el «régimen electoral general», esa calificación era necesaria respecto de las incompatibilidades e inelegibilidades, para reservar tal materia a la ley orgánica.

El Abogado del Estado hará uso, en su defensa del proyecto, de este argumento, mas sin ofrecer luego una alternativa convincente al problema del significado específico del término «electoral» en el artículo 70.1: a su juicio, «lo que sí se pretende por la Constitución» (en dicho precepto) «es asegurar el rango de Ley Orgánica de toda Ley Electoral, a través del artículo 81.1 y la reserva negativa en este campo del Decreto-ley».

El artículo 70 es citado, como vemos, buscando apresuradamente la conexión con el 81.1 («a través de»), pero se acaba por atribuir al primero un efecto que es sólo del segundo, esfumándose en su conexión, tan alusivamente indicada, el propio sentido de uno y otro.

Las imprecisiones de la defensa son disculpables; el proyecto recurrido tenía por exclusivo objeto, como se recordará, la regulación de las incompatibilidades, y el Abogado del Estado quería atribuirle, no obstante, como tributo a la literalidad del texto constitucional, el carácter de ley electoral. La frase de la defensa que antes reproducíamos significaría entonces, que el artículo 70.1, a través del artículo 81.1, quiere atribuir «rango» de ley orgánica a toda ley electoral en materia de incompatibilidades, bastando este contenido, aunque sea exclusivo, para que la ley pueda calificarse de «Electoral».

La hipótesis que antes avanzamos sobre el significado normativo propio de aquel precepto se diferencia de la que hemos atribuido al Abogado del Estado en que sostiene que el artículo 70.1 sirve para reservar a la ley orgánica la materia de las incompatibilidades, sin necesidad de derivar del mismo la fetichista exigencia de calificar a tal ley de «Ley Electoral».

De cualquier modo, existen buenos argumentos en contra de la hipótesis interpretativa que estamos barajando.

Si se trata de atribuir al término «electoral» un alcance normativo autónomo, aunque no independiente, resultará el empeño frustrado si aquél se revela superfluo, y éste parece ser el caso. La necesidad de que las incompatibilidades e inelegibilidades se vean reguladas en Ley orgánica –su carácter orgánico– puede, en efecto, derivarse sin más del primer inciso del artículo 81.1 (cuando se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas»), en relación con el artículo 23.2, sobre todo si se recuerda, en relación con la materia de las incompatibilidades, la doctrina del Tribunal Constitucional que incluye en el derecho definido en el último, y como una especie de envés del mismo, el derecho a permanecer en los cargos públicos (Sentencia 5/1983, de 4 de febrero, FJ núm. 3, y Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, FJ núm. 2); esta conclusión no se ve obstaculizada por las precisiones aportadas en la Sentencia 6/1982, de 22 de febrero, al inciso citado del artículo 81.1, toda vez que, sin dificultad alguna, cabe considerar la materia que nos ocupa como perteneciente al «desarrollo directo» del citado derecho (FJ núm. 6 de la Sentencia citada).

A mayor abundamiento, la reserva a la Ley orgánica del desarrollo del artículo 23, se ha visto ampliada por la referencia del artículo 81.1 al «régimen electoral general», de suerte que, aun cuando no se considerara que la regulación de las inelegibilidades e incompatibilidades atañe al «desarrollo directo» del derecho de acceso y permanencia en cargos públicos, procedería igualmente que aquélla se hiciera en Ley orgánica, al pertenecer inequívocamente a lo que la Sentencia 38/1983, de 20 de mayo, califica de «Primario y nuclear en el régimen electoral» (FJ núm. 2) (5).

Algunas de las consideraciones hechas sirven para excluir, asimismo, que la calificación como «electoral» de la Ley aludida en el artículo 70.1, tenga el sentido específico de excluir en la materia la normación de urgencia. Pues si

(5) La sentencia citada dice, en el lugar indicado, «Y es que el artículo 140... reserva a la Ley el régimen de las elecciones locales en los aspectos que dice, Ley que por la misma exigencia del artículo 23.1 y la precisión que hace el artículo 81.1, entendido en relación con los artículos 68.1 y 140 ha de ser una Ley orgánica (...). El contenido de la Ley orgánica no se ciñe así al solo desarrollo del artículo 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral, pues el artículo 81 ha comprendido en la reserva de la Ley orgánica el régimen electoral general, ampliando lo que en virtud de otra reserva (la del desarrollo de los derechos fundamentales) corresponde también a la Ley orgánica».

el Tribunal Constitucional ha rechazado la coextensión de los ámbitos preservados y excluidos en los artículos 81.1 y 86.1 CE (y en esta medida, no sirven los argumentos que hemos empleado para sostener la inequívoca adscripción de la materia de las inelegibilidades e incompatibilidades a las reservadas a Ley orgánica para excluir esas materias del ámbito del Decreto-ley) (6), parece evidente que un Decreto-ley que modificara estas materias *afectaría* a los derechos del artículo 23, cualquiera que sea el sentido que al último vocablo se preste; conclusión ésta que no tiene por qué variar según que la norma de urgencia impusiera nuevas inelegibilidades e incompatibilidades o, por el contrario, las eliminara: También en este caso se vería modificado el derecho, si es que éste se considera a la luz del principio de libertad del voto, al que afecta directamente la regulación de esas materias (7).

De cualquier modo, la razón fundamental por la que no puede afirmarse el significado específico que, hipotéticamente, atribuíamos a la expresión «Ley electoral», es de orden lógico.

Queríamos dar a la misma un sentido en el que la reserva a Ley electoral no fuera sino un modo de lograr —respecto de las materias que nos ocupan— la reserva a Ley orgánica. Esa «Ley electoral» no tendría entonces otra característica relevante, para el artículo 70.1, que la de ser Ley orgánica. Ahora bien, para que el indicado calificativo produzca tal efecto, es preciso que exista ya, en el pensamiento del constituyente, un significado independiente de la expresión «Ley electoral»; sólo entonces puede la expresión tener esa virtud inclusiva de la materia a que el precepto dicho se refiere, en aquella otra que el 81.1 reserva a las leyes orgánicas.

La tesis de la Sentencia es precisamente ésta: El calificativo que acompaña a la ley, en el artículo 70.1, grava al legislador en materia de inelegibilidades e incompatibilidades con un condicionamiento adicional, respecto del que supone la exigencia de su aprobación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Mas, discutiblemente, el Tribunal encuentra el sentido específico de la expresión «Ley electoral», en un determinado contenido de la misma: La remisión a esa Ley del artículo 70.1, lo es a una que merece ser así calificada por ese contenido.

(6) Sobre la Sentencia 116/1983, de 2 de diciembre, que establece la doctrina reseñada, véase brevemente *Las Fuentes del Derecho*, de JAVIER PÉREZ ROYO, Madrid, 1984, p. 113.

(7) La exclusión del Decreto-ley en materia de incompatibilidades encuentra mejor apoyo, a nuestro juicio, en la de los que afectan a los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos» que en la referencia al «Derecho electoral general» como materia excluida; esta referencia no exige de demostrar la inclusión en ella de la materia de las incompatibilidades, como parte del «Derecho electoral general». Pero a esta inclusión no proporciona apoyo decisivo el calificativo «electoral» de la ley invocada en el artículo 70.1 y depende, como respecto de la inclusión en el ámbito de la Ley orgánica de las incompatibilidades, de la interpretación sistemática del artículo 23, en relación con la referencia del 86.1 a los «derechos, deberes y libertades» y al «Derecho electoral general»; esta última amplía sin duda la exclusión derivada de la primera.

El Fundamento jurídico número 4 de la Sentencia, en su segundo párrafo, precisa ese contendio no dudando en traer a colación el concepto de «contenido esencial» («nomenclatura que es cara a nuestra Constitución», y sin duda también al ponente), que abarcaría «el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral».

La tesis del Tribunal no pierde valor aun cuando se entienda que el artículo 81.1 admite la existencia de varias leyes que «aprueben ... el régimen electoral general» (tal y como, por ejemplo, interpreta expresamente el Abogado del Estado, en su defensa del proyecto de Ley orgánica por la que se modifican determinados artículos de la Ley 39/1978, de Elecciones locales, *vid.* Antecedente sexto); aun si así se entendiera, tales leyes merecerían el calificativo de «electorales» en función de su contenido y el empleo de ese calificativo por el artículo 70.1 serviría para incluir la materia de las incompatibilidades en el ámbito de esas leyes orgánicas sólo a condición de que el contenido de éstas incluyera «algo más» que la regulación de esa materia.

Tampoco entonces esa posibilidad de que el artículo 81.1 de la CE contemple más de una Ley electoral apoya la hipótesis interpretativa del artículo 70.1 en la que la remisión a Ley electoral era *sólo* reserva a Ley orgánica.

No obstante, al establecer un significado independiente de ese calificativo, el Tribunal atribuye un peso injustificado, a nuestro juicio, a la investigación de la voluntad histórica del constituyente.

La remisión de parte de la materia de las incompatibilidades a una «Ley electoral» no parece, en efecto, haber sido objeto de debate alguno; la reserva aparece ya, en esos términos, en el anteproyecto, y la única enmienda presentada al artículo, en la materia que nos interesa, no contesta semejante adjetivación, sino la propia legitimidad de la «desconstitucionalización» de esa materia en favor de la Ley, cualquiera que fuera su naturaleza. La enmienda, por lo demás (la núm. 35, cuyo primer firmante era el señor De la Fuente de la Fuente), fue retirada en la discusión habida en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso (8).

(8) Véase el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesiones núm. 15, de 2 de junio de 1978 y núm. 80, 1978, pp. 2896 y 1268 de la edición de los trabajos parlamentarios de la Constitución española hecha por las Cortes Generales, Servicios de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980. El texto de la enmienda en la p. 149 de esta última edición (era enmienda al entonces artículo 61), con la siguiente motivación: «... entre el criterio de que sea la Ley electoral o la Constitución quien (sic.) designe las inelegibilidades o incompatibilidades de los Senadores y Diputados, debe ser esta última..., dado que supone una restricción de derechos de los españoles en un ámbito fundamental». El enmendante no pretendía la eliminación de la categoría de las leyes orgánicas, pero sí su compañero de grupo, CARRO MARTÍNEZ, en la enmienda núm. 2 (*vid.* en la misma edición, p. 125, en relación con el entonces artículo 73 del anteproyecto).

No hubo así, en contra de lo que la Sentencia da a entender, una opción consciente entre dos soluciones contrapuestas, con el triunfo final de una tercera «intermedia» (la remisión parcial de las incompatibilidades a la Ley, pero a una Ley electoral).

Más bien podría calificarse de «solución intermedia» la que reduciría el sentido del artículo 70.1 al establecimiento de una reserva de Ley orgánica, si es que han de considerarse los términos explícitos de la cuestión, según resultan de la enmienda indicada; se sostenía en ella que la materia de las incompatibilidades, por restringir un derecho de los españoles en un ámbito fundamental, debía considerarse propia de la Constitución, no de la Ley. Y precisamente, la reserva a Ley orgánica se presenta en la Constitución como «solución intermedia» respecto de consideraciones de esa naturaleza, como retención del poder constituyente frente a la alternativa entre la regulación sólo en la Constitución o la remisión al que, impropiaemente, llamamos legislador ordinario.

Retomando el hilo de la exposición, y sentado que, para el Tribunal Constitucional, la reserva a Ley electoral es reserva a una Ley de un determinado contenido (la regulación de lo que es nuclear y básico en la regulación del proceso electoral), debemos afrontar ahora el tercer problema básico con que la Sentencia se enfrenta: La posibilidad de una regulación parcial de esa materia electoral.

3. EL PROBLEMA DE LA LEGISLACIÓN PARCIAL EN MATERIA ELECTORAL

Sobre la posibilidad dicha de legislación parcial en materia electoral, los recurrentes manifestaban un contundente punto de vista, sosteniendo que (en los términos, quizá exagerados, con que el Abogado del Estado sintetiza sus alegaciones, en el antecedente núm. 3) «... existe una exigencia constitucional de un único instrumento normativo que contenga la regulación electoral, y tal regulación... debe hacerse por medio de una sola Ley». Decíamos que los términos de esta tesis aparecían un tanto exagerados, en el lugar indicado, porque los recurrentes concentraban su atención sobre las consecuencias de esta tesis en relación con la regulación de las incompatibilidades, excluyendo en absoluto la posibilidad de una regulación separada de esta materia electoral.

No dejaban, no obstante, de trazar una analogía entre este sentido atribuido al artículo 70.1 y el de otros preceptos de la Constitución, como el 165 o el 116, en que se contendrían otras tantas exigencias de regulación unitaria del Tribunal Constitucional o los estados de alarma, excepción y sitio, respectivamente. No citan los recurrentes, en cambio, el artículo 122.2, que contempla, inequívocamente, las funciones del Consejo General del

Poder Judicial, (y el Estatuto de sus miembros), como parte de la Ley orgánica del poder judicial.

El pensamiento del Legislador orgánico frustrado sobre esta cuestión parece ser más complejo, o más confuso; si estimaba cumplir con los requisitos del artículo 70.1, es obligado concluir que *en algún sentido* creía que la Ley orgánica en materia de incompatibilidades de Diputados y Senadores era Ley electoral. Pero este pensamiento era inconstante: El propio preámbulo del proyecto se refiere a una futura Ley electoral en la que esta «Ley orgánica específica... deberá integrarse»; el preámbulo mismo advierte sin embarazo que el texto de esa «Ley orgánica específica» (de incompatibilidades) «constituirá parte» de la primera.

Este imperativo anuncio (que, naturalmente, no tendría mayor sentido de haberse convertido en Ley el proyecto, aun cuando hubiera podido entonces atribuirse al legislador y no al Ministerio competente) no logra ocultar, a pesar de su energía, las contradicciones y confusión del frustrado legislador orgánico.

Este estima, de una parte, que una «Ley orgánica específica» de incompatibilidades, es válidamente «Ley electoral» a los efectos del artículo 70.1, es decir, merece tal denominación aun cuando regule sólo esa materia; ahora bien, si el precepto dicho exige que «la Ley electoral» regule esa materia, se imputa al mismo, al constituyente, una proposición circularmente tautológica.

El segundo sentido de la expresión «Ley electoral» que aparece en el preámbulo la concibe, en cambio, como *resultado*, al que puede legítimamente llegarse por aproximaciones parciales, y que abarca la general materia electoral, un Código Electoral único.

El Tribunal advierte la contradicción y utiliza su existencia (en el Fundamento jurídico núm. 6), como homenaje involuntario a la lógica de su propia tesis negativa sobre la posibilidad de legislaciones parciales. Queda con esto enriquecida la doctrina del valor interpretativo de los preámbulos (y debe reconocerse que, en la práctica parlamentaria española, los mismos pueden ser objeto de enmienda), si los mismos pueden hacer las veces, en el proceso constitucional, de pieza de convicción (9).

(9) Sobre el valor interpretativo de los preámbulos, véase la Sentencia 36/1981, de 12 de noviembre (Fundamento jurídico 7). El artículo 110.5 del Reglamento del Congreso de los Diputados prevé el que los mismos sean objeto de enmienda, y ello es igualmente admitido por la costumbre en el Senado. No es exagerado decir que el Tribunal ve en el preámbulo del proyecto que enjuicia una prueba de su *culpabilidad*: «El propio legislador lo *confiesa* así cuando habla de "anticipar" la regulación de las incompatibilidades y cuando en el preámbulo y en la disposición adicional explica el mandato de que las normas se integren en la "futura Ley electoral". Este carácter futuro que el propio legislador asigna a la Ley electoral debe entenderse en el sentido de que tal Ley no existe, ni aun parcialmente, en una mera regulación de las incompatibilidades» (Fundamento jurídico núm. 6).

Las contradicciones del pensamiento del legislador tenían, no obstante, un sustento normativo, pues aquél se estimaba habilitado para proceder a una regulación por partes de la materia electoral; eran, de cualquier modo, lo suficientemente embarazosas como para motivar las fatales excusas que el Tribunal convierte en «confesión» (10) manifiesta.

Este sustento normativo (que el Abogado del Estado hará explícito: La posibilidad de «llevar a cabo una Ley electoral, como cualquier otra, por partes») es el que el Tribunal Constitucional deniega: Esa posibilidad es admisible «en abstracto», pero no «en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución» (Fundamento jurídico núm. 5, párrafo segundo).

Recuerda la Sentencia que «La Ley electoral está prevista en la Constitución como una de las leyes necesariamente llamadas a desarrollarla», deduciendo esto, tanto del artículo 70 como de la disposición transitoria octava, 3. Más adelante excluye el Tribunal que la imposibilidad de legislación parcial nazca del rango de Decreto-ley de las disposiciones actualmente vigentes sobre la materia (recordando su conocida doctrina sobre la inexistencia de inconstitucionalidad formal sobrevenida). Esta aclaración resultaba necesaria, porque la Sentencia deduce en gran parte ese carácter de la Ley electoral como Ley que satisface una «específica necesidad de desarrollo de la Constitución» de la consideración del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, como derecho excepcional. Conviene detenerse brevemente en este punto, particularmente en la disposición transitoria octava, 3 de la Constitución.

Recordemos que dicha disposición establece que «En caso de disolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115, y si no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en los artículos 68 y 69, serán de aplicación en las elecciones las normas vigentes con anterioridad...» es decir que, si se producía la disolución sin que se hubiera promulgado la legislación electoral reclamada por esos artículos 68 y 69, se declaraba la aplicación a las elecciones del derecho contenido en el Real Decreto-ley 20/1977, sin perjuicio de la aplicación directa de determinadas normas constitucionales en materia electoral, a las que la propia disposición se refiere (compatibilidad de los miembros del Gobierno, mayoría de edad a los dieciocho años, circunscripciones senatoriales insulares).

Es conocido el origen de esta disposición, en el deseo de los constituyentes (y aquí el empleo del plural parece justificado, pues la interpretación de su voluntad no parece precisar de intervenciones oraculares) de dejar al Presidente del Gobierno, entonces en el poder, la opción de disolver las Cámaras, convocando elecciones generales tras la aprobación de la Constitu-

(10) *Vid.* nota anterior.

ción (como a la postre sucedió) o someterse al voto de investidura de las Cortes en que, por efecto de la propia disposición transitoria octava, 3, en su apartado primero, se trocaban las Cámaras constituyentes.

Para el caso, entonces, de que el Presidente del Gobierno se decidiera por la primera alternativa (y recordemos que el dilema tenía una duración limitada a treinta días, según el apartado 2 del mismo precepto), establecía el apartado 3.º de la norma antes reproducida, que se presenta como excepción (excepcionada, a su vez, por la aplicación directa de la Constitución en los puntos antes dichos) a lo prevenido en la disposición derogatoria de aquélla, salvando al Real Decreto-ley 20/1977 de sus efectos (11).

Poco importa saber los motivos que los constituyentes tenían para sentirse obligados a dar este paso (y que seguramente deben buscarse en la creencia de que el rango de Decreto-ley de la disposición mentada la hacía inconstitucional) (12), pues en el apartado 3.º de la disposición transitoria octava queda esa creencia objetivada en juicio negativo sobre la constitucionalidad de la norma. Sólo este juicio otorga sentido a la disposición transitoria dicha, sin que el valor normativo de la misma pueda verse afectado por el valor doctrinal de sus motivaciones históricas.

Ese valor normativo autónomo de la disposición no implica que el alcance de la misma sea absolutamente claro, pues no es fácil determinar si se agota

(11) Puede verse resumida la historia parlamentaria de la disposición en Comentarios a la Constitución, GARRIDO y otros, Madrid, 1980, p. 1784 y siguientes., a cargo de FERNANDO SANTAOLALLA.

(12) Esta conclusión puede encontrar apoyo en algunas de las manifestaciones hechas por los constituyentes, al debatir el precepto. Así, el señor FRAGA IRIBARNE señaló en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas que no cabía esperar «que estas mismas Cámaras vayan a modificar sustancialmente la Ley actual..., sino... parece anómalo que una disposición, aprobada en base a una delegación legislativa, en este momento pueda servir de base a unas nuevas elecciones» (Constitución, trabajos parlamentarios cit., p. 1781). De cualquier modo, las salvedades hechas en la disposición transitoria lo fueron a propuesta del grupo parlamentario de UCD, al objeto de, en los términos del señor PÉREZ LLORCA RODRIGO, «adecuar dichas normas vigentes a la realidad constitucional» (*ibidem.*, p. 1784), de lo que puede deducirse que, en lo demás, el Real Decreto-ley 20/1977 se estimaba ajustado a la Constitución y era su rango el que creaba problemas. El mismo Diputado justificaba la necesidad de la disposición en que, de no existir y proceder la celebración de elecciones, «es posible que en ese momento no existan otras (normas) legalmente aplicables»; es decir, supuesto que, salvo en los extremos dichos, era ese Real Decreto-ley ajustado en su contenido a la Constitución (o no contrario a ella), esa falta de normas aplicables se derivaría de la derogación del mismo que, en el pensamiento de los constituyentes, se habría derivado de aquel rango.

De la discusión de la norma en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso cabe destacar, en cualquier caso, la enmienda *in voce* formulada por Alianza Popular en el sentido de que la disolución de las Cámaras debiera esperar a la aprobación de la nueva Ley electoral (*Vid. en loc. cit. at id.*). Esta tesis fue retomada en el Senado por varios enmendantes (XIRINACHS, enmienda 573, y CACHARRO PARDO, enmienda 194), sin mayor fortuna (*vid. loc. cit.*, pp. 2904 y 2744, respectivamente).

en la declaración de vigencia del Decreto-ley 20/1977, tras la Constitución, y en tanto no sea derogado, o si la implícita declaración de conocimiento del constituyente (sobre su inconstitucionalidad) que motiva esa declaración de vigencia, es también declaración de voluntad sobre la inconstitucionalidad del Decreto-ley, más allá de las condiciones que afectan a dicha vigencia. Es, en suma, difícil saber si el Decreto-ley podía regular sólo las elecciones que siguieran a la concreta disolución que eventualmente podía seguir (y siguió) a la aprobación de la Constitución, si puede regular cualquier elección con tal de que ésta siga a una disolución, posterior y distinta a la referida, o si puede regular una elecciones que sigan a la normal conclusión de una legislatura (13).

En cualquiera de estas hipótesis, se impone la conclusión de que la aplicación del Derecho electoral preconstitucional «en elecciones posconstitucionales... posee carácter excepcional», como dice la Sentencia (Fundamento jurídico número 5, primer párrafo), evitando, con el empleo de tal expresión genérica, la posible conclusión melancólica de que vivimos bajo órganos elegidos conforme a normas nulas (y repárese que la conclusión sólo se impondría dando a la disposición transitoria octava, 3, una interpretación estricta, pues la totalidad de las elecciones posconstitucionales han seguido a la disolución de las Cortes).

En esta excepcionalidad de la vigencia del Real Decreto-ley 20/1977 puede, entonces, cifrarse el valor normativo autónomo de la disposición transitoria octava, 3, sin que aquélla desaparezca en virtud de un examen del contenido de aquella norma, de la que se dedujera su ajuste a la Constitución, en la parte que ésta declara vigente. Este examen de contenido sólo puede obrar «en contra» de la norma (pues aquella declaración de vigencia no excluye su control por el Tribunal Constitucional) (14).

Retomando el hilo de la exposición, y una vez sentada la inequívoca

(13) Sobre el problema, *vid.* SANTAOLALLA, en *Comentarios... cit.*, p. 1789, y en *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, 1984, p. 78 (donde califica al Real Decreto-ley de «norma provisional») y p. 81 (en que se refiere al mismo como norma de «aplicabilidad muy dudosa, a la vista de la disposición transitoria octava de la Constitución»). Un tanto enmarañado se nos antoja el tratamiento de la cuestión en «Bases, principios y criterios de la reforma electoral española», *Revista de Estudios Políticos* núm. 34, julio-agosto 1983, de MIGUEL MARTÍNEZ CUADRADO, espec. pp. 50 y 51, donde se califica al Real Decreto-ley de «derecho electoral transitorio y supletorio del que emana de la Constitución».

(14) Cabe traer a colación la problemática abierta por la VII disposición transitoria de la Constitución italiana, que establece, «hasta que no sea emanada la nueva Ley sobre el ordenamiento judicial de acuerdo con la Constitución, seguirán observándose las normas del ordenamiento vigente». Se sostuvo, incluso por el Consejo de Estado, que esta norma eximia al ordenamiento judicial de 1941 del control de constitucionalidad. Esta tesis fue rechazada por la Corte de Casación y, en última instancia, por la Corte Constitucional. Véanse los textos principales del episodio, en la doctrina y la jurisprudencia en Pizzorusso, *L'Ordinamento Giudiziario*, Bologna 1974, págs. 485 y siguientes.

excepcionalidad del Real Decreto-ley 20/1977 (la excepcionalidad de su vigencia), recordemos que en tal carácter de la disposición se apoyaba la Sentencia para describir la Ley Electoral como «una de las leyes necesariamente llamadas a desarrollar (la)» la Constitución. De esto deducía el Tribunal, a continuación, la imposibilidad de legislar parcialmente en materia electoral «en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución».

La argumentación del Tribunal incluye, para llegar a la caracterización de la Ley Electoral como ley de desarrollo necesario de la Constitución, una mención del artículo 70 de la misma, y esta doble apoyatura ha de considerarse con atención.

En particular, debe entenderse, a nuestro juicio, que, en el razonamiento del Tribunal, el artículo 70 no era base suficiente como para caracterizar del modo visto a la Ley Electoral ni, por ende, para excluir una normación parcial en esa materia. El artículo 70 y la disposición transitoria octava, 3, tiene un sentido confluyente, como bien se advierte en el siguiente párrafo: «... confeccionar parcialmente la Ley Electoral significa modificar sólo parcialmente, a través de una Ley Orgánica, el Real Decreto-ley 20/1977» (Fundamento jurídico número 5, párrafo 2).

El carácter excepcional de la última norma citada hace que a la reserva –al legislador– de la materia electoral, que tiene en el fondo un sentido negativo (excluyendo la posibilidad de deslegalizaciones sustanciales), se sume la imposición de una obligación positiva de legislar, para que desaparezcan las disposiciones que el constituyente ha estimado, en el sentido que vimos, inconstitucionales. No coinciden ambos sentidos (por más que la prohibición de deslegalización implique una actividad positiva de normación), puesto que esa obligación positiva de legislar no mira principalmente al futuro, sino al pasado, es obligación de derogar el Real Decreto-ley 20/1977.

No hay verdaderamente, en la Sentencia, prohibición de hacer la Ley Electoral por partes, sino prohibición de derogar parcialmente el Real Decreto-ley dicho, siendo el contenido del mismo aquel para el que la Constitución exige «unidad de legislación» (Fundamento jurídico número 5, párrafo 3). Por esta razón, la Sentencia admite expresamente que la legislación que derogue al Decreto-ley sea, a su vez, derogada por legislación parcial de la materia electoral (15).

Una prohibición menos circunscrita de la legislación por partes hubiera podido resultar incongruente con la admisión que de la misma ha hecho el Tribunal en otras ocasiones, en materia electoral. En particular, la Sentencia de 18 de diciembre de 1981, declara la constitucionalidad de la legislación vasca en materia de inelegibilidades de los Senadores elegidos, en dicha

(15) Así, cuando señala «... en abstracto es admisible que la Ley electoral se haga por partes o que se modifique por partes, pero esta posibilidad no es admisible en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución...» (Fundamento jurídico núm. 5, segundo párrafo).

Comunidad, por su Asamblea legislativa, ley que es –y precisamente en casi la misma medida que el proyecto a que la Sentencia objeto de nuestro comentario se refiere– legislación electoral parcial. Podría considerarse que la Sentencia de 18 de diciembre de 1981 no debería ser traída aquí a colación, ni confrontarse su doctrina con la que nos ocupa, en la medida en que de ningún modo cabría imponer al legislador vasco la mentada «unidad de legislación» en materia electoral, pues ello equivaldría a imponerle obligaciones para cuyo cumplimiento no es competente.

Pero lo cierto es que el juicio positivo de constitucionalidad sobre la Ley del Parlamento vasco, puede también apoyarse en que éste interviene sobre toda la materia del Real Decreto-ley 20/1977 en que es competente para hacerlo, sin que pueda reprochársele el incumplimiento de obligación positiva constitucional alguna, respecto del mismo (16).

Más clara puede resultar la pertinencia de la doctrina sentada en la Sentencia número 38/1983, de 16 de mayo, que decidió sobre el recurso previo interpuesto contra el texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de elecciones locales de 1978.

En ella, el Tribunal Constitucional ha admitido también la posibilidad de acometer por partès la elaboración de una legislación de carácter orgánico, comprensiva de cuanto es «primario y nuclear en el régimen electoral», sin admitir la equiparación entre *régimen electoral general y elecciones generales*, admitiendo, en particular, que la parte de «las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado» que se refiere a las «Entidades territoriales en que se organiza» se regule en una específica Ley Orgánica (FJ núm. 3). Esto es tanto más notable, a los efectos que nos interesan, si se considera que la redacción de la Sentencia parece indicar que el Tribunal está ya pensando en una futura Ley Orgánica, en que se integrará la parte relativa a las elecciones locales (17).

(16) La Ley del Parlamento Vasco 4/1981 establece las causas de inelegibilidad de los Senadores elegidos conforme al artículo 69.5 de la Constitución española, y establece el sistema de elección de los mismos. En cuanto a la materia de las incompatibilidades, se remite a las causas de las Leyes electorales generales y a «las específicas que determinen las Leyes del Parlamento Vasco». Con esto, asume el ordenamiento regional de la Comunidad la regulación de la última materia en el estatal, pudiendo así, a nuestro juicio, estimarse cumplida la hipotética obligación que, para el legislador vasco, podría derivarse de la disposición transitoria octava de la Constitución (en orden a la derogación del derecho electoral preconstitucional).

(17) La Sentencia citada, al determinar la extensión de la reserva de Ley orgánica en materia electoral, señala: «... el artículo 140 (al igual que el artículo 68.1) reserva a la Ley el régimen de las elecciones locales en los aspectos que dice, Ley que por la misma exigencia del artículo 23.1 y la precisión que hace el artículo 81.1, entendido en relación con los artículos 68.1 y 140, ha de ser una Ley orgánica» (Fundamento jurídico 2). Para llegar a la conclusión de que la Ley en materia electoral local debe ser también orgánica, el Tribunal pone en relación a los artículos 140 y 68.1 con el 81.1, mientras que la referencia al segundo sería superflua, a los efectos de esa conclusión, de no ser porque el Tribunal está pensando en una (futura) Ley orgánica a la que admite que pueda llegarse por partes. Sobre esta Sentencia y la materia de la reserva a Ley orgánica en materia electoral, véase

La Sentencia 76/1984, de 26 de junio, declara, entonces, la inconstitucionalidad del texto definitivo del proyecto de Ley Orgánica de Incompatibilidades de Diputados y Senadores, por implicar normación parcial en materia electoral, pero en la medida en que, con ello, el proyecto hubiera modificado sólo parcialmente el Real Decreto-ley 20/1977; la disposición transitoria octava, 3, de la Constitución, al establecer la excepcionalidad de aquella norma, junto con el artículo 70 de la Constitución, imponían, en cambio, la unidad de legislación en los contenidos regulados por esa disposición.

Procede ahora intentar determinar el alcance de la doctrina sentada en esta Sentencia, lo que puede hacerse con dos breves acotaciones sobre la configuración de la Ley Orgánica en relación con el derecho anterior a la Constitución, de un lado, y en relación con el ordenamiento constitucional, de otro.

4. EL ALCANCE DE LA DOCTRINA SENTADA EN LA SENTENCIA

A) *La doctrina de la Sentencia en las relaciones entre las leyes orgánicas y el derecho preconstitucional*

La Sentencia 72/1984 puede situarse en el marco de la anterior doctrina del Tribunal sobre las leyes orgánicas como leyes *necesarias* para el pleno desarrollo de la Constitución, particularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Esta línea doctrinal alcanzó un momento de gran interés con la Sentencia 36/1981, de 16 de junio, que calificaba de «normas preconstitucionales *provisionales*» (subrayado nuestro), las reguladoras del derecho de reunión.

La nota de provisionalidad atribuida a estas normas, en tanto que previas a la Constitución y reguladoras de una materia llamada a serlo por Ley orgánica, había ya planeado sobre otras, en anteriores ocasiones, y se hacía, en esta Sentencia, explícita (18). Cabe, decíamos, situar a la Sentencia objeto de nuestro comentario en esta línea, porque en ella esa nota de provisionalidad produce precisos efectos en el proceso constitucional, resulta sancionada; ello, en la medida en que puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que se limiten a derogar sólo parcialmente otras que (por su anterioridad a la Constitución y su incidencia en materia que ésta quiere ver desarrollada por Ley orgánica), merecen el calificativo de provisionales (y, en

JOSEP M. VALLÈS: «Derecho electoral y Ley orgánica», en *Revista de Derecho Político*, verano-otoño 1983.

(18) Sobre la evolución jurisprudencial señalada, véase PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Dos años de jurisprudencia constitucional española» en *Revista del Departamento de Derecho Político*, primavera 1983, pp. 15 a 17.

el caso del Real Decreto-ley 20/1977, de excepcionales). Sin embargo, el desarrollo de esta doctrina tiene severos límites.

La tacha de provisionalidad que afecta a las leyes dichas significa que la nota formal de las leyes orgánicas cobra todo su sentido: Tales leyes se ven fuertemente calificadas por esa nota, pero no por la especial rigidez de que la misma se deriva, sino por la *posterioridad* a la Constitución que la intervención del Congreso de los Diputados obviamente implica.

Esta nota «obvia» de las leyes orgánicas debe tenerse siempre presente, como lo demuestra el que las mismas compartan su rigidez con las normas preconstitucionales reguladoras de materias reservadas a Ley orgánica (y que sólo pueden derogarse, en estas materias, por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados).

Esta rigidez refleja del derecho anterior a la Constitución, en materia orgánica, sirve para advertir que las reservas que, en esas materias, establece la Constitución, contienen otras tantas obligaciones positivas del legislador de intervenir sobre ellas. Estas consideraciones están, sin duda, en la base de las matizaciones aportadas por el Tribunal Constitucional a su doctrina sobre la inexistencia de inconstitucionalidad formal sobrevenida.

Si esto es así, si mediante las leyes orgánicas no sólo quiere el constituyente conferir particular rigidez a ciertas materias (pues a éstos bastaría la exigencia de mayorías cualificadas para su modificación, cuando estén reguladas por normas preconstitucionales ajustadas a la Constitución), resulta que todas ellas pueden considerarse «leyes necesariamente llamadas a desarrollarla», por emplear la caracterización que nuestra Sentencia hace de la Ley Electoral (Fundamento jurídico núm. 5, párrafo primero).

Cabría entonces concluir que tampoco puede legislarse parcialmente en ninguna materia reservada a ley orgánica, «en la coyuntura histórica del inicial desarrollo de la Constitución» (*ibidem.*). Esta extraordinaria doctrina serviría, probablemente, para dejar subsistente mayor cantidad de derecho preconstitucional del que contribuiría a modificar.

Y esto no sólo porque aumentaría la complejidad del desarrollo legislativo de la Constitución, sino porque podría hacer recaer nuevos motivos de inconstitucionalidad sobre leyes orgánicas ya aprobadas (puede, de nuevo, traerse a colación el ejemplo de la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, órgano cuya regulación atribuye el artículo 122.2 de la CE a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que, por lo demás, está la primera destinada a integrarse).

Quizá no sea tan fuerte la proclividad del Tribunal a tomar en consideración normas constitucionales relativas al modo y forma de producción normativa, cuando no conoce (o no pueda ya conocer) de recursos previos, que le convierten en partícipe de dicho proceso. Pero es preferible asentar

nuestra confianza en factores más familiares a nuestro conocimiento que los psicológicos.

Para conjurar la posible extensión de la doctrina que sienta nuestra Sentencia, debemos entonces considerar de nuevo su estructura argumental: La prohibición de la legislación parcial se apoya en la exigencia constitucional de «unidad de legislación» en materia electoral. Pero esta «unidad de legislación» se deduce tanto del artículo 70 como de la disposición transitoria octava, 3. La apoyatura encontrada en el primero de estos preceptos trae a la mente otras muchas posibles que, en similares ocasiones, podría el Tribunal encontrar en el gran número de preceptos constitucionales que establecen reservas a ley orgánica, mientras que la extraída del segundo es específica de esta controversia, dado el carácter especialísimo de esa disposición.

Debe recordarse que, como dijimos, uno y otro precepto confluyen en un único resultado o conclusión: la de que en materia electoral existe una exigencia constitucional de «unidad de legislación». En el último párrafo del Fundamento jurídico número 5, la Sentencia, al establecer una serie de *distingos* respecto de la de 8 de febrero de 1982 (que sentó el carácter excepcional de la prohibición de normación parcial, aclara que esa exigencia de «unidad de legislación» tiene entidad propia, sin deducirse simplemente de la existencia de una obligación positiva de legislar. El problema es que tal exigencia se expresa, en la Sentencia, en la atribución a la Ley Electoral del carácter de «ley necesaria para el desarrollo para la Constitución» y este carácter puede atribuirse, como indicamos, a las leyes orgánicas llamadas a derogar derecho preconstitucional, en general.

Desde luego, la argumentación descansa decisivamente en la excepcionalidad del derecho electoral contenido en el Real Decreto-ley 20/1977 que aporta, sin duda, un *plus* respecto del genérico carácter indicado de las leyes orgánicas como leyes de desarrollo necesarias. Puede concluirse, entonces, que no basta —para considerar existente esa exigencia de «unidad de legislación»— con que el derecho preconstitucional sea genéricamente «provisional» en el sentido de la Sentencia 36/1981 (es decir, regulador de materias reservadas a ley orgánica y, naturalmente, anterior a la Constitución), siendo preciso que tal provisionalidad alcance (por virtud de un precepto de función semejante a la disposición transitoria octava, 3, de la CE) un grado tal que aparezca la exigencia de «unidad de legislación» como exigencia de íntegra derogación del derecho preconstitucional.

No es posible, a nuestro juicio, precisar en mayor grado la doctrina que el Tribunal sienta en esta ocasión. De cualquier modo, considerando el mantenimiento de la sentada en la Sentencia de 8 de febrero de 1982, sobre la excepcionalidad de las limitaciones a la legislación parcial, cabe esperar que, al menos, aquella doctrina se aplicará sólo a las leyes que regulen

precisamente materias reservadas específicamente a leyes de más amplio contenido, no a las que intervenga en cualquier contenido de estas leyes, cuando el mismo no se halle especialmente mencionado por la Constitución.

B) *La doctrina de la Sentencia en las relaciones entre las leyes orgánicas y el ordenamiento constitucional*

Al tiempo que establece la prohibición de legislación parcial que hemos visto, la Sentencia que comentamos deja claramente abierta, legítima incluso, esa legislación cuando derogue leyes que, a su vez, hayan modificado íntegramente derecho preconstitucional.

Así, en el Fundamento jurídico número 5, dice: «En todos los casos en que el legislador es soberano y le corresponde la decisión de legislar o de no legislar, nada le impide que la normación de una determinada materia se lleve a cabo por partes (...) no puede aplicarse el mismo criterio a aquellos otros casos en que ... la Constitución establezca la unidad de legislación... *sin perjuicio de que una vez establecida esta legislación pueda modificarse parcialmente*». Del mismo modo, en relación con la Ley Electoral llamada a suceder al Real Decreto-ley 20/1977, el párrafo segundo del mismo Fundamento aclara que «en abstracto, es admisible que... se haga por partes o que se modifique por partes».

La amplitud con que esta posibilidad se admite, respecto del derecho posconstitucional, resulta tan criticable como los términos en que se restringe, en relación con la derogación del derecho preconstitucional.

En la Sentencia, aquella repetida exigencia de «unidad de legislación» viene siempre determinada por alguna característica del derecho anterior, del derecho preconstitucional, como parece deducirse de las frases subrayadas. No es esto en sí mismo criticable, pues las afirmaciones de la referida Sentencia de 8 de febrero de 1982 (en torno a la excepcionalidad de la interdicción de la normación parcial) resultan razonables. Es aquí la Sentencia más criticable por lo que deja de decir que por lo que dice.

En la actual coyuntura política, la existencia de una amplia mayoría (absoluta) parlamentaria corre el riesgo de alterar el sentido inicialmente atribuido a las leyes orgánicas, abriendo posibilidades de lo que, con escaso rigor, podemos llamar manipulaciones del *rango* orgánico. El término implica, sin duda, un juicio subjetivo y éste descansa en la consideración de la ley orgánica como algo más que la suma de sus notas formal y material, cifrándose ese «algo más» en las consecuencias que el constituyente quería lograr a través de esas notas, donde, v. g., una particular permanencia de tales leyes, no es mera consecuencia, en el plano de los hechos, de la exigencia de mayoría cualificada, perteneciendo al ámbito de lo querido, no de los medios mediante los que se quería. Ese «algo más» podría igualmente encontrarse en

el sentido vulgar (aunque también perteneciente a la cultura jurídica) de la expresión «ley orgánica», que implica una aspiración de particular generalidad y sistematicidad, la exclusión de intervenciones normativas especiales, episódicas, excepcionales (19).

Es cierto que tales aspiraciones precisan de algún medio por el que dejen de ser meramente ideales (e ingenuas), como sin duda eran cuando no se traducían sino en la nomenclatura que el legislador atribuía a sus productos; la constitucionalización de la categoría no tiene por qué agotar su sentido en las dos mencionadas notas, material y formal, de la Ley orgánica, aunque la compulsiva llamada a la misma de la Constitución favorezca este resultado.

La controversia que decide esta sentencia era una buena ocasión para meditar sobre estas cuestiones, pues el artículo 70.1 de la Constitución podía tomarse como excelente ejemplo de lo que la Ley orgánica era para el constituyente, siquiera sea en relación con un particularísimo aspecto, el de las incompatibilidades, y no obstante referirse el precepto a la «Ley electoral» y no, expresamente, a una Ley orgánica.

En dicho artículo, una exigencia formal podría haberse interpretado como exigencia sustantiva: La de que las incompatibilidades sean reguladas en la Ley electoral. Hubiera podido, entonces, advertirse cómo, en un aspecto particular, aquella generalidad, sistematicidad, de la Ley orgánica, es exigencia al servicio de valores sustantivos, cobran el sentido de garantías.

En la argumentación, tan pulcra en apariencia, del Tribunal, que primero establece lo que es una «Ley electoral» (identificando la expresión como designación de un contenido) y pasa luego a determinar si puede la misma acometerse por partes, puede, en suma, haberse escapado una línea de reflexión más ambiciosa.

(19) Cabe, de nuevo, recordar algunas tomas de posición, en la doctrina italiana, en relación con la exigencia de una nueva Ley sobre «l'ordinamento giudiziario», de la que quiso extraerse la obligación para el legislador de acometer una nueva legislación orgánica, en el sentido del texto, para la materia judicial. En sorprendente paralelismo con la cuestión del derecho electoral en la Constitución española, la mencionada exigencia se ponía en relación con la disposición transitoria séptima, a la que nos referíamos en la nota número 14, pues se estimaba que la vigencia del derecho preconstitucional en materia judicial quedaba extendida en el tiempo hasta que se aprobara esa legislación «orgánica». Sobre la cuestión, *vid.*, especialmente, BARTOLE, en *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova 1965, pp. 252 y 253, en el sentido de aclarar que la Constitución no quería «... tanto... exigir en la materia la aprobación de un instrumento formalmente único cuanto, más bien, ... asegurar la generalidad de las Leyes sobre el ordenamiento judicial, y prohibir en la materia Leyes especiales, excepcionales y temporales». Véase también el texto en PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 502. Y para bibliografía más reciente, PIZZORUSSO, *L'Organizzazione della Giustizia in Italia*, Torino, 1982, pp. 26 y 27. La tesis de una exigencia de «organicidad» dimanante de la disposición transitoria séptima se vio, en cualquier caso, superada por la muy direrente praxis legislativa y, de otra parte, se entremezclaba con la de la exclusión del control de constitucionalidad en favor del régimen de la organización judicial de 1941, tesis ésta que, como indicamos en la nota 14, fue rechazada por la Corte constitucional.

Podía la exigencia de que las incompatibilidades fueran reguladas en la Ley electoral, tomarse como exigencia de integración, formal y sustantiva, de esa particular materia, en la regulación del proceso electoral en su conjunto. No hubiera esto excluido por sí solo la posibilidad de una legislación parcial que es, al cabo, cosa de poca entidad, pero hubiera sentado el deseo de congruencia material entre una y otra materia.

Y, más ampliamente, podía haberse atribuido al calificativo «electoral», en la línea indicada por los recurrentes, un significado más vinculante, valiendo para indicar que esa normativa es la que, en su conjunto, está establecida previamente a las elecciones, y las regula efectivamente. Del calificativo no se deduciría ya, entonces, la prohibición de regular parcialmente la materia de las incompatibilidades, la de hacerlo sin tocar el resto del Real Decreto-ley 20/1977, sino la de que esa regulación de esa materia pertenezca a la normativa que preside un proceso electoral, sin que pueda, en definitiva, ser modificada para los elegidos conforme a ella; nada se opondría, en cambio, a su modificación de cara a futuras contiendas electorales. El enfoque elegido por el Tribunal presenta, en cambio, graves contradicciones: Al configurar el significado del término «electoral» como designación de contenido y admitir luego modificaciones parciales de la Ley electoral que sustituya a la preconstitucional, incurre en incongruencia, pues estas leyes modificativas de la Ley electoral no merecen ya aquel calificativo, de suerte que, para el derecho electoral que no guarde relación con el preconstitucional, la remisión de las incompatibilidades a la Ley electoral carece de significado normativo, tal remisión no condiciona al legislador en ningún sentido específico.

¿Qué sentido cabe atribuir entonces al fundamento jurídico número 6, en relación con ese derecho electoral posconstitucional? El mismo señala que «el texto constitucional es suficientemente explícito cuando dice en su artículo 70 que la Ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores, con el sentido y la significación por nadie discutida de que tales materias sólo pueden ser reguladas por la referida Ley».

Ahora bien, si la Ley electoral es tal por su contenido, y en esto se agota el significado del calificativo y si, de otra parte, cabé la modificación por partes, es decir, también en materia de incompatibilidades exclusivamente, de esa Ley electoral, no se alcanza en qué sentido dimana de la particular reserva del artículo 70, a la Ley electoral, de esa materia, una particular exigencia o vinculación, deducible de «la literalidad del texto».

No es magro el resultado obtenido por la sentencia, al obligar al legislador a derogar íntegramente, al fin, una norma, como el Real Decreto-ley 20/1977, condenada por el constituyente en la disposición transitoria octava, 3. Tal resultado venía exigido por la evidente impaciencia con que el constituyente

contemplaba la vigencia de esa normativa y castiga, también, la impaciencia con que el legislador orgánico frustrado quiso eludir sus obligaciones y sujetarlas a su conveniencia; pero también el Tribunal ha sido impaciente al dirigirse exclusivamente a esa finalidad, desechando un enfoque en el que, del artículo 70 de la Constitución, hubieran podido deducirse exigencias sustantivas, no formales.

Que tal precepto refleje alguna preocupación particular sobre el derecho electoral preconstitucional es dudoso en grado sumo (esto queda para la disposición transitoria octava, 3); es mucho más lógico pensar que el mismo quiera condicionar, en algún inexplorado sentido, al legislador no embarazado por la vigencia excepcional de normas preconstitucionales, cuando le impone que regule la materia de las incompatibilidades en la Ley electoral.

