

¿RESERVA DE CONSTITUCION?

(Comentario al Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA)

PEDRO CRUZ VILLALON

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) (1), que era esperada ante todo y sobre todo como la sentencia sobre la organización territorial del Estado —y, en buena medida, lo es, aunque desde luego no con la entidad que, acaso erróneamente, se había creído— ha venido a plantear muy particularmente la cuestión de la posición del Tribunal Constitucional en «el delicado equilibrio de los poderes del Estado» (2), y ello no, como a lo mejor hubiera cabido suponer, al encararse casi por vez primera con el sentido del control previo de constitucionalidad sino a través de la determinación de los «límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado».

Es seguramente improbable que las circunstancias que han confluído en la formulación de la *ratio decidendi* contenida en el Fundamento jurídico cuarto de la sentencia vuelvan a repetirse en un futuro más o menos cercano; es incluso pensable que el Tribunal no vuelva a insistir en este argumento. De hallarse contenido en cualquier otra sentencia, quizá este Fundamento jurídico hubiera pasado ampliamente inadvertido, más allá del ámbito «gremial». El hecho, sin embargo, de formar parte de la más ilustre de las sentencias del

(1) Recursos previos de inconstitucionalidad números 311, 313, 314, 315 y 316/1982, acumulados. Sentencia número 76/1983, de 5 de agosto (BOE de 18 de agosto de 1983). El texto definitivo del proyecto de LOAPA puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, I Legislatura, A-235-III, de 7 de julio de 1982 (a su paso por el Senado el proyecto no sufrió variación alguna).

(2) Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1983 sobre admisión a trámite del recurso previo de inconstitucionalidad contra la ley orgánica de modificación de determinados artículos de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales. Voto particular del magistrado RUBIO LLORENTE. Se halla publicado por el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 23 (1983) p. 292.

Tribunal puede hacerlo pasar ya no sólo por doctrina consolidada sino también por valor sobrentendido y moneda corriente (3).

¿Resulta necesario subrayar, antes de pasar más adelante, la seguridad con que el Tribunal ha respondido a lo que, sin duda, ha constituido hasta ahora su mayor reto? La sentencia 76/1983 ha demostrado, ante todo, que no existen límites apriorísticos en el grado de sometimiento de los conflictos políticos a una formulación y resolución jurídicas; más en concreto, que el Tribunal no está dispuesto a abdicar de su cometido esencial, la custodia de la Constitución, ante supuestas «razones de Estado», o *political questions*, que el Tribunal y cada uno de sus miembros son capaces de valorar, llegado el momento, la importancia de dictar una sentencia susceptible de ser suscrita por todos, formulada sin votos particulares.

De otra parte, la sentencia ha puesto en evidencia ante la opinión pública tanto lo que supone poseer una Constitución cuya supremacía se halla institucionalmente garantizada, como la potencialidad que la jurisdicción constitucional puede desplegar en un momento dado. Un proceso como éste no tenía necesariamente que haberse producido, siendo incluso cuestionable el que a un Tribunal Constitucional se le deba someter casi en sus comienzos a estas «pruebas de resistencia», por utilizar la expresión de HESSE. Tras esta sentencia, sin embargo, la opinión pública sabe lo que significa el que nuestro Estado disponga de un «intérprete supremo de la Constitución», efectivamente independiente (¿habría que recordar que la casi totalidad de sus miembros fue nombrada a propuesta de unos partidos políticos que se jugaban mucho con el juicio de constitucionalidad de este Proyecto?) y cuyos pronunciamientos son acatados por todos.

Nada de lo cual prejuzga, sin embargo, el análisis crítico de la jurisprudencia constitucional. Como ha escrito HABERLE, «los comentarios de la jurisprudencia constitucional suponen en una comunidad política dotada de una completa jurisdicción constitucional la irrenunciable contrapartida, como división de poderes (y división del trabajo), al Derecho constitucional "pretorial" de la justicia constitucional» (4). La expresión debe ser entendida

(3) Véase, como muestra, los términos en los que se expresaba el presidente del Gobierno en la apertura del debate «sobre el estado de la Nación»: «Permitanme que les diga en términos generales lo que la sentencia ya ha dejado claro: este Parlamento, las Cortes Generales, no tienen la facultad de interpretar la Constitución, en lo que se refiere a lo que el Tribunal viene llamando también bloque constitucional, Constitución o Estatuto. El Parlamento no puede interpretarlo. No puede hacer, por consiguiente, esa labor, que queda exclusivamente en manos del Tribunal Constitucional. Por tanto, aceptemos como principio este que se establece en la sentencia.» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, II Legislatura, Sesión plenaria de 20 de septiembre de 1983, p. 2631). Expresivos de una sensibilización incipiente de la opinión pública sobre estas cuestiones el editorial del diario *El País* del 13 de octubre de 1983, «Filibusteros contra la LODE», así como el artículo de L. González Seara, «Todos contra el Estado», en este mismo diario cuatro días más tarde.

(4) «Recht aus Rezensionen. Rechtsprechungsrezensionen als Faktoren des Rechtsbildungsprozesses», en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung Königstein/Ts.*: Athänecum, 1979, p. 12.

en el contexto de la teoría haberliana de la «sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución» (5). En todo caso, no parece haber por el momento el más mínimo peligro de que el humilde género del comentario constitucional patrio, no digamos ya el presente intento, pueda convertirse en un «contrapoder» a la jurisprudencia del Tribunal.

Especialmente delicado resulta siempre el comentario constitucional centrado en la «perspectiva funcional», por seguir la expresión de HABERLE, es decir, que atienda especialmente a los «límites jurídico-funcionales de la jurisdicción constitucional» (6). Tanto más entre nosotros, donde, sin ir más lejos, los incidentes de que se ha visto rodeada la primera renovación parcial han puesto suficientemente en evidencia cuánto tenemos todavía que aprender acerca de lo que un Tribunal Constitucional es. Pero, desde luego, el peor servicio que cabría prestar al Tribunal sería el que éste sólo encontrase la divulgación acrítica de su doctrina.

El comentario que sigue pretende centrar su atención en la doctrina contenida en el Fundamento jurídico cuarto de la sentencia, el cual, como es lógico, sólo en parte puede ser aislado de la sentencia a la que pertenece. Trataremos en primer lugar de exponer los elementos que integran este Fundamento, para plantear seguidamente algunos interrogantes suscitados por el mismo.

1

La estructura argumental contenida en los Fundamentos jurídicos de la STC 76/1983 es bastante sencilla: El pronunciamiento acerca de la constitucionalidad del proyecto dependerá básicamente de la respuesta a tres cuestiones «que afectan al proyecto en su conjunto»: El doble carácter *a)* orgánico y *b)* armonizador del proyecto; *c)* la cuestión de los llamados «límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado». Las «consideraciones generales» que le llevarán a pronunciarse sobre la constitucionalidad del proyecto en cada uno de estos aspectos aparecen expuestas en los Fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto, respectivamente. A partir de ellos el Tribunal entra en el examen individual de cada artículo, cuyo contraste con la doctrina sentada en los primeros fundamentos determinará su calificación (7). Finalmente, en el FJ 51 el Tribunal resumirá su juicio de constitucionalidad sobre el proyecto, antes de pasar a pronunciar el fallo. Reseñemos muy sucintamente la doctrina contenida en los Fundamentos segundo y tercero, antes de ocuparnos del que es objeto específico de nuestro comentario.

(5) Cfr. P. Häberle: *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein/Ts.: Athäneum, 1980.

(6) *Recht aus Rezensionen*, cit., n. 4, p. 16.

(7) Sólo muy excepcionalmente (arts. 23 y 24.1 del proyecto) la declaración de inconstitucionalidad no se apoyará en alguno de estos tres fundamentos. Cfr. FJ 51 *b*).

El FJ 2 supone la ratificación de la concepción material o competencial de la Ley orgánica tal como quedó configurada desde la sentencia sobre la LOECE (8). Es importante, con todo, la exclusión del principio de igualdad del ámbito de la legislación orgánica, es decir, en cuanto derecho susceptible de un desarrollo autónomo a través de leyes de este carácter (9). Importante resulta igualmente la relativización de una genérica «igualdad de derechos de las Comunidades autónomas», que tan marcadamente inspiraba el Proyecto (10). El Tribunal deja para el examen individual de los artículos la comprobación de la presencia de «preceptos orgánicos» aislados para, en el mencionado FJ 51, declarar la imposibilidad de un carácter orgánico del Proyecto «por conexión»: La sola presencia de dos artículos con dicho carácter, «piezas» por lo demás pertenecientes objetivamente a otras tantas Leyes orgánicas (11), no permitirá atribuir carácter orgánico al Proyecto. Consecuentemente, el fallo contendrá la prohibición de promulgar el Proyecto como Ley Orgánica.

El FJ 3, por su parte, viene a establecer la doctrina del Tribunal sobre las Leyes armonizadoras (art. 150.3 de la CE). Aquí es importante la declaración de que la consideración del «interés general» no es algo privativo del mecanismo armonizador; por el contrario, el interés general ha sido ya el criterio inspirador de la reserva de competencias estatales contenida, notablemente, en el art. 149.1 de la Constitución. No basta, pues, aducir la existencia y apreciación de ese interés general para proceder en los términos del art. 150.3, mientras la tutela del mismo pueda venir suficientemente atendida a través de las «posibilidades ordinarias» que la Constitución contiene. Sólo

(8) STC 5/1981 FJ 2.

(9) El Tribunal llega a esta conclusión a través de una argumentación sistemática, basada en la literalidad del epígrafe de la sección 1.ª del capítulo 2.º del título I de la Constitución, complementada por la atención a la génesis del artículo 81. Con independencia de la corrección de las apreciaciones sobre la imposibilidad de un desarrollo legislativo autónomo del «derecho a la igualdad», parece excesivo hablar de una «exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución». Por exclusiones, o inclusiones, *expresas* suele entenderse otra cosa.

(10) En el FJ 2 se afirma que «precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del *status* jurídico público de las entidades territoriales que lo integran». Nada habría que objetar si por «régimen autonómico» se está entendiendo nuestro *Estado de las Autonomías*. Ahora bien, si, como parece y puede deducirse del sentido de esta y similares expresiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la afirmación pretende extenderse a los Estados genéricamente organizados sobre el principio de descentralización política, Estados federales incluidos, en tal caso habría que puntualizar que los Estados miembros o, más genéricamente, las unidades autónomas integrantes del Estado suelen tener un *status* jurídico-público homogéneo en relación con aquél, el derivado del sometimiento a una misma Constitución que no suele hacer distinciones. El equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad es una peculiaridad de nuestro Estado de las Autonomías, derivado del juego del «principio dispositivo» en combinación con los restantes que han inspirado y dirigido nuestro proceso autonómico, pero no una condición para la existencia de una «capacidad de autogobierno».

(11) Los artículos 20 (en relación con la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas) y 26 (en relación con la Ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas —LOFCA—).

cuando el legislador estatal carezca de un «título competencial específico» podrá acudir a esta «norma de cierre del sistema» que constituye el artículo 150.3: «Las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar; las demás previsiones constitucionales». Precisamente el examen desde esta perspectiva del articulado del Proyecto, en concreto de aquellos artículos respecto de los cuales se había apreciado la necesidad de armonización, revelará que en todos los casos el legislador estatal disponía de una «expresa atribución constitucional», básicamente el artículo 149.1.18.^a de la CE, por lo que el carácter armonizador no podrá predicarse ni del Proyecto en su conjunto ni de ninguno de sus artículos (12).

1. Dice el Tribunal al comienzo del FJ 4 que «la tercera cuestión que es preciso abordar, dentro de las consideraciones generales que venimos realizando, hace referencia a los límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado». Pero, ante todo, hay que afirmar que el tratamiento de esta cuestión no supone todavía que el Tribunal pase a ocuparse de los problemas de contenido, materiales, del Proyecto, una vez analizados los problemas formales en los Fundamentos anteriores. Como se señala en los párrafos 3 y 4 del FJ 1, el enjuiciamiento de la constitucionalidad del contenido vendrá después.

La cuestión de los «límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado» viene impuesta, según el Tribunal, por la presencia en el proyecto de normas que «interpretan, integran o alteran el texto constitucional» (FJ 1). Ya desde su primer enunciado queda, pues, de manifiesto la pluralidad de situaciones a la que se pretende dar respuesta a partir del concepto «límites intrínsecos»; concretamente, *interpretación y alteración* del texto constitucional no son actuaciones que quepa considerar similares.

En todo caso, asistimos a una primera aproximación a los tres tipos de normas que están en el origen del problema «límites intrínsecos» en el párrafo 3 del FJ 4. Se trata en efecto, de «examinar la capacidad del legislador para dictar normas referidas al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas que

a) «precisan el alcance de los conceptos jurídicos utilizados en el texto constitucional», o

b) «integren las determinaciones constitucionales», o

c) «incidan directamente sobre el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución sin una atribución contenida en la misma de forma expresa»».

Como introducción general al tratamiento de cada uno de estos tipos de normas el Tribunal inserta un párrafo bastante notable del que conviene dar cuenta, con independencia de que volvamos sobre él más tarde. Este cuarto

(12) El Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre el problema de la acumulación de los caracteres de «ley orgánica» y «ley de armonización» en una misma Ley, que los recurrentes suscitan.

párrafo del FJ 4 comienza dando razón al Abogado del Estado cuando sostiene que el legislador estatal, las Cortes Generales «pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello» (13), lo cual no quiere decir que se trate de una potestad ilimitada:

«... esta potestad tiene sus límites, derivados de la propia Constitución, y, en todo caso, lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente».

Con estas palabras la sentencia pretende hacer referencia, de un modo quizá no del todo afortunado, a las siguientes cuestiones fundamentales:

1) Que la potestad legislativa estatal, como el resto de los poderes constituidos, deriva su existencia, su configuración y sus funciones de la norma constitucional y que sólo es legítima cuando se ejerce en los términos fijados por la misma.

2) Que la potestad legislativa (tanto más la del Estado) no coincide en nuestro ordenamiento con la potestad constituyente. Parecería que esto es algo que no necesita ser especificado, al cabo de tres años de jurisprudencia constitucional. Pero lo que la sentencia pretende afirmar no es exactamente que potestad legislativa y potestad constituyente derivada (poder de revisión) son distintas sino algo ciertamente más sutil, que el legislador no puede «colocarse en el mismo plano del (sic) poder constituyente realizando actos propios de éste».

3) Que, sin embargo, las Cortes Generales pueden participar de la potestad constituyente (se entiende *derivada*) en los términos que la Constitución prescriba. Pero esto no puede entenderse como una *salvedad* a lo anterior: Las Cortes Generales detentan la potestad legislativa del Estado y son parte esencial de la potestad constituyente derivada (poder de revisión). El final del pasaje parece ser víctima de una cierta confusión entre lo funcional y lo orgánico que caracteriza en general al mismo.

El párrafo en cuestión completa estas consideraciones generales sobre los límites de la potestad legislativa con un par de reflexiones relativas, respectivamente, a la potestad constituyente y a la función del Tribunal Constitucional, apoyándose de forma inequívoca en un párrafo del artículo del presidente del Tribunal sobre el *estatus* de este último (14): «La distinción entre poder

(13) Referido este principio al legislador *estatal*, no parece tomar suficientemente en cuenta las transformaciones producidas por la descentralización política del Estado.

(14) El párrafo se inserta como el primero de la serie de criterios de distribución del poder político en un Estado de Derecho: «a) La división entre el poder constituyente y el poder constituido, división cuya efectividad no se limita al momento de la elaboración o del estableci-

constituyente y poderes constituidos no opera tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador». Con estos términos, como se verá, la sentencia no parece estar aludiendo pura y simplemente al principio de primacía de la Constitución «formal» sino, además, a una proyección constante del constituyente histórico, que no se agotaría en aquélla. Ello tiene consecuencias importantes para el Tribunal Constitucional: «Al Tribunal Constitucional corresponde, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC), custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél». La «objetivación del poder constituyente», ¿se agota en la Constitución formal?, ¿cabe otorgar especial significación al hecho de que, precisamente aquí, se califique de «función» la calificación que hace la LOTC del Tribunal? Dejemos estas cuestiones para más adelante.

2. El análisis pormenorizado de los variados supuestos que han dado lugar al planteamiento del problema de los «límites intrínsecos» tiene lugar en orden inverso a como venían hasta ahora siendo enunciados, comenzando por el de la «alteración del texto constitucional» (FJ 1), el de las normas «que incidan directamente sobre el sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución» (FJ 4).

A este respecto la *letra a)* se plantea el problema de lo que podríamos denominar la «Kompetenzkompetenz autonómica», es decir, la cuestión de a qué instancia corresponde, según el orden establecido en la Constitución, «la competencia de fijar las competencias» de las distintas Comunidades autónomas (y, de rechazo, las del Estado). Esta competencia corresponde, según la Constitución [art. 147.2 *d)*] a los Estatutos de Autonomía «dentro del marco establecido en la Constitución», de tal modo que el sistema competencial queda articulado «mediante la Constitución y los Estatutos, en los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquélla». Este planteamiento no es novedoso (15) pero es ahora completado en un extremo importante, el de la eventual participación del legislador estatal en esta «competencia de competencias». La doctrina del Tribunal es la de que el legislador estatal no se encuentra totalmente excluido de esta competencia:

miento de la Constitución, sino que ha de manifestarse a lo largo de toda la vigencia de ésta ya que ello es condición de su propia existencia. Función del Tribunal es garantizar que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del constituyente tal y como quedó objetivada en las normas constitucionales. En realidad, todas las competencias del Tribunal tienen como sentido custodiar esta dimensión primaria de la división de poderes». M. GARCÍA-PELAYO, *El status del Tribunal Constitucional*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, (1981), p. 20.

(15) STC 26/1982, FJ 2; STC 29/1982, FJ 3; STC 39/1982, FJ 2 y 3.

Tanto la Constitución (p. ej. art. 150.3) como los Estatutos de Autonomía contienen supuestos en los que al legislador estatal corresponde una función «atributiva de competencias» (leyes orgánicas de transferencia o delegación) (16) o bien una función «delimitadora de su contenido»; este último sería particularmente el supuesto de todos aquellos preceptos estatutarios en los que la asunción de una determinada competencia tiene lugar mediante la remisión a una Ley estatal. Ahora bien, y esto es lo importante, cualquier intervención del legislador estatal en esta «*Kompetenzkompetenz* autonómica», incluso cuando pretenda operar solamente como delimitación del contenido, necesita de una atribución expresa sea en la Constitución, sea en los Estatutos de Autonomía: «... En tales casos la función de deslinde de competencias que la Ley estatal cumple no se apoya en una atribución general contenida en la Constitución, como ocurre en el caso de los Estatutos, sino en una atribución concreta y específica.» «... Por ello, el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria.»

Por tanto, y por lo que a nosotros específicamente interesa, el supuesto contemplado en la *letra a)* no es todavía el de los límites intrínsecos derivados para el poder legislativo de su situación de subordinación genérica con respecto al poder constituyente, sino de los que se derivan de la determinación por la Constitución de una «competencia de competencias autonómica» de la cual sólo participa el legislador estatal en supuestos expresos y tasados. El titular genérico de esta *Kompetenzkompetenz* digamos «instituida» (y, por tanto, subordinada a la Constitución) es el legislador *estatutario* o *estatuvente*. Estamos, por tanto, ante una cuestión de competencias entre los distintos depositarios de la potestad legislativa del Estado (legislador estatal y, usualmente, legislador *estatutario*), con la sola peculiaridad de no tratarse de una invasión de competencias pura y simple (como sería la que enfrentase, usualmente, al legislador estatal y al legislador «*comunitario*») sino de una «competencia para la delimitación de competencias».

La *letra b)* se ocupa del segundo de los supuestos, el de las normas que pretendan «integrar» las determinaciones constitucionales. La sentencia se muestra aquí lapidaria, adelantando el laconismo que caracterizará a los futuros Fundamentos jurídicos:

«De acuerdo con las consideraciones anteriores, el legislador tampoco puede dictar normas que incidan en el sistema de distribución de competencias para integrar hipotéticas lagunas existentes en la Constitución.»

(16) Así, por ejemplo, la Ley Orgánica 12/1982 de transferencias a la Comunidad valenciana de competencias en materia de titularidad estatal y la Ley Orgánica 11/1982 de transferencias complementarias a Canarias.

Esto es todo lo que la sentencia contiene respecto de un supuesto que determinará la inconstitucionalidad de varios artículos del proyecto. «De acuerdo con las consideraciones anteriores»: Es decir, si el legislador estatal no puede participar de la «Kompetenzkompetenz autonómica» sino en los expresos términos marcados por la Constitución y los Estatutos, tampoco podrá rebasar estos términos pretextando una labor de integración de lagunas constitucionales.

Lo importante a señalar aquí es que continuamos en el ámbito de las cuestiones competenciales (aunque sean «competencias de competencias») entre diversas potestades legislativas y no en el de una confrontación entre potestad constituyente y potestad legislativa.

3. La *letra c)* del FJ 4 se refiere, por fin, al supuesto de las normas que «interpretan ... el texto constitucional» (FJ 1), que «precisan el alcance de los conceptos jurídicos utilizados en el texto constitucional» (FJ 4, párrafo tercero). A este respecto la sentencia afirma desde el primer momento que «el legislador no puede incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma».

¿Por qué no? En este punto, el juez constitucional bien hubiera podido ser tan lacónico como en el punto anterior, limitándose a hacer preceder su última afirmación de las palabras: «De acuerdo con las consideraciones anteriores». Si el legislador estatal no tiene más participación en la «Kompetenzkompetenz autonómica» que la expresamente contenida en la Constitución o los Estatutos [*letra a)*], sin poder tampoco interferir en la misma (fuera de dichos supuestos expresos) mediante una supuesta integración de los preceptos constitucionales [*letra b)*], por la misma razón tampoco debería poder hacerlo a través de una supuesta labor de interpretación de los conceptos constitucionales que están en la base del sistema de distribución de competencias [*letra c)*].

La sentencia, sin embargo, considera oportuno desviarse a partir de este lugar del terreno de lo que estamos llamando la «Kompetenzkompetenz autonómica», para emprender otros derroteros, bastante más azarosos: los de la interpretación constitucional, con los límites que, en relación con esta actividad, afectarían al poder legislativo. Trataremos de describir sumariamente la doctrina que la sentencia sienta en este punto, sin perjuicio de volver sobre él más adelante.

«Es cierto —prosigue el FJ 4— que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo». La sentencia, por tanto, no niega que el ejercicio de la potestad legislativa lleva siempre implícito, en mayor o menor medida, una determinada interpretación y *comprensión* de los preceptos constitucionales (los que determinan la constitucionalidad formal y los que determinan la constitucionalidad material de la Ley). Precisamente en el supuesto de la actividad legisla-

tiva enmarcada en lo que se suele conocer como «desarrollo normativo de la Constitución» (17) esta labor interpretativa *implícita* sería particularmente importante, siendo no sólo inevitable sino perfectamente legítima (como tal actividad, sin entrar en su contenido).

«Pero el legislador ordinario —continúa el Tribunal— no puede dictar normas meramente interpretativas, 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 una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos». Es decir, lo que, sin embargo, el legislador ordinario no puede llevar a cabo es una actividad normativa que *se agote* en la pura interpretación de los preceptos o conceptos constitucionales, sin otra finalidad inmediata. Porque, al proceder así, el legislador ordinario pasaría a ocupar el lugar que le corresponde al poder constituyente, desde el momento en que, al excluir interpretaciones distintas de la suya de los conceptos constitucionales estaría completando materialmente la *obra* constitucional.

De este modo, la sentencia abandona aquí el planteamiento *competencial* (ya veremos si totalmente) que había caracterizado a los dos supuestos anteriores, para situarlo en el ámbito de los límites que separan la Constitución de la Legislación, retomando las consideraciones contenidas en el párrafo cuarto del FJ 4 (referencias al *plano*, a los *actos propios* del poder constituyente) y a las que hasta ahora no se había visto aplicación.

La argumentación del Tribunal en la *letra c)* del FJ 4 encuentra su paralelo y complemento en el FJ 7, aplicada esta vez a un concepto concreto que es clave en el sistema de distribución competencial español, el de «bases» o, alternativamente, «normas básicas» y «legislación básica»: «Es evidente que cuando el legislador estatal dicta una norma básica, dentro del ámbito de sus competencias, está interpretando lo que debe entenderse por básico en el correspondiente caso concreto, pero, como hemos señalado anteriormente, no cabe confundir esta labor interpretativa del legislador con la producción de normas meramente interpretativas, que fijan el contenido de los términos de la Constitución con carácter general cerrando el paso a cualquier otra interpretación.»

Dejemos para más adelante la cuestión de si, a través de esta actuación el legislador «reduce» o no las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional, de si «cierra el paso» o no a cualquier otra interpretación. Lo que procede destacar ahora es que para el Tribunal parece haber un ámbito normativo, definido como el de lo «meramente interpretativo» de los preceptos constitucionales, que estaría vedado al poder legislativo; un ámbito, por

(17) Expresión que, sin embargo, puede contener un germen de equivocidad, en cuanto pudiera llevar a pensar que el «desarrollo normativo de la Constitución» fuera «Constitución desarrollada».

tanto, en el que el legislador, esto lo veremos con más claridad en seguida, sin modificar la Constitución «formal», estaría usurpando el *lugar* (el *plano*, la *función*) del constituyente. La voluntad y racionalidad del poder constituyente no se proyectarían exclusivamente sobre una Constitución *formal* cuya supremacía se encontrase institucionalmente garantizada, sino que legitimarían además la existencia de un espacio (el de la «mera interpretación» de los preceptos constitucionales) que continuaría estándole indefinidamente *reservado*, a cuyo respecto cabría hablar, parece, con pleno derecho, de una «reserva de Constitución».

Esta última afirmación necesita, sin embargo, ser inmediatamente matizada en dos extremos importantes. En primer lugar es una doctrina formulada en íntima conexión con el problema de la interpretación constitucional, con la definición de los conceptos constitucionales. Lo cual tiene una primera consecuencia: La configuración de este ámbito de «reserva de Constitución» no excluye del mismo al Tribunal Constitucional, «intérprete supremo de la Constitución», quien encuentra en esta tarea la expresión más caracterizada de su actividad. Como dice el FJ 7 en el lugar donde lo habíamos interrumpido, «... en este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional...». De este modo, y en tanto el poder constituyente permanezca en estado latente, la «reserva de Constitución» se traduce en una «reserva de jurisdicción constitucional».

En segundo lugar, y como también se ha visto, la doctrina se formula en constante imbricación con unos determinados conceptos y preceptos constitucionales, los que establecen el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Ciertamente, en la tercera frase de la *letra a)*, ya reproducida, la doctrina se formula en términos generales, referida incluso al legislador *ordinario*. Pero, prescindiendo de esa cita, la referencia a la distribución de competencias, así como al legislador *estatal*, es invariable. Es más, incluso en la referida cita, la alusión, poco acertada como veremos, a la exclusión de otras «posibilidades o alternativas» como explicación de la inconstitucionalidad de las «normas meramente interpretativas» sólo cabe entenderla como una manifestación de la presencia, nunca del todo eliminada, de la cuestión *competencial*. Nada hace, por tanto, pensar que el juez constitucional haya querido dar una validez general a esta doctrina, cuyas consecuencias serían especialmente graves de resultar aplicada a la parte no orgánica de la Constitución.

Retengamos, pues, como conclusión del examen de las letras *a)*, *b)* y *c)* del FJ 4 cómo la sentencia, tras la expresión «límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado» ha comprendido tanto los que se derivan del hecho de que en nuestro ordenamiento el legislador *estatal* sólo detenta una parte de la potestad legislativa (y en el supuesto de la «*Kompetenzkompetenz* autonómica» una parte marginal y tasada) como los que se derivan de la

reserva en favor del constituyente de la interpretación abstracta y autónoma de los conceptos constitucionales.

4. Lo característico, sin embargo, de las formas de inconstitucionalidad recogidas bajo el epígrafe «límites intrínsecos» son los efectos derivados de una constatación de las mismas, respecto de lo cual es indiferente que estemos ante un supuesto de vulneración de la «competencia de competencias» en materia autonómica que el que estemos ante una «norma meramente interpretativa», ante una vulneración de la «reserva de Constitución»: Siempre que la inconstitucionalidad debe ser reconducida al FJ 4 deberá entenderse que la misma no prejuzga en absoluto la constitucionalidad del *contenido* del precepto incurso en «la inconstitucionalidad del FJ 4».

No es fácil, en efecto, encontrar un calificativo común aplicable a los supuestos de inconstitucionalidad recogidos en dicho fundamento jurídico. Atendiendo, sin embargo, a que lo único que los une es esta ausencia de efectos para el «contenido material» de los preceptos declarados inconstitucionales, así como a la insistencia de la sentencia en este punto, quizá podría hablarse a este respecto de una «inconstitucionalidad inmaterial».

Esta última vendría proclamada de forma general en el párrafo que cierra el FJ 4: «Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, habrá que analizar si, en alguno de los preceptos contenidos en el proyecto, el legislador ha sobrepasado los límites impuestos a la potestad legislativa, pues en este caso tales preceptos resultan inconstitucionales *cualquiera que sea su contenido material.*»

Esto que parece algo evidente en cualquier supuesto de constatación de un vicio de constitucionalidad formal, o incluso competencial, que no es preciso siquiera advertir, no sólo es advertido de modo expreso en este lugar, con aplicación general a todos los supuestos reconducibles al FJ 4, sino que es objeto de reiteración en distintos preceptos concretos: Así, en el FJ 9, con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2 del proyecto, se recuerda que la misma «no supone valoración alguna de su contenido material». La misma *coletilla* se repite de una u otra forma en dos ocasiones más: En el FJ 14 (con independencia de que el contenido del artículo 9.1 resulte o no conforme a la Constitución) y en el FJ 15, en relación con el artículo 10 (con abstracción de cuál sea su contenido material).

Finalmente, en el párrafo con que concluyen los fundamentos jurídicos de la sentencia, inmediatamente antes de pasar a pronunciar el fallo, el Tribunal declara: «Es de señalar, finalmente, que la falta de carácter orgánico y armonizador del proyecto no implica la inconstitucionalidad material de su contenido, como revela el examen de su articulado». Por supuesto, y ello va a permitir la promulgación del proyecto como Ley ordinaria; pero no solamente eso: Tampoco la vulneración de los «límites intrínsecos» afectará a dicha constitucionalidad material, que no queda prejuzgada.

Para comprender esta insistencia del Tribunal hay que tener en cuenta que, así como en los supuestos usuales de declaración de inconstitucionalidad

«formal» el derecho que se pretendía implantar no existe en modo alguno, en el caso del presente proyecto algunos de sus preceptos existen como preceptos incorporados a los Estatutos de autonomía, o bien tienen la *existencia*, más problemática, que le pueda conferir su mayor o menor coincidencia con la doctrina del mismo Tribunal Constitucional. Todo ello queda imprejuizado por la presente sentencia.

5. La operatividad de la *ratio decidendi* (o, más bien, *rationes*) contenida en el FJ 4 sobre el proyecto de LOAPA aparece resumida en el FJ 51, *letra a*) de la sentencia:

«Los artículos que integran el título I, con excepción del 5.4, el 6, el 7.2 (párrafo 1), y el 8 resultan inconstitucionales, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia, por sobrepasar los límites de la potestad legislativa del Estado. Por la misma razón, resultan también inconstitucionales los artículos 22. c), 34.1, 37.2 y el inciso contenido en el artículo 37.1: «de conformidad con lo que disponga la legislación prevista en el artículo 148.1.18.^a de la misma, y la que, en su desarrollo, puedan dictar las Comunidades autónomas.»

El problema es que, como sabemos, «lo señalado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia» no es precisamente homogéneo y que añadir «por sobrepasar los límites de la potestad legislativa del Estado» no es tampoco gran cosa, una vez se conoce todo lo que la sentencia comprende bajo los mismos. De otra parte, tampoco el examen individual de cada uno de los artículos del proyecto llevado a cabo en los fundamentos jurídicos 6 y siguientes proporciona muchos más datos. Es, en efecto, característico de esta sentencia la forma expeditiva con la que, con frecuencia, le es «aplicado el FJ 4» a un precepto. Basta con que el Tribunal constate, de forma bastante sumaria, que un precepto incurre en una vulneración de los «límites intrínsecos» para que el mismo sea declarado inconstitucional «de acuerdo con las razones expuestas en el fundamento jurídico cuarto» (FJ 6), «por lo expuesto en el fundamento jurídico cuarto» (FJ 8), o expresiones similares. Una determinación expresa de en qué supuesto de los recogidos en dicho FJ 4 incurre el precepto en cuestión no se produce en ningún caso. Las expresiones en cada caso utilizadas permiten, sin embargo, suponer que en el supuesto contemplado en la *letra a*) del FJ 4 incurrirían los artículos 1, 7.1, 9 y 22-c) (18).

(18) Las expresiones utilizadas en los respectivos fundamentos son, respectivamente: incidencia «con carácter general, en el alcance y contenido funcional de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas» (FJ 6); «... en la medida en que en él se determina con carácter general el alcance de la potestad ejecutiva de las Comunidades autónomas, incide en el sistema de distribución competencial» (FJ 12); «el legislador estatal ... no puede establecer una norma que no tenga otro objetivo que el de delimitar las competencias del Estado y de las Comunida-

Y que dentro de la *letra b*) podrían considerarse comprendidos los artículos 3, 5, 10, 37.1 y 37.2 (19).

En la situación desautorizada en la *letra c*) del FJ 4 parecen incurrir, por fin, con toda claridad, los artículos 2 (FJ 7) y 34.1 (FJ 44) en los que se habla expresamente de norma o de precepto «meramente interpretativo». También parece ser éste el caso del artículo 4.º (FJ 9), donde es la finalidad de precisar la interpretación de la «cláusula de prevalencia» lo que haría inconstitucional al precepto, con independencia de que el mismo, con la redacción final, hubiera conseguido su propósito. También parece, por fin, encontrar aquí su lugar el segundo párrafo del artículo 7.2, relativo a los supuestos de aplicación del artículo 155 de la Constitución (FJ 12).

Es esta, sin embargo, una clasificación que se basa toda ella en indicios, y si el mismo Tribunal no ha podido o no ha querido pasar de este grado de determinación en la identificación de las distintas situaciones de inconstitucionalidad definidas en el FJ 4, no hay que esperar de nosotros lo que no pasarían de ser especulaciones.

Siendo esto así, tanto más arriesgada habría de resultar la tarea de valorar el mayor o menor acierto del Tribunal a la hora de adscribir los distintos preceptos a una u otra *letra* del FJ 4: Nos faltaría para ello, para empezar, la seguridad de que el Tribunal haya pensado efectivamente en tales adscripciones; con la consiguiente exclusión de otras.

La misma inseguridad se experimenta, en general, en relación con algunos términos utilizados: ¿Qué significa «reformular», «redefinir»? ¿Decir lo mismo con otras palabras? ¿O decir algo solamente parecido? El mismo término «incidir», fundamental en la operatividad de la *ratio decidendi*, no es todo lo preciso que hubiera sido deseable. Sin embargo, el mismo Tribunal denuncia, con razón, «la falta de precisión semántica del término "afectar"» utilizado en el artículo 9.º del proyecto (FJ 14).

Pero nuestra tarea debe centrarse ya en el análisis, algo más detallado, de algunos interrogantes suscitados específicamente por la doctrina contenida en la *letra c*) del FJ 4, es decir, lo que páginas atrás hemos llamado «reserva de Constitución».

II

1. ¿Hay una Constitución material, más allá de la plasmada en la Constitución «formal», cuya competencia de normación se halle reservada al

des autónomas» (FJ 14): «En su redacción actual ... dicho apartado se dirige, más bien, a las Comunidades autónomas, comportando una limitación material a la libertad dispositiva de las mismas en el ejercicio de sus competencias que no encuentra apoyo en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía ...» (FJ 30).

(19) «Este precepto, al pretender *integrar* las determinaciones constitucionales, es inconstitucional ...» (FJ 8): «Idéntico juicio merece el artículo 5.º en sus tres primeros apartados que vienen a *integrar* las previsiones constitucionales ...» (FJ 10): «... sin que el legislador pueda incidir en esta materia *integrando* las prescripciones constitucionales» (FJ 15), etc.

poder constituyente, con la consiguiente exclusión de los poderes constituidos y, notablemente, del legislativo?

La respuesta más simple, pero también la más directa, es la de que, para que esto fuera así, sería necesario que la Constitución así lo dijera. Para comprender esto basta considerar la posición ocupada por el poder constituyente derivado (poder de revisión) en el conjunto del sistema constitucional. El procedimiento de revisión constitucional, como forma extraordinaria de manifestación de la soberanía popular que excepciona en mayor o menor medida (aunque al mismo tiempo *garantice*) el principio democrático de gobierno de la mayoría, debe ser interpretado restrictivamente, debiendo, en todo caso, considerarse excluida su extensión a supuestos distintos de los previstos por la Constitución misma.

Dicho con otras palabras, el «estatuto del poder constituyente derivado» o «estatuto del poder de revisión» es el que se contiene y se deriva de la Constitución misma, y en el mismo se agotan los límites —desde esta perspectiva— a la potestad normativa del legislador ordinario (20). La virtualidad del principio democrático opera aquí de modo similar a como ya fuera apreciado por el Tribunal en relación con la Ley orgánica (21).

No quiere ello decir, sin embargo, que la misma Constitución no pueda configurar una determinada «reserva de Constitución» como parte integrante del «estatuto del poder de revisión», del mismo modo que puede incluso establecer límites absolutos al poder constituyente derivado (art. 79.3 de la *Grundgesetz*). Estas «reservas de Constitución» *expresas* pueden ser de dos tipos, de forma parecida a los dos tipos de «reserva de Ley orgánica» que conoce nuestro ordenamiento. De un lado estarían aquellas «normas impositivas de legislación» que no sólo imponen al legislador la obligación de regular una determinada materia sino de hacerlo, además, con determinado rango. Este rango puede ser el de norma constitucional: Así, por ejemplo, la Ley de procedimiento para exigir responsabilidad criminal al presidente de la República de 1 de abril de 1933, en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución de 1931; o la reserva contenida en el artículo 137 de la Constitución italiana, en relación con la regulación de los recursos de inconstitucionalidad y las garantías de independencia de los jueces del Tribunal Constitucional. De otro lado estarían aquellos preceptos constitucionales que se limitan a imponer un determinado rango para el supuesto de que el legislador decida adoptar una determinada medida o regular una determinada materia: Así, por ejemplo el § 3.1 de la Constitución de la I República checoslovaca, de 29 de febrero de 1920, exigiendo ley constitucional para la modificación de las fronteras del Estado.

Más allá de estas *expresas* «reservas de Constitución» recogidas en la Constitución misma, no parece fácil configurar reservas *implícitas*. Natural-

(20) En este sentido, referido a la potestad legislativa globalmente considerada, si que cabe seguir hablando de que la misma no necesita un *título específico* para legislar.

(21) *Vid. supra* n. 8.

mente ello no quiere decir que la interpretación constitucional no disponga de instrumentos para identificar una determinada norma legal como «ampliación» o «integración» y, por tanto, «modificación» ilegítima de la Constitución. Un supuesto bien conocido en la hermenéutica jurídica es la identificación de una determinada relación (de supuestos a los que es aplicable la norma, de competencias atribuidas a un órgano, etc.), como taxativa o exhaustiva, de tal modo que cualquier ampliación de la misma deba ser considerada como modificación de dicha norma. Precisamente los preceptos constitucionales que regulan el estatuto de los órganos constitucionales tienden a tener este carácter. Así, por ejemplo, de no existir el artículo 161.1 d) de la CE, cualquier extensión de las competencias del Tribunal Constitucional hubiera debido considerarse en contradicción con dicho artículo. Del mismo modo, de haberse mantenido en el texto aprobado definitivamente del proyecto de LOAPA la intervención mediadora del Senado en los supuestos del artículo 9, éste habría incurrido en inconstitucionalidad al haber ampliado ilegítimamente las funciones del Senado (22). Precisamente una interesante sentencia del Tribunal Constitucional austriaco de 4 de junio de 1932 declara la inconstitucionalidad de una comisión parlamentaria mixta, de carácter permanente, instituida junto al Ministerio del Ejército, sobre la base de una utilización exhaustiva de esta argumentación (23).

Ahora bien, en todos los supuestos reseñados nos encontramos con normas cuya inconstitucionalidad hubiera sido siempre *material*, es decir, derivada bien de la infracción de una reserva constitucional expresa, bien de una ampliación ilegítima de la norma constitucional.

Lo que en modo alguno parece correcto es el *acotamiento* de un espacio normativo —sea del tipo que sea— vedado al legislador, con total abstracción, por tanto, de cuál vaya a ser o cuál haya sido el contenido de su intervención en aquél, sobre la base de consideraciones basadas en la existencia de un «plano» y unos «actos propios» del poder constituyente, más allá del qué y de los que resultan estrictamente de la Constitución misma.

2. El problema, sin embargo, es que, como sabemos, la «reserva de Constitución» que parece configurar la sentencia es una reserva ciertamente *sui generis*: No se trata de que el Tribunal diga, «tales y tales materias en cuanto integrantes, por ejemplo, *por su propia naturaleza*, de la Constitución material deben quedar reservadas al poder constituyente derivado a pesar de no haber sido recogidas por la Constitución normativa vigente». Por el contrario, se trata de una reserva que podríamos calificar en cierto modo

(22) Ello no quiere decir, sin embargo, que los problemas de constitucionalidad —desde esta perspectiva— de la «solución Consejo Económico Social» fueran menores.

(23) La Ley de Defensa encomendaba al *Nationalrat* la designación de los miembros de esta comisión; el Tribunal consideró que ello suponía atribuir a la cámara una función no contenida en la Constitución, por lo que sólo podría haberse hecho por medio de ley constitucional. *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshöfes*, n. 1454.

como «funcional», en cuanto identificada con la labor de interpretación de la Constitución.

Esto sería precisamente lo que explicase el que esta doctrina se encuentre construida haciendo completa abstracción del poder constituyente *derivado* o poder de revisión, al cual no se hace mención en ningún momento de la sentencia. Esta renuncia a hablar del poder de revisión, que tanto oscurecía, como veíamos, el párrafo cuarto del FJ 4 (24), encuentra aquí su explicación. Nos encontramos, en efecto, ante una integración de la Constitución que, dado su carácter, no tiene que manifestarse necesariamente a través del poder constituyente *derivado* —el poder de revisión— porque, como interpretación que es del poder constituyente *originario*, su realización encuentra un órgano plenamente idóneo en el Tribunal Constitucional, «intérprete supremo de la Constitución». No se niega en ningún momento, pues ello no sería concebible, que el poder constituyente derivado carezca de competencia para asumir esta tarea, pero sí resulta claro que existe un órgano *ordinario*, el Tribunal Constitucional, que puede asumir la misma con plena capacidad, evitando la entrada en funciones de un órgano *extraordinario*.

Pero antes de seguir adelante con la función que corresponde al Tribunal en relación con estos supuestos de interpretación constitucional, conviene analizar, con algo más de detenimiento a como lo hemos hecho hasta ahora, los motivos de la pretendida ilegitimidad constitucional de las «normas meramente interpretativas».

Recordemos los términos en los que se manifestaba la *letra c)* del FJ 4: «... Pero 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 concepto o precepto de la Constitución, 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 en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos.»

Tanto este pasaje como el similar que citábamos del FJ 7 (25), plantean ante todo la cuestión de cuál sea el origen de la inconstitucionalidad de estas normas, si el tratarse de normas «meramente interpretativas» sin otro objeto que el de precisar el sentido de determinados conceptos o preceptos constitucionales, o el efecto de eliminar otras posibilidades o alternativas dejadas abiertas por el texto constitucional, siendo precisamente esta consecuencia la que originaría la inconstitucionalidad; todo ello sin descartar la posibilidad de que sea la conjunción de ambos factores lo determinante de la ilegitimidad constitucional de estos preceptos. Quizá fuera lo mejor analizarlos por separado, comenzando por el segundo, la eliminación de la pluralidad de posibilidades o alternativas contenidas en la norma constitucional.

(24) *Vid. supra*, 1.1.

(25) *Vid. supra*, 1.2.

Por lo que hace a este extremo los pasajes que nos ocupan parecen haber sido víctimas de una confusión, no tanto entre dos conceptos de *interpretación* de la Constitución, como entre los dos sentidos en los que se suele hablar de *concretización* de la Constitución, cuestiones que, sin embargo, como veremos, no están muy alejadas.

En efecto, ante todo habría que decir que el legislador siempre está reduciendo las distintas posibilidades del texto constitucional a una sola, y que en eso precisamente consiste su trabajo: en moverse *dentro* de las posibilidades ofrecidas por el texto constitucional, y no *fuera* de ellas, optando por una determinada. Y en ese optar por una de las posibilidades ofrecidas por una norma constitucional esencialmente *abierta* el legislador no está *interpretando* la Constitución (más allá del hecho de considerar su opción comprendida dentro, y no fuera, de la norma constitucional), aunque sí se puede decir a este respecto que se está asistiendo a un proceso de *concretización* de la Constitución en uno de sus posibles sentidos. En todo caso, esta *concretización* no supone en modo alguno la eliminación de las otras posibilidades o alternativas existentes en la Constitución, que siempre estarán a la disposición del legislador futuro (para ello sería necesario que el legislador pretendiese para su opción un rango constitucional que no está en su mano darle). Y no es solamente que el legislador pueda hacer esto legítimamente, en cuanto ámbito específico reservado a la decisión política, sino que quien no puede intervenir en este tipo de concretización de la Constitución es el juez constitucional, cuya misión es precisamente asegurar el mantenimiento de esta pluralidad de alternativas, pero no el inclinarse por una de ellas (porque entonces sí que se produciría la exclusión de las restantes). Un ejemplo de lo que se viene diciendo sería el artículo 38 de la CE y sus distintas posibilidades de *concretización*, a cuyo respecto cabe remitirse a la STC 37/1981 FJ 2 y voto particular.

Lo que ocurre es que, evidentemente, aunque las expresiones del FJ 4 inviten a pensarlo, el Tribunal no pretende referirse a este tipo de *concretización* (desarrollo de la Constitución en una de sus posibles alternativas) sino a la específica labor de *interpretación* de la norma constitucional en los múltiples supuestos y por las variadas razones que una norma constitucional, como cualquier norma, puede requerir una interpretación de su sentido. También esta labor es entendida a veces como *concretización* de la Constitución. Pero en este sentido de la expresión no se está optando entre una pluralidad de alternativas ante las que la Constitución se mantiene por así decir neutral, sino que lo que se está es tratando de determinar cuál es el sentido que cabe dar —el único— a un concepto o una expresión constitucional no lo suficientemente claros y nítidos. Así, por ejemplo, cuando por vía de la interpretación constitucional se alcanza que el concepto de Ley orgánica contenido en nuestra Constitución es un concepto *material* y no *formal* (26) no se está optando entre dos opciones igualmente legítimas admiti-

(26) *Vid. supra*, n. 8.

das por la Constitución, sino determinando el único concepto de Ley orgánica compatible con la Constitución.

Este es el tipo de *concretización* de la Constitución —la interpretación de la norma constitucional— al que el FJ 4 se está refiriendo. Ahora bien, en estos supuestos, y a pesar de lo que se afirma en la sentencia, la eliminación de una pluralidad de alternativas (que, de un modo impropio, ciertamente se produce) no puede ser causa de inconstitucionalidad. Y ello, sencillamente, porque *aquí* la Constitución no ha querido en modo alguno una pluralidad de posibilidades o alternativas, sino una sola (aunque ésta no sea clara): La Constitución no ha querido distintas concepciones alternativas de Ley orgánica, sino una sola; como tampoco ha querido una pluralidad de significados de la «cláusula de prevalencia» (lo que pasa es que ese significado único hay que descubrirlo a través de una específica tarea de interpretación constitucional). Por eso precisamente puede el Tribunal Constitucional, desde su posición de supremacía, determinar *el* sentido de los conceptos y preceptos constitucionales; pues, si la Constitución hubiera querido una pluralidad de sentidos tampoco el juez constitucional hubiera podido acabar con ella (27).

Tampoco podemos, por tanto, acusar de ilegitimidad constitucional al legislador por tratar de determinar *el* sentido de un concepto o precepto de la Constitución, por cuanto de este modo esté eliminando ilegítimamente una pluralidad de sentidos querida por el constituyente. Pero las objeciones de la sentencia no se agotaban aquí.

3. Dice el FJ 7, refiriéndose a la pretensión del legislador de definir en abstracto el concepto de «bases» y otros similares, que «en este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional, por lo que es irrelevante a este

(27) Lo que ocurre es que —y esta es la razón de la crítica de R. Wahl a la concepción «concretizacionista» de la interpretación constitucional— las fronteras entre ambas «concretizaciones» (la del político y la del intérprete) se vuelven fácilmente fluidas, en particular en el terreno de los derechos fundamentales, que es el que plantea estos problemas con verdadera agudeza, y no tanto el que nos ocupa. Escribe Wahl: «Desarrollo» creativo de la norma constitucional puede significar dos cosas: de un lado, concretización en el sentido de interpretación de las normas constitucionales a través de la hermenéutica y por el Tribunal Constitucional; de otro, concretización en el sentido de la comprensión por el legislador de los impulsos procedentes de la norma constitucional (*in Sinne des Weiterdenkens der verfassungsrechtlichen Impulse durch den Gesetzgeber*). Evidentemente, la teoría de la concretización sólo pretende abarcar el primer significado. El problema, sin embargo, estriba en la delimitación de ambos procesos. Mediante la descripción de la interpretación constitucional como proceso de concretización esta diferencia entre ambos procesos creativos corre peligro de desaparecer, desequilibrándose su participación respectiva en beneficio de una Constitución «rellenada» por la vía de la interpretación» («Der Vorrang der Verfassung», en *Der Staat*, 1981, p. 506). Por eso el problema más real es el de la autocontención del juez constitucional dentro del ámbito de la *concretización* en el primero de los sentidos, pues no hay mecanismos que puedan evitar una actitud distinta (prescindiendo, claro es, de la opinión pública); tanto menor es, por el contrario, el problema apuntado por el FJ 4 de esta sentencia, el de la «legislación interpretativa», que puede ser desautorizada en todo momento por el juez constitucional.

respecto que el contenido del artículo 2.º reproduzca o no con exactitud la doctrina contenida en anteriores sentencias del Tribunal Constitucional, cuestión esta que es objeto de consideración tanto por el abogado del Estado como por los recurrentes».

Ante todo habría que señalar que la sentencia no pretende, evidentemente, afirmar que el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional sea *el mismo*. Más bien hay que entender que, en este terreno de la interpretación inmediata y autónoma de los conceptos constitucionales, poder constituyente y juez constitucional *confluyen*. El poder constituyente, porque de su voluntad y racionalidad tal como han quedado objetivadas en la Constitución se trata; el Tribunal Constitucional, porque a él correspondería precisar cuáles sean esa voluntad y racionalidad en los supuestos necesitados de interpretación. Lo que en todo caso quiere indicar la sentencia es que en estos supuestos se asiste a una *doble suplantación* por parte del legislador, la del poder constituyente y la del Tribunal Constitucional.

Y no es casual que sea precisamente en este lugar donde se haga referencia expresa a la suplantación no sólo de la potestad constituyente sino también del juez constitucional, en relación con la declaración de inconstitucionalidad de la más característica de las «normas meramente interpretativas» contenidas en el proyecto. Como tampoco es casual el hecho de que sea aquí donde se haga referencia expresa a la irrelevancia de la mayor o menor coincidencia del precepto con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Porque uno de los caracteres más notables del proyecto de LOAPA era su pretensión de dar forma y fuerza legal a determinada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (con mayor o menor fidelidad, que ese es otro problema) en relación con el sistema de distribución de competencias: Es decir, no la de atender los criterios marcados por esa jurisprudencia en la ordinaria tarea legislativa del Estado afectada por la nueva estructura autonómica, sino sencillamente la de trasladar a una norma legal el contenido mismo de esa jurisprudencia, sin otra pretensión que la de darle fuerza legal. El supuesto más característico sería precisamente el de la doctrina sobre el «concepto material de bases» (28).

De este modo, lo que no era sino una jurisprudencia incipiente, más o menos consolidada, susceptible de ser abandonada por el Tribunal, o de que éste se desviase de la misma, sin mayores explicaciones, en cualquier momento (29), se convierte en una norma legal capaz de amparar la legislación del Estado inspirada en la misma: El Tribunal Constitucional no podrá declarar la inconstitucionalidad de esta legislación sin al mismo tiempo declarar la inconstitucionalidad de la «norma meramente interpretativa» en la que se inspira.

(28) STC 32/1981 FJ 6. STC 1/1982 FJ 1.

(29) Cfr. R. BOCANEGRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid, 1982.

En otros supuestos podría decirse que la intención del proyecto era la de adelantarse a la jurisprudencia del Tribunal, tratando de condicionar su interpretación de determinados conceptos o preceptos. El supuesto típico sería el del artículo 4, tendente a interpretar el sentido y la virtualidad de la «cláusula de prevalencia», sobre la que el Tribunal no había tenido hasta el momento necesidad de pronunciarse. Con independencia de que la redacción final del precepto es tan ambigua que puede significar cualquier cosa, su intención era sin duda la de ser tenida en cuenta por el Tribunal si alguna vez éste tiene necesidad de recurrir a la «cláusula de supremacía» para resolver un problema de competencias.

El Tribunal Constitucional ha podido, por tanto, tener la sensación de ser, en cierto modo, el destinatario final del proyecto de LOAPA, en todo caso, la de que el legislador se estaba comportando más como juez constitucional que como legislador, al dedicarse a definir en abstracto, sin otra pretensión inmediata, los conceptos constitucionales. De otro lado, el mismo control represivo pero previo a la entrada en vigor posibilitado, si no previsto, por el proyecto podía ser entendido como una coacción suplementaria, como un emplazamiento al Tribunal de que se pronunciase en abstracto sobre interpretaciones formuladas en abstracto. Ahora bien, el Tribunal tiene perfecto derecho a opinar que no es necesario adelantarse a los problemas, que, por ejemplo, no hay por qué ocuparse de la peculiar «cláusula de prevalencia» española mientras ello no sea estrictamente necesario; que, entre tanto, donde mejor está es en manos de la doctrina.

Todo esto puede ser cierto. La cuestión, sin embargo, es: ¿puede el Tribunal dar la respuesta que ha dado? Dicho de otro modo, ¿puede sostenerse que el legislador no puede dictar «normas meramente interpretativas» de los conceptos constitucionales, que la interpretación digamos abstracta y autónoma de los conceptos constitucionales queda reservada (aparte el poder constituyente) al Tribunal Constitucional?

El Tribunal Constitucional es, en efecto, «intérprete supremo de la Constitución», pero no hay que olvidar que la afortunada fórmula no se encuentra en la Constitución, sino en la Ley, la cual, mediante una interpretación sistemática de aquélla, ha sabido reeducir a una fórmula expresiva y concisa la posición del Tribunal en el conjunto de los poderes del Estado. Y no parece que en este caso el legislador haya usurpado la función constituyente.

En todo caso, el Tribunal se ha servido con frecuencia de esta fórmula del legislador a fin de explicar la naturaleza y alcance de sus distintas competencias. Así cabe citar, entre sus primeras sentencias, las números 1, 4 y 37 de 1981 (30). Ahora bien, en tanto en estas sentencias la fórmula aparece

(30) «... Para ello el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de la Constitución (art. 1.º de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos.» (STC 1/1981 FJ 2). «... el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución según el artículo 1.º de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las

del mismo modo que en la Ley, es decir, entre comas, sin calificación alguna, o bien precedida de la aséptica partícula «como», en esta sentencia 76/1983 se introduce un matiz que no debiera pasar enteramente inadvertido: el FJ 4 dice textualmente: «Al Tribunal Constitucional corresponde, en su *función* de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.º de la LOTC) ...»

Seguramente nos llevaría demasiado lejos la disquisición acerca de si la introducción de este matiz puede implicar en mayor o menor medida la afirmación de una función autónoma del Tribunal Constitucional en relación con la interpretación de la Constitución, más o menos desligada de sus concretas y específicas competencias.

Lo que en cualquier supuesto parece claro es que ser «intérprete supremo de la Constitución» lo que supone es que el Tribunal puede oponerse con éxito a *cualquier* interpretación de la Constitución venga de quien venga y, muy particularmente, a las que vengan del legislador (31); en eso estriba la supremacía de su posición y eso es lo que hace del mismo «intérprete supremo de la Constitución». Pero lo que el Tribunal no es, en ninguna variedad ni en ningún extremo, es intérprete *exclusivo* de la Constitución (aunque este *monopolio* lo comparta con el poder constituyente). El Tribunal Constitucional, por tanto, está plenamente capacitado para desautorizar la interpretación contenida en las llamadas «normas meramente interpretativas» del proyecto de LOAPA, pues por algo es «intérprete supremo de la Constitución». Lo que no parece que el Tribunal pueda hacer es negar al legislador la competencia para dictar unas normas, con mayor o menor seguridad calificadas de «meramente interpretativas» de los conceptos constitucionales, con absoluta abstracción del contenido de las mismas (32).

4. Si, como parece, los problemas de las «normas meramente interpretativas» no parecen venir ni de la existencia de un espacio reservado al constituyente o al Tribunal Constitucional, ni de la exclusión que a través de las mismas se operaría de otras posibilidades o alternativas permitidas por la Constitución, habría que preguntarse si habría algún otro problema con el que estas normas hubieran de enfrentarse con anterioridad al problema de su contenido, es decir, al problema de la corrección de la interpretación que de los conceptos constitucionales dichas normas llevan a cabo.

leyes preconstitucionales» (STC 4/1981 FJ 1). «... este Tribunal, al que *como intérprete supremo de la Constitución* (art. 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) corresponde en último término y para cada caso concreto llevar a cabo esa determinación ...» (STC 37/1981 FJ 2).

(31). De ahí la absoluta irrelevancia —aparte la ingenuidad— de las autoproclamaciones de estricta constitucionalidad del tipo de la contenida en el artículo 1.º del proyecto.

(32) ¿Tan inconfundible resulta el carácter «meramente interpretativo» de una norma? ¿Dónde empieza una norma a ser «meramente interpretativa»? Pues no se olvide que en ese mismo momento empieza también su ilegitimidad. Obsérvese, por lo demás, que la misma sentencia no se compromete a identificar taxativamente las normas consideradas «meramente interpretativas», contentándose con una remisión indiferenciada al FJ 4.

A cuyo respecto, precisamente, la referencia de los FJ 4 y 7 —de la que ya nos hemos ocupado— a la exclusión de otras alternativas lícitas que las «normas meramente interpretativas» producirían puede ofrecernos alguna orientación. Porque podría ser que lo que con esta formulación quisiera decir la sentencia fuera que el legislador estatal trataba de imponer *su* interpretación de los conceptos constitucionales a los órganos de las distintas Comunidades autónomas.

Porque la cuestión es que, si bien no hay nada que impida al legislador estatal interpretar los conceptos constitucionales (lo mismo en abstracto que en concreto), ello no prejuzga en absoluto la cuestión del ámbito de eficacia de esa interpretación. Una cosa es que el legislador estatal pueda interpretar en abstracto los conceptos constitucionales y otra cosa distinta es que *su* interpretación se entienda vinculante para los poderes autonómicos.

Es decir, el legislador —estatal o autonómico— puede, pues nada se lo impide, interpretar los conceptos constitucionales, y su interpretación tendrá los efectos vinculantes de toda Ley dentro de su propio ámbito, es decir, vinculará a los poderes públicos ya sea del Estado ya sea de la Comunidad autónoma; ello podrá ser de mayor o menor utilidad, pero esa no es la cuestión. Distinto es el problema si el legislador estatal pretende que *su* interpretación de los conceptos constitucionales vincule a las Comunidades autónomas (como distinto sería el que el legislador autonómico pretendiese que *su* interpretación de los conceptos constitucionales vinculase al Estado). La pregunta en este caso sería sencillamente la de si el legislador en cuestión tiene *competencia* para llevar a cabo lo que pretende.

Es evidente, sin embargo, que, de esta manera, estamos separando la cuestión de la legitimidad de la norma de la cuestión de su ámbito de vigencia: La norma, perfectamente legítima, sólo extendería, sin embargo, su fuerza vinculante al ámbito de competencia del legislador repectivo (33). El problema es si esta separación de ambas cuestiones puede ser hecha en cualquier supuesto. Y concretamente en el de este proyecto.

Porque, en efecto, basta leer el nombre del proyecto para comprender que el mismo pierde todo su sentido si su legitimidad constitucional es salvada al precio de reducir su ámbito de eficacia. Responder a la constitucionalidad de este proyecto exige, por tanto, pronunciarse sobre el mismo como tal, quiérese decir, con el ámbito de eficacia que pretende tener.

Para lo cual, como decíamos, la pregunta a la que hay que responder es la de si el legislador estatal tiene *competencia* para imponer *su* interpretación de los conceptos constitucionales que están en la base del sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Una pregunta, pues, que sólo puede responderse aplicando la

(33) Al que, tratándose del legislador *estatal*, y siguiendo a I. de Otto, todavía se le podría reconocer el ámbito de vigencia *disminuida* derivado de su carácter de derecho supletorio. Cfr. «La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2 (1981), pp. 57 y ss.

doctrina del Tribunal sobre la «*Kompetenzkompetenz* autonómica» contenida en el FJ 4 a): El legislador estatal sólo tiene en esta materia las competencias que expresamente le atribuyan la Constitución y los Estatutos; y si este principio no puede ser obviado pretextando una labor de integración de hipotéticas lagunas [FJ 4 b)] tampoco debería poder serlo imponiendo la interpretación considerada correcta de los conceptos que están en la base del sistema de distribución de competencias [FJ 4 c)].

En conclusión, que los «límites intrínsecos de la potestad legislativa del Estado» tratados en el FJ 4 eran, todos ellos, límites competenciales derivados de la atribución constitucional de la «competencia de competencias» autonómica. El argumento de la «reserva de Constitución» sobraba.

Finalmente, si hubiera que resumir en una frase el carácter de la STC 76/1983 desde el punto de vista de la «corrección funcional», cabría decir que su rasgo más notable estriba en la paradoja que supone haber llegado a un fallo que es, en sus efectos, «autorre restrictivo» (*judicial self-restraint*) a través de un planteamiento teórico «expansivo». Es decir, el Tribunal se ha abstenido de entrar en el fondo de diversas cuestiones sobre las que parecía que el proyecto de LOAPA le forzaba a pronunciarse (clave: «cláusula de prevalencia») (34); para ello, sin embargo, el Tribunal, junto al argumento correcto y suficiente del exceso de competencia [FJ 4 a), b)], ha desarrollado una argumentación que resulta —no tanto actual como potencialmente— «expansiva» de la posición del Tribunal Constitucional en relación con la del resto de los poderes constituidos y, particularmente, la del legislativo, la teoría de lo que aquí hemos designado como «reserva de Constitución».

(34) Como «autorre restrictiva» ha sido también —aunque este aspecto queda fuera de nuestro comentario— la actitud del Tribunal ante las posibilidades inherentes al tipo de control preventivo.