

UN COMPLEJO MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS QUE NECESITA OTRAS GARANTÍAS*

PALOMA BIGLINO CAMPOS
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

I. EL CASO DEL REGANTE DEL GUADALQUIVIR.—II. LA ACTUAL COYUNTURA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—III. LA RAÍZ DEL PROBLEMA: EL DISEÑO DEL MODELO COMPETENCIAL.—IV. UN CELOSO GUARDIÁN DE SU COMPETENCIA.—V. ¿HAY OTRAS GARANTÍAS?—VI. ALGUNAS CONCLUSIONES MATIZADAS.

RESUMEN

En España, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas acaba de experimentar algunas modificaciones significativas, como consecuencia del proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía. En este artículo se intenta demostrar que muchas de las críticas que han recibido tanto esas nuevas normas como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son, más bien, imputables al propio modelo de competencias que inspira nuestro ordenamiento territorial. Este parte de un reparto de poder que, entre otras dificultades, conduce a potenciar el papel del Tribunal Constitucional como guardián del pluralismo territorial. Para evitar este resultado es posible incorporar otro tipo de garantías, de naturaleza procedimental, que, sin perder su naturaleza jurídica, pueden desempeñar un papel integrador de la voluntad de las Comunidades Autónomas en el Estado, a través del Parlamento.

Palabras clave: federalismo; distribución de competencias; Tribunal Constitucional; garantías del federalismo.

ABSTRACT

In Spain, the distribution of powers between the State and the Regional Governments has been significantly changed recently as a consequence of the reform of the Regional Charters. This article tries to show that many criticisms of these new sets of regulations and the jurisprudence of the Constitutional Court can really be put down to the devolution model that underpins the regional system. This starts with a distribution of powers that, amongst other difficulties, potentiates the role of the Constitutional Court as guardian of regional pluralism. To avoid this result, it is possible to incorporate other types of procedural guarantees that, without losing their juridical nature, can act as a cohesive force with respect to the will of the Regions within the State, working through Parliament.

Key words: federalism; distribution of competences; Constitutional Court; federalism guarantees.

* Este trabajo es el resultado de mi colaboración en el Congreso Internacional sobre «Los caminos del Federalismo y los horizontes del Estado Autonómico», celebrado en Bilbao del 19 al 21 de octubre de 2011. Agradezco muy sinceramente a sus organizadores, especialmente a Alberto LÓPEZ BASAGUREN, que me faciliten su publicación en esta REVISTA.

Explicar algunos de los problemas que suscita el actual reparto de competencias en España no es sencillo, aunque sea para un público experto. Reconozcamos, además, que aunque la distribución del poder sea el corazón del federalismo, leer sobre ella resulta especialmente tedioso. Para evitar ambos males he decidido empezar con una narración que, sin renunciar a un cierto rigor, pretende ilustrar la manera en que un ciudadano (en este caso un regante) puede vivir algunos de los rasgos de nuestro modelo. Espero que el lector sepa disculpar el atrevimiento.

I. EL CASO DEL REGANTE DEL GUADALQUIVIR

a) Primera escena: mayo de 2011.

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo reconocer a los hombres que tanto temía. No lo dudó un instante: aferró su escopeta de caza, la cargó con cartucho de postas y salió a su encuentro. Cuando el agente enseñó la credencial que les permitía inspeccionar la acequia, el viejo regante no bajó el arma sino que la hundió en el esternón del guarda. «Fuera de mis tierras», dijo. «Aquí la Junta de Andalucía no pinta nada».

Nuestro protagonista no dejaba de tener cierta razón. Un par de meses antes, en marzo de 2011, el Tribunal Constitucional había anulado el artículo 51 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, que atribuía a dicha Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurrían por su territorio. Para el Tribunal, la competencia de policía sobre el río seguía siendo del Estado¹.

b) Segunda escena: septiembre de 2011.

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo reconocer a los hombres que tanto

¹ STC 30/2011. En el Fundamento Jurídico 6, el Tribunal considera que esta atribución compartimentaba «el régimen jurídico y la administración de las aguas pertenecientes a una misma cuenca hidrográfica supracomunitaria», por lo que vulneraba el artículo 149.1.22 de la Constitución. Según dicho precepto, «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma» es una competencia exclusiva del Estado. Con una orientación similar, la Sentencia de 14 de junio de 2011 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló el Real Decreto 1666/2008, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos.

temía. No lo dudó un instante: aferró su escopeta de caza, la cargó con cartucho de postas y salió a su encuentro. Cuando el agente enseñó la credencial que les permitía inspeccionar la acequia, el anciano no bajó el arma sino que la hundió en el esternón del guarda. «Salgan de mis tierras», dijo. «Aquí el Estado no pinta nada».

También en este caso el regante tiene argumentos a su favor. En agosto de ese año, el Gobierno de la nación había dictado un Decreto-Ley² en virtud del cual se reconocían a algunas Comunidades Autónomas³ las funciones de inspección y control sobre cuencas intercomunitarias.

c) Tercera y última escena: en un futuro, sin fecha cierta.

El anciano se asomó con dificultad a la ventana y, a pesar de la distancia, pudo contemplar sus tierras. Nada ni nadie se interponía entre su mirada y la fila de chopos que discurría junto a su acequia. Andando con dificultad se acercó hasta el agua. Después de contemplar un rato al cielo, que no había perdido su azul transparente desde hacía meses, suspiró y, con gesto resignado, aumentó un poco el caudal.

Cualquier lector se preguntará por qué, en esta ocasión, los agentes de medio ambiente desaparecen de escena. Pues bien, a finales de octubre, el Estado había dictado un Real Decreto⁴ en virtud del cual los

² El Real Decreto-Ley 12/2011, de 26 de agosto, incorpora una Disposición adicional al Texto Refundido de la Ley de Aguas. En la misma se establecen las competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico. Según dicho precepto: «En las cuencas hidrográficas intercomunitarias, corresponderá a las Comunidades Autónomas que tengan prevista la competencia ejecutiva sobre las facultades de policía de dominio público hidráulico en sus Estatutos de Autonomía, el ejercicio, dentro de su ámbito territorial, de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 94 de esta Ley, así como la tramitación de los procedimientos a que den lugar dichas actuaciones hasta la propuesta de resolución. En el ejercicio de estas funciones, será aplicable a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 94».

³ Entre ellas, Andalucía, ya que el artículo 50.2 del Estatuto de Autonomía reconoce a dicha Comunidad facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. En la Sentencia 30/2011, el Tribunal Constitucional había confirmado la constitucionalidad de este precepto al afirmar que «nada impide que la legislación estatal de aguas confiera a las Comunidades Autónomas funciones o facultades de policía del dominio público hidráulico en cuencas intercomunitarias» (Fund. Jco. 12).

⁴ Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, por el que, en ejecución de sentencia, se integran en la Administración del Estado los medios personales y materiales traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre.

medios personales y materiales que, tras la aprobación del Estatuto, se habían traspasado a la Comunidad Autónoma andaluza para la gestión de la cuenca del Guadalquivir se reintegraba a la Administración del Estado. Por muy sorprendente que pueda parecer, el Estado, después de renunciar a la titularidad de la competencia sobre el río, mediante el Decreto-Ley de la escena segunda, asumía para sí los medios necesarios para hacerla efectiva.

Aunque los personajes y la historia que acabo de contar son puramente ficticios, su parecido con la realidad no es mera coincidencia. Hay que reconocer, además, que el relato está simplificado porque, entre otras cosas, me he abstenido de mencionar los problemas que suscita para la seguridad jurídica un Decreto-Ley como el citado, cuyo nexo de conexión interna es tan fluido como lo es el agua⁵.

A pesar de ser un mero cuento, los hechos inventados pueden servir para poner de relieve algunas de las dificultades que suscita nuestro actual Estado de las Autonomías. En efecto, el problema aparece con ocasión de la reforma de un Estatuto que enuncia con mucho detalle las competencias de la Comunidad Autónoma sobre las aguas intracomunitarias, las competencias exclusivas sobre la cuenca del Guadalquivir que discurren sobre su territorio y las competencias de participación y ejecución sobre aguas intercomunitarias, «sin perjuicio» de las competencias del Estado, «en los términos previstos en la legislación del Estado» o cuando así se las atribuya el Estado

La Comunidad Autónoma y el Estado pronto alcanzaron un acuerdo para el traspaso efectivo de las funciones y los servicios⁶, por lo que cuando el Tribunal Constitucional dicta sentencia habían transcurrido dos años desde que la nueva Agencia Andaluza del Agua asumiera efectivamente la competencia. De esta manera, la anulación del artículo 51 del Estatuto creó una laguna de rotundas consecuencias jurídicas: basándose en la declaración de inconstitucionalidad del precepto, la jurisdicción contencioso-administrativa procedió a invalidar las sanciones impuestas por la Agencia por vicio de incompetencia⁷.

⁵ En efecto, el Real Decreto-Ley 12/2011 modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil para la aplicación del Convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques, declara de interés general determinadas obras de infraestructuras hidráulicas con destino a riego y regula competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico.

⁶ Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.

⁷ Por ejemplo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Sevilla, en Sentencia de 1 de septiembre de 2011, anuló una resolución de la Gerencia de la Agencia Andaluza del Agua que confirmaba una sanción impuesta a una empresa por valor de 601,01 euros por haber sido dictada por una autoridad incompetente. Los titulares de prensa son expresivos de la situación que se había creado: «Espiral de sentencias contra las sanciones sobre el Gua-

Por último, aunque el Estado y la Comunidad Autónoma intentaron resolver algunos de los problemas que se habían suscitado a través de fórmulas de colaboración, como la encomienda de gestión, estas al final no resultaron suficientes para solventar los problemas financieros y jurídicos que se habían generado.

Mi intención en estas páginas no consiste en analizar los problemas concretos que se acaban de enumerar y que se han citado solo como síntomas de cuestiones más profundas. De manera distinta, mi intención es tratar algunas razones, de carácter más general, que originaron esta situación. La primera de ellas radica en la manera en que se procedió a reformar los Estatutos de Autonomía en materia competencial. Procede, pues, mencionar, aunque sea brevemente, los objetivos que estas modificaciones pretendieron alcanzar, con el objetivo de evaluar el grado de cumplimiento de dichas metas. Como veremos a continuación, algunas de las dificultades que impidieron el éxito completo del intento no derivan tanto de la manera en que estaban redactados los Estatutos o de la interpretación que hizo el Tribunal de los mismos, sino de factores más profundos, conectados con la manera de concebir la competencia que predomina en nuestro sistema jurídico.

Posteriormente será preciso preguntarse si los problemas que he mencionado anteriormente no derivan también del sistema establecido en nuestro ordenamiento en orden a garantizar la distribución de competencias. Entonces deberá examinarse si el juicio jurídico que corresponde al Tribunal Constitucional es suficiente o si, además, deberían reforzarse otras garantías de carácter procedimental, destinadas a alcanzar mayor integración territorial en la toma de decisiones.

II. LA ACTUAL COYUNTURA: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La última ola de reformas estatutarias ha roto la homogeneidad que, paulatinamente, se había ido creando entre los distintos Estatutos de Autonomía. Hoy en día, la manera en que los Estatutos de Andalucía o Cataluña, de un lado, y el castellano-leonés y el valenciano, de otro, regulan la distribución de competencias es significativamente diferente. A pesar de ello puede advertirse, en general, una tendencia a tratar este asunto con mucha más precisión que antes.

Sirva como ejemplo que el Estatuto de Autonomía de Cataluña dedica a la definición y enumeración de las competencias más de sesen-

dalquivir», *Málaga Hoy*, 11 de septiembre de 2011; «La Junta puede perder millones por la anulación de multas del Guadalquivir», *ABC Andalucía*, 26 de septiembre de 2011.

ta artículos. El de Andalucía es un poco más parco, aunque también dedica a estos asuntos aproximadamente cuarenta preceptos.

Las razones que impulsaron a seguir esta técnica normativa radicaban, fundamentalmente, en la necesidad de incrementar el ámbito de autodisposición por parte de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva, se argumentó en su momento⁸ que las Comunidades Autónomas carecían de competencias exclusivas, por lo que no podían realizar políticas propias ni siquiera en el ámbito de su competencia. Su grado de autonomía era de baja intensidad, ya que se veían constreñidas a implementar las decisiones adoptadas, en el plano legislativo, por la entidad central.

Se trataba, pues, no solo de incrementar, sino también de asegurar las competencias de las Comunidades Autónomas afectadas, es decir, blindar las competencias. Y ello, en dos frentes: ante el Estado y ante el Tribunal Constitucional.

Respecto al primero, preocupaba sobre todo el uso que había hecho de su competencia constitucional a la hora de dictar las bases, la manera en que se había servido de la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 de la Constitución —especialmente en materia de derechos fundamentales— y la utilización de sus títulos horizontales, como es la ordenación general de la economía recogida en el artículo 149.1.13 de la Constitución.

El motivo de la insatisfacción ante el segundo radicaba, especialmente, en la manera en que este había interpretado dichas facultades estatales, que se considera demasiado generosa para el Estado y lesiva para las Comunidades Autónomas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía⁹ de Cataluña rebajó de manera acusada estas expectativas. Es verdad que la mayor parte de las nuevas competencias superaron el test de constitucionalidad. Pero no parece que se alcanzaran los principales objetivos que pretendieron los redactores de la reforma.

De manera sintética, esto se debió a que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional negó que las competencias del Estado pudieran resultar afectadas por la redacción de los Estatutos, dado que derivan directamente del artículo 149.1 de la Constitución y no de la interpretación que el Estatuto haga de las mismas. En segundo lugar, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional fue contundente a

⁸ La mejor exposición de estos propósitos sigue siendo la que aparece recogida en el primer capítulo del *Informe sobre la reforma del Estatuto*, elaborado por el Institut d'Estudis Autonòmics (2003), que se titula, precisamente, «Balance y diagnóstico de la aplicación del Estatuto» (págs 15-41).

⁹ STC 31/2010.

la hora de subrayar la subordinación de los Estatutos de Autonomía a la Constitución y, por lo tanto, a su propia jurisprudencia.

La decisión del Tribunal Constitucional ha recibido valoraciones muy críticas por parte de la doctrina, especialmente en las Comunidades Autónomas afectadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁰. Los abundantes análisis que se han dedicado a este asunto¹¹ exoneran dedicar más atención al tema. Lo que ahora interesa resaltar es que gran parte de las dificultades que han surgido hasta el momento no residen tanto en las competencias concretas recogidas en los Estatutos, ni tampoco en la manera de enfocarlas que ha seguido el Tribunal Constitucional. De manera distinta, cabe sostener que la raíz del problema es mucho más profunda, porque está en la propia manera de entender el reparto de competencias que se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico.

III. LA RAÍZ DEL PROBLEMA: EL DISEÑO DEL MODELO COMPETENCIAL

El modelo al que se hace referencia tiene sus orígenes en la Constitución austríaca de 1920¹² y llegó a nuestra Norma Fundamental actual a través de la Constitución de 1931. Es, pues, característica de Estados que, tras largos siglos de centralización, experimentan procesos de «devolución»¹³.

La finalidad principal de este tipo de estructuras territoriales consiste en limitar un poder estatal preexistente y muy consolidado, garantizando la posición de las nuevas entidades territoriales.

Esta manera de entender los Estados federales parte de una determinada manera de concebir la Constitución. En su forma originaria, de

¹⁰ No solo Cataluña, sino también Andalucía, en la medida que el Estatuto de Autonomía de esta última reproducía algunas de las previsiones de la norma institucional básica de la primera.

¹¹ Me remito, por todos, al trabajo publicado por Carlos VIVER PI-SUNYER en el núm. 91 (2011) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, «El Tribunal Constitucional, ¿“Siempre, solo... e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010».

¹² Sirva como ejemplo que, en el momento de su redacción, se enumeraron casi un centenar de materias en asuntos que podrían parecer tan secundarios como la veterinaria, los electrodos de alta y baja tensión, la mediación en asuntos privados o la lucha contra las enfermedades de las plantas. Sobre este asunto, P. BIGLINO CAMPOS, *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*, Madrid, 2007, págs. 130 y ss.

¹³ Hay que reconocer que la expresión federalismo de devolución no es del todo satisfactoria, porque no siempre las entidades a las que se reintegra el poder político disfrutaron de él en el pasado o, si lo hicieron, se tratara del mismo tipo de poder político. Aun así, resulta expresiva para marcar la diferencia entre este tipo de organizaciones y esas otras que, en sentido contrario, son fruto de un proceso a través del cual Estados soberanos deciden renunciar a parte de su soberanía para integrarse en la Federación.

raíz kelnesiana¹⁴, la Constitución no se limita a crear los poderes de la Federación (como sucede en el caso norteamericano), sino que por ser «orden total» crea de nueva planta la organización territorial del poder y reparte las funciones y las materias entre las diferentes entidades territoriales. Además, la norma suprema distribuye las competencias con unas características particulares. En efecto, el reparto de poder se concibe con un alcance prácticamente universal, ya que pretende abarcar todas las funciones y materias posibles, por lo que la cláusula residual suele tener poca funcionalidad¹⁵. Se pretende, además, la máxima exhaustividad, porque se intenta excluir los ámbitos de indeterminación que puedan jugar a favor del poder central. Por último, el ejercicio de la competencia se entiende como indeclinable y excluyente. En este tipo de ordenamientos, la competencia puede ser básica o de desarrollo, legislativa o ejecutiva, del Estado o de las Comunidades Autónomas. Pero, una vez determinada su titularidad, solo podrá ejercerse por la entidad territorial habilitada para ello, concibiéndose el ejercicio del mismo poder por la otra entidad como inconstitucional y, por tanto, afectado de invalidez¹⁶.

Esta concepción de la competencia está, por tanto, caracterizada por cierta rigidez, cuya finalidad fundamental consiste en asegurar que la entidad central no supere sus límites competenciales.

Esto no supone, sin embargo, que el Estado, o la Federación, carezcan de notables atribuciones ya que, por herencia de la codificación, conservan importantes competencias no solo en virtud de sus títulos horizontales, sino también por su peso de la función legislativa. A favor de la entidad central juega también que este tipo de federalismos sea de ejecución. Reproducen, hasta cierto punto, las teorías del *puovoir*

¹⁴ H. KELSEN expone esta concepción de la Constitución, por ejemplo, en *Teoría General del Estado*, trad. L. LEGAZ LACAMBRA, México DF, 1975, pág. 264.

¹⁵ También en este asunto son notables las distancias con los federalismos de integración, como el norteamericano, donde la Constitución se limita a enumerar los poderes de los órganos de la Federación y, en la X Enmienda, reconoce todas las demás competencias a los Estados miembros.

¹⁶ Esta visión impide la existencia de ámbitos de competencias compartidas (o concurrentes), donde los Estados miembros puedan seguir actuando mientras la Federación no decida hacerlo, supuesto que es común en otros modelos. En estos otros casos, una vez que esta intervención se ha llevado a cabo, y en virtud de la primacía del Derecho federal o de la *federal preemption*, las normas de los Estados miembros quedan desplazadas. Aunque esta forma de articulación nace con la Constitución norteamericana y aparece también recogida en el artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn, su mejor definición está en el artículo 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Según el mismo: «Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya» (sobre estos asuntos, P. BIGLINO CAMPOS, *Federalismo de integración...*, cit., págs. 170 y ss.)

municipal características de inicios del siglo XIX, que atribuían al centro la toma de decisiones y dejaban a las otras entidades territoriales el derecho y el deber de implementarlas.

A estas características, que son comunes a casi todos los modelos de federalismo de devolución, hay que añadir otra peculiaridad propia del caso español. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno y en virtud del principio dispositivo, la Constitución no cierra completamente el modelo, sino que remite su mayor concreción a los Estatutos de Autonomía. Estos son normas que forman parte del parámetro de constitucionalidad pero carecen de la fuerza de la Constitución, por lo que también están sometidas a control de constitucionalidad.

La compleja distribución del poder a la que acabo de hacer referencia propicia la existencia de tensiones territoriales, por lo que potencia el peso del Tribunal Constitucional como árbitro del pluralismo. Dicho órgano se erige como el juez de la competencia, al que se someten en igualdad de condiciones tanto las normas de la entidad central como las de los Estados miembros o regiones.

Hay que reconocer que esta manera de distribuir las competencias tiene sus ventajas, ya que tanto aquí como en otros sistemas de características similares (por ejemplo, Italia) ha permitido el tránsito pacífico de Estados que eran centralizados a otros altamente descentralizados. Pero también suscita algunos inconvenientes.

Desde un punto de vista conceptual podría afirmarse que reproduce algunas de las limitaciones de la dogmática jurídica germana, porque opera conforme a sus presupuestos metodológicos. Desconoce, así, que el federalismo, desde sus primeras formulaciones históricas, se caracteriza por la superposición de poderes, ya que sobre los mismos ciudadanos y el mismo territorio existen dos centros de autoridad, la Federación y los Estados miembros, ambos legitimados para dictar leyes.

De manera distinta, nuestra manera de entender la distribución de competencias parte de la formación de categorías de carácter teórico (nociones tales como competencias exclusivas, compartidas y de ejecución) y proyecta este aparato conceptual sobre distintos sectores materiales, que intenta diseccionar casi a la manera de Linneo en su Taxonomía.

En contra de esta pretensión juega, fundamentalmente, un factor: el hecho de que la realidad es muy compleja y se resiste a ser compartimentada en categorías estancas.

Sirva como ejemplo lo que sucede con el agua, por volver al mismo argumento con el que se comenzaban estas páginas. Aquí también constatamos la fluidez del elemento, ya que en esa materia se pueden

incluir las actividades que se desarrollan sobre la misma (tan diversas como pueden ser la pesca o la producción de energía hidráulica) o los riesgos para su salubridad (por ejemplo, vertidos). Cabe incorporar sus diferentes usos, como son su utilización para el consumo humano o para el regadío, solo por citar unos ejemplos. El agua puede resultar afectada por el ejercicio de otras funciones (como puede ser la ordenación general de la economía) o por el desarrollo de otras políticas que se imponen como principios en la Norma Fundamental (así, la defensa de los consumidores y usuarios o la protección del medio ambiente). Y esto no es todo.

Hay que tener en cuenta que en estos asuntos, y según la naturaleza de cada uno de ellos, pueden ejercitarse funciones de legislación (básica o en desarrollo) o de mera ejecución. Por último, es preciso señalar que cada una de las entidades que pueden actuar sobre el agua tiene un ámbito territorial distinto: el Estado, el intercomunitario, y las CC.AA., el intracomunitario. Además, los ayuntamientos tienen algo que decir, por ejemplo, en materia de depuración.

Tanto el Estatuto de Autonomía de Andalucía como el de Cataluña han intentado delimitar con mucha precisión las competencias que, en materia de agua, corresponden a la Comunidad Autónoma. Pero se refieren solo a algunos aspectos de la misma y lo hacen, en muchos casos, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder al Estado en ejercicio de sus propias competencias.

A estas dificultades hay que añadir, además, que las listas detalladas de competencias pueden ser útiles para medir el ejercicio de la competencia por parte de una Comunidad Autónoma. Pero su funcionalidad es mucho más discutible cuando se trata del Estado, porque los Estatutos de Autonomía regulan las funciones y las materias de manera distinta entre sí. Esto hace que algunos actos y normas del Estado que resultan válidos en algunas Comunidades Autónomas sean inválidos o inaplicables en otras.

Las dificultades que suscita el modelo no siempre son peculiares de España, sino que son comunes a otros ordenamientos donde se siguió un sistema similar de distribución de poderes. Sirva como ejemplo de las mismas los *oggetti ad imputazione multipla* de los que habla Antonio D'ATENA¹⁷, es decir, objetos que se pueden referir a materias diferentes, a veces sometidas a regímenes competenciales diversos. El autor cita así las guarderías en lugares de trabajos (que se pueden reconducir a la tutela del trabajo y a la educación), el *mobbing* (ordenamiento civil o tutela y seguridad en el trabajo), contratos laborales con contenido

¹⁷ *Diritto Regionale*, Turín, 2010, pág. 146.

formativo (ordenamiento civil, tutela y seguridad en el trabajo, instrucción), agroturismo (agricultura, turismo, tutela de la salud, pesca) o la gestión de los residuos (protección del medio ambiente, paisajes, urbanismo, higiene y sanidad).

La complejidad en la distribución de competencias que es inherente a este tipo de modelo impone, ante todo, la necesidad de establecer instrumentos de colaboración entre las distintas entidades territoriales. Pero, además, impulsa el papel de árbitro que corresponde al Tribunal Constitucional porque, aun en caso de que el Estado y la Comunidad Autónoma llegaran a un acuerdo, es posible que se generen tensiones que precisen de una solución jurídica. Así, no cabe descartar que suceda lo mismo que ocurrió con el Estatuto de Andalucía. En ese caso, no se dio conflicto entre la Comunidad Autónoma y el Estado, sino que este fue planteado ante el Tribunal Constitucional por Extremadura. Puede suceder, también, que sean los jueces ordinarios los que eleven el problema competencial al Tribunal Constitucional mediante la cuestión de inconstitucionalidad o que los ciudadanos puedan acudir ante dicho órgano en vía de amparo. Estos son supuestos menos frecuentes, pero, como veremos a continuación, existen algunos casos de interés.

IV. UN CELOSO GUARDIÁN DE SU COMPETENCIA

Hasta el momento hemos podido examinar cómo el detalle en la enumeración de las competencias, la heterogeneidad de las mismas y, en el caso de nuestro ordenamiento, su parcial desconstitucionalización, lejos de limitar el papel del Tribunal Constitucional en el sistema, contribuyen a subrayarlo.

Es conforme a la naturaleza de nuestro sistema, de origen kelseniano, que el Tribunal Constitucional sea el «guardián» o el árbitro de la competencia¹⁸. No sé hasta qué punto es conveniente para el sistema territorial, y para el propio Tribunal Constitucional, que dicho órgano ostente la competencia sobre la competencia.

El riesgo que se genera es que, al final, el Tribunal Constitucional deje de ser una instancia revisora de decisiones adoptadas por los poderes legitimados democráticamente para convertirse en el protago-

¹⁸ Es, en efecto, ese autor austríaco quien configura de esta manera al Tribunal Constitucional. Sobre el tema, «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato Federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca» y «Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova Costituzione austriaca del 1.º ottobre 1920»; ambos escritos aparecen publicados en *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milán, 1981.

nista de la toma de decisiones. Trazar la delgada línea roja que separa las funciones, los principios, los fines y las materias es una tarea que puede realizarse en términos técnicos, pero que conlleva un cierto grado de discrecionalidad, porque, en muchas ocasiones, hay tantos argumentos para mantener una determinada solución como los hay para mantener la hipótesis contraria.

Es verdad que esta situación no existe solo en España ni únicamente en los federalismos de devolución, sino que también puede darse en sistemas que responden a otra estructura, como es el estadounidense. Aun así, hay que reconocer que nuestro Tribunal Constitucional ha asumido con decidido entusiasmo este protagonismo en su reciente jurisprudencia. Hay varios ejemplos que demuestran cómo dicho órgano ha subrayado su papel en la interpretación del orden constitucional de competencias, a costa del que pueda corresponder a otros actores políticos (como son los parlamentos) o de naturaleza jurisdiccional.

El primero de ellos, bastante conocido, son las afirmaciones del Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, a la que ya se ha hecho referencia. En la misma, el máximo Tribunal enuncia cuál es su papel en la delimitación de lo básico, al afirmar:

«Si las bases son “principios” o “normación mínima” no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino solo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta»¹⁹.

Ante esta afirmación cabe sostener que quizá, por ser norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, el Estatuto no pueda imponer a la legislación básica del Estado un contenido ni una forma determinados. Hay que aceptar también que entra dentro de las competencias del Tribunal revisar la calificación que el Estado haya hecho de lo básico. Pero también parece cierto que esta última entidad territorial tiene algo que decir sobre el asunto y que el papel del Tribunal debería consistir en determinar si la calificación realizada por el legislador estatal resulta o no conforme con la Constitución.

Otro ejemplo del celo demostrado por el Tribunal a la hora de salvaguardar su papel en el sistema territorial es algo más reciente y se encuentra en la STC 66/2011, de 16 de mayo. En este caso, quienes recurren en amparo son los miembros de una asociación de vecinos que se

¹⁹ Fund. Jco. 60.

queja de la aplicación, por parte del Ayuntamiento y por la jurisdicción contencioso-administrativa, de una ley del Estado en detrimento de lo dispuesto en una ley autonómica. Para los demandantes, el hecho de que los jueces hayan dejado de lado lo establecido en esta última disposición, sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, supone una vulneración de la tutela judicial efectiva.

No es momento de detenerse a analizar las consecuencias del fallo, que, como afirma el voto particular, obligan a retrotraer el proceso inicial para que el juez eleve la cuestión y el Tribunal dicte sentencia en el mismo sentido que había decidido la propia jurisdicción ordinaria, esto es, en contra de la validez de la norma autonómica. Interesa solo subrayar que el Tribunal Constitucional, como ya había hecho en otras ocasiones²⁰, avoca para sí cualquier juicio de contradicción entre normas estatales y autonómicas porque «la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional»²¹. Con ello se excluye que la jurisdicción contencioso administrativa pueda inaplicar leyes (estatales o autonómicas) aun en el supuesto de que la entidad competente, en el ejercicio de una atribución previamente reconocida por el propio Tribunal Constitucional, haya dictado una disposición posterior en el tiempo.

La doctrina ha tratado en profundidad los problemas de legitimidad que la *judicial review of legislation* suscita desde el punto de vista del principio democrático. En mi opinión, la misma atención merecería desde el punto de vista del pluralismo territorial. También en este caso sería preciso reflexionar acerca de las razones que legitiman el papel que corresponde a la justicia constitucional como legislador positivo en materia territorial y la exclusión de los otros poderes del Estado, incluida la jurisdicción ordinaria, a la hora de delimitar el ámbito de las competencias.

V. ¿HAY OTRAS GARANTÍAS?

Como hemos visto, el modelo de reparto competencial que sigue nuestro país, como otros de nuestro entorno, configura el control jurídico como principal garantía del pluralismo territorial, y lo confía al

²⁰ Desde la STC 163/1995, por ejemplo. Sobre este tipo de jurisprudencia, T. DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, «Los principios de competencia y prevalencia como regla de resolución de conflictos en el Estado Autonómico», en P. BIGLINO CAMPOS y C. MAPELLI MARCHENA (Dir.), *Garantías del pluralismo territorial*, Madrid, 2011, págs. 71 y ss.

²¹ Fund. Jco. 5.

Tribunal Constitucional, órgano que protagoniza el juicio sobre la titularidad de las competencias. Dada la manera en que estas se enumeran y cuando se produce un conflicto, el Tribunal examina la disposición cuya validez se discute, la enmarca entre las atribuciones que alegan las entidades afectadas y subsume la disposición recurrida en el título competencial que le parece más comprensivo de la función y materia en discusión.

Esta garantía es, como antes se señalaba, necesaria en cualquier forma de organización territorial compleja. Pero deberíamos preguntarnos si resulta suficiente, es decir, si no sería preciso establecer otras formas de garantía que actuaran antes de la contradicción normativa y a efectos de evitarla.

No considero preciso hacer mención de ese tipo de garantías que suelen denominarse políticas y que consisten en factores tales como un Senado dotado de funciones y composición realmente territoriales o la propia estructura del sistema de partidos. Es verdad que algunas de ellas pueden estar dotadas de naturaleza jurídica y, en determinadas circunstancias, actuar con efectividad. Aun así, justo es reconocer que resulta difícil asegurar su cumplimiento, dado que no siempre están sometidas a control jurisdiccional.

Creo necesario, sin embargo, hacer una referencia algo más detallada a otro tipo de garantías que consisten, básicamente, en procedimientos impuestos a los poderes públicos para la toma de decisiones. Estas exigencias pueden consistir en presupuestos que actúan como requisitos de la iniciativa o como exigencia que justifican el ejercicio de la competencia. Su finalidad radica, a veces, en asegurar que las entidades territoriales, especialmente la central, integren a las demás en el proceso decisorio, por lo que legitiman la solución adoptada. En otras ocasiones actúan más bien como límites, porque se trata de garantizar que la institución que actúa se mantenga dentro de su propio ámbito competencial.

Suele suceder, al menos en España, que la doctrina hable con frecuencia de la necesidad de mejorar e incrementar este tipo de garantías al hacer referencia a la actividad de los poderes ejecutivos. Se hace mención, entonces, de las técnicas de cooperación y coordinación entre los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y el del poder central. Pocas veces, sin embargo, se subraya la conveniencia de establecer similares instrumentos entre los órganos legislativos, mediante la instauración de formas de participación y exigencias procedimentales similares a las existentes en otros ordenamientos.

Así sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde la Corte Suprema ha exigido al Congreso lo que algunos sectores de la doctrina de-

nominan *due process of lawmaking*²². Este modelo deliberativo impone que la medida adoptada por la Cámara persiga una finalidad claramente delimitada, que la necesidad de la intervención federal esté necesariamente documentada y que se haya ponderado en atención a otras alternativas²³.

Otro ejemplo de este tipo de garantías son las establecidas en el artículo 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn, precepto que condiciona la intervención de la Federación en algunas materias concurrentes a que su legislación sea indispensable para crear condiciones de vida equivalentes o para preservar la unidad jurídica o económica. La Constitución refuerza, además, estos requisitos al encomendar al Tribunal Constitucional no solo el control sobre la indispensabilidad de la medida, sino también sobre si dicho carácter se mantiene²⁴.

En la Unión Europea, a partir del Tratado de Lisboa, también se han reforzado este tipo de garantías al establecer nuevos procedimientos para salvaguardar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Recordemos que no solo se ha acentuado el control a posteriori que puede ejercer el Tribunal de Justicia sobre el cumplimiento, por parte de la Unión, de estos principios²⁵, sino que también se ha creado el procedimiento de alerta precoz, mediante el cual los parlamentos nacionales intervienen en una fase previa al procedimiento legislativo de la Unión para verificar el cumplimiento de dichos criterios.

Por lo demás, este tipo de garantías no es completamente ajeno a nuestro ordenamiento. Así, merece la pena subrayar que nuestra Constitución contiene algunas garantías de parecida naturaleza, que constituyen auténticos presupuestos impuestos a las Cortes Generales para que estas puedan actuar en ciertas cuestiones que afectan directamente a las Comunidades Autónomas.

El más significativo de estos requisitos procedimentales es, quizá, la exigencia de que cada una de las Cámaras aprecie, por mayoría

²² La expresión fue introducida por H. LINDE en «Due Process of Lawmaking», 55 *Nebraska Law Review*, 197 (1976).

²³ Sobre este tema, P. FRICKEY y S. SMITH, «Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique», 111 *Yale Law Journal*, 1707 (2002), pág. 1728.

²⁴ Artículo 93.2 LFB. Sobre este asunto, A. ARROYO GIL, *La reforma constitucional del federalismo alemán. Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Barcelona, 2009, págs. 48 y ss.

²⁵ En efecto, este control adquiere nueva sustantividad, ya que el artículo 8 del «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» contempla el incumplimiento de dichos criterios como una causa específica de nulidad de los actos comunitarios, que puede hacerse valer a través de los procedimientos establecidos en el artículo III.365 por los Estados miembros también a instancia de los parlamentos nacionales. Además, el Protocolo confirma la legitimación del Comité de las Regiones para interponer recursos contra actos legislativos europeos para cuya adopción la Constitución requiera su consulta.

absoluta, la necesidad de dictar una de las leyes de armonización previstas en el artículo 150.3 de la Constitución. También merece la pena citar, como requisito procedimental, la Disposición adicional tercera de la Constitución, según la cual la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.

La experiencia demuestra que ambas exigencias procedimentales han actuado como límites eficaces a la actividad legislativa del Estado, sobre todo por haber sido utilizadas por el Tribunal Constitucional a la hora de controlar la validez de leyes estatales. En los casos que se mencionan a continuación, el Tribunal Constitucional no ha tenido que enfrentarse a la delicada tarea de delimitar el contenido material de una competencia. Su tarea ha consistido en verificar si, en el trámite de elaboración de una ley, las Cortes Generales han respetado las exigencias formales previstas en el ordenamiento. Es evidente que este juicio comporta también una cierta libertad de apreciación. Pero esta resultará siempre menor de la que corresponde al Tribunal cuando traza la frontera entre el poder del Estado y el poder de las Comunidades Autónomas.

Baste con recordar la STC 76/1983, sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico. En esta decisión, el Tribunal viene a exigir que las Cortes Generales tengan motivación suficiente para intervenir en las competencias de las Comunidades Autónomas, porque solo pueden hacer uso de este tipo de normas cuando el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución demuestra ser insuficiente para salvaguardar el interés general de la nación²⁶.

Otros ejemplos de la eficacia que pueden alcanzar este tipo de requisitos impuestos al legislador son también las SSTC 35/1984 y 137/2003, en las que se declararon inconstitucionales sendos Reales De-

²⁶ El punto central de la argumentación del Tribunal arranca de una interpretación sistemática del Título VIII de la Norma Fundamental. En opinión de dicho órgano, el artículo 150.3 constituye únicamente «una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias». Para el Tribunal, el constituyente tuvo ya en cuenta el principio de unidad y los intereses generales de la nación al enumerar las competencias que corresponden al Estado. Por eso, las leyes de armonización se justifican únicamente por «la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos». Partiendo de esta afirmación, el Tribunal define a esas leyes como «normas de cierre del sistema» y establece las condiciones para hacer uso de ellas. Según dicho órgano, el Estado solo puede acudir al artículo 150 en dos supuestos. En primer lugar, cuando carezca de un título competencial específico, previsto en la Constitución, para dictar la regulación de que se trate. En segundo lugar, cuando, aun disponiendo de dicho título, este resulte insuficiente para garantizar la armonía exigida por el interés general. En virtud de esta última consideración, el Tribunal reconoce que el Estado puede dictar leyes de armonización no solo en materias exclusivas de las Comunidades Autónomas, sino también en competencias compartidas. Pero, también en este último supuesto, es preciso constatar previamente que el sistema de distribución de competencias sea insuficiente para salvaguardar el interés general de la nación.

cretos-Leyes del Estado dictados sin el conocimiento previo de la Comunidad Autónoma canaria.

Los que se acaban de citar no son, por lo demás, los únicos límites procedimentales impuestos en nuestro ordenamiento a la actividad legislativa del Estado. Existen otros requisitos, establecidos en los Estatutos de Autonomía, que han desempeñado una función similar. Así, el recogido en la Disposición adicional séptima del Estatuto de Cataluña, que exigía —y sigue exigiendo— el acuerdo entre la Generalidad y el Gobierno para modificar la relación de tributos cedidos por el Estado y enumerada en el mismo precepto.

También en este caso el Tribunal Constitucional hizo uso de esta previsión para declarar inconstitucional la Ley 30/1983, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas²⁷. Según el criterio del máximo Tribunal, la falta de acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma constituye un vicio de procedimiento en la formación de la iniciativa legislativa, resultado de incumplir un trámite destinado a asegurar la participación de esta última en un tema de tanta importancia como son sus recursos financieros²⁸.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES MATIZADAS

No me gustaría terminar estas páginas sin antes relativizar algunas de las conclusiones que podrían deducirse de lo que se ha afirmado. Considero, pues, necesario realizar dos tipos de precisiones.

En primer lugar, conviene señalar que las exigencias y límites de orden procedimental a los que se acaba de hacer referencia solo tienen sentido cuando operan frente al Estado y que carecen prácticamente de virtualidad ante las Comunidades Autónomas. En efecto, las normas de estas últimas, dictadas en ejercicio de sus propias competencias, vinculan dentro de su propio ámbito territorial y personal de eficacia. El caso del Estado es distinto. No solo se trata de que sus disposiciones tienen una dimensión espacial general, por lo que inciden también en la que es propia de las Comunidades Autónomas. Se trata también de la naturaleza de las competencias que corresponden a la entidad central.

²⁷ STC 181/1988. Más en concreto, se declaró la nulidad del segundo inciso del párrafo tercero de la Disposición final primera de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre

²⁸ El Tribunal afirma que este tipo de requisitos no solo se explica por la necesidad de dotar a las Comunidades Autónomas de un sistema efectivo de financiación, sino que, además, «entronca con un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo, para la concreción normativa de temas de tanto relieve respecto a la puesta en marcha» (Fund. Jco. 4).

Como antes se señalaba, el modelo de federalismo que se sigue en España es de ejecución, por lo que las decisiones fundamentales son adoptadas por el Estado y deben ser implementadas (legislativamente o solo en ejecución) por las Comunidades Autónomas. Lo que el Estado dispone, impone obligaciones a las Comunidades Autónomas, cargas que a veces condicionan de manera muy significativa el ámbito de autonomía que tienen constitucionalmente reconocida.

Esta distinta posición aconseja que el Estado, al legislar, integre en los procesos de toma de decisiones a las Comunidades Autónomas, bien en su conjunto —cuando afectan a todas— o bien de manera bilateral, cuando la medida adoptada por el Estado vincula exclusivamente a alguna de ellas.

Me gustaría precisar, en segundo lugar, que este tipo de garantías tienen una efectividad variable. Así, en algunas ocasiones adquieren un papel preventivo de posibles conflictos territoriales, pero quizá sean poco aptas para enjuiciar la validez de las normas. Por esta razón, no pueden considerarse en ningún caso como sustitutivas del sistema actual de reparto de competencias.

A pesar de su inconvenientes, la distribución de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas que es característica de nuestro federalismo de devolución, y su control por el Tribunal Constitucional, siguen siendo la manera más enérgica para asegurar que cualquiera de ambas entidades territoriales no exceda su ámbito de autoridad. Es más, conviene subrayar que el modelo actual resultaría más eficaz si, al igual que sucede en otros países de nuestro entorno, se superara el principio dispositivo que caracteriza a nuestra Constitución y se cerrara la distribución de competencias en la propia Norma Fundamental.

Es verdad que esta elevación de rango no evitaría las dificultades existentes a la hora de delimitar las competencias, tarea en la que el Tribunal Constitucional habrá de desempeñar un papel decisivo en todo caso. Pero la inclusión de la distribución de competencias en la norma fundamental relevaría a dicho órgano del deber de enjuiciarla. Con ello se aliviaría la presión que se ejerce sobre el Tribunal Constitucional cuando este ha de decidir sobre cuestiones de tanto calado político como es la reforma de los Estatutos de Autonomía.

Aun reconociendo que solo actúan frente al Estado y que no desplazan el juicio de competencia, no cabe desdeñar las ventajas que este tipo de garantías procedimentales podrían aportar a nuestra organización territorial y a otras dotadas de características similares²⁹. La

²⁹ Hay que recordar, además, que su introducción en nuestro ordenamiento no exigiría siempre la reforma de la Constitución, sino que algunas de ellas podrían incorporarse a las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad

conveniencia de este tipo de instrumentos conecta con la propia naturaleza del federalismo, que, desde sus orígenes, es otra manifestación del pluralismo político³⁰. Por este motivo, el buen funcionamiento de la organización territorial aconseja crear cauces de expresión y negociación entre opiniones distintas, de manera que las decisiones se adopten conforme a las reglas esenciales del principio democrático, es decir, con el predominio de la mayoría, con respeto a las minorías y en publicidad.

El federalismo, pues, no constituye una excepción. La mejor garantía de integración, incluida la territorial, es la que brinda el procedimiento, porque no solo importa lo que se decide, sino también cómo se decide.

³⁰ Así, J. MADISON expone, como una de las ventajas de la nueva Unión, los límites que esta puede suponer para los excesos de determinadas mayorías. En este sentido afirma: «Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength, and to act in unison with each other» (Number X, *The Federalist, on the new Constitution*, Hallowell [Me.], Masters, Smith & Co., 1857, pág. 47).

