

LA LEGISLACIÓN BÁSICA TRAS LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

I. PLANTEAMIENTO.—II. LA LEGISLACIÓN BÁSICA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO. EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA CONCEPCIÓN MATERIAL.—III. LAS PROPUESTAS DEL ESTATUTO CATALÁN PARA LIMITAR LA EXTENSIÓN DE LO BÁSICO: 1. *La pretensión de blindar las competencias autonómicas en el Estatuto*. 2. *La definición de la forma y el alcance de la legislación básica estatal en el Estatuto*. 3. *La concreción de las facultades competenciales autonómicas en el Estatuto*.—IV. LA RELACIÓN ENTRE ESTATUTO Y LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL EN LA DELIMITACIÓN DE LO BÁSICO: 1. *La capacidad de las previsiones estatutarias para condicionar la delimitación de lo básico*. 2. *La posibilidad de que lo básico sea distinto en las diversas CC.AA. como consecuencia de las previsiones estatutarias*.—V. LA RELACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA QUE LA COMPLEMENTA.—VI. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

El proceso de reformas estatutarias, impulsado con la entrada en vigor de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, supone el inicio de una nueva etapa en la evolución del Estado autonómico (1). El Estatuto catalán ha sido precedido por la reforma del Estatuto valenciano (LO 1/2006, de 10 de abril), con un alcance menor (2), y está sien-

(1) Me parece importante insertar la referencia específica a la Ley Orgánica 6/2006 pues ese es el texto al que aludiré en estas páginas, esto es, intentaré soslayar los debates sobre contenidos estatutarios que han quedado en el camino de la tramitación parlamentaria, de manera que el mantenimiento de la polémica sobre ellos puede tener un sentido político pero no jurídico-constitucional.

(2) La importancia de este Estatuto radica, creo, en su procedimiento de elaboración, al haberse alcanzado, como se sabe, el acuerdo de las dos fuerzas políticas mayoritarias en la Comu-

do la referencia, directa o indirecta, expresa o implícita, para seguirlo o matizar algún aspecto, en la reforma de otros Estatutos (Andalucía, Canarias, Baleares, Aragón, Castilla-La Mancha). Podemos predecir que en pocos años los primeros Estatutos habrán sido sustituidos por otros nuevos en todas las CC.AA.

Más allá de las diferencias, dos rasgos vertebran estos nuevos Estatutos. En primer lugar, suponen la adaptación del texto estatutario a la realidad autonómica que ha ido configurándose en los últimos veinticinco años al margen (que no contra) los Estatutos inicialmente aprobados. Cuando los nuevos Estatutos se refieren a los derechos sociales, recogen nuevas instituciones (Consejo Consultivo, Consejo Económico-Social, etc.), regulan las relaciones de colaboración con el Estado u otras CC.AA. o hacen mención a la participación en asuntos europeos, en puridad, apenas innovan el ordenamiento sino que recogen lo que ya «es» el Estado autonómico, sin que hasta el momento tuviera un reflejo estatutario, sino únicamente en la legislación, en la jurisprudencia constitucional o en acuerdos políticos (3). En segundo lugar, no puede olvi-

nidad Autónoma y el Estado, pero en cuanto a su contenido, aunque se han incluido elementos característicos de los nuevos Estatutos (derechos y libertades, relaciones institucionales, consejo de justicia) sorprende el mantenimiento de algunos contenidos *originales* que en la actualidad han perdido su sentido por la propia evolución del Estado autonómico. Así ocurre con el tratamiento de la atribución extraestatutaria de competencias o las denominadas «normas de validez provisional». Incluso, en lugar de aprovechar la oportunidad para delimitar con mayor claridad el reparto competencial, se ha agudizado su complejidad al introducir un nuevo listado de competencias exclusivas, «sin perjuicio de la intervención estatal». Unido a esto, la pretensión de «recuperar el derecho foral» y la inclusión de elementos historicistas, al menos en la redacción, otorga a este Estatuto un cierto «aroma añejo». No resultaría extraño que, en aplicación del mandato político contenido en la conocida como «cláusula Camps» (Disposición Adicional Segunda), pueda plantearse en poco tiempo una nueva iniciativa de reforma estatutaria.

(3) No puedo detenerme en esta cuestión, pues no es el objeto de estas páginas. En todo caso, debo anotar que el debate sobre una hipotética «reserva estatutaria», que impediría la inclusión de nuevos contenidos, suele soslayar el dato apuntado en el texto: buena parte de esas cuestiones ya estaban reguladas en el ordenamiento autonómico, sólo que no se recogían en el Estatuto. Incluso, el desglose de competencias, una de las novedades más significativas, en la que luego nos detenemos, pretende en principio recoger las facultades que en virtud de la jurisprudencia constitucional dictada durante estos veinticinco años corresponden a la CA. Por ello, la interpretación rígida de la «reserva de Estatuto», que impediría incluir en los Estatutos cuestiones ajenas a las puramente organizativas, no atiende a la evolución del Estado autonómico. Esa posición pudo tener algún sentido en los años ochenta cuando no se conocía con certeza el ámbito de actuación que iban a desarrollar las CC.AA., pero su mantenimiento en la actualidad supone renunciar a que los Estatutos recojan la realidad autonómica. *Cfr.* esta posición restrictiva en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: «Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía, Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, 2005, págs. 104-105. Sobre la ampliación del contenido del Estatuto, más allá de las

darse que la intención de la reforma, si nos situamos en la perspectiva académico-política catalana, es la superación de la denominada «autonomía de baja calidad». Se pretende, frente a ello, el ejercicio de las competencias autonómicas sin interferencias del Estado y una mayor participación en las decisiones de éste. Algo más se dirá luego sobre esta posición de parte. No se valora ahora lo «acertado» o «exagerado» de esa percepción, ni su difícil articulación; se pretende resaltar que las reformas no pretenden cambios institucionales, ni siquiera una expresa ampliación competencial, dada la cercanía del techo del art. 149.1 CE y la eliminación de la atribución de materias concretas por la vía del art. 150.2 CE (4), sino el establecimiento de límites a la actuación del Estado, que garanticen el ejercicio competencial autonómico sin intromisiones. Más que ampliar competencias se aspira a mejorar la calidad del autogobierno (5).

La consecuencia es que, a mi juicio, no estamos ante un nuevo Estado autonómico (6), sino ante la actualización del marco estatutario, con unos

determinaciones mínimas del art. 147 CE, *cf.* S. MUÑOZ MACHADO: «El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias», en *Informe CC.AA.*, 2004, Institut de Dret Public, Barcelona, 2005, págs. 735-736. Volveremos sobre esta cuestión al hilo de la relación del Estatuto con la Constitución.

(4) Tanto en la propuesta de Estatuto catalán como en la del andaluz aprobadas en los respectivos parlamentos autonómicos se planteaba la posibilidad de ampliar las competencias autonómicas por esta vía. Sin embargo, finalmente fueron suprimidas estas previsiones estatutarias en las Cortes Generales y la referencia a concretas ampliaciones competenciales por la vía del art. 150.2 CE. Por ello, debe suponerse que también lo serán las que se incluyan en las distintas propuestas de reforma que vayan llegando a las Cortes Generales. Sobre el distinto alcance de la utilización del art. 150.2 CE que se preveía en los textos catalán y andaluz aprobados en los parlamentos autonómicos y los avatares de esta cuestión remito a mi trabajo «Atribución extra-estatutaria de competencias», en F. BALAGUER (coord.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla, 2006 (en prensa).

(5) De ello deriva, obviamente, una ampliación competencial para las CC.AA. C. Viver explica bien esta pretensión: «En algunos casos se afirma que, bajo la aparente reivindicación inocua de una mejor garantía de las competencias, de hecho lo que se pretende es ampliar el alcance de las competencias que ahora tienen las CC.AA. Esta apreciación es tan cierta como justificada la opción que pretende denunciar: si una CA promueve la reforma estatutaria en este ámbito porque considera que a lo largo de los últimos veinticinco años se ha realizado una interpretación reduccionista del alcance de sus competencias, es evidente que no tendría sentido pretender garantizar pro futuro este contenido que considera fruto de una interpretación limitativa» (C. VIVER: «En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competencies. Contribució a una polèmica jurídicocostitucional», *REAF*, 1, 2005, págs. 128-129).

(6) La tesis del «nuevo Estado autonómico» ha sido sostenida por P. CRUZ VILLALÓN para quien estamos no ante otro tipo de Estado sino ante otro Estado de las Autonomías, «otra variante de sí mismo, tan creativa quizá como la anterior a la que se dispone a abandonar» («La refor-

nuevos Estatutos adaptados a la realidad autonómica, y su *instrumentalización*, más o menos acertada, en defensa de los intereses propios (7). No podemos predecir el alcance práctico del nuevo utillaje estatutario, tampoco de qué manera el áspero debate político que ha acompañado al proceso catalán, trasladado al Tribunal Constitucional, o la ambigüedad de algunos de sus preceptos para su adecuado encaje constitucional dificultarán su aplicación. Únicamente destaco que el análisis de los distintos componentes del Estado autonómico deberá efectuarse en este nuevo marco estatutario, actualizado y tendente a la defensa de los intereses autonómicos. En ese contexto se aborda el análisis de las competencias compartidas, la relación entre la legislación básica o bases, lo básico en definitiva (8), y el complemento normativo autonómico, componente esencial de nuestro sistema de distribución competencial, cuya articulación hasta la actualidad ha sido criticada, al menos desde la perspectiva de algunas CC.AA. Con ese presupuesto, la mayoría de las reformas estatutarias quieren incorporar, siguiendo el precedente catalán, elementos novedosos para incidir en esa relación. Específicamente, la concreción detallada y exhaustiva de las submaterias o perfiles competenciales en cada una de las materias de competencia autonómica (9).

ma del Estado de las autonomías», *REAF*, 2, 2006, pág. 79). Bien es cierto que en su trabajo toma como referencia el texto del Estatuto aprobado por el Parlamento catalán. De haber entrado en vigor sin las modificaciones introducidas en las Cortes Generales, estaría de acuerdo con la apreciación del profesor Cruz.

(7) Más allá del uso en ese sentido de las técnicas estatutarias, también se advierte un tratamiento específico de lo que se consideran asuntos de especial interés para el territorio. El supuesto más notorio acaso sea el tratamiento del agua, que varía según se trate de una CA de cabecera de cuenca (Aragón, Castilla-La Mancha) o de final de cuenca (Valencia, Murcia), por no referirnos a las propuestas para asumir competencias sobre las cuencas hidrográficas (Andalucía, Castilla-León).

(8) Como es sabido, el art. 149.1 utiliza tres expresiones distintas para referirse a la competencia del Estado para determinar «lo básico» de una materia: legislación básica (apartados 17, 18 y 23), normas básicas (apartados 27 y 30) y bases (apartados 8, 11, 13, 16, 18 y 25). Aunque, en los primeros años de desarrollo constitucional la doctrina atribuyó un alcance distinto según la expresión utilizada (J. SALAS: «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», *RAP*, 100-102, págs. 438-439; S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las CC.AA.*, Civitas, Madrid, 1985, tomo I, pág. 375), el Tribunal Constitucional las ha equiparado (STC 86/1990/4, entre otras) y cuando las ha distinguido no ha extraído de ello consecuencias prácticas (STC 102/1995/8). Por ello utilizamos las expresiones legislación básica, bases o lo básico de forma indistinta. Todo ello sin perjuicio de la distinción con las «condiciones básicas» del 149.1.1 (STC 61/1997).

(9) «Submaterias» es la expresión que utiliza C. VIVER («La reforma de los Estatutos de autonomía», en C. VIVER, F. BALAGUER y J. TAJADURA: *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, CEPC, colección Foro, 2, Madrid, 2005), «perfiles competenciales» es la expresión de

Se analiza en estas páginas la incidencia de estas reformas en la delimitación de lo básico.

Partimos de una premisa de carácter político: la importancia de una configuración más estable de esa relación entre las bases estatales y el complemento normativo autonómico, frente a la indeterminación advertida hasta aquí. No se pretende, como intentaremos mostrar, la «petrificación» del reparto competencial, siempre sometido a un proceso de cambio y adaptación en tensión permanente, sino configurar las competencias compartidas desde criterios tendencialmente estables. A mi juicio, superados los riesgos de quiebra del modelo, las reformas estatutarias ofrecen una oportunidad para acotar, tras veinticinco años de desarrollo autonómico, cómo se delimita lo básico y, en su envés, el complemento autonómico.

Esta *reconfiguración* de la relación entre lo básico estatal y el complemento autonómico debe atender a su evolución en el proceso de construcción del Estado autonómico. Si no describimos ese proceso, y sus consecuencias, difícilmente podremos entender el debate que se ha producido durante la tramitación del Estatuto catalán en este punto. Una de las justificaciones políticas de esa reforma ha sido, como se ha dicho, la denuncia de la extensión del perímetro de lo básico, efectuada por el legislador estatal y aceptada por el Tribunal Constitucional, que ha provocado la limitación de la capacidad autonómica para desarrollar políticas propias. A valorar esta cuestión se dedica el apartado segundo.

A continuación, en el apartado tercero, me detengo en las propuestas que se contienen en el Estatuto de Cataluña para contrarrestar esa tendencia, el famoso «blindaje», que se pretende mediante el desglose de las distintas facultades competenciales que asume la CA, más allá de enumeración genérica de las materias, y la definición de los tipos competenciales, específicamente de las competencias compartidas. Han provocado un interesante debate jurídico-constitucional al que no podemos sustraernos.

A partir de estos elementos, con un carácter prospectivo, se intenta plantear cómo debe delimitarse y regularse lo básico tras las reformas estatutarias. Con el presupuesto del reconocimiento de los espacios competenciales separados de lo básico estatal y del complemento autonómico, se aborda la relación entre el Estatuto y la legislación básica, por un lado, y entre la legislación

F. BALAGUER («Comentario a La reforma de los Estatutos de Autonomía de C. Viver», en *ibidem*. En la propuesta de Estatuto andaluz y en el de Canarias se sigue casi miméticamente el precedente catalán. En otros, el desglose no es acaso tan acentuado, tan exhaustivo, pero también se produce, aun manteniendo el tradicional sistema de listas. Así ocurre en las propuestas de Aragón o Castilla-La Mancha e incluso, aunque en menor medida, en la de Baleares.

básica y la legislación autonómica, por otro. En el primer supuesto, me ocupo de la incidencia de las previsiones estatutarias en la delimitación de lo básico y, en relación a ello, si lo básico puede ser distinto en las distintas CC.AA. como consecuencia de las previsiones estatutarias. A ello se dedica el apartado cuarto. La segunda relación permitirá entender la necesidad de fijar con mayor certeza el ámbito de lo básico y la necesaria participación de las CC.AA. en su regulación. Este es el objeto del apartado quinto.

Algunas de las cuestiones tratadas en estas páginas vienen siendo debatidas en la doctrina desde hace tiempo, antes de que la propuesta de reforma del Estatuto catalán las trasladara a la opinión pública. Es el caso de la «versatilidad de lo básico» (10), las garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico (11) o la incidencia de las modificaciones de la legislación básica en la legislación autonómica. Otras son planteadas *ex novo* por este proceso de reforma, en concreto, la incidencia de los contenidos estatutarios en la legislación básica. Escapa a las posibilidades de este trabajo agotar su tratamiento. Se pretende, únicamente, pergeñar algunos rasgos básicos que permitan configurar con más fijeza la relación entre las bases estatales y el complemento normativo autonómico en el marco de un debate que, seguramente, continuará abierto en los próximos años.

II. LA LEGISLACIÓN BÁSICA EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO. EL CARÁCTER PROVISIONAL DE LA CONCEPCIÓN MATERIAL

A estas alturas de desarrollo del Estado autonómico, el recuerdo de la indeterminación originaria del modelo de organización territorial conserva su sentido en dos perspectivas. Por un lado, para plantear la necesidad de superarla formalmente, pues la «constitucionalización» del Estado autonómico (12) sigue pendiente; por otro, para entender la evolución que han sufrido algunas piezas del modelo, sólo comprensible de forma adecuada a partir de esa premisa. Es lo que ocurre con lo básico. En los orígenes del Estado autonómico se consolidó una concepción material que en la actualidad ha perdido

(10) Cfr. J. GARCÍA MORILLO: «La versatilidad de lo básico», *RAP*, 139, 1996, págs. 125-151.

(11) Cfr. J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *REDC*, 68, 2003, págs. 89-120.

(12) Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: «La constitucionalización del Estado autonómico», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 9, 1997, págs. 129-160.

su sentido, al menos en su justificación histórica. Resulta conocido que el Tribunal Constitucional, en su STC 32/1981, consagró ese concepto material en dos sentidos. En primer lugar, decía, era innecesaria la declaración formal de lo básico por el legislador estatal en cada una de las materias por cuanto «esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (FJ. 6). En segundo lugar, la concepción de lo básico era material por la *provisionalidad* de una hipotética delimitación por el legislador estatal pues, aunque se haya establecido previamente lo que debe entenderse por básico, «será el Tribunal el competente para decirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» (FJ. 5) (13). Por tanto, aunque la definición política de lo básico corresponde al legislador estatal, esa libertad configuradora se encuentra limitada en dos sentidos: ante su inacción, esto es, si no formula lo que es básico, el legislador autonómico puede actuar, respetando lo que considere criterios básicos aun no formulados de forma expresa, y, además, esa definición primera puede ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional, a quien corresponde en último término determinar lo básico.

Sobre la delimitación de lo básico por el Tribunal Constitucional, que será recurrentemente manejada en estas páginas, procede recordar que cualquier actuación del legislador estatal puede ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional y éste determina su interpretación última conforme a la Constitución. Ocurre que, en este caso, la consecuencia de esa legitimación es que, en las competencias compartidas, las bases no son establecidas, en puridad, por el legislador estatal sino por el Tribunal Constitucional, competente para decidir lo básico (STC 24/1985), que actúa «en completa libertad» (SSTC 32/1983 y 42/1983). La escasa delimitación constitucional de lo básico permite un amplio margen interpretativo al Tribunal Constitucional (14).

Desde el principio he querido asentar una idea que vertebra este trabajo, y a la que se introducirá después algún matiz. No obstante, pretendo destacar ahora que los presupuestos de la *otra* concepción material, esto es, la innecesaria delimitación formal de lo básico, de la que deriva su carácter coyuntural, mutable, versátil y, en fin, indefinido, han sido históricamente superados. La habilitación a las CC.AA. para que dedujeran lo básico de la legislación vigente, sin necesidad de una previa declaración formal por parte del Estado, para,

(13) Como señala también la STC 1/1982/1 «unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido».

(14) Esta idea la he expuesto ya en J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales...», cit., pág. 94.

a partir de ello, ejercer sus competencias de complemento normativo era una garantía de la posición de las CC.AA. frente a una hipotética pasividad del Estado en los momentos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de los Estatutos. Se hacía posible el ejercicio de las competencias autonómicas, ante la ausencia de normas posconstitucionales básicas que sirvieran de marco, sin exigir una relación de precedencia entre ellas (STC 111/1986/4). Aun cuando no se hubiera elaborado la legislación básica estatal, las CC.AA. podían legislar sobre las materias de su competencia respetando las bases estatales deducibles de normas preconstitucionales (STC 32/1981) o, en su caso, utilizando como parámetro único los límites constitucionales (STC 5/1982). Esa concepción material de lo básico se justificaba en la voluntad de lograr que el ejercicio de las competencias autonómicas no se viera dificultado por el Estado. De esta forma, como explicaba Jiménez Campo, se lograba la máxima efectividad de la Constitución y los Estatutos y, en definitiva, la garantía de la normatividad de la Constitución (15). Sin embargo, el carácter temporal de esta concepción resulta ínsito a su fundamentación. A medida que transcurre el tiempo parece cada vez más improbable acotar ámbitos materiales en los que el desarrollo normativo autonómico se produzca sin una previa normativa estatal posconstitucional en la que se haya podido delimitar lo básico y, en todo caso, resulta menos justificable que el legislador estatal no haya ejercido su competencia para definirlo inicialmente. En consecuencia, aquella concepción primera pierde su sentido histórico. El propio Tribunal mantuvo, en esa primera jurisprudencia, el carácter provisional, anejo al proceso de formación del Estado autonómico, de esa concepción material de lo básico. Nace afectado, nos dice el Tribunal, de una cierta provisionalidad y queda pendiente de que el legislador estatal, al establecer formalmente lo básico, lo aceptase o revocase (STC 24/1985/8) (16). En consecuencia, se distingue una primera fase de delimitación material de lo básico, en la que no resulta definido sino presupuesto, y una ulterior en la que esa determinación debería ser formal, por el legislador estatal, sin perjuicio del control ulterior por el Tribunal Constitucional, quien lo establece en último término. Aquella primera configuración material garantizó en sus inicios el ejercicio de las competencias compartidas y, en general, el tránsito de un Estado unitario a un Estado

(15) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, 27, 1989, págs. 53-54.

(16) En el mismo sentido, había indicado previamente la STC 32/1981, sentencia pionera sobre esta cuestión, que «esta legislación de las CC.AA. en cuanto puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que dentro de su competencia establezca en su día el legislador nace ya afectada, por así decirlo, de una cierta provisionalidad» (FJ. 6).

descentralizado. Sin embargo, en la actualidad, se han modificado las condiciones objetivas en las que se gestó. Como ha indicado el propio Tribunal, «una vez superada la etapa inicial del sistema de distribución de competencias, el concepto material de norma básica, sin perder su sentido y relevancia, se debe integrar con el reseñado componente formal que ha de adquirir una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas» (STC 196/1997/5).

Tras veinticinco años de desarrollo autonómico deberíamos encontrarnos en la segunda fase apuntada en la que, junto a la concepción material, derivada de que en último término es el Tribunal Constitucional quien delimita lo básico, debería asentarse una concepción formal en la actuación primera del legislador estatal (17). Sin embargo, ese tránsito de la concepción material a la formal no se ha producido. La STC 69/1988 parecía el punto de inflexión. Indica expresamente, en la línea jurisprudencial ya apuntada, que los elementos formales están dirigidos a «garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente reconocibles, evite la incertidumbre jurídica» (STC 69/1988/6), esto es, según el propio Tribunal, la delimitación de lo básico debería hacerse por el legislador estatal a través de un determinado procedimiento que acote los respectivos espacios competenciales, sin perjuicio de que esa delimitación primera estará sometida al control de constitucionalidad (el otro concepto material). Pero el seguimiento de la jurisprudencia constitucional a partir de 1988 nos muestra que el Tribunal no ha sido consecuente con su propia doctrina, lo que ha conllevado el mantenimiento de esa concepción material, incluso acentuada en los últimos años, tanto en la forma de delimitar lo básico como en su alcance o extensión concreta. En el primer sentido, la superación de la concepción material impone el reconocimiento de garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico. Sin embargo, en la práctica,

(17) Debe recordarse, en ese sentido, que el Tribunal ha impedido ya la utilización como bases de normas preconstitucionales. En efecto, en la STC 1/2003 el Tribunal rechaza la consideración de bases estatales en materia de régimen estatutario de la función pública de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, cuando esta materia ha sido regulada por varias leyes posconstitucionales. No pueden inferirse normas básicas de la legislación preconstitucional cuando el legislador posconstitucional ha procedido a establecer de una manera aparentemente completa en el ejercicio de su competencia las bases de esa materia, salvo que se indique expresamente esa remisión o se deduzca sin dificultad de su estructura, esto es, lo que el legislador posconstitucional no ha considerado básico se entiende que no tiene ese carácter, sin que puedan indagarse hipotéticos contenidos básicos, desde una concepción puramente material del proceso, en la legislación precedente. También en el mismo sentido, vid. STC 202/2003. En todo caso, se trata sólo de un pequeño paso en esta configuración formal de lo básico.

el Tribunal Constitucional no ha exigido las garantías formales que el mismo ha enunciado: que lo básico se recoja en una ley y que se determinen de forma expresa las normas que tienen la consideración de básicas, sino que, por el contrario, ha hecho una interpretación extensiva de las excepciones. En cuanto al alcance de lo básico, imbricado a lo anterior, el Estado no ha hallado tampoco límites funcionales, de forma que ha podido considerar básico hasta los últimos detalles en la regulación de una materia, suprimiendo el espacio competencial autonómico, sin que el Tribunal Constitucional haya introducido más que límites genéricos a esa actuación. Esta es la paradoja que queremos resaltar. La concepción material, esto es, la indefinición formal de lo básico, que en sus inicios se planteaba como una garantía para el ejercicio de las competencias autonómicas ante la inacción del Estado, se ha convertido después, y es en la actualidad, un cauce para que el legislador estatal pueda delimitar lo básico sin apenas límites formales (garantías formales en el proceso de producción) (a) ni materiales (estructura de lo básico que extiende su alcance) (b). Vamos a analizar ambas cuestiones (18).

a) La STC 69/1988 introduce diversas garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico. Por un lado, sólo a través de la ley se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de las competencias básicas estatales y las de complemento normativo autonómico; por otro, la ley debe declarar expresamente el alcance de lo básico o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica. En consecuencia, aunque la Constitución no impone el uso de la ley, los rasgos estructurales propios de esta fuente (generalidad, estabilidad, certeza) la convierten en vehículo adecuado para una definición clara y precisa de esos marcos delimitadores de competencias autonómicas por parte del legislador estatal. Es lo que el Tribunal denomina el principio de «preferencia de la ley».

En sus primeros años, las SSTC 32/1983 o 42/1983 impelían la plasmación de las bases a través de leyes formales. Sin embargo, en las SSTC 91/1984 y 96/1984 se admite la existencia de normas reglamentarias delimitadoras de lo básico. Posteriormente, tras el citado *leading case*, el Tribunal ha insistido en la importancia de fijar las bases por ley, pero ha continuado aceptando en todos los supuestos que se cumplen las condiciones, hipotéticamen-

(18) Ya lo he hecho en otros trabajos anteriores, de forma que traigo aquí algunas ideas expuestas con más detalle en «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», cit. y *Derecho de la Unión Europea y CC.AA. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión en el Estado autonómico*, CEPC, Madrid, 2005, págs. 194-211.

te excepcionales, para que puedan establecerse las bases mediante normas reglamentarias (SSTC 233/1999, 242/1999, 188/2001 o 126/2002). En la práctica, la «preferencia de la ley» se ha convertido en una mera búsqueda de la conexión de la norma básica reglamentaria con una norma legal que tuviera ese carácter, indeterminada e inconcreta, para justificar la regulación de lo básico en decretos o incluso en órdenes ministeriales, cuando no en actos de ejecución. Frente a esa práctica, hay buenas razones para sostener la «preferencia de la ley». La legislación básica estatal supone, como sabemos, la concreción, al menos inicial, de los espacios competenciales estatal y autonómico, por lo que parece adecuada la utilización de la fuente «expresión de la voluntad general», cuya elaboración está sometida al debate público y permite la intervención de las minorías. Además, el uso de la ley aporta mayor estabilidad en la delimitación de lo básico que su regulación gubernamental, más inestable por la propia naturaleza de la fuente (19). También son *fuertes* los argumentos a favor de la exigencia de determinación expresa de lo básico, esto es, la enumeración de las normas que tienen esa condición. Se vinculan directamente con la seguridad jurídica, esencial en este caso pues la CA deberá partir de lo básico del Estado para regular el complemento normativo. Se precisan los contornos del ámbito competencial estatal en la materia para adecuarse a ellos o, en su caso, impugnarlos si considera que el legislador se ha excedido en esa delimitación primera (20).

La vía para hacer efectivas estas garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico es la declaración de inconstitucionalidad formal de las normas pretendidamente básicas, por no contenerse en la fuente adecuada o no incluir la determinación expresa de lo que es básico. Hemos advertido en distintos ámbitos la importancia de esa declaración de inconstitucionalidad para vetar hábitos reprochables del legislador estatal (21). Sin embargo, no ha ocurrido así en el supuesto que nos ocupa. La crítica a los excesos de lo básico se ha mantenido en el plano doctrinal. El Tribunal Constitucional reitera las declaraciones solemnes sobre la importancia de fijar lo básico en una ley, pero suele hallar una justificación para aceptar que lo bási-

(19) Más extensamente sobre estas razones, J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales...», *cit.*, págs. 117-118.

(20) *Cfr.* sobre esta cuestión, J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales...», *cit.* págs. 118-119.

(21) Recuérdese, a mero título de ejemplo, y sin detenernos en estos supuestos, las consecuencias de la STC 76/1992 para precisar el contenido de la Ley de Presupuestos o, evidentemente, la STC 61/1997 para que el legislador estatal no invadiera el ámbito competencial autonómico mediante normas pretendidamente supletorias.

co se contenga en un reglamento, e incluso en una orden ministerial, pese a las estrictas condiciones impuestas en la STC 69/1988 para admitir esas excepciones (22).

b) En cuando al alcance o extensión de lo básico en cada una de las materias competenciales en las que está constitucionalmente prevista esa división, ya sabemos que corresponde establecerlo al Estado, con la intervención ulterior, en su caso, del Tribunal Constitucional. Pero, más allá de las apuntadas garantías formales, esa concreción estatal de las normas constitucionales de reparto en las competencias compartidas puede invadir el espacio competencial autonómico, reduciendo el ámbito de actuación de las CC.AA. y *recentralizando* facultades competenciales. Sin embargo, los límites que el Tribunal Constitucional ha puesto a la regulación estatal de lo básico, que conlleva la extensión de su alcance, han sido sumamente lábiles. En concreto, el Tribunal no ha impedido el tratamiento detallado de la materia, procedimiento que expande el perímetro de lo básico hasta obstruir, en la práctica, el complemento autonómico. Si la competencia es compartida, una regulación detallada que deje sin ámbito de actuación al poder normativo autonómico en aras de una hipotética exigencia de uniformidad puede alterar ese carácter. Sin embargo, también en relación al detallismo de lo básico el Tribunal se ha ceñido, generalmente, a las declaraciones solemnes según las cuales no es básica la normativa de detalle, que agote la regulación, sin dejar margen a una política autonómica propia (STC 147/1991 o STC 102/1995, entre muchas otras).

El detallismo de las bases ha provocado tres respuestas por parte de las CC.AA., todas ellas negativas. En primer lugar, la inactividad autonómica. De esta forma, al no ejercer su responsabilidad normativa pierde, en la práctica, la facultad competencial constitucionalmente reconocida. La segunda respuesta posible es la técnica de reproducción en normas autonómicas de las bases estatales cuando posee título competencial para el complemento normativo. Ha sido criticada, con razón, por el Tribunal como una «peligrosa técnica legislativa» (STC 62/1991) (23). Finalmente, puede ocurrir que normas auto-

(22) Concretamente eran tres: que la regulación reglamentaria básica fuera complementaria, esto es, que existiera con carácter previo una ley básica estatal; que ese complemento fuera necesario y que la norma reglamentaria se vinculara al fin del título competencial del Estado para establecer las bases. Sin embargo, como se ha indicado en el texto, el procedimiento ha sido la búsqueda de la ley básica a la que pudiera vincularse esa regulación reglamentaria. Cfr. J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales...», *cit.*, págs. 101-107. Sobre la excepción de la determinación expresa de los preceptos que tienen la consideración de básico, el Tribunal ha sido algo más exigente, cfr. *ibidem*, págs. 112-116.

(23) Estamos ante una técnica legislativa que no puede considerarse *per se* inconstitucional cuando no se modifica el contenido normativo (STC 61/1993), aunque puede provocar proble-

nómicas de complemento contradigan a unas detalladas bases estatales provocando un conflicto competencial que deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

El límite impuesto a la legislación básica detallada es la genérica prohibición de vaciar los contenidos autonómicos. Desde una de las sentencias pioneras en la materia, sostiene el Tribunal que el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deja vacía de contenido la correlativa competencia de la C.A. (STC 1/1982/1), lo que sucedería si su regulación fuese excesivamente minuciosa y detallada (STC 147/1991). Sin embargo, se ha aceptado la extensión de lo básico desde un criterio teleológico (24) o incluso desde la doctrina de lo «básico por conexión» (25). De cualquier modo, lo más trascendente es que la reprobación del detallismo ha sido aplicada únicamente a cuestiones de carácter organizativo, como la inclusión en lo básico de la organización y funcionamiento interno de órganos colegiados (SSTC 50/1999; 275/2000), pero no a los aspectos sustantivos. Ha faltado, por tanto, una doctrina clara que garantice el respeto a los espacios competenciales respectivos del Estado y las CC.AA. en el proceso de delimitación de lo básico por el legislador, y en la ulterior por el propio Tribunal. Se ha incurrido, creo, en una confusión al tratar esta cuestión. Al Estado corresponde establecer el mínimo normativo a respetar en todo el territorio del Estado por las distintas legislaciones autonómicas. De esta manera esta efectuando la delimitación primera de lo básico que, en su caso, puede ser alterada ulteriormente por el Tribunal Constitucional. Pero cuando hace una regulación detallada de la materia esta confundiendo esa delimitación de lo básico con la regulación, que le compete en ese espacio normativo. Como explica F. Balaguer, cuando delimita competencias, esto es,

mas jurídicos si contradice lo establecido en las bases estatales. El parámetro de enjuiciamiento constitucional será el principio de seguridad jurídica, que se vulnera cuando lo excluido o eliminado pueda producir confusión sobre el contenido normativo del bloque bases-desarrollo. *Cfr.* sobre esta cuestión, P. PÉREZ TREMPES: «Legislación autonómica de desarrollo», en *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, págs. 686-687.

(24) En determinadas sentencias entiende el Tribunal que «la distinción entre lo básico y lo que no lo es resulta inutilizable por artificiosa aplicada a los preceptos integrantes de una medida que sólo puede ser considerada y aplicada como unida» (STC 179/1985/1). También en el mismo sentido, SSTC 95/1986 y 96/1986. Una posición crítica ante esta interpretación en E. ALBERTÍ ROVIRA: «Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las bases normativas en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, 18, 1986.

(25) En la STC 25/1983/4, bien que en los momentos álgidos de la concepción material, considera el Tribunal que «todo aquello que sea preciso para la preservación de la normativa de una institución considerada como básica debe ser entendido asimismo como básico por vía de consecuencia o de conexión».

los espacios competenciales respectivos de Estado y CC.AA., está realizando una «función constitucional específica de ordenación competencial». Sin embargo, cuando regula la materia efectúa «una función normativa ordinaria en el ejercicio de sus competencias que no debe afectar a la delimitación de competencias Estado-CC.AA.» y, por tanto, deberá hacerla en el espacio competencial previamente delimitado (26). Aunque, obviamente, no es fácil advertir esa distinción, más allá de la construcción teórica, resulta necesaria para abordar la relación bases-desarrollo en la nueva etapa del Estado autonómico. No parece que el Tribunal haya impedido al legislador estatal que, en ejercicio de su función ordinaria de normación, desarrolle la función constitucional, que no le corresponde más allá de la propuesta primera. A mi juicio, salvo en supuestos muy excepcionales, y justificados, cuando lo básico se nos presenta como una regulación detallada podemos presumir que el legislador básico no ha garantizado la reserva constitucional de complemento normativo que tienen las CC.AA. para introducir las peculiaridades que estimen convenientes en defensa de su propio interés y, en consecuencia, deberá hacerlo el Tribunal Constitucional, *redelimitando* lo básico.

Puede concluirse, desde esa argumentación, que las bases delimitadoras de las competencias autonómicas deben constituir una regulación de mínimos. Ese mínimo normativo tiene, a su vez, un rasgo estructural, al menos con carácter tendencial, cual es su carácter principalista, no tanto como exigencia constitucional sino funcional, esto es, como límite estructural al detallismo. El carácter normativo de lo básico, de forma que pueda ser directamente aplicado y no a través de las normas autonómicas, no obsta, a mi juicio, para sostener que la estructura de esas normas debe evitar el tratamiento detallado y hacer más hincapié en los criterios ordenadores de carácter general (27). Las bases, incorporadas preferentemente a una fuente legal, y determinadas de forma expresa, deben ser, salvo supuestos excepcionales, una ordenación de mínimos que rijan la regulación normativa de la materia y respete el espacio competencial autonómico. No ha sido ésta, sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional. En la práctica, no ha garantizado los ámbitos competen-

(26) Cfr. esta idea en F. BALAGUER CALLEJÓN: «Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los EA», *RGDC*, 1, 2005, pág. 41. Una posición contraria es la mantenida por J. J. Solozábal para quien «las bases son una guía que ha de penetrar, necesariamente, la regulación por parte de las CC.AA.» (J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «La noción estatutaria de legislación básica como pretexto», en L. ORTEGA, J. J. SOLOZÁBAL, X. ARBÓS: *Legislación básica y Estatuto de Autonomía*, CEPC, colección Foro, número 9, 2006, pág. 85).

(27) Los argumentos a favor de la concepción normativa, así como las limitaciones de la principal, en F. CAAMAÑO: «El abandono de lo básico. Estado autonómico y mitos fundacionales», *ADCP*, 12-13, 2000, págs. 107-112.

ciales respectivos, salvo en la reserva a las CC.AA. de las cuestiones organizativas. Y no lo ha hecho, y esta es la cuestión central, porque el Tribunal Constitucional ha aceptado habitualmente, con alguna excepción menor, la delimitación de lo básico propuesta por el legislador estatal.

En conclusión, no se ha configurado todavía una concepción formal de lo básico a través de las garantías en el proceso de producción y la delimitación más precisa de su ámbito en cuanto mínimo normativo común de carácter principal, que sustituye a la indefinida concepción material originaria. La consecuencia ha sido una creciente indeterminación en el reparto competencial en las competencias compartidas ante la ausencia de certeza y estabilidad. La STC 69/1988 no ha producido el efecto que en la supletoriedad tuvo la 61/1997 porque de ella no se ha derivado, en sentencias posteriores, la inconstitucionalidad formal y ha dejado abiertas demasiadas excepciones, a las que se ha venido acogiendo el legislador estatal. Con las SSTC 118/1996 y 61/1997 el Tribunal consideró que era posible eliminar la garantía para la seguridad del modelo autonómico inicial que suponía la supletoriedad. Sin embargo, ha mantenido hasta la actualidad la libertad casi absoluta del legislador estatal para configurar lo básico, en su forma y en su alcance, a partir de la concepción material, la otra garantía originaria o «mito fundacional» del Estado autonómico, si utilizamos la expresión de F. Caamaño (28).

Desde la perspectiva autonómica, las consecuencias negativas de la indefinición derivada de la concepción material priman, en la actualidad, sobre las positivas. Por ello, debería acotarse la absoluta libertad de configuración de lo básico de la que ha gozado hasta aquí el legislador estatal, sin perjuicio de la prelación temporal respecto al complemento autonómico, pues el ordenamiento constitucional exige el mantenimiento de esos espacios, el estatal y el autonómico, en las competencias compartidas. Ciertamente, como se apuntaba al inicio, lo que en su origen fue una garantía para las CC.AA. frente al Estado, la indefinición de lo básico derivada del concepto material, ha servido luego para justificar la expansión competencial de éste. Ya no resulta funcional para garantizar las competencias autonómicas ante la inacción del Estado y, por el contrario, ha permitido al legislador estatal actuar de manera casi ilimitada, como se ha expuesto. En la forma, pues ni se ha respetado el principio de «preferencia de la ley» ni la determinación expresa de lo básico, de manera que del principio de ley formal sólo se conocen sus excepciones (29). En el alcance de lo básico pues el Tribunal Constitucional ha permi-

(28) *Ibidem*.

(29) Así lo expuso el magistrado Viver en el voto particular a la STC 188/2001. Por ello, continúa diciendo, «el Tribunal debería decidirse a aplicar el principio solemnemente proclama-

tido un carácter mutable, alterable, imprevisible y versátil de lo básico, aprovechado por el legislador estatal para actuar apenas sin óbices en la delimitación primera.

El descrito planteamiento crítico de lo básico ha coadyuvado a reforzar en el plano político, especialmente en Cataluña, la idea de que las competencias autonómicas están siendo limitadas por el Estado dada la concurrencia de sus títulos horizontales, que le habilitan para dictar las bases, eliminando en la práctica la existencia de competencias autonómicas exclusivas, y la apuntada expansión de éstas (30). En este contexto, surgen las propuestas para abordar esa invasión competencial mediante la concreción de perfiles competenciales, que puedan servir como límite al legislador estatal, y la propia definición de los diversos tipos de competencias. Su conversión en derecho positivo a través de las reformas estatutarias hace inexorable la reflexión sobre su incidencia en la legislación básica.

3. LAS PROPUESTAS DEL ESTATUTO CATALÁN PARA LIMITAR LA EXTENSIÓN DE LO BÁSICO

3.1. *La pretensión de blindar las competencias autonómicas en el Estatuto*

En el Informe sobre la Reforma del Estatuto, elaborado por el Institut d'Estudis Autònomic, y publicado por la Generalidad de Cataluña a finales de 2003, se exponen las razones que han provocado la mencionada «autonomía de baja calidad». Entre ellas destaca la «interferencia» que sobre las competencias autonómicas han producido las «leyes básicas estatales». A juicio del Informe, «la incapacidad de (para) haber establecido un alcance claro y limitado de esta competencia estatal», ha perjudicado sensiblemente a las competencias autonómicas pues la «capacidad legislativa autonómica —entendida como alternativa reguladora— ha quedado sensiblemente reducida»,

do, a justificar con argumentos fuertes sus excepciones al objeto de que éstas sean tales, o, en caso contrario, estimo preferible, por razones de seguridad jurídica entre otras, abandonar expresamente la exigencia de los mencionados requisitos formales».

(30) También se ha destacado, en este sentido, la extensión de la reserva a ley orgánica y la cláusula de supletoriedad hasta que se produjo el giro jurisprudencial iniciado con la STC 118/1996. *Cfr.*, por ejemplo, E. ARGULLOL: «L'exercici efectiu de les competències estatutaries i el desplegament de polítiques públiques propies», en *Vint-i-cinc anys d'Estatut*, Parlament de Catalunya, Barcelona, 2005, págs. 97-98.

mientras «el legislador estatal prácticamente no ha encontrado límites a su capacidad legislativa» (31).

Ante esta situación, que, como he expuesto antes, se vincula no sólo a la actuación del legislador estatal sino también al amplio margen de apreciación aceptado por el Tribunal Constitucional, a quien corresponde en último término delimitar lo básico, se defiende que «el nuevo Estatuto podría optar por concretar de forma más precisa los títulos competenciales de la Generalidad», lo que, en su envés, «puede modular el alcance de las competencias estatales a través de cláusulas que obligan al legislador estatal a respetar la singularidad derivada del propio Estatuto», también, en ese sentido, las bases. Puesto que la Constitución no define ni concreta el significado de las competencias que atribuye al Estado, ni tampoco el de las que permite asumir en los Estatutos, y a esas competencias se les puede asignar distinta amplitud y funcionalidad, nada impide que los Estatutos puedan hacer lo que la Constitución no ha hecho.

Es el famoso «blindaje» de las competencias. En lo que se refiere a las competencias compartidas, las que aquí nos interesan (32), ese «blindaje» se pretende en dos sentidos. Por un lado, mediante la definición de la competencia básica estatal en el Estatuto, tanto respecto a sus garantías formales como a su alcance o extensión. En el recurso contra el Estatuto catalán interpuesto por el Defensor del Pueblo se ha denominado a esta técnica «blindaje por definición». Por otro lado, mediante el desglose de las submaterias o perfiles competenciales de cada una de las materias, en lugar de utilizar la técnica de títulos genéricos, de forma que se consideran ámbitos no básicos: el «blindaje por descripción».

3.2. *La definición de la forma y alcance de la legislación básica estatal en el Estatuto*

El art. 111 EAC señala, bajo la denominación de competencias compartidas, que la Generalitat ejercerá sus competencias «en el marco de las bases

(31) Vid. *Informe sobre la reforma del Estatuto*, págs. 23-24. Esta posición es sostenida también en la doctrina. Así, sin pretender ser exhaustivos, C. VIVER: «La reforma...», *cit.*, págs. 11 y sigs., o E. ALBERTÍ ROVIRA: «El blindaje de las competencias y la reforma estatutaria», *Autonomies*, 31, 2005.

(32) Nada diremos, por tanto, sobre la también interesante cuestión de las competencias autonómicas exclusivas y la pretensión estatutaria de lograr una «exclusividad real», esto es, sin interferencias del Estado.

que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto».

El punto de partida para interpretar este precepto es que, a mi juicio, un Estatuto no puede decir cómo debe el Estado elaborar las bases, si deben tener un carácter principal, de mínimo normativo o contenerse en una ley, pues de esta forma estaría adentrándose en una función constitucional que no le corresponde: decir la manera en qué se delimita lo básico, y estaría suplantando, por tanto, no al legislador estatal, como a menudo se afirma, pues éste declara inicialmente el alcance y contenido concreto en cada supuesto, sino a la propia Constitución, a quien corresponde determinar cómo se realiza ese proceso. Más allá de destacar que la definición de los tipos competenciales es una función reservada a la Constitución, nos interesa resaltar que el Estatuto no podría efectuar esa definición de las competencias estatales por su propia naturaleza. Es una fuente singular, de naturaleza bilateral, acordada entre el Estado y un determinado territorio. Pese a su forma de ley orgánica, esto es, ley estatal, se sitúa en la cúspide del ordenamiento autonómico, por debajo de la Constitución, y, en consecuencia, desde esa posición ordinal no puede incidir ni en el ordenamiento general del Estado, en el que se ubica la legislación básica estatal, ni en el conjunto del ordenamiento constitucional, estableciendo el marco de actuación para el legislador estatal.

No obstante, me parece claro que en este supuesto no lo hace, esto es, no está definiendo la competencia básica estatal. Y esto al menos por tres razones: *a)* en primer lugar, porque como se puede deducir de lo expuesto en el apartado anterior, el Estatuto se ha limitado a recoger lo que dice la Constitución, a través de su intérprete supremo, sobre la «preferencia de la ley» y las bases como principios o mínimo común normativo; *b)* además, en segundo lugar, como hace la propia jurisprudencia constitucional, también el Estatuto deja abierta la posibilidad a las excepciones, esto es, deberán establecerse por ley y con un alcance de mínimo común normativo «excepto en los supuestos que se determinen»; *c)* y, finalmente, remite a la Constitución y al presente Estatuto, pues esa determinación se efectuará, de acuerdo con ellos, por tanto, ante un hipotético cambio en la jurisprudencia ese precepto constitucional podrá seguir considerándose constitucionalmente conforme en virtud de esa cláusula de apertura.

Por tanto, en la redacción finalmente adoptada, el Estatuto no fija cómo deben ser las bases estatales. Nos encontramos, creo, en un sentido distinto, ante una norma programática, que pretende trasladar al Estatuto la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 69/1988. Se puede sostener que esa reiteración es innecesaria (juicio de oportunidad) pero no que

es inconstitucional (juicio de constitucionalidad). Así, siguiendo al propio Tribunal, puede que estemos ante una «una norma redundante (de la jurisprudencia constitucional) y, si se quiere, inútil, pues en nada quedaría mermada aquella competencia si dicha norma no existiera, pero este reproche que en el plano de la oportunidad pudiera merecer la norma en cuestión no la convierte en inconstitucional» (STC 20/1988/4).

En todo caso, en coherencia con lo expuesto en el capítulo anterior sobre cómo deben delimitarse las bases en el Estado autonómico: las garantías formales en el proceso de producción y la delimitación de su alcance a un «mínimo normativo común», sostengo la importancia simbólico-política, que no jurídica, de esta referencia estatutaria, esto es, a mi juicio, esta previsión estatutaria es *oportuna*. He sintetizado antes que el Tribunal no ha sido consecuente con su propia doctrina sobre la delimitación de lo básico. En ese contexto, esta previsión estatutaria puede tener su trascendencia. Si los Estatutos hacen ese recordatorio de la doctrina constitucional, con el apuntado valor simbólico-político, al legislador básico estatal le resultará más difícil sustraerse a ese mandato y, sobre todo, al Tribunal Constitucional se le estaría recordando, desde la norma institucional básica de la CA, que debe aplicar la doctrina sentada a partir de la STC 69/1988. Es, por otro lado, el sentido de las normas programáticas: la expresión de objetivos políticos que no pueden ser alcanzados por el órgano productor de esas normas, sino, en su caso, por el destinatario del mandato (33).

Finalmente, debe destacarse que esa declaración estatutaria no afecta a la legislación básica vigente, esto es, deberá ser respetada por el legislador autonómico al establecer su complemento normativo, sin que pueda argüir que, a partir de la entrada en vigor del Estatuto, sólo atiende a principios, objetivos o estándares. Dado el anotado alcance político, la previsión estatutaria no provoca la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas básicas estatales en vigor que excedan ese carácter (34). Cuestión distinta es que a través de los

(33) *Cfr.* sobre esta cuestión, las referencias al valor y clasificación de estas normas programáticas estatutarias que hace S. MUÑOZ MACHADO: «El mito del Estatuto-Constitución...», *cit.*, págs. 741-743.

(34) En un sentido contrario, se pronuncia L. Ortega, para quien esa previsión estatutaria «modifica los efectos de toda la actual legislación básica del Estado, ya que sólo vinculan al legislador catalán en cuanto principios, objetivos o estándares mínimos» (L. ORTEGA ÁLVAREZ: «Legislación básica y Estatutos de Autonomía», en L. ORTEGA, J. J. SOLOZÁBAL, X. ARBÓS: *Op. cit.*, pág. 23). Debe recordarse, en este sentido, que en el texto aprobado por el Parlamento de Cataluña la Disposición Transitoria Tercera indicaba que «con relación a las competencias compartidas, mientras el Estado no dicte la legislación básica en forma principios objetivos o estándares mínimos, la Generalidad debe deducirlos de la normativa básica vigente». Ese mandato apelaba a la

procesos constitucionales se recurra una determinada delimitación estatal de lo básico por no respetar el ámbito competencial autonómico reconocido en el Estatuto. En ese caso, el Tribunal utilizará como parámetro el Estatuto en su redacción actual y de ella pueden extraerse otras consecuencias, pero no en virtud de la definición de las competencias compartidas que se pretende, sino por la alteración del canon de constitucionalidad que deriva del desglose de las competencias autonómicas al que nos referimos a continuación.

3.3. *La concreción de las facultades competenciales autonómicas en el Estatuto*

Más trascendencia tiene, a mi juicio, la otra propuesta pretendidamente limitadora que se contiene en el Estatuto catalán: el desglose de las facultades competenciales que competen a la CA en cada una de las materias, esto es, la enumeración exhaustiva, detallada y pretendidamente completa de las atribuciones autonómicas, las submaterias o perfiles competenciales.

Más allá de las cuestiones funcionales o la necesidad de recurrir a mecanismos de colaboración en el ejercicio competencial, que ahora no nos ocupan, esta opción estatutaria tiene encuadre en los artículos 149.3 CE y 147.2.d) CE. Como se sabe, según el primero las CC.AA. pueden asumir todas las competencias que la Constitución no atribuya expresamente al Estado; según el segundo, el Estatuto debe contener «las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución». Nada obliga a utilizar cláusulas genéricas, como hace el art. 149.1 CE, ni existe una «reserva de Constitución» para la concreción material y funcional de los títulos competenciales, como ha destacado el Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña sobre la propuesta de reforma (Dictamen número 269, de 1 de septiembre de 2005). Precisamente, por utilizarse en la Constitución cláusulas genéricas, parece que la función del Estatuto es precisar el ámbito competencial autonómico mediante la concreción y clarificación de las submaterias en los distintos títulos genéricos. Además, tras varios decenios de desarrollo autonómico, la jurisprudencia constitucional ha ido desgranando diversas actividades públicas que se integran en las competencias autonómicas. Con ello, ha abierto la posibilidad de una mejor sistematización de las competencias propias, con los límites ya definidos, o en los márgenes abiertos, por el Tribu-

desobediencia de la legislación básica vigente y, por tanto, era contrario a la Constitución pues no respetaba el marco básico que, en tanto no se pronuncie el TC en otro sentido, es el determinado por el Estado. Sin embargo, ese precepto desapareció durante el debate en las Cortes Generales.

nal (35). Conviene recordar, de manera incidental, que en los Acuerdos autonómicos de 1992 ya se planteaba la concreción del contenido y delimitación de las competencias autonómicas (36).

Este desglose de las distintas atribuciones de competencia autonómica en el Estatuto tiene una consecuencia directa, al garantizar expresamente esas facultades, pero también la indirecta de limitar las competencias del Estado. Por ahora, basta constatar que la determinación positiva y expresa de las competencias autonómicas conlleva, en las competencias compartidas, una delimitación negativa e implícita de lo básico. Por tanto, es cierto que los Estatutos no pueden determinar las competencias del Estado y, por tanto, el alcance de lo básico, que corresponde al legislador estatal, pero también lo es que al concretar las facultades competenciales está haciendo una delimitación negativa del espacio competencial del Estado. El conflicto entre ambas concreciones, positiva de la legislación básica estatal y negativa del Estatuto, deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional, «en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» (STC 32/1981). El Estatuto tiene el mismo límite constitucional al delimitar las competencias autonómicas que el legislador básico estatal al delimitar lo básico: el art. 149.1 CE. Las CC.AA. sólo podrán asumir ámbitos de actuación que no invadan el espacio competencial del Estado, pero ello no significa que la mera *pormenorización* ya suponga *per se* una vulneración de las competencias estatales (37).

De ello resulta, en todo caso, una consecuencia relevante, que ahora sólo apuntamos: el cambio en el parámetro de constitucionalidad por la reforma estatutaria puede conllevar la modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de lo básico en las distintas materias. Efectivamente, la concreción de atribuciones competenciales altera el bloque de la constitucionalidad y, con ello, el parámetro a utilizar por el Tribunal en la delimitación de competencias. Así, al concretarse el ámbito de actuación autonómico, ya no resultan posibles los límites genéricos por parte del Estado (38).

(35) Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN: «Comentario a La reforma...», *cit.*, pág. 46; L. MARTÍN REBOLLO: «Sobre los Estatutos de Autonomía y sus pretendidas reformas», en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, *cit.*, pág. 39; J. J. SOLOZÁBAL: «La noción estatutaria...», *cit.*, pág. 78.

(36) Vid. Anexo I: competencias, delimitación y contenido en *Acuerdos autonómicos de 28 de febrero de 1992*, MAP, Madrid, 1992, págs. 41-58.

(37) Así lo entiende, por el contrario, J. L. Martínez López Muñoz para quien el alcance indefinido de la competencia básica estatal impide que los Estatutos puedan concretar las competencias autonómicas. No es esa, como se comprenderá, la posición que mantenemos en este trabajo. Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ: *Op. cit.*, págs. 118-119.

(38) Cfr. sobre esta cuestión, F. BALAGUER: «Las cuestiones competenciales...», *cit.*, pág. 43.

Las críticas a esta propuesta suelen basarse en la posición que ocupa el Estatuto en relación a la Constitución a la que estaría suplantando o, en relación a ella, en el carácter interpretativo de normas constitucionales que se le habría atribuido al Estatuto (39).

a) *La suplantación del constituyente al incidir en el reparto competencial*

La crítica a la concreción de las competencias autonómicas en el Estatuto desde la perspectiva de su relación con la Constitución se sustenta en que el reparto competencial está establecido ya en la Constitución y, por tanto, ésta no puede ser suplantada por el Estatuto pues la posición singular que ocupa esta fuente en el ordenamiento constitucional no la dispensa de su conformidad a la Constitución. Obviamente, los Estatutos no son Constitución, y sus normas no tienen la naturaleza de normas constitucionales. Por tanto, están subordinados a ésta, aunque la contradicción no se ha resuelto hasta aquí mediante la declaración de inconstitucionalidad sino a través de la «interpretación conforme» (40). No obstante, la cuestión que nos ocupa es algo más compleja. Desde la crítica al Estatuto-Constitución, esto es, la «formación paulatina del mito de que el Estatuto es parangonable en cuanto a la función normativa a la Constitución», por decirlo en los conocidos términos de Muñoz Machado (41), se rechaza que el poder estatutario revise lo que el poder constituyente ha querido dejar cerrado, en este caso, el alcance de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1 CE (42). En definitiva, se entiende que cuando se concretan las atribuciones de la CA en el Estatuto se quiere

(39) Soslayamos las que se refieren a la funcionalidad de esta técnica, pues no es la cuestión que nos ocupa.

(40) El TC lo ha expresado con claridad, sobre todo en su doctrina sobre las competencias autonómicas exclusivas. En ese sentido, indica que la Constitución «conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento; fuerza normativa que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía» (STC 20/1988/3). En todo caso, el Tribunal se inclina por la interpretación constitucionalmente conforme de los preceptos estatutarios. Así, en la STC 69/1982/1 había indicado que «los Estatutos de Autonomía deben ser interpretados siempre dentro de los términos de la constitución» y de forma más clara la STC 56/1990 señala que la aparente contradicción entre el Estatuto y la Constitución debe ser salvada «buscando una interpretación de aquellos conforme a la Constitución, en una línea hermenéutica de carácter general y afirmada específicamente de manera reiterada por este Tribunal».

(41) Cfr. S. MUÑOZ MACHADO: «El mito...», *cit.*, pág. 731 *passim*.

(42) Cfr., por ejemplo, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: «¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular la legislación básica del Estado», *REDC*, 72, 2004, págs. 148-149, *passim*.

revisar desde el Estatuto el reparto competencial que ha efectuado la Constitución, elevando su función normativa (43).

La debilidad de la argumentación que rechaza, desde esta perspectiva, el desglose estatutario de las materias competenciales radica, a mi juicio, en que presupone la existencia de una Constitución que, efectivamente, hubiera concretado los ámbitos respectivos en las competencias compartidas de la forma exhaustiva que hace, por ejemplo, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, en su Parte III, o la Constitución suiza de 1999. Sin embargo, en el art. 149.1 CE únicamente encontramos títulos genéricos que han sido interpretados, en una doctrina casuística, por el Tribunal Constitucional. Basta comprobar la evolución de la jurisprudencia constitucional en muchas materias (relaciones internacionales, administración de justicia, etc.) para constatar que no existe una delimitación constitucionalmente precisa de las competencias estatales y autonómicas. Esto es especialmente notorio en el supuesto de lo básico, por la peculiar forma de delimitación: actuación primera del legislador estatal y delimitación ulterior, en su caso, del Tribunal Constitucional. Sólo de forma genérica ha sido fijado por la Constitución. La concreción específica depende del legislador estatal y la casuística jurisprudencial. Esa indeterminación permite al Estatuto modular de forma negativa los ámbitos competenciales respectivos pues a él compete determinar las competencias autonómicas en el marco genérico del art. 149.1 CE. Esto no significa, lógicamente, que deba ser aceptada en todos sus términos la concreción estatutaria, pues el estatuyente puede haberse extralimitado y su actuación está sometida también al control de constitucionalidad. Simplemente, permite sostener que, al concretar las competencias autonómicas, el Estatuto está actuando en el marco que la Constitución ha dejado abierto, aunque ello suponga una delimitación negativa del espacio competencial del Estado, que podrá ser cuestionada. El problema no está, por tanto, en la metodología adoptada sino, en su caso, en la concreta delimitación de las competencias autonómicas que se pueda haber realizado en cada una de las materias.

(43) Extremando la argumentación se dice que estamos de ese modo ante una pretensión de modificar implícitamente la Constitución a través de la modificación de los Estatutos. Huelga reiterar la idea de la deseable reforma constitucional previa a la reforma estatutaria, pero en ese plano lo que debe lamentarse es la incapacidad política para proceder a la reforma constitucional no la iniciativa autonómica de reforma estatutaria. En cuanto a la reforma implícita de la constitución, utilizando los mismos trazos gruesos, entiendo que la reforma no existe pues si es conforme a la Constitución no se reforma nada y si es contraria deberá ser expulsada del ordenamiento o interpretada conforme a la Constitución.

b) *Carácter interpretativo de esta concreción estatutaria*

La segunda objeción, vinculada a lo anterior, consiste en afirmar que cuando se concretan las competencias autonómicas delimitando su alcance material y funcional se están interpretando las normas constitucionales de reparto competencial, esto es, estaríamos ante normas interpretativas, prohibidas desde la STC 76/1983. Como se sabe, en la famosa sentencia LOAPA, el Tribunal entendió que el legislador no podía dictar normas meramente interpretativas de la Constitución. Son normas «cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a sólo una, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano».

Tras lo dicho anteriormente sobre la legitimación que otorgan los arts. 149.3 CE y 147.2 d) CE al Estatuto para desglosar las materias competenciales en submaterias o perfiles más específicos, podrá comprenderse que nada tiene que ver la actuación del poder estatuyente en este caso con la prohibida en la STC 76/1983. El Tribunal ha distinguido la operación interpretativa derivada necesariamente de la actividad legislativa y la interpretación abstracta del bloque de la constitucionalidad vedada por la STC 76/1983 (STC 227/1988/3) (44). Al describir con mayor detalle el ámbito competencial autonómico, a fin de incluir en él todo aquello que se considera de competencia autonómica, no está interpretando las normas constitucionales, sino, a lo sumo, el alcance de su propio espacio competencial. De esta manera no está imponiendo «su» interpretación sino ejerciendo la función que la Constitución le asigna: delimitar el ámbito competencial autonómico (45). La interpretación corresponde al Tribunal Constitucional cuando se pronuncie, en su caso,

(44) Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: *La contribución del Tribunal Constitucional al estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005, págs. 43-44.

(45) Como señaló P. Cruz, el problema no estriba en que el legislador interprete los conceptos constitucionales sino en que pretenda que «su» interpretación sea la única posible (P. CRUZ VILLALÓN: «¿Reserva de Constitución? Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA» (1983), en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, pág. 160). En el mismo sentido, citando a Cruz, C. VIVER: «En defensa...», *cit.*, págs. 113-114. Sin embargo, no comparto la conclusión que extrae Viver sobre la no aplicación de la STC 76/1983 a los Estatutos de Autonomía, de forma que estos podrían vincular desde una posición suprapartes tanto al legislador estatal ordinario como al autonómico. Como luego veremos, no creo que pueda establecerse una relación jerárquica, sino competencial, entre el Estatuto y la legislación básica estatal.

sobre la delimitación del espacio competencial propio que ha hecho el Estatuto, si entra en conflicto con normas básicas estatales. De aquí no derivan normas interpretativas sino una compleja relación entre el Estatuto y la legislación básica estatal, de la que nos ocupamos a continuación.

IV. LA RELACIÓN ENTRE ESTATUTO DE AUTONOMÍA Y LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL EN LA DELIMITACIÓN DE LO BÁSICO

Tras lo dicho sobre la necesidad de superar la concepción material de lo básico y la valoración de las propuestas efectuadas en el Estatuto catalán para limitar su expansión, podemos abordar lo que de forma ciertamente imprecisa he denominado la *reconfiguración* de la delimitación de lo básico tras las reformas estatutarias (46). En ello incide también el respeto a las garantías formales en el proceso de producción normativa. No obstante, hemos comprobado que las previsiones estatutarias no vinculan a esas garantías, más allá del mandato político sobre cómo deben ser las bases; pero, sobre todo, los fundamentos están bien establecidos desde la STC 69/1988. Por ello, debemos esperar que en este nuevo marco estatutario el legislador estatal actúe conforme a la doctrina constitucional y al mandato estatutario o, en su defecto, el Tribunal Constitucional exija esos cambios estructurales en la delimitación inicial de lo básico. Más, en este punto, el marco jurídico-constitucional apenas se ha modificado.

Nos interesa, por tanto, analizar la incidencia del desglose de competencias que nos proponen los nuevos Estatutos pues sus consecuencias son más trascendentes. En concreto, queremos detenernos en dos cuestiones que han sido debatidas y, seguramente, lo continuarán siendo en los próximos años: la capacidad de las previsiones estatutarias para condicionar la delimitación de lo básico y la posibilidad de que, como consecuencia de las previsiones estatutarias, lo básico sea distinto en los distintos territorios.

(46) No se trata por tanto de volver a la concepción originaria de las bases, como a menudo se dice, pues, como he intentado explicar en estas páginas, la situación actual es consecuencia de la evolución de la concepción primera de la articulación bases-desarrollo, con un carácter material, para atender a las circunstancias específicas del proceso de formación del Estado autonómico. No es una vuelta a los orígenes sino su *reconfiguración*.

1. *La capacidad de las previsiones estatutarias para condicionar la delimitación de lo básico*

La relación entre las bases estatales y el complemento autonómico en las competencias compartidas la hemos estructurado en estas páginas desde la doctrina de los espacios competenciales separados, de forma que cada una de las fuentes implicadas realiza, en su espacio competencial, la función que la Constitución le asigna. Debe recordarse, para entender la adecuación de esta concepción a la realidad actual del Estado autonómico, que han quedado desactivadas las cláusulas de flexibilidad del reparto competencial que actuaban a favor del Estado, permitiéndole adentrarse en el espacio competencial autonómico, en concreto, la cláusula de supletoriedad, considerada en la práctica derecho transitorio para el proceso de formación del Estado autonómico (47). Cuando el Tribunal Constitucional aceptaba que el Estado pudiera regular toda la materia en las competencias compartidas, en el entendido de que lo no básico tenía un valor supletorio si la competencia era autonómica, no resultaba posible acotar un ámbito excluido al Estado (STC 79/1992). Sin embargo, esa doctrina fue modificada y, en la actualidad, «en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas no puede, excediendo el tenor de la propia competencia, penetrar en el ámbito reservado por el bloque de la constitucionalidad a las CC.AA. para dictar normas supletorias» (STC 197/1996/2). La consecuencia es la separación de los espacios estatal y autonómico en las materias compartidas. Al Estado corresponde un ámbito competencial, lo básico en la materia, y a las CC.AA. otro complementario, lo no básico siempre que se haya reconocido la competencia en el Estatuto de Autonomía (art. 149.3 CE). Por tanto, la legislación básica establece los elementos comunes en todo el Estado, el mínimo común normativo, del que resulta, en su envés, el complemento normativo autonómico. En ese sentido, como señala el Tribunal, «el acto mismo de fijación de aquéllas (de las bases) es simultáneamente norma de delimitación de competencias» (STC 68/1984/3) (48).

(47) Sobre la otra cláusula, la de prevalencia, es claro que no resulta aplicable a las competencias compartidas, como es el caso, sino a las concurrentes. En la legislación básica, al establecerse ámbitos competenciales separados, no hay concurrencia. *Cf.* En este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, págs. 428-429.

(48) La STC 69/1988/5 señala que «aun careciendo las normas básicas de efectos atributivos de competencias que pueda alterar el sistema constitucional y estatutario, tiene por objeto delimitar con alcance general el espacio normativo al que las CC.AA. deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas». Esta doctrina me parece clarificadora. Delimita su ámbito competencial pero sin extralimitarse, porque no tiene facul-

Pero, a su vez, el Estatuto determina el contenido del ámbito competencial autonómico y delimita, negativamente, el ámbito competencial del Estado. El espacio de sombra, si existe, será, como se sabe, competencia residual del Estado en virtud del 149.3 CE (STC 1/1982/1) (49). En puridad, las CC.AA. no desarrollan las bases, sino que legislan en el espacio competencial que le es propio y le ha sido reconocido en el Estatuto.

No hay, por tanto, concurrencia de ámbitos competenciales y no puede haber colisión normativa si ambos actúan sin extralimitación competencial (50), aunque si, lógicamente, posibilidad de conflicto. Como señaló Jiménez Campo «son exclusivas de cada ente en su propio ámbito» (51). Por ello, como hemos apuntado ya, de la misma forma que el Estatuto determina las competencias autonómicas frente al Estado, en cuyo ámbito no puede entrar, también el Estado debe delimitar el ámbito de lo básico sin adentrarse en el espacio de complemento autonómico, y los posibles conflictos provocados por esa doble delimitación de espacios en las competencias compartidas, positiva y negativa, serán resueltos por el Tribunal Constitucional (52).

De ello deriva una conclusión nodal para nuestro objeto: es la Constitución quien determina los espacios competenciales y, más allá de la delimitación primera que efectúa el legislador estatal, únicamente su «intérprete supremo» es competente para delimitar esos espacios competenciales. No puede hacerlo

tad atributiva, no suplanta a la Constitución y debe respetar el contenido estatutario, en el sobreentendido de que ese contenido estatutario es también conforme a la Constitución.

(49) En este sentido, una idea que ha sido apuntada en relación al desglose de competencias en el Estatuto catalán es que puede suponer la *recuperación* de la cláusula residual a favor del art. 149.3 CE, hasta ahora no utilizada en la práctica delimitadora por el Tribunal Constitucional. Al manejarse hasta aquí títulos genéricos, el Tribunal no se ha servido de esa cláusula residual y, con la amplia libertad interpretativa que le brindaban esos títulos genéricos, ha incluido todas las actividades públicas en uno u otro. Sin embargo, al detallarse exhaustivamente las competencias autonómicas, podría considerarse que lo no asumido es competencia del Estado. Se ha querido evitar esa consecuencia utilizando cláusulas abiertas del tipo «en todo caso».

(50) *Cfr.* sobre esta cuestión, G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, pág. 429.

(51) *Cfr.* J. JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 40.

(52) Puede presumirse que las reformas estatutarias provocaran un incremento, al menos temporal, de estos conflictos, ante la concreción de las competencias autonómicas cuya vía de resolución, si no resulta posible el acuerdo político, es el conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional. Piénsese, por ejemplo, en el Código Técnico de la Edificación aprobado por Real Decreto 314/2006, en el que se establecen con detalle las exigencias de calidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones con un carácter básico cuando el Estatuto catalán considera exclusiva la competencia autonómica sobre normas técnicas, inspección y control sobre la calidad de la construcción, normas sobre habitabilidad, etc. Parece que ambas normas, la pretendidamente básica y la estatutaria, ocupan el mismo espacio competencial. Dependerá, en cualquier caso, de la voluntad política para alcanzar acuerdos en el ejercicio competencial.

el legislador básico estatal, como poder constituido; ni tampoco el Estatuto, que no es Constitución.

Los riesgos de este modelo de relación son notorios. El Tribunal Constitucional se sitúa en el centro del debate político-territorial (53) y la jurisprudencia casuística del Tribunal Constitucional tiende a convertirse en auténtica doctrina constituyente (54). Sin embargo, son inevitables pues únicamente el Tribunal puede ocupar la posición delimitadora que corresponde a la Constitución; ni la legislación básica, ni el Estatuto de Autonomía pueden suplantarla.

Algún límite existe, no obstante, a esa actuación del Tribunal en la práctica delimitadora. Se ha planteado si el legislador estatal puede modificar los espacios competenciales determinados por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, reduciendo o restringiendo el ámbito de lo básico en una materia. La cuestión es abordada en la STC 235/2000/9. En ella, el Tribunal acepta que la provisión de puestos de trabajo reservados a los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional se realice mediante un sistema distinto al de concurso, cuando la exigencia de concurso había sido incluida en el ámbito de lo básico por las SSTC 25/1983 y 214/1989 (55). Los espacios competenciales pueden ser modificados por el poder constituyente-constituido, pero no puede hacerlo el legislador básico estatal, pues la delimitación primera que efectúa puede ser alterada por el Tribunal Constitucional. Puede pensarse que estamos en el ámbito de la regulación, a disposición del legislador estatal, y no en el de la delimitación (56). Sin embargo, aunque no es fácil esa distinción, en este caso resulta claro que está modificándose el alcance de lo básico, pues la exigencia de concurso era elemento delimitador del perímetro externo, ahora alterado. La respuesta a esta aparente contradicción es otra. En realidad, el cambio en la delimitación de lo básico no lo ha efectuado el legislador, del que únicamente ha partido la propuesta, sino el Tribunal Constitu-

(53) En relación a la forma de afrontar la tensión política en la jurisdicción constitucional pues se enfrenta a un objeto político, *cfr.* mi libro, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, especialmente, págs. 141-144.

(54) *Cfr.* sobre los riesgos de la doctrina constituyente del Tribunal Constitucional, *cfr.* C. DE CABO: *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

(55) *Cfr.* sobre este supuesto G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, págs. 256-257.

(56) En ese sentido, el voto particular de García Manzano a esa sentencia entiende que aunque el legislador de lo básico no puede quedar petrificado e impedido de alterar la regulación calificada como básica, toda modificación de lo básico debería requerir una justificación fundada en un cambio de circunstancias de la realidad social y política. Comparto el razonamiento, y lo utilizaremos en el capítulo siguiente. Únicamente ocurre que en este caso no estamos ante un simple cambio en la regulación sino en la delimitación de lo básico.

cional que, a instancia del legislador básico estatal, ha modulado la interpretación de la Constitución previamente efectuada y ha excluido de lo básico la exigencia de concurso. Lo que interesa destacar es que el Tribunal podría no haber aceptado el cambio en la delimitación de lo básico que propone en su regulación el legislador estatal, manteniendo la anterior. Por ello, la STC 235/2000 nos ayuda a precisar mejor la idea expuesta anteriormente. El legislador estatal no delimita lo básico, sino que lo hace el Tribunal Constitucional, pero de la misma forma que efectúa la propuesta inicial también puede proponer cambios en esa delimitación, por ejemplo para restringir su alcance que podrán ser aceptados por el TC, alterando con ello la delimitación anterior.

Ahora bien, cuando esa nueva propuesta de delimitación de lo básico es aceptada por las CC.AA., lo que resultará habitual si supone una restricción de su alcance, y, por tanto, no se origina un conflicto de competencias, resultará consolidada sin pronunciamiento jurisdiccional previo. Aun podría ocurrir que a través de un proceso constitucional ajeno a los conflictos competenciales llegará esa cuestión al Tribunal. Aunque, lógicamente, éste mantiene incólume su legitimación para delimitar lo básico, para mantener la anterior delimitación o modificarla ahora, no puede ser ajeno al acuerdo de los actores políticos que proponen una nueva definición de lo básico. En consecuencia, podemos enunciar ya una idea sobre la que volveremos luego: la importancia del acuerdo entre Estado y CC.AA. en la delimitación de lo básico pues supone limitar la intervención continua del Tribunal en este proceso y, por tanto, los riesgos de la doctrina constituyente, a la que antes nos referíamos.

Puede deducirse de lo dicho hasta aquí que no comparto la tesis de la posición jerárquica o suprapartes del Estatuto en relación a la legislación básica, en virtud de la cual ésta resulta vinculada en cualquier caso por el Estatuto y no puede contradecirlo. A mi juicio, la relación es competencial. Si se plantea el conflicto deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional, atendiendo a los respectivos espacios competenciales en la materia. Sin embargo, no podemos concluir el razonamiento en este punto pues, aún desde esa relación competencial, la alteración del parámetro de constitucionalidad derivada de la concreción de submaterias o perfiles en el Estatuto influye necesariamente en la actividad delimitadora del Tribunal Constitucional. Conviene detenerse de forma separada en ambas cuestiones:

a) *La relación entre el Estatuto y la legislación básica estatal es competencial, no jerárquica*

Para justificar la vinculación de la legislación básica a los contenidos estatutarios se ha subrayado la posición que ocupa el Estatuto de Autonomía en el

sistema de fuentes, su carácter *cuasiconstitucional*, por su inclusión en el bloque de la constitucionalidad y las peculiaridades procedimentales de su reforma, la garantía de la rigidez, propia de las normas constitucionales (57). Sin embargo, de ahí no deriva, a mi juicio, una superioridad jerárquica entre la ley orgánica estatutaria y la legislación básica estatal, que permita condicionar ésta desde el Estatuto.

Sabemos que pese a su forma de ley orgánica se inserta en el ordenamiento autonómico, desde el que debe relacionarse con la legislación básica estatal, en el ordenamiento general del Estado. Además, es una fuente bilateral, acordada entre el Estado y una CA, por lo que difícilmente puede imponerse jerárquicamente sobre una fuente estatal, pues sus ámbitos de aplicación son distintos. Por ello, la función que la Constitución asigna a ambas fuentes es distinta pero, en ambos casos, son funciones constitucionalmente reconocidas.

La legislación básica, aunque en puridad no delimita competencias sino que desarrolla la competencia del Estado (58), al fijar inicialmente el ámbito competencial del Estado, sin perjuicio de su ulterior revisión por el Tribunal Constitucional, cumple, aunque sea indirectamente, una función delimitadora de competencias (59). En ese sentido, y con esas condiciones, constituyen parámetro de constitucionalidad de la normativa autonómica de desarrollo (60) y pueden provocar su inconstitucionalidad de carácter «mediato o indirecto» (STC 166/2002/3), por un vicio de incompetencia (STC 163/1995/4). Por ello, al parámetro de control estatutario se superpone el constitucional, esto es, la legislación básica no es sometida al Estatuto, sin

(57) Cfr. un resumen preciso de esta argumentación en X. ARBÓS: «Estatutos de Autonomía y legislación básica», en L. ORTEGA, J. J. SOLOZÁBAL, X. ARBÓS: *Op. cit.*, pág. 94. Efectivamente, las leyes básicas carecen de estas características. En concreto, el TC ha señalado que pueden ser modificadas por una ley posterior (STC 233/1999/40). Sin embargo, a partir de la función constitucional que cumplen, como norma delimitadora de competencias, me parece discutible esa doctrina. En ese sentido, comparto la tesis de J. M. Baño León sobre la vinculación del Estado a sus normas básicas, desde la que se exige para modificar o derogar las bases una norma también básica que establezca un tratamiento común (cit. en G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, pág. 315).

(58) Cfr. en ese sentido, F. RUBIO LLORENTE: «El bloque de la constitucionalidad», *REDC*, 27, 1989, pág. 31.

(59) «Cuando se fija qué se ha de entender por bases o se regulan materias básicas, se está delimitando en esa misma actividad cuál es el contenido de la competencia del Estado en una determinada materia, pues esta competencia existirá para las normas básicas y no para las que no tengan ese carácter» (STC 68/1984/3). FARRERES: *Op. cit.*, págs. 48-56.

(60) «Las leyes básicas, en la medida en que vienen a fijar el alcance preciso del ámbito en que las CC.AA. pueden ejercitar legítimamente sus competencias, operan como canon en el control de constitucionalidad de las leyes» (STC 163/1995/4).

perjuicio de que éste forme parte del parámetro, sino directamente a la Constitución que le ha encomendado la función de concretar las bases estatales. Con ese parámetro deberá determinarse si efectivamente la norma básica estatal ha sido dictada en el ámbito competencial del Estado, como presupuesto, antes de analizar la colisión con una norma autonómica (61).

En consecuencia, Estatuto y legislación básica tienen ámbitos de actuación distintos y, por ello, la relación es competencial, no jerárquica. Cuando exista un conflicto en sus respectivos contenidos se resolverá por el Tribunal Constitucional. Si considera que la legislación básica se ha dictado en el marco de las competencias que la Constitución reserva al Estado, el Estatuto cederá frente a esa legislación básica. De la misma forma, si considera que excede esas competencias e invade las autonómicas, la legislación básica estatal cede frente al Estatuto o, en su caso, frente a la legislación autonómica que desarrolla esas competencias estatutarias.

Finalmente, debe apuntarse que hasta el momento en que se pronuncia el Tribunal, ese conflicto debe tener una respuesta provisional, pues condiciona la actuación del legislador autonómico. Por tanto, debemos plantear si aunque la relación sea competencial, se puede sostener la prevalencia del Estatuto sobre la legislación básica hasta que se pronuncie el Tribunal. Las razones para defenderlo se imbrican al reiterado carácter *cuasiconstitucional* del Estatuto. Sin embargo, no podemos soslayar que estamos ante la delimitación de lo básico y esa función ha sido constitucionalmente asignada al legislador estatal. Por ello, debe aceptarse la delimitación primera que éste realice, sin perjuicio de acudir al Tribunal en caso de conflicto con las actividades públicas asumidas por la CA en su Estatuto. El reconocimiento constitucional de esta función al legislador estatal, continuamente reiterada en la jurisprudencia constitucional, impide plantear una hipotética prevalencia de la norma estatutaria sobre la básica estatal.

Ese reconocimiento del principio de competencia como aplicable a esta relación se refuerza, desde otra perspectiva, por el rechazo del Tribunal Constitucional a que los órganos jurisdiccionales puedan inaplicar una ley autonómica por considerarla contraria a una norma básica estatal en aplicación de la

(61) Como nos indica Fernández Farreres «la jurisprudencia constitucional ofrece numerosos ejemplos en los que la impugnación de la ley autonómica conduce inevitablemente a enjuiciar la constitucionalidad de la ley básica estatal alegada como condición de validez de aquella (SSTC 48/1988, 213/1988, 17/1990, 151/1992), lo que presupone que la colisión normativa no es más que un dato demostrativo de la inconstitucionalidad de una de las normas, pero en forma alguna que esa inconstitucionalidad sea imputable a la norma autonómica» (G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, pág. 54).

prevalencia de la norma estatal. Según la STC 163/1995, están obligados a plantear la cuestión de inconstitucionalidad pues únicamente el Tribunal Constitucional puede delimitar lo básico (62).

- b) *Las previsiones estatutarias no obligan al legislador básico estatal, sin perjuicio de los cambios en la doctrina constitucional que puedan derivar de la alteración del bloque de la constitucionalidad por las reformas estatutarias*

Si la relación Estatuto-legislación básica es competencial, las nuevas previsiones estatutarias no vinculan al legislador básico estatal. No obstante, deben anotarse matices importantes. Sabemos que la Constitución, no el legislador básico estatal o el estatuyente, delimita finalmente lo básico, y lo hace, dada su parquedad y la no utilización del procedimiento de reforma constitucional, a través de su intérprete supremo, el Tribunal Constitucional, quien finalmente nos dice que es lo básico en cada una de las materias. De ahí las rotundas declaraciones que hemos recordado: el Tribunal establece las bases «en completa libertad» (32/1983 y 42/1983).

También sabemos que el legislador básico estatal no resulta obligado por la delimitación negativa que hace el Estatuto al concretar las competencias autonómicas. No existe «blindaje» derivado de la concreción de las facultades competenciales pues esa concreción no conlleva una limitación del ámbito competencial de lo básico, esto es, no puede restringir el ámbito competencial atribuido al Estado por la Constitución (63). Sin embargo, aun cuando el Estatuto no pueda condicionar lo básico, la reforma estatutaria incide en ese proceso de delimitación, aunque de forma indirecta, pues al detallar con exhaustividad las competencias autonómicas condiciona la delimitación de lo básico que corresponde al Tribunal Constitucional. Y esto por dos razones: en primer lugar, por la alteración del parámetro de constitucionalidad que supone y, en segundo lugar, por lo que podemos denominar la «doble deferencia» del Tribunal, no sólo al legislador básico sino también al Estatuto.

La técnica del desglose de las competencias autonómicas conlleva la alteración del bloque de la constitucionalidad y, en consecuencia, del canon de constitucionalidad que utiliza el Tribunal Constitucional en el proceso de deli-

(62) Cfr. G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, pág. 53.

(63) Cfr. en este sentido, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales. La imposibilidad de “blindar” las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria», *CDP*, 24, 2005, págs. 185-187.

mitación de lo básico, del que forma parte también el Estatuto (64). Ciertamente, esta alteración del parámetro tendrá consecuencias (65). Cuando el Estatuto establece con precisión el carácter autonómico de una determinada actividad pública, en el amplio margen que abre la indefinición constitucional, el Tribunal Constitucional sólo podrá considerarla en el ámbito de la competencia básica estatal tras demostrar que se ha excedido al hacer la delimitación positiva de las competencias autonómicas, lo que conlleva la expulsión del ordenamiento de la norma estatutaria o su «interpretación conforme» o, aún sin excederse, concurren las circunstancias excepcionales que justifican la concurrencia de un título del Estado, pues, como se sabe, la interpretación de los títulos respectivos deberá ser sistemática. En cualquier caso, pierde la amplia libertad interpretativa que le brindaba el carácter genérico de los títulos competenciales autonómicos.

Este límite tiene especial incidencia en relación a los títulos horizontales del Estado, que tanta influencia han tenido en la habilitación del Estado para establecer las bases, especialmente la ordenación general de la actividad económica (art. 149.1.3 CE) (66). La concreción estatutaria no supone un límite insoslayable para estos títulos horizontales, esto es, no implica su desaparición dado el reconocimiento constitucional. Si el uso del término «competencia exclusiva» en los Estatutos no era obstáculo para aceptar las competencias estatales (STC 20/1988/3), tampoco lo será el desglose de submaterias en las competencias autonómicas; pero la relación de estas normas estatutarias que concretan las actividades públicas de competencia autonómica con las bases estatales es distinta a la advertida hasta aquí, cuando los títulos autonómicos eran genéricos. Si el Estatuto asume la competencia autonómica sobre la regulación de ventas especiales como concreción de la materia competencial comercio interior, no se podrá defender la adecuación a su espacio competencial propio y, por tanto, la conformidad constitucional, de una norma básica que regule esta cuestión, invadiendo el espacio competencial delimitado en

(64) C. VIVER: «En defensa...», *cit.*, págs. 120-121.

(65) Lo que no comparto es la idea de que el contenido estatutario se impone al Tribunal como una norma constitucional secundaria a consecuencia de su función de complemento de la Constitución y la consiguiente inclusión en el bloque de la constitucionalidad (*ibidem*). Como he expuesto antes también la legislación básica cumple esa función de complemento e incluso se configura como canon de constitucionalidad. No obstante, es indudable que el cambio del parámetro constitucional tendrá incidencia en la actuación futura del TC.

(66) Vid. ampliamente sobre esta cuestión, desde una perspectiva crítica del uso que ha hecho el legislador estatal de ese título competencial, M. CARRASCO DURÁN: *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

el Estatuto, con el sustento del título horizontal «ordenación general de la actividad económica». Como se decía antes, sólo será constitucionalmente adecuada esa legislación básica si el Tribunal considera que esa actividad pública no es de competencia autonómica, al interpretar los títulos competenciales del Estado o si, en un supuesto ciertamente excepcional, entiende que hay razones que justifican la ubicación de una determinada actividad pública en el título genérico del Estado y no en el específico de la CA. Pero, lo habitual en estos supuestos será que se imponga el título autonómico. Resulta aplicable, acaso, la doctrina constitucional sobre la relación entre títulos más específicos frente a otros más genéricos. En ese sentido, la preferencia no tiene un valor absoluto (67), pero si implica una exigencia adicional, de forma que sólo ante circunstancias de especial trascendencia podrá prevalecer el título más genérico (STC 197/1996). Por tanto, la concreción de las competencias autonómicas condiciona, desde esta interpretación, la incidencia de los títulos horizontales del Estado en las competencias autonómicas pues frente al título competencial concreto de las CC.AA. no puede imponerse una norma básica que lo contradiga sustentada en títulos genéricos del Estado, salvo que el Tribunal Constitucional declare la extralimitación de la competencia estatutaria o, en circunstancias ciertamente excepcionales, acepte que la actividad pública se encuadra en el título genérico en lugar de en el específico.

Pero, además, existe una segunda razón que permite aventurar cambios en la jurisprudencia constitucional sobre lo básico tras las reformas estatutarias. Es lo que he denominado la «doble deferencia». Hasta ahora, el Tribunal Constitucional había resuelto estos conflictos competenciales aceptando generalmente la delimitación que aportaba, expresa o implícitamente, el legislador estatal, salvo en supuestos muy concretos. Ante títulos genéricos, constitucionales y estatutarios, parecía bastar la concreción del legislador estatal en desarrollo del espacio competencial del Estado. Jugaba, creo, el principio de deferencia al legislador y la presunción de constitucionalidad de la ley que, como resulta bien conocido, rigen la actuación de los tribunales constitucionales en un Estado democrático (68). Sin embargo, ahora la deferencia es doble, no sólo al legislador básico estatal sino también al Estatuto, que, desde una perspectiva política, es una fuente aprobada con una mayoría cualificada e inclu-

(67) Sobre la necesidad de relativizar la preferencia del título específico, *cfr.* G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, págs. 170-175.

(68) *Cfr.* sobre el principio de deferencia, y su vinculación al principio interpretativo de «corrección funcional» de K. Hesse y, extensamente, sobre la presunción de constitucionalidad de la ley, V. FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, págs. 38-42, 141-307.

so sometida a referéndum en algunas CC.AA. Por tanto, la deferencia al Estatuto debe ser incluso mayor que la tenida hasta aquí con la ley básica estatal y la presunción de constitucionalidad adquiere su máxima fortaleza por la participación directa del electorado en la aprobación de la norma (69). Esto no significa, entendiéndose bien, que deba aceptarse cualquier contenido estatutario, pues la relación es competencial, pero, si contrarresta las consecuencias de la deferencia unilateral al legislador básico estatal advertida hasta aquí, pues si bien éste cumple la función constitucional de delimitar inicialmente lo básico, el Estatuto precisa las competencias autonómicas, función constitucional que también debe ser respetada.

Por tanto, de la concreción del parámetro, que limita la incidencia de títulos genéricos, y la «doble deferencia» no deriva el condicionamiento de lo básico a lo que diga el Estatuto. La aprobación de normas básicas estatales que contradigan las concretas previsiones estatutarias no presupone la extralimitación competencial del Estado sino la existencia de un conflicto competencial a resolver por el Tribunal, que controla también la regulación estatutaria del ámbito competencial autonómico. El elemento axial se mantiene: el Estatuto concreta el ámbito competencial autonómico pero nada tiene que decir sobre el estatal. El efecto es, a mi juicio, otro. Ocurre que al concretarse con más detalle las facultades competenciales autonómicas en una fuente con reforzada legitimidad democrática cual es el Estatuto, el Tribunal Constitucional, por un lado, pierde la amplia libertad interpretativa que hasta ahora le concedían los títulos genéricos y, por otro, deberá delimitar con más precisión el ámbito de lo básico, sin limitarse a aceptar lo que haya propuesto el legislador básico estatal.

2. *La posibilidad de que lo básico sea distinto en las diversas CC.AA. como consecuencia de las previsiones estatutarias*

Una vez determinada la incidencia que puede tener la técnica estatutaria del desglose de competencias autonómicas en la delimitación de lo básico, debo detenerme en una cuestión vinculada a menudo a la anterior, pero, a mi juicio, con una naturaleza distinta: si, a partir de ese desglose y la delimitación negativa de las competencias estatales que conlleva, lo básico pueda ser distinto en las diversas CC.AA.

La respuesta, lo anuncio ya, es negativa. Las reformas estatutarias no tienen incidencia en la configuración constitucional de lo básico como míni-

(69) Cfr. V. FERRERES COMELLA: *Op. cit.*, págs. 227-242.

mo común uniforme. Y esto por un motivo que ha sido reiterado en estas páginas, pues me parece nodal para aprehender esta relación: el Estatuto, como fuente bilateral, sólo incide en el espacio competencial autonómico (diversidad), mientras que lo básico es determinado por el legislador estatal, en su ámbito competencial, para todo el Estado de manera uniforme (unidad). El Tribunal Constitucional lo ha expresado con claridad en una doctrina reiterada: «regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, con lo cual se asegura, en aras de los intereses superiores a los de la CA, un común denominador normativo» (STC 1/1982/1) (70).

Conviene recordar que en este proceso de reformas estatutarias las CC.AA. no asumirán todas ellas las mismas facultades competenciales, incluso en algunos casos los títulos continuarán siendo genéricos. Es la recuperación del «principio dispositivo», aunque en un sentido más limitado pues se produce en la concreción de las materias competenciales más que en el *quantum* competencial global. Sin embargo, ello no significa que las bases estatales tengan mayor alcance en los territorios que no hayan detallado sus perfiles competenciales. Las facultades no asumidas, en su caso, corresponden al Estado con un carácter residual, en ningún caso, básico. El alcance de lo básico es uniforme. Por otro lado, ya hemos analizado la posibilidad de que el legislador estatal restrinja lo básico para permitir un mayor desarrollo autonómico y esa nueva delimitación sea aceptada por las CC.AA. En todo caso, debe ser para todo el territorio. Finalmente, sabemos que los nuevos Estatutos pueden provocar una reformulación de lo básico en determinadas materias por parte del Tribunal Constitucional, pero ello tampoco afecta a su uniformidad en todo el Estado pues, en coherencia con su asentada doctrina, la nueva delimitación que, en su caso, haga el Tribunal será aplicable a todas las CC.AA. pues al delimitar lo básico no interpreta el Estatuto, sino la Constitución.

Es cierto que en determinados supuestos, el Tribunal Constitucional ha aceptado un distinto alcance de lo básico en algunas CC.AA. Así lo recuerda el citado Informe sobre la Reforma del Estatuto de Cataluña. Sin embargo, si repasamos la jurisprudencia constitucional que se trae a colación comprobamos que se refiere habitualmente a CC.AA. de régimen foral, esto es, nos situamos en el plano de los «hechos diferenciales constitucionalmente reconocidos» que, efectivamente, pueden justificar excepciones en la aplicación de lo básico. Así sucede en la STC 214/1989, cuando permite la no aplicación de un precepto de la Ley de Bases de Régimen Local al País Vasco en virtud de

(70) En ese sentido, tiene razón L. ORTEGA cuando indica que «no puede asumirse la afirmación de que la amplitud de la legislación básica del Estado tendrá más o menos aplicación en base a lo dispuesto en cada territorio por su Estatuto» (*op. cit.*, pág. 38).

la DA Primera de la Constitución, o la STC 140/1990, que excepciona para Navarra una norma básica también en virtud del régimen foral. Incluso, el propio Tribunal justifica esa excepción como aplicable a estos territorios y no extensible a otros (Cataluña y Galicia) en los que no concurre, nos dice, esa naturaleza foral (STC 214/1989/26) (71).

El supuesto que queda fuera de la «excepción foral» es el de la STC 109/1998, generalmente utilizada para sostener que lo básico puede ser distinto en las distintas CC.AA. en virtud de las previsiones estatutarias. Señala esta sentencia, en referencia a Cataluña, que «junto a lo básico aplicable a la generalidad de las CC.AA., coexisten situaciones particulares» que precisan un «anclaje constitucional o estatutario». Sin embargo, no creo que pueda soslayarse la excepcionalidad del supuesto de hecho que motiva esta sentencia, con origen en unas competencias traspasadas a Cataluña durante el régimen preautonómico, esto es, antes de la existencia del Estatuto y reconocidas por éste. La singularidad del supuesto de hecho impide utilizar la doctrina de esta sentencia como regla general. De la misma forma que se justifica la no aplicación de lo básico en la foralidad, esto es, en virtud de la DA Primera de la Constitución, en este caso específico, la excepcionalidad deriva de los traspasos efectuados al régimen preautonómico catalán, que no se produjeron en otros territorios, y fue reconocido en el Estatuto de Autonomía.

En fin, el supuesto es suficientemente excepcional como para descartar que se pueda construir, a partir de él, la tesis del distinto alcance de lo básico en las diversas CC.AA. en virtud de las previsiones estatutarias. Por tanto, los Estatutos no pueden disponer el alcance de lo básico en cuanto mínimo común en todo el Estado.

5. LA RELACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA QUE LA COMPLEMENTA

Finalmente, una vez delimitada la relación entre el Estatuto y la legislación básica debemos ocuparnos, brevemente, de la que se establece entre la legislación básica estatal y la legislación autonómica de desarrollo. Hemos mostrado los elementos que permiten abordar esta cuestión de forma actualizada. Sabemos que la concepción material debe ser superada y se debe tender a fijar mejor en las competencias compartidas el ámbito del Estado y el de las

(71) *Cfr.* sobre esta jurisprudencia, en la misma línea que se sigue en el texto, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: «¿Es el Estatuto...», *cit.*, págs. 149-151.

CC.AA. Además, también hemos comprobado el alcance de la fuente estatutaria en relación a las normas básicas.

Por todo ello, puede considerarse de forma algo diversa esta relación, superando la visión primera del Estado autonómico cuando la Constitución era parámetro de validez para el derecho autonómico pero norma de aplicación en relación al derecho del Estado, al reconocerle a éste una competencia legislativa universal (72). Se consideraba entonces que el Estado tenía libertad para establecer las bases y modificarlas a su antojo, con el único límite, en su caso, de la actuación ulterior del Tribunal Constitucional. Sin embargo, algunos presupuestos se han modificado con el paso del tiempo. Por un lado, el Tribunal ha marcado al legislador estatal su campo de actuación en las distintas materias, si bien de forma casuística y no siempre clara; pero, sobre todo, ha reconocido la limitación de su espacio competencial. Por otro lado, se ha producido una amplia actividad normativa autonómica de complemento. Desde ellos se estudia la posición de la legislación básica estatal en relación a la normativa autonómica de desarrollo. A partir de la separación de espacios competenciales, deberá reexaminarse la libertad del legislador estatal para adaptar lo básico a las distintas coyunturas políticas, específicamente por la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación autonómica ante la modificación de las bases estatales. Como punto de llegada, pretendemos adherirnos a la tesis, ya sostenida en la doctrina, de la necesaria participación de las CC.AA. en la determinación del contenido de lo básico.

El legislador autonómico está sometido a un doble límite. Deberá respetar las bases estatales y la concreción de facultades competenciales que hace el Estatuto. Pero, sabemos que la delimitación primera de las bases estatales, en su alcance y contenido, corresponde al legislador estatal. En ese sentido, deberá presumirse que es adecuada, sin perjuicio de acudir al Tribunal Constitucional, en su caso, para plantear que se vulneran facultades competenciales estatutarias. Además, los órganos jurisdiccionales no pueden inaplicar la norma autonómica por considerarla contraria a la norma básica estatal. Se refuerza por tanto la idea de que no es el legislador estatal quien determina lo básico, sino el Tribunal Constitucional. En puridad, no existe una vinculación directa entre el legislador básico estatal y el legislador autonómico sino que resulta mediada por el bloque de la constitucionalidad. Como se ha expuesto en la STC 156/1995/3, «una ley autonómica, aún siendo contraria a preceptos formalmente declarados básicos por el Estado, podría ser perfectamente respetuosa del bloque de la constitucionalidad».

(72) Esta idea en F. CAAMAÑO: *Op. cit.*, págs. 93-94.

A partir de esta idea, puede matizarse, ahora desde la posición del legislador autonómico, la concepción de la legislación básica estatal como «algo relativo y circunstancial a decidir por el legislador estatal en función de las coyunturas variables», lo que «supone una cierta apertura del sistema de distribución territorial del poder en cuanto permite su evolución dependiendo de las circunstancias» (73). El reparto competencial no puede ser modulado discrecionalmente por el legislador estatal. Esta forma de acercarse a lo básico responde, a mi juicio, a una concepción material a superar si se pretende fijar con mayor certeza el reparto en las competencias compartidas, limitando su indefinición. La distinción entre la extensión o alcance de lo básico y su contenido es axial a este objeto. De la misma forma que las CC.AA. ya no determinan el alcance de lo básico, como ocurría en la primera época de desarrollo autonómico, sino que complementan la previamente realizada por el Estado, pese a lo que dice la STC 14/2004, tampoco parece adecuado que el legislador básico estatal mantenga, como consecuencia de aquella indefinida concepción primera, lo básico como algo relativo y circunstancial, que el legislador estatal puede modificar a su antojo, en función de las coyunturas variables y de las diversas opciones políticas (74). Y esto porque, como se ha expuesto, la delimitación de lo básico corresponde a la Constitución, como muestra que ni siquiera pueda ser inaplicada la ley autonómica por su aparente contradicción con la legislación básica, y conlleva el reparto de las competencias compartidas. Por tanto, la actuación previa y provisional del legislador estatal debe tender a fijar los espacios competenciales respectivos y no, como actuación de parte, a procurar la defensa de intereses políticos coyunturales. Tanto por ese carácter *provisional* de la delimitación estatal de lo básico como por la necesidad de acotar en cada materia con cierta fijeza el espacio competencial estatal y autonómico no podemos aceptar esa concepción «relativa y coyuntural». Acaso se olvida que nos estamos refiriendo al reparto competencial en las competencias compartidas. No creo que, ni desde la perspectiva del funcionamiento del Estado autonómico ni desde la propia seguridad jurídica, ese reparto deba permanecer imprevisto.

El argumento que se maneja a favor de esa imprevisión es la necesaria adaptación a los cambios sociales y a las nuevas coyunturas políticas, frente a la *petrificación* de lo básico. Sin embargo, nada impide que esa delimitación

(73) T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: «¿Es el Estatuto...», *cit.*, págs. 154-155.

(74) *Cfr.* T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI: «¿Es el Estatuto...», *cit.*, pág. 143. Una expresión clásica de esta posición, aunque en una época distinta, en el proceso de formación del Estado autonómico, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 312-313.

sea modificada. Antes hemos advertido la posibilidad de que el Tribunal Constitucional la altere y, lo que acaso resulta más interesante, que el legislador estatal efectúe una nueva delimitación aceptada por las CC.AA., por lo que, al no existir conflicto, no se pronunciará el Tribunal Constitucional y esa nueva delimitación resultará consolidada. Sin embargo, lo que se rechaza es que quien delimita inicialmente lo básico pueda disponer de manera unilateral del marco delimitador de las competencias compartidas. La finalidad de esta oposición al carácter puramente versátil de lo básico es, utilizando los propios términos del TC, «velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las CC.AA. como norma básica cualquier clase de precepto legal o reglamentario» (STC 69/1988).

A medida que los ordenamientos autonómicos se van haciendo más completos, los cambios coyunturales y sorpresivos de lo básico producen un notable efecto en éstos. En concreto, como ha señalado el Tribunal Constitucional, pueden dar lugar a la inconstitucionalidad sobrevenida de un buen número de normas autonómicas que se habían adaptado a la anterior legislación básica, a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva (75). En la actualidad resulta habitual esta indeseada situación (76). Por ello, el complemento normativo autonómico no puede quedar sometido a las decisiones coyunturales del legislador estatal. El voto particular de García Manzano a la STC 235/2000 entendía que la modificación de lo básico debería requerir una justificación fundada en un cambio de circunstancias de la realidad social y política. No obstante, más allá de este *desideratum*, los recelos autonómicos a los cambios en lo básico que inciden en su ordenamiento propio sólo se atenuarán cuando se procure la participación autonómica en la elaboración de las normas básicas. La incidencia de los títulos horizontales y, en general, de la competencia estatal para establecer las bases en el ámbito competencial es acaso inevitable y, por otro lado, se advierte también en otros Estados descen-

(75) Los defensores de la libertad absoluta del legislador estatal al configurar lo básico limitan el alcance de esta decisión entendiéndolo que no se produce la inconstitucionalidad sino simplemente el desplazamiento de la norma autonómica contraria a la nueva definición de lo básico, cuya aplicación quedaría suspendida. Es la tesis que se mantuvo en el voto particular a la STC 1/2003. Sin embargo, para lo que aquí nos interesa, las consecuencias serían las mismas pues lo problemático no es que las normas autonómicas sean expulsadas del ordenamiento o simplemente suspendidas sino que la irrupción sorpresiva de nuevas normas básicas contrarias al desarrollo autonómico efectuada por las CC.AA. genera inseguridad jurídica.

(76) Sirva de ejemplo, la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, con carácter básico, que incide en el denominado «testamento vital» regulado en diversas CC.AA.

tralizados como Alemania (77). La diferencia es que en ese sistema federal los Länder intervienen en la elaboración del marco normativo común a través del Bundesrat, mientras que en España estamos ante una actuación unilateral del Estado.

La forma de abordar esta situación se ha planteado en la doctrina. Se ha dicho que esa legislación básica debería ser acordada en el Senado, cámara de representación territorial, de forma que los intereses autonómicos estén también representados. El contenido de la legislación básica sería, de este modo, el resultado de la opinión del Gobierno, del Congreso de los diputados y de la cámara autonómica representando a los territorios (78) Esto nos remite a la siempre recurrente reforma del Senado. Sin embargo, en espera de esa necesaria reforma constitucional resulta posible introducir en la legislación estatal procedimientos participados que aseguren la intervención autonómica en la elaboración de lo básico. En el citado Informe sobre la Reforma del Estatuto de la Generalitat de Cataluña se proponía la participación de la CA a través de la Comisión bilateral (79). Sin embargo, el carácter uniforme en todo el Estado de lo básico impide ese carácter bilateral. Por ello, creo que en una ley específica (80), en los propios reglamentos parlamentarios y, en su caso, en la Ley del Gobierno, para los casos excepcionales en los que las normas básicas se incluyan en fuentes reglamentarias, debería preverse la exigencia de una fase de consultas previa en la conferencia sectorial correspondiente como órgano multilateral de relación entre el Estado y las CC.AA. en el procedimiento de elaboración de las normas básicas.

Por tanto, el alcance y contenido de lo básico puede modificarse, pero partiendo de la necesidad de dar fijeza al reparto competencial, y haciéndolo de forma consensuada, en cuanto condiciona el complemento autonómico. La Constitución debería acotar con más detalle el ámbito de lo básico en cada una

(77) A. ARROYO GIL: *El federalismo alemán en la encrucijada*, CEPC, Madrid, 2006, págs. 47-48.

(78) E. AJA: «La reforma constitucional del Senado: hacia una cámara autonómica designada por los gobiernos», en F. RUBIO LLORENTE y J. ÁLVAREZ JUNCO (eds.): *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2006, págs. 716-717.

(79) *Informe sobre la reforma del Estatuto*, cit., pág. 155.

(80) Como he sostenido en otro lugar, en una ley de cooperación intergubernamental, que debería ser el paso previo a la reforma del Senado, podría establecerse el procedimiento para la participación de las CC.AA. en las modificaciones introducidas en la legislación básica. *Cf.*: «El marco normativo de las relaciones intergubernamentales», en M. J. GARCÍA MORALES, X. ARBÓS y J. A. MONTILLA: *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, CEPC, Colección Foro, número 11, Madrid, 2006 (en prensa).

de las materias, con toda la experiencia constitucional acumulada, pero si no es así, deberemos seguir deduciéndolo de la jurisprudencia constitucional, a partir de la delimitación primera que efectúe el legislador básico estatal. Si los cambios en la delimitación primera de lo básico son acordados por Estado y CC.AA. podrán alcanzarse dos efectos positivos. En primer lugar, se reducirán los conflictos político-territoriales, pues lo básico en cada materia es conocido y aceptado por las CC.AA., no hay «irrupción sorpresiva». Además, en segundo lugar, podrá modularse la posición que ha ocupado el TC en este proceso, su doctrina constituyente, pues la delimitación acordada no le alcanzará en forma de conflicto. Para ello es necesario que las normas delimitadoras de competencias sean resultado del acuerdo político no de la imposición del actor a quien corresponde en primer término la concreción de la norma constitucional en las competencias compartidas.

CONCLUSIÓN

Podemos esbozar, como conclusión, los rasgos que vertebran la legislación básica tras las reformas estatutarias de forma que se mantenga la función constitucional asignada a la vez que se limiten los conflictos político-territoriales.

I. La delimitación corresponde, en primer término, al legislador estatal, en desarrollo de las normas constitucionales que rigen el reparto en las competencias compartidas. Sin embargo, se trata de la delimitación inicial, no de la delimitación de lo básico, que compete al Tribunal Constitucional «en completa libertad», esto es, con un amplio margen interpretativo. En ese sentido, ni siquiera pueden inaplicarse las leyes autonómicas, al considerarse contrarias a lo básico por el órgano jurisdiccional sino que deberá pronunciarse el Tribunal haciendo la acotación de los espacios competenciales respectivos del Estado y las CC.AA.

En la actualidad, esa determinación debería ser formal. La indefinición de lo básico derivada de la concepción material corresponde al proceso de formación del Estado autonómico y debe entenderse superada. Aunque en los inicios del Estado autonómico era una garantía para el ejercicio de las competencias autonómicas ante una hipotética inacción del Estado, la indefinición formal de lo básico ha producido después el efecto contrario pues ha permitido al legislador delimitarlo sin apenas límites formales (garantías formales en el proceso de producción), ni materiales (detallismo de las bases).

Las garantías formales han sido expresadas, pero no han sido exigidas a través de la inconstitucionalidad formal. De la misma forma, los límites

estructurales tampoco han sido respetados. La tendencia al detallismo de las bases muestra que no se ha garantizado la reserva constitucional de complemento autonómico. Frente a eso, sostenemos que las bases, incorporadas a una fuente legal y determinadas de manera expresa, deben ser, salvo supuestos excepcionales, una ordenación de mínimos, de estructura principal, que respete el espacio competencial autonómico. El problema estriba en que el Tribunal Constitucional ha aceptado, con alguna excepción menor, cualquier delimitación de lo básico propuesta por el legislador estatal, por lo que éste ha actuado apenas sin límites.

II. En esta situación, las pretensiones del Estatuto catalán para condicionar al legislador estatal, el «blindaje», tienen importantes límites desde la propia naturaleza bilateral de esta fuente, que le impide incidir en el ámbito general pero obligará a modificar la forma de delimitar y el propio contenido de lo básico, pues altera el parámetro de control. Cuando el Estatuto pretende definir las competencias compartidas, quiere ocupar una posición que corresponde a la propia Constitución, ni al legislador estatal ni al Estatuto. Ahora bien, al recoger en el Estatuto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cómo debe delimitarse lo básico envía un mensaje político al órgano jurisdiccional para que se exija el cumplimiento de su propia doctrina. Más consecuencias tiene la concreción del espacio competencial autonómico con el desglose de las materias. Es una técnica con adecuado encaje en el art. 147.2.d) y 149.3 CE. Conlleva una delimitación negativa de espacios competenciales, también del estatal, que puede provocar un conflicto competencial. Este se resuelve aplicando el principio de competencia. En la actualidad, cuando se han limitado las cláusulas de flexibilidad del reparto a favor del Estado, como la supletoriedad, deben acotarse en las competencias compartidas los distintos espacios estatal y autonómico, separados entre sí. Los conflictos provocados por esta doble delimitación de espacios, positiva del legislador básico estatal y negativa del Estatuto, deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional porque es la Constitución quien los determina. Por un lado, la delimitación por el legislador estatal es simplemente provisional, pues es un poder constituido; por otro, el Estatuto no se superpone jerárquicamente a esa legislación básica, sometida directamente a la Constitución.

En consecuencia, no existe «blindaje», esto es, el Estatuto no vincula al legislador básico estatal al precisar las competencias autonómicas. No obstante, el detalle estatutario de los perfiles competenciales condiciona el proceso delimitador. Al concretarse con más detalle las facultades competenciales en una fuente con reforzada legitimidad democrática cual es el Estatuto, el Tribu-

nal Constitucional, por un lado, pierde la amplia libertad interpretativa que hasta ahora le concedían los títulos genéricos constitucionales y estatutarios y, por otro, deberá delimitar con más precisión el ámbito de lo básico, sin limitarse a aceptar lo que haya propuesto el legislador básico estatal, pues debe ser *deferente* también con la propuesta estatutaria. Esta puede haberse extralimitado y, por tanto, se producirá la expulsión del ordenamiento o la interpretación conforme, pero no puede ser soslayada al hacer la delimitación de lo básico. De ahí que en el específico supuesto de las normas básicas sustentadas en un título horizontal del Estado lo habitual será que cedan en caso de conflicto frente a la referencia específica reconocida en el Estatuto, salvo justificación expresa de la excepcionalidad del supuesto.

III. La consecuencia negativa de este modelo de delimitación tras las reformas estatutarias es la posición aún más preeminente que ocupa el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Realiza una labor delimitadora que no pueden efectuar ni el Estatuto ni el legislador básico, sino sólo una Constitución precisada también de actualización para acoger la realidad autonómica pero que, por ahora, y hasta que no se pronuncia el poder constituyente-constituido, sólo actúa a través de su intérprete. Incluso, al exigirse una acotación más precisa de los espacios competenciales se le está imponiendo una mayor intervención. La forma de superar esta dependencia de la jurisdicción constitucional es tender a una definición política de lo básico que aminore los conflictos territoriales. Para ello, debería habilitarse la participación de las CC.AA. en la elaboración de lo básico. De esta forma, se reducirán los conflictos pues ya no habrá «irrupción sorpresiva» en el espacio competencial autonómico que provoque la inconstitucionalidad sobrevenida de sus normas y, por tanto, al no presentarse el proceso delimitador en forma de conflicto no exigirá la intervención ulterior del Tribunal Constitucional, salvo en situaciones extraordinarias.

En fin, debe tenderse a fijar con mayor certeza la legislación básica pues en definitiva nos referimos al reparto competencial, que no debiera permanecer imprevisto. Los cambios exigidos por el carácter dinámico de la sociedad deberán efectuarse de manera consensuada, con la participación de los actores políticos implicados, Estado y CC.AA., y, por tanto, con la intervención sólo excepcional del intérprete supremo de la Constitución. De esta forma, la legislación básica no será advertida por las CC.AA. como una amenaza sino como el presupuesto uniforme exigido por el principio de unidad.

RESUMEN

En este trabajo se plantea la situación de la legislación básica en la nueva etapa del Estado autonómico que se abre tras las reformas estatutarias. En primer término, se destaca la necesidad de hacer efectivas las garantías formales y materiales en el proceso de delimitación de lo básico, esto es, que lo básico en una materia se incluya en una ley y deje espacio al complemento normativo autonómico. A continuación, se analizan las consecuencias sobre ese proceso de las reformas estatutarias, específicamente del nuevo Estatuto catalán. En concreto, el uso de submaterias o perfiles competenciales en lugar de títulos genéricos. Se sostiene que inicialmente esa técnica no condiciona la delimitación pues compete en primer término al legislador estatal y, finalmente, al Tribunal Constitucional. No obstante, esa concreción de perfiles limita la libertad interpretativa del Tribunal y le obliga a ser deferente no sólo con el legislador básico estatal sino también con el Estatuto. El Tribunal delimita los espacios competenciales respectivos para deducir en cada caso quien se ha extralimitado. Los títulos específicos serán aplicados frente a los títulos horizontales del Estado salvo que se muestre una extralimitación estatutaria o en circunstancias excepcionales, bien justificadas. De ello deriva, ciertamente, una posición preeminente del Tribunal Constitucional en este proceso que conlleva su judicialización. La manera de evitarlo es habilitando procedimientos para que lo básico en cada una de las materias sea consensuado por los actores político-territoriales, el Estado y las CC.AA., pues de esta manera no llegará a la jurisdicción en forma de conflicto.

PALABRAS CLAVES: Legislación básica, Estatuto, legislación autonómica, competencial, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This article studies the status of basic legislation in relationship with the new phase of the Spanish «Estado autonómico», which comes up after the statutory reforms that are already taking place in Spain. First of all, our investigation remarks the need to make effective the formal and material guarantees at the process of delimitation of basic law contents. That means, basic contents must be in the law but the state legislator must also leave some space to be regulated by the autonomic norms. Then we analyse the consequences that the statutory reform causes on the basic law delimitation process, in special the Catalanian one. The Author focuses his analysis in the use of concrete competencial titles in stead of generic ones to determinate the basic contents of the law. He argues that this technique does not affect delimitation process because the state legislator is the first one that has competence to determinate the competence; and then, if there is need, the Spanish Constitutional Court revises it. However, this determination of concrete competence in the new Autonomic Statutes limits the freedom of interpretation that the Constitutional Court has been enjoying

until the statutory reforms. In addition, this concrete determination leads the Court to respect the determination of the state basic legislator and the autonomic legislator position. The Constitutional Court defines first which space of competences belongs to the state legislator and which space belongs to autonomic one. Then the Court resolves which legislator has transcended its limits. During the defining competences process the Constitutional Court must observe the following rule: «specific competencial titles must be considered over the horizontal state titles». Only if the autonomic legislator has transcended its autonomic statute or if there is an exceptional and justified situation, the horizontal state titles could be considered over the specific ones. In this process the Constitutional Court has got a chief position. As a result of this position we can observe a «judicialization» of the delimiting competences process. In order to avoid this «judicialization» of the delimiting process we need to establish some kind of process where the basic contents should be agreed by the two political-territorial players: the State and the «Comunidades Autónomas». And, if we establish this kind of process, the discussion about «who has got competence» will not reach so often the Constitutional Court.

KEY WORDS: Basic legislation, autonomic legislation, competencial, Constitutional Court.