

¿REFORMA O ABANDONO DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA COMO TÉCNICA DE DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS?

Xabier Arzoz Santisteban

Profesor titular (acreditado catedrático) de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco, y letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Efectos y defectos de la legislación básica. – 1.1. Operatividad jurídica de la legislación básica. – 1.2. Operatividad política de la legislación básica. – 2. Perspectivas de futuro. – 2.1. Vías procedimentales para reformular la noción de bases. – 2.2. ¿Perfeccionamiento o abandono de la técnica de la legislación básica? – *Resumen – Resum – Abstract.*

El espacio normativo que la Constitución faculta a compartir entre el Estado y las Comunidades Autónomas se articula esencialmente a través de una única técnica competencial: el binomio “bases-desarrollo”. La Constitución le reserva al Estado la competencia –en el art. 149.1 CE calificada de “exclusiva”– de dictar los aspectos básicos de la materia, mientras que las Comunidades Autónomas pueden asumir estatutariamente el desarrollo legislativo y la ejecución de esas bases. Lo que constituye inicialmente un mero mecanismo de *atribución* competencial a favor del Estado deviene de esta forma en una técnica de *delimitación* de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues la delimitación definitiva de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo se realiza mediante las leyes básicas estatales: para que esas leyes estatales cumplan su función delimitadora han de

Artículo recibido el 08/10/2015; aceptado el 26/01/2016.

Se trata de una primera versión de un trabajo que se publicará próximamente en el libro homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado, quien desde su temprano y omnicomprendivo *Derecho público de las Comunidades Autónomas* (1982/1984, reeditado en 2007) ha contribuido como pocos al estudio del derecho autonómico.

dictarse “dentro del marco constitucional” (art. 28.1 LOTC), pero ello se presume siempre que el Tribunal Constitucional no diga lo contrario.

No hay una construcción jurídica de la conformación del Estado autonómico más cuestionada que la de la legislación básica. En la doctrina iuspublicista española existe una valoración generalizada, compartida desde el centro a la periferia, y desde un extremo al otro del arco ideológico: la legislación básica, tal como ha sido interpretada por la jurisdicción constitucional, ha fracasado como técnica de delimitación de competencias en el Estado autonómico diseñado por la Constitución de 1978. Este es el balance que extraen autorizados iuspublicistas: “precipitado de una ingeniosa solución del Tribunal Constitucional para evitar el vacío normativo que de otro modo se habría producido en los inicios del Estado autonómico pero que, desde hace ya algún tiempo, adolece de más disfunciones que virtudes”;¹ “el binomio bases-desarrollo utilizado hasta ahora no ha resultado ser un criterio jurídico adecuado sobre el que fundar el sistema de distribución de competencias”;² la legislación básica “continúa sin tener un alcance claro y limitado”.³

Con todo, dentro de un diagnóstico compartido conviven acentos y matices bien diferenciados, pues generalmente se tiende a denunciar las patologías surgidas en uno de los elementos del binomio y a ignorar los excesos que provienen del otro, y viceversa. Y, con todo, las opiniones contrapuestas, aisladamente consideradas, pueden ser correctas, pues las desviaciones de uno surgen como reacción a las del otro y a su vez las alimentan. Donde se diverge ampliamente es en la terapia y en la forma de aplicarla: ¿la técnica de la legislación básica debe ser revisada y replanteada o lisa y llanamente abandonada? ¿Y ello cómo debe hacerse: mediante la reforma estatutaria, la modificación de la jurisprudencia constitucional o la reforma constitucional?

Por ello, en una obra cuyo eje temático es la reforma constitucional y la organización territorial y que pretende realizar un análisis crítico de las instituciones vigentes, con el rigor y el compromiso público que ha mostrado siempre el profesor Muñoz Machado, resulta insoslayable

1. F. Caamaño, “El derecho a decidir y el gambito de dama”, *Cuadernos de Alzate*, núm. 46-47, 2013, p. 97.

2. E. Aja y C. Viver Pi-Sunyer, “Valoración de 25 años de autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, p. 89.

3. E. Álvarez Conde, “La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004, pp. 38-39.

efectuar una reflexión sobre una técnica competencial central para el Estado autonómico. Si no se modifica esta pieza, el entero edificio puede ser remodelado externamente pero su funcionamiento efectivo apenas variará. No es este el lugar para ofrecer una exposición sistemática y exhaustiva de la legislación básica.⁴ El objeto de esta contribución será pasar revista a los (d)efectos de la legislación básica como técnica de delimitación competencial (1) y a las propuestas que se han articulado para superar esos (d)efectos (2). Para simplificar la presentación se atenderá a los rasgos generales de las bases, sin considerar las variaciones sectoriales que introducen algunos títulos competenciales.⁵

1. Efectos y defectos de la legislación básica

La noción de legislación básica es una construcción jurisprudencial. La Constitución utiliza las expresiones “legislación básica”, “normas básicas” y “bases”, pero no las define. La inexistencia de definición constitucional de esta técnica de distribución competencial ha dejado su desarrollo totalmente a la iniciativa de los poderes territoriales y a la prudencia y sabiduría del Tribunal Constitucional. En ausencia de criterios constitucionales, ha sido el Tribunal Constitucional quien en último término ha elaborado las pautas necesarias sobre el sentido y el alcance de una técnica de distribución competencial capital para el funcionamiento del Estado autonómico. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el campo de pruebas de una técnica competencial no definida constitucionalmente, un campo de pruebas que se puede analizar desde una doble perspectiva, jurídica y política.

4. Desde una perspectiva general puede consultarse A. Pérez Calvo (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1990; J. Jiménez Campo, “¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 39-92; J. García Morillo, “La versatilidad de lo básico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 1996, pp. 125-151; R. Jiménez Asensio, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 139-246; G. Fernández Farreres, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Lustel, 2005, pp. 237-315.

5. Sobre las bases en materia económica y energética *vid.* mis trabajos “La versatilidad de lo básico en materia económica, con especial referencia a la crisis financiera y las Cajas de Ahorro”, en M. Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Madrid, Lustel, 2012, pp. 513-524; y “La distribución competencial en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98-99, 2014, pp. 441-463.

1.1. Operatividad jurídica de la legislación básica

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existe un amplio cuerpo doctrinal sobre el significado, alcance y operatividad de esta técnica jurídico-competencial.⁶ El Tribunal Constitucional ha tomado abundantes y trascendentales decisiones sobre la técnica de la legislación básica. Las decisiones más trascendentales fueron tomadas muy al principio, en dos sentencias de 1981 y 1982. La primera decisión fue la reducción a la unidad de las diversas expresiones aparentemente diferenciadas que usa el art. 149.1 CE (“legislación básica”, “normas básicas” y “bases”). Quizá pudo haberse intentado elaborar categorías distintas partiendo de las diferentes expresiones utilizadas por el texto constitucional.⁷ Si había esas posibilidades, no fueron exploradas explícitamente, pues el Tribunal Constitucional se decantó pronto –en la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6– por una sola categoría jurídica para ordenar la distribución competencial, con la consecuencia obvia de que una extensa serie de materias (alrededor de la docena) mencionadas en el art. 149.1 CE quedó sujeta a un mismo patrón competencial, que habría de elaborarse posteriormente.

La segunda decisión trascendental fue la afirmación de una clave interpretativa de la técnica competencial: “Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada [...] es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1). La idea de “común denominador normativo”, que recorre la jurisprudencia, ofrece una imagen plástica de la funcionalidad de la legislación compartida en el Estado autonómico. Sugiere que, en las materias vinculadas a esta técnica competencial, la regulación se compondrá de un núcleo normativo común a todo el Estado –lo básico–, y de un

6. G. Fernández Farreres, *La contribución...*, 2005, p. 238.

7. En este sentido se pronuncia F. Caamaño, “El abandono de lo «básico»: Estado autonómico y mitos fundacionales”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 12-13, 2000-2001, pp. 99-100.

complemento normativo privativo o peculiar de cada Comunidad Autónoma –el desarrollo de lo básico–.⁸ No obstante, esta idea plástica no tiene carácter jurídico y no es capaz de resolver los innumerables problemas jurídicos que suscita la articulación de las competencias estatal y autonómica en el espacio legislativo compartido. Al llevar esa idea sencilla de “bases” a la compleja variedad de materias sujetas a la técnica competencial “bases-desarrollo”, la jurisprudencia constitucional se debatió entre el derecho y la política, entre la voluntad de construir un concepto jurídico-material unitario de bases y la necesidad de atender a la multitud de problemas que suscitaba el despliegue y consolidación del Estado autonómico. Al final triunfaron las necesidades funcionales del Estado autonómico, y el concepto se dejó enteramente a merced de la política. A continuación pasaremos revista a los principales elementos de la construcción jurisprudencial de la noción de bases.

a) *Afirmación y relativización de la garantía formal de las bases*

En un primer momento la principal preocupación de la jurisprudencia constitucional fue evitar la paralización del Estado autonómico, preservando tanto la continuidad normativa del ordenamiento preconstitucional como el inmediato ejercicio de las competencias legislativas compartidas por las Comunidades Autónomas. Para ello elaboró un concepto material de bases. Era imposible exigir del legislador estatal posconstitucional una determinación formal de lo básico en todas las materias en las que gozaba de competencias legislativas básicas. Tampoco parecía razonable impedir que las Comunidades Autónomas ejercieran sus competencias de desarrollo legislativo hasta que el Estado hubiera fijado el contenido de las bases. Por ello, se entendió que las bases se podían encontrar en la normativa preconstitucional: solo hacía falta inducirlas. Se consideró la única solución compatible con la pluralidad de intereses en juego.⁹ Además, mientras las Cortes Generales no

8. Para una crítica de la tesis de lo básico como “común denominador normativo”, esto es, como parcela material, vinculada a un concepto de interés general impropio de un Estado federal, *vid.* Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, pp. 105-106.

9. “Esta solución, que es la única que hace posible la asunción inmediata por las Comunidades Autónomas de las competencias legislativas que sus Estatutos les confieren, sin invadir por ello competencias reservadas al Estado, conlleva seguramente algunos

procedieran a establecer una regulación completa e innovadora de las bases de la materia en cuestión, el Gobierno podría hacer uso del Real Decreto para complementar o adecuar la normativa preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del ordenamiento constitucional.¹⁰

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional quiso abandonar la provisionalidad y erigir el concepto de bases sobre una estructura más segura. Así nació la garantía formal de lo básico.¹¹ La determinación de lo básico correspondía al legislador, como ya había proclamado en realidad en la STC 1/1982 (FJ 1), el cual debía además atribuir el carácter básico a las normas que adoptara. El objetivo declarado era “el cierre del sistema”, que el sistema “no se mant[uviera] en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad para oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cuál sea su rango o estructura”; se trataba de alcanzar “una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas”; ello por regla general solo podía hacer mediante la ley formal.¹²

No obstante, al mismo tiempo que se postulaba la exigencia de ley formal, se legitimaba su posible excepción: “como excepción a dicho principio de ley formal, el Gobierno puede hacer uso de la potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los preceptos básicos de una materia, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases”.¹³

inconvenientes que son, sin embargo, ineludibles en tanto que no se haya completado la reorganización territorial del poder del Estado para adecuarla a la Constitución” (STC 32/1981, FJ 6).

10. STC 1/1982, FJ 1.

11. Vid. P. Requejo Rodríguez, “Rango normativo y legislación básica”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. IV, 1998, pp. 447-465; J. A. Montilla Martos, “Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2003, pp. 89-120; E. Nieto Garrido, “Una noción más estricta del concepto formal de bases en materia de función pública, la reserva de ley y los convenios colectivos y la cláusula de prevalencia del Derecho estatal. A propósito de la STC 1/2003, de 16 de enero”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120, 2003, pp. 639-660.

12. SSTC 69/1988, FJ 5; 80/1988, FJ 5; 227/1988, FJ 32; 203/1993, FJ 4; 96/1996, FJ 32; 118/1998, FJ 1; etc.

13. SSTC 69/1988, FJ 5; 98/2001, FJ 7; 14/2004, FJ 11; etc.

La idea del complemento necesario evoca sin duda la relación ley-reglamento, de forma que la doctrina sobre la colaboración del reglamento en la determinación de lo básico tiende a solaparse con la doctrina sobre la colaboración normativa del reglamento en el ámbito de la reserva de ley.¹⁴ Esta asimilación ha facilitado probablemente que la intervención del reglamento en la determinación de lo básico haya transitado de la excepcionalidad a la normalidad. Y ello redundará en una gran complejidad de la ordenación de la legislación básica con la autonómica de desarrollo, pues tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden dictar normas de rango legal y reglamentario para ejercer su parcela normativa.

Por lo demás, la idea del complemento ha facilitado que la garantía formal del rango legal de lo básico, proclamada esencialmente como una mera regla de preferencia, se haya ido diluyendo en la práctica,¹⁵ al admitir dentro de las bases no solo la regulación legal sino también la reglamentaria, tanto por vía de real decreto como por orden ministerial.¹⁶ Como señala la doctrina, "no es serio, en términos de Derecho constitucional comparado, que la distribución de la potestad legislativa y, por tanto, el reparto mismo de poder

14. Aspecto destacado por J. Barnes, "Legislación básica y Estatuto de Autonomía", *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, IEA, 2004, pp. 95-98, 103, quien señala que el binomio "legislación básica-legislación de desarrollo" "parece haberse mimetizado conceptualmente" con la secuencia "ley-reglamento ejecutivo", y subraya que, "del mismo modo que la Ley posterior se despreocupa del efecto derogatorio que le infiere al reglamento dictado en ejecución de la Ley anterior", la modificación sobrevenida de las bases no atiende al "efecto de vacío legal sobrevenido que irradia sobre el Derecho autonómico".

15. Vid. J. A. Montilla Martos, "Los elementos formales...", 2003, pp. 109-112, y "El principio de ley formal en la articulación normativa bases-desarrollo: crónica de una renuncia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 6, 2003, pp. 259-273.

16. SSTC 188/2001, FJ 8, y 126/2002, FJ 8. Sin embargo, *vid.* SSTC 203/1993, FJ 10, y 213/1994, FJ 10, que declaran respectivamente la inconstitucionalidad de una remisión de un decreto a órdenes ministeriales y de un orden ministerial, al considerar que lo básico se debía contener como mínimo en un decreto. En la segunda Sentencia citada el Tribunal excluyó "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 Órdenes emanadas del Ministerio en cada caso competente". A lo anterior se añadió: "Cuando el Estado se apoya en un título tan genérico como es el de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica frente a la competencia exclusiva sobre agricultura y ganadería de las Comunidades Autónomas, no puede, salvo cualificadas excepciones, continuar operando con todos los instrumentos de los que disponía con anterioridad a la descentralización del mismo, incidiendo continua y diariamente en una materia que ha quedado ampliamente fuera de su competencia".

en el interior del Estado, pueda llevarse a cabo sin la intervención del legislador”.¹⁷

b) *La versatilidad material de las bases y sus difusos límites*

La segunda exigencia de lo básico establecida por la jurisprudencia constitucional es la material. La esencia del problema de las bases reside en la inexistencia de parámetros generales o específicos por materias o submaterias que permitan determinar, acotar u orientar siquiera el alcance de lo básico.

Inicialmente la jurisprudencia constitucional parecía apostar por una concepción principialista de las bases. Lo básico se identificaba con “principios”, con “principios y criterios básicos”, con “criterios generales de regulación”, con el “común denominador normativo” de cada materia o con “los principios normativos y generales y uniformes de ordenación” de cada materia (STC 77/1985, FJ 15). En la STC 32/1981 se equiparan sistemáticamente las bases con “principios” (FJ 6) y se afirma que “no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico [art. 149.1.18 CE], y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto” (FJ 5). Con todo, en la posterior STC 25/1983, FJ 4, señaló lo siguiente: “[por bases hay que entender] los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas”. Con respecto a algunas materias la jurisprudencia constitucional ha intentado apuntar directrices orientadoras para determinar el alcance

de lo básico¹⁸ o, más habitualmente, ha ofrecido una enumeración de los contenidos incluidos en lo básico.¹⁹

No obstante, la abundante jurisprudencia posterior ha arrinconado definitivamente la pretensión de limitar las bases a un contenido principalista o de identificar pautas generales sobre el contenido de las bases (como serían “los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado”). Aunque ocasionalmente se admita todavía que el contenido principalista es el “que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada”,²⁰ se reconoce la absoluta legitimidad de otorgar carácter básico a normas detalladas de rango reglamentario (e, incluso, a actos de ejecución, como veremos después) y de que las bases tengan un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten²¹ (e, incluso, sobre el territorio, como veremos después):

18. Sobre el alcance de las bases en la materia “régimen jurídico de las Administraciones públicas” (art. 149.1.18 CE), el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: “la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, aunque ciertamente no cabe trazar una distinción tajante entre unos aspectos y otros. No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar ‘a los administrados un tratamiento común ante ellas’ y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias” (STC 50/1999, FJ 3).

19. Así, la STC 39/2014, FJ 8, identifica las bases de la materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) con “la fijación de los requisitos, alcance y régimen jurídico de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social (campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación, acción protectora)”. O la STC 99/1987, FJ 3 c), identifica un elenco de cuestiones que engloban las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE): “en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

20. STC 31/2010, FJ 60.

21. Sobre la sustancial geometría variable de las bases, *vid.* STC 222/2006, FJ 3: “Este Tribunal ha empleado un concepto de bases que en modo alguno se concreta en el empleo de una técnica uniforme en todos los sectores del Ordenamiento, sino que presupone fórmulas de intensidad y extensión variables en función de las características del ámbito concretamente afectado”.

“Y ello no como pura excepción al criterio que para el art. 111 EAC constituye la regla de principio (base principal o de mínimo normativo, formalizada como ley), sino como elementos de la definición del contenido y alcance de la competencia atribuida al Estado cuando éste es el titular de la potestad de dictar las bases de la disciplina de una materia determinada”.²²

A falta de parámetros materiales de lo básico suficientemente operativos para controlar el ejercicio de la competencia estatal, la jurisprudencia constitucional optó por hacer de la necesidad virtud y trasladar el acento a los límites de las bases. El criterio fundamental a este respecto es el de no vaciamiento: la prohibición de agotar la regulación de la materia y, por ende, de vaciar de contenido la competencia autonómica.²³

Inicialmente la jurisprudencia había afirmado en términos positivos que el establecimiento de un régimen uniforme debe permitir a las Comunidades Autónomas “opciones diversas” (STC 32/1981, FJ 5), un “régimen jurídico propio” (STC 158/1986, FJ 4) o “políticas propias” (STC 50/1999, FJ 3). Ese régimen jurídico propio debería permitir adaptar las bases y atender a las “peculiaridades específicas” o “propias” de cada Comunidad Autónoma.²⁴ Si una Comunidad Autónoma es capaz de acreditar una peculiaridad objetiva, su regulación puede incluirse en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo legislativo.²⁵ Por otro lado, la necesidad de preservar “opciones diversas” o “políticas propias” es la única interpretación compatible con el principio

22. STC 31/2010, FJ 60.

23. Por todas, SSTC 50/1999, FJ 3, y 18/2011, FJ 10. Sobre el criterio de no vaciamiento, *vid. Viver i Pi-Sunyer, Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 174-180, especialmente 177-178, y Fernández Farreres, *La contribución...*, 2005, pp. 181-193.

24. STC 147/1991, FJ 4 C): “La definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses; por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose, en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal.”

25. Cfr. SSTC 158/1986, FJ 4, en relación con las “peculiaridades específicas de los caladeros del litoral” de una Comunidad Autónoma, y 90/2000, FJ 8, en relación con las peculiaridades del archipiélago canario para justificar una norma autonómica de desarrollo de la evaluación de impacto ambiental.

de autonomía.²⁶ En otros términos, la preservación de un margen de desarrollo suficientemente útil, que cada legislador autonómico pueda rellenar libremente, sería una exigencia intrínseca del carácter *compartido* de la competencia legislativa.

En cambio, el criterio del no vaciamiento no hace más que sopesar la acción normativa estatal y excluir eventuales excesos, pero no ayuda a definir *en positivo* ni a acotar lo básico.²⁷ Por un lado, la jurisprudencia subraya que el criterio del no vaciamiento se proyecta sobre el conjunto de la materia sobre la que la Comunidad Autónoma dispone de la competencia legislativa compartida, no sobre cada submateria o subsector específico incardinado en ella: en consecuencia, en ciertos subsectores la competencia básica puede agotar la regulación de la materia.²⁸ En otras palabras, es el legislador básico estatal el que decide en qué aspectos concretos de la materia puede haber espacio

26. STC 32/1981, FJ 5: “[...] la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario. En el respeto de esas condiciones básicas, por tanto, las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente. Esta es la interpretación que debe darse al art. 149.1.18.ª de la Constitución y el art. 9.8 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que a él se remite; interpretación que, por lo demás, es la única compatible con el tenor literal de tales preceptos y la que, desde otra perspectiva, permite armonizar los principios de unidad y autonomía que la Constitución consagra (arts. 2 y 137)”.

27. Con razón lo denomina Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 112, un “canon negativo de constitucionalidad”. Por su parte, Barnes, “Legislación básica...”, 2004, pp. 100-103, señala que la relación “bases-desarrollo”, en la praxis legislativa y jurisprudencial, parece agotarse en su dimensión exclusivamente “cuantitativa”, pues solo exige que “deje algún espacio, una cierta *cantidad residual*”, y que “apenas resulta accesible al control *material* del Tribunal Constitucional, más allá de una aproximación intuitiva. Se genera así un *efecto de inmunidad* frente a su ulterior fiscalización” (énfasis en el original). Viver i Pi-Sunyer, *Materias competenciales...*, 1989, p. 178, lo consideraba “escasamente operativo” y señalaba lo siguiente: “Carece prácticamente de valor para configurar positivamente el alcance de las bases y de las competencias de desarrollo [...]”. Juega tan sólo un papel de límite, pero se trata de un límite tan extremo que resulta difícilmente imaginable algún supuesto en el que pueda llegar a aplicarse. De hecho se puede afirmar que este principio prácticamente nunca ha sido utilizado por el TC para anular una actividad estatal de fijación de las bases de una materia determinada”. Como supuesto más próximo a ello apunta a la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que el Tribunal rechazó la pretensión de que determinados preceptos de la ley andaluza de reforma agraria invadían la competencia estatal sobre bases y ordenación de la actividad económica, “so pena de reducir literalmente a la nada las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma” en materia de agricultura. Pues bien, a la doctrina de la STC 37/1987 se le da la vuelta en la STC 93/2015, de 14 de mayo, en materia de vivienda: *vid. infra* nota 33 y texto que le acompaña.

28. *Vid.*, por ejemplo, la STC 207/2012, FJ 4: “Si bien, en aspectos puntuales de la materia objeto de la competencia estatal, en este caso la educación superior o universitaria, el Estado pudiera agotar su regulación siempre que ello fuese justificado en orden a la salvaguarda, en este caso, de la homogeneidad del sistema educativo nacional”.

para “opciones diversas” y pueden por ello abrirse a la competencia legislativa autonómica.²⁹

En la práctica el Tribunal Constitucional se limita a realizar dos tipos de verificaciones. La más general y habitual consiste en verificar si el contenido y la estructura de la norma básica admite expresa o implícitamente alguna posibilidad de desarrollo, aunque sea mínima, no en valorar la calidad del margen de desarrollo permitido. Con la constatación de alguna posibilidad de desarrollo se conforma usualmente la jurisprudencia constitucional. La otra modalidad de control externo se aplica a aquellos supuestos en los que la norma básica tiene un contenido pormenorizado y exhaustivo: entonces el tribunal verifica si ese grado de detalle y minuciosidad es necesario para salvaguardar la homogeneidad requerida por el concreto sector normativo,³⁰ pues en la concepción jurisprudencial lo básico no está reñido con lo exhaustivo o pormenorizado.³¹

Por otro lado, la posibilidad de “opciones diversas” depende en último término del contenido y la estructura de la concreta norma básica: no solo de su grado de detalle y minuciosidad, sino también de si establece un mínimo mejorable o ampliable o un máximo infranqueable, pues todo ello cabe en lo básico.³² Una regla básica prohibitiva o permisiva pueden no admitir desarrollo alguno o, alternatively, solo un desarrollo que amplíe el alcance de lo prohibido o de lo permitido. Por ejemplo, si la norma básica en materia de horarios comerciales obliga a que los establecimientos comerciales abran un

29. Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 102: “no existen criterios previos –aunque sólo sean indiciarios– para acometer una individualización neutral de lo básico, que progresivamente tenderá a identificarse con lo políticamente importante o relevante en la regulación de la materia, lo que, obviamente, depende en un principio de la valoración subjetiva del legislador que acometa la regulación”.

30. *Vid.*, por ejemplo, la STC 207/2012, FJ 6, en materia de educación: algunos aspectos de la regulación de la prueba de selectividad se declaran contrarios al orden competencial por ser demasiado pormenorizados; en cambio, considera otros aspectos, como el tiempo de duración de la prueba (tres días), como cuestiones básicas “en cuanto que con esa previsión se trata de garantizar la mínima igualdad para acceder a la enseñanza superior, así como evitar disparidades en las posibilidades de los estudiantes respecto al citado acceso a los estudios universitarios, garantizando que el resultado pueda homologarse en las diversas Comunidades Autónomas”.

31. A pesar de que la doctrina ha insistido en la existencia de límites: “hay cosas que no son, ni pueden ser, por laxo que sea el concepto que de lo básico se tenga, básicas” (García Morillo, “La versatilidad...”, 1996, p. 130).

32. Ambas modalidades se admiten en la jurisprudencia constitucional: “hemos reconocido modalidades muy diferentes de lo básico [como] topes máximos, niveles mínimos, tramos, e, incluso, bases diferenciadas por territorios, etc.” (STC 222/2006, FJ 3).

determinado número de días festivos al año, la norma autonómica puede incrementar ese número pero no reducirlo: la única política autonómica posible es la de incrementar el grado de liberalización de días de apertura, esto es, profundizar en la opción política adoptada por el legislador estatal, y no sustituir esa opción por la suya. Como consecuencia, la relativa diversidad que puede manifestarse en el contenido de las distintas normas que rigen en las Comunidades Autónomas no se traduce necesariamente en opciones políticas diversas, sino a menudo en grados o variaciones de una misma política o en una actividad complementaria de fomento. Así, en la más reciente jurisprudencia se declara que una competencia autonómica sectorial puede considerarse “intacta en gran medida” tras la intervención de las bases horizontales estatales en materia económica en la medida en que, aunque quede desprovista de sus potestades restrictivas de derechos (sancionadoras y expropiatorias) sobre el objeto de la competencia, cuenta todavía con los instrumentos de fomento.³³

En suma, el Tribunal Constitucional renuncia a diseñar y ejercer un efectivo control jurídico en esta materia, reconoce al legislador básico una competencia ilimitada de delimitación competencial y rechaza categóricamente los intentos estatutarios de fijación de límites formales y materiales a esa operación delimitadora, proclamando que “el contenido y alcance de las bases estatales serán siempre, y sólo, las que se desprenden de la Constitución interpretada por este Tribunal”.³⁴

33. STC 93/2015, de 14 de mayo, FFJJ 17 y 18. La competencia autonómica afectada era la de vivienda, y las normas autonómicas enjuiciadas intervenían sobre el parque de viviendas desocupadas en manos de las entidades crediticias, y en particular sobre las viviendas que se adquieren por el impago de préstamos hipotecarios. La Sentencia considera que el Estado había definido con su política “la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considera compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario” y que “la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública [estatal] en esta materia”. La Sentencia subraya que la comunidad autónoma puede utilizar “todo tipo de regulaciones que estén desligadas del mercado hipotecario” y pone como ejemplo los instrumentos de fomento; en definitiva, las regulaciones autonómicas no pueden referirse al mismo objeto de intervención que ha ocupado la acción del Estado.

34. STC 24/2013, FJ 3. En este mismo sentido puede verse Aja y Viver Pi-Sunyer, “Valoración...”, 2003, pp. 79-80: “los criterios utilizados para determinar el alcance de las categorías competenciales contenidas en la Constitución y los Estatutos (bases-desarrollo, condiciones básicas que garanticen la igualdad, ordenación general de la economía, etc..) poseen tal grado de indeterminación que, en la práctica, dejan a la libre decisión del legislador la determinación del alcance y contenido de los títulos competenciales y, lo que es más relevante, dejan a quienes deben ejercer el control jurisdiccional sobre esas decisiones del legislador sin parámetros constitucionales dotados del mínimo grado

c) **La versatilidad funcional de las bases**

El concepto de bases ha desbordado el campo de los principios legislativos o de los criterios generales de regulación. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional admite que las bases sean tanto mandatos generales y abstractos como órganos y procedimientos, e incluso determinados actos de ejecución. En otras palabras, la determinación de las bases de una materia puede recorrer el entero ciclo normativo (ley, real decreto y orden ministerial), puede incluir todo tipo de disposiciones (sustantivas, organizativas y procedimentales)³⁵ y puede incluso proyectarse sobre la ejecución.

La inusual apertura del contenido de una competencia legislativa hacia lo ejecutivo tiene una causa concreta en la jurisprudencia constitucional: la necesidad de anclar determinadas actuaciones ejecutivas del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el ámbito competencial reservado al Estado. El Tribunal Constitucional era consciente de la excepcionalidad de esa línea jurisprudencial, y o bien la ceñía a determinadas materias, como la economía o la ordenación del crédito,³⁶ o bien exigía “la presencia de alguna espe-

de seguridad y previsibilidad jurídicamente exigible”. Algo que también admite T. de la Quadra-Salcedo Janini, “Interpretación y determinación del alcance de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado”, *Indret*, núm. 3, 2009, p. 18: “a la hora de la fiscalización de las determinaciones estatales de lo básico, el Tribunal Constitucional se ha mostrado muy deferente con lo establecido por el Estado, con la importante consecuencia de que en la práctica ha dejado en buena medida en manos del Estado la propia delimitación competencial”. En cualquier caso, lo considera un resultado querido por el constituyente: “el constituyente ha querido de manera explícita que sea precisamente el legislador estatal básico el que realice en cada momento tal delimitación” (p. 19). El problema es que, como ese mismo autor recuerda, el sistema constitucional de competencias pivota en gran medida sobre el concepto de competencia básica estatal (p. 8). Lo que resulta más discutible, a mi juicio, es el supuesto carácter explícito de esa voluntad del constituyente.

35. Como señala la doctrina, lo básico se ha identificado con “las piezas fundamentales de una determinada, completa y a menudo exhaustiva regulación legal, de suerte que su comprensión –sobre todo por el legislador estatal– se sitúa en la lógica interna del texto, como si no fuese posible un distinto tratamiento normativo de la materia y lo básico en la estructura de la ley tuviese que coincidir con lo básico en su acepción constitucional. Se llega por este cauce a la calificación como básicos de determinados órganos o procedimientos, lo que sólo se explica por referencia a específicas previsiones contenidas en la Ley” (Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 104). Por su parte, Viver i Pi-Sunyer, *Materias competenciales...*, 1989, pp. 178-179, destaca el peso de las valoraciones finalistas en la determinación de lo básico: “el TC con frecuencia determina lo básico a partir de los efectos o la finalidad de los actos concretos de ejercicio”.

36. *Vid.* SSTC 1/1982, FJ 9; 48/1988, FJ 10; 178/1992, FJ 2; 87/1993, FJ 5; 155/1993, FJ 6; 204/1993, FJ 5; 155/1996, FJ 7; 37/1997, FJ 5; 133/1997, FFJJ 4 B y 8, y 235/1999, FJ 3.

cial razón que, de manera manifiesta, así lo justifique, como ocurre cuando el acto de ejecución afecta a intereses de varias Comunidades Autónomas o comporte márgenes amplios de discrecionalidad que sólo puedan ser encomendados a instancias generales –SSTC 1/1982 y 44/1982–; se produzcan situaciones de urgencia y sea preciso evitar daños irreparables o se trate de preservar la normativa de una institución considerada básica y por vía de conexión –STC 75/1983³⁷. Entonces se entendía que tanto la regulación detallada y minuciosa como la adopción de determinados actos de ejecución debían ser excepcionales, y que cuando “la actuación estatal no v[er] justificada por alguna de las razones que se dejan expuestas u otras de igual o análogo sentido y alcance excepcionales”, habría de declararse la extralimitación competencial (ibídem). Todavía en 2012 el Tribunal Constitucional se refería al “entendimiento extensivo de la competencia básica del Estado en materia de ordenación del control del crédito, hasta el punto de incluir actos de pura ejecución”.³⁸

Pero una vez puesta en marcha, la línea jurisprudencial que, excepcionalmente, habilitaba a descender al plano del detalle y la minuciosidad y a encuadrar determinados actos de ejecución dentro de las bases se ha ido alejando de la causa concreta que la motivó y de los presupuestos rigurosos que se exigieron en su día. En efecto, en la actualidad la excepción parece haberse generalizado vía STC 31/2010 (FJ 60), proclamándose también en materias ajenas a la ordenación de la economía y el crédito, como la educación,³⁹ en las que la necesidad político-constitucional de una flexibilización tan importante del concepto de legislación (básica) para incluir actos de ejecución resulta menos evidente.

d) La asimetría territorial de las bases

La idea de “común denominador normativo” y de “regulación normativa uniforme en toda la Nación” (STC 1/1982, FJ 1) no parece tolerar bien la variabilidad o asimetría en el nivel de sujeción a las bases de

37. STC 147/1991, FJ 4 c).

38. STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5, y se citaba “en el mismo sentido, SSTC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 3; 178/1992, de 13 de noviembre, FJ 2; 87/1993, de 11 de marzo, FJ 5; 155/1993, de 6 de mayo, FJ 6; 204/1993, de 17 de junio, FJ 5; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 7; 155/1996, de 9 de octubre, FJ 4; 37/1997, de 27 de febrero, FJ 5; 133/1997, de 16 de julio, FFJJ 4 B) y 9 A b); y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 3”.

39. SSTC 184/2012, FJ 3; 24/2013, FJ 3; 158/2013, FJ 5; 160/2013, FJ 7, y 17/2014, FJ 6.

las diferentes Comunidades Autónomas.⁴⁰ Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha admitido que las bases resulten inaplicables en determinadas Comunidades Autónomas, así como que algunas bases solo resulten aplicables en determinadas Comunidades Autónomas.

La primera excepción mencionada se conecta con el fenómeno, en parte transitorio y en parte estructural, del diferente nivel de competencias autonómicas asumidas estatutariamente. Solo una parte de los problemas a veces presentados como de *inaplicación* de las bases estatales tiene que ver realmente con una asimetría en la eficacia de las bases en sentido estricto. En efecto, debe distinguirse entre normas estatales básicas y normas estatales no básicas dictadas por el Estado para las CCAA que no hubieran asumido (todavía) la competencia de legislación de desarrollo en la correspondiente materia. Solo las primeras se deben considerar normas básicas, en cuanto que dictadas en el marco de las competencias reservadas al Estado por el art. 149.1 CE; las segundas no serían básicas, al estar fundamentadas no en la cláusula de reserva estatal contenida en el art. 149.1 CE sino en la cláusula residual del art. 149.3 CE, por lo que la inaplicabilidad de ese tipo de normas a las CCAA con competencias legislativas en la materia no tendría que basarse en argumentos equívocos como la inaplicación parcial o la asimetría de las bases.

Solo podría hablarse de inaplicación de las bases en los supuestos en los que existan diferencias competenciales entre las Comunidades Autónomas de carácter no transitorio que incidan sobre aquellas. Según la jurisprudencia constitucional, las excepciones a la general aplicabilidad de las bases “precisan ineludiblemente, bien una expresa habilitación constitucional [...], bien un específico anclaje estatutario” (STC 109/1998, FJ 5). El primer supuesto parece claro: es el caso arquetípico de los derechos históricos, actualizados mediante el correspondiente Estatuto de Autonomía.⁴¹ Más dudas suscita qué otros

40. También Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 91, ha advertido de la relación entre asimetría y configuración de lo básico, señalando que “la mayor o menor asimetría que pueda apreciarse en la forma territorial del Estado dependerá en no poca medida del modo en que configuremos jurídicamente lo básico”.

41. *Vid.* SSTC 214/1989, FJ 26, y 140/1990, FJ 4. A ambas sentencias se ha referido T. de la Quadra-Salcedo Janini, “¿Es el Estatuto de autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, pp. 149-152. Así, por ejemplo, la Comunidad Foral de Navarra no está sujeta a la totalidad de las bases estatales en materia de función pública, sino solo a las bases que afecten “a los derechos y las obligaciones esenciales de los funcionarios navarros”. En la doctrina puede consultarse M. M. Razquin Lizarraga, “Límites de las

supuestos podrían considerarse amparados por “un específico anclaje estatutario”, pues el único supuesto apreciado hasta la fecha por la jurisprudencia constitucional (STC 109/1998) es verdaderamente singular y está vinculado al régimen competencial preautonómico: una competencia transferida a Cataluña en la etapa preautonómica, esto es, con anterioridad a la Constitución, y que se confirma posteriormente por una disposición estatutaria.⁴²

La tensión más obvia e irresoluble tiene que ver con las peculiaridades normativas que se derivan del hecho insular. Por ejemplo, la regulación del sistema eléctrico canario le corresponde al legislador básico estatal en el marco de las bases del régimen energético. Ahora bien, el sector eléctrico constituye en Canarias un sistema propio, autónomo y aislado del peninsular, perfectamente delimitado desde el punto de vista territorial. ¿Quién debe fijar los elementos peculiares de su regulación y/o adaptar los principios de la normativa básica estatal a la realidad insular, el legislador estatal básico o el legislador autonómico? La aceptación de la tesis autonomista conduciría ciertamente a consagrar una asimetría en la delimitación de competencias basada en el hecho “natural” de la insularidad. La jurisdicción constitucional es poco proclive a las asimetrías competenciales, por mucho que –como ocurre en el supuesto del sistema eléctrico en Canarias– la geografía y la tecnología sean tozudas. La STC 18/2011 hace un esfuerzo por argumentar que lo que caracteriza lo básico no es el ámbito de aplicación de las normas (el conjunto del sistema eléctrico peninsular y, por tanto, supraautonómico en unos casos, los sistemas insulares en otros

competencias históricas de Navarra. El ejemplo de la función pública”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 58, 2014, pp. 13-45.

42. Por esa razón, algunos autores subrayan la excepcionalidad del supuesto, y de esa premisa infieren la imposibilidad de generar nuevos “anclajes estatutarios” que modulen el alcance de las competencias del Estado para dictar las bases. *Vid.* en este sentido De la Quadra-Salcedo Janini, “¿Es el Estatuto de autonomía...”, 2004, p. 152. Otros autores, en cambio, no ven ningún obstáculo a la legislación asimétrica. Para Muñoz Machado, *Informe...*, 2004, p. 143, “el Estado no ha hecho uso suficiente de las posibilidades de declarar la no aplicación de alguna de sus leyes a los efectos de respetar peculiaridades históricas, tradiciones organizativas, singularidades culturales o económicas, de algunas de las Comunidades Autónomas. Especialmente esta posibilidad de las regulaciones asimétricas tiene muy comfortable cabida en los supuestos de legislación concurrente”. El autor sostiene que la compatibilidad de la legislación asimétrica con la Constitución ha sido confirmada por las SSTC 76/1988, 214/1989 y 30/2000.

casos), sino la finalidad a la que sirve la adopción de esas normas, por ejemplo, la garantía del suministro del servicio eléctrico.⁴³

e) La variabilidad de las bases en el tiempo

Inicialmente el concepto de bases fue explícitamente relacionado con la idea de estabilidad, que no implica inalterabilidad. En la STC 1/1982 el Tribunal Constitucional señaló que “[d]ado su carácter general y fundamental respecto al resto de la ordenación de la materia, las bases de la misma deben tener estabilidad, pues con ellas se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales”. Entonces se consideraba que las bases respondían a necesidades de regulación uniforme de aspectos estructurales de la realidad social, lo que implicaba un marco estable. Excepcionalmente se contemplaba que, en determinadas materias o sectores, la atención a los aspectos coyunturales es consustancial a la regulación del sector económico (como ocurre con el crédito, STC 1/1982). Todavía en la STC 135/1992 (FJ 2), en un asunto relativo a la ordenación del crédito y la banca, se afirmaba: “Las bases, por su propia esencia, tienen vocación de estabilidad pero en ningún caso son inamovibles ni puede predicarse de ellas la petrificación, incompatible no solo con el talante evolutivo del Derecho sino con el propio dinamismo del sector de la economía en el cual se insertan. Es evidente sin mayor razonamiento que la flexibilidad de la ordenación y su capacidad de adaptarse a las circunstancias cambiantes y a la labilidad del sector, propician una mayor (*sic*) expectativa de perdurabilidad, en una relación directamente proporcional a aquellas características”.

Con el paso del tiempo se ha impuesto la óptica inversa, el entendimiento de la ilimitada variabilidad de las bases, como si en todas las materias sujetas a la técnica competencial de la legislación básica existiese la misma necesidad de flexibilidad de la ordenación básica y de capacidad de adaptación “a las circunstancias cambiantes y a la labilidad del sector”. La perspectiva actual no es, por tanto, la de la estabilidad, sino la de la variabilidad de las bases:⁴⁴ no el entendimien-

43. *Vid.* mi trabajo “Resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el control de constitucionalidad de normas con rango de ley con contenido competencial adoptadas en el año 2010-2011”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (ed.), *La Constitución económica*, Madrid, CEPC-TC, 2012, pp. 271-335, especialmente 300-310.

44. SSTC 1/2003, FFJJ 8-9, y 31/2010, FJ 60.

to de las bases como un marco normativo unitario dotado de estabilidad, sino como “plasmación de una legítima opción política”, esto es, cambiante y mudable a tenor del principio democrático. El nuevo mantra reza así: “la concreción de lo básico corresponde realizarla en cada momento al legislador estatal, quien, respetando aquel orden y estas garantías, goza de libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad”.⁴⁵ La nueva línea de justificación mezcla la evidente libertad de configuración del legislador democrático con la más discutible libertad para variar constantemente las bases. Cuando menos cabría diferenciar entre los sectores regulatorios dotados de gran dinamismo y que requieren una constante adaptación de las bases, por un lado, y los sectores que no debieran estar sujetos a tanta variación (como la educación), por otro.⁴⁶

Lo cierto es que no ha sido posible elaborar un criterio jurídico que diferencie entre la sana y lícita adaptabilidad de las bases a las cambiantes circunstancias y la abusiva variabilidad (con movimientos oscilantes de dilatación y contracción) de las bases en ciertas materias fruto de la alternancia política en las instituciones centrales del Estado. Tampoco se ha exigido que la nueva definición de lo básico venga acompañado de un plus de fundamentación.⁴⁷ El único límite explícito señalado por la jurisprudencia constitucional es la “observancia de las garantías de certidumbre jurídica necesarias para asegurar que las Comunidades Autónomas puedan conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo”.⁴⁸ Ello

45. SSTC 184/2012, FJ 3; 15/2013, FJ 4; 25/2013, FJ 4, y 48/2013, FJ 4.

46. *Vid.*, sin embargo, STC 24/2014, FJ 6, en la que se usa el argumento del dinamismo del “sector de la economía” extraído de las SSTC 135/1992, FJ 2 y 133/1997, FJ 8 (ordenación del crédito) para justificar la variabilidad de las bases en materia de educación. También las STC 212/2012, FJ 5, y 15/2013, FJ 4, se refieren a la variabilidad de las bases en el ámbito educativo.

47. Esa era la propuesta de García Morillo, “La versatilidad...”, 1996, pp. 131-132: “No quiere decirse con esto que lo que en un momento dado un legislador no consideró básico no pueda luego llegar a serlo, pero sí que para que ello pueda legítimamente suceder es menester que se argumente la nueva definición de lo básico [...] Dicho de otra manera, el legislador que pretendiera ampliar lo básico deberá justificar que se mueve dentro del ámbito de variabilidad, y que quien antes definió lo básico no agotó tal ámbito”. Ese plus de fundamentación sería sometido “a un escrutinio especialmente riguroso”, pues la decisión de ampliar lo básico surte efectos en los campos competenciales ajenos.

48. STC 48/2013, FJ 4.

pone en una difícil tesitura a las leyes autonómicas de desarrollo, cuyas opciones perfectamente válidas en un momento dado devienen inconstitucionales de forma sobrevenida, y viceversa: opciones inconstitucionales del legislador autonómico pueden devenir constitucionales si se modifican las bases.⁴⁹

Aunque el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear la capacidad de revisión de las bases por parte del Estado,⁵⁰ el Estado autonómico requiere mecanismos políticos para reducir la incesante modificación de las normas básicas y mecanismos jurídicos para establecer de forma ordenada la entrada en vigor de las nuevas normas básicas y dar tiempo a la adaptación de la legislación autonómica.

1.2. Operatividad política de la legislación básica

Vista la amplísima capacidad reconocida a los órganos centrales del Estado en la determinación de lo básico, resta indagar si la técnica competencial “bases-desarrollo” ha resultado adecuada para el funcionamiento del Estado autonómico.

Sin duda, la técnica competencial de la legislación básica permite, por su flexibilidad, satisfacer ampliamente las necesidades de dirección y encuadramiento normativo del Estado autonómico que tienen las instituciones centrales del Estado. Estas disfrutan de una capacidad prácticamente ilimitada para la determinación de lo básico, pues las restricciones formales y materiales al alcance de lo básico son escasas. El de la flexibilidad es el principal argumento político-constitucional aducido a favor de la abierta configuración de las competencias estatales de determinación de lo básico: se trataría de garantizar que el legislador estatal pudiera adaptarse a las circunstancias políticas de cada momento.⁵¹

49. Según la doctrina constitucional, la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión del Tribunal Constitucional sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos (SSTC 28/1997, FJ 2; 170/1989, FJ 3, y 1/2003, FJ 9). Con ello está ligado el problema de cómo depurar el ordenamiento jurídico de normas legales autonómicas que parecen contradecir las normas básicas, problema que rebasa el objeto del presente trabajo.

50. SSTC 99/2012, FJ 2 b), y 69/2013, FJ 3.

51. Así, De la Quadra-Salcedo Janini, “Interpretación y determinación...”, 2009, p. 19.

En la práctica, la apertura de lo básico no se ha traducido tanto en flexibilidad y capacidad de respuesta del Estado ante las circunstancias cambiantes como en una absorción progresiva de la regulación por el Estado, que fenómenos como la integración europea no han hecho más que potenciar. Como se ha señalado, "la distinta opción acogida por la jurisprudencia constitucional, identificando lo básico como aquella parte material de una competencia en la que se refleja el interés general del Estado, no sólo ha generado un virus que encapsulado en distintos huéspedes (llámese ley, reglamento o simple acto administrativo) se apodera del espacio constitucionalmente reservado al legislador autonómico, convirtiéndolo en un legislador débil, cuyos productos normativos se transforman en materia inútil a cada mutación de lo básico",⁵² "bajo ese sistema de compleja articulación normativa se cobija la imagen de un Estado tutelador de su propio proceso de descentralización, indeciso hasta la desconfianza, que, en definitiva, concibe la autonomía política tan sólo como la posibilidad de llevar a cabo políticas propias y diferenciadas dentro del obligado marco de una previa política general".⁵³ Por lo demás, resulta prácticamente unánime la constatación del fuerte impacto limitador de las competencias legislativas autonómicas.⁵⁴ Desde esta perspectiva es dudoso que la técnica "bases-desarrollo", en los términos en los que se configurado jurisprudencialmente, constituya un método adecuado de deslinde de competencias. Y, lo que no es menos importante, se explica que tampoco la construcción jurisprudencial de las bases haya encontrado plena aceptación por parte de los actores para los que fue diseñada.⁵⁵

Uno de los rasgos de nuestro Estado autonómico es la altísima conflictividad competencial,⁵⁶ que surge de desacuerdos fundamentales sobre la interpretación del alcance de los títulos competenciales atribuidos por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y de su

52. Caamaño, "El abandono de lo 'básico'...", 2000-2001, p. 106.

53. Caamaño, "El abandono de lo 'básico'...", 2000-2001, p. 96.

54. Barnes, "Legislación básica...", 2004, p. 108; Álvarez Conde, "La legislación básica...", 2004, pp. 38-39.

55. El art. 111 EAC introdujo una modificación sustancial de la concepción jurisprudencial de las bases y, además, proclamó que, en el ejercicio de las competencias compartidas, "la Generalitat puede establecer políticas propias". El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la primera modificación (STC 31/2010, FJ 60), pero la otra parte del precepto sigue vigente y ha de tenerse en cuenta por el máximo intérprete de la Constitución.

56. J. García Roca, "Una teoría de la sentencia en el conflicto constitucional de competencia entre entes territoriales", en *La sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*, Madrid, CEPC-TC, 1998, p. 18; J. García Roca (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 100.

aplicación en los casos concretos. La conflictividad de base competencial se manifiesta por diversos conductos y procesos. Una parte, de la que carecemos de datos cuantitativos y cualitativos, se vehicula a través de la jurisdicción ordinaria. En la jurisdicción constitucional se plantea y resuelve por medio de tres procesos constitucionales: los conflictos de competencia, los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad. En treinta y cinco años de jurisdicción constitucional se han planteado ante el Tribunal Constitucional más de mil conflictos positivos de competencia; a fecha de 31 de diciembre de 2014 se habían resuelto 980, 373 por sentencia y 607 por auto.⁵⁷ A ello hay que añadir los recursos de inconstitucionalidad, los cuales tienen en gran parte motivación competencial: según mi estimación, el porcentaje podría oscilar entre el 60% y el 80%, dependiendo de los ciclos políticos. El número de recursos de inconstitucionalidad de motivación competencial asciende en las legislaturas en las que el partido en el gobierno tiene mayoría absoluta,⁵⁸ probablemente en consonancia con las mayores cifras de producción legislativa. Hasta el 31 de diciembre de 2014 se habían dictado 543 sentencias en recursos de inconstitucionalidad, 10 sentencias en procesos de impugnación de disposiciones autonómicas y 5 sentencias en el recurso previo de inconstitucionalidad. Por último, una parte considerable de las cuestiones de inconstitucionalidad que se promueven también plantean cuestiones de inconstitucionalidad mediata de carácter competencial.⁵⁹ En suma, la mayor parte de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional fuera del ámbito del recurso de amparo está relacionada con la distribución de competencias.

Si comparamos esa conflictividad competencial con la existente en un Estado federal como Alemania, de cuyo modelo constitucional solemos tomar inspiración, los resultados son apabullantes. Si bien

57. Una parte de los procesos se terminan sin resolución sobre el fondo (por motivos procesales, por desistimiento, por pérdida de objeto, etc.) o se acumulan a otros. El número de sentencias dictadas en conflictos negativos fue tres, y el número de autos, veintidós.

58. I. Borrajo Iniesta, "Adjudicating in Divisions of Powers: the Experience of the Spanish Constitutional Court", en A. Le Sueur (ed.), *Building the UK's New Supreme Court – National and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 170.

59. H. López Bofill, "Retórica interpretativa en los conflictos legislativos de competencia", en F. Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 389, señala que las declaraciones de inconstitucionalidad por motivos competenciales acaparan el 56% de las declaraciones de inconstitucionalidad producidas hasta febrero de 2002 (de un total de 217 declaraciones de inconstitucionalidad recaídas sobre leyes en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad); la proporción de sentencias interpretativas sería similar.

España y Alemania tienen procesos constitucionales equivalentes y un número de actores políticos semejante,⁶⁰ los *outputs* son muy divergentes. El número de conflictos de competencia entre la Federación y los *Länder* que llegó a la jurisdicción constitucional en Alemania entre 1951-2014 es infinitamente inferior: llegaron 46 asuntos y se resolvieron 27. En muchos menos años (1980-2014), el Tribunal Constitucional español recibió 1.002 conflictos y puso 376 sentencias. Si atendemos a la última década (2005-2014), el resultado de la comparación es más llamativo. En Alemania, en toda la década solo se plantearon cinco conflictos y solo se pusieron dos sentencias. Los dos últimos conflictos entraron en 2010 y 2014. En el mismo periodo al Tribunal Constitucional español llegaron 180 conflictos y se resolvieron mediante sentencia 112. Igualmente, el número de recursos de inconstitucionalidad es mucho más elevado en España: 543 sentencias en España en 35 años frente a 115 sentencias en Alemania en 64 años.

En cambio, en otros procesos existe una mayor proximidad. El número de cuestiones de inconstitucionalidad que se resuelven en España está más cerca de las cifras alemanas, aunque siempre más altas que estas: en la última década (2005-2014) en España se promovieron 1.013 cuestiones y se resolvieron mediante sentencia 257, en Alemania se plantearon 348 cuestiones y se resolvieron mediante decisión 165. En toda la existencia de la jurisdicción constitucional alemana se plantearon 3.598 cuestiones y se resolvieron mediante decisión 1.314; en España, 1.984 cuestiones y 819 sentencias.

Tipo de proceso	España (1980-2014)		Alemania (1951-2014)	
	Asuntos	Sentencias	Asuntos	Sentencias
Control abstracto de inconstitucionalidad	982	543	178	115
Conflictos de competencia	1.002	376	46	27
Cuestiones de inconstitucionalidad	2.006	534	3.598	1.314

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos del Tribunal Constitucional español y la Statistik 2014 del Bundesverfassungsgericht.

60. Los *inputs* son comparables: un número de actores políticos similares (en Alemania once *Länder* entre 1951 y 1991 y dieciséis después, en España diecisiete CCAA desde 1983), una legitimación activa similar para interponer el recurso de inconstitucionalidad (más limitada si acaso en Alemania, pues la legitimación de las fracciones parlamentarias exige un cuarto de la representación de la cámara, frente a la séptima parte exigida en España, y no existe legitimación del Defensor del Pueblo, aunque la actividad impugnatoria del Defensor del Pueblo español es muy escasa, incluso en el ámbito natural de sus competencias, los derechos fundamentales).

Las causas de esa alta conflictividad competencial son diversas. Las causas más generales parecen tener que ver con la deficiente técnica jurídica utilizada en la distribución competencial, con la contrapuesta concepción que sobre el Estado autonómico tienen los actores políticos (visiones más centralistas y unitaristas frente a visiones más descentralizadas, incluso federalistas) y con la ausencia de garantías institucionales de las Comunidades Autónomas para la prevención y resolución de conflictos competenciales.⁶¹ Con todo, lo más preocupante de la alta conflictividad competencial es su persistencia en el tiempo, pues “las sentencias constitucionales resuelven los casos concretos planteados, pero por cada caso resuelto surgen nuevas controversias”.⁶² Todo ello acreditaría el fracaso del fin último de los procesos constitucionales: la prevención de nuevos conflictos.⁶³

No parece aventurado considerar que una parte significativa de la alta conflictividad existente en la vida constitucional española se origina precisamente con la utilización de la legislación básica. Por un lado, lo básico es un factor decisivo a la hora de delimitar el ámbito material de autonomía de las Comunidades Autónomas, y su mayor o menor capacidad para determinar políticas propias en su campo competencial.⁶⁴ Por otro lado, como hemos visto, la determinación de lo básico ha derivado en la jurisdicción constitucional hacia un criterio exclusivamente político, en virtud del cual el legislador básico “goza de libertad” para establecer con carácter general las bases de una determinada materia y el Tribunal Constitucional carece de instrumentos jurídicos para controlar la acción legislativa en este extremo, en cuanto “plasmación de una legítima opción política”. Todo ello conduce a que las frecuentes modificaciones de las bases encuentren a menudo la resistencia de las Comunidades Autónomas, bien por el estrechamiento del espacio legislativo autonómico, bien por la obstaculización de opciones políticas diversas. Por todo ello, parece razonable concluir

61. Desde una perspectiva comparada (Alemania, Suiza, Estados Unidos) puede verse al respecto D. Hanschel, *Konfliktlösung im Bundesstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012. El autor distingue entre conflictos competenciales, financieros y territoriales.

62. Ya L. López Guerra, “Conflictos competenciales, interés general y decisión política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 87. En el mismo sentido S. Muñoz Machado, *Cataluña y las demás Españas*, Barcelona, Crítica, 2014, p. 133: las sentencias “no llegan a tiempo para poner orden y su jurisprudencia pierde sus efectos ejemplares”.

63. López Bofill, “Retórica interpretativa...”, 2004, p. 402.

64. García Morillo, “La versatilidad...”, 1996, p. 126.

que la altísima conflictividad competencial que existe entre las instituciones centrales del Estado y las Comunidades Autónomas no se podrá reducir si no se prescinde del binomio “bases-desarrollo” como técnica de atribución competencial o, cuando menos, si no se modifica la doctrina constitucional sobre las bases.⁶⁵

2. Perspectivas de futuro

La determinación de lo básico (y, por extensión, la interpretación y aplicación de los títulos competenciales) no puede ser objeto de conflicto permanente. La consecuencia es la perpetuación del “Estado autonómico jurisdiccional”: una situación en la que toda ampliación de la normativa básica es cuestionada y el Tribunal Constitucional debe examinar su carácter minucioso y valorar su necesidad, a partir de los parámetros de determinación de lo básico utilizados en casos precedentes.

Las propuestas doctrinales para corregir el rumbo seguido por la jurisprudencia constitucional se han ido radicalizando con el tiempo. Si inicialmente se depositaba la confianza en la capacidad de reorientación del propio intérprete supremo de la Constitución y se propugnaba el establecimiento de criterios objetivos y generales para delimitar lo básico o bien una reformulación del contenido de la propia noción de bases, en los últimos años el acento se ha trasladado a la reforma constitucional como método de corrección de las deficiencias detectadas en el Estado autonómico y a un abandono de la legislación básica como técnica general de delimitación competencial. Ambas cuestiones –propuestas sustantivas de reforma y vías para aplicarlas– están imbricadas. Comenzaremos por la cuestión procedimental.

2.1. Vías procedimentales para reformular la noción de bases

Hasta principios del siglo xxi diversos autores propugnaron un cambio de la concepción jurisprudencial de lo básico.⁶⁶ No obstante, en treinta

65. En el mismo sentido E. Aja, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, 2014, p. 194: “En el caso más destacado de la conflictividad sobre la legislación básica del Estado, no puede haber solución mientras se mantenga la previsión actual, que genera más conflictividad entre las CCAA y el Estado sobre los límites de las leyes básicas”.

66. Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 100 y sigs.

y cinco años de jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional no ha dado señales de tener intención de alterar un ápice su concepción de las bases. Esta ha adquirido un cuerpo doctrinal tan abundante que no parece probable –ni justificable– su abandono y su completa reformulación desde la propia jurisprudencia constitucional. Sin duda ese cuerpo doctrinal incluye pronunciamientos jurisprudenciales más estrictos con el uso estatal de la legislación básica que se podrían reforzar en detrimento de los pronunciamientos más permisivos, lo cual podría contribuir a eliminar algunos de los excesos más criticables en la determinación de lo básico (la relativización de la garantía formal, la regulación minuciosa, etc.).

La segunda vía explorada por los propios actores del sistema fue la reforma estatutaria. Las reformas estatutarias de la primera década del presente siglo se propusieron reformular el concepto jurisprudencial de bases desde el propio bloque de constitucionalidad. Todo ello fue objeto de un profundo debate académico, que es innecesario reproducir en estas páginas.⁶⁷ En la STC 247/2007 (en relación con la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana) pareció apuntarse –al menos así lo interpretó una parte de la doctrina–⁶⁸ un cierto replanteamiento no tanto de la noción de bases como de la posibilidad de condicionar estatutariamente su alcance. Sin embargo, la STC 31/2010 cortó de raíz la posibilidad de convertir el Estatuto de Autonomía en parámetro de validez del ejercicio de las competencias básicas del Estado, tanto en los aspectos materiales como en los formales.⁶⁹ La determinación de lo básico quedó de nuevo a la ente-

67. Vid., entre otros, S. Muñoz Machado, "El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias", *Informe Comunidades Autónomas*, 2004, pp. 731-753; Barnes, "Legislación básica...", 2004, pp. 108-125; De la Quadra-Salcedo Janini, "¿Es el Estatuto de Autonomía...", 2004, pp. 135-161; J. A. Montilla Martos, "La legislación básica tras las reformas estatutarias", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pp. 105-150; M. Barceló i Serramallera, "La delimitació del concepte de bases en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya", en VV.AA., *La distribució de competències en el nou Estatut*, Barcelona, IEA, 2007, pp. 53-79.

68. Vid. G. Fernández Farreres, *¿Hacia una nueva doctrina del Estado autonómico?*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 56-88; J. Tornos Mas, "La sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 y el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 7, 2008, pp. 79-105; R. M. Fernández Riveira, *Una nueva etapa en la identificación de "las bases"*, Madrid, Senado, 2009, pp. 107-127. Para otro sector doctrinal no existía ninguna ruptura con la jurisprudencia tradicional: vid. De la Quadra-Salcedo Janini, "Interpretación y determinación...", 2009, pp. 10-12.

69. Vid. S. Muñoz Machado, "El dogma de la Constitución inacabada", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, pp. 245-266; L. Ortega Álvarez, "Legislación

ra disposición de las instituciones centrales del Estado. Las reformas estatutarias no propiciaron en el legislador estatal ni en el Tribunal Constitucional una reflexión sobre la conveniencia de reformular su concepción de las bases. Por todo ello, en la actualidad la única vía idónea en términos constitucionales para modificar la concepción jurisprudencial de las bases parece ser la reforma constitucional.⁷⁰ Esa vía resulta políticamente compleja pero permite diseñar la mejor solución.

2.2. ¿Perfeccionamiento o abandono de la técnica de la legislación básica?

Las propuestas realizadas en relación con la técnica de la legislación básica se dividen en dos grandes grupos: las que se dirigen a su perfeccionamiento y las que propugnan su abandono con carácter general o parcial. Las medidas de perfeccionamiento de la técnica de la legislación básica podrían incidir en cuatro planos: el formal, el material, el procedimental y el justificativo.

Una vieja reivindicación doctrinal consiste en consagrar el rango formal de las bases. Parece más que razonable defender la exigencia de que una norma, entre cuyas características está la de condicionar la validez de otras leyes, deba revestir la forma de ley parlamentaria.⁷¹ Esta sería quizá la única medida de corrección que la jurisprudencia constitucional podría acometer sin la necesidad de una reforma constitucional.

Una segunda línea de intervención podría consistir en acotar el contenido material de las bases. Así, cabría regresar a una concepción de las bases principalista⁷² o incluso a una concepción más próxima

básica: Su papel frente a los estatutos de autonomía tras la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña", en F. López Ramón (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Thomson Reuters, 2012, pp. 151-161.

70. De la Quadra-Salcedo Janini, "¿Es el Estatuto...", 2004, p. 161. Por su parte, Muñoz Machado, *Informe...*, 2004, p. 133, señala que "lo mejor sería que todas esas delicadas relaciones entre normas figuraran expresamente recogidas en la Constitución, pero la mayor parte de ellas pueden aplicarse incluso sin reformarla".

71. Caamaño, "El abandono de lo 'básico'...", 2000-2001, p. 107. En el mismo sentido Barnes, "Legislación básica...", 2004, p. 121, subraya que no se trata solo de proporcionar seguridad y certidumbre jurídicas (saber a ciencia cierta cuáles son las bases), sino también de la necesidad de adaptación de la legislación de desarrollo a las nuevas bases.

72. En este mismo sentido, Barnes, "Legislación básica...", 2004, p. 105, y Álvarez Conde, "La legislación básica...", 2004, p. 30.

a la idea de “bases” según la tradición jurídica española, al menos para una parte de las materias sujetas actualmente a la técnica de la legislación básica (de hecho el art. 149.1 CE solo utiliza la expresión de “bases” en unas pocas materias). Las “bases” serían principios legislativos o criterios generales de regulación o, alternativamente, mandatos normativos dirigidos al legislador autonómico, no disposiciones jurídicas de aplicación directa. Sobre esta propuesta de corrección se ha indicado que otros instrumentos normativos más o menos próximos (las leyes marco en Alemania o las directivas de la Unión Europea) no han evitado una clara dirección hacia el incremento de la densidad normativa.⁷³ Quizá sea inevitable que una ley de bases, directrices o principios tienda por inercia a descender al detalle, pero la concepción de las bases como principios o criterios generales o, alternativamente, como directrices no directamente aplicables protege mejor a las competencias autonómicas del peligro del vaciamiento que una concepción ilimitada de la capacidad estatal de determinación de lo básico. Y, en todo caso, siempre cabe reforzar la técnica con medidas adicionales que garanticen la participación autonómica en la determinación de las bases.

Para ordenar materialmente el binomio “bases-desarrollo” también se ha propuesto generalizar el modelo de la legislación básica medioambiental: las bases se concebirían como determinaciones normativas de mínimos, como opciones normativas mejorables por el legislador autonómico.⁷⁴ Esta posibilidad de ordenación no es del todo ajena en la actualidad al legislador básico no medioambiental (p. ej., en relación con la fijación por el Estado del número mínimo de días de apertura de establecimientos comerciales en días festivos o en relación con la posibilidad de incorporar nuevas prestaciones sanitarias a la cartera básica). Este modelo podría ser generalizable en aquellas materias en las que exista una directriz constitucional explícita de “mayor protección” –como la del art. 149.1.23 CE– o, al menos, un principio constitucional de protección –como los principios rectores del capítulo III del título I– que pudieran ser seguidos e intensificados por las leyes autonómicas: esto es, las Comunidades Autónomas estarían facultadas a adoptar medidas adicionales de *protección* del medio ambiente,

73. Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 108. Este autor señala que una cosa es delegar temporalmente la potestad legislativa en el Gobierno (mediante una ley de bases) y otra bien distinta distribuir materialmente esa potestad entre diversas entidades políticas.

74. Caamaño, “El abandono de lo ‘básico’...”, 2000-2001, p. 110.

de la salud, del acceso a la vivienda, pues son concebibles diferentes medidas a tal fin dentro de una política que, constitucionalmente, solo puede estar dirigida a la protección ambiental, de la salud, del derecho a la vivienda digna, etc.⁷⁵ En las restantes materias y supuestos (crédito, banca, educación, Seguridad Social, régimen jurídico de las Administraciones públicas, régimen minero y energético, etc.), las Comunidades Autónomas podrían completar o mejorar las normas básicas, pero ejecutando al fin y al cabo las mudables orientaciones políticas establecidas previamente por el legislador básico (esto es, optando por una mayor liberalización de horarios comerciales, etc.).

El tercer tipo de propuestas se refieren a la garantía procedimental en la determinación de lo básico. Gran número de autores han propugnado una mayor participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de las bases, con el doble objetivo de consensuar su contenido y de rebajar la alta conflictividad competencial.⁷⁶ Las fórmulas propuestas son variadas: mecanismos multilaterales o bilaterales de participación autonómica en el proceso de determinación de lo básico; potenciación del Senado vigente o de un Senado reformado e integrado por representantes de los gobiernos autonómicos. En mi opinión, los mecanismos consultivos no son lo suficientemente incisivos para garantizar una definición equilibrada de lo básico. Los mecanismos bilaterales serían aconsejables en los supuestos excepcionales en los que el legislador básico pretendiera dictar normas básicas aplicables solo a una Comunidad Autónoma; en los demás casos resultan inviables, pues ralentizan la determinación de lo básico y conllevan el riesgo de la asimetría en la definición de las bases. Parece claro que el Senado vigente como apócrifa "cámara de representación territorial" no satisface plenamente la participación autonómica en la determinación de lo básico.⁷⁷ Solo la determinación de lo básico por un Senado reformado e integrado por representantes de los gobiernos autonómicos podría ofrecer una garantía de preservación del equilibrio en la tensión entre uniformidad y diversidad que subyace al binomio

75. En sentido parecido T. de la Quadra-Salcedo Janini, "Legal Status of Immigrants: Rights for Illegal Immigrants?", en F. Velasco Caballero y M. A. Torres (coords.), *Global Cities and Immigrants: A Comparative Study of Chicago and Madrid*, New York, Peter Lang, 2014, p. 108, argumenta que las CCAA podrían no solo incrementar el nivel de protección, sino también el círculo de los beneficiarios de dicho nivel de protección establecido por el legislador básico, en concreto en beneficio de los extranjeros en situación irregular.

76. García Roca (ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, 2014, p. 60.

77. De la Quadra-Salcedo Janini, "¿Es el Estatuto...", 2004, p. 160.

“bases-desarrollo” como criterio de delimitación de las competencias legislativas compartidas.⁷⁸ La determinación de lo básico a través de un Senado reformado mantendría el carácter preferentemente legal de las bases: solo en los casos en los que la colaboración reglamentaria se considerase imprescindible –a juicio del Senado– para completar las bases se facultaría al Gobierno para determinar lo básico. Si se estima que la mejor garantía de la correcta interpretación y aplicación de este criterio de distribución competencial es una garantía política como la expuesta, se deberá concluir que la determinación de lo básico por un Senado reformado no puede admitir excepciones; en otras palabras, quedaría *per se* excluido que las normas básicas pudieran ser aprobadas por decreto-ley.

Una cuarta posibilidad combinable con algunas o todas las anteriores sería vincular la legislación básica con algún requisito justificativo, en todas o en algunas materias sujetas a esta técnica competencial. El Estado solo podría dictar la legislación básica previo cumplimiento de uno o varios requisitos establecidos en la Constitución. Este ha sido el modelo del federalismo alemán, en el que la legislación federal concurrente o marco se supeditaba a unos requisitos: la necesidad, en interés del Estado en su conjunto, de una regulación federal para la consecución de unas condiciones de vida equivalentes en toda la federación o la preservación de la unidad jurídica o económica.⁷⁹ Aunque la experiencia acumulada con el control jurisprudencial del presupuesto habilitante del decreto-ley contemplado por el art. 86.1 CE no resulte muy halagüeña, la reforma constitucional podría afirmar categóricamente el carácter jurídico y controlable del requisito.

78. En el mismo sentido la opinión de Eliseo Aja, recogida en García Roca (ed.), *Pautas para una reforma constitucional*, 2014, p. 62. Algunos autores han rechazado la solución de un Senado reformado, no solo para la determinación de lo básico, sino como regla general de la formación de la voluntad federal. Es el caso de Francisco Caamaño, *Democracia federal*, Madrid, Turpial, 2014, pp. 257-260: “la idea tradicional de que en una federación las entidades subfederales deben participar en la elaboración de la legislación federal me parece, a día de hoy, una afirmación más que discutible”. El autor propugna la supresión del Senado.

79. Sobre el control judicial de tales requisitos puede verse M. A. Cabellos Espiérrez, “Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, 2005, pp. 289-324. Recientemente, en la Sentencia de 21 de julio de 2015 (1 BvF 2/13), el Tribunal Constitucional Federal ha declarado inconstitucional una ley federal reguladora del subsidio por cuidado infantil (*Betreuungsgeldgesetz*) por incumplir el requisito de la consecución de unas condiciones de vida equivalentes en toda la federación: entiende que ello exigiría que las condiciones de vida en los Estados federados se hubieran desarrollado de una forma que afectara considerablemente a la cohesión social en la federación.

Por otro lado, diversos autores han propuesto reducir al máximo las competencias legislativas compartidas sujetas al binomio “bases-desarrollo”. Se pueden distinguir dos tipos de propuestas. De una parte se propugna que las competencias legislativas compartidas desaparezcan como categoría, esto es, que pasen a ser exclusivas bien del Estado o bien de las Comunidades Autónomas.⁸⁰ La propuesta se inspira en la más reciente reforma del federalismo alemán, en el que, por ejemplo, la educación ha pasado a ser competencia exclusiva de los *Länder*. El reto es alcanzar una solución equilibrada, de forma que no haya ganadores y perdedores absolutos. De otra parte se aboga por que las competencias legislativas compartidas abandonen el monopolio de la técnica de la legislación básica, pero sin dejar de ser compartidas.

Las sugerencias del profesor Muñoz Machado apuntan en ambas direcciones. Por un lado, escribe que “la experiencia enseña hoy que en algunas materias el Estado debe incrementar sus potestades y en otras la balanza debe inclinarse a favor de las Comunidades Autónomas”,⁸¹ y, por otro, considera que “la compartición de competencias legislativas admite otras variantes que, a veces, resultan manifiestamente más idóneas para la regulación de determinadas materias”⁸² y pone como ejemplo la reforma del federalismo alemán de 2006. El autor apunta básicamente a los tres modelos establecidos en el art. 72 de la ley fundamental para las competencias concurrentes.⁸³

Según el modelo general del art. 72, los *Länder* tienen la facultad de legislar en una lista de treinta y cuatro materias consideradas concurrentes por el art. 74, en la medida en que la federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa. A partir de ahí se despliegan dos modelos especiales. Según el primer modelo especial, en diez de las treinta y cuatro materias la federación solo puede

80. Caamaño, *Democracia federal*, 2014, p. 260.

81. Muñoz Machado, *Informe...*, 2004, p. 118.

82. Muñoz Machado, *Informe...*, 2004, pp. 129-130, 132. El autor señala lo siguiente: “Creo necesario [...] romper con el monopolio que, en materia de competencia legislativa compartida, se ha otorgado a la fórmula ‘legislación básica-legislación de desarrollo’ articuladas conforme al peculiar régimen diseñado por la jurisprudencia constitucional”. Ha expuesto los modelos seguidos en la reforma alemana de 2006 con mayor detalle en su *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Madrid, Iustel, 2007, pp. 406-409.

83. *Vid.* al respecto A. Arroyo Gil, *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms, 2009; K. Gerstenberg, *Zu den Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen nach der Föderalismusreform*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009; R. Wagner, *Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen vom Bund und Ländern*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.

legislar cuando en interés del conjunto del Estado sea necesaria una legislación federal para la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica. Según el segundo modelo especial, en una lista de seis materias los *Länder* pueden adoptar mediante ley normas propias que desplacen a las normas federales. Las leyes federales que versen sobre tales materias no pueden entrar en vigor antes de que transcurran como mínimo seis meses desde su aprobación, salvo que con el consentimiento del *Bundesrat* se determine otra cosa. Y las relaciones entre derecho federal y derecho estatal se rigen por la prevalencia de la ley posterior.⁸⁴

84. Sobre la competencia para la legislación divergente *vid.* C. Schulze Harling, *Das materielle Abweichungsrecht der Länder: Art. 72 Abs. 3 GG*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, y M. A. Cabellos Espiérrez, "Nuevas formas de distribución competencial: la legislación divergente en el federalismo alemán", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 125-159.

RESUMEN

El artículo reflexiona sobre una técnica de delimitación competencial central para el Estado autonómico: la legislación básica. Por un lado, pasa revista a los efectos y defectos de las normas básicas como técnica de delimitación competencial, desde una doble óptica, jurídica y política. Por otro lado, se consideran algunas propuestas para superar esos defectos. El artículo sostiene que, si bien la gran apertura de lo básico que se desprende de la jurisprudencia constitucional garantiza la necesaria flexibilidad y capacidad de respuesta de las instituciones centrales del Estado ante las circunstancias cambiantes, en la práctica se ha traducido sobre todo en una absorción progresiva de la regulación por esas instituciones, que ha encontrado el rechazo de los demás actores políticos, como pone de manifiesto la elevadísima tasa de conflictividad competencial que caracteriza al sistema constitucional español. Desde estas premisas, se considera que, si no se modifica o elimina este instrumento, el entero edificio autonómico podrá quizá ser remodelado externamente en una eventual reforma constitucional, pero su funcionamiento efectivo apenas variará.

Palabras clave: distribución de competencias; competencia legislativa; competencias compartidas; jurisprudencia constitucional; conflictos de competencia; reforma constitucional.

RESUM

L'article reflexiona al voltant d'una tècnica de delimitació competencial central per a l'Estat autonòmic: la legislació bàsica. D'una banda, passa revista als efectes i defectes de les normes bàsiques com a tècnica de delimitació competencial, i això des de la doble òptica jurídica i política. D'altra banda, pren en consideració diverses propostes per superar aquells defectes. L'article sosté que, per bé que de la jurisprudència constitucional es desprengui una gran obertura de la legislació bàsica que garanteix la flexibilitat i la capacitat de resposta de les institucions centrals de l'Estat davant les circumstàncies canviants, a la pràctica això s'ha traduït sobretot en una absorció progressiva de la regulació per part d'aquestes institucions, que ha estat objecte de rebuig per la resta d'actors polítics, tal com posa de manifest l'elevada taxa de conflictivitat competencial que caracteritza el sistema constitucional espanyol. Partint d'aquestes premisses, es considera que si no es modifica o elimina aquest instrument, per més que l'edifici autonòmic sigui íntegrament

remodelat externament amb una eventual reforma constitucional, el seu funcionament efectiu tot just se'n veurà alterat.

Paraules clau: distribució de competències; competència legislativa; competències compartides; jurisprudència constitucional; conflictes de competència; reforma constitucional.

ABSTRACT

The paper reflects on the general pattern for the allocation of shared competences in the Spanish Constitution: the general institutions of the state set the basic rules and framework and then the Autonomous Communities develop them and are responsible for their effective application. First, the paper considers from a legal and a political perspective the main effects and defects of that pattern as interpreted and applied by the Constitutional Court's case-law. Second, it reviews some of the proposals advanced in scholarship to correct the above mentioned defects, whether or not through a constitutional amendment process. It argues that this pattern of competence allocation attracts little support from political actors other than the state institutions, and that, consequently, it is responsible for the countless complaints filed with the Constitutional Court under the legal reason of conflict of powers. The further point being made is that unless the notion of 'basic rules' is amended or even suppressed, whether or not the entire 'state of autonomies' may be reshaped through a constitutional amendment process, its effective functioning will hardly change at all.

Keywords: competence allocation; legislative competence; shared competences; Constitutional Court's case-law; conflicts of powers; constitutional amendment.