

LOS ELEMENTOS FORMALES EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA CONCEPCIÓN MATERIAL DEL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO: PRESUPUESTOS, CONSECUENCIAS Y CRÍTICA: 1. *El Tribunal Constitucional define en último término la forma y el contenido de lo básico.* 2. *Si lo básico no está expresamente delimitado se deduce de la legislación vigente. Carácter coyuntural de esta noción material del proceso de producción normativa de lo básico en la formación del Estado autonómico.*—III. LA PREFERENCIA DE LA LEY FORMAL EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO Y EL USO EXCEPCIONAL DEL REGLAMENTO: 1. *Condiciones de la excepción al «principio de ley formal».* 2. *Las órdenes ministeriales en el proceso de producción normativa de lo básico.* 3. *La reciente acentuación del proceso de desformalización de lo básico.*—IV. LA DETERMINACIÓN EXPRESA DE LOS PRECEPTOS QUE TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE BÁSICOS Y SU EXCEPCIÓN.—V. LA CONVENIENCIA DE RECUPERAR LAS GARANTÍAS FORMALES EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO.

I. PLANTEAMIENTO

En un trabajo publicado en 1996, J. García Morillo criticaba el carácter mutable, alterable, imprevisible y, en síntesis, versátil del contenido de lo básico resultante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las distintas materias competenciales a las que el art. 149.1 CE impone la compartición bases-desarrollo (1). Su análisis se centraba en la determinación sustantiva de qué es lo básico (2), pues en la acotación material de lo que haya de entenderse

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

(2) Ese es el título, como se sabe, de un trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO imprescindible y pionero en numerosos aspectos metodológicos y sustantivos («¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, 27, 1989).

por básico «la versatilidad es absoluta». No se detenía en el proceso de producción normativa de lo básico, en el cómo se determina, dado que, indicaba, en éste el parámetro permanece «fijo» aunque «sometido a un permanente cuestionamiento» (3). En la actualidad, las condiciones formales del proceso de producción, que complementan su definición material, según la conocida expresión de la STC 69/1988, son no sólo versátiles, flexibilidad que ya se compadece mal con su carácter estructural, sino que tienen un alcance puramente retórico, en la acepción peyorativa de este arte (4).

Sin duda, la cuestión nodal en torno a lo básico, a partir del que se produce el desarrollo normativo autonómico, es su alcance y contenido concreto en las distintas materias competenciales. En ese sentido, a partir del consenso sobre las dificultades sustantivas y metodológicas, se atisba un incipiente debate doctrinal en el que se ha planteado, ciñéndonos a las aportaciones más conspicuas, el abandono de esta división funcional, considerándola un «mito fundacional» del Estado autonómico (5), la reforma constitucional del Senado para atribuir a este órgano constitucional la función de delimitación material de lo básico, con la intervención de las Comunidades Autónomas (6), o la reforma de los Estatutos para que éstos definan expresamente el ámbito competencial de las CC.AA. en las distintas materias compartidas, con el referente de la jurisprudencia constitucional, en la línea apuntada por los Acuerdos Autonómicos de 1992.

Sin embargo, mientras se desarrolla este debate ontológico, que podría culminar con la alteración de la arquitectura competencial, continúa utilizándose la articulación normativa bases-desarrollo en los términos actuales. En este momento, con los parámetros vigentes, apenas podemos avanzar en la acotación del contenido de lo básico más allá de apuntar propuestas que precisan reformas constitucionales y/o estatutarias y reconocer que en la actualidad ese contenido es diverso (versátil, si se quiere) en las distintas materias. No obstante, en el proceso de producción normativa de lo básico, una mera reconducción interpretativa de la jurisprudencia constitucional, a partir de los presupuestos indicados por el propio Tribunal Constitucional, y sin necesidad de

(3) Cfr. J. GARCÍA MORILLO: *Op. cit.*, pág. 149.

(4) Esta forma despectiva es la tercera acepción del término según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

(5) En este sentido, el interesante trabajo de F. CAAMAÑO: «El abandono de lo básico. Estado autonómico y mitos fundacionales», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2000-2001.

(6) Cfr. en este sentido la «Valoración general» en el *Informe Comunidades Autónomas*. 2002, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2003.

modificaciones normativas, haría al menos más mensurable este ejercicio competencial compartido. En esa dirección, las páginas que siguen pretenden anotar algunos criterios interpretativos que garanticen una mínima certidumbre jurídica en el proceso delimitador de esta división funcional (bases estatales y desarrollo normativo autonómico), que no de su contenido, una vez mostrada la progresiva elusión de las condiciones formales en la concreción de lo básico por el órgano de producción normativa. Creemos que una definición clara y precisa de los marcos delimitadores de las competencias autonómicas coadyuva a una mejor interrelación normativo-competencial, aún manteniéndose la indefinición sustantiva de qué es lo básico en cada una de las materias competenciales e incluso la imprecisión metodológica sobre el modo de averiguarlo.

Nuestro punto de inicio es el reconocimiento de garantías formales en el proceso delimitador, en los dos sentidos bosquejados por la jurisprudencia constitucional (STC 69/1988): la preferencia de ley formal para determinar lo básico o «principio de ley formal», por un lado, y la exigencia de determinación positiva expresa de lo básico, por otro. A continuación, analizamos las excepciones a ambas garantías que, en una tendencia paulatina aunque no rectilínea, han sido convertidas en regla. Finalmente, argumentamos la necesidad de recuperar estas garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico para favorecer una adecuada articulación bases-desarrollo y, en definitiva, el buen funcionamiento del sistema de distribución competencial derivado de la Constitución territorial.

II. LA CONCEPCIÓN MATERIAL DEL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO: PRESUPUESTOS, CONSECUENCIAS Y CRÍTICA

Resulta conocido que la noción material del proceso de producción normativa de lo básico (7) fue consagrada por la jurisprudencia constitucional a par-

(7) Unificamos con la utilización de lo básico las tres expresiones utilizadas, en una aparente diversidad de significados, por el art. 149.1 CE, a saber, legislación básica (apartados 17, 18, 23), normas básicas (apartados 27, 30) y bases (apartados 8, 11, 13, 16, 18, 25). Es sabido que la primera doctrina sobre esta cuestión atribuyó un sentido distinto a estas tres expresiones. Así, J. Salas entendía que «la primera otorga al Estado una potestad más restringida que la segunda y, a su vez, ésta más que la tercera, en la medida en que la legislación básica remite a la potestad legislativa, en sentido estricto, las normas básicas a ésta y a la potestad reglamentaria y las bases a ambos tipos de potestades como la de dictar medidas de ejecución, generales o incluso singulares» (J. SALAS: «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», *RAP*, 100-102, págs. 438-439). También Muñoz Machado, por citar sólo algunos de referentes doctrinales habi-

tir de la STC 32/1981 y se expresaba, fundamentalmente, en dos sentidos: en primer lugar, en la *innecesariedad* de una declaración formal por cuanto «esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente» (STC 32/1981/6); en segundo lugar, en la *provisionalidad* de una hipotética delimitación formal de lo básico pues, aunque se haya establecido previamente lo que haya de entenderse por básico, «en caso necesario, será este Tribunal el competente para decirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución» (STC 32/1981/5) (8).

1. *El Tribunal Constitucional define en último término la forma y el contenido de lo básico*

Ambas concepciones tienen, a mi juicio, naturaleza distinta. La posibilidad de alterar la delimitación formal de lo básico a través de la jurisprudencia constitucional no afecta a la cuestión que aquí nos preocupa: las condiciones formales en su acotación, en cuanto se produce en un momento ulterior a la determinación inicial. No se cuestiona, por tanto, esa concepción material, sin perjuicio de que en este momento de desarrollo constitucional nos parezca una referencia acaso superflua, propia de una etapa de formación del Estado auto-

tales diferenciaba «legislación básica» de las otras expresiones (S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1985, tomo I, pág. 375). Sin embargo, aunque está distinción resulta muy interesante desde la perspectiva formal que aquí nos interesa y se centra fundamentalmente en el vehículo normativo utilizado, la soslayamos en cuanto no ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, que no ha extraído consecuencia alguna de la pluralidad semántica. Por el contrario, suele alternar las distintas expresiones sin considerar la que se utiliza en la norma paramétrica (STC 32/1981, STC 86/1990/4, entre muchas otras). Las excepciones, aunque también sin consecuencias prácticas, son las SSTC 149/1991 y 102/1995. En la primera, distingue legislación básica y bases para concluir que eso supone la asunción por el Estado de la competencia para establecer toda la normativa que considere necesaria para la protección del medio ambiente, *aminorando el margen de desarrollo normativo* por las CC.AA. La STC 102/1995 distingue las expresiones «bases» y «condiciones básicas», a las que atribuye una dimensión material de «normas básicas» y se refiere a ellas como expresiones que tienen una referencia común, aún cuando con modulaciones diferentes (FJ. 8).

(8) F. Balaguer adiciona un nuevo significado al concepto material de bases, consecuencia de los anteriores. Así, es también material porque «en virtud de la posible condición tácita de la definición de lo básico, y del control jurisdiccional que puede operarse sobre la misma, serán criterios materiales los que deben utilizarse a efectos de su explicitación por las CC.AA., y de su posible revisión jurisdiccional» (F. BALAGUER CALLEJÓN: *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 197-198).

nómico, consecuencia lógica, creo, de la naturaleza jurídica de las bases y la posición que ocupa el Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento. Se exceptúan los casos en los que la concepción primera la efectúa el Tribunal Constitucional, sin intervención previa del legislador estatal; pero éste es, precisamente, el otro supuesto de concepción material, al que nos referimos después. Ciertamente, el Tribunal expuso desde sus primeras sentencias que aunque las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será el Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución (STC 32/1981 y STC 1/1982). Sin embargo, esta conclusión puede deducirse de la propia estructura constitucional y no es algo peculiar de la definición de lo básico. Cualquier norma legal aprobada por las Cortes Generales y en vigor puede ser modulada o matizada, reinterpretada en suma, y no sólo expulsada del ordenamiento, por el Tribunal Constitucional para adaptarla al texto constitucional si es instado a ello por el cauce procesal oportuno. También, por tanto, las normas que delimitan las bases estatales y el desarrollo normativo autonómico serán interpretadas conforme a los preceptos del bloque de la constitucionalidad que se ocupan del reparto competencial entre el Estado y las CC.AA. en una determinada materia y, en consecuencia, al Tribunal Constitucional corresponde pronunciarse en última instancia sobre esa articulación normativa. Por ello, el Tribunal enjuicia también el proceso de producción normativa de lo básico, en su forma y en su contenido, y puede modificar su concreción primera, pero no porque la delimitación de lo básico sea un proceso material sino en su condición de intérprete supremo de la Constitución. Huelga recordar que las sentencias constitucionales incorporan normas paraconstitucionales de creación jurisprudencial que, en ocasiones, alteran la declaración inicial del legislador, aún con el carácter fragmentario y puramente complementario que caracteriza a la producción jurídica de este órgano constitucional (9). Piénsese, sin poder detenernos en esta cuestión, en el sentido de las sentencias interpretativas y la función del Tribunal Constitucional como intérprete de la ley (10).

Ocurre que en el ámbito ahora analizado, ejemplo paradigmático de la función del Tribunal Constitucional en el Estado constitucional actual, la indeter-

(9) Un descriptivo análisis de las normas paraconstitucionales de creación jurisprudencial, en F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J. F. LÓPEZ AGUILAR, J. CANO BUESO, M. L. BALAGUER CALLEJÓN y A. RODRÍGUEZ: *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1999, volumen I, págs. 119-123.

(10) Cfr. un completo repaso a este fenómeno en F. J. DÍAZ REVORIO: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001. En concreto, sobre la relación de las sentencias interpretativas con la función legislativa, págs. 249-254.

minación constitucional del reparto y, en consecuencia, su acotación por el legislador estatal sin parámetro constitucional inmediato para su desarrollo autónomo en un reparto competencial *per relationem*, o, incluso, desde otra perspectiva que aquí se soslaya, la posibilidad de que una materia tenga encaje en distintos títulos competenciales, amplía el margen de actuación *creativa* del Tribunal Constitucional. Por ello, cuando se dice que el Tribunal establece las bases «en completa libertad» (SSTC 32/1983 y 42/1983) o que es el competente para decidir que es lo básico (STC 24/1985/8) no suplanta la libertad de configuración del legislador, sino que recuerda su intervención última en ese proceso como intérprete supremo de la Constitución. En definitiva, no enjuicia el contenido dado por el legislador a lo básico en el proceso de producción normativa sino las posibles extralimitaciones de sus márgenes de actuación con el parámetro de la Constitución territorial (11). La definición primera de lo básico compete, por tanto, a los órganos políticos de producción normativa; pero esta delimitación inicial es susceptible de control y, en consecuencia, de alteración, por el Tribunal Constitucional (12). En conclusión, cuando el legislador estatal define lo básico en una materia debe presumirse su conformidad al bloque de la constitucionalidad, sin perjuicio de su ulterior control por el Tribunal Constitucional para revisar la calificación efectuada (STC 49/1988/3; STC 13/1989/3). Si un entendimiento formal de lo básico impone su definición expresa e inamovible, es decir, la imposibilidad de controlar esa delimitación primera por el Tribunal Constitucional, resulta evidente que tal concepción no tiene encaje en nuestro ordenamiento constitucional. En ese sentido, más propedéutico que riguroso, el proceso de producción normativa de lo básico es material, en cuanto permite un amplio margen interpretativo al órgano jurisdiccional por su escasa definición en el bloque de la constitucionalidad. Sin embargo, no es esa la cuestión que nos preocupa sino, en un orden distinto, la existencia de alguna garantía formal exigible en la definición positiva de lo básico por los órganos estatales de producción normativa, susceptible de ser modulada después, en su caso, por el Tribunal Constitucional (13). El presupuesto

(11) *Cfr.* esta idea en J. TORNOS MAS: «La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RVAP*, 31, 1991.

(12) Dicho en los términos de la STC 13/1989/3, «corresponde al legislador estatal definir lo básico observando estrictamente las prescripciones constitucionales y estatutarias y a este Tribunal controlar en última instancia dicha definición».

(13) Un modelo distinto de delimitar lo básico es el propuesto por J. Tornos según el cual «al Tribunal Constitucional corresponde fijar el alcance máximo de lo básico en garantía de la competencia autonómica. Dentro de este máximo el legislador estatal podrá utilizar todo o una parte, y definir el contenido de un modo u otro» (J. TORNOS MAS: «La delimitación constitucional de las competencias. Legislación básica, bases, legislación de desarrollo y ejecución», en

es, por tanto, que en la actualidad el legislador estatal goza de libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que el Tribunal Constitucional pueda fiscalizar esa decisión salvo que se traspasen los límites resultantes del bloque de la constitucionalidad tanto en el contenido (control material) como en el proceso de producción (control formal) (SSTC 37/2002, 1/2003).

2. *Si lo básico no está expresamente delimitado se deduce de la legislación vigente. Carácter coyuntural de esta noción material del proceso de producción normativa de lo básico en la formación del Estado autonómico*

La inexistencia de una delimitación inicial de lo básico por el legislador estatal obligaba al Tribunal a fijar *ab initio* el reparto competencial bases-desarrollo aún con las dificultades anejas al ya mencionado carácter fragmentario y puramente complementario propio de su producción jurídica. Este es el otro sentido de la concepción material del proceso de producción normativa de lo básico, advertido en la primera jurisprudencia constitucional, que, por su incidencia en la formulación inicial, incide derechamente en las condiciones formales que aquí nos ocupan: la posibilidad de que las bases no estén expresamente formuladas como tales sino que sean deducidas racionalmente de la legislación vigente por el legislador autonómico al proceder a su desarrollo, con las consecuencias jurídicas y políticas aparejadas a ello (14). La intervención del Tribunal Constitucional en este supuesto, cuando no existe una previa definición política de lo básico por el Estado, y, por tanto, no puede efectuarse un contraste de normas, supone, obvio es indicarlo, la ausencia de cualquier condicionamiento formal.

En su origen, la acogida de esta noción puramente material en el proceso

VV.AA.: *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, segunda edición, pág. 149). Frente a esta posición y, por tanto, entiendo, en sustento de la defendida en el texto indica Jiménez Campo que se esté ante una definición formal de lo básico o ante una mera afirmación procesal, esto es deducido de la legislación vigente, «el órgano de justicia constitucional no opone su concepto de lo básico o su noción de desarrollo a los conceptos, polémicos, que las partes respectivamente esgriman; enjuicia sólo si las opciones que expresan unas normas y otras entran o no en el ámbito de posibilidades abierto aquí, como en otros campos, por la Constitución y por los Estatutos» (J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico?», *cit.*, pág. 68).

(14) Es lo que J. Jiménez Campo denominó la relación de precedencia (cronológica y no sólo jurídica) entre la ordenación estatal y la que en su desarrollo puedan disponer las CC.AA.» (J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico?», *cit.*, pág. 53).

de producción normativa de lo básico, según la cual no es imprescindible la existencia de legislación básica estatal posterior a la Constitución para que las CC.AA. pudieran hacer uso de su potestad normativa de desarrollo, se sustentaba en dos presupuestos. En primer lugar, ha sido continuamente advertido que era una garantía de la posición de las CC.AA. frente a una hipotética inacción del Estado en los momentos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de los Estatutos de Autonomía. Hacía posible la efectividad de las competencias autonómicas de desarrollo normativo desde que los órganos autonómicos de producción iniciaron el ejercicio de sus funciones, ante la carencia de normas posconstitucionales básicas que sirvieran de marco al despliegue competencial autonómico, quebrando la relación cronológica de precedencia entre ellas (STC 111/1986/4). Aun cuando no se hubiera elaborado la legislación básica estatal, inexistente, como es lógico, en ese momento, con el referente de las normas preconstitucionales (STC 32/1981) o, en su caso, utilizando como parámetro único los límites constitucionales (STC 5/1982), las CC.AA. podían legislar sobre las materias de su competencia, respetando las bases que dedujeran de la legislación vigente en la materia (15). Además, en segundo lugar, el distinto *quantum* competencial de las CC.AA. dificultaba una declaración formal de lo básico por parte del Estado, aplicable con el mismo alcance en todo el territorio. Por ello, el legislador estatal regula de forma detallada una materia en el entendimiento de que en una parte del Estado se aplicará toda la regulación y en otra sólo las normas que tengan la condición de básicas, sin perjuicio de una hipotética aplicación supletoria de las restantes (16). Son presupuestos que a estas alturas de desarrollo autonómico pueden considerarse superados.

(15) En la STC 32/1981 el conflicto se planteaba en torno a la «necesidad o no de que la relación lógica que existe entre la legislación básica (competencia del Estado) y la legislación emanada de la Comunidad Autónoma sea también una relación cronológica, de manera que la promulgación de la ley estatal haya de preceder siempre necesariamente a la promulgación de la ley de la CA. En tanto que la representación del Gobierno parte del supuesto de que en aquellos casos en los que la Constitución reserva al Estado el establecimiento de las bases o principios de una determinada materia es necesario que las Cortes Generales aprueben las correspondientes leyes antes de que los Parlamentos territoriales puedan ejercitar la competencia que los respectivos Estatutos les atribuyen, las representaciones del Parlamento y Consejo Ejecutivo de la Generalidad entienden que desde el momento en que inician sus funciones los parlamentos territoriales pueden legislar sobre todas las materias de su competencia, respetando las bases o principios que, en una interpretación conforme a la Constitución, quepa deducir de la legislación vigente sobre la materia». El Tribunal se decanta nítidamente por la posición de la representación autonómica.

(16) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: «Legislación básica», en M. ARAGÓN REYES (coord.): *Temas básicos de Derecho. II. Organización del Estado*, Civitas, Madrid, 2001, 294. También, del mismo autor, «¿Qué es lo básico?», *cit.*, pág. 49.

Por un lado, a veinticinco años de la entrada en vigor de la Constitución, resulta sumamente improbable la acotación de un ámbito material en el que el desarrollo normativo autonómico deba producirse sin la existencia previa de una normativa estatal posconstitucional, dictada en ejercicio de su competencia, en la que haya podido determinar lo básico. Por tanto, ese esfuerzo adicional por lograr la máxima efectividad de la Constitución territorial, loable en aquel momento histórico y, sin duda, favorecedor del ejercicio competencial autonómico, resulta hoy innecesario (17). El propio Tribunal mantuvo en esa primera jurisprudencia (STC 32/1981) la provisionalidad aneja al proceso de formación del Estado autonómico de esa concreción material de lo básico en garantía de la normatividad constitucional (18) y, en su envés, del propio desarrollo autonómico que quedaría limitado por la futura ordenación estatal básica (19). Por ello, en la actualidad, en aras precisamente de una noción formal de bases que dote de una determinación cierta y estable a los ámbitos respectivos de ordenación de las materias, se ha impedido expresamente la posibilidad de inferir normas básicas de la legislación preconstitucional, en una concepción material, cuando el legislador posconstitucional ha procedido a establecer de una manera aparentemente completa en el ejercicio de su competencia las bases de esa materia, salvo que se indique expresamente esa remisión o se deduzca sin dificultad de su estructura, esto es, lo que el legislador posconstitucional no ha considerado básico se entiende que no tiene ese carácter, sin que puedan indagarse hipotéticos contenidos básicos, desde una concepción puramente material del proceso, en la legislación precedente (20).

(17) La vinculación de esta concepción material a la máxima efectividad de la Constitución y los Estatutos y, en definitiva, a la garantía de la normatividad de la Constitución, en J. JIMÉNEZ CAMPO: «Qué es lo básico?», *cit.*, págs. 53-54.

(18) «Esta legislación de las CC.AA. en cuanto puede quedar parcialmente invalidada por las normas básicas que dentro de su competencia establezca en su día el legislador estatal, nace ya afectada por así decirlo de una cierta provisionalidad» (STC 32/1981/6); «tal deducción nacería afectada de una cierta provisionalidad y quedaría pendiente de que el legislador la confirmase o revocase» (STC 24/1985/8).

(19) Recuérdese que en aquellos pronunciamientos iniciales se mantuvo incluso que «la legislación dictada por las CC.AA. antes de que el legislador estatal establezca las bases a que debe ajustarse la Administración del futuro, habrá de moverse dentro del límite más estrecho que los que habrán de resultar de una legislación informada plenamente por los principios que inspiran en este punto a la Constitución» (STC 5/1982/6).

Y esto, amén de la exigencia, en determinados supuestos, de actuación previa del Estado por la propia naturaleza de la materia competencial (SSTC 58/1982, 102/1988).

(20) En la STC 1/2003/4 se ha aplicado esta doctrina para impedir que el Estado utilice como bases en materia de régimen estatutario de la función pública la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 cuando esta materia se ha regulado en varias leyes posconstitucionales.

En síntesis, aquella primera articulación material, deducida por las CC.AA. para proceder a su desarrollo normativo en ejercicio de sus competencias, ha sido sustituida por una declaración formal de lo básico que ha podido aceptar o no el marco delimitador deducido de las normas preconstitucionales o inicialmente fijado. Incluso, la sucesión temporal de normas básicas, a partir de su inicial delimitación material, ha provocado la inconstitucionalidad sobrevenida de normas autonómicas de desarrollo (21). Así lo ha apuntado el Tribunal Constitucional con la consecuencia jurídica de la expulsión del ordenamiento de la norma autonómica, que despliega efectos a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley básica estatal sobrevenida (SSTC 87/1985, 137/1986, 27/1987, 1/2003) (22). Cuestión distinta, en la que no podemos detenernos, es la posibilidad de que en estos supuestos acaso pudiera aplicarse la doctrina de la inconstitucionalidad sin nulidad, con la consecuencia del desplazamiento de la norma autonómica que era conforme a las bases estatales en el momento de ser dictada (23).

En el segundo sentido indicado antes, el argumento de la dificultad de declarar formalmente lo básico ante el distinto *quantum* competencial de las CC.AA. con la consecuencia de la regulación estatal detallada de la materia que será de aplicación supletoria donde el Estado no tenga competencia tampoco se sostiene en la actualidad. Por un lado, tras la ampliación de competencias para las CC.AA. del art. 143 CE, prevista en los Acuerdos Autonómicos

(21) Resultan cada vez más habituales estas normas básicas estatales que desplazan a normativa autonómica previa. Así, en el *Informe Comunidades Autónomas 2002* se mencionan dos casos en los que la ley básica estatal incidía en leyes autonómicas que ya habían regulado la materia. Por un lado, la Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación, es una ley estatal que transpone una Directiva comunitaria que ya había sido transpuesta por Cataluña en ejercicio de sus competencias sobre protección del medio ambiente. Por otro lado, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente incide en el denominado «testamento vital» que había sido objeto de regulación en diversas CC.AA.

(22) En la STC 1/2003 se analiza la constitucionalidad de varios supuestos de pérdida de la condición de funcionario previstos en una ley autonómica extremeña. De la fundamentación jurídica del Tribunal se deduce que en el momento de aprobarse la ley era conforme a las bases estatales (art. 149.1.18 CE). Sin embargo, esa conformidad originaria desaparece cuando el legislador básico estatal ha dictado unas nuevas bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en la Ley 13/1996 que ya no resultan compatibles con las disposiciones autonómicas impugnadas. Ello ha conllevado la declaración de inconstitucionalidad al utilizar como parámetro, como es doctrina consolidada, no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso sino la realmente en vigor en el momento de dictarse sentencia (STC 170/1989/3).

(23) Esa tesis se sostiene en el voto particular a la STC 1/2003 con la consecuencia de que este conflicto podía ser resuelto por el juez ordinario inaplicando la ley autonómica.

de 1992, su formalización jurídica a través de la LO 9/1992 y las reformas estatutarias contenidas en las LL.OO. 1 a 11 de 1994, las reformas estatutarias posteriores, aprobadas en el período 1996-1999 y la transferencia de la sanidad a todas las CC.AA., se ha producido una efectiva equiparación competencial entre las CC.AA., sin perjuicio de algunas diferencias y la no culminación de determinados trasposos. La lista de materias competenciales del art. 148.1 CE ha perdido su efectividad, de forma que el art. 149.1 CE se ha convertido en punto de referencia único para todas las CC.AA. (24). Además, por otro lado, resulta conocido que tras la interpretación de la cláusula de la supletoriedad contenida en las SSTC 118/1996 y 61/1997, el Estado no puede exceder, con el sustento de esa cláusula, su ámbito competencial. En definitiva, no puede regular detalladamente una materia cuando sólo tiene competencia para establecer lo básico, sino que deberá declarar formalmente cual es el contenido de las bases de esa materia aplicables en todo el Estado.

Sin duda, esta noción material del proceso de producción normativa de lo básico garantizó la configuración y el desarrollo inicial de la articulación bases-desarrollo en el tránsito de un Estado unitario a otro descentralizado. Pero tenía, por su propia naturaleza, un sentido coyuntural, ceñido a las necesidades del proceso de formación del Estado autonómico. En la actualidad se han modificado las condiciones objetivas en las que se gestó esta noción material en la producción normativa de lo básico: no resulta necesaria para que las CC.AA. puedan ejercer sus competencias de desarrollo normativo y ejecución y el Estado puede elaborar una regulación básica homogénea para todas las CC.AA., sin excederse de su ámbito competencial en virtud de la cláusula de supletoriedad (25). El objetivo hoy es la concreción del ámbito competencial autonómico, con el referente de las bases estatales. En ese sentido, procede exigir con mayor rigor determinadas garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico.

Ya en 1988 señaló el propio Tribunal, en una sentencia fundamental para marcar el fin de la fase formativa y de la consideración estrictamente material

(24) Sobre la función transitoria que ha cumplido el art. 148.1, cfr. J. TORNOS MAS: «La delimitación constitucional...», *cit.*, pág. 133. Se mantiene la notable diferenciación competencial de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que está obligando al legislador estatal a convertirse en una suerte de legislador de estos territorios.

(25) Dicho en los términos del Tribunal Constitucional, «una vez superada la etapa inicial del sistema de distribución de competencias, el concepto material de norma básica, sin perder su sentido y relevancia, se debe integrar con el reseñado componente formal que ha de adquirir una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de competencias estatales y autonómicas» (STC 196/1997/5 b).

de la producción de lo básico, que el «componente formal adquiere una mayor trascendencia como garantía de certidumbre jurídica en la articulación de las competencias estatales y autonómicas» (STC 69/1988/6). A partir de esta sentencia, y de la inmediatamente posterior STC 80/1988, el Tribunal Constitucional ciñe en sus declaraciones el concepto material a la posible *redelimitación* ulterior del contenido de lo básico por el propio Tribunal Constitucional, consecuencia, como se ha dicho, de la función que este órgano cumple en nuestro ordenamiento. Sin embargo, en el proceso de producción normativa se aleja aparentemente de una concepción material o, dicho con la expresión literal del Tribunal, «tenemos una doctrina constitucional que, construida sobre el núcleo esencial del concepto material de norma básica», se entiende que en la definición de sus contenidos, «se complementa con elementos formales dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente reconocibles, evite la incertidumbre jurídica» (STC 69/1988/6). En ese sentido, consagra dos elementos de naturaleza formal en ese proceso de producción, mencionados desde sus primeras sentencias pero que formula ahora de forma sistemática, a saber: *a)* sólo a través de la ley se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas y, *b)* la propia ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.

Reconoce la preferencia de la ley formal en la definición de lo básico, luego denominada «principio de ley formal», pero éste componente formal tiene una segunda dimensión, puramente estructural, pues la fuente que contenga lo básico debe cumplir la condición formal de manifestar expresamente ese carácter, para que el legislador autonómico pueda proceder al desarrollo normativo (26). La finalidad, dice la misma STC 69/1988/5, es «velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las CC.AA. como norma básica cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cual sea el rango o estructura».

(26) Como ha indicado J. TORNOS: «Si la norma estatal es básica, la CA deberá tener en cuenta su contenido, lo que no ocurre si la norma estatal carece de esta naturaleza. Por esta razón es de gran importancia exigir esa definición de la naturaleza de la norma en su propio articulado» (J. TORNOS: «La delimitación...», cit., pág. 150).

No obstante, pese a que el desarrollo del Estado autonómico favorece la consolidación de estas garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico, se declara solemnemente, incluso como principio («principio de ley formal») y se define, aparentemente con claridad, su sentido, significado y consecuencias, no se ha mantenido en la práctica la tendencia formalizadora en las dos fases del tratamiento normativo de la materia sino que, por el contrario, el Tribunal ha acentuado en los últimos años, una concepción material en su determinación primera por el órgano de producción normativa en los dos ámbitos en los que inciden las garantías formales: no es necesario que lo básico se contenga en una fuente legal, esto es, puede incluirse en un reglamento, aun en órdenes ministeriales, e, incluso, no resulta imprescindible su delimitación expresa por el legislador estatal. El cauce ha sido la ilimitada extensión de las excepciones. En rigor, el Tribunal Constitucional no ha exigido de modo inexcusable estas garantías formales merced al uso continuo y la interpretación extensiva de las excepciones. La consecuencia es una creciente indeterminación en el reparto competencial ante la ausencia de la certeza y estabilidad que ofrece la ley formal y la seguridad jurídica aportada por la determinación expresa. No puede olvidarse que tras el reparto bases-desarrollo, aparentemente técnico, late siempre un conflicto político-territorial que únicamente puede ser pacificado con una adecuada articulación normativo-competencial.

III. LA PREFERENCIA DE LA LEY FORMAL EN LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO Y EL USO EXCEPCIONAL DEL REGLAMENTO

1. *Condiciones de la excepción al «principio de ley formal»*

La justificación del «principio de ley formal» en el sentido de preferencia de la ley como instrumento normativo idóneo para la definición de lo básico ha sido pergeñada por el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias, aunque en un devenir discontinuo. Resulta sabido que el art. 149.1 CE no ha establecido una reserva constitucional a favor de ley para definir lo básico (STC 147/1991/4) (27); pero la ausencia de reserva expresa no presupone indiferencia respecto a la fuente utilizada en este proceso de delimitación del reparto competencial de las materias afectadas por la división funcional bases-desarrollo. En ese sentido, aunque la Constitución no impone el uso de la ley,

(27) *Cfr.* uno de los primeros posicionamientos doctrinales respecto a la no exigencia de ley en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», *REDC*, 5, 1982, pág. 67.

los rasgos estructurales propios de esta fuente del Derecho, cuales son la generalidad (28), la estabilidad o la certeza la convierten en vehículo adecuado para una definición clara y precisa de los marcos delimitadores de competencias autonómicas por parte del legislador estatal, a quien corresponde realizarla por encargo de la propia Constitución, dado el carácter fundamental y general de esta definición (SSTC 32/1981/5; 1/1982/1, 69/1988/6; 147/1991, 36/1992, 331/1993/5) (29). Esto no conlleva la exigencia de una fuente específica que la Constitución no impone, sino en un sentido distinto, más orientativo que taxativo, la preferencia de la ley en la definición de lo básico supone acentuar la reserva de ley y reducir la intervención del reglamento en la materia (30).

La sentencia pionera en la articulación normativa bases-desarrollo, la STC 32/1981, mencionaba expresamente a la ley como instrumento para determinar los «principios o criterios» en que se plasma la competencia estatal para establecer las bases de una materia. Sin embargo, resulta conocido que posteriormente asistimos a una progresiva separación entre el ejercicio de la competencia estatal y este específico instrumento normativo, con la incorporación al proceso de producción normativa de lo básico no sólo de normas reglamenta-

(28) Como he explicado en otro lugar, aunque la generalidad no tiene en la actualidad el carácter que tuvo en otro tiempo continúa siendo un rasgo propio de la ley, si bien no constitucionalmente exigido. Por ello, tienen cabida en el ordenamiento las leyes singulares, siempre que no vulneren distintos límites derivados de la propia Constitución que les son aplicables (*cfr.* J. A. MONTILLA MARTOS: *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994).

(29) «Este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que para garantizar la generalidad y la estabilidad consustanciales a las reglas básicas (STC 147/1991) éstas deben establecerse mediante Ley formal votada en Cortes» (STC 131/1996/2).

(30) Se incluye también en esta noción de ley al Decreto-ley y al Decreto-legislativo. Respecto al primero, indica nitidamente la STC 23/1993/3 que «la referencia que esa jurisprudencia hace a la ley votada en Cortes en oposición al Reglamento, no puede ser entendida como una exclusión del Decreto-ley para establecer una legislación de carácter básico. A efectos de legislación básica sólo juega el límite específico del art. 86.1 CE (régimen de las CC.AA.), siendo posible que el Decreto-Ley, siempre que se cumplan los demás requisitos constitucionales exigibles, establezca disposiciones legislativas que contengan bases o normas básicas también a los efectos del art. 149.1.18 CE». En relación al Decreto legislativo, señala la STC 179/1992/2 que: «El gobierno no sólo puede, sino que debe esclarecer qué preceptos de los contenidos en el Decreto Legislativo tienen naturaleza básica, salvo, naturalmente, si se lo impidiera la Ley de delegación o pudiera deducirse que ésta ha pretendido agotar por sí misma la regulación de los aspectos básicos de la materia. Dicho lo cual, carece de trascendencia que la Ley de bases 47/1985 no haya habilitado expresamente al Gobierno para dotar de carácter básico a los preceptos del Real Decreto Legislativo recurrido, pues aquel no precisa de tal habilitación para el cumplimiento de sus deberes al respecto». *Cfr.* sobre esta cuestión, J. TORNOS: «Legislación básica y doctrina del Tribunal Constitucional (junio 1991-junio 1993)», *RVAP*, 36 (II), 1993, págs. 125-127.

rias sino incluso, de forma absolutamente excepcional, de actos administrativos cuando con éstos se garantice la unidad normativa mínima que legitima la competencia estatal (31). La utilización del reglamento en este proceso se produce en un primer momento de forma excepcional, condicionada a una actuación complementaria, vinculada a la adecuación de las normas preconstitucionales a la nueva estructura territorial, y provisional, en tanto las Cortes Generales no procedan a establecer una regulación completa e innovadora de las bases (STC 1/1982) (32). Luego, en la STC 32/1983, se prevé la posibilidad de fijar a través de normas reglamentarias aspectos concretos del núcleo básico, esto es, la ley debe fijar lo básico con carácter previo pero el reglamento puede completarla a continuación. Sin embargo, en los siguientes años, se soslaya a menudo la exigencia de ley formal y se admite con naturalidad el uso del reglamento (SSTC 96/1984, 91/1984) (33).

En este marco jurisprudencial casuístico y, por ello, sumamente variable, la STC 69/1988 establece un criterio claro, sintetizador de algunas posiciones anteriores, y se convierte en auténtico *leading case* sobre esta cuestión. Se mantiene la preferencia de ley formal como regla general en cuanto garantiza la determinación cierta y estable de los ámbitos materiales, pero el Gobierno puede hacer uso de la potestad reglamentaria para regular por decreto alguno de los aspectos básicos de una materia siempre que se cumplan determinadas condiciones, sintetizadas en que la norma reglamentaria «resulte, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases» (34). Estas condiciones, que ya aparecían, si

(31) El punto de referencia es la STC 1/1982, en la que admite la utilización del acto administrativo como garantía de un tratamiento jurídico uniforme. La STC 147/1991/3 contiene un completo resumen sobre los casos en los que hasta ese momento el Tribunal Constitucional ha aceptado la categoría conceptual de actos de ejecución de naturaleza básica y las razones que lo justifican en cada supuesto. Resultan ilustrativos también, en sentido crítico, los votos particulares del magistrado Viver a las SSTC 86/1989 y 155/1993. Sobre los supuestos en los que, teóricamente, resultaba posible esa intervención del acto administrativo en la definición de lo básico, *cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983, pág. 67.

(32) *Cfr.* sobre esta sentencia, A. BLASCO ESTEVÉ: «Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional», *REDA*, 33, 1982; A. BAYONA ROCAMORA: «La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y la jurisprudencia constitucional», *REDA*, 45, 1985.

(33) *Cfr.* un relato detallado de esta evolución en N. GARRIDO CUENCA: «Novedades de la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de legislación básica», *RJC-M*, 19, 1994, págs. 84-86.

(34) En los supuestos, adiciona la STC 132/1989/27, en los que «la regulación mediante ley supusiera una rigidez irrazonable que impidiera la necesaria adecuación de la normativa a las circunstancias cambiantes». En alguna ocasión, pero de forma aún más excepcional, se ha expre-

bien de forma escasamente sistemática, en sentencias anteriores, permiten configurar teóricamente la excepción que permite a la norma reglamentaria participar en la concreción de lo básico. Son fundamentalmente tres:

a) La regulación reglamentaria básica es complementaria, esto es, existe, con carácter previo, una ley básica estatal.

b) Ese complemento deberá ser necesario.

c) La norma reglamentaria debe vincularse al fin del título competencial del Estado para establecer las bases.

a) El primer requisito apuntado en la STC 69/1988 para aceptar de forma excepcional la intervención del reglamento es que la norma reglamentaria sea complemento de una norma legal básica. Actúa, por tanto, como desarrollo de una ley que previamente ha acotado el alcance general de lo básico. En ese supuesto, cuando las materias básicas han sido definidas como tales en normas con rango de ley, la actuación normativa reglamentaria es puramente *comple-tiva* y no delimitadora o definidora *ex novo* de la articulación competencial. En otro caso, esto es, cuando no consta en «normas legales posconstitucionales o al menos de la legislación preconstitucional pueda inferirse cuales sean las bases de la materia en cuestión» puede llegarse, como ocurrió en la STC 32/1983 y en la posterior STC 42/1983, a declarar la nulidad de distintas normas reglamentarias estatales por «insuficiencia de rango» en cuanto no puede delimitarse en términos generales por norma reglamentaria lo que es básico (35).

El alcance de ese carácter complementario de las normas reglamentarias básicas puede ser acotado a partir de tres premisas. En primer lugar, la consideración como básica de parte de la regulación reglamentaria deriva de lo prevenido directa o indirectamente en la ley; en segundo lugar, cuando existe una ley previa que ordena la materia y ha procedido a la calificación de lo básico, no puede el reglamento innovar tal calificación más allá de lo previsto en esa ley previa (36); pero, en tercer lugar, ello no impide que la norma reglamenta-

sado la aceptación del uso de la potestad reglamentaria para regular lo básico a fin de atender a la ordenación de circunstancias coyunturales (STC 135/1992/3).

(35) Ciertamente es que posteriormente la STC 91/1984 acepta las normas reglamentarias básicas que no complementan una ley previa. Pero la posterior STC 77/1985 recupera esa concepción y, especialmente, la STC 69/1988 retoma y sintetiza, como hemos expuesto antes, el carácter complementario de la norma reglamentaria básica.

(36) Esta cuestión es especialmente importante para garantizar el carácter complementario de la actuación reglamentaria básica. Señala expresamente la STC 35/1992/5 que «no puede aceptarse que habiéndose limitado el legislador a declarar básicos algunos aspectos de esa regulación, decida el titular de la potestad reglamentaria declarar a su vez básico, no ya el directo desarrollo de tales aspectos, sino el conjunto del desarrollo reglamentario». Como comprobaremos, esta idea ha sido contradicha en la jurisprudencia posterior.

ria contenga normas que merezcan ser calificadas de básicas como ejecución o cumplimiento de una remisión hecha por la ley para culminar o completar la regulación de la disciplina básica por ella definida.

Importa destacar en este punto que la condición de complemento de una norma legal básica no puede confundirse con la exigencia de habilitación legal previa con carácter expreso. Sin duda, cuando existe una remisión concreta al reglamento éste puede completar la definición de lo básico, pero el gobierno no precisa un apoderamiento previo de la ley para dictar normas reglamentarias básicas, sino que éstas deben tener la condición de complemento de una regulación legal que establezca los términos generales de lo básico sobre una materia, supuesto distinto, como puede comprenderse (37). Esto significa que, por un lado, el reglamento puede buscar su cobertura legal en distintas leyes, pero, por otro, esa búsqueda de conexión legal no puede hacerse de cualquier forma. En este segundo sentido, no resulta aceptable el carácter básico de una regulación reglamentaria cuando, pese a mencionar una norma legal previa, no puede considerarse complemento de ésta por el grado de indeterminación o inconcreción. En consecuencia, la norma reglamentaria no precisa apoderamiento legal expreso para considerarse básica, pero, su conexión complementaria con una norma legal básica debe ser determinada y concreta (38).

Finalmente el apuntado carácter complementario de la intervención del reglamento en la definición de lo básico impide también la deslegalización.

(37) En la STC 141/1993/4 indica el Tribunal que «el Gobierno no precisa de habilitación expresa alguna para cumplir con ese deber de diferenciar las normas básicas de las que no lo son cuando tenga competencias para dictar normas con ese carácter, y podrá hacerlo ateniéndose al orden constitucional y estatutario de competencias, en todos aquellos supuestos en que es admisible la definición de lo básico por normas reglamentarias, salvo que, naturalmente, el legislador se lo impida, o pudiera deducirse que la ley ha pretendido agotar por sí misma la regulación de los aspectos básicos de la materia». Esto no contradice el carácter complementario de la norma reglamentaria básica pues sólo con ese carácter es admisible la definición de lo básico con normas reglamentarias. Tampoco es frontalmente contradictoria con la STC 35/1992, al menos en el aspecto que aquí nos interesa. La STC 35/1992 impide que el reglamento considere básicos todos sus preceptos, sin que puedan considerarse directo desarrollo de la definición legal de lo básico, mientras que la STC 141/1993 señala que no es necesaria la habilitación legal previa para ejercer la potestad reglamentaria básica. Efectivamente no se precisa habilitación legal previa, sino simplemente que la norma reglamentaria básica pueda considerarse complemento (desarrollo normativo en la expresión de la STC 35/1992) de la ley básica.

(38) Notable en este sentido es el supuesto de la STC 203/1993. Aunque la norma reglamentaria pretendidamente básica se remite a una ley de 1979, considerándose complemento de ésta, señala la STC 203/1993/8 que «es también evidente que tal habilitación reviste un grado de indeterminación e inconcreción que no permite considerarla un instrumento normativo suficiente para legitimar la fijación de bases en materia de hemodonación con carácter general y mediante normas reglamentarias».

Coincido con J. Tornos en que deberán fijarse en la ley los principios básicos que, en su caso, serán desarrollados como complemento por el reglamento, pero no resulta posible la remisión en blanco de todo lo básico a la norma reglamentaria (39).

b) El complemento normativo reglamentario debe ser necesario e indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas (STC 25/1983, STC 32/1983, STC 48/1988). Es necesario cuando la ley formal no resulta instrumento idóneo para regular exhaustivamente todos los aspectos básicos debido al «carácter marcadamente técnico o la naturaleza coyuntural y cambiante» de éstos, que exigen una actividad normativa rápida y una capacidad de ajuste que la ley formal no permite (STC 76/1983, STC 87/1985, STC 86/1989, STC 147/1991, STC 149/1992, STC 131/1996). Esto significa que, sin un expreso apoderamiento legal, las normas básicas de una ley podrán ser desarrolladas por normas reglamentarias que tendrán carácter básico en cuanto puedan considerarse complemento indispensable de las disposiciones legales. Sin embargo, conviene destacar que esto no supone la posibilidad de un desarrollo indefinido, que sustituiría a la competencia autonómica. El límite no ha sido bien definido, pero, aún de forma indeterminada, puede concretarse en «la medida indispensable para preservar el tratamiento uniforme» en una materia o actividad a regular acentuadamente técnica (STC 220/1992/4) (40).

c) Amén de ser complemento necesario o indispensable, de lo que deriva una conexión formal y funcional con una fuente legal básica, se exige una conexión teleológica de la norma reglamentaria con el título competencial del Estado que habilita su actuación normativa, relación de naturaleza material en la que, por ello, no vamos a detenernos. El contenido de la norma reglamentaria debe conectarse de forma inmediata con un título competencial del Estado, que le habilite para establecer las bases. No resulta suficiente una mera conexión formal, o incluso funcional, con una ley básica estatal para considerar, a su vez, básica una norma reglamentaria que la complementa, sin atender a su relación teleológico-material con el título del Estado que justifica la delimitación básica. Además, esa conexión no puede ser circunstancial o coyuntural sino directa.

(39) Cfr. J. TORNOS: «La delimitación constitucional...», *cit.*, pág. 156.

(40) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: «Técnica legislativa y legislación estatal con incidencia en las Comunidades Autónomas», en VV.AA.: *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, segunda edición, pág. 662. Debe recordarse que este argumento técnico justifica también en ocasiones la inclusión en lo básico de actos de ejecución. Así ocurre en las SSTC 87/1993 (coeficientes de inversión), 155/1993 (cooperativas de crédito) o 168/1993 (telecomunicaciones).

Con estos tres condicionantes podía configurarse un parámetro desde el que valorar las situaciones en las cuales era posible la utilización de normas reglamentarias en la delimitación de lo básico. Sin embargo, puede afirmarse con rotundidad que el Tribunal Constitucional no ha aplicado en la práctica esa doctrina, de forma que el «principio de ley formal» en el sentido de preferencia de la ley, se ha convertido en mera declaración retórica. Pese al carácter excepcional y a los condicionamientos específicos a la regulación reglamentaria de lo básico que resultan de lo anterior, en todas las ocasiones en que ha debido pronunciarse, el Tribunal Constitucional ha aceptado la hipotética excepción que justificaba la inclusión de lo básico en normas reglamentarias, salvo en las ya lejanas SSTC 32/1983 y 42/1983. La formulación expresa del «principio de ley formal» no ha supuesto el reforzamiento de las garantías formales en el procedimiento de delimitación de lo básico sino que, por el contrario, resulta cada vez más notorio el proceso de desformalización. Por un lado, se mantienen las declaraciones solemnes sobre la importancia de fijar lo básico en una ley (41); pero, por otro, continúa aceptando en todas las situaciones que se cumplen las condiciones, hipotéticamente excepcionales, para que puedan establecerse las bases mediante normas reglamentarias, no sólo por Real Decreto (STC 233/1999; STC 242/1999) sino incluso también por órdenes ministeriales (STC 188/2001, STC 126/2002). La consecuencia última de la proclamación del «principio de ley formal» debiera ser la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad formal de la producción normativa de lo básico. Sin embargo, el Tribunal no ha exigido, salvo en los casos apuntados de su primera jurisprudencia, la presencia de la fuente legal en la articulación normativa bases-desarrollo con ese poderoso instrumento.

2. *Las órdenes ministeriales en el proceso de producción normativa de lo básico*

Más estricto parecía el Tribunal Constitucional al enjuiciar el uso de órdenes ministeriales en el proceso de producción normativa de lo básico, en dos sentidos distintos: a) por un lado, en virtud de la materia afectada y el título competencial del Estado se puede impedir la intervención del ministro legisla-

(41) En la STC 203/1993 el Tribunal recuerda, como lo había hecho diez años antes en la STC 32/1983, que la determinación del órgano estatal que ejerce la competencia y el instrumento normativo que debe utilizar son problemas indisolubles de la titularidad de la competencia así como la importancia de que la norma básica se contenga en un instrumento normativo que la dote de certeza y estabilidad.

dor en ese proceso delimitador del ámbito competencial estatal y, en su envés, autonómico; *b*) por otro, el carácter complementario del reglamento en relación a la ley no permite aceptar la habilitación en cascada desde la ley a la orden ministerial, que deja escaso margen para el ejercicio de las competencias autonómicas. En el primer caso, se aplica la condición de la conexión teleológica con el título competencial del Estado; en el segundo, el carácter de complemento necesario de la norma legal básica.

a) La STC 213/1994 declaró la inconstitucionalidad de una orden ministerial al considerar que por la naturaleza de la materia lo básico debía contenerse como mínimo en un decreto. El Tribunal no se conforma con la declaración expresa de lo básico que realiza la norma jurídica, sino que examina si reúne las restantes condiciones formales. Así, concluye que, atendiendo a la materia competencial afectada: «la planificación general de la actividad económica» y al título competencial que, en consecuencia, posee el Estado (conexión teleológica con el título competencial del Estado), la delimitación básica no puede hacerse mediante órdenes ministeriales, salvo en elementos puntuales. Aspectos como los objetivos de las inversiones, la cuantía de las ayudas o el procedimiento de gestión, que constituyen el ámbito competencial del Estado en virtud del título derivado del art. 149.1.13 CE no son materias «coyunturales o efímeras». En consecuencia, no pueden ser «abordadas eficazmente» por una orden ministerial, sino cuando menos por un decreto.

b) En el segundo sentido, la naturaleza de complemento normativo de carácter técnico no justifica un encadenamiento de normas en la definición de lo básico desde la ley a la orden ministerial. La intermediación de otras normas reglamentarias en relación a la ley formal básica dificulta la consideración de norma básica de una norma reglamentaria de inferior rango que no enlaza directamente con la ley sino con otra norma reglamentaria (42). La STC 213/1994 impedía esa relación formal indiscriminada cuando indica que las bases no pueden continuar siendo reformuladas de modo sucesivo a través de instrumentos normativos de rango inferior a la ley y el decreto que, de ordinario, han de cobijarlas (43). Y esto es así no sólo por una razón material, en cuanto la conexión con el título competencial que habilita la actuación del Estado resulta más difícil, aunque ciertamente no imposible, en estos casos, sino

(42) En este sentido, la STC 118/1998 rechazó la vinculación de la norma reglamentaria estatal pretendidamente básica a la Ley de Aguas, que justificaría ese carácter básico.

(43) «Debe llevarnos a excluir la posibilidad de que el Estado continúe indefinidamente reformulando esas bases, no ya mediante la modificación o sustitución de dicho Real Decreto dictado por el Gobierno de la Nación sino mediante sucesivas Ordenes emanadas del Ministerio en cada caso competente» (STC 213/1994/10).

fundamentalmente por una razón formal en cuanto la certeza competencial conduce a determinar la insuficiencia del rango e impedir la reformulación normativa con cualquier instrumento normativo.

3. *La reciente acentuación del proceso de desformalización de lo básico*

En los últimos años, aún las tenues condiciones formales respecto al instrumento normativo utilizado en la concreción de lo básico que han ido apuntándose, a saber, norma reglamentaria como complemento necesario de una ley previa y exclusión de órdenes ministeriales o al menos uso sólo en casos puntuales, parecen quebrar. La STC 188/2001 es buena muestra de ello.

En esta sentencia, el rango de la fuente donde se contiene de forma implícita lo básico (órdenes ministeriales) resulta justificado porque éstas constituyen complemento de un decreto que, a su vez, es desarrollo de un derecho configurado en la legislación orgánica. Resulta evidente que cualquier norma reglamentaria constituirá complemento de una norma legal si partimos de una relación tan lábil como la existente en este caso en el que la regulación legislativa alegada a la que complementa de forma indispensable la norma reglamentaria considerada básica, que a su vez remite a otra disposición reglamentaria, son las referencias genéricas al derecho a obtener beca contenidas en la legislación educativa (44). Frente a esta doctrina debemos recordar que el propio Tribunal ha indicado reiteradamente que cualquier desarrollo reglamentario de una norma legal básica no puede ser considerado, por ese sólo hecho, básico (SSTC 227/1988/32; 118/1996/16). Por ello, como hemos expuesto, no basta la mera referencia a una norma legal para justificar el carácter básico de la reglamentaria sino que deben concurrir circunstancias formales en virtud de las cuales pueda considerarse complemento, sin que ello implique la exigencia de apoderamiento previo; funcionales, en cuanto son razones técnicas las que justifican su uso; y materiales de naturaleza telcológica en relación al título competencial del Estado (STC 69/1988/5; STC 227/1988/32; STC 213/1994/10).

(44) También en la STC 98/2001 resulta sumamente lábil la relación con una ley formal. Se utiliza en ese sentido la Ley 82/1980 que según el Tribunal había previsto efectivamente la acción estatal de fomento de las acciones ahora consideradas aunque reconoce que «en términos muy generales» (FJ. 7). Esto es suficiente para que el Tribunal declare que «existe la conexión legal y la intervención del Gobierno que resultan necesarias y, por tanto, también en este caso, existen razones excepcionales», que permiten concluir que no se ha producido el incumplimiento de los requisitos formales de las normas básicas en los términos exigidos por nuestra doctrina.

No es suficiente la búsqueda de cualquier relación con una norma legal básica para justificar el desarrollo reglamentario básico sino que habrá de determinarse en cada supuesto si la norma reglamentaria, por su contenido, es efectivamente complemento, esto es, no supone una nueva delimitación competencial, este complemento es indispensable desde una perspectiva técnica, no una mera reformulación de lo básico previamente establecido, y garantiza el fin al que responde la competencia estatal sobre las bases. No son improbables las circunstancias en que pueden cumplirse estas condiciones. Así, en las SSTC 242/1999, 98/2001 o 126/2002 se enjuicia el carácter básico de normas reglamentarias que formalizan jurídicamente un Plan previsto expresamente por el legislador, por lo que, más allá del debate sobre el abuso de este instrumento técnico de difícil encaje en el sistema de fuentes, puede constituir complemento necesario con una conexión teleológico-material con el título competencial del Estado. Sin embargo, en el supuesto de la STC 188/2001 no se advierte la vinculación formal, funcional y teleológico-material con el título competencial del Estado sino una conexión mediata con una ley básica.

También se vulnera, a mi juicio, en esta sentencia la otra garantía formal apuntada antes, la utilización absolutamente excepcional de ordenes ministeriales. Asistimos a un encadenamiento de normas consideradas básicas porque lo es la superior hasta llegar a regular lo básico a través de la fuente reglamentaria de inferior rango jerárquico. Precisamente lo que pretendía evitar la STC 213/1994 es lo que ahora acepta el Tribunal en la STC 188/2001. Además, la utilización de órdenes ministeriales merece atención desde esta vinculación finalista al título competencial del Estado que justifica el rango reglamentario de lo básico. También en las SSTC 242/1999, 98/2001 o 126/2002 se repite lo que comienza a ser una cláusula de estilo: advierte el Tribunal que la orden impugnada, por su rango normativo, no se aviene con las exigencias formales de la normativa básica, para, a continuación, aceptarla por la existencia de circunstancias que la justifican, vinculadas a su conexión con una norma legal o a la trascendencia sustantiva o material de la regulación. Sin embargo, he indicado antes que en la STC 213/1994 se declaró la inconstitucionalidad de ordenes ministeriales en cuanto por su «ínfimo rango» no resultaban adecuadas para regular cuestiones como la cuantía de las ayudas o el procedimiento de gestión de las mismas respecto al título competencial que habilita la intervención normativa del Estado. Resulta difícil entender, desde esa interpretación, que en la STC 188/2001 se acepte la utilización de ordenes ministeriales para delimitar lo básico en la convocatoria de becas de carácter general para estudios universitarios y medios.

La STC 126/2002, pese a su aparente inocuidad, supone un paso más en el apuntado proceso de desformalización por una razón que, a menudo, pasa de-

sapercibida: pudiendo acogerse por las circunstancias concretas del supuesto de hecho a la excepción que permite la utilización de normas reglamentarias en la delimitación inicial de lo básico, no lo hace. Con una argumentación simplista, que elimina la doctrina de las excepciones al «principio de ley formal», entiende el Tribunal que al ser desarrollo de una ley básica en su totalidad debe considerarse a su vez básico cualquier desarrollo reglamentario de ésta, sin necesidad de mayor fundamentación, sin detenerse en su condición completa, no delimitadora de competencias, en el carácter necesario de ese complemento normativo o en el punto de conexión teleológico con el título competencial del Estado y, aun cuando, en este caso, la ley establece expresamente los desarrollos reglamentarios que tendrán la consideración de básicos (45). Con esta interpretación soslaya los criterios asentados en su jurisprudencia. Por un lado, renuncia a la inteligencia de la norma reglamentaria básica como complemento necesario con vinculación teleológico-material al título competencial del Estado; por otro, acepta la «reformulación de modo sucesivo» de las bases a través de instrumentos normativos de rango inferior hasta llegar a las órdenes ministeriales, que había impedido la STC 213/1994. Pero, sobre todo, queremos hacer hincapié en que contradice su doctrina anterior (SSTC 227/1988 y 118/1998), en la que rechazó, de forma expresa, que los preceptos reglamentarios que desarrollan las normas legales básicas pueden considerarse, por ese sólo hecho, asimismo básicos. Desde esta nueva interpretación, basta la afirmación de que la norma reglamentaria es desarrollo de una norma legal básica para aceptar ese carácter, aun de las órdenes ministeriales (46).

(45) El conflicto ha sido provocado por una Orden Ministerial que aprueba el Plan Nacional de Residuos Industriales. La Ley de Residuos Tóxicos Peligrosos se considera básica en la Disposición Adicional Primera y, a su vez, considera básicos determinados desarrollos reglamentarios, con la técnica legislativa que hemos considerado idónea para una adecuada articulación normativa bases-desarrollo. Sin embargo, el conflicto versa sobre una Orden Ministerial que aprueba el Plan Nacional de Residuos Industriales, ámbito que no es mencionado entre los que tendrán un desarrollo reglamentario de carácter básico. No obstante, el Tribunal Constitucional, en aparente contradicción con su propia doctrina, señala que debe considerarse básica la elaboración de ese Plan en cuanto supone desarrollo de una norma legal básica, como todas las contenidas en la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos.

(46) En este caso, la Ley no ha incluido la elaboración del Plan de Residuos entre las materias cuyo desarrollo reglamentario tiene un carácter básico. Sin embargo, ya sabemos que el Gobierno no precisa un apoderamiento expreso e incluso la excepción resulta defendible en esta ocasión en cuanto se trata de la regulación material o sustantiva del Plan de Residuos al que se refiere la Ley, instrumento técnico que debe plasmarse en normas jurídicas, en este caso la Orden Ministerial objeto del conflicto. Por ello, puede considerarse complemento necesario vinculado a la finalidad del título competencial del Estado. Pero, precisamente porque en virtud de su contenido material podía ser aceptado el carácter básico de esta norma reglamentaria resulta aún más recha-

Frente a esta posición, entendemos que la condición de básico no deriva simplemente de su conexión formal con una ley considerada básica en su totalidad, en cuanto desarrollo reglamentario de ésta. Esa transferencia del carácter básico a la norma de desarrollo no existe, salvo que se indique expresamente en la norma habilitante o que se puedan justificar por razones excepcionales de índole material o sustantiva y naturaleza teleológica (47). Por ello, en esta tendencia de progresiva desformalización, aun cuando el Tribunal puede acogerse a la excepción, prefiere una argumentación que le permite en cualquier caso la inclusión de lo básico en normas reglamentarias, al margen de que sea complemento, ese complemento sea necesario o se vincule o no con el título competencial del Estado para concretar lo básico.

IV. LA DETERMINACIÓN EXPRESA DE LOS PRECEPTOS QUE TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE BÁSICOS Y SU EXCEPCIÓN

El otro elemento formal en la delimitación de lo básico y su consecuente desarrollo autonómico, que ahora analizamos, es la exigencia de determinación expresa en aras del tratamiento común y uniforme de la materia. La excepción se aplica, en este supuesto, cuando el carácter básico puede deducirse de la estructura de la norma, aunque no lo diga expresamente, sin especial dificultad.

El Tribunal ha sido más exigente respecto a esta garantía formal que en relación al «principio de ley formal» (48). Se protege, más que el rango de la

zable la técnica utilizada por el Tribunal Constitucional según la cual cuando la Ley no establece que el desarrollo reglamentario será básico, se sustenta en el carácter básico de toda la Ley para transferir esa naturaleza a cualquier desarrollo reglamentario que se realice de ésta.

(47) Curiosamente, a continuación, el Tribunal aduce la doctrina de la STC 98/2001/7 según la cual «existía la conexión legal y la intervención del Gobierno que resultan necesarias y, por tanto, también en este caso existen razones excepcionales, como en el supuesto resuelto por la STC 242/1999, que permiten concluir que no se ha producido el incumplimiento de los requisitos formales de las normas básicas en los términos exigidos por nuestra doctrina».

(48) Cuando la norma no se dota expresamente del carácter básico, «debe permitir inferir esta condición de la misma sin especial dificultad» (STC 69/1988) lo que ocurre cuando está «dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica» (STC 213/1994). Se puede comprobar empíricamente que, acaso por la influencia mediata del principio de ley formal, el Tribunal es más riguroso al aplicar la garantía formal de la determinación expresa de lo básico a los reglamentos que a las leyes, respecto a las cuales siempre se ha justificado la excepción. En ese sentido, N. Garrido muestra como «mientras que la mayoría de la leyes básicas no declaradas como tales se salvan por esta vía (SSTC 15/1989, 64/1989, 133/1990), los reglamentos han encontrado una mayor resistencia en la rigidez formal del Tribunal (SSTC 69/1988, 13/1989, 192/1990, 35/1992, 179/1992).

fuelle en la que se contienen las bases, un aspecto funcional que incide en esta condición formal (49): las bases deben aportar un tratamiento común o uniforme de la materia (50); por ello, se exige la determinación expresa de los preceptos que tienen carácter básico o que de su estructura se infiera nítidamente éste, relativizando la importancia del rango formal de la fuente que contiene las normas básicas. Así, desde ese criterio funcional, la ley o la disposición infralegal deben declarar expresamente el carácter básico de todas o parte de sus normas. Es un deber general inherente a su función (STC 175/1992, STC 131/1996) que garantiza la seguridad y certidumbre en esta relación internormativa y cuya importancia política huelga destacar en cuanto delimita, a su vez, el ámbito de actuación competencial autonómico, que debe quedar establecido con la mayor precisión. Por ello, como ha resaltado Jiménez Campo, la exigencia de una indicación expresa de lo básico apunta al núcleo mismo de lo que ha de ser una correcta relación entre normas básicas y normas de desarrollo (51), pues el acto mismo de fijación de lo básico constituye, simultáneamente, una norma de delimitación de competencias.

En el sentido apuntado, no se acepta cualquier argumentación del Estado para justificar la excepción, esto es, el carácter básico de una norma estatal que no lo ha indicado expresamente. Así, en la propia STC 69/1988 se negaba la condición de básica a una norma reglamentaria estatal en cuanto ni ha sido expresamente reconocida como tal, ni de su estructura se infiere dicho carácter. La norma reglamentaria no reúne las mínimas garantías formales que son exigibles a una norma que pretende delimitar una competencia autonómica calificada en el Estatuto de Autonomía de exclusiva pero sobre la que incide un título competencial horizontal del Estado que habilita a éste para establecer lo básico.

Por ello, debemos plantear, siquiera de modo tangencial, la estructura que debe tener una norma para que se pueda inferir su carácter básico. Podemos acotar, en primer lugar, un aspecto instrumental: la importancia que han adqui-

(49) Habitualmente ambas garantías formales suelen ir unidos puesto que, como indica la STC 69/1988, cuando las bases son establecidas por el legislador estatal, la exigencia de definición expresa del carácter básico de la norma es generalmente cumplida, mientras que el Gobierno de la nación omite, también por regla general, el cumplimiento, introduciendo con ello una confusión y ambigüedad que es conveniente destacar a fin de reconducir el ejercicio de su potestad reglamentaria a los términos que correspondan, en esta materia, a su naturaleza de básica, excepcional y complementaria.

(50) Es una idea aceptada desde las primeras sentencias sobre la cuestión. Así, en la STC 1/1982 se identificaba el concepto de bases con el de regulación normativa uniforme y de vigencia en todo el Estado.

(51) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico?...», *cit.*, pág. 61.

ruido las exposiciones de motivos de las normas para justificar el carácter básico, cuando no lo han indicado expresamente, específicamente con la referencia a los títulos competenciales que sustentan esa delimitación (52). Pero, en un sentido sustantivo, más que concretar la estructura que debe tener lo básico, dificultado ante la inexistencia de una estructura interna uniforme (norma de principios, directriz política finalista, ley medida, etc.) y tarea que excede a las pretensiones de estas páginas (53), podemos acercarnos al alcance de la excepción en sentido negativo, esto es, indicando la estructura que no puede tener la norma pretendidamente básica para que se justifique la excepción, con la premisa de que ni la Constitución ni los Estatutos imponen a las normas básicas una determina estructura. Utilizamos para ello, en sentido crítico, la STC 188/2001. En ésta, la elusión de la determinación expresa del carácter básico se justifica porque «ello puede resultar admisible excepcionalmente si tal carácter se desprende de modo inequívoco de su contenido, como ocurre efectivamente en este caso, al tratarse de una regulación completa cuyo cumplimiento resulta inexcusable para la obtención de las ayudas» (FJ. 8), esto es, no declara expresamente el carácter básico sino que justifica la excepción alegando que se trata de una regulación completa de la materia. Indica el voto particular del magistrado Viver que se ofrece una argumentación tautológica o circular, que no sólo no resuelve el problema planteado sino que al admitir que contiene una «regulación completa» está reconociendo una extralimitación de las bases también desde un punto de vista material o sustantivo. Pero, más allá de este reproche material, desde la perspectiva formal que aquí nos ocupa, la argumentación del Tribunal, por un lado, contradice, aún sin reconocerlo, su jurisprudencia anterior y, por otro, carece de coherencia lógica.

En la STC 69/1988 no se consideró básica la norma reglamentaria a la que el Estado pretendió dotar de este carácter porque la «expresada norma general contiene una minuciosa y detallada regulación (...) que hace imposible identifi-

(52) Así, en la STC 213/1994/7 indica el Tribunal que en el Real Decreto en cuestión la «vocación o pretensión de norma básica puede inferirse desde su propia exposición de motivos, orientados éstos a la mejora de las condiciones de vida, trabajo y producción de la población agraria y muy en particular el caso de su art. 2.4, cuando define a la renta de referencia como el salario bruto anual de España de los trabajadores no agrarios».

(53) En este sentido nos parece muy interesante la propuesta de F. CAAMAÑO para quien la legislación básica debe ser una «barrera negativa o frontera de mínimos que permite a las CC.AA. legislar de modo diverso sobre lo básico». Esta concepción se acerca a las tesis principialistas, pero se separa de ellas para garantizar «un fácil acomodo a los supuestos excepcionales pero también inevitables en los que *ratione materiae* es imprescindible que facultades de ejecución formen parte de la competencia reservada al Estado» (F. CAAMAÑO: «El abandono de lo básico...», *cit.*, pág. 112, *ibidem*).

car, de manera suficientemente segura, cuáles de ellos (sus preceptos) pueden ser básicos, incluido el invocado como tal en este conflicto» (STC 69/1988/7). En el mismo sentido, la STC 35/1992/5 se refiere al carácter detallista de la regulación como un motivo que imposibilita la calificación como básica de la norma en cuestión. En fin, se ha venido reconociendo, con buen criterio, que la regulación completa y detallada de una materia por la norma estatal, lejos de favorecer su consideración como básica la dificulta por la imposibilidad de discernir los aspectos que tienen ese carácter, a partir del criterio estructural que ha utilizado el propio Tribunal para acotar la excepción a la determinación expresa de lo básico.

Aun más importante que mostrar la quiebra con la jurisprudencia anterior nos parece resaltar la incoherencia lógica en que incurre el Tribunal Constitucional. Parece difícil comprender la interrelación establecida por éste entre regulación detallada y una «estructura de la que pueda inferirse sin dificultad su carácter básico» como excepción a la delimitación expresa. Interpreta el Tribunal que como la norma estatal lo contiene todo, incorpora también lo básico. No obstante, la esencia de la articulación normativa bases-desarrollo es justamente la contraria. El Estado establece únicamente el tratamiento mínimo uniforme a partir del cual se produce el desarrollo normativo. Por ello, cuando la regulación estatal es detallada, podemos presumir que no tiene la estructura formal propia de lo básico, a salvo de que lo indique expresamente. En este análisis puramente formal podemos concluir que la estructura normativa del contenido mínimo uniforme es justamente antagónica a la regulación detallada. Esto no significa, entiéndase bien, que las bases no puedan contenerse en regulaciones detalladas de la materia, de la misma forma que pueden incluirse en actos de ejecución, esto es, en esos casos, habitualmente materias de contenido económico en las que el Estado interviene con medidas coyunturales, deberá examinarse si el detalle y la minuciosidad de la reglamentación estatal, o del acto de ejecución, asegura los fines de unidad normativa mínima que legitima la competencia estatal y en todo caso deberá indicarse expresamente, no será aplicable la excepción en virtud de su estructura (54). La regulación general y detallada de una materia, aun cuando es una opción no vedada de forma expresa, no permite inferir, sin especial dificultad, su carácter básico que es, conviene recordarlo una vez más, la única excepción a la exigencia de determinación expresa de lo básico. Por el contrario, se había destacado con distintas expresiones el carácter de contenido mínimo de estructura principal, si no

(54) Este paralelismo entre los actos de ejecución y la regulación detallada de las bases y el carácter absolutamente excepcional de ambos lo encontramos de forma expresa en la STC 49/1988/23 y se reitera en la STC 147/1991/3.

como exigencia ineludible, si como la manera más adecuada de definir lo básico y en su envés permitir el complementario desarrollo autonómico (55). Por ello, rechazamos la interpretación de la STC 188/2001. La regulación detallada de la materia no favorece la consideración de lo básico sino que, al contrario, precisamente en esos casos deberá justificarse expresamente porqué, pese a esa estructura formal, la regulación estatal tiene carácter básico. En general, si nos planteamos la opción entre las bases-principios que establecen criterios generales comunes para todo el territorio y las bases fragmentarias, que regulan hasta el detalle de una materia, incluso la ejecución administrativa (56), soslayando las normas básicas finalistas, especialmente las reglamentarias que cumplan objetivos establecidos en una ley básica, parece evidente que, aunque excepcionalmente y respecto a materias concretas puedan utilizarse las segundas, la estructura de las primeras se adecúa mejor al sentido constitucional de lo básico, concebido como tratamiento normativo uniforme por parte del Estado de carácter mínimo para que las CC.AA. desarrollen su ámbito competencial. En conclusión, que la norma pretendidamente básica tenga una estructura principal no la exime automáticamente de la determinación expresa de ese carácter pero en casos excepcionales se puede inferir de su estructura, como criterios generales comunes para todo el Estado vinculado, en la perspectiva material, al contenido mínimo uniforme y con el apoyo, en su caso, de la exposición de motivos de la fuente. Mas si la norma es detallada, no puede ser básica en virtud de su estructura, esto es, deberá indicarlo de manera expresa.

V. LA CONVENIENCIA DE RECUPERAR LAS GARANTÍAS FORMALES EN EL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DE LO BÁSICO

Se ha comprobado que la utilización de normas reglamentarias, incluidas órdenes ministeriales, y la no delimitación expresa en el proceso de producción normativa de lo básico encuentra una justificación habitualmente aceptada por el Tribunal Constitucional, aun con fundamentos sumamente discutibles. Por ello, en el voto particular a la STC 188/2001, el magistrado Viver, más allá de la mera

(55) Jiménez Campo apunta en este sentido que «la sujeción más flexible a que dará lugar una regla de principios puede ser en muchos casos la fórmula técnicamente idónea para la manifestación de la legislación básica. No es, sin embargo, la única fórmula constitucionalmente posible» (J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico...», *cit.*, pág. 83).

(56) Sobre la distinción entre bases principios y bases fragmentarias que hemos utilizado en el texto, cfr. P. PÉREZ TREMPES: «Legislación autonómica de desarrollo», en AA.VV.: *El funcionamiento del Estado autonómico*, MAP, Madrid, 1999, segunda edición, págs. 685-686.

discrepancia sobre la interpretación efectuada por la mayoría, indica que más de un decenio después de su formulación expresa y tras mencionarse en numerosas sentencias, del «principio de ley formal» sólo se conocen sus excepciones. Por ello, continúa diciendo, quizás ha llegado el momento de replantearse la cuestión desde su raíz. Concretamente en las actuales circunstancias, «el Tribunal debería decidirse a aplicar el principio solemnemente proclamado, a justificar con argumentos fuertes sus excepciones al objeto de que éstas sean tales, o, en caso contrario, estimo preferible, por razones de seguridad jurídica entre otras, abandonar expresamente la exigencia de los mencionados requisitos formales».

En la dicotomía planteada por Viver nos decantamos por la recuperación de las garantías formales. Creemos que existen buenas razones para ello, tanto para la preferencia de la ley formal como para la determinación expresa de lo básico.

Respecto a lo primero, la preferencia de la ley se ha convertido, como hemos comprobado, en una mera búsqueda de conexión con una norma legal básica, indeterminada e inconcreta, para justificar su regulación en normas reglamentarias hasta llegar a la orden ministerial. Sabemos que la Constitución no prevé que las bases hayan de establecerse necesariamente por ley; por ello, no resulta constitucionalmente aceptable la exigencia de ésta fuente. Sin embargo, pese a la inexistencia de una reserva de ley existen argumentos fuertes para mantener la utilización excepcional de reglamento y preferente de la ley, en el sentido apuntado en la STC 69/1988.

Podemos apuntar cuando menos tres motivos, sin duda interrelacionados, que se vinculan a la trascendencia del proceso de producción de lo básico en la determinación del reparto competencial bases-desarrollo, para una adecuada articulación normativa y para la estabilidad de los ámbitos competenciales del Estado y las CC.AA. en el contexto de un Estado democrático-pluralista. En el primer sentido, la producción normativa de lo básico supone la concreción de las normas constitucionales de reparto competencial en determinadas materias. Por ello, dada su trascendencia en la organización territorial del Estado, resulta importante la utilización de la ley, no sólo porque una regulación uniforme debe ser establecida por el órgano de representación «del pueblo español» (art. 66 CE) sino en cuanto garantiza la intervención de las minorías en el proceso de determinación recíproca de los ámbitos de actuación estatal y autonómico. Esta garantía formal de la intervención de las minorías se adecúa a la concepción actual del principio democrático en una democracia constitucional o pluralista, sustentado en la protección de las minorías a partir de la asunción de la pluralidad subyacente en el tejido social (57) y también al entendimiento

(57) Cfr. extensamente sobre esta cuestión mi trabajo *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 86-90.

de la separación de poderes como la contraposición de la mayoría parlamentaria-gubernamental, por un lado, y la minoría política, por otro, que podemos comprobar en la realidad constitucional y la praxis política, pese a que los textos constitucionales mantienen la idea de control entre órganos desde el dualismo tradicional gobierno-parlamento (58). En segundo lugar, el proceso de producción normativa de lo básico conlleva la delimitación de la potestad legislativa de las CC.AA. sobre estas materias a partir del tratamiento uniforme de contenido mínimo establecido por el Estado. Dada la relación recíproca con la ley autonómica parece más conforme a un buen sistema de fuentes que lo básico se determine con una ley formal, sin perjuicio de que pueda ser completada con las normas reglamentarias. Como se ha advertido, cualquier modificación de las bases estatales puede provocar la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas autonómicas de desarrollo y su necesaria conformidad a la nueva regulación estatal. Por ello, también resulta difícilmente acorde al principio democrático-pluralista que la modificación de una norma reglamentaria estatal, sin participación de las minorías presentes en el órgano de representación y, por ello, sin debate público, obligue a modificar, en su caso, leyes autonómicas, elaboradas con esas garantías de participación democrático-pluralista. Finalmente, en tercer lugar, la intervención parlamentaria aporta mayor estabilidad en la delimitación de lo básico que su regulación gubernamental, más inestable por la propia naturaleza de la fuente. Si recordamos que esa concreción determina el reparto competencial derivado de la Constitución territorial, esto es, los respectivos ámbitos competenciales del Estado y de las CC.AA., podemos concluir que la estabilidad es un valor en si mismo, un *a priori* necesario que no resulta garantizado, pero si favorecido, con el uso de la ley tanto por su procedimiento de elaboración como por la forma de modificarse. A partir de estos principios, de directa aplicación a la interrelación de ordenamientos, las normas reglamentarias de delimitación de lo básico deben ser complementarias de su fijación legislativa inicial, salvo en situaciones muy excepcionales y singularmente justificadas en aras de la unidad de acción normativa en la definición de políticas concretas y regulación de medios para alcanzar los fines propuestos.

Más rotundos son, si cabe, los argumentos en favor de la recuperación de la otra garantía formal: la exigencia de determinación expresa de lo básico, esto es, la enumeración positiva de las normas que tienen la condición de básicas. Esta garantía se vincula derechamente al principio de seguridad jurídica. En

(58) Sobre el binomio Gobierno con su mayoría y oposición o minoría parlamentaria como auténtica división de poderes, cfr. por todos, A. GARRORENA MORALES: *Representación política y Constitución democrática*, Civitas, Madrid, 1991.

aras de ésta, tanto cuando lo básico se contenga en una ley votada en Cortes como en el supuesto excepcional de que la norma básica se introduzca por el Gobierno en ejercicio de la potestad reglamentaria resulta necesaria su determinación expresa (STC 69/1988/6). Seguridad jurídica fundamentalmente para las CC.AA. por cuanto huelga recordar que si la norma estatal es básica la C.A. deberá tenerla en cuenta como contenido mínimo uniforme al efectuar el desarrollo normativo, lo que no ocurre si carece de esa naturaleza. Con la determinación expresa las CC.AA. conocerán desde un principio los contornos de su ámbito competencial concretados por el Estado para atenerse a ellos y, en su caso, impugnarlos. Pero también seguridad jurídica para los operadores jurídicos, que contarán de este modo con un criterio cierto sobre la aplicabilidad territorial de unos preceptos y otros (59).

Pueden esgrimirse, en consecuencia, consistentes argumentos en favor de que el Tribunal module su tendencia actual y recupere en la práctica la doctrina asentada en la STC 69/1988: preferencia de la ley en la definición de lo básico y uso excepcional del reglamento como complemento necesario teleológicamente vinculado al título competencial del Estado, por un lado, y determinación positiva expresa, tanto en la ley como en el reglamento, por otro.

El título competencial del Estado para establecer lo básico, incluido en distintos apartados del 149.1 CE, no sólo impone el contenido mínimo uniforme de la regulación sobre la materia sino que, a su vez, articula los ámbitos de actuación autonómico y estatal, sin perjuicio de su control ulterior por el Tribunal Constitucional. Una vez residenciada la cuestión en la jurisdicción constitucional, ésta debe extraer las consecuencias de su formulación teórica, en este caso respecto a las garantías formales, y valorar desde criterios jurídicos la decisión política en torno al reparto competencial. Esa intervención es una garantía del reparto siempre que asegure el mantenimiento y la aplicación de los parámetros establecidos por el propio Tribunal. Si en un ámbito por naturaleza impreciso, vinculado a la relación recíproca de dos entes titulares de competencia, se adiciona la incongruencia entre las declaraciones y las resoluciones de la jurisdicción constitucional, el resultado es la imposibilidad de una recta comprensión de los ámbitos competenciales del Estado y las CC.AA. en estas materias. Por ello, la STC 69/1988 aportaba un parámetro relativamente estable en la articulación normativa bases-desarrollo pero más allá de su formulación es necesario que el Tribunal Constitucional lo aplique y extraiga todas sus consecuencias. Sólo entonces las competencias recíprocas de Estado y CC.AA., cualesquiera que éstas sean, estarán efectivamente garantizadas.

(59) Cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Qué es lo básico?...», *cit.*, pág. 62.

En conclusión, entendemos que el reconocimiento de las garantías formales en el proceso de producción normativa de lo básico resulta fundamental para una adecuada articulación normativa bases-desarrollo en el reparto competencial. Aunque la cuestión esencial continúa siendo qué es lo básico en cada una de las materias competenciales afectadas por esta división funcional, las garantías formales en el proceso de delimitación efectuado por el legislador estatal favorecen la certidumbre jurídica en el ejercicio competencial compartido, pese a las limitaciones metodológicas en la definición de su contenido. El Tribunal Constitucional, en su función de delimitación negativa pero con un evidente alcance positivo en este ámbito ante la indeterminación constitucional, debe coadyuvar a ello incrementando su grado de exigencia en ese proceso y declarando la inconstitucionalidad formal cuando el proceso de producción normativa del contenido material de lo básico, cualquiera que éste sea, no es conforme al parámetro que él propio Tribunal ha establecido.