

¿ES EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA UNA NORMA CAPAZ DE MODULAR EL ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO?

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO RECONOCIDA EN EL ARTÍCULO 149.1 DE LA CONSTITUCIÓN PARA DICTAR LAS BASES Y SU FUNCIÓN DE DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE DESARROLLO.—III. LA PROPUESTA DEL INFORME SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO: EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO NORMA QUE CONCRETA EL PROPIO CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS DEL ESTADO DEL ARTÍCULO 149.1 CE.—IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA DEL INFORME SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO.—V. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA MODULACIÓN DEL ALCANCE DE LAS BASES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.—VI. ALTERNATIVAS A LA PROPUESTA DE QUE EL ESTATUTO MODULE EL ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO.

I. INTRODUCCIÓN

Parece que será en esta Legislatura cuando definitivamente se acometan una serie de importantes reformas normativas que buscan una cierta redefinición del sistema de descentralización territorial del poder en España. La necesidad, sentida esencialmente en las Comunidades Autónomas vasca y catalana, de dar respuesta a lo que se considera que son déficits en el autogobierno que no habrían sido resueltos por el actual marco constitucional y estatutario, ha dado lugar a una serie de demandas de reforma de este marco normativo que a raíz del cambio de gobierno del pasado mes de marzo han empezado a ser atendidas en Madrid. Ciertamente, mientras que las «propuestas» provenientes del Gobierno Vasco son esencialmente frentistas y rupturistas, incluso en los procedimientos, con todo el sistema normativo actualmente en vigor, una característica fundamental de las propuestas provenientes de Cataluña es la aceptación plena de las reglas de juego existentes para la modificación del actual marco normativo.

Asimismo, una segunda característica de la mayoría de las propuestas catalanas es que pretenden realizar la redefinición del modelo de descentralización territorial por la vía de la reforma del Estatuto de Autonomía dentro del actual marco constitucional (1). A analizar alguna de estas propuestas realizadas desde Cataluña se dedican las páginas que siguen.

Documento de excepcional interés para entender muchas de las iniciativas que se van a discutir en los próximos meses es el *Informe sobre la Reforma del Estatuto* elaborado por el Institut d'Estudis Autònoms en noviembre de 2003 con la colaboración de una Comisión académica integrada por destacados profesores de Derecho Público (2). En estas páginas no vamos a analizar todas las sugerentes propuestas realizadas en el Informe con la finalidad de corregir lo que se considera que son los principales déficits en el autogobierno que presenta la aplicación del marco constitucional y estatutario vigente, pero sí nos vamos a referir a alguna de sus propuestas concretas.

Más específicamente nos vamos a ceñir al análisis de una de las propuestas realizadas en el Informe elaborado por el Institut, aquella que plantea que, manteniendo el marco constitucional actualmente en vigor, sea en un nuevo Estatuto donde se module el alcance de la competencia exclusiva del Estado para fijar las bases en determinadas materias; competencia que le reserva en exclusiva al Estado el artículo 149.1 de la Constitución. Propuesta que si bien está en la línea de corregir lo que se percibe desde diversos sectores como uno de los más importantes déficits del actual sistema de descentralización, esto es, el riesgo de que a través de una amplia interpretación de la competencia para regular las bases el Estado pueda «vaciar» de contenido las competencias autonómicas de desarrollo, consideramos que es una propuesta que podría quedar fuera del actual marco constitucional y por tanto no sería posible ponerla en marcha simplemente reformando el Estatuto de Autonomía sin una reforma constitucional previa.

Ciertamente, el Informe en este punto afirma plantear una modificación del marco estatutario que pretende ser respetuosa con el texto constitucional, sin embargo ello no parece conseguirse al afectar la propuesta a la propia función constitucional de las bases.

(1) Así se desprendería del debate parlamentario producido a raíz del documento presentado por la Comisión de Estudio para la Mejora del Autogobierno que fue aprobado por el Pleno del Parlamento de Cataluña el 17 de diciembre de 2002.

(2) Informe sobre la Reforma del Estatuto publicado por la Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2003.

II. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO RECONOCIDA
EN EL ARTÍCULO 149.1 DE LA CONSTITUCIÓN PARA DICTAR
LAS BASES Y SU FUNCIÓN DE DELIMITACIÓN
DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE DESARROLLO

Una de los reproches más habituales que se viene realizando al actual marco constitucional y estatutario desde determinados sectores doctrinales y políticos es la «interferencia» que consentiría sobre las competencias autonómicas como consecuencia de la promulgación de la legislación básica por el legislador estatal. En efecto, en aquellas materias cuya competencia de regulación esta dividida entre el Estado, al que corresponde adoptar la normativa básica, y las Comunidades Autónomas, a las que corresponde adoptar la normativa de desarrollo, el amplio margen de apreciación que se le habría reconocido al Estado por la jurisprudencia constitucional para determinar lo básico se considera que podría perturbar el ejercicio de las competencias de desarrollo de las Comunidades Autónomas.

El propio Informe sobre la Reforma del Estatuto del Institut d'Estudis Autonòmics denuncia «la incapacidad de establecer criterios jurídicos claros y seguros a partir de los cuales pueda diferenciarse entre una norma básica y una que no lo es», la «incapacidad de establecer un alcance claro y limitado de la competencia estatal para dictar las bases, lo cual ha perjudicado sensiblemente las competencias autonómicas» (3).

Pero ¿a quién se atribuye esta incapacidad? Ciertamente aunque no se explicita en el propio Informe sobre la Reforma del Estatuto, la incapacidad no se atribuye sino al órgano encargado de dirimir las disputas competenciales, al Tribunal Constitucional.

Desde el punto de vista de estos sectores doctrinales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretadora del concepto de legislación básica habría consentido una situación en la que «el legislador estatal prácticamente no ha encontrado límites a su capacidad legislativa».

Así lo ha señalado recientemente Eliseo Aja, que apunta como problema fundamental del marco jurídico existente la intervención excesiva del Estado a través de la legislación básica en muchas competencias que deben desarrollar las Comunidades Autónomas, intervención excesiva que no es desautorizada por el Tribunal Constitucional, incapaz, según Aja, de fijar un criterio jurídico adecuado para delimitar la extensión de las leyes básicas (4).

(3) Pág. 23 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(4) E. AJA: «De los Gobiernos autonómicos», publicado en *El País* de 2 de mayo de 2004, pág. 17.

La denuncia de la supuesta incapacidad del Tribunal Constitucional para salvaguardar las competencias autonómicas de desarrollo a través de un control más estricto de lo que conforma lo básico pone de manifiesto cuál es el nudo gordiano del problema: la cuestión relativa a quién compete determinar qué es lo básico.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deriva que corresponde a los poderes estatales, y especialmente al legislador estatal, la determinación inicial de las bases (5).

Así, en múltiples sentencias el Tribunal Constitucional ha afirmado que la competencia para establecer «las bases a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia sólo corresponde al Estado, bases que no son las que respecto de la misma fija, en un plano de mayor o menor abstracción y generalidad la propia Constitución, sino las que, dentro de los amplios límites que esos principios marcan, considere más adecuado, según su propio juicio, el legislador competente, que es, sin duda, el legislador estatal» (6).

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha afirmado, refiriéndose a las bases, que «es el legislador (estatal) el que, dentro del marco de la Constitución, determina libremente cuáles son esos intereses, los define y precisa su alcance» (7). Asimismo ha considerado que el legislador estatal «queda en completa libertad para establecer con carácter general las bases de la materia» (8).

La razón de conferir la determinación inicial de las bases al Estado se explica por la función que las mismas desarrollan en el sistema jurídico español. Las bases, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, establecen el común denominador normativo en toda la nación; común denominador que debe ser establecido por el nivel territorial que representa el interés general, el Estado. Para el Tribunal Constitucional «lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan» (9). En la misma línea el Alto Tribunal ha afirmado

(5) En este escrito no entraremos en la discusión relativa a la capacidad o incapacidad que tendrían otros órganos estatales a través de normas inferiores a la ley para determinar lo básico.

(6) STC 32/1981, de 28 de julio, en Fundamento Jurídico 6.

(7) STC 37/1981, de 16 de noviembre, en Fundamento Jurídico 1.

(8) SSTC 32/1983, de 28 de abril, en Fundamento Jurídico 2, y 42/1983, de 20 de mayo, en Fundamento Jurídico 4.

(9) STC 1/1982, de 28 de enero, en Fundamento Jurídico 1.

que «la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional» (10).

La atribución de tal función de uniformización al Estado sería plenamente coherente con el principio democrático pues, de acuerdo con Jiménez Campo, «definir lo que sea básico es afirmar lo que los intereses generales (nacionales) demandan como regulación uniforme en ciertos ámbitos, y esta determinación debe ser adoptada, en un principio, por el órgano de representación nacional» (11).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional también ha afirmado que tal determinación inicial de las bases que realiza el Estado debe quedar sometida al ulterior control del propio Tribunal, que es, a fin de cuentas, el supremo intérprete de la Constitución.

Así, el Alto Tribunal en una jurisprudencia constante ha afirmado que «las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, y en caso necesario será este Tribunal el competente para decidir, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» (12). La función del Tribunal Constitucional es procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado (13). Ello supone una negación de una interpretación estrictamente formal de lo básico al rechazar que sea básico todo aquello que el Estado diga que lo es.

Sin embargo, desde algunos sectores doctrinales y políticos se ha denunciado que el riesgo de vaciamiento de las competencias autonómicas como consecuencia de una extensión de la legislación básica estatal no queda conjurado con la sola afirmación de que corresponde al Tribunal Constitucional la fiscalización de la discrecionalidad inicial del legislador estatal en la determinación de lo básico. Lo que se denuncia por estos sectores es precisamente que a la hora de la fiscalización de las determinaciones estatales de lo básico, el

(10) STC 147/1991, de 4 de julio, en Fundamento Jurídico 4. Esta concepción no es contradictoria con la aceptación de la necesidad de adaptar la legislación básica a peculiaridades geográficas o espaciales. Así se reconocía en la propia STC 147/1991 cuando se afirma por el Tribunal que no se debe entender que «la legislación básica tiene que ser uniforme e igual para todas las áreas geográficas del territorio nacional (...) pues pueden existir distintas peculiaridades subsectoriales y espaciales que demandan la adaptación de la ordenación básica a esas peculiaridades, tal y como ocurre con la actividad pesquera, en la que cada modalidad extractiva y determinadas áreas marítimas exigen reglas básicas diferenciadas».

(11) J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Que es lo básico? Legislación Compartida en el Estado Autonomico», *REDC*, 27, 1989, pág. 61.

(12) STC 32/1981, de 28 de julio, en Fundamento Jurídico 5.

(13) STC 69/1988, de 19 de abril, en Fundamento Jurídico 6.

Tribunal Constitucional se ha mostrado muy deferente con lo establecido por el Estado, con la importante consecuencia de que en la práctica ha dejado en manos del Estado la propia delimitación competencial. El pronunciamiento solemne del Tribunal de que es a él como interprete supremo de la Constitución al que le corresponde someter a un ulterior control la definición de las bases realizada por el legislador estatal no se habría visto acompañada de la adopción de criterios que realmente le permitan realizar un estricto control de la delimitación inicial realizada por el poder estatal. La jurisprudencia constitucional se habría negado a realizar una interpretación estrictamente material de lo básico pues habría admitido un espacio de decisión política al Estado a la hora de definir lo básico (14).

La determinación aparentemente inicial de las bases por el Estado, unido a la renuncia práctica del Tribunal Constitucional a controlar de manera estricta tal determinación, supondría conceder al Estado la facultad de realizar de manera definitiva la propia delimitación de competencias en la materia. Así el Tribunal Constitucional ha reconocido que «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» (15). Y en el mismo sentido ha afirmado que «es al legislador post-constitucional a quién corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma su competencia de desarrollo legislativo» (16), esto es, definiendo al mismo tiempo el contenido de la competencia de desarrollo autonómica.

Tal concepción supone que el Estado a través de la definición de lo básico reformula a posteriori la propia delimitación material (17).

Y precisamente la delimitación competencial que se produce a través de la promulgación de la normativa básica origina que esta normativa se constituya

(14) Otra cosa es que la jurisprudencia constitucional haya admitido una concepción material de las bases para el supuesto en el que estas no hayan sido formuladas por el Estado con el fin de permitir a las Comunidades Autónomas ejercer sus propias competencias en ausencia de una expresa definición de lo básico por el Estado. La coherencia de la jurisprudencia constitucional al rechazar una concepción estrictamente formal de lo básico y a la vez rechazar una concepción estrictamente material ha sido analizada por JIMÉNEZ CAMPO en *op cit.*, págs. 63 y sigs.

(15) STC 68/1984, de 11 de junio, en Fundamento Jurídico 3.

(16) STC 32/1983, de 28 de abril, en Fundamento Jurídico 2.

(17) A. BAYONA I ROCAMORA: «La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y la jurisprudencia constitucional», *REDA*, 45, 1985, pág. 62.

en canon de constitucionalidad para determinar la legitimidad de la legislación autonómica de desarrollo. «Las Leyes básicas, en la medida en que vienen a fijar el alcance preciso del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar legítimamente sus competencias, operan como canon en el control de constitucionalidad de las leyes autonómicas». La legislación básica forma parte por tanto del bloque de la constitucionalidad pues la contradicción entre esta y la normativa autonómica da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de esta última (18).

Sin embargo, pese a ser cierto que la jurisprudencia constitucional viene otorgando al legislador estatal un importante margen de apreciación en la determinación de lo básico, el Tribunal Constitucional no ha renunciado completamente a su capacidad de fiscalización y ha mantenido su capacidad de control de la discrecionalidad del legislador estatal tomando como criterio un límite quizás poco efectivo en la práctica por su generalidad: la formulación de las bases tiene que permitir una actividad de desarrollo legislativo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias de desarrollo en la materia. Para el Tribunal Constitucional «nunca la fijación de bases... debe llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades» (19). Para el Tribunal las bases son un común denominador normativo, nuclear y mínimo aunque mejorable, completa-ble y susceptible de desarrollo (20). La regulación de las bases por los poderes estatales debe dejar un espacio sustantivo, capaz de albergar una política propia para la normación autonómica (21). Ello no podría ser de otra manera, pues la competencia de desarrollo de la legislación básica es una atribución directa

(18) SSTC 163/1995, de 8 de noviembre; 136/1986, 27/1987, 151/1992, 61/1993 y 62/1993.

(19) STC 32/1983, de 28 de abril, en Fundamento Jurídico 2.

(20) STC 102/1995, de 26 de junio. La necesidad de garantizar un espacio propio para el ejercicio de las competencias comunitarias produjo que pasados los primeros años del momento constituyente se retorne a una cierta concepción formal de las bases afirmándose por ejemplo en la STC 147/1991 que «precisamente a fin de evitar tal consecuencia contraria al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (se refiere al exceso de minuciosidad en la regulación básica, vulneradora del espacio de desarrollo autonómico) responde el principio de preferencia de Ley, que rige esta materia —no confundible con el de reserva de Ley, incompatible con el aspecto material que interviene en la conformación del concepto de lo básico—, en virtud del cual corresponde, siempre que así sea posible definir lo básico a la norma emanada del poder legislativo del Estado, que es la que mejor garantiza la generalidad y estabilidad de las reglas básicas y, por consiguiente, el respeto debido a las competencias autonómicas de desarrollo».

(21) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Estudios sobre Autonomías Territoriales», Madrid, 1985, pág. 313.

de una competencia normativa realizada por la Constitución y el respectivo Estatuto a las Comunidades Autónomas, por lo que no podría admitirse que el contenido de tal competencia quedara totalmente al albur de lo que establezca el Estado al definir lo básico. Tal y como afirma Jiménez Campo las competencias del Estado para definir lo básico «no debieran ser vistas como unas «competencias de las competencias» llamadas a deslindar, sin control, los ámbitos de intervención normativa de cada ente» (22).

Sin embargo, el reconocimiento por la jurisprudencia constitucional de tal límite a la capacidad del Estado de determinar las bases no pone en cuestión la existencia misma de un importante margen de apreciación del Estado, pues la definición de las bases sigue comportando una libertad de opción del Estado que únicamente se ha de detener «ante la preservación —en virtud del principio constitucional de autonomía— de lo que se estimen contenidos mínimos para el desarrollo autonómico» (23).

Es por ello que la adopción jurisprudencial de este límite a lo que puede hacer el Estado no ha sido considerado, desde los sectores autonomistas, un límite suficiente para preservar las competencias autonómicas pues se sigue dejando un amplio margen de apreciación al legislador estatal a la hora de determinar las bases. Las continuas peticiones autonómicas al Tribunal Constitucional para que entre a determinar con más precisión los límites a la legislación básica del Estado no se considerarían satisfechas por el reconocimiento de un límite tan general.

Las razones para que el Tribunal Constitucional se niegue a realizar un control más estricto de la capacidad del Estado para fijar las bases pueden ser varias; por un lado la propia dificultad, si no imposibilidad, de acotar un concepto genérico apriorístico de lo que debe entenderse por bases (24). La dificultad casi insalvable que plantea para un órgano jurisdiccional la delimitación objetiva de la distribución de competencias tomando como criterio jurídico-objetivo los conceptos de legislación básica-legislación de desarrollo habría desembocado irremediabilmente en la deferencia hacia lo establecido por el legislador estatal. Ello no supondría sino la aceptación de que la delimitación bases-desarrollo no es posible hacerla objetivamente y por tanto no es posible hacerla jurídicamente, y que precisamente el poder constituyente ha querido establecer un sistema de delimitación de competencias que, en cierta medida, corresponde concretar a un órgano político, al legislador estatal, al determinar

(22) J. Jiménez Campo: *Op. cit.*, pág. 84.

(23) J. Jiménez Campo: *Op. cit.*, pág. 66.

(24) J. TORNOS, en el capítulo «Las Competencias normativas», en *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas* (dir. Eliseo Aja), 1985, pág. 145.

las bases. En este sentido para De Otto el término bases no remite a nada que lo sea realmente (25) lo cuál hace muy difícil su determinación jurisdiccional. Para Solozábal el reparto efectivo de competencias que permite la técnica de las bases depende de criterios políticos de decisión que serán controlables pero no determinables jurídicamente (26).

Otra de las razones que explicarían la deferencia jurisdiccional a lo decidido por los poderes estatales, más allá de la dificultad de determinar jurídicamente que es lo básico, sería la interpretación que habría realizado el Tribunal Constitucional del propio concepto de bases como algo relativo y circunstancial a decidir por el legislador estatal en función de las coyunturas variables y de las opciones políticas plurales que de su seno pueden surgir. Para García de Enterría la jurisprudencia constitucional reserva de manera expresa al legislador básico estatal «la calificación de lo que en cada momento pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación básica, calificación que puede ser perfectamente variable, e incluso opuesta, si atendemos tanto a las distintas coyunturas, como, especialmente, a la diversidad de opciones políticas que garantiza el «valor superior» del pluralismo político proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución» (27).

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional habría admitido que lo básico es variable y no constituye un concepto inmutable, lo cual supone que para su determinación en cada momento concreto es necesario otorgar un margen de apreciación a un órgano político, al legislador estatal (28).

Así parece acogerse por el Tribunal cuando, por ejemplo, afirma que «el ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material» (29).

Tal concepción de lo básico como algo relativo, circunstancial y que debe ser fijado en buena medida por un órgano político tiene la ventaja de evitar la

(25) I. DE OTTO, I.: «El Problema del Concepto de Bases a partir de la Ley de Bases del Régimen Local», en *Estudios sobre Derecho Estatal y Autonómico*, Madrid, 1986, pág. 111.

(26) J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: *Las Bases Constitucionales del Estado Autonómico*, Madrid, 1998, pág. 163.

(27) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pág. 312.

(28) Para García de Enterría en este contexto de fijación de las bases «la decisión política es, justamente, decidir sobre lo que se entiende en cada caso por interés general y el imperio normativo de la Constitución, como bien sabemos, no elimina la política, antes bien, delimita su juego propio», E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pág. 312.

(29) STC 14/2004, de 12 de febrero, en Fundamento Jurídico 11.

petrificación de una delimitación competencial constitucional inalterable y permite la adecuación de la distribución competencial a nuevas circunstancias o coyunturas. Evidentemente lo que objetan las Comunidades Autónomas es que la apreciación de la necesidad de adecuar la delimitación de competencias a nuevas circunstancias a través de la determinación de lo básico deba corresponder al Estado.

Esta concepción de lo básico como algo variable en el tiempo supondría admitir que la delimitación competencial realizada por la Constitución y los Estatutos no es inmutable pues siempre cabe que a través de la determinación de las bases por el Estado se reajuste el propio reparto de competencias entre los dos niveles territoriales (30). La posibilidad de modificación o reajuste del propio reparto de competencias a través de la determinación de lo básico en cada momento no sería, por tanto, una corrupción del modelo sino una consecuencia querida del mismo.

Sin embargo, lo cierto es que la deferencia del Tribunal Constitucional hacia la determinación de lo básico realizada por el Estado ha sido reiteradamente denunciada por algunos sectores doctrinales como «uno de los mecanismos que permiten que el Estado pueda hacer llegar su larga mano a todos los ámbitos materiales, actuando en espacios en los que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas competencias incluso exclusivas» (31).

La concepción de lo básico afirmada por el Tribunal Constitucional contribuiría a la desconstitucionalización de hecho del sistema de distribución de competencias pues este quedaría a la libre configuración del legislador estatal (32).

Para Parejo la jurisprudencia constitucional supone una sustancial entrega de la definición de lo básico a la instancia territorial general con la consecuencia que de ello se sigue para la corrección de y la seguridad en el reparto territorial del poder (33).

(30) Frente a esta concepción que admite la mutabilidad de la delimitación competencial se podría esgrimir aquella que sostiene que las reglas básicas estatales deben tener una estructura principal, lo cual implicaría una cierta estabilidad en el propio reparto de competencias definido por las bases pues los principios más difícilmente requerirán adaptarse a la coyuntura. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha negado que la forma principal sea una exigencia de lo básico. Así se recuerda en JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 51 y 81 y en el propio Informe sobre la Reforma del Estatuto, págs. 23 y sigs.

(31) C. VIVER I PI-SUNYER: «Materias competenciales y Tribunal Constitucional», 1989, pág. 84.

(32) E. AJA y C. VIVER I PI-SUNYER: «Valoración de 25 Años de Autonomía», *REDC*, 69, 2003, pág. 88. Para estos autores el concepto y alcance dado a las competencias básicas habría supuesto una pérdida de calidad de la autonomía política de las CC.AA., en pág. 111.

(33) L. PAREJO: *Derecho Administrativo*, Madrid, 2003. En pág. 272.

Es precisamente con la finalidad de evitar la posible «invasión» de las competencias autonómicas a través del amplio margen de apreciación de que dispone el Estado en la definición de lo básico, por lo que el Informe sobre la Reforma del Estatuto propone que esta definición de las bases se deje de hacer en la propia normación del Estado y que pase a ser definida o precisada en el propio Estatuto de Autonomía.

III. LA PROPUESTA DEL INFORME SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO:
EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO NORMA QUE CONCRETA
EL PROPIO CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS
EXCLUSIVAS DEL ESTADO DEL ARTÍCULO 149.1 CE

La propuesta de solución contenida en el Informe sobre la Reforma del Estatuto elaborada por el Institut d'Estudis Autònoms frente al riesgo de vaciamiento competencial que podría producir la extensión de la legislación básica por el propio legislador estatal, se sintetiza en una mayor concreción de las competencias autonómicas en el nuevo Estatuto catalán lo que al mismo tiempo debe suponer la modulación del alcance de la competencia estatal para determinar lo básico.

El informe sobre la Reforma del Estatuto considera que «el nuevo Estatuto podría optar por concretar de forma más precisa los títulos competenciales de la Generalidad», lo que, a la vez, supondría la modulación del alcance de las competencias estatales del 149.1 (34).

La propuesta pretende que sea el Estatuto de Autonomía la norma que concrete el contenido y alcance de las competencias exclusivas del artículo 149.1 CE, limitando el margen de apreciación de que dispone el Estado para definir lo básico pero también limitando el propio alcance de aquellas competencias transversales u horizontales que atribuye el 149.1 al Estado (35).

Para el informe «el Estatuto 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» (36).

(34) La propuesta cuenta con el apoyo doctrinal de determinados autores que sostienen que pueden acotarse los ámbitos materiales de concurrencia ampliando correlativamente los ámbitos de exclusividad competencial autonómica a base de precisar en la Constitución o en los Estatutos tales ámbitos de exclusividad. En E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER: «Valoración de 25 Años de Autonomía», *op. cit.*, págs. 88 y sigs.

(35) El «vaciamiento» de las competencias autonómicas no se produciría sólo como consecuencia de la discrecionalidad reconocida al Estado para definir lo básico sino también a través del ejercicio por el Estado de sus competencias horizontales.

(36) Pág. 78 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

La propuesta se fundamenta en el papel que cumplen los Estatutos de Autonomía de desarrollo y ejecución de la propia Constitución de acuerdo con el artículo 147 CE. Recordemos que este precepto atribuye a los Estatutos la función de determinar las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas dentro del marco establecido por la Constitución.

Se considera que la técnica empleada en el vigente Estatuto debe ser superada pues lo que hace es recoger una fotografía en negativo y, por tanto, genérica del artículo 149.1 CE. En efecto, el vigente Estatuto a la hora de atribuir competencias a la Generalidad utiliza unas cláusulas generales que se corresponden al negativo de las competencias que el artículo 149.1 atribuye, de manera también genérica, al Estado. Esta técnica de atribución de competencias, unida a la deferencia mostrada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la hora de controlar al Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas, habría condicionado la capacidad autonómica para establecer políticas propias en ámbitos materiales completos y coherentes; teniendo *de facto* como consecuencia una reducción de los títulos competenciales autonómicos (37).

Para el Informe, el Estatuto dispone, en ejercicio de su propia función constitucional de precisión competencial, de un espacio significativo para determinar las competencias autonómicas dentro del marco del artículo 149.1 CE.

Ello lo fundamenta en que el principio constitucional que deriva de la valoración conjunta de los artículos 149.1 y 147 CE permitiría otorgar al Estatuto una función constitucional de precisión competencial, que no obliga necesariamente a la utilización de unas cláusulas genéricas e indeterminadas a la hora de determinar el alcance y el contenido de las competencias que asume la Comunidad Autónoma.

Se propone, por tanto, una técnica de atribución de competencias distinta a la utilizada hasta ahora. Técnica nueva en la línea de configurar los títulos competenciales de manera que definan con un mayor grado de precisión y certeza sus contenidos materiales y, en su caso, las correspondientes potestades. La idea es corregir las limitaciones actuales mediante unos títulos más amplios y completos que, de acuerdo con el Informe del Institut, al mismo tiempo tendrían el efecto indirecto de indicar cuáles pueden ser las proyecciones de las competencias estatales.

La propuesta supone en primer lugar que el nuevo Estatuto definirá con mayor amplitud y precisión las competencias autonómicas, pero en segundo lugar supone que a través de esta operación se modularán las competencias estatales del artículo 149.1.

El Informe insiste en la validez de esta opción, que no debe resultar incom-

(37) Pág. 76 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

patible con el principio de interpretación de los Estatutos de acuerdo con la Constitución, si se considera la función de complemento constitucional que los mismos pueden desarrollar.

El Informe proporciona algunos ejemplos precisos de utilización de esta técnica de atribución de competencias cuando considera que se podría estatutariamente concretar el contenido de la competencia autonómica de defensa del consumidor indicando, por ejemplo, como integrante de tal competencia la regulación de ciertas prácticas comerciales (por ejemplo ventas especiales). Ello impediría la regulación por parte del Estado de tales prácticas a través de una interpretación amplia de las competencias estatales sobre legislación mercantil o sobre bases y coordinación de la planificación general de la economía.

En este mismo sentido limitador de la posible expansión de la competencia estatal atribuida en el artículo 149.1.18 para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se encuadra la propuesta de definir en positivo todos los subsectores que forman parte de la competencia legislativa de la Generalidad para regular el régimen local (38).

La propuesta del Informe tiene como consecuencia una cierta determinación de lo básico en el propio Estatuto, de manera que como resultado de la rigidez de la reforma estatutaria se le desposee al legislador estatal de la capacidad unilateral de determinar lo básico. La modulación de la competencia estatal para dictar las bases en el nuevo Estatuto permite eludir la deferencia actual del Tribunal Constitucional en la fiscalización de la delimitación de competencias realizada por el Estado a través de la fijación de las bases, pues tras la reforma el Estado tendría un margen mucho menor en tal fijación.

La propuesta catalana busca garantizar la autonomía a través de la posición especial que tiene el Estatuto en el sistema jurídico, posición que se manifiesta en su especial rigidez al requerir para su reforma una renovación del «pacto político entre Cataluña y el Estado» (39), y que dota al contenido estatutario de una protección especial frente a las leyes estatales (40).

(38) Otro ejemplo sería el de las Cajas de Ahorro, en el que el Estatuto podría configurar un espacio de competencia amplio de la Generalidad, reconduciendo la intervención básica del Estado del artículo 149.1.11 CE a los aspectos estrictos del régimen financiero. Todos estos ejemplos en la página 77 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(39) Pág. 47 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(40) El informe dice preferir esta fórmula de garantía del autogobierno que otras fórmulas como es confiar en una evolución o aplicación alternativa del marco constitucional o estatutario vigente o el uso de leyes de transferencia o delegación del artículo 150 de la Constitución, por ser todas ellas fórmulas que no garantizan de la misma manera la autonomía como lo hace la fórmula estatutaria precisamente por las especiales dificultades que tiene la reforma estatutaria. Pág. 47 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

El problema esencial de la propuesta, tal y como desarrollaremos, es que esta posición especial que tiene el Estatuto en el ordenamiento jurídico español frente a la leyes estatales, y también frente a las autonómicas, no dispensa al Estatuto de tener que ser conforme con la Constitución, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, cuyo intérprete supremo es el Tribunal Constitucional. Es precisamente en este punto donde surgen dudas acerca de la validez de la propuesta pues parece dudoso que la modulación del alcance de las bases en el Estatuto sea conforme con la Constitución.

IV. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUETA DEL INFORME SOBRE LA REFORMA DEL ESTATUTO

El Informe, consciente quizás de alguna de las dificultades jurídicas que su propuesta puede comportar, trata de fundamentar la conformidad de la misma con el marco constitucional actualmente en vigor acudiendo por un lado a la función de los Estatutos en el ordenamiento español y por otro a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, en primer lugar, la constitucionalidad de la propuesta de modular las competencias exclusivas estatales a través del Estatuto se fundamenta en la idea del papel que cumplen los Estatutos de Autonomía de concreción del régimen institucional y competencial de la autonomía en desarrollo y ejecución de la propia Constitución de acuerdo con el artículo 147 CE. El informe señala el «componente de pacto que está en el substrato estatutario el cual lleva inherente una determinada visión interpretativa y aplicativa de la propia Constitución» (41). Para el informe, la modulación de las competencias exclusivas del Estado a través de los Estatutos no «debe resultar incompatible con el principio de interpretación de los Estatutos de acuerdo con la Constitución, si consideramos la función de complemento constitucional que los mismos pueden desarrollar» (42).

Para el Informe una vez admitida la capacidad del Estatuto de Autonomía para concretar las competencias dentro del marco constitucional, se debería admitir que el Estatuto pueda establecer determinaciones sobre la articulación de las respectivas competencias legislativas (43).

Sin embargo, tal y como desarrollaremos en el siguiente epígrafe la función constitucional de precisión de las competencias autonómicas que tiene el

(41) Pág. 57 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(42) Pág. 58 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(43) Pág. 83 del informe sobre la Reforma del Estatuto.

Estatuto de Autonomía tiene un límite: esta precisión se debe hacer dentro del marco constitucional y más concretamente dentro de marco del artículo 149.1 CE.

En segundo lugar la constitucionalidad de la propuesta del informe se fundamentaría en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Afirma el Informe que el Tribunal Constitucional habría aceptado en su jurisprudencia la incidencia que pueden tener los Estatutos sobre las competencias exclusivas del Estado, llegando incluso a considerar que aquellos pueden modular, para una Comunidad Autónoma concreta, los efectos de las competencias exclusivas del Estado (44). La jurisprudencia constitucional habría llegado a atribuir a los Estatutos efectos moduladores del alcance de las competencias estatales del artículo 149.1 CE y, por tanto, iría más allá de lo que sería el reconocimiento al Estatuto de una mera función de mayor definición del contenido de los títulos competenciales autonómicos. De acuerdo con esta jurisprudencia, los Estatutos tendrían capacidad para precisar los efectos aplicativos de las propias competencias estatales cuando así se desprenda de las determinaciones estatutarias (45).

Sin embargo, la interpretación que realiza el Informe de la jurisprudencia constitucional es ciertamente discutible.

En la jurisprudencia citada por el Informe deben diferenciarse dos grupos de sentencias en función del argumento jurídico que fundamenta la modulación del alcance de las competencias exclusivas estatales.

Así, en un primer grupo de sentencias, el Tribunal Constitucional parece asumir las consecuencias moduladoras que los derechos históricos, actualizados en el Estatuto, pueden tener sobre las competencias estatales para determinar lo básico del artículo 149.1 CE.

En un segundo grupo de sentencias, el Tribunal Constitucional parece admitir la posibilidad de que los Estatutos modulen las competencias estatales del artículo 149.1 CE incluso fuera del contexto de la actualización de los derechos históricos.

En el primer grupo encontramos la Sentencia 214/1989 (46) y la Sentencia 140/1990 (47).

(44) Pág. 75 del Informe sobre la Reforma del Estatuto. En el caso de la legislación básica ello permitiría justificar situaciones asimétricas entre las Comunidades Autónomas lo cual como veremos puede ser contradictorio con la propia función de lo básico: establecer un mínimo común normativo en todo el Estado, función reconocida por la propia jurisprudencia constitucional.

(45) Pág. 58 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(46) STC 214/1989, de 21 de diciembre.

(47) STC 140/1999, de 20 de septiembre.

En la Sentencia 214/1989 se admitió por el Tribunal Constitucional que en la propia Ley de Bases del Régimen Local se estableciese una excepción a la aplicabilidad de la normativa básica estatal en el País Vasco con el fundamento de que la excepción estaría fundada en la Disposición Adicional Primera de la Constitución que «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» añadiendo que «la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía» (48).

Es la propia Constitución, al amparar los derechos históricos actualizados en el Estatuto, la que legitimaría que el alcance de la legislación básica pudiese verse modulado en esos concretos territorios forales.

En la Sentencia 140/1990 el Tribunal Constitucional permite una excepción a la aplicación de la legislación básica estatal en Navarra con el fundamento de que así lo permite el reconocimiento de derechos históricos tal y como han quedado actualizados en la LORAFNA.

La garantía constitucional de la foralidad comportaría un tratamiento normativo singular y ello incluso frente a la competencia de los poderes centrales del Estado para dictar las bases en una materia.

El Informe no resalta, sin embargo, que en la propia Sentencia 214/1989 el Tribunal Constitucional circunscribe la posibilidad de que se excepcione la aplicación de lo básico, tal y como es definido por el Estado, únicamente al supuesto de que ello se fundamente en los derechos históricos. Por lo tanto la modulación de la competencia estatal para determinar lo básico se considera una excepción, que de alguna manera, está amparada por la propia Constitución, que reconoce tales derechos históricos. En efecto, así se desprende de la Sentencia cuando afirma que «Cataluña y Galicia no pueden pretender que los derechos reconocidos a los territorios históricos sean extensibles a aquellas comunidades por el simple hecho de haber asumido idénticas competencias que la Comunidad Vasca en materia de régimen local, dado el carácter particular o excepcional de los derechos reconocidos a los territorios históricos» (49). La propia Sentencia niega que se pueda excepcionar el alcance de lo básico fuera de los supuestos relativos a los derechos históricos, excepción que legitimaría la propia Constitución en su Disposición Adicional Primera.

El segundo grupo de sentencias del Tribunal Constitucional que legitimarían la modulación por el Estatuto del alcance de las competencias exclusivas estatales tiene como elemento común el hecho de no fundamentar tal posibili-

(48) En Fundamento Jurídico 26.

(49) En Fundamento Jurídico 26.

dad en la existencia de unos determinados derechos históricos actualizados en el Estatuto, tal y como prevé la propia Constitución, sino en el hecho de que es el propio Estatuto el que consiente la inaplicación de la legislación básica al definir el contenido competencial de una Comunidad Autónoma. En este grupo destaca fundamentalmente la Sentencia 109/1998 (50).

En la Sentencia 109/1998 el Tribunal Constitucional afirmaba que «por más que en la atribución al Estado de la competencia para establecer las bases se persiga una regulación normativa y uniforme y de vigencia en toda la Nación (por todas STC 1/1982, Fundamento Jurídico 1.º), no empee en absoluto a dicha noción el hecho de que, junto al régimen básico aplicable a la generalidad de las Comunidades Autónomas, coexistan situaciones particulares; aunque, como es palmario, estas excepciones precisan ineludiblemente, bien una expresa habilitación constitucional (STC 214/1989 Fundamento Jurídico 26) (51), bien —como sucede en nuestro caso— un específico anclaje estatutario» (52).

De este pronunciamiento es de donde deriva el Informe la teórica bendición por el Tribunal Constitucional de la posibilidad de que el Estatuto module el alcance de las bases dictadas por el Estado.

Lo que ocurre es que el caso concreto que se planteaba era más bien excepcional.

En efecto, la situación particular que permitió excepcionar la aplicación de la legislación básica del Estado contenida en la Ley de Bases del Régimen Local en Cataluña tenía su origen en unas competencias asumidas por la preautonomía catalana como consecuencia de la transferencia de competencias que le realiza el Estado con anterioridad a la propia Constitución (53).

Tales competencias preautonómicas habrían sido trasladadas posteriormente al Estatuto a través de la Disposición Transitoria sexta que afirma que «la Generalidad asumirá con carácter definitivo, y sin solución de continuidad, los servicios que ya le han sido traspasados desde el 29 de septiembre de 1977 hasta la vigencia del presente Estatuto».

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional la Ley de Bases de Régimen Local, esto es, el propio legislador básico estatal, parece que

(50) STC 109/1998, de 21 de mayo.

(51) En este caso se está refiriendo precisamente a que el amparo constitucional de los derechos históricos de los territorios forales puede legitimar situaciones particulares de excepción de la aplicación de lo básico en una Comunidad.

(52) En Fundamento Jurídico 9.

(53) Las competencias concretas del caso habían sido atribuidas mediante el Real Decreto 2115/1978, de 26 de julio.

habría querido expresamente preservar el régimen nacido de la normativa preautonómica y ratificado por el propio Estatuto, al permitir modular, en el caso concreto, el alcance de las bases del Estado.

Es en este contexto muy particular de un régimen preautonómico que es trasladado al Estatuto y que el propio legislador básico habría querido hipotéticamente preservar, en el que se debe encuadrar el pronunciamiento del Tribunal admitiendo la excepción del alcance de lo básico en Cataluña (54).

El supuesto de hecho es bastante excepcional, pues se puede considerar que en el caso concreto el Tribunal Constitucional está dispuesto a violentar la propia función de las bases —el establecimiento de un mínimo común denominador en todo el Estado— como consecuencia de la necesidad de preservar elementos del régimen preautonómico ratificados por el propio Estatuto y admitidos por el propio legislador básico.

Ahora bien, una cosa es que en virtud de la excepcionalidad que implica el traslado de determinados elementos del régimen preautonómico al Estatuto se pueda admitir la modulación del alcance de la competencia del Estado para dictar las bases y otra que en una reforma futura del Estatuto se pueda poner en cuestión la propia función de la legislación básica consistente en el establecimiento de un mínimo común normativo en todo el Estado. La Sentencia 109/1998 sólo puede ser compatible con el resto de la jurisprudencia constitucional si se entiende aquélla como un supuesto excepcional sólo justificable por la situación particular del caso.

V. PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DE LA MODULACIÓN DEL ALCANCE DE LAS BASES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA

Admitir que el alcance de la legislación básica estatal pueda verse modulada por las previsiones estatutarias terminaría con el mismo concepto de legislación básica acogido por una constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que no está de más recordar, es el supremo intérprete de la Constitución.

La propuesta del Informe dejaría sin sentido el concepto mismo de legislación básica en dos vertientes: en primer lugar porque supondría negar que la le-

(54) Ahora bien, esta preservación del régimen preautonómico que permite excepcionar el alcance de las bases no permitiría excepcionar el alcance de cualquier otro precepto constitucional. Tal sería, por ejemplo, el supuesto de que la Comunidad tratase de ampararse en las competencias asumidas en el momento preautonómico para poner en cuestión la garantía institucional de la autonomía local.

gislación básica tenga como función el establecimiento de un mínimo común normativo en todo el territorio nacional; en segundo lugar, porque supondría negar que la legislación básica es un concepto relativo y circunstancial, no inmutable, que corresponde, en buena medida, determinar en cada momento temporal al Estado.

En efecto, la concepción del Informe legitimaría en primer lugar situaciones asimétricas entre las Comunidades Autónomas pues permitiría que el alcance de lo básico pudiese ser excepcionado en cada uno de los Estatutos de Autonomía; lo cual es lo más alejado de la concepción de las bases que tiene la jurisprudencia constitucional como «una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo» (55).

La concepción del Informe supondría limitar esta capacidad de uniformización que tiene el Estado cuando se le asigna la legislación básica, pues el alcance de lo básico en cada Comunidad podría ser modulado por las respectivas previsiones estatutarias.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con posterioridad incluso a la propia Sentencia 109/1998 que de acuerdo con la interpretación que realiza el Informe legitimaría que el Estatuto pudiese modular el alcance de la regulación básica, ha continuado definiendo las bases conforme a la idea de que tienen como función establecer un mínimo común normativo en todo el territorio nacional.

Esta concepción firme y reiterada de la función de las bases implica, bien que existe una contradicción entre ambas líneas jurisprudenciales, o bien que —como antes concluíamos— la línea de la Sentencia 109/1998 debe ser interpretada como una excepción justificable por la propia peculiaridad del caso que se dirimía y sin que ponga en cuestión la jurisprudencia constitucional consolidada que interpreta las bases bajo el prisma de su función uniformizadora.

Entre estas sentencias posteriores a la Sentencia 109/1998 ratificando una concepción de lo básico fundamentada en la uniformidad podemos señalar a título de ejemplo algunas.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1999 consideraba que «la previsión contenida en los preceptos recurridos ha de considerarse una decisión básica incardinable en la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.18 CE (...) y exige, en consecuencia, *un tratamiento común y uni-*

(55) SSTC 1/1982, de 28 de enero; 147/1991, de 4 de julio, y 14/2004, de 12 de febrero.

forme en todo el territorio del Estado que sólo puede garantizar el legislador estatal» (56).

Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional 275/2000 afirmaba que «cuando la Constitución utiliza el término bases está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, *un común uniforme*, unas reglas a partir de las cuales las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia puedan ejercerlas» (57).

Y más recientemente afirmaba que «el ámbito de lo básico, desde la perspectiva material, incluye las determinaciones que aseguran un *mínimo común normativo* en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material» (58).

La jurisprudencia constitucional sigue, pues, manteniendo hasta la actualidad que una norma merece el calificativo de básica cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales (59).

La posible contradicción a la que puede dar lugar esta constante jurisprudencia que interpreta como función de las bases el establecimiento de un *mínimo común normativo* y la interpretación dada en la Sentencia 109/1998, sólo es posible salvarla si se asume el carácter excepcional de ésta (60).

Pero es que, en segundo lugar, además de comprometer esta función uniformizadora que por la propia jurisprudencia constitucional se le atribuye a las bases, la concepción sostenida en el Informe sobre la Reforma del Estatuto supondría negar la interpretación, también en buena medida acogida en la jurisprudencia constitucional, que considera las bases como algo relativo y circunstancial a decidir por el legislador estatal en función de las coyunturas

(56) STC 242/1999, de 21 de diciembre, en Fundamento Jurídico 8.

(57) STC 275/2000, de 16 de noviembre, en Fundamento Jurídico 4.

(58) STC 14/2004, de 12 de febrero, en Fundamento Jurídico 11.

(59) «Regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad» STC 103/1997.

(60) Alguna sentencia posterior que parece acoger la argumentación de la sentencia 109/1998 parece también señalar su carácter excepcional al considerar que «el trato diferencial no impediría necesariamente el carácter básico del precepto, ya que este Tribunal ha admitido que el legislador básico puede, en supuestos *excepcionales*, establecer bases que no contengan una regulación absolutamente uniforme en todos los casos, cabiendo excepciones relativas a supuestos específicos [SSTC 214/1989, Fundamento Jurídico 26, y 109/1998, Fundamento Jurídico 5]. STC 50/1999, de 6 de abril, en Fundamento Jurídico 8.

variables y de las opciones políticas plurales que de su seno pueden surgir (61).

En efecto, para el Informe, el nuevo Estatuto tendría como función esencial la garantía de la autonomía, precisamente haciéndola resistente a eventuales coyunturas políticas que son, en último extremo, las encargadas de determinar lo básico en el modelo vigente. Sin embargo, la propuesta del Informe sería contraria a la concepción conforme a la cual la calificación de una materia como de interés general a efectos de definir las bases no es algo determinado por coordenadas fijas y permanentes, por coordenadas constitucionales, o en nuestro caso por coordenadas estatutarias, sino que es algo variable que depende en buena medida de la decisión política del legislador estatal. Concepción que en realidad supone una cierta apertura del sistema de distribución territorial del poder en tanto en cuanto permite su evolución dependiendo de las circunstancias.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretando el sistema de distribución de competencias a través del instrumento bases-desarrollo se deriva que la propia Constitución habría querido que fuese el legislador estatal el encargado de determinar en cada circunstancia la extensión de las bases (62).

El propio Informe reconoce que la modulación de las competencias estatales en los Estatutos tiene como riesgo «la petrificación producida por un exceso de detallismo en la definición de los contenidos competenciales» (63). Para el Informe ello puede suponer, debido a la rigidez de la reforma estatutaria, «un problema, pensando en los cambios jurídicos, económicos o sociales que pudiesen dejar descontextualizadas algunas previsiones estatutarias» (64).

Por tanto, uno de los problemas más relevantes de la propuesta estaría en la

(61) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pág. 317 y sigs.

(62) Para García de Enterría «esa variación es la esencia misma del poder normativo del Estado, que, por tanto, salvo la observancia de los laxos límites constitucionales, es completamente libre para adoptar esos cambios y su extensión concreta». E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.* En pág. 318.

(63) Este riesgo de petrificación también lo señalan algunos autores partidarios de la propuesta contenida en el Informe aunque consideran que se puede superar si se busca en cada caso un punto de equilibrio para que la concreción de las materias no alcance tal detalle que impida la adaptación de su contenido a las cambiantes circunstancias de la realidad. En E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER: «Valoración de 25 Años de Autonomía», *op. cit.*, pág. 91.

(64) El propio informe reconoce que tal riesgo no podría evitarse totalmente. Aunque considera que podría minimizarse «si en el momento de redactar las nuevas cláusulas estatutarias se tuviese en cuenta la naturaleza y las características de cada materia, optando por una solución más flexible en la determinación de su contenido en los casos más propensos a sufrir cambios o mutaciones». Págs. 76 y sigs.

revocación de la interpretación que hace la jurisprudencia constitucional de la función de las bases como algo relativo y potencialmente variable, precisamente, con la finalidad de evitar una petrificación de la distribución competencial, revocación que se pretende realizar a través de una mera reforma estatutaria sin tocar la propia Constitución. Lo cual creemos que evidentemente no es posible.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es muy clara al acoger tanto la función de uniformización mínima en el sector de que se trate como la función de delimitación competencial en cada momento que cumplen las bases. La concreción de lo básico en el Estatuto de Autonomía pone en cuestión ambas funciones.

El argumento de que el Estatuto de Autonomía tiene constitucionalmente asignada la función de determinar las competencias a asumir por las Comunidades Autónomas —y por tanto puede modular el alcance de las competencias estatales—, no es un argumento completo si no consideramos que tal función la debe realizar dentro del marco establecido por la Constitución.

En este punto, es posible considerar que, en lo que se refiere a la delimitación de competencias, no existe una reserva total a favor del Estatuto, ya que, en el caso de la legislación básica, es ésta la que, de acuerdo con la Constitución, tal y como es interpretada por el Tribunal Constitucional, cumple la función de delimitación de competencias. Únicamente puede ser la propia normativa básica del Estado la que concrete en cada supuesto la amplitud de las competencias de desarrollo de las Comunidades Autónomas (65).

Al igual que determinadas materias sólo pueden ser reguladas a través de un tipo de ley, la ley orgánica, que exige un procedimiento especial de aprobación, reforma y derogación, la determinación de las bases, que en último extremo supone una delimitación de competencias, debe realizarse por los poderes del Estado de manera uniforme para todo el territorio nacional y sin que pueda el legislador estatal renunciar a su capacidad de determinar lo básico en cada momento, renuncia que se produciría si lo básico quedase establecido en el Estatuto, norma dotada de una especial rigidez al requerir la confluencia de la voluntad autonómica y la estatal, lo cual implicaría la renuncia del legislador estatal a su capacidad unilateral de determinar lo básico.

Así, es necesario recordar la jurisprudencia constitucional en relación a la rigidez que se podía derivar de la utilización de la ley orgánica para regular materias no reservadas a ley orgánica. En efecto en la Sentencia 76/1983 sobre la LOAPA el Constitucional afirmaba que «dada la congelación de rango que

(65) Sin perjuicio de tener que respetar los laxos límites acogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en virtud del principio constitucional de autonomía.

las leyes orgánicas suponen, la rigidez del ordenamiento jurídico no puede llevarse más allá de los supuestos específicamente tasados en un sistema democrático como el instaurado por nuestra Constitución, basado en el juego de las mayorías parlamentarias, por lo que la exigencia de que éstas sean cualificadas o reforzadas sólo puede tener carácter excepcional y ha de ser explícitamente prevista en la Constitución» (66). Argumento utilizable en contra de la rigidez que se produciría si lo básico fuese modulado en el Estatuto. Nuestra Constitución ha previsto que lo básico sea determinado por el Estado y no cabe que ello se haga en los Estatutos de Autonomía que son normas dotadas de una especial rigidez al requerir para su reforma o derogación la participación conjunta del Estado y de la Comunidad Autónoma.

El Informe sale correctamente al paso, sin embargo, de una tercera tacha de inconstitucionalidad. En efecto, se puede plantear la posibilidad de que a la reinterpretación de la función de la legislación básica que supone la aceptación de la posibilidad de modular el alcance de las bases a través del Estatuto le puede ser atribuida una contradicción con la jurisprudencia constitucional establecida en la Sentencia 76/1983 que prohíbe las normas interpretativas (67).

Para el Informe, a diferencia de otras leyes que no pueden tener carácter interpretativo, la posición del Estatuto se relativiza por su naturaleza, y si admitimos que tiene capacidad para concretar las competencias dentro del marco constitucional, también deberíamos admitir que pueda establecer determinaciones sobre la articulación de las respectivas competencias legislativas (68).

Recordemos que en la Sentencia sobre la LOAPA el Tribunal consideró que el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido entre los varios posibles que deba atribuirse a un determinado precepto constitucional, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos (69).

En el caso de la propuesta catalana no nos encontramos ante una norma meramente interpretativa y por tanto no sería inconstitucional por vulnerar la doctrina establecida en la Sentencia 76/1983 como correctamente señala de forma implícita el Informe.

Ahora bien, lo que ocurre, tal y como señalábamos, es que la propuesta del

(66) STC 76/1983, de 5 de agosto, en Fundamento Jurídico 2.

(67) STC 76/1983, de 5 de agosto.

(68) Pág. 83 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

(69) En Fundamento Jurídico 4.c).

Informe podría ser considerada inconstitucional porque la reinterpretación de la función de lo básico que se realiza en trance de concretar las competencias de la Comunidad Autónoma sería contraria a la Constitución, tal y como es interpretada, hasta ahora, por el Tribunal Constitucional.

Entendemos, por tanto, que la concreción en los Estatutos de nuevas competencias autonómicas no podrá implicar o tener como resultado una determinación de lo básico, pues tal determinación debe seguir siendo una función del Estado. Ahora bien, la concreción de las competencias autonómicas en el Estatuto de Autonomía no sería por sí misma inconstitucional si se entendiese que las nuevas competencias se atribuyen sólo en tanto el Estado no ejerza su competencia para determinar lo básico. Ello supondría que la atribución en el Estatuto de las competencias autonómicas no sería tal atribución o sería meramente una atribución provisional y preliminar, siempre sometida a poder ser desplazada, o «preempcionada» en terminología norteamericana, por la delimitación competencial que haga el legislador estatal al dictar las bases.

Si es a esta concreción preliminar de las competencias en el nuevo Estatuto a la que se está refiriendo el Informe sería admisible constitucionalmente, sin embargo no solucionaría el problema denunciado en el propio Informe, pues lo básico podría seguir siendo determinado por el legislador estatal, naturalmente dentro de los límites que le impone la jurisprudencia constitucional.

VI. ALTERNATIVAS A LA PROPUESTA DE QUE EL ESTATUTO MODULE EL ALCANCE DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO

El hecho de que se considere que no es constitucionalmente posible que el Estatuto de Autonomía unilateralmente establezca una modulación del alcance de las bases no es obstáculo para considerar que se debe dar respuesta a un «problema» que es real (70): el riesgo de que una amplia interpretación de las bases por el Estado vacíe en alguna medida las propias competencias autonómicas de desarrollo de tales bases.

La solución no podrá venir a través de una reforma estatutaria como la analizada, pues una concreción mayor de la distribución de competencias reali-

(70) Ciertamente puede ser percibido como un problema real pero hay que remarcar que es un problema que se deriva del mismo modelo de descentralización adoptado por el constituyente que por lo tanto lo asume no como problema sino como la propia consecuencia del modelo. Ello supone que nuestro modelo de descentralización acoge un insuprimible espacio de decisión política atribuido al Estado por la propia Constitución a la hora de definir lo básico. Así lo mantiene JIMÉNEZ CAMPO en *op. cit.*, págs. 39 y sigs.

zada de forma tal que se afecte a la capacidad del Estado de concretar lo básico sólo podrá realizarse a través de una reforma constitucional. Sin embargo, en los últimos tiempos se vienen realizando propuestas en la línea de dar una participación mayor a los intereses autonómicos en la definición de lo básico por el Estado. Y más concretamente en la línea de dar mayor protagonismo en la determinación de lo básico a un Senado renovado donde estarían presentes tales intereses. Ello evidentemente requeriría también una adaptación constitucional (71) pero permitiendo mantener la actual función de las bases.

Para Solozábal, un Senado reformado, que congruentemente con su especialización autonómica debería modificar su composición, tendría un papel fundamental en relación con la determinación de los aspectos básicos de las leyes. «De lo que se trataría es de asegurar en la tramitación en el Senado una colaboración de los Gobiernos autonómicos (que para Solozábal deberían estar presentes en un Senado reformado) sobre todo en la determinación de los aspectos básicos de las leyes que después serán objeto de desarrollo por lo Parlamentos autonómicos». Ello podría impedir la «invasión» de lo básico sobre las competencias de desarrollo autonómicas y permitiría que las Comunidades Autónomas contribuyesen a la determinación de lo básico en cada momento (72).

Eliseo Aja considera que el Tribunal Constitucional ha sido incapaz de fijar un criterio jurídico adecuado para delimitar la extensión de las leyes básicas. Para Aja la alternativa consistiría en atribuir a un Senado autonómico la

(71) Ciertamente una reforma constitucional de las funciones del Senado debe ser estudiada con detenimiento pues no está exenta de problemas. Recientemente el Ministro de Administraciones Públicas, Jordi Sevilla, ponía como modelo el Bundesrat alemán al referirse a la futura reforma del Senado y a la posibilidad de otorgar un derecho de veto a las Comunidades Autónomas en la Cámara Alta («El Gobierno quiere dar a las Comunidades un derecho de veto restringido en el Senado», *El País* 24 de agosto de 2004). Sin embargo, es necesario recordar que Alemania, que constituye a menudo el paradigma de Estado descentralizado en el que se miran las reformas de nuestro Estado, se encuentra en pleno proceso de revisión de su estructura federal precisamente como consecuencia de los problemas derivados de la capacidad de bloqueo del Bundesrat. Capacidad de bloqueo que ha permitido a la oposición frenar, en cada momento, las reformas gubernamentales y no precisamente en interés de los Estados federados. Sobre tales problemas es fundamental la obra de DARNSTÄDT: *Die Kosenfallen*, 2003. Ello hace necesario que cualquier propuesta que se haga sea analizada con cierto detenimiento. Ver las críticas a la propuesta de Sevilla realizadas por F. SOSA WAGNER: «¿Veto para las Comunidades Autónomas? Las enseñanzas de Tocqueville», en *La Nueva España*, 29 de agosto de 2004. Para comprender el debate en curso en Alemania ver A. ARROYO GIL: «Presente y Futuro del Federalismo Alemán», *Cuadernos de Alzate*, 30, 2004.

(72) J. J. SOLOZÁBAL: «Una Cámara de integración», publicado en *El País* de 2 de mayo de 2004, pág. 17.

intervención necesaria en la aprobación de las leyes básicas para evitar los conflictos que ahora provoca la definición de lo básico. Sería básico lo acordado por el Congreso y un Senado integrado por miembros de los Gobiernos autonómicos (73).

A la idea de una participación mayor del Senado en el la determinación de lo básico se refería García de Enterría cuando, tras señalar que la norma básica «delimita» las esferas estatal y autonómica de competencia, afirmaba que «esa delimitación es un asunto suficientemente importante como para que se exija un pronunciamiento reflexivo y debatido en las Cámaras legislativas, especialmente quizá en la segunda, en su función de «Cámara de Representación Territorial» (74). Ciertamente una participación mayor del Senado tal y como está actualmente configurado no resuelve el problema, pues el Senado vigente no satisface realmente la necesidad de que los intereses autonómicos participen en la determinación de lo básico, pero sí podría satisfacer tal necesidad de participación un Senado reformado en su composición que incluyese la presencia de miembros de los gobiernos autonómicos y con funciones decisivas a la hora de aprobar la legislación básica.

Precisamente en la línea de tratar que los intereses autonómicos estén presentes en el momento de determinación de lo básico, el Informe sobre la Reforma del Estatuto propone la participación de la Comunidad Autónoma en el momento de fijar la legislación básica estatal a través de una Comisión bilateral de relaciones Estado-Generalidad. La fijación de una fase de consulta previa obligatoria antes de la definición de las bases por el Estado además de «asegurar la intervención de la Generalidad puede llegar a crear un oportuno hábito en la Administración estatal» (75).

En todo caso ya se garantice la participación de los intereses autonómicos en la determinación de lo básico a través de un Senado reformado, como sería lo deseable, o a través de una Comisión bilateral, lo cierto es que estas soluciones, aún requiriendo también una reforma constitucional, posibilitarían que se mantuviera la función actual de las bases como una normativa que permite, en primer lugar, una uniformización mínima en los sectores correspondientes en todo el territorio del Estado y, en segundo lugar, la adapta-

(73) E. AJA: «De los Gobiernos autonómicos», publicado en *El País* de 2 de mayo de 2004, pág. 17, y E. AJA y C. VIVER PI-SUNYER: «Valoración de 25 Años de Autonomía», *op. cit.*, págs. 109 y sigs., cuando se afirma que «convendría propiciar la concreción de lo básico a través de un Senado convertido en auténtica cámara de representación territorial, siempre con un control último del Tribunal Constitucional».

(74) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Op. cit.*, pág. 323.

(75) Pág. 155 del Informe sobre la Reforma del Estatuto.

ción de la distribución de competencias a cada coyuntura temporal por el legislador estatal.

Los riesgos que para la autonomía pudiesen derivarse del amplio margen de apreciación que tiene actualmente el Estado a la hora de determinar las bases podrían evitarse a través de lo que podemos considerar que son garantías políticas de la descentralización más que a través de nuevas garantías jurídicas que no harían sino poner en riesgo la función misma de las bases.

Entre estas garantías políticas de la descentralización encontramos la participación de los intereses autonómicos en la determinación de lo básico, por ejemplo, en un Senado reformado. Pretender garantizar la autonomía a través de una garantía jurídica como es una delimitación más detallada del contenido de lo básico tiene como riesgo la petrificación de la distribución de competencias y, además, si esa delimitación se realiza en el Estatuto tiene como riesgo la creación de asimetrías.

En todo caso, si finalmente se decidiese definir jurídicamente con más precisión la delimitación competencial, tal definición se debería realizar a través de una reforma constitucional pero no a través de una mera reforma estatutaria.