

LA VERSATILIDAD DE LO BÁSICO

Por
JOAQUÍN GARCÍA MORILLO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. LA ALTERABILIDAD DE LO BÁSICO Y SUS CONSECUENCIAS: 1. *Lo básico como susceptible de alteración.* 2. *Las consecuencias de la alteración de lo básico.* 3. *Lo básico como factor limitador de la libertad de opción del legislador.* 4. *Coyunturalidad y permanencia en la definición de lo básico.* 5. *La relevancia de los parámetros de definición de lo básico.* 6. *La relevancia de la alteración de los parámetros de lo básico.*—II. LA VERSATILIDAD DE LO BÁSICO EN LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL: PENELOPE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: 1. *La versatilidad de lo formalmente básico:* a) *El vehículo normativo de lo básico.* b) *Reflexiones constitucionales sobre la expresión «legislación».* 2. *La versatilidad de lo materialmente básico:* a) *Lo materialmente básico en la legislación medioambiental.* b) *Un overruling retórico.* c) *La distancia entre el razonamiento y la decisión.*—III. LA IMPREVISIBILIDAD DE LO BÁSICO.

I. LA ALTERABILIDAD DE LO BÁSICO Y SUS CONSECUENCIAS

1. *Lo básico como susceptible de alteración*

«Tenemos una doctrina constitucional consolidada que, construida sobre el núcleo esencial del concepto material de norma básica, se complementa con elementos formales dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas que, siendo fácilmente reconocibles, evite la incertidumbre jurídica.» Así nos hablaba, con nada disimulada satisfacción, el Tribunal Constitucional en 1988 (1). ¿Podría, ahora, seguir diciendo lo mismo?

El fenómeno de la legislación compartida constituye un útil mecanismo de cooperación entre distintas administraciones, pero suscita, también, un número no precisamente pequeño de interrogantes y problemas. En el actual esquema español de legislación compartida, asentado sobre la atribución a las Cortes Generales —o, excepcionalmente, al Ejecutivo— de la normación —o ejecución— de lo básico, y sobre la correlativa atribución a los órganos autonómicos de la po-

(1) STC 69/88, caso *etiquetaje*, FJ 6.

testad de desarrollar y completar lo declarado como básico, la delimitación material y formal de lo que sea o no básico cobra una extraordinaria relevancia. La cobra, desde luego, desde una perspectiva técnica, ya que la actuación de las Comunidades Autónomas es sólo válida desde el respeto a lo básico, es decir, a lo declarado como tal (2); pero la relevancia de la determinación de lo básico es, sobre todo, política, toda vez que de ella se siguen, correlativamente, las delimitaciones de los campos competenciales de las Administraciones central o autonómica (3). Lo básico opera, así, como el factor esencial de un juego de «suma cero», ya que el campo global de actuación es inmutable, de suerte que la ampliación de lo básico repercute en una minoración de las posibilidades de actuación de las Administraciones autonómicas, y su constricción en una ampliación de su marco de competencias. Lo básico —y, por tanto, su determinación— se configura, pues, como un factor decisivo a la hora de delimitar el ámbito material de autonomía de las Comunidades Autónomas, y su mayor o menor capacidad de determinar políticas propias —vale decir, diferentes de otras políticas— en su campo competencial: con las palabras, de TOMÁS Y VALIENTE, lo básico cobra «un efecto delimitador de las competencias, aunque sólo sea en sentido negativo» (4).

Por otra parte, y como LÓPEZ GUERRA ha puesto de relieve, nuestro modelo autonómico es —entre otras cosas, debido a la existencia de lo básico y a su indeterminación— «variable», y «la configuración constitucional y estatutaria del reparto competencial establece no sólo unos ámbitos definidos reservados indudablemente a Estado y Comunidades Autónomas, sino también un ámbito material de atribución variable, que puede perfectamente, y dependiendo de circunstancias estrictamente políticas, atribuirse al poder estatal o al

(2) De ahí que Ignacio DE OTTO Y PARDO aludiese a lo que él llamó la «función regulativa» del legislador básico: ver, al respecto, «El problema del concepto de bases a partir de la Ley de Bases del Régimen Local», *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986, pág. 120.

(3) A ello alude, según creo, Javier JIMÉNEZ CAMPO, en "¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25 (1989), pág. 56, cuando apunta que «la competencia, en sentido propio, que aquí atribuye al Estado el artículo 149.1 no es la de introducir determinadas regulaciones en ciertos ámbitos... Es, más bien, la competencia para delimitar, mediante la adopción de normas sobre la aplicación del Derecho, las correlativas competencias autonómicas».

(4) En *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pág. 108. Joaquín TORNOS MAS "La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, pág. 275) pone también de relieve esta relación dialéctica cuando señala que esta articulación «encierra también un debate político de gran trascendencia..., mientras unos veían en el concepto de bases una expresión que reducía la competencia legislativa estatal a una norma principal y de contenido negativo, otros entendieron que bajo esta expresión podría ejercerse una amplia potestad legislativa e incluso reglamentaria».

autonómico, según los casos y situaciones» (5). Pero obviamente ese ámbito de variabilidad lo es en el marco delimitado por el bloque de la constitucionalidad, y cabe dudar de que la variabilidad existente en el momento inicial de la atribución pueda subsistir, al menos con el mismo ámbito, una vez realizada, precisamente, tal atribución inicial; dicho con otras palabras, es preciso preguntarse si una vez que se ha definido inicialmente ese ámbito variable, haciendo uso, con criterios políticos, de la libertad de elección entre opciones diversas, conserva el autor de la definición una absoluta libertad para volver a incidir en el ámbito de la variabilidad o si, por el contrario, la definición inicial de la atribución reduce, al menos en el terreno de lo básico, el espectro de la variabilidad y, por consiguiente, minora el ámbito de libre actuación y limita las opciones elegibles. Por lo demás, es claro que la definición de ese ámbito material variable, o la eventual alteración del ya definido, corresponde, precisamente por depender de las circunstancias políticas, al momento político, esto es, al de su definición —generalmente, normativa; excepcionalmente, ejecutiva— por los actores políticos. Residenciado el problema en la sede jurisdiccional constitucional, sin embargo, sólo los criterios o parámetros jurídicos son útiles para determinar si la decisión política es o no constitucionalmente admisible.

La calificación de una materia como básica podría inducir a pensar que de esa mera definición debería derivarse una cierta inmutabilidad de lo así definido: precisamente porque es básico, y precisamente porque sólo lo definido como tal —y no otra cosa— es, en una determinada materia, lo básico, no debería ser posible que dejara de serlo, como tampoco debería aceptarse que lo que en su momento no fue considerado como básico pase luego a ser calificado como tal. Dicho de otra forma, lo básico gozaría, puesto que ha sido definido como tal, de una cierta rigidez material: lo que ya ha sido catalogado como básico no podría dejar de serlo, y lo que no ha sido inicialmente definido como básico no podría, más tarde, serlo.

Es claro, sin embargo, que las cosas no son, ni pueden ser, así. En primer lugar, porque ningún precepto constitucional predica la inmutabilidad de lo básico; en segundo lugar, porque es obvio que las circunstancias cambian, y que aparecen realidades nuevas, o perspectivas innovadoras de fenómenos preexistentes, que impelen a modificar la noción del campo de lo básico; por último, porque es claro que la definición de lo que sea o no básico es cosa que reposa fundamentalmente sobre el legislador y, eventualmente, sobre quien osten-

(5) En «El modelo autonómico como modelo variable», publicado en *El Estado de las Autonomías*, Antoni MONREAL (Ed.), Madrid, 1991, pág. 88.

ta la potestad reglamentaria y la función de dirección de la Administración, y es inherente al principio democrático que está en la base del ordenamiento constitucional la capacidad de ambos —legislador y titular de la potestad reglamentaria y de las funciones de dirección política y administrativa— de utilizar su libertad de opción para modificar sus concepciones anteriores. Como de nuevo ha señalado LÓPEZ GUERRA, «el establecimiento de lo básico no es una decisión vinculada a un mandato previo. Y, en consecuencia, tampoco se halla vinculada la decisión contraria, de alterar o suprimir lo considerado como básico anteriormente» (6).

2. *Las consecuencias de la alteración de lo básico*

Ahora bien, la evidencia de que lo básico es alterable no puede hacer olvidar las consecuencias inducidas que la alteración de lo definido como básico apareja para todo el ordenamiento. Porque, ciertamente, cualquier decisión del legislador innova el ordenamiento y, en la medida en que lo hace, provoca alteraciones inmediatas en todas las normas conexas, y en la realidad por ellas normada. Lo característico de lo básico, cuando se altera, es que la innovación que produce se comunica a otros sectores del ordenamiento, y en concreto al ordenamiento cuya fuente de producción es de índole autonómica.

En efecto, cualquier modificación de lo básico, incluso la más inocua que imaginar cupiera, produce forzosamente sus efectos en otro sector del ordenamiento, el autonómico, que, si bien derivado y comunicado con el estatal, goza, nunca mejor dicho, de su propia autonomía. Cuando la alteración de lo básico no es inocua, sino que se traduce en una ampliación o reducción de lo que se define como básico, tal alteración se traduce inmediatamente en una correlativa ampliación o reducción del terreno en el que las autoridades autonómicas pueden definir sus propias políticas: de igual forma que si se tratase de placas tectónicas, el corrimiento expansivo de lo básico redundaría en una contracción de lo autonómico, y la retracción de lo básico en una ampliación del campo de que las CC.AA. disponen para formular políticas propias. La alteración de lo que sea definido como básico genera, pues, efectos muy superiores a los de cualquier otro sector del ordenamiento, ya que incide directamente en las potestades de administraciones cuya principal característica es, precisamente, la de gozar de autonomía respecto de aquella que determina lo que es básico y lo que no lo es.

(6) *Ibíd.*, pág. 67.

3. *Lo básico como factor limitador de la libertad de opción del legislador*

Esta es la razón de que aunque lo básico sea variable y alterable no quepa omitir otra realidad no menos patente: que lo único que en este campo cabe al legislador es definir lo que es o no básico, y que la determinación de lo que sea o no básico, por mucho que encierre un —incluso amplio— margen de discrecionalidad se mueve en un círculo cerrado. De algunas normas —o medidas— podrá convenirse, casi sin discusión, si son o no básicas, y cabrá polemizar acerca del carácter, básico o no, de otras muchas decisiones; pero no hay duda alguna, no puede haberla, de que muchas cosas —las que detallan, desarrollan, o complementan lo básico y, si se quiere, las triviales— no pueden, en forma alguna ser básicas, sencillamente porque no lo son, aunque esto pueda parecer una tautología (7).

Quiere decirse con esto algo que debería ser evidente pero que, si se consideran la actuación del legislador y algunas decisiones del Tribunal Constitucional, en las que luego se entrará, dista de serlo: el legislador tiene acotado, a la hora de definir lo básico, su campo de actuación, aunque éste le ofrezca opciones diversas y lo básico sea, por tanto, variable en razón de las circunstancias y las decisiones; dicho de otra forma, la libertad de opción del legislador viene, cuando de definir lo básico se trata, condicionada por el propio carácter de lo básico. Que esto es así se pone de relieve por la sola circunstancia de que una ilimitada libertad de opción del legislador en lo que a la determinación de lo básico respecta implicaría, como ineluctable consecuencia, que el alcance de las competencias autonómicas supeditadas al legislador básico quedaría permanentemente pendiente de que el propio legislador básico modificase sus criterios precedentes sobre lo que es o no básico, ampliándolo, reduciéndolo o añadiendo nuevos campos. De manera que, parafraseando la conocida afirmación del Tribunal Constitucional sobre la reserva de Ley Orgánica, si es verdad que la definición de lo básico está en principio reservada al legislador básico, no es menos cierto que la legislación básica —y, por ende, la actuación del legislador básico— está limitada a lo básico.

Lo básico —o, más exactamente, la atribución a las autoridades centrales de la competencia de normar sobre lo básico— supone,

(7) Ya apuntado por JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 66, que se refiere a la existencia de un límite que no podrá ser traspasado por la legislación básica estatal, aun cuando «donde se sitúe, en cada caso, tal límite es, con mucha frecuencia, algo de determinación difícil y sobre lo que, desde luego, no cabe decir aquí nada», pues es claro —y, como luego se verá, así lo ha señalado el TC— que la determinación del límite es forzosamente casuística.

pues, además de una atribución de competencia, una limitación de esa misma competencia: cabe, en estos casos, que el Estado legisle sobre lo básico, pero sólo sobre ello. La Constitución anuda la atribución de competencia al legislador estatal para normar sobre lo básico, precisamente, a que el ejercicio de tal competencia se ciña a lo básico, esto es, a que lo normado sea básico, y no de otra índole. Esa misma previsión constitucional es, en cuanto que limita —como, por lo demás, lo hace la propia Constitución en tantas otras cosas— la libertad del legislador, la que justifica que el juicio sobre lo que es o no básico sea residenciable en sede constitucional.

En suma, lo básico es variable y alterable, pero no lo es sin límite, de cualquier manera o en cualquier dirección, no libérrimamente, pues por mucho que la legislación básica se modifique tales innovaciones habrán de permanecer siempre en el terreno de lo básico, y este terreno —el de lo que sea básico o no lo sea— está, por mucho que sus contornos sean susceptibles de variación, condicionado por la matriz de que, con toda evidencia, hay cosas que no son, ni pueden ser, por laxo que sea el concepto que de lo básico se tenga, básicas. Hay, pues, desde un enfoque material, un campo determinado de lo básico, más allá del cual, cualesquiera que sean sus límites, no se está ya en el terreno de lo básico, sino en otro. O sea, que hay, sin duda, por maleables o variables que sus contenidos sean —como, no cabe olvidarlo, lo son en Derecho todos los ámbitos materiales— un campo material de lo básico, trascendido el cual no se está ya en ese terreno, sino en el de lo accidental o complementario. Como los límites de ese terreno no son, ni mucho menos, meridianamente claros, y como lo básico es alterable, no cabe hablar de una rigidez material de lo básico en un sentido absoluto. Pero sí cabe hacerlo en un sentido relativo.

Cabe hacerlo porque, como se ha visto, el terreno de lo básico, por definición indeterminado, es en principio delimitado por el propio legislador. Ahora bien, el legislador básico ha de ceñirse a lo básico; y al legislar sobre lo básico el legislador estatal aventura una primera definición —su definición— de lo que sea básico y de lo que no lo sea, definición que puede resultar pacíficamente aceptada y que, en caso de no serlo, habrá de ser revisada por el Tribunal Constitucional. Por decirlo con palabras de éste, «es evidente que cuando el legislador estatal dicta una norma básica dentro del ámbito de sus competencias está interpretando lo que debe entenderse por básico en el caso concreto» (8),

(8) STC 76/1983, caso *LOAPA*, que, como sobradamente se sabe, añade que «no cabe confundir esta labor interpretativa del legislador con la producción de normas meramente interpretativas». La STC 154/1988, caso *Ley de elecciones vasca*, añade «la necesidad de reconocer al legislador un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de ordenación uniforme».

está, en definitiva, plasmando normativamente su concepto de lo básico. Pero al aventurar esa definición de lo básico el legislador básico delimita su propio terreno de actuación, y al hacerlo define también lo no básico: todo lo que queda fuera de su regulación. Lo no conceptuado por el propio legislador como básico queda, siquiera sea en principio, catalogado como no básico por quien en primer lugar —el legislador— realiza la definición de lo que es y no es básico.

Al legislar sobre lo básico, pues, el legislador básico delimita el marco de su propia competencia sobre la legislación básica o, dicho con otras palabras, dibuja los límites que la Constitución impone a su potestad legislativa sobre esas materias; y si es verdad que su definición positiva —esto es, la de aquello que considera básico— puede ser discutida ante el Tribunal Constitucional y revisada por éste, no es menos cierto que la delimitación negativa —la de lo que no es básico— no puede ser impugnada por nadie. Por eso, si es verdad que en abstracto y en términos generales el legislador presente no puede vincular al futuro (9), es también innegable que su definición de lo básico acota en principio el campo de lo que puede serlo y, en lo que a esa definición se refiere —no en cuanto a la decisión política de dejar de considerar básica un parte de la materia antes tenida por tal, o toda ella; verosíblemente, ningún problema de definición de lo básico se presentará si lo que se desea es reducir su ámbito—, queda condicionado pro futuro —aunque no enteramente vinculado— por su propia definición de lo básico, al menos si pretendiera ampliarla, ya que esa ampliación redundaría en una correlativa disminución de ámbitos competenciales inicialmente atribuidos a otros entes. No quiere decirse con esto que lo que en un momento dado un legislador no consideró básico no pueda luego llegar a serlo (10), pero sí que para que ello pueda legítimamente suceder es menester que se argumente la nueva definición de lo básico, ya que la Constitución constriñe la potestad del legislador a un terreno, el de lo básico, y sólo a él, y el hecho de que sea el propio legislador quien inicialmente delimite sus contornos no le exime de esa vinculación ni le autoriza a ampliar el ejercicio de su potestad más allá de lo constitucionalmente previsto. Dicho de otra forma, 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.

(9) *Cfr.*, respecto de lo que aquí nos interesa, LÓPEZ GUERRA, «El modelo...», *cit.*, pág. 67.

(10) Porque precisamente la variabilidad permite que, en razón de circunstancias políticas, se reduzca en ocasiones lo básico al mínimo, y si esas mismas circunstancias lo aconsejan se amplíen luego sus contornos; siempre, claro está, dentro del margen admitido por el bloque de la constitucionalidad, lo que es tanto como decir que siempre dentro de los límites de lo básico.

De suerte que sí puede hablarse de una cierta rigidez material de lo básico, al menos en lo que a la posible expansión de lo básico se refiere, porque el legislador que en un momento dado reguló una materia delimitó al hacerlo —siquiera fuese temporalmente— el campo de lo básico, y simultáneamente excluyó de ese campo a todo lo no catalogado como tal, por lo que difícilmente podrá luego sostener con fundamento, salvo que las circunstancias hayan variado radicalmente, que lo que antes no era básico sí lo es ahora; si lo hace cabrá exigirle, en caso de controversia, un plus de fundamentación de su nueva —y ampliatoria, y por consiguiente reductora del campo de actuación de las Administraciones autonómicas— concepción de lo básico (11), y someter dicha fundamentación, y el ámbito material mismo de lo ahora —pero no antes— catalogado como básico a un escrutinio especialmente riguroso. Cabrá y deberá hacerse así porque los efectos de su legislación no se agotan, ni mucho menos, en su propio ámbito de libre disposición; antes al contrario, están llamados a surtir efectos, precisamente —porque para eso se utiliza la definición una materia como básica, y no para otra cosa— en los campos competenciales ajenos que, no cabe olvidarlo, estaban delimitados por la Constitución, por los Estatutos —en suma, por el bloque de la constitucionalidad— y... por la propia producción legislativa del legislador básico. Por eso mismo, la propia definición inicial del legislador sobre lo que es básico y sobre lo que no lo es será luego utilizable como parámetro de la constitucionalidad —en el sentido de razonabilidad o justificabilidad— de una eventual expansión de lo básico.

4. *Coyunturalidad y permanencia en la definición de lo básico*

Porque, al fin y el cabo, los confines del ámbito material de la legislación básica los dibuja, en primer lugar, el propio legislador básico. Es desde luego él quien aventura una primera definición de lo básico. Lo habrá de hacer, qué duda cabe, guiado por criterios de oportunidad, pero lo ha de hacer, también, atendiendo a la limitación de su potestad legislativa, por voluntad constitucional, a lo básico.

La definición que el legislador haga de lo básico dista, desde luego, de ser definitiva, y no sólo porque la variabilidad y el ejercicio de

(11) A eso se refiere también, me parece, Eliseo AJA, cuando señala, respecto de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales, a la que aludiremos en el siguiente apartado, y que declara básicos numerosos preceptos que inciden en la competencia exclusiva que sobre pesca y caza ostentan las CC.AA., que «tal cambio de la legislación estatal requeriría cierta explicación»: ver. al respecto, “El concepto de competencias concurrentes”, en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, pág. 31.

las potestades —legislativa y reglamentaria— constitucionalmente previstas pueda implicar su modificación, en virtud del principio democrático, sino también porque la palabra del legislador no es definitiva ni siquiera momentáneamente. Una forma de que lo sea es que las CC.AA. con competencia en la materia se aquieten y acepten como básico lo que el legislador dice que lo es. Ahora bien, si así lo hacen están aceptando como básico, exclusivamente, lo así y ahora determinado como tal, de suerte que su —por lo demás, no demasiado frecuente— aquietamiento consolida como básica una regulación, pero no sólo no prejuzga —esto es obvio— la aceptación como tal de eventuales normaciones futuras ampliatorias de lo básico sino que, hasta cierto punto, la excluye: la aprobación de una legislación básica aceptada como tal por las CC.AA. supone, en cierta forma, la expresión de la convicción de que lo básico es eso, y no otra cosa.

La segunda forma de que lo legislativamente catalogado como básico se consolide como tal es que la reacción procesal de las CC.AA. sitúe el conflicto ante el Tribunal Constitucional, de suerte que sea la decisión de éste la que delimite efectivamente, en cada materia, lo que es básico y lo que no lo es (12).

Aparentemente, el recurso a la jurisdicción constitucional debería asegurar que el control de lo que se define como básico se realiza sobre la base de criterios objetivos y generales, susceptibles, precisamente por gozar de esas características, de proporcionar a todos la deseada seguridad jurídica. La actuación de la jurisdicción constitucional debería, como se ha dicho, «poder predecir dónde acaban las bases», y suministrar «criterios objetivos y generalizables con los que llevar a cabo esta operación con unas mínimas garantías de seguridad, objetividad y previsibilidad» (13). No siempre es así, sin embargo, porque, como espero que se verá, es frecuente que las resoluciones del TC primen la coyunturalidad en demérito de la permanencia, tan deseable cuando de acotar los ámbitos de actuación en la legislación compartida se trata. En efecto, es difícilmente evitable —y, como se intentará demostrar, así ha sucedido— que la determinación de lo materialmente básico se realice, especialmente cuando se lleva a cabo por el Tribunal Constitucional, atendiendo más a la trascen-

(12) Como se dijo en la STC 49/1988, *caso órganos rectores de Cajas de Ahorro*, «la calificación como básica de una norma por el legislador no supone por sí misma que esa norma tenga tal carácter. Caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si una norma es o no básica» (FJ 3). Puede verse, también, la STC 13/1989, *caso comercio minorista de alimentación*, FJ 3.

(13) Las dos citas están tomadas de Carles VIVER I PI-SUNYER, «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio DE OTTO*, Oviedo, 1993, págs. 297 y 301, respectivamente.

dencia del asunto que a su contenido real como básico desde una perspectiva material. Pero en todo caso lo que aquí se quiere resaltar es la dificultad intrínseca de acotar positivamente, en cada materia, un campo material de lo básico, o, como se ha dicho, la inviabilidad del intento de «establecer definiciones omnicomprendivas y definitivas de todos los ámbitos competenciales» (14), lo que forzosamente deja la definición de lo que sea básico y lo que no lo sea —y, consecuentemente, la delimitación de los ámbitos competenciales en lo que a la legislación compartida se refiere— a expensas de cada concreta coyuntura; sí cabe, sin embargo, acotar ese campo material negativamente, y es precisamente el propio legislador básico el que lo hace al catalogar lo básico y excluir de esa catalogación lo que, por no considerarlo él mismo básico, queda en principio excluido de tal eventual calificación.

5. *La relevancia de los parámetros de definición de lo básico*

Ahora bien, si lo básico es, como toda obra del legislador, alterable, si su modificación repercute en muchas y muy importantes potestades ajenas y si sus contornos —y sus contenidos mismos— son susceptibles de ser enjuiciados en sede constitucional, será menester proveer de algún criterio para poderse aproximar a lo que puede —o no puede en forma alguna— ser básico. Dicho con otras palabras, difícilmente podrá verificarse el recto ejercicio de las competencias que cada cual tiene atribuidas si no se cuenta con algún parámetro para determinar cuándo las competencias propias o ajenas, según desde qué perspectiva se afronte la cuestión, se ciñen efectivamente, como la Constitución quiere, a lo materialmente básico (15). Y ya que los campos materiales de lo que sea básico son imposibles —o, al menos, muy difíciles— de delimitar de una forma estable, sería deseable que, como mínimo, dispusiésemos de unos adecuados parámetros de definición de lo materialmente básico: al menos en algunas materias, debería caber a los distintos legisladores deducir, de los parámetros utilizados por el Tribunal Constitucional en supuestos precedentes, cuál habría de ser su juicio sobre el carácter básico o no de una concreta regulación. En otras palabras, como su labor

(14) *Ibid.*, pág. 321.

(15) Parecen ahora proféticas, por eso, como espero que enseguida se verá, las palabras vertidas en la primera edición del *Informe sobre las autonomías* (Madrid, 1988, de Joaquín TORNOS MAS, Eliseo AJA, Tomás FONT I LLOVET, Juan M. PERULLES y Enoch ALBERTI), cuando afirmaba (pág. 49) que la noción material de bases podía «provocar (y de hecho lo está haciendo ya) graves riesgos para la seguridad jurídica en el futuro».

no es sólo la de resolver los conflictos concretos, sino también —y quizá sobre todo— la de interpretar la Constitución, las resoluciones del TC deberían prestar especial atención a la posibilidad de «ir estableciendo criterios objetivos y generalizables con los que llevar a cabo la tarea delimitadora» (16). Es cierto que la determinación de lo básico hasta ahora realizada por el TC es prevalentemente casuística (17), y no menos cierto es, por mucho que nos empeñemos en negarlo, que «la concreción de la distribución competencial dependerá, en incontables ocasiones, de consideraciones de hecho, de circunstancias fácticas incluso coyunturales y cambiantes, que habrán de conducir a una decisión sobre los límites del interés general supraautonómico» (18). Pero también es verdad que el del interés general es un parámetro jurídico, utilizable, por ende, por la jurisdicción constitucional como lo es en otras: por ejemplo, en la contencioso-administrativa. Por lo demás, el Tribunal ha suministrado en ocasiones parámetros razonablemente precisos para que el intérprete pueda colegir lo que será aceptado como básico y lo que no lo será, y tales parámetros singulares, en cuanto que se establecen sobre criterios genéricos de pura interpretación de preceptos constitucionales o estatutarios concretos, pueden —podrían— hacer innecesario —o inútil, o hasta imposible— la utilización del criterio del interés general.

Uno de tales parámetros es, sin duda, ya se ha dicho, el de la delimitación inicial de lo básico acometida por el propio legislador. Pero es claro que ese solo parámetro es del todo insuficiente, y que hacen falta otros. El Tribunal Constitucional ha suministrado algunos. En la mayoría de los casos, estos parámetros hacen referencia a la necesidad de conseguir un mínimo de uniformidad en el tratamiento de la materia en todo el territorio nacional. Este es el criterio seguido, fundamentalmente, cuando la Constitución atribuye a los órganos centrales la legislación básica en una determinada materia, pero sin atribuir a las Comunidades Autónomas la posibilidad de tener competencia exclusiva en esa misma materia, o atribuyéndola de forma condicionada a la legislación básica.

(16) De nuevo, VIVER, *cit.*, pág. 320. Esta exigencia es tanto mayor, me parece, si consideramos la relevancia que el TC ha tenido, y todavía tiene, en la configuración del Estado autonómico, que ha hecho que Manuel ARAGÓN llegara a hablar de «¿Estado jurisprudencial autonómico?», en VARIOS, *Praxis autonómica: modelos comparados y modelo estatal*, Oñati, 1987.

(17) TOMÁS Y VALIENTE, *cit.*, pág. 112.

(18) Como señalara Luis LÓPEZ GUERRA, en "Conflictos competenciales, interés general y decisión política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1 (1988), pág. 89.

Muy distinta es la situación, sin embargo, cuando la Constitución, además de atribuir a los órganos centrales la competencia para legislar sobre lo básico, atribuye a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva, sin hacer mención alguna a dicha legislación básica, sobre alguna materia conexas con la primera. En este caso los títulos competenciales se entrecruzan en varios segmentos: por una parte, nos hallaremos casi siempre frente a una —o varias— competencias compartidas; por otra, es también posible que nos hallemos ante competencias concurrentes; por último, puede suceder que nos encontremos ante competencias exclusivas de las CC.AA. ante las que difícilmente puede prevalecer ningún título competencial estatal. Es claro que en estos supuestos el criterio de definición de lo básico ha de verificarse sobre criterios más completos, complejos y matizados que el de la uniformidad.

La determinación de lo básico se tornará especialmente compleja, en estas ocasiones, sí sucede que el legislador —ya básico, ya autonómico; a veces, ambos— ha regulado ya la materia, o distintos bloques de ella, en diferentes ocasiones. Nos hallaremos en tales casos —especialmente en lo que a la legislación básica concierne— con distintas definiciones iniciales de lo básico que delimitan las respectivas competencias —unas, las estatales, por inclusión; otras, las autonómicas, por exclusión— que no forzosamente coinciden o que, para ser realistas, rara vez lo hacen. Todo ello plantea un auténtico bosque normativo en el que, en resumen, la definición de lo que es básico y lo que no lo es se hace prácticamente imposible y en el cual, por consiguiente, los ámbitos competenciales —estatales y autonómicos— son absolutamente oscuros: nadie sabe, ni puede saber, hasta dónde llega su competencia y hasta dónde la ajena.

6. *La relevancia de la alteración de los parámetros de lo básico*

En tales casos la autodefinición, por cada uno de los actores, de su propio ámbito de competencia, para así poder determinar hasta dónde les cabe válidamente actuar, sólo puede asentarse sobre los parámetros de determinación de lo básico utilizados en supuestos precedentes —tal vez hasta en la misma materia— por el Tribunal Constitucional. Ha de resaltarse que lo que aquí se dice se refiere al parámetro, y no a la conclusión a la que la utilización de tal parámetro lleve. Ciertamente, determinar si un concreto precepto es indispensable para «garantizar la uniformidad del ordenamiento» es algo que puede ser discutible y respecto de lo cual, por tanto, cabe errar en el análisis realizado; pero ese análisis, acertado o erróneo en la

conclusión, podrá siempre —o, al menos, en no pocas ocasiones— partir de un criterio, de un parámetro, aceptado y tenido como fijo.

Ocioso es decir que para que esta operación de aproximación a lo que finalmente será declarado como básico por el Tribunal Constitucional sea posible es menester que tales parámetros sean estables, esto es, que siempre que se enjuicie una materia similar se utilice el mismo parámetro, y se haga en idéntico sentido, entre otras cosas por la muy sencilla razón de que un parámetro permanentemente cambiante y, por ende, imprevisible, no es en realidad tal parámetro sino, más bien, un criterio utilizado casuísticamente. Es verdad que la primera condición de un parámetro es su justificación y su propósito de servir como tal: como ha señalado AJA, «la primera condición de estos pronunciamientos consiste en explicitar el razonamiento seguido, a fin de justificarlo y de convertirlo en criterio que pueda servir como punto de partida para otros casos semejantes» (19). Pero la segunda condición, esto es claro, es su estabilidad, su aplicación a los supuestos semejantes, pues si esas exigencias no se cumplen no cabrá aplicarlos como criterios para tales casos semejantes.

La estabilidad de los parámetros de definición de lo básico que en cada caso utilice el Tribunal Constitucional y la congruencia interna —esto es, entre el razonamiento y la conclusión— en su utilización son, por eso, capitales en nuestro sistema de reparto de competencias, porque en un terreno por definición impreciso, como el de lo que sea o no básico, la estabilidad de tales parámetros y su uso claro, coherente y acertado introducen las dosis de certeza y seguridad mínimamente precisas para el recto desenvolvimiento de los entes públicos y para la racional utilización de sus potestades; por el contrario, la alteración de los parámetros utilizados en supuestos conceptualmente muy similares y la incongruencia interna de las resoluciones vienen a sumar a un terreno ya de por sí movedizo, como el de lo básico, dosis de imprecisión, imprevisión e incertidumbre que pueden incapacitar a los actores políticos para actuar racionalmente, es decir, con la capacidad mínimamente exigible de prever los resultados de sus actuaciones y obrar de acuerdo con dichas previsiones (20). De hecho, siendo los parámetros de definición de lo básico utilizados por el Tribunal Constitucional lo único a que cabe ate-

(19) *Cit.*, pág. 30.

(20) De ahí que, aunque es verdad que, como señala Manuel ARAGÓN REYES, la concreción de la articulación competencial es, en primer lugar, política (*Constitución y democracia*, Madrid, 1989, págs. 119 y ss.), sea preciso —y esa es, a estos efectos, la labor del TC— llevar a la conciencia de los actores políticos la certidumbre de lo que, en términos constitucionales, pueden hacer, así como la de lo que no pueden hacer: para que puedan prever —siempre, se repite, en términos constitucionales— los resultados —constitucionales— de sus actuaciones.

nerse —además de a la definición inicial de lo básico realizada por el legislador básico— en ese terreno, la alteración de estos parámetros produce el pernicioso efecto de difuminar los ámbitos competenciales hasta hacerlos, en la práctica, no sólo indefinibles, sino también imprevisibles. Para decirlo con mayor claridad, es probablemente preferible carecer de parámetros que disponer teóricamente de ellos para que, cuando proceda que sean aplicados, no lo sean.

Quiere con esto decirse que es ciertamente básico para el sistema todo, y especialmente para la adecuada imbricación de competencias entre los órganos centrales y los autonómicos, que los parámetros utilizados —y, por ende, utilizables— para delimitar lo básico sean claros y estables, de tal suerte que sean efectivamente utilizables —porque si no fuesen claros y estables no podrían serlo— como criterio por todos cuantos intervienen en el proceso de producción normativa. Para decirlo con la expresión del propio Tribunal Constitucional, ésta es la única forma de disponer de «una determinación cierta y estable» (21) de la articulación de las competencias estatales y autonómicas, en particular en lo que se refiere a la articulación bases-desarrollo de las bases.

No es dudoso que el Tribunal Constitucional puede, como los demás Tribunales, y en ésta como en otras materias, modificar sus criterios precedentes o, sin llegar a ello, modularlos o matizarlos (22). Ahora bien, tampoco parece discutible que cuando se trata de delimitar los campos competenciales y, por consiguiente, de fijar el alcance de las potestades de muy diferentes órganos, la estabilidad es un valor en sí. Es, por eso, deseable que los criterios sean estables; es, además, no ya deseable, sino requerible que toda eventual modificación de tales criterios sea claramente explicada y justificada, para que todos puedan saber a qué atenerse, y de ello se deduce, me parece, que también al Tribunal Constitucional le es exigible una fundamentación especialmente rigurosa cuando se aparta —o dice hacerlo— de su doctrina precedente, así como una cabal explicación respecto de la validez general de tal modificación o, por el contrario, de su exclusiva aplicación a supuestos determinados; y es exigible, en suma, que las decisiones finales sean congruentes con la fundamentación. Si así no se hace, la consecuencia será que se añada mayor confusión a campos conceptuales ya de por sí tortuosos y, sobre todo, que se desposea a los actores políticos de las dosis de seguridad precisas para que puedan determinar hasta dónde llegan sus potestades y predecir las consecuencias de sus decisiones, introduciéndoles a ellos —y, por consiguiente, a todos— en un mar de incertidumbres.

(21) Me refiero aquí al ya citado caso *etiquetaje*, FJ 5.

(22) Evolución jurisprudencial a cuya posibilidad ya aludía JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 92.

Esto es, a mi juicio, lo que ha ocurrido en un terreno sobre el que hoy existe una gran sensibilidad, y que se proyecta sobre multitud de materias y, por consiguiente, de competencias: el de la legislación medioambiental. Al menos en esta materia, el TC ha ejercido de auténtica Penélope, tejiendo y destejiendo, cada vez que ha tenido ocasión, el tapiz de lo que en ella pueda considerarse básico; pero no se ha contentado con modificar el tapiz pues, como se verá, ha alterado también el bastidor mismo, modificando los parámetros utilizados para determinar, en cada ocasión, lo que es básico y lo que no lo es.

II. LA VERSATILIDAD DE LO BÁSICO: EL EJEMPLO DE LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL

1. *La versatilidad de lo formalmente básico*

a) *El vehículo normativo de lo básico.*

El primer problema que plantea lo básico es, sin duda, el de cuál haya de ser su vehículo formal. El problema viene aquí planteado porque, como es de sobra conocido, la Constitución utiliza —luego se abundará en ello— diferentes expresiones alusivas, todas ellas, a la ley o la legislación. Resultaba preciso, por tanto, determinar si esa alusión constitucional debía entenderse como una exigencia de un determinado rango formal o si, por el contrario, quedaba a la discreción de quien ejerce la competencia —que, una vez más tautológicamente, es el legislador básico— la determinación del vehículo normativo pertinente en cada caso.

Sin embargo, toda posible controversia parecía zanjada, con los inevitables márgenes de indeterminación, por las precedentes resoluciones del TC. En efecto, éste había señalado ya, no es ocioso recordarlo a los efectos que aquí interesan, que la primera condición para que una norma sea básica es que se califique a sí misma de tal, o que de su contenido se infiera manifiestamente su carácter básico; dicho de otra forma, es básico aquello que el legislador declara expresamente como tal, o que se infiere como básico, sin dificultad alguna, de la norma, ya que es preciso, en aras de la seguridad y certidumbre del Derecho, que las CC.AA. puedan conocer con la mayor exactitud posible el marco al que han de sujetarse en el ejercicio de sus competencias (23). Por otra parte, la competencia para regular lo básico es,

(23) Ver, de nuevo, el caso *etiquetaje*.

en principio, normativa, y debe ser ejercida mediante ley formal (24); pero ya se sabe que este principio general tiene excepciones y que, por ejemplo, cabe que lo básico sea reglamentario cuando «dada la naturaleza de la regulación resulte manifiestamente irrazonable plasmarla en normas cuya modificación no pueda hacerse con la agilidad necesaria» (25), o cuando «concurran razones de orden técnico o coyuntural que hagan virtualmente imposible una determinación legal de lo básico» (26); así sucede, por ejemplo, «cuando se trata de materias que, por su naturaleza cambiante o coyuntural, exigen una actividad normativa que reúna unas características de rapidez y capacidad de ajuste que la ley no permite» (27). Y muy recientemente el TC ha señalado que aun cuando el principio general es que lo básico sea establecido por ley, puede el Gobierno hacer uso de su potestad reglamentaria para regular reglamentariamente algunos aspectos de lo básico de una materia, bien cuando sea preciso para atender a circunstancias coyunturales o cuando resulten complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases (28). El grado extremo de este arco de posibilidades de que, excepcionalmente, lo básico no sea establecido por ley formal cuando tal cosa sea absolutamente imposible es la admisión de la posibilidad de que sea puramente ejecutivo, cuando ello sea preciso para garantizar un tratamiento jurídico uniforme (29).

b) *Reflexiones constitucionales sobre la expresión «legislación».*

La relativa certidumbre que respecto de las características formales de lo básico podía albergar el lector se toma, sin embargo, confusión cuando acomete la lectura de la muy reciente sentencia sobre la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y los Reales Decretos dictados en su desarrollo (30). Porque, a despecho de lo establecido —y ya generalmente asumido— en las resoluciones más arriba citadas, comienza aquí el TC señalando una distinción formal, que obliga al lector a pensar que se ha decidido alterar el parámetro de lo bá-

(24) *Ibidem*. Es lo que se ha llamado «preferencia de la ley formal»: ver JIMÉNEZ CAMPO, *cit.*, pág. 76, y TORRÓS MAS, *cit.*, pág.

(25) Así, en la STC 158/1986, caso *pesca con arte claro*.

(26) STC 227/1988, caso *Ley de Aguas*.

(27) Este principio fue sentado en la STC 86/1989, caso *ordenación del seguro privado*.

(28) En la STC 141/1993, caso *contratación del Estado*.

(29) Como se admitió, ya desde un principio, en la STC 1/1982, caso *coeficientes de Cajas de Ahorro*.

(30) STC 102/1995, de 26 de junio. Puede encontrarse un comentario en mi trabajo, «Espacios (y especies) rigurosamente vigilados», *Boletín de Urbanismo*, 5 de octubre de 1995, págs. 32 y ss.

sico en lo que a su vehículo formal se refiere. En efecto, los fundamentos jurídicos de esta sentencia arrancan con unas consideraciones generales al respecto que parten de que la Constitución suele, en general, hablar de «lo básico», pero en ocasiones alude a la «legislación básica»: en los apartados 17, 18 y 23 del artículo 149.1 (31). Nos dice el TC que ello supone, en estos tres casos, una potenciación del aspecto formal sobre el material, en especial cuando las CC.AA. tienen atribuido el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de que se trate, como aquí sucede (32). El lector tiene aquí la sensación de que el TC, apoyándose en el diferente tenor de la expresión constitucional —«bases» o «básico» en casi todos los casos, «legislación básica» sólo en algunos— contrae lo básico a lo normativo, excluyendo lo ejecutivo, y aun a lo formalmente legal. Esa sensación —como veremos, falsa— se alimenta aún más cuando se lee que «la *legislación básica* ofrece un perímetro amplio por su formulación genérica con un contenido esencialmente —hay que reparar en esta palabra, porque en realidad quiere decir lo contrario de lo que parece— normativo. Lo básico, concluye la argumentación, habrá de ser, en principio, un conjunto de normas legales...»; otra expresión —legales— polisémica. Podría concluirse, pues, que en los supuestos —como la legislación medioambiental— en los que la Constitución emplea el término «legislación» se refuerza el aspecto normativo de lo básico o, aún más, se intensifica la exigencia de lo formalmente legal.

Pero tal conclusión sería incorrecta; lo sería porque, en definitiva, tras una larga serie de consideraciones —no siempre tan claras como sería deseable— al respecto, se concluye admitiendo la posibilidad de que lo básico sea, incluso en los supuestos en los que la Constitución utiliza la expresión «legislación», regulado por normas reglamentarias, aun cuando se vierten numerosas matizaciones sobre la excepcionalidad de este supuesto; es más, se añade, no obstante lo dicho, que «el contenido normativo de lo básico en esta materia no significa la exclusión de otras intervenciones de carácter estatal», es

(31) Joaquín TORNOS I MAS, apunta que, al parecer, nadie reparó, durante el período constituyente, en la diferencia entre «normas básicas», «legislación básica» y «bases»: «La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31 (1991), pág. 276.

(32) Y, al menos a algunos, nos hace por momentos pensar que aplica la tesis que adelantara Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA —«La significación de las competencias exclusivas en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5 (1982), págs. 68 y ss.— distinguiendo entre las expresiones «legislación básica», reducida a lo normativo, y «bases», que incluiría también lo ejecutivo, y que sostuviera también Javier SALAS, en «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», núms. 100-102 de esta REVISTA (1983). Como se recordará, se distinguía allí entre la «legislación básica», reducida a la potestad legislativa, «normas básicas», circunscritas a lo normativo pero comprensivas de lo reglamentario, y «bases», que incluyen la potestad ejecutiva.

decir, ejecutivas, cuando ello sea necesario, si bien resulta necesario para ello la concurrencia de una larga serie de condiciones que producen, se dice, la «metamorfosis» del título habilitante (33); de suerte que cuando se señala que lo básico es esencialmente normativo, no se hace otra cosa que admitir que, accidental, esporádica o excepcionalmente —cuando experimenta la metamorfosis—, puede no ser normativo.

De manera que, en definitiva, la lectura de la sentencia arroja al lector la primera impresión de que se han alterado los parámetros de lo básico en —al menos cuando el título competencial constitucionalmente previsto utiliza la expresión «legislación»— lo que al vehículo formal se refiere, cuando en realidad, aun ofreciendo la apariencia de que los altera, no se hace otra cosa que confirmar los precedentes existentes, esto es, reiterar el principio de «preferencia de ley» (34), pero admitiendo la posibilidad de que, en determinadas condiciones, la «legislación básica» incluya lo reglamentario y hasta lo ejecutivo.

2. *La versatilidad de lo materialmente básico*

a) *Lo materialmente básico en la legislación medioambiental.*

Pero donde con más nitidez se percibe la versatilidad de los parámetros de lo básico, así como los perniciosos efectos que de la carencia de un parámetro estable se derivan, es cuando acudimos a lo materialmente básico. En el campo medioambiental surge la especificidad derivada de que la previsión del artículo 149.1.23 va acompañada de la mención relativa a la facultad de las CC.AA. de establecer medidas adicionales de protección y, además, el artículo 148.1.9.º atribuye a las CC.AA. la posibilidad de asumir la gestión en materia de protección del medio ambiente. Ello justifica, sin duda, que si en términos generales los parámetros de lo materialmente básico se asientan sobre la existencia de un interés general que exige un tratamiento nor-

(33) Véase el fundamento jurídico 8. Incidentalmente, y a la luz de esta larga exposición, quizá pudiera considerarse también excesiva, para una resolución jurisdiccional, la nada parca disertación que la sentencia contiene sobre el concepto de medio ambiente. La referencia al volumen no sólo es estética, ni tampoco inocua, pues la experiencia demuestra con qué indeseable frecuencia la prolijidad verbal surge, luego, efectos tan indeseables como, seguramente, indeseados. Para un análisis del concepto de medio ambiente, ver Rafael MENDIZÁBAL ALLENDE, *Ensayo para una definición del medio ambiente*, en «Actualidad Administrativa», núm. 31 (1995).

(34) Ver JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 76, y la sexta de las siete tesis con las que cierra su trabajo.

mativo común y cuyo objetivo es asegurar un «común denominador normativo» que permita garantizar cierta uniformidad del tratamiento de una materia en todo el territorio nacional (35), los parámetros de lo materialmente básico presenten, en el terreno medioambiental, las particularidades derivadas de su singular regulación constitucional; y podría parecer que esas peculiaridades difícilmente pueden consistir en otra cosa que en la existencia de un margen para que las CC.AA. introduzcan sus políticas de configuración propia mayor que el existente en la articulación «normal» entre bases y desarrollo, porque ningún sentido tendría que la mención expresa en el texto constitucional a las facultades de las CC. AA —mención adicional a la recogida en el artículo 148.1.9.º respecto de la gestión— se tradujese en una minoración de las potestades autonómicas respecto del régimen general. De manera que si en la articulación típica es exigible que las bases ofrezcan a las CC.AA. la posibilidad de introducir, mediante su desarrollo, medidas específicas resultantes de la configuración de sus propias políticas, tanto más requerible parece que las bases ofrezcan ese terreno a las CC.AA. en una materia como la del medio ambiente, en la que la propia Constitución prevé, al atribuir al Estado la competencia legislativa básica, la facultad de las CC.AA. de dictar medidas adicionales de protección.

Pues bien, los parámetros de lo que en materia medioambiental sea, a la vista de la especificidad reseñada, materialmente básico, no han disfrutado —con independencia del acierto al seleccionar cualquiera de los posibles de entre ellos— de la necesaria estabilidad. En efecto, en un primer momento se estableció, en el caso *Ley catalana de espacios de especial interés natural* (36), que de los preceptos aplicables se deducía, «de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente... Pero se atribuye también a las Comunidades Autónomas una competencia propia no sólo de ejecución sino de «desarrollo legislativo» de la legislación básica, y la de imponer medidas adicionales de protección; todo lo cual supone que dentro del marco de la política global del medio ambiente y de respeto al principio de solidaridad son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones». Esta orientación se mantuvo en el caso *la Garrotxa*, en el que se reitera que la competencia autonómica en materia de medio ambiente consiste en el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica (37).

(35) Ver, por todas, STC 32/1981, caso *Diputaciones catalanas*, y STC 1/1982, *cit.*

(36) STC 64/1982, FJ 3.

(37) STC 69/1982, FJ 1. Puede verse, al respecto, Francisco SOSA WAGNER, "Espacios

Y posteriormente, en el caso *Parque Regional del Manzanares*, se abundó en esta línea, señalándose que la especificidad existente en materia medioambiental consistía en que lo básico se contraía a lo mínimo, vale decir, a lo mínimo imprescindible para asegurar la protección del medio ambiente, de suerte que fuesen las CC.AA. las que dictasen las medidas adicionales de protección; por decirlo con las palabras del TC, «aquí la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten «normas adicionales» o un plus de protección. Es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad colectiva, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las CC.AA. con competencia en la materia establezcan niveles de protección más altos... El sentido del texto constitucional es el de que las bases estatales son de carácter mínimo» (38). Con este parámetro, la tarea del intérprete a la hora de dilucidar lo que es básico en materia de medio ambiente se reconduciría a delimitar aquello que goza del carácter mínimo preciso para una adecuada protección del medio ambiente.

Pero eso sucedió en un primer momento. Porque aunque posteriormente siguió manteniéndose en otra resolución relativa a la competencia estatal sobre el medio ambiente que «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» (39), ese mismo día —4 de julio de 1991— el mismo órgano, el Pleno del Tribunal Constitucional, utilizaba otro parámetro radicalmente distinto o, si creía emplear el mismo, lo hacía de forma asaz diferente. En efecto, en el caso *Ley de Costas* (40) lo «mínimo» se transformó en lo «indispensable» o, para ser más precisos, en «todo lo necesario». En anticipado resumen, la interpretación que del artículo 149.1.23 CE se hizo aquí es cabalmente la contraria que la que —menos de tres años antes; tampoco es tanto tiempo— se efectuara en el caso *Parque Regional del Manzanares*: lo que antes no podía ser interpretado en un sentido restringido debe serlo ahora; lo que antes era mínimo —y todos sabemos lo que esa palabra significa (41)— se

Naturales protegidos y Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38 (1983).

(38) STC 170/1989, FJ 2.

(39) STC 147/1991, de 4 de julio, caso *pesca de «cerco»*, FJ 4.

(40) STC 149/1991, de 4 de julio.

(41) No puede aducirse aquí que cuando se utiliza la expresión «mínimo» en el caso *Parque Regional del Manzanares* se hace en el sentido de «mínimo exigible» o «mínimo susceptible de garantizar una adecuada conservación del medio ambiente», porque tanto de los fundamentos como del fallo se deduce con claridad que se refiere a una actuación de mínimos.

convierte en máximo (42), y lo que resulta ser mínimo es, precisamente, la competencia autonómica de dictar normas adicionales de protección, ya que «la Constitución no agrega explícitamente (como en el art. 149.1.27.º), ni implícitamente admite (así el 149.1.17.º), que el desarrollo de esta legislación básica pueda ser asumido, como competencia propia, por las CC.AA.».

La consecuencia de esa dicción constitucional sería, entonces, que la competencia estatal respecto de la legislación básica no se contraería al mínimo —al menos, no al mínimo entendido como tal; sí, tal vez, al mínimo considerado como indispensable, entendido a su vez este término como todo lo necesario— sino que, por el contrario, el deber del legislador básico de dejar un margen al desarrollo legislativo autonómico —posible, pero constitucionalmente no previsto— resultaría menor que en otros ámbitos: tan menor que no cabría afirmar la inconstitucionalidad de las normas estatales por el mero hecho de que, por el detalle con que están concebidas, no permitan desarrollo normativo alguno (43), ya que «en principio también el desarrollo reglamentario de las leyes sobre la materia es competencia estatal o, dicho de otro modo, que la legislación básica incluye tanto las normas con rango de ley como las reglamentarias dictadas en su desarrollo» (44); esto es, que nada cabría reprochar a las normas estatales si en vez de ser básicas son exhaustivamente detallistas, y si en vez de mínimas son máximas (45), tanto que, en realidad, no permitan que las CC.AA. dicten normas adicionales de protección, por más que tal cosa figure en la Constitución y los Estatutos. Queda sin explicar por qué, si el precepto constitucional alude a legislación básica, el grado de detalle puede ser total, de manera que de nada sirve que el artículo 149.1.23.º CE ciña la competencia estatal en relación con el medio ambiente a la legislación

(42) Pues, según la sentencia, «el constituyente no ha querido reservar a la competencia legislativa del Estado sólo el establecimiento de preceptos básicos necesitados de ulterior desarrollo, sino que, por el contrario, ha entendido que debía ser el Estado el que estableciese toda la normativa que considerase indispensable para la protección del medio ambiente» (FJ 1.D).

(43) *Ibid.*, in fine.

(44) *Ibid.*, FJ 3, apartado D, párrafo c).

(45) Y así, Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, señala que «según el parecer del Tribunal Constitucional (STC 149/1991) con la expresión «legislación básica» contenida en el artículo 149.1.23, el constituyente ha entendido que es el Estado el llamado a establecer toda la normativa que considere indispensable para la protección del medio ambiente. hasta el punto que esa legislación básica comprendería no sólo la ley sino también su desarrollo reglamentario "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41 (1995), pág. 549; puede verse este trabajo para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el medio ambiente. Puede verse al respecto, también, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, "Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente y la jurisprudencia constitucional", en la obra *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Jaén, 1995) de la que él mismo es coordinador.

«básica», puesto que tal legislación pretendidamente básica puede agotar la materia sin dejar nada que desarrollar, y de suerte que la mención expresa a las facultades de las CC.AA. de establecer medidas adicionales de protección, mención que —como se recuerda en la sentencia— no figura en otros epígrafes, y que va acompañada de la previsión del artículo 148.1.9.º respecto de la competencia autonómica en materia de gestión medioambiental, minora paradójica —¿o contradictoriamente?— el ámbito competencial autonómico. En estas condiciones, no puede extrañar que se haya calificado esta interpretación de intento de «neutralizar» las competencias autonómicas para desarrollar la legislación básica del Estado sobre el medio ambiente (46).

b) *Un overruling retórico.*

Con todo, el sentido de las resoluciones, cualquiera que sea, y siempre será discutible, no es relevante a los efectos que aquí nos ocupan; lo relevante es que se pueda saber a qué atenerse, esto es, que se disponga de un parámetro, mejor o peor, pero razonablemente estable. Pues bien, el desconcierto de quien quiera conocer el parámetro de lo básico en la legislación medioambiental alcanza su máximo cuando en el caso *espacios naturales* —donde, dicho sea incidentalmente, más directamente se tratan los títulos competenciales relativos al medio ambiente— lee que «hemos de apartarnos» de lo dicho en la STC 149/1991 (caso *Ley de Costas*) —lo que, como enseguida se verá, no es en realidad cierto— y, sobre todo, cuando se repara en que el ponente señala, en su voto particular, que el caso *espacios naturales* «aunque siga en cierto modo las pautas ya marcadas por la anterior —la citada 149/1991— restringe su alcance en la forma y medida que ella misma explica —que, como se verá, es ninguna (C. del A.)—, así como su ámbito expansivo, con un golpe de timón expreso y explícito, expuesto muy claramente, que constituye un auténtico *overruling*».

El *overruling* es, sin embargo, puramente retórico. Es verdad que en el caso *espacios naturales*, después de señalar que la doctrina del caso *Ley de Costas* se asume en líneas generales y de reiterar que en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen al

(46) *Ibid.*, pág. 553. Por su parte, Francisco DELGADO PLOQUERAS apunta que con esta sentencia el TC «ha venido a matizar todavía más los extremos del debate, girando su restrictiva doctrina anterior en el sentido de ampliar los poderes normativos del Estado —en “Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 37 (1993), pág. 74—. Ocioso es decir que la restricción depende de la perspectiva: la doctrina anterior podría considerarse restrictiva para el Estado, pero difícilmente cabe dudar que ésta lo es para las Comunidades Autónomas.

desarrollo de la legislación básica es menor que en otros ámbitos, se dice que se aparta de esa línea, y se afirma que la legislación estatal no puede llegar «a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno» de las CC.AA. con competencias en materia de medio ambiente, «vaciándolas así de contenido»; y es cierto que parece volverse a la doctrina del caso *Parque Regional del Manzanares*, puesto que se apunta, de nuevo, que «lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos»; se dice una cosa y se afirma la otra, pero no se hace ninguna de las dos porque no es sólo que se admita que las normas estatales revistan tal grado de detalle que no permitan desarrollo alguno: es que, además, la determinación del grado de detalle de la norma está ausente, al enjuiciarla, del razonamiento del Tribunal. Bien es verdad, sin embargo, que el grado de detalle de la norma parece irrelevante, ya que, para complicar todavía más la determinación de los parámetros de lo básico, se nos dice que «no son lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla como básica, o no, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho». Por si todo eso no fuera suficientemente claro se añade que «lo básico tiene aquí simultáneamente carácter mínimo, como patrón indispensable para la protección del medio ambiente, fuera de cuyo núcleo entran en juego las normas que lo complementan y lo desarrollan, con la ejecución» (*sic*) (47), imbricando así, me parece, los conceptos formal y material de lo básico.

c) *La distancia entre el razonamiento previo y la decisión.*

Lo más significativo es, sin embargo, la escasa congruencia que, a mi juicio, hay entre los razonamientos previos y el fallo. Porque después de haber afirmado que había que apartarse del caso *Ley de Costas* —el *overruling*— y no obstante lo que se dijera respecto de la función de ordenación mediante mínimos que aquí cumple a la legislación básica, se rechaza el reproche de excesivo casuismo que los impugnantes achacan al contenido mínimo —art. 4 de la LCEN— de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, y se rechaza porque, como se afirma haber dicho anteriormente, «en materia de medio ambiente el deber estatal de dejar un margen de desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica es menor que en

(47) FJ 9, *in fine*.

otros ámbitos» (48); es decir, que se aplica lo que se dice rechazar y se inaplica lo que se dice seguir. Es verdad que retóricamente puede sostenerse que hay un espacio intermedio entre el reconocimiento de que el deber estatal de dejar un margen para el desarrollo es menor y la admisión de que el grado de detalle puede ser tal que no deje margen alguno para el desarrollo, pues la primera posición exige, aunque mínimo, un margen de desarrollo, y la segunda, no. Pero esta suerte de «achique de espacios» conceptual no parece tanto un ejercicio de precisión cuanto un recurso retórico, pues definir ese espacio intermedio entre el margen menor y el nulo es, me parece, empresa harto difícil y, además, de muy dudosa plasmación práctica; en todo caso, y a los efectos que aquí interesan, el cambio —una vez más— de parámetro es claro.

Idéntica desconexión entre las afirmaciones de principio y la decisión se percibe en la admisión como básico del Real Decreto 439/1990, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas. El argumento es aquí que, categóricamente hablando, el Decreto impugnado sólo recoge la más importante de las categorías, la de las especies en peligro de extinción, omitiendo las otras dos —sensibles y vulnerables— previstas en la LCEN; pero es que el Real Decreto cataloga como en peligro de extinción centenares de especies, algo que un observador no excesivamente exigente bien pudiera considerar excesivamente detallista. Otro tanto sucede con el Real Decreto 1118/1989, por el que se determinan las especies objeto de caza y pesca comercializables. Se nos dice aquí que «la legitimidad constitucional de la norma legal se transmite, por las razones intrínsecas expuestas, a su desarrollo reglamentario» (49), de donde no se sabe si hay que deducir que la admisión como básica de una norma legal conlleva el carácter básico de su desarrollo reglamentario. En todo caso, parece claro que no se aplica aquí el criterio general sobre lo básico sentado más arriba, y según el cual corresponde al Tribunal comprobar la corrección de la calificación como básico hecha por el legislador, y ha de hacerlo «caso por caso, sin posibilidad de crear apriorísticamente una teoría que prevea todos los supuestos futuros ni anticipar criterios abstractos no contrastados con la realidad tópica» (50). Porque si se hubiese aplicado ese criterio —como, por cierto, si se hace con el Real Decreto 1095/1989, y el resultado es la negación del carácter básico de varios de sus preceptos (51)— y se hubiese analizado

(48) FJ 13, párrafo 2.º; contrástese con lo que se señala en el FJ 8, *in fine*.

(49) FJ 25.

(50) FJ 9.

(51) FJ 29.

detalladamente el Decreto tal vez se hubiese encontrado —aunque, naturalmente, esto es discutible; lo relevante no es, se insiste una vez más, tanto el resultado cuanto la aplicación de los parámetros— que algunos de sus preceptos no sólo no reúnen carácter básico, sino que, además, no constituyen propiamente medidas conservacionistas e inciden directamente en la regulación de la caza y pesca, materias ambas en las que las CC.AA. impugnantes ostentan competencia exclusiva.

IV. LA IMPREVISIBILIDAD DE LO BÁSICO

Lo que, a modo de resumen, hay que destacar es la absoluta mutabilidad de los parámetros utilizados para definir el alcance de lo básico, tanto en el terreno formal como material. En el primero, el parámetro permanece, no cabe negarlo, fijo, pero parece —al menos parece— sometido a un permanente cuestionamiento, algo claramente poco deseable. En el segundo campo, el material, la versatilidad de los parámetros es, puede ser, absoluta, y la evolución en las competencias medioambientales nos ofrece un excelente ejemplo al respecto: primero se dijo que en lo medioambiental lo básico se reducía a lo mínimo, luego se pasó al extremo contrario, afirmando que era admisible que lo básico agotase la regulación y dejase, por tanto, de ser básico para pasar a ser de detalle, y luego se afirmó que se abandonaba esta línea —¿para seguir cuál?— aunque en realidad se mantenía, toda vez que, declaraciones retóricas aparte, se declaraban básicas regulaciones que difícilmente pueden admitirse como tales.

La delimitación del terreno de lo básico es clave para deslindar los ámbitos competenciales de las distintas administraciones ya que, en definitiva, como el ámbito de poder global está definido, la expansión del campo de actuación estatal se traduce forzosamente en una disminución del autonómico, y la contracción de aquél redundará forzosamente en la ampliación de éste. Es claro que no cabe demandar una estricta y detallada determinación de lo que es básico y de lo que no lo es, entre otras cosas por la variabilidad —y consiguiente eventual alteración— de su ámbito; pero, ya que no podemos aspirar a conocer de antemano lo que es básico y lo que no lo es, quizá no sea disparatado que pretendamos, al menos, saber cuáles son los parámetros de determinación de lo básico, que tales parámetros gocen de una razonable estabilidad —la muy debilitada estabilidad que se espera de los conceptos jurídicos— y que cuando se modifiquen la alteración no tenga lugar por un voluntarismo selectivo, sino por razo-

no justificadas, y esté adecuadamente razonada; en particular, no parece exorbitante reclamar que no se nos diga que se aplican los mismos criterios cuando se usan otros distintos, y que no se nos exponga que se cambia de criterio cuando se sigue utilizando los precedentes. «Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho, y no... provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de los cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable». Estas palabras son del propio TC (52).

Los parámetros utilizados en cada caso por el Tribunal arrojan, sin embargo, una ductilidad y un grado de casuismo tales que en ocasiones se tiene la sensación de que lo que prima es el coyunturalismo o, dicho en otros términos, que se escogen unos u otros parámetros en función de la controversia a resolver. No se trata ya de lo que en cada caso se entienda pueda ser el interés general sino más bien, me parece, de la entidad de la materia: da la impresión de que la selección de uno u otro parámetro no guarda relación con la norma aplicable, sino con la entidad o repercusión de la decisión en términos de anulabilidad de las previas decisiones del legislador básico. Es difícil resistirse a pensar que los —a su vez, diferentes entre sí— parámetros elegidos en el caso la *Garrotxa*, primero, y, después —y sobre todo—, en el caso *Parque Regional del Manzanares* lo fueron por la escasa repercusión de la decisión, y que esa es la razón de que el criterio fuese otro en los casos *Ley de Costas* y *Espacios Naturales*. En estas condiciones, no es extraño que se haya afirmado que «la ausencia de criterios objetivos ha producido una confusión notable» (53), y es difícil no compartir que «las sentencias constitucionales resuelven los casos concretos planteados, pero por cada caso resuelto surgen nuevas controversias» (54); lo que es más grave, la evolución descrita parece presentar como real el peligro de que el juicio de constitucionalidad se desplace hacia el de conveniencia política (55).

La Constitución precisa, esto es claro, interpretación o, más bien, los conceptos en ella incluidos exigen que se defina su significado concreto y su alcance exacto; pero si en conceptos tan básicos como el de lo básico el intérprete muda de criterio con frecuencia —a ve-

(52) STC 46/1990.

(53) AJA, cit., pág. 27. Por su parte, VIVER (cit., págs. 315-316) critica los criterios finalistas, con carácter general, señalando que «su resultado es imposible de prever y su proceso de razonamiento imposible de controlar», algo que, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la disputa teórica, me parece innegable que ha sucedido en la materia que nos ocupa.

(54) LÓPEZ GUERRA, *Conflictos competenciales, interés general...*, cit., pág. 87.

(55) *Ibid.*, pág. 91.

ces, como se ha visto, el mismo día— y necesita el mismo quien lo interprete será difícil que alberguemos una razonable seguridad jurídica, la capacidad de previsión mínimamente exigible, para poder discernir lo que probablemente será declarado como básico y lo que verosímilmente no lo será.

