

LA INTERPRETACION DE LA CONSTITUCION, LA ARMONIZACION LEGISLATIVA Y OTRAS CUESTIONES

(La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983: asunto LOAPA)

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

I

La sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de agosto de 1983 ha resuelto el muy sonado caso de la LOAPA. Se me ha invitado a comentarla y aunque decliné el encargo en la primera conversación (sobre todo por dudar de la conveniencia de polemizar jurídicamente sobre una cuestión en extremo politizada y más en relación con un problema ya resuelto por el Tribunal Constitucional, cuyo prestigio debe quedar muy por encima de estos debates) luego me he arrepentido, según se ve, nada más meditar un poco sobre la conveniencia de hacer o no el comentario. La sentencia ofrece tantos temas de interés que resulta difícil sustraerse a analizarlos. Por otra parte, tengo el sincero convencimiento de que aunque algunas de las posiciones que mantenga no adopten el tono laudatorio que es más común en este tipo de ejercicios doctrinales (costumbre que se justifica, desde luego, porque la jurisprudencia constitucional es muy certera en términos generales, pero también porque ese tipo de comentarios no requiere, por lo normal, el esfuerzo constructivo que la crítica exige), el debate será siempre más provechoso que la aceptación pacífica de las posiciones que la sentencia sostiene, aun en el caso de que sean las más justificadas jurídicamente. Me parece, además, que este ejercicio del comentario doctrinal a la jurisprudencia, hecho con toda nuestra modestia de juristas de a pie, constituye una forma de control de las decisiones de los Tribunales Constitucionales a la que no es bueno renunciar. Su eficacia depende, como es claro, de la fuerza y el prestigio de esa doctrina. Pero la experiencia enseña que en todos los países del viejo continente en que vivimos esa comunicación ha sido siempre fértil y que la jurisprudencia constitucional ha girado y cambiado de criterio muchas veces gracias al, aparentemente frágil, embridado que la doctrina mantiene sobre ella; también son constatables esos cambios en nuestra jurisprudencia

constitucional en los escasos dos años y medio transcurridos desde la aparición de la primera sentencia (1).

Como acabo de dar a entender, algunas de las argumentaciones de la sentencia de 5 de agosto de 1983 me sugieren observaciones críticas y, en ocasiones, problemas más enjundiosos que los que la propia sentencia resuelve. No dejaré de subrayar, como es natural, en las páginas que siguen, los aciertos que la sentencia tenga, ni de congratularme de su éxito político, si se consolida, como es de desear con todo fervor. Sin perjuicio de ello, lo que me cumple como jurista es analizar las construcciones técnicas de la sentencia, verificar su solidez y, en su caso, probar el desacierto de algunas de sus tesis centrales; todo ello además de cuestionar si el Tribunal ha cumplido en este caso la función pacificadora que todos esperábamos de su fallo. Una sentencia constitucional no es un acto de culto al dios Uitchilipochtli, así es que mientras menos sangre haga, más pacífica; lo contrario, pues, que pensaban los aztecas que exigían las apetencias de su cruel divinidad. El equilibrio en estos casos consiste en manejar con exactitud la *self-restraint*, respetando en lo posible la obra del legislador, sin perjuicio de atender todas las pretensiones constitucionalmente fundadas en los recurrentes.

Tengo el palpito, que apoyaré luego en bases más racionales, de que el Tribunal ha tratado de congraciarse con todos al mismo tiempo. La sentencia es contraria al legislador estatal, pero, a la vez, contiene declaraciones que, desde el punto de vista de los recurrentes victoriosos, no son mejores para sus pretensiones que la propia LOAPA. Lo probaré en su momento. De manera que en la sentencia hay declaraciones para el gusto de las dos partes en el pleito y, si esas partes son sabias, para que se queden satisfechas con tan equilibrado juicio. Pero para que este efecto pacificador perdure, es, además, preciso que las soluciones adoptadas sean las que el Derecho imponía y no el resultado de una decisión política, por muy acertada que sea. Si es de esta última forma, el pan de hoy puede convertirse en hambre para mañana.

Lo peor que le puede ocurrir a un Tribunal Constitucional (y el nuestro, desde luego, por su ejemplar trayectoria, está al margen de toda sospecha) es que se deje encandilar demasiado por las luces de una momentánea apoteosis. Una decisión políticamente brillante y jurídicamente mal fundada puede resolver problemas coyunturales de tono menor, resolver reclamaciones momentáneas, y ser al mismo tiempo la fuente de otros conflictos no menos graves y duraderos. Lo diré como A. GIDE: «Sin demasiada fatuidad, creo

(1) Véase, por ejemplo, cuanto se dice más adelante sobre la doctrina de las leyes orgánicas y compárense las sentencias de 13 de febrero de 1981 y la de 5 de agosto de 1983 que ahora comento. También la evolución de la jurisprudencia acerca de la función delimitadora de competencias de leyes estatales, con arranque en la misma sentencia de 13 de febrero de 1981, desarrollo en las de 28 de julio de 1981, 8 de febrero, 23 de marzo y 24 de mayo de 1982, y término en la sentencia de 5 de agosto de 1983. También las precisiones sobre la legitimación de las Comunidades autónomas en el recurso de inconstitucionalidad que hace la sentencia de 23 de diciembre de 1982 a lo establecido en la de 14 de julio de 1981, etc.

que puede preferirse correr el riesgo de no interesar el primer día —con cosas interesantes— a apasionar sin un mañana al público goloso de trivialidades» (2).

En fin, debo hacer dos advertencias preliminares antes de entrar de lleno en materia: la primera es que aunque este sea un comentario a la sentencia sobre la LOAPA, el lector no va a encontrar una sola referencia, ni para bien ni para mal, a las regulaciones que la LOAPA contenía. No la he hecho nunca por escrito, ya es tarde para empezar, y la sentencia no da mucho pie para ello, como se verá. Supongo que la circunstancia de que haya escrito por extenso lo que para mí significan todos y cada uno de los principios del título VIII de la Constitución (3), servirá para disculparme y para que el lector curioso pueda contrastar opiniones y verificar si se parecen a las que mantenía el articulado de la LOAPA y aún sostienen los restos normativos de su naufragio (que, por cierto, han usurpado unas siglas —LPA— que ya eran marca registrada en nuestro ordenamiento).

La segunda advertencia es sobre el método o sistema que ha de seguir para cumplir el compromiso. Renuncio desde ahora a examinar caso por caso, precepto por precepto, la justicia de las soluciones de la sentencia. No sólo porque se alargaría así este comentario más de lo preciso sin añadir un ápice de rigor al análisis, sino también porque no me parece nada gratificante la tarea de urgar en todos los recovecos de la materia muerta, según había observado KIRCHMANN (4) que es del gusto de algunos juristas. Prefiero seguir el consejo de S. ROMANO (5) y operar aquí según exige la máxima del mundo deportivo que él trajo a nuestro oficio: «*Glissez, mortels, n'appuyez pas*». Así es que procurará ir derecho a los grandes temas, a la búsqueda de las *tragende Gründe* (6), de lo más grueso de la *ratio decidendi*, dejando a un

(2) A. GIDE: *El inmoralista*, trad. de J. CORTÁZAR, Ed. de Argós Vergara, Madrid, 1981, página 8.

(3) En mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1982; el volumen II aparecerá la próxima primavera, según espero.

(4) La famosa sentencia de J. H. KIRCHMANN (en *La jurisprudencia no es ciencia*) dice: «¿cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿cuál de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos? Las nueve décimas partes, y más, se ocupan de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objetivo es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida; desviándose de la sana, establecen un nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura». Dada la premura de tiempo con que hago este comentario, cito por la edición italiana, que es la única que poseo: el trabajo de KIRCHMANN está recogido con otro de E. WOLF en el libro *Il valore della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1964; el párrafo que reproduzco, en la p. 18.

(5) *Glissez, mortels, n'appuyez pas* es, como resulta conocido, una de las voces de sus *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1964; ed. castellana, en Buenos Aires, 1964, en concreto, p. 195.

(6) Esta expresión se usa en Alemania Federal con un sentido próximo al de *ratio decidendi*. En los análisis de la jurisprudencia constitucional sirve para discernir a qué contenidos de la motivación de la sentencia cabe reconocer carácter vinculante para los poderes

lado todo lo demás. Lo hago, además, con la máxima concisión y brevedad posibles para cumplir en plazo el encargo que se me ha hecho. Tiempo habrá de volver sobre las mismas cuestiones.

II

Fuente
La primera declaración de interés de la sentencia es que la LOAPA no puede promulgarse ni como ley orgánica ni como ley de armonización, y por ahí es preciso también que empiece el comentario.

Que la ley en cuestión difícilmente podría tener carácter orgánico era un secreto que compartíamos casi todos los publicistas de este país. La doctrina que sienta la sentencia que comento sobre este extremo es del todo correcta, a mi juicio. Una ley sólo puede ostentar tal rango precisamente cuando regula las materias relacionadas en el artículo 81 o señaladas en otros concretos preceptos de la Constitución; como al regular esas materias el legislador puede encontrarse con asuntos conexos, inescindibles de la regulación principal, puede extenderse hasta ellos la regulación y su rango orgánico. Nada más. Todo esto es tan claro que no merece otros comentarios (7). Lo que hay que preguntarse seguidamente ante tal evidencia es por qué razón entonces la LOAPA se tramitó como ley orgánica. Se ha manejado la idea, a este propósito, de que la propuesta llevaba consigo la envenenada pretensión de reformar los Estatutos al ser éstos leyes del mismo rango. Tal interpretación es, sin embargo, tan basta, que ni merece la pena considerarla; no hay un solo jurista serio en este país que sea capaz de defender que una ley orgánica del Estado puede modificar un Estatuto de autonomía (8). Hay dos razones que, a mi juicio, pueden justificar la propuesta. La primera es

públicos (*Bindungswirkung*) o valor de cosa juzgada (*Rechtskraft*), o, en su caso, fuerza de ley (*Gesetzeskraft*). Puede verse sobre ello, por todos, SCHEUNER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen*, DÖV, 1954, pp. 664 y ss. y MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 22 ed., München, 1978, pp. 28 y ss.

(7) La propuesta de que la LOAPA se tramitara como ley orgánica, procede, como se sabe, del Informe de la Comisión de Expertos sobre autonomías (ed. del CEC, Madrid, 1981, en especial pp. 43 y 44). No puede decirse, sin embargo, que los expertos en cuestión no estuvieran bien al tanto de los límites de la reserva de ley orgánica que la Constitución contiene. Precisamente era éste un tema sobre el que casi todos ellos habían escrito (E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., 1979, pp. 134 y ss.; F. SOSA WAGNER, *Aproximación al tema de las Leyes Orgánicas*, en REDA, núm. 20; T. QUADRA SALCEDO, *La ley en la Constitución: leyes orgánicas*; con opiniones similares) incluso con particular vehemencia contra el abuso que se venía observando en la utilización de este instrumento legislativo y contra la excesiva flexibilidad de la primera jurisprudencia constitucional en este punto (T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981); trabajos que (sobre todo el último por la severidad de la crítica que contiene) es posible asegurar que han influido en la doctrina definitivamente sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 5 de agosto de 1983 que ahora comento.

(8) Sobre las relaciones entre los Estatutos de autonomía y la legislación estatal, cualquiera que sea su rango y carácter, *vid.* mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, cit., pp. 290 y ss.

que al exigirse una mayoría reforzada para aprobar las leyes orgánicas (art. 81 de la CE) y siendo la LOAPA producto de un pacto político, la votación coincidente en la Cámara reforzaba el pacto vinculando a las partes a un concreto producto legislativo. El riesgo de una impugnación era nulo porque aunque el Tribunal Constitucional declarase que la ley no era orgánica tendría pleno valor y los mismos efectos como ley ordinaria; no por ello su contenido devendría inconstitucional (9) ni dejaría de ser real el hecho de que la ley fue votada por una mayoría cualificada.

La segunda razón es que, pese a la opinión coincidente de toda la doctrina acerca de cuál era el alcance de la reserva de ley orgánica, el Tribunal Constitucional en su primera jurisprudencia parecía haber seguido unos derroteros mucho más flexibles. En efecto, la sentencia de 5 de agosto de 1983, que ahora comento, ha precisado con mucho rigor cuándo puede atribuirse a la regulación de las «materias conexas» contenidas en una ley orgánica ese mismo rango orgánico. Dice a este respecto, en sustancia, que «es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a ley orgánica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.1 de la Constitución, y la conexión no puede consistir en yuxtaponer preceptos referidos a materias distintas de las reservadas a tal tipo de ley. Por otra parte, la ley orgánica sólo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia». Doctrina correcta de la que hay que congratularse. Sin embargo, aunque el Tribunal insista, según es práctica, que esa doctrina ya la ha «mantenido este Tribunal en su sentencia de 13 de febrero de 1981» no está

(9) Contra las observaciones de alguno de los autores que se habían manifestado por escrito contra la LOAPA, en los que pueden encontrarse la afirmación de que dicha ley era *inconstitucional* por haberse tramitado como ley orgánica. La correcta doctrina puede encontrarse en los trabajos citados en la nota 7 y también, entre otros, en J. SANTAMARÍA PASTOR, *Las leyes orgánicas: notas sobre su naturaleza y procedimiento de elaboración*, en la Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED núm. 4. En el número 50 (letra e) de sus Fundamentos Jurídicos, la sentencia que comento resume esa doctrina diciendo: «es de señalar, finalmente, que la falta de carácter orgánico y armonizador del proyecto *no implica la inconstitucionalidad material de su contenido*, como revela el examen de su articulado».

(9 bis) Como, según vengo diciendo, me parece correcta la doctrina sobre las leyes orgánicas, no entro en otras cuestiones que el Fundamento Jurídico correspondiente de la sentencia plantea. Entre ellas: 1.º) aunque en buena técnica procesal el Tribunal no tenía por qué haber entrado en el fondo, una vez resuelto que la ley no tenía naturaleza orgánica —porque sólo en relación con las leyes orgánicas cabe plantear el recurso previo de inconstitucionalidad— me parece digna de todo elogio su decisión de conocer del contenido de la ley sin apelar a dicho expediente procesal; 2.º) la referencia que la sentencia hace a las invocaciones al principio de igualdad para justificar el carácter orgánico, me parecen injustas para el Abogado del Estado que, a todas luces, no dijo en sus alegaciones —según resulta de los antecedentes— que tenga que existir igualdad o uniformidad entre todas las Comunidades autónomas; el principio de igualdad invocado fue el de los ciudadanos a que alude el artículo 139; 3.º) la conexión material en que pretendía apoyarse el carácter orgánico de la LOAPA era, más que a una materia concreta de las enumeradas en el artículo 81, a la vinculación de sus preceptos con el bloque estatutario, etc.

tan claro que así sea. Allí decía el Tribunal, por ejemplo, que incluso una ley orgánica podía regular materias reglamentarias y que esa regulación quedaba «congelada» en el rango orgánico. Decía la sentencia citada que como no existe en nuestro ordenamiento una reserva en favor del reglamento, «el legislador, al elaborar una ley orgánica, podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria, pero que en atención a razones de *conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa* considere oportuno incluir junto a materias estrictamente reservadas a la ley orgánica».

El vínculo que se exigía entre la materia conexas y la principal no era en la sentencia de 13 de febrero de 1981 (donde se admitían razones sistemáticas o, incluso, de buena política legislativa) como el que impone ahora la sentencia de 5 de agosto de 1983 que estoy comentando.

Bien sé, en todo caso, que no es suficiente el anterior análisis para confirmar que ha habido un drástico *overruling* del Tribunal Constitucional que ha pillado al legislador como a un inocente fiado en que su doctrina sería más estable (10).

Pero no merece la pena detenerse más en este extremo porque, si lo ha habido, es muy libre el Tribunal de cambiar de criterio y, en todo caso, lo que aquí importa es que a su declaración de que la LOAPA no podía tener carácter orgánico se le pueden poner, como ya he dicho, muy pocos peros.

III

Compartir las razones del Tribunal para negar el carácter de ley de armonización a la LOAPA es ya mucho más difícil. La doctrina que sienta sobre cuándo procede utilizar aquel instrumento legislativo es, a mi juicio, correcta. Yo mismo había sostenido antes los criterios que ahora recoge el Tribunal (11), así es que difícilmente podría criticar la sentencia por ello. En esencia, lo que el Tribunal dice sobre la ley de armonización es que sólo es

(10) De cualquier forma, debo hacer notar que el *overruling* que insinúo no es una interpretación personal. En el mismo Informe de la Comisión de Expertos (*loc. cit.*), se interpreta la doctrina de la sentencia de 13 de febrero de 1981 de la forma flexible y expansiva que indico en el texto (bien a pesar, seguramente, de los miembros de la Comisión, que en sus obras habían expresado una opinión distinta). Pero más importante que todo ello es que la sentencia en cuestión, como se recordará, lleva anejo un voto disidente de los Magistrados AROZAMENA Y RUBIO en el que (aunque a los solos efectos de expresar el detrimento de las competencias autonómicas que la *vis expansiva* de las leyes orgánicas, según la doctrina de la sentencia, llevaba consigo) se adopta también la misma crítica y se interpretan las declaraciones de la sentencia referenciada como digo en el texto.

(11) En mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas* cit. pp. 431 y ss. Añade el Tribunal que también es posible la aprobación de leyes de armonización en el caso de competencias compartidas, según se verá inmediatamente, cuando su ejercicio produzca una desarmónización del interés general. No es fácil encontrar supuestos concretos en que eso pueda ocurrir sin que el Estado pueda darles respuesta usando sus competencias ordinarias, pero como supuesto teórico no es impertinente la referencia.

utilizable cuando «el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general», lo cual no significa que «la armonización prevista en el artículo 150.3 de la Constitución se refiera únicamente al ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades autónomas» (12), ya que también es posible que «las leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de las competencias compartidas se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades autónomas produzca una desarmonización contraria al interés general de la nación». El Estado no debe usar, pues, el instrumento «ley de armonización» del artículo 150.3 si puede valerse de otros títulos constitucionales que le permitan regular la materia, pues, si tales títulos existen, bastará con apelar a ellos, dictar las normas pertinentes y producir así la deseada y necesaria regulación uniforme para todo el territorio nacional.

Hasta aquí la argumentación es impecable. Es al aplicar al caso concreto de la LOAPA esa doctrina general cuando llega a resultados difícilmente aceptables porque olvidan lo que tanto entre nosotros como en el Derecho comparado es un elemental valor entendido, esencial y bien establecido, acerca de lo que la autonomía significa y de cuáles son sus requerimientos mínimos. Hagamos, pues, recuento y expliquemos la tesis del Tribunal y las observaciones que merece.

La LOAPA no había sido tramitada como ley de armonización en su integridad, sino sólo algunos de sus preceptos. La mitad aproximadamente, según es conocido. Aunque el juez constitucional —y las partes, en el proceso, según revela la exposición de los «antecedentes» que la propia sentencia contiene— no ha llegado a encontrar la razón de esta elección, aparentemente irregular y caprichosa, de unos preceptos sí y otros no, y de diferentes títulos de la ley, como de armonización (la prosa de la sentencia revela incluso una cierta perplejidad del Tribunal ante este hecho) la elección es perfectamente coherente y se apoyaba siempre en un mismo fundamento; todos los preceptos señalados como armonizadores tenían una unidad temática: se referían a cuestiones organizativas; implicaban decisiones organizativas que limitaban las potestades de este género que las Comunidades autónomas poseen, que son sus competencias más primarias y esenciales, las más irreductiblemente domésticas, su ámbito de poder más resistente a influencias externas, el núcleo más notoriamente esencial de su autonomía. Entre tales disposiciones armonizadoras de la LOAPA se cuentan, por ejemplo, que el Estado *obligue* a las Comunidades autónomas a formar parte de órganos

(12) Quiere decir aquí el Tribunal competencias plenas (cuando las Comunidades autónomas monopolizan la totalidad de una materia o la totalidad de la función legislativa) ya que de exclusivas pueden calificarse también las potestades de desarrollo legislativo (así lo hacen también los Estatutos) y, sin embargo, al Estado le basta con utilizar la legislación básica en tales casos para establecer una disciplina normativa uniforme (Cfr. sobre esos conceptos mi *Derecho Público*, cit. 357 y ss.

concretos (las Comisiones sectoriales a que se refiere el artículo 8); el establecimiento de pautas sobre los *órganos locales que han de ejercer competencias* de la Comunidad autónoma (ejercicio de competencias de las Comunidades autónomas a través de las Diputaciones provinciales : artículos 11 a 17); la fijación de *reglas obligatorias sobre organización de la contabilidad* interna de la Comunidad autónoma (art. 19.2) o sobre la *organización de Corporaciones* de Derecho público tuteladas por la Comunidad autónoma que normalmente estarán llamadas a ejercer competencias de la misma por delegación (art. 21); y, en fin, la regulación de cuestiones que inciden en la competencia autonómica para reclutar sus propios funcionarios y designar el personal al servicio de sus instituciones (arts. 31 a 38).

Pues bien, el Tribunal, para decidir si todas las regulaciones citadas pueden contenerse en una ley de armonización, utiliza la doctrina general ya aludida y busca en la Constitución si el Estado posee algún título competencial específico que le permita regular esas cuestiones sin usar de tal instrumento normativo excepcional. Búsqueda afortunada, porque lo encuentra. Menos en el caso del artículo 8 (conferencias sectoriales), en el que el título consiste en las competencias de coordinación que el Estado tiene atribuidas (competencias que no dice el Tribunal que sólo las tiene reconocidas el Estado en relación con concretas materias, mientras que las Conferencias sectoriales que prevé la LOAPA se refieren a todos los ramos de la Administración), en los demás, ese título lo ofrece el artículo 149.1.18.^a de la Constitución que, en razón al uso que se puede hacer de él, queda convertido en una formidable cláusula *sweeping* que permite al Estado barrer para sí competencias que difícilmente podrían deducirse de una interpretación consecuente del texto de la Constitución.

El Tribunal termina diciendo que, en efecto, con el artículo 149.1.18.^a en la mano, las regulaciones de la LOAPA, en los puntos concretos más arriba referidos, están sobradas de justificación y son constitucionales. No hace falta, según la sentencia, el estrépito legislativo que una ley de armonización supone para regulaciones tan inocentes. Tan fenomenal hallazgo de la sentencia me parece, desde luego, constitucionalmente mal fundado. Más aún, creo que la argumentación de la sentencia se sitúa en este punto justo en las antípodas del camino debido porque no sólo entiendo, y trataré enseguida de probar, que el artículo 149.1.18.^a no ofrece bases suficientes para las regulaciones que la LOAPA contenía, sino que no era impertinente plantearse si esas mismas regulaciones pueden contenerse en una ley de armonización, con todo el carácter excepcional y el inusitado vigor que tiene este tipo de normas (13).

(13) Digo esto porque la ley de armonización no puede pretender penetrar en el campo de las materias absolutamente reservadas por la Constitución al Estatuto de Autonomía. Se puede referir al ejercicio de las competencias autonómicas que el Estado concede porque en materia de competencias no existe una reserva plena en favor del Estatuto (Cfr. cuanto se dice más adelante en el texto y en mi *Derecho Público* cit. pp. 290 y ss. y 347 y ss.), pero no alterar las regulaciones

La tesis de la sentencia es, pues, que una simple ley ordinaria (y, por tanto, aplicando la propia jurisprudencia constitucional, un reglamento estatal de desarrollo de esa legislación) (14), puede regular tales asuntos. Sin embargo, ¿cómo es posible que una ley ordinaria del Estado pueda regular el régimen a que debe someterse el ejercicio por las Diputaciones provinciales de competencias que las Comunidades autónomas les deleguen?, ¿qué fundamento constitucional puede tener que una ley ordinaria del Estado prohíba a las Comunidades autónomas contratar personal o seleccionar funcionarios temporalmente?, ¿cómo es posible que la invocación de las competencias que al Estado reconoce el artículo 149.1.18.^a sea bastante para que el Estado pueda imponer a las Comunidades autónomas que deban servirse necesariamente de funcionarios pertenecientes a Cuerpos nacionales únicos, reclutados por el Estado y encargados luego de ejercer competencias que pertenecen a las Comunidades autónomas, sin perjuicio de que se mantenga la relación de dependencia con su originario patrón? (15); ¿si basta una ley básica para abatir las más modestas potestades orgnizativas, qué no podrá hacer el Estado cuando dicte una ley de armonización? Si no se usa una ley de

estatutarias ni penetrar en aquellos ámbitos en que la reserva es cerrada. Estos ámbitos están siempre, desde luego, en el plano de lo organizativo, que es el círculo de poder más resistente. Una ley de armonización no puede pretender, por ejemplo, uniformar la forma de designación del presidente de las Comunidades autónomas. Eso sería una inadmisibile reforma *extra ordinem* del Estatuto vedada a la ley de armonización. Como la LOAPA era de armonización precisamente en sus regulaciones organizativas, no resultaba impertinente plantearse si alguno de sus preceptos incidía en ese círculo exento a la armonización. No lo creo, pero el Tribunal podría haberlo indagado.

(14) La competencia que reconoce al Estado el artículo 149.1.18.^o de la Constitución se extiende a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios». Las correspondientes regulaciones se harán mediante leyes ordinarias pero, según tiene establecido el Tribunal Constitucional «puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complementario alguno de los aspectos básicos de una materia determinada» (*sentencia de 28 de enero de 1982*). Más aún, aunque el Tribunal Constitucional ha tardado más en reconocerlo, el concepto «bases» que emplea el artículo 149.1.18.^o es más amplio que el de «legislación básica» que usan otros preceptos constitucionales, ya que, en este último caso, las potestades que se atribuyen son ordinariamente normativas mientras que en el supuesto primero se incluyen con toda normalidad potestades ejecutivas (esta doctrina, a partir de la *sentencia de 7 de abril de 1983* y luego en las de *28 de abril*, *20 de mayo* y *28 de junio de 1983*; muy expresivamente en ésta última).

(15) La declaración de que es básico, dentro del ordenamiento jurídico vigente, la existencia de Cuerpos Nacionales, e incluso la perpetuación de un sistema centralizado de adscripción de plazas, está hecha ya en la *sentencia del TC de 7 de abril de 1983*. Pero en relación con los Cuerpos Nacionales de Administración Local que prestan servicios y ostentan la titularidad de órganos propios de las Corporaciones locales. Sin perjuicio de las reservas que esa sentencia pueda suscitar, el caso de las Comunidades autónomas es distinto. La delimitación de las potestades de autoorganización de las Corporaciones locales (dado que no monopolizan las Comunidades autónomas las decisiones y la relación con las mismas, supuesto que el Estado retiene competencias de ordenación y mantiene también relaciones: *sentencias del TC de 28 de julio de 1981* y *23 de diciembre de 1982*) depende en mayor medida de la legislación estatal; la organización de las Comunidades autónomas no está, en cambio, disponible para esa legislación.

armonización esas regulaciones son, a mi juicio, inconstitucionales. Justifico ahora esta afirmación.

No puedo extenderme ahora, ni creo que sea preciso, en explicar cuál es el significado que tiene el concepto de autonomía tantas veces como se emplea en la Constitución (principalmente arts. 2, 27.10 y 137). Baste con recordar, a los efectos que ahora se persiguen, que la autonomía implica, en todos los casos en que la Constitución la reconoce a un ente o institución (Universidad, Corporaciones locales, Comunidades autónomas), un poder de autoorganización, entre otras potestades básicas. Este es un valor entendido sobre el que no merece la pena insistir. Alcanzan los poderes de autoorganización cuando menos a la disposición sobre los órganos e instituciones propias y a la selección del personal que debe servirlos (16). El poder de autodisposición sobre su propio aparato no es, sin embargo, del mismo grado en todas las instituciones o entes autónomos que la Constitución reconoce. La delimitación de los poderes organizativos de que pueden disfrutar las Universidades o las Corporaciones locales depende en mayor medida de las determinaciones del legislador estatal que en el caso de las Comunidades autónomas (17). La razón es simple: mientras que la delimitación del contenido de la autonomía de los entes primeramente referidos está entregada por la Constitución a las previsiones de una ley del Estado (arts. 27.10, 148.1.2.^a, 149.1.18.^a y 30.^a), en el caso de las Comunidades autónomas la fijación de las bases de organización propia es materia reservada al Estatuto de Autonomía (art. 147) y el ejercicio ulterior de las competencias autoorganizatorias es también una competencia plena de las Comunidades autónomas

(16) En las autonomías protegidas en la Constitución con la técnica de la garantía institucional, así está expuesto por toda la doctrina que se ha ocupado de estas cuestiones. Así desde C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928 (reimpresión de Dunker u. Humblot, Berlín, 1970, en concreto en la página 171 alude a las potestades a que me refiero en el texto como contenido esencial de la garantía institucional), hasta los autores de las aportaciones teóricas más recientes (J. BURMEISTER, *Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie*, München, 1977), en las que, por cierto, se subraya (en la obra citada, en especial, pp. 100 y 101) que la potestad organizatoria —se incluye la relativa al personal, desde luego— no sólo es una competencia esencial que la garantía de la autonomía local comprende, sino que es una potestad *institucional*, sin la que no es pensable hablar de autonomía. Lo mismo en otras formulaciones más clásicas (H. SCHOLLER y S. BROSS, *Grundzüge des Kommunalrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 16 y ss). Para otros países europeos una visión general de las exposiciones doctrinales podrá encontrarse en el libro de S. FLOGAITIS, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, París, 1979. Entre nosotros, por todos, el libro de L. PAREJO, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, *in totum*.

Para el significado, en particular, del concepto autonomía aplicado a las Comunidades autónomas me remito a mi *Derecho Público* cit. pp. 167 y ss. y la bibliografía que allí cito.

(17) Basta repasar la Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983 para verificar en qué medida la propia ley ha delimitado las potestades autoorganizatorias de las Universidades, imponiendo, primero, unos mínimos organizativos uniformes (art. 13), atribuyendo competencias a órganos externos a la Universidad misma (Consejo Social —art. 14—, Consejo de Universidades —arts. 23 y 24—), limitando la democracia interna para reforzar —con toda razón, a mi juicio— la presencia de los profesores en los órganos de gobierno, etc.

(de todas ellas: art. 148.1.1.^ª) no condicionada ni compartida en modo alguno con el legislador estatal. Una simple lectura de los Estatutos de autonomía (de todos y cualquiera de ellos) revela inmediatamente los diferentes condicionamientos con que se produce el reparto de competencias en materia de organización interna de las Comunidades autónomas y en relación con la organización de las Corporaciones locales. La primera todos los Estatutos la conciben como plena de las Comunidades autónomas; la segunda depende de previsiones legales en cuyo dictado comparten las responsabilidades el Estado y las Comunidades autónomas (18). El propio Tribunal Constitucional ha explicado en sus sentencias de 28 de julio de 1981 y 23 de diciembre de 1982, por ejemplo, que el Estado puede disponer sobre la organización de las Corporaciones locales porque éstas están sometidas en nuestro ordenamiento a un régimen *bifronte* que permite concebirlas como piezas organizativas del Estado-aparato al tiempo que lo son también de las Comunidades autónomas. Pero es claro que la misma tesis no puede extenderse al caso de las Comunidades autónomas para reconocer al Estado la facultad de adoptar decisiones organizativas en relación con las mismas, facultades genéricas de tipo organizatorio como las que ejerce en relación con las Corporaciones locales. El artículo 149.1.18.^ª es un título que atribuye poderes de intensidad distinta según se emplee en relación con las Corporaciones locales o con las Comunidades autónomas. En relación con las primeras, cuando el Estado utiliza dicho título competencial no sólo delimita el contenido de la autonomía local sino que concreta el alcance de sus poderes de autoorganización que puede condicionar y limitar (respetando, en último término, el contenido esencial de la garantía institucional que protege la autonomía local), en mayor o menor medida, según las concepciones que se manejen. Si el mismo artículo 149.1.18.^ª se emplea en relación con las Comunidades autónomas nada de lo anterior es posible: ni delimitar la autonomía ni redefinir las potestades autoorganizatorias. La razón, insisto una vez más, es muy sencilla: el legislador estatal no tiene competencia ni para delimitar el alcance de las potestades de autoorganización de las Comunidades autónomas (porque esa es materia estatutaria: art. 147 de la CE), ni para dictar normas que incidan en su organización interna (porque

(18) Si se repasan con alguna atención los Estatutos de Autonomía se observará —lo que me parece un criterio interpretativo importante para conocer la diferente funcionalidad del artículo 149.1.18.^ª— que, normalmente, cuando se refieren a las competencias autoorganizatorias de la Comunidad autónoma la expresan diciendo que ésta es competente en materia de «organización de sus instituciones de autogobierno» sin otras matizaciones (arts. 10.2 EPV, 9.1 EC, 13.1 EA, 10.1 E.Ast. etc.). En cambio la referencia a la competencia autonómica sobre la Administración local siempre viene acompañada de la salvedad «sin perjuicio de —o de acuerdo con— lo establecido en el artículo 149.1.18.^ª de la Constitución», lo que es siempre un recordatorio de que este tipo de organizaciones no están plenamente disponibles para las decisiones autonómicas (respecto de esta última precisión, arts. 10.4 EPV, 9.8 EC, 13.3 EA, 11. a) E.Ast., etc.). *De lo que resulta que, según la interpretación estatutaria, que me parece correcta en este punto, el artículo 149.1.18.^ª atribuye títulos al Estado para incidir en la organización de la Administración local, pero no en la organización interna de las Comunidades autónomas.*

esa es competencia plena de todas las Comunidades autónomas: art. 148.1.1.^ª de la CE).

¿Cuál es entonces el alcance de las competencias que reconoce al Estado el artículo 149.1.18.^ª en relación con las competencias autoorganizatorias de las Comunidades autónomas? Pues, a mi juicio, el que el propio artículo dice, con una precisión literal que coincide con la interpretación sistemática que del propio precepto puede hacerse: alcanza a la fijación de las bases «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios». Es decir, llega hasta la fijación de los principios generales y comunes (19) de la disciplina jurídica de las Administraciones autónomas y de la relación de empleo de los funcionarios que las sirven. De ninguna manera, a mi entender, autoriza el precepto en cuestión para que el Estado pueda imponer a las Comunidades autónomas *medidas organizativas concretas*. A esta conclusión puede llegarse también para enriquecer las vías hasta ahora utilizadas, con auxilio de la propia jurisprudencia constitucional. Con arreglo a esta jurisprudencia (sentencias de 22 de diciembre de 1981, 8 de junio de 1982, 28 de abril y 20 de mayo de 1983) para resolver si una prohibición de contratar personal, la suspensión del derecho a crear cuerpos funcionariales propios, la obligación impuesta de que las Comunidades autónomas se sirvan necesariamente para prestar sus servicios de funcionarios pertenecientes a Cuerpos Nacionales únicos reclutados por el Estado, etc., son medidas que el Estado puede legítimamente adoptar, hay que decidir si todas ellas forman parte del «contenido inherente» a la competencia estatal para establecer las «bases del régimen jurídico» o son «contenido inherente» de las competencias autonómicas sobre la organización de las instituciones de autogobierno y sus servicios. La respuesta es tan obvia, aplicando los mismos esquemas generales de la jurisprudencia constitucional, que da pudor señalarla. Diré, tan sólo, para ayudar a la reflexión, que la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 se enfrentó con el problema de interpretar el significado del concepto «régimen jurídico» que emplea el artículo 149.1.18.^ª. Y dijo que si bien no cabe entenderlo limitado al procedimiento y al régimen de recursos, tampoco cabe interpretarlo como comprensivo del Derecho administrativo entero. Entre otras razones para rechazar esta última interpretación decía que no puede deducirse del precepto citado que el Estado tenga competencia «para dictar bases sobre la organización de la Generalidad, pues manifiestamente la potestad de organizar las propias instituciones de autogobierno que consagra el artículo 9.1 del Estatuto de Autonomía, no podría verse en modo alguno afectado». El artículo 149.1.18.^ª no autoriza a dictar «bases sobre la organización», menos, como es claro, podrá habilitar decisiones organizativas puntuales y concretas.

Digo, pues, ahora de nuevo, que si las medidas organizatorias que la

(19) Este es, como se sabe, el alcance de las competencias estatales cuando alcanzan a la regulación de lo básico en una materia. Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981, 28 de enero de 1982, 7 de abril, 20 de abril, 20 de mayo y 28 de junio de 1983.

LOAPA establecía no se contenían en una ley de armonización eran constitucionalmente inadmisibles (20). En la medida en que la sentencia de 5 de agosto de 1983 admite que se establezcan en una simple ley ordinaria del Estado me parece que ha interpretado desafortunadamente cuáles son las más elementales consecuencias del principio de autonomía.

IV

Las anteriores observaciones pueden todavía complementarse desde otro punto de vista para robustecer las conclusiones alcanzadas. Es preciso, en particular, formular algunas referencias a los límites de la legislación básica, asunto éste de capital importancia, sobre el que la sentencia contiene muy notables contradicciones internas.

El Tribunal ha acertado a establecer en la sentencia que estoy comentando una doctrina firme sobre lo que en otro lugar he denominado la «función delimitadora de competencias de las normas estatales» (21). De lo que la sentencia de 13 de febrero de 1981 dijo sobre este asunto a lo que establece ahora la de 5 de agosto de 1983 hay una radical diferencia, un cambio de criterio de 180° que, por constituir al tiempo una firme aproximación a la interpretación constitucional más correcta, hay que aplaudir sin reservas. Como se recordará, en la citada sentencia de 1981 el Tribunal sostuvo que el Estado, al dictar leyes orgánicas, podía regular cuestiones reservadas a las Comunidades autónomas materias de su competencia. La materia así regulada en la ley orgánica quedaba «congelada» en ese rango y las Comunidades autónomas sólo podían dictar normas sobre la misma en la medida en que la propia ley orgánica les autorizara para ello. Esto suponía atribuir a la ley estatal una inmoderada *vis expansiva* que le permitía penetrar en el terreno de las competencias autonómicas siempre que el legislador se sintiera «inclinado» (expresión de la sentencia) a ello. Esta tesis fue duramente contestada por un severo voto discrepante de los magistrados Arozamena y Rubio, que se situaban en el polo opuesto (las competencias autonómicas —era su tesis— están fijadas en la Constitución y los Estatutos y ninguna ley estatal puede incidir sobre ese asunto con afanes de producir una nueva delimitación) con más rigor, a mi juicio, pero también sin acierto. Poco a poco, con alguna

(20) Generalizo indebidamente, pero lo hago con plena conciencia. Tal vez algunas concretas regulaciones de las contenidas en la LOAPA, como, por ejemplo, las transferencias de funcionarios estatales y su régimen, pueden regularse en una ley ordinaria del Estado (aunque darle a esa regulación carácter de armonización podría justificarse por la estrecha vinculación entre la misma y otras determinaciones organizativas de la ley). Así también en otros casos. Quede reconocida esta circunstancia. Lo que he querido subrayar es que la doctrina de la sentencia, que aplica el artículo 149.1.18.º para todo, y que también generaliza por tanto, es incorrecta en aquellos puntos en que confirma la constitucionalidad de la regulación por ley ordinaria de cuestiones organizativas tan íntimas como la decisión de nombrar o no un interino y con qué régimen.

(21) En mi *Derecho Público de las Comunidades autónomas*, I. cit., pp. 347 y ss.

imprecisión al comienzo, firmemente después, el Tribunal ha ido apartándose de esa doctrina primitiva hasta llegar a la definitiva formulación que hoy contiene la sentencia de 5 de agosto de 1983 (22).

En sustancia, la tesis que ahora sostiene el Tribunal en la sentencia que comento es la siguiente: las competencias de las Comunidades autónomas están fijadas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía que son los instrumentos normativos de la distribución de competencias. Especialmente, los Estatutos concretan, sobre la base de lo establecido en la Constitución, las competencias de cada Comunidad autónoma. No obstante, en punto a la delimitación de competencias no existe una reserva absoluta en favor del Estatuto (reserva que existe, sin embargo —sirva esto de recordatorio a lo dicho en el apartado anterior— para toda la materia organizativa; distinta, como es claro, de las competencias que ostentan las Comunidades autónomas sobre los diferentes sectores de la actividad pública), ya que, en contados y excepcionales casos, es posible que la ley estatal cumpla una función complementaria de delimitación de competencias. Esto ocurre, señaladamente, en los siguientes supuestos: 1.º) Cuando la Constitución se remite expresamente a una ley estatal para precisar las competencias que las Comunidades autónomas pueden ostentar en una determinada materia (así, en los arts. 148.1.2.ª, 149.1.29.ª y 152.1 de la Constitución) (23); 2.º) Cuando los propios Estatutos se remiten a las prescripciones de una ley estatal para que concrete el alcance de las competencias de las Comunidades autónomas sobre una determinada materia, cosa que ocurre también en ocasiones contadas, pero perfectamente verificables (por ejemplo, arts. 16.1 EC, 16.1 EA, 34.1 EG, etc.) 3.º) Es diferente el supuesto de las leyes de transferencia o delegación, que tienen una función atributiva de competencias por la vía extraestatutaria, no de delimitación de competencias que están reconocidas en el Estatuto.

Algo diferente de estos casos es el que ahora más nos interesa: la función delimitadora de competencias que cumplen las leyes básicas del Estado. Cuando el Estado dicta una ley básica sobre una materia de su competencia concreta siempre qué debe entenderse por «básico» en esa materia; de esta definición depende el alcance de sus atribuciones que serán más o menos amplias según se conciba lo básico. Esta definición, según ha dicho el Tribunal Constitucional con reiteración (a partir de su sentencia de 28 de julio de 1981 y luego, por ejemplo, en las de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril, 20 de mayo y 28 de junio de 1983), pertenece hacerla a las Cortes

(22) De la crítica de la primera jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión me ocupé en un comentario titulado *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*, incorporado a la 2.ª ed. de mi libro *Las potestades legislativas de las Comunidades autónomas*, Madrid, 1981.

(23) La sentencia no cita el artículo 152.1, seguramente por pensar que la Justicia no es competencia de las Comunidades autónomas. Esto es exacto, pero, sin embargo, las Comunidades autónomas tienen competencias propias en algunos asuntos relacionados con la Administración de Justicia (demarcaciones judiciales) cuyo alcance y delimitación depende de lo que establezca una ley estatal.

Generales autoras de la ley y, si se cometen excesos, el Tribunal mismo los corregirá cuando la ley sea impugnada. Este es el sistema tantas veces como la Constitución concreta la competencia estatal sobre una materia refiriéndola a las bases o a la legislación básica. Las leyes básicas cumplen así, necesariamente, una indiscutible función delimitadora de competencias. Pero hay que comprenderla bien porque la práctica legislativa viene suscitando desde hace tiempo quejas —especialmente de los partidos y gobiernos nacionalistas— cargadas de razón. La función delimitadora de competencias que cumplen las leyes básicas es necesariamente negativa en lo que a las Comunidades autónomas atañe. Quiero decir que la ley básica estatal puede fijar los contornos de lo básico y, al hacerlo, amojonará el lindero donde comienzan las competencias autonómicas. Operación enormemente delicada en sí misma que puede ser fuente de todo tipo de abusos. Pero, en todo caso, lo que la Constitución no permite es que una ley básica *defina o delimite positivamente* las competencias autonómicas, ni que las concrete en su propio texto; éste es un extremo que ya está en los Estatutos que no requieren ni admiten en tales casos más precisiones que las negativas anteriormente dichas (24).

Establecido todo lo anterior, podemos volver ahora a la sentencia que comento para detectar nuevas y graves contradicciones en este punto. La doctrina general sobre la función delimitadora de competencias de las normas estatales que la sentencia establece, ya he dicho que me parece acertada punto por punto. Ahora bien, cuando la aplica a la LOAPA pasando de las declaraciones generales al caso concreto, de nuevo yerra. Es bastante fácil la comprobación: el Tribunal dice que para contener todas las regulaciones a que hemos aludido en el apartado anterior de este comentario no es precisa una ley de armonización, que una ley ordinaria de las que autoriza a dictar el artículo 149.1.18.^a de la Constitución tiene fuerza sobrada para hacerlo. Ahora bien, una ley ordinaria del Estado, básica o no, lo que puede es definir o concretizar las competencias del Estado, pero, desde luego, no las de las Comunidades autónomas, y menos de forma expresa y positiva como hacía la LOAPA, que no sólo delimitaba el alcance de algunas competencias autonómicas, sino que *prohibía el ejercicio* de otras después de reconocerlas (suspensión temporal del derecho a contratar personal, seleccionar funcionarios, crear cuerpos, etc.).

(24) Esta regla general tiene muy pocas excepciones, pero si algunas que creo perfectamente justificables. Cuando la ley básica estatal regula una institución, como la Universidad, por ejemplo, cuya autonomía debe delimitar, es razonable y justificado que precise el contenido de las intervenciones en su organización y funcionamiento que pueden provenir de poderes externos a la Universidad misma. La Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983 precisa en diversos preceptos el contenido de las competencias de las Comunidades autónomas y no me parece que sea incorrecta por ello. Algunos casos más pueden pensarse: la necesidad de ordenar un sistema sanitario único y coordinado para todo el país, puede obligar al legislador estatal a establecer algunas pautas organizativas unitarias— en este caso concreto tiene, además de las básicas, competencias de coordinación: artículo 149.1.16.^o— aunque no a redefinir competencias y menos, según se dice en el texto que hacía la LOAPA, a limitar y prohibir su ejercicio.

V

En resolución, una ley ordinaria del Estado no es un instrumento normativo utilizable para penetrar en el campo de lo organizativo por las razones antes expresadas. Pero, además, según se ve ahora (y sostiene la propia doctrina general del Tribunal, no sus aplicaciones concretas), tampoco puede reconocer o concretar positivamente las competencias de las Comunidades autónomas y menos prohibirles su ejercicio, aunque sea temporalmente por razones de interés general. Para eso, precisamente para eso, si acaso, está la ley de armonización.

VI

La sentencia que estoy comentando declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos del proyecto de ley enjuiciado en base a un mismo argumento: los artículos en cuestión contenían normas meramente interpretativas de la Constitución y el legislador carece de potestades para establecer este tipo de normas.

La doctrina de la sentencia es la siguiente:

«... el legislador estatal no puede incidir directamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma. Es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada con quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos. No puede olvidarse, por otra parte, que, en la medida en que los términos objeto de interpretación son utilizados como criterios constitucionales de atribución de competencias, la fijación de su contenido por el legislador estatal supone a su vez una delimitación del contenido y alcance de aquellas competencias que se definen por referencia a ellos».

Esta doctrina, así formulada, es absurda en sí misma (lo digo en estricto sentido técnico, *ab absurdum nemo tenetur*, y a efectos de ulteriores demostraciones) y está, además, técnicamente mal planteada. Procuraré probarlo.

La posición que asume la sentencia negando la constitucionalidad de las normas meramente interpretativas es, tal y como está formulada, extremadamente débil. El Tribunal declara, como hemos visto, que son inconstitucionales las leyes que se limitan a establecer interpretaciones de conceptos constitucionales, pero, dado que esta doctrina puede llevar a situaciones extremas, no tiene más remedio que excepcionar de tan grave tacha a aquellas leyes que interpretan conceptos generales de la Constitución, pero que lo hacen con ocasión de regular una materia o asunto concreto al que la Constitución alude empleando precisamente alguno de esos conceptos generales. En definitiva, el legislador puede interpretar el concepto «coordinación general de la Sanidad» (art. 149.1.16.^a de la CE), por ejemplo, con ocasión de la aprobación de una norma sobre coordinación sanitaria (como lo ha hecho el Gobierno por Real Decreto a plena satisfacción, en cuanto al fondo, del propio Tribunal Constitucional: Sentencias de 28 de abril y 20 de mayo de 1983), pero no puede hacer lo mismo si define dicho concepto en una norma meramente interpretativa, es decir, en el caso del ejemplo, una norma que no tenga por objeto regular la coordinación sanitaria. ¿A qué se debe esta diferencia? Supongamos que diferentes leyes sectoriales interpretan lo que es la coordinación sanitaria, la alta inspección, la coordinación económica, etc. Todas esas leyes son, según la sentencia, perfectamente constitucionales porque la interpretación que sientan es un *prius* necesario de la regulación que establecen. Sin embargo, si una nueva ley se limita a recoger todas esas interpretaciones, ya asentadas pacíficamente, reuniéndolas en un solo texto, sin añadir una coma a lo que decían las leyes anteriores, es inconstitucional. ¿Por qué razón? Según la tesis de la sentencia, porque esta nueva norma es una ley «meramente interpretativa». En el contexto de las afirmaciones que la sentencia contiene cabe entender que una norma es meramente interpretativa no sólo cuando se limita a interpretar sin contener otras regulaciones materiales, sino también cuando, aun conteniendo tales regulaciones, los conceptos que se interpretan no están relacionados inmediatamente con las mismas. Pero, ¿cómo de estrecho tiene que ser el vínculo para que la interpretación no sea inconstitucional? La LOAPA, que pretendía atender algunos problemas importantes a la puesta en pie del Estado autonómico, como, por ejemplo, los relativos a las transferencias de servicios y funcionarios, interpretaba, entre otros, el concepto de competencias exclusivas, concepto vinculado al problema de las transferencias evidentemente, ya que de su interpretación depende que el alcance de las mismas sea mayor o menor; sin embargo, esa vinculación es demasiado débil porque el Tribunal ha declarado la inadmisibilidad de las interpretaciones sobre lo exclusivo que la LOAPA contenía. Debe ser, pues, una cuestión de relación entre lo general y lo singular: si la LOAPA hubiera interpretado el concepto de exclusividad a los solos efectos de las transferencias de servicios sería válida, pero como lo hacía con carácter general era inconstitucional. Pero ¿dónde está el límite entre lo general y lo singular?, ¿cuántos granos forman un montón? Si es

como acabo de deducir, las interpretaciones de conceptos generales que no están inmediatamente vinculadas a las regulaciones concretas que las leyes contienen son inconstitucionales. Este debe ser el sentido más correcto de lo que el Tribunal Constitucional ha pretendido decir. Suponiendo acertada esta última precisión, el Tribunal ha dejado abierta con ella una veda que puede permitir el acecho y liquidación por inconstitucionales de muchas normas reguladoras de cuestiones autonómicas, comenzando por algunos preceptos contenidos en los Estatutos de autonomía. Por lo pronto, no se sabe por qué razón van a ser más válidas las definiciones del concepto «competencia exclusiva» que contienen los Estatutos de autonomía (respecto de las cuales el Tribunal ya ha dicho que son incorrectas pero no las ha declarado inconstitucionales, limitándose a advertir sobre «el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo “exclusivo” se utiliza, tanto en el texto de la Constitución como en los Estatutos de autonomía»: Sentencias de 16 de noviembre de 1981 y 8 de febrero de 1982. La Constitución es la Constitución y sus equívocos son incontestables en sede jurisdiccional; los Estatutos de autonomía que contienen interpretaciones discutibles de conceptos generales plantean otros problemas); que las definiciones del mismo asunto que contenga una ley del Estado. Sálvese la objeción apelando de nuevo a la idea de que la definición del carácter y contenido de las competencias es un objetivo del Estatuto y que, por tanto, existe una vinculación entre el concepto interpretado y la materia regulada. Pero sigamos, ¿qué decir de las normas programáticas, muchas de las cuales meramente interpretativas de preceptos constitucionales, que han recogido todos los Estatutos de Autonomía, a partir, sobre todo, del andaluz? El Estatuto andaluz ha incluido en su artículo 12 un conjunto de «normas programáticas» que reproducen principios constitucionales adaptándolos a los requerimientos inmediatos de aquella Comunidad autónoma y que concretan el alcance de obligaciones que están establecidas para los poderes públicos en la Constitución (25). Estas normas no forman parte del contenido típico del Estatuto (art. 147 de la CE) ni son necesarias ni están vinculadas a las regulaciones materiales que el Estatuto contiene. Muchas de ellas son normas meramente interpretativas. ¿Son, pues, inconstitucionales? No hay un autor en este país (ni tampoco en los que nos son próximos) (26) que se atreva a afirmarlo. Tampoco el

(25) Sobre el significado y valor jurídico de este tipo de preceptos. *vid. mi Derecho Público*, cit., pp. 302 y ss. hago notar, no obstante, que si bien en su mayor parte reproducen preceptos que están en la Constitución o concretan un programa de acción para los poderes públicos que ya están contenidos en la Constitución, lo hacen «reformulando» el contenido de los preceptos constitucionales en muchos casos. La sentencia que comento dice que tales reformulaciones son inconstitucionales siempre: dado que ha declarado inconstitucionales preceptos de la LOAPA que decían lo mismo que la Constitución, hay que entender que también lo son cuando hay un mínimo cambio en la literalidad del precepto, aunque no se altere su sentido.

(26) La doctrina italiana se ha planteado en profundidad el valor jurídico y la constitucionalidad de las normas programáticas —entre las cuales, algunas con carácter meramente interpretativo—. Normalmente ha advertido que carecen de fuerza vinculante, que son producto de la *alta retórica* regionalista o que son la parte más *velleitaria e improduttiva* de los Estatutos.

Tribunal, estoy bien seguro, si la cuestión se le llega a plantear. ¿Cuál es la diferencia?

Pero sigamos: si una ley es inconstitucional sólo por el hecho de ser «meramente interpretativa» tendrán que ser inconstitucionales cualesquiera otras normas de inferior rango que sean «meramente interpretativas». Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse con ocasión de resolver un conflicto con una circular, calificada por él mismo de *interpretativa*, y no la ha declarado inconstitucional (sentencia de 28 de junio de 1983). Con buen criterio, a mi juicio, por otras razones que luego explicaré. Aplicando la doctrina que ahora establece la sentencia que comento, ¿cómo es posible que una circular interpretativa de la Constitución sea válida y una ley no? (27).

Y terminemos: al negar la constitucionalidad de las normas meramente interpretativas el Tribunal Constitucional ha pasado por alto una de las características más notorias de las normas que están contribuyendo a hacer posible el montaje del Estado autonómico. En concreto, todos los Reales Decretos de transferencias de servicios son normas meramente interpretativas en cuanto definen o concretan las competencias del Estado y las Comunidades autónomas. Para no ir más lejos a la búsqueda de apoyos (28), así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en la misma sentencia que ahora comento. Según esta sentencia, los Reales Decretos de transferencias no traspasan competencias, sino servicios; sus extensas declaraciones sobre el contenido de las competencias estatales y autonómicas son meras interpretaciones de lo que la Constitución y los Estatutos establecen —interpretaciones que basta con leer los Reales Decretos para comprobar que afectan tanto a conceptos generales como a reglas particulares—. Es, pues, a las determinaciones constitucionales y estatutarias a las que hay que estar; las de los Reales Decretos no vinculan. Lo cual no significa, sin embargo, que sean inconstitucionales. Pero ¿por qué no es inconstitucional un Real Decreto meramente interpretativo y sí lo es una ley?

Se comprenderá, en fin, que aun cuando pudiera buscarse una justificación

pero a nadie se le ha ocurrido considerarlas inconstitucionales sólo porque interpretan la Constitución (se puede cuestionar su constitucionalidad si usurpan competencias al Estado, no por el hecho mismo de interpretar). Puede verse un resumen crítico de las exposiciones de diferentes autores italianos en el trabajo de F. PIZZETTI, *Significato ed efficacia delle disposizioni di principio contenute negli statuti regionali*, en *Le regioni: politica o amministrazione*, Ed. di Comunità, Milano, 1973, pp. 215 y ss.

(27) Las directrices que contenía la circular en cuestión no interpretaban directamente la Constitución, pero su contenido concretaba las competencias estatales en materia de autorización de operaciones de crédito. Precisamente porque estimó fundado que una circular de este tipo puede vulnerar el «orden de competencias establecido en la Constitución» (arts. 62 y 63.1 de la LOTC) admitió el Tribunal Constitucional el conflicto a trámite.

(28) Esta doctrina está expuesta por primera vez con suficiente detalle y extensión en la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de abril de 1983. También en mi *Derecho Público*, cit., p. 383, donde se asigna un valor meramente interpretativo a las declaraciones competenciales de los Reales Decretos de transferencias.

particular para todos y cada uno de los supuestos referidos —traídos a este comentario tal y como se me han venido a la cabeza, es decir, al tiempo que escribo, sin tratar de agotar la búsqueda de otros casos, que es seguro que existen—, que es también posible, las soluciones en Derecho para que sean operativas tienen que ser también mucho más simples y no innecesariamente complicadas como las que la sentencia nos propone (además de carentes de base en este supuesto concreto).

Decía anteriormente que la doctrina de la sentencia está técnicamente mal planteada. En ello residen sus errores, a los que, desde luego, han llevado los recurrentes al Tribunal porque es de sus alegaciones —hechas en muchos supuestos con el exceso propio de una demanda, comprensible en ella— de donde proceden.

La cuestión de las leyes interpretativas es un tema viejo para la Ciencia del Derecho; ha habido sobre él una polémica clásica, pero ya es un asunto prácticamente pacificado (29). Es curioso que la doctrina de la sentencia del

(29) Prácticamente la totalidad de la doctrina francesa de primeros de siglo interviene en la polémica sobre la posibilidad y alcance de las leyes meramente interpretativas: la conclusión general es que nadie niega que el legislador pueda dictar normas de este tipo. El problema entonces es el de la retroactividad de esas leyes, cuestión sobre la que se aportan todo tipo de sutilezas en torno al problema de si los efectos de la ley interpretativa no son otros que los de la ley interpretada. En el Derecho público francés, tres nombres centralizan la polémica: J. BARTHELEMY, *L'interprétation des lois par le législateur*, RDP 1908, pp. 456 y ss.; L. DUGUIT, en su *Traité de Droit Constitutionnel*, II, 3.^ª ed., París, 1928, pp. 267 y ss., y G. JEZE, en su trabajo *Contribution a l'étude du principe de la non-retroactivité des lois; les lois interpretatives*, en RDP, 1924, pp. 174 y ss., cuyas tesis están expuestas también en su obra *Les principes généraux du droit administratif*, ed. Marcel Giard, 3.^ª ed., París, 1925 (en la edición castellana de Dapalma, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 173 y ss.). En Italia, las preocupaciones de la doctrina por la cuestión arrancan de la misma época (Cfr. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, en Giur. it. 1907) y la única cuestión conflictiva que se mantiene hasta hoy es el mismo clásico problema de la retroactividad, sobre todo cuando las interpretaciones se refieren a leyes penales. Se puede ver sobre ello AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti fra potere legislativo e potere giudiziario*, en RTDP, 1958, pp. 62 y ss.; C. ESPOSITO, su trabajo titulado *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, recogido en su libro *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954, especialmente pp. 92 y 93. En este país, después de la aprobación de su vigente Constitución ha vuelto a plantearse el problema de las leyes meramente interpretativas, reavivando no sólo la cuestión de su legitimidad constitucional, planteada en términos genéricos, sino también, en particular, si este tipo de leyes violan la Constitución por interferir en funciones que en la Constitución están atribuidas a los jueces. La cuestión ha quedado resuelta después de la sentencia núm. 18, de 8 de julio de 1957, de la *Corte Costituzionale* donde, entre otras declaraciones pueden encontrarse las siguientes: «No es exacto que la vigente Constitución excluya la posibilidad de leyes meramente interpretativas y, en cuanto tales, retroactivas. Falta en la Constitución cualquier limitación de orden general al respecto. Se trata, por lo demás, de una institución comúnmente admitida en otros ordenamientos estatales, que poseen los caracteres de Estado de Derecho y Estado Democrático». ... «No está fundada, por ello, la censura de que el carácter interpretativo de la ley en examen vulnera los preceptos de los artículos 101, 102, 104 de la Constitución. Y tampoco vulnera la garantía establecida en el primer y segundo incisos del artículo 24 y en el primer apartado del artículo 25, referidos respectivamente a la facultad de actuar en juicio para tutelar las propias posiciones consideradas y protegidas en el ordenamiento, al derecho inviolable de defenderse ante los jueces, y también

Tribunal supone una especie de modernísima reverberación de una preocupación vieja de los legisladores: que las leyes sólo sean interpretadas por sus autores. En la versión que ahora el Tribunal no ofrece, que la Constitución sólo sea interpretada por su autor, el propio poder constituyente, o por el mantenedor y garante de su obra y único albacea: el Tribunal Constitucional.

el derecho a no ser separado del juez natural». Bien, lo que debe añadirse ahora es que esa misma doctrina de las leyes interpretativas, sin modularla, se aplica a la interpretación de la Constitución en el sentido que digo inmediatamente en el texto: la interpretación de la Constitución hecha por una ley no vale como interpretación auténtica, pero nadie niega que la Constitución pueda interpretarse por ley. Entre la doctrina publicística italiana, que estoy refiriendo ahora, puede verse la remisión general, como si de una obviedad se tratase —que lo es— que hacen C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1, 9.ª ed., Padova, 1975, p. 357. F. PERGOLESI, *Diritto Costituzionale*, 1, reimpresión de la 15.ª ed., Padova, 1972, p. 287. Sólo algún autor explicita la obviedad a que me refiero: las leyes interpretativas de la Constitución no tienen valor de interpretación auténtica, pero no por ello son inconstitucionales (A. PIZZORUSSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, 1981, p. 530), ni carentes de todo valor por entender que carecen de contenido normativo (C. LAVAGNA, *Diritto Pubblico*, Roma, 1979, p. 245). No hay especialidades por razón de ser la Constitución la norma interpretada. El problema es de teoría general. Desde esta perspectiva, las referencias pueden ser también múltiples. Baste la muy accesible de H. NAWIASKY, *Teoría General del Derecho*, Ed. Nacional, México 1980, pp. 198 y 199. En el Derecho anglosajón estas cuestiones se plantean de manera parcialmente distinta por la decisiva importancia que los jueces tienen en la formación y conservación del *Common Law*; no dejaría de ser pintoresco que importáramos de un golpe este sistema; de todas formas, la limitación de cualquier género de las facultades del Parlamento, incluso cuando intenta vincular a legisladores futuros, es algo que resulta punto menos que imposible en Inglaterra por falta de referencia a un marco constitucional bien desarrollado por escrito: G. MARSHALL, *Teoría Constitucional*, trad. de R. García Cotarelo, Madrid, 1982, después de plantearse estas cuestiones y otras relativas a la interpretación de las leyes por los tribunales declara incluso la oportunidad de que se apruebe en ocasiones de especial confusión una *Interpretation Act* (p. 132). En las exposiciones generales sobre el Derecho Constitucional norteamericano (Cfr., por todos, J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA, J. N. YOUNG, *Constitutional Law*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1982), lo que podrá encontrarse más comúnmente son advertencias de que no debe pensarse que el Tribunal Supremo monopoliza la función de interpretar la Constitución porque ésta es una tarea que asume también con toda normalidad el legislativo. Lo que sí se cuestiona, desde luego, es la pertinencia u oportunidad de que sea el legislativo quien establezca interpretaciones de la Constitución, porque no es su función específica, lo que no quiere decir que no pueda hacerlo (afirmaciones trasladables a nuestro caso). Es expresivo en este sentido lo que dicen HART y WECHSLERS (*The Federal Courts and the Federal System*, 2.ª ed., 1973; tomo esta cita de LOCKER, KAMISAR, CHOPER, *Constitutional Rights and Liberties*, 5.ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1980, p. 12): «El Congreso y el Presidente pueden obviamente contribuir a la buena interpretación de la Constitución. ¿Pero son o pueden ser capaces de organizarse, sin ayuda de los Tribunales, para levantar un cuerpo de principios constitucionales coherente e inteligible y llevar a la pública convicción que esos principios deben ser observados? ¿Por razón de su experiencia y el temperamento del personal? ¿Por el procedimiento de decisión? ¿Por establecer y recordar el fundamento de su decisión? ¿Por la oportunidad de examinar sus conclusiones con ocasión de casos concretos?» El prestigio y la fuerza del Tribunal Supremo norteamericano hacen particularmente acertada la calificación de C. SCHMITT del sistema de dicho país como un «Estado jurisdiccional», aunque SCHMITT subraya con particular énfasis esta idea para reconocer a aquel Tribunal el papel de guardián de la Constitución y negarlo a los tribunales alemanes (el desarrollo de esta idea en el capítulo primero, titulado «La jurisdicción como guardián de la Constitución».

En anteriores manifestaciones históricas, la prohibición por la *Novella 19* de Justiniano (año 536) de la *prava interpretatio* monopolizando la interpretación de la ley su propio autor, el emperador; o la implantación revolucionaria del *referé législatif* según el cual era preciso que los jueces consultaran al legislativo sobre la interpretación de las leyes, debiendo abstenerse de interpretarlas ellos mismos (30). Estas versiones restrictivas acerca de los autores de la interpretación no las sostiene ya nadie; es por ello chocante que el Tribunal reclame para sí el monopolio de definir los conceptos generales de la Constitución.

El problema está planteado hoy de manera bien diferente. Interpretar la Constitución o cualquier otra norma (el problema es de teoría general y no difiere por el hecho de que sea la Constitución la norma interpretada) no es una función monopolizada por ninguna instancia, sino una tarea ejercida de ordinario por sus múltiples operadores, públicos y privados. El problema no es si se puede o no interpretar, sino el valor de esa interpretación. Una ley que interpreta otra ley tiene la fuerza general que es común en las leyes, esa interpretación vincula a todos porque procede del mismo autor de la ley interpretada. *Es una interpretación auténtica*. No puede decirse lo mismo de una ley que interpreta la Constitución o de un Decreto que interpreta una

especialmente apartado I, de su libro *Der Hüter der Verfassung*, Reimpresión, Duncker u. Humblot, Berlín, 1969). No es impertinente recordar, en otras latitudes, que J. F. AUBERT (*Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, I, Neuchatel, 1967, p. 242) se ha referido a la existencia de una distribución «latente» de competencias entre la Federación y los Cantones, peculiaridad que resulta del hecho de que las leyes federales interpreten de ordinario las reglas y conceptos que emplea la Constitución para repartir competencias. En realidad, las doctrinas comparadas más que preocuparse de la cuestión de la interpretación por el legislador de la Constitución, como hace nuestro Tribunal Constitucional, de lo que se ocupan es de los problemas que suscitan las interpretaciones que hace el propio Tribunal Constitucional, sobre todo cuando se refieren a cláusulas muy abiertas que hay que rellenar de opciones políticas de las que el Tribunal debería estar excluido. Se encontrarán amplias referencias a esta cuestión que forma parte de la crítica tradicional a los Tribunales Constitucionales, en el libro compilado por R. DREIDER y F. SCHWEGMAN, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976; y un resumen en el *vademecum* de K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, München, 1977, pp. 102 y ss. *Vid.* para otras referencias, sobre éste último problema, con amplia bibliografía, entre nosotros, E. GARCIA DE ENTERRIA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid, 1981 (y en su libro *La Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981) e I. de OTTO, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, en el mismo libro colectivo, vol. III.

(30) El artículo 12, título I, de la ley francesa de 16-24 de octubre de 1790 sobre organización judicial decía que los Tribunales «no podrán hacer reglamentos, pero se dirigirán a los Cuerpos legislativos todas las veces que lo crean necesario, sea para interpretar una ley, sea para hacer una nueva». El artículo 256 de la Constitución del año III hizo obligatorio el *referé législatif* cuando, después de la primera casación, el segundo juicio sobre el fondo fuera impugnado por los mismos motivos que el primero. La Ley de 8 de septiembre de 1807 atribuyó la interpretación legislativa de las leyes al Jefe del Estado actuando en Consejo de Estado. Las leyes posteriores van flexibilizando el sistema. Según DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel*, cit., II, p. 269) la Ley de 13 de abril de 1908 es la primera que se califica a sí misma expresamente de norma interpretativa.

ley. Esa interpretación, si no está hecha por encargo de Constitución o la ley (31) no tiene validez general porque no es una interpretación auténtica (32).

Por ello mismo, la LOAPA no podría pretender establecer una interpretación única y vinculante para todos los poderes públicos de lo que está previsto en la Constitución porque ni el legislador estatal tiene delegación alguna en su favor del poder constituyente para que interprete, ni, por tanto, el legislador de la LOAPA puede pretender una interpretación auténtica de la Constitución con fuerza vinculante, pues una interpretación sólo tiene tal carácter y los efectos dichos cuando procede del autor de la norma (el carácter vinculante de las interpretaciones del Tribunal Constitucional en los casos que lo son, es, como resulta obvio, un problema distinto).

Si la LOAPA no autoatribuía a sus interpretaciones valor vinculante (exceso perfectamente corregible, de haber existido, pero nótese, incluso, que ninguno de los preceptos «meramente interpretativos» había sido calificado como de armonización), es difícil poder decir de la misma que pretendía establecer una interpretación correcta y vinculante para todos asumiendo una función que sólo tiene encomendada el poder constituyente y el Tribunal Constitucional. Mejor dicho, ese tipo de aseveraciones se han hecho por la clase política y pueden tener una explicación política, pero que tales explicaciones políticas prevalezcan a la hora de calificar técnicamente un texto legal es algo sumamente grave. La LOAPA no decía en parte alguna que sus interpretaciones vincularan a nadie, ni que tuvieran fuerza propia de las interpretaciones auténticas. Si lo hubiera dicho, peor para la LOAPA porque hubiera intentado vanamente tener un valor que, por razón de su autor, era imposible que tuviera. Diciéndolo o sin decirlo, en fin, los preceptos interpretativos de la LOAPA no podían tener otro valor que el de las normas

(31) No es infrecuente encontrar en las leyes autorizaciones expresas para que autoridades inferiores puedan dictar normas interpretativas. Es muy expresiva la que contiene el artículo 18 de la Ley General Tributaria. Podrán consultarse ejemplos en el trabajo de J. L. VILLAR PALASÍ, *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, INAP, Madrid, 1965, p. 47 y *passim*, la más clásica de esas autorizaciones tal vez sea la contenida en el canon 17 del Codex Canónico («la interpretación auténtica de las leyes compete al legislador o su sucesor; y a aquel a quien por los mismos hubiera sido concedida la facultad de interpretar»). Sobre este problema también el *Dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1960* (expediente núm. 26.560).

(32) Pueden encontrarse autores que, por excepción, defienden la posibilidad de que, sin mediar la autorización, la interpretación de la Constitución hecha por el legislador estatal tenga el mismo valor que las interpretaciones auténticas. Es el caso del constitucionalista belga P. WIGNY, en su *Droit Constitutionnel (Principes et Droit Positif)*, I, Bruxelles, 1952, p. 152. H. KELSEN (*Teoría pura del Derecho*, trad. esp. México, reimp. 1982, p. 354) consideraba que «la interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica», pero lo decía a efectos de probar su tesis sobre el valor creativo de Derecho de las tareas aplicativas del mismo. Que el intérprete aporta siempre un *quid novum* a la norma interpretada es algo que hoy ya no pone en cuestión nadie, o muy pocos (puede verse sobre ello, por todos, L. RECASENS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3.ª ed., México, 1980, especialmente pp. 211 y ss.), así es que no debe entenderse nada de lo que digo en el texto como negador de algo que también a mí me parece evidente. Lo que ocurre es que para resolver el problema de las normas meramente interpretativas es bastante poco relevante, según se deduce de lo que digo en el primer piso de este comentario.

meramente interpretativas dictadas por un órgano distinto e inferior en grado al autor de la norma interpretada: tales interpretaciones carecen de fuerza vinculante por sí mismas. Si aciertan a expresar la interpretación correcta y única del texto interpretado, su fuerza proviene precisamente de ese texto, cuyo mandato se limitan a explicitar (33). Es decir, no tienen otra fuerza que la que ya tenga la norma interpretada; es su mandato el que vincula verdaderamente.

El problema de las normas meramente interpretativas no es, pues, un problema de validez (como ha entendido el Tribunal Constitucional), sino de fuerza y eficacia de esa regulación. Insisto en que esta es una cuestión de teoría general, resuelta pacíficamente, que no presenta mayores especialidades por razón de ser la Constitución la norma interpretada (34). Los administrativistas, en particular, la han aplicado para resolver el problema de las circulares a que ya he hecho alusión más atrás. Una circular dictada por cualquier autoridad ministerial, que interprete cualquier norma —Constitución, Ley o Decreto— no es una norma inválida. Lo que no puede pretender, sin embargo, es que su interpretación tenga eficacia general y vincule a los jueces y ciudadanos. Tendrá efectos tan sólo en el interior de la Administración y en el seno de la línea jerárquica de autoridades y funcionarios subordinados al autor de la circular, a los que éste suministra así criterios de actuación. Nada más: para los demás aplicadores son las normas del texto legal interpretado las que prevalecen y a las que deben atenerse (35). La

(33) El párrafo más arriba transcrito de la sentencia de 5 de agosto de 1983, parte de la idea, falsa en sus fundamentos, de que el legislador, al interpretar, se autoatribuye competencias que son del poder constituyente, ya que altera la Constitución por el simple hecho de interpretarla. Aparte de ser una cuestión muy discutible que toda interpretación sea sesgada e incompleta por el simple hecho de serlo (tesis de la que el Tribunal parte y que considerarla aquí nos metería en cuestiones demasiado extensas, que, además, no resultan decisivas), problema que además el Tribunal no ha comprobado sobre el texto de la LOAPA, para que sea cierta la conclusión a la que llega el Tribunal (toda interpretación de la Constitución hecha por ley altera la Constitución), tendría que ser cierta también la premisa (el legislador al interpretar la Constitución se atribuye facultades del poder constituyente). Premisa que es, sin embargo, radicalmente errónea: el legislador interpreta haciendo uso de poderes propios y no tomando a préstamo otros ajenos.

La referida tesis del Tribunal de que toda interpretación de la Constitución es, por esencia, sesgada e incompleta, y por tanto, modificadora, plantea también un problema de enorme interés en relación con el valor de las interpretaciones sostenidas por el propio Tribunal Constitucional: primero, porque si es así y se dice que el Tribunal puede interpretar se admite que tiene poder de modificar la Constitución; segundo, porque, en otro caso, habría que pensar que las interpretaciones establecidas por el Tribunal no vinculan nunca, lo que pone en cuestión la eficacia de su función pacificadora y los efectos que a sus sentencias reconoce la Constitución y la LOTC.

(34) Los autores citados en la nota 29 en los casos en que después de tratar en sus obras el problema de la interpretación de las leyes se refieren a la Constitución, se limitan normalmente a declarar que las reglas del juego son las mismas.

(35) En términos generales sobre las interpretaciones no hechas por el autor de la norma, L. Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973, p. 236, dice: «cuando la interpretación o la declaración interpretativa emana de una persona o un órgano

misma doctrina ha establecido el propio Tribunal, como ya he recordado, para los Reales Decretos de transferencias. Sientan éstos interpretaciones de conceptos que están en la Constitución y en los Estatutos. No establecen, pues, interpretaciones auténticas que vinculen. Sirven como criterio para valorar las transferencias de servicios. Pero para determinar el régimen de reparto de una competencia concreta es a la Constitución y a los Estatutos a lo que hay que estar y no a lo que digan los Reales Decretos en cuestión. Si contienen interpretaciones correctas su fuerza de obligar vendrá de la norma que interpretan.

Exactamente lo mismo puede decirse del valor y efectos de la LOAPA. Una ley meramente interpretativa de la Constitución no es inconstitucional; sus interpretaciones, sin embargo, no vinculan a los demás poderes públicos. Que los intérpretes políticos de la LOAPA no lo hayan entendido así se comprende. Que el Tribunal Constitucional se haya dejado arrastrar por la misma observación no técnico-jurídica, sino política, es, me parece, muy criticable.

Podrá advertirse ahora, con toda razón, lo siguiente: si las interpretaciones constitucionales que establece una ley no vinculan qué sentido tiene aprobarla. En efecto, a nadie se le ocurriría, dadas estas condiciones, hacer una ley que se dedicara a interpretar un grupo de preceptos constitucionales o la Constitución entera. Es un esfuerzo perfectamente inútil.

¿Por qué razón entonces, aun con tan limitados efectos, se aprobó una ley como la LOAPA? Pues, a mi juicio, puede encontrarse una explicación. Si cuando se redactó la LOAPA hubiera existido una jurisprudencia constitucional tan abundante y matizada como la que hoy existe, hubiera sido perfectamente inútil, y aun absurdo, que el legislador estatal se empeñara en dictar una ley meramente interpretativa, dados sus limitados efectos. Pero cuando la LOAPA se redactó —mayo de 1981— y pactó por las fuerzas políticas que la sacaron adelante en el Parlamento —julio de 1981— esa jurisprudencia no existía. Lo que si había a cambio es una notable confusión

distinto, en rigor no hay ya interpretación auténtica, sino una interpretación que posee simplemente el valor o rango que por su propia naturaleza posea la declaración interpretativa». Afirmación que aún explicita más en la página citada en relación con las llamadas «disposiciones interpretativas o aclaratorias», advirtiendo su escasa fuerza vinculante en el mismo sentido que lo vengo haciendo en el texto. Todo ello coincidiendo con la mejor doctrina que es llamativo que no hayan seguido ni el autor citado ni sus demás colegas magistrados de nuestro Tribunal Constitucional. En relación con lo que digo en el texto sobre las circulares, baste la remisión a un clásico: G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, I, 8.ª ed. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 110 y 111. Para las soluciones francesas, que son las mismas, tiene interés consultar el *arrêt* del Conseil d'Etat, *Institution Notre-Dame du Kreisker* de 29 de enero de 1954, y los comentarios y anotaciones de M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT en su obra *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 6.ª ed., Sirey, 1974, pp. 411 y ss. En nuestra bibliografía, M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Instrucciones y Circulares como fuente del Derecho Administrativo*, RAP, núm. 48. En general, también sobre las normas interpretativas entre nosotros, J. L. VILLAR PALASÍ *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Madrid, 1968, pp. 587 y ss., que reproduce el trabajo citado anteriormente en la nota 31.

generada precisamente por las *interpretaciones* que los Estatutos, y alguna clase política, habían hecho de determinados conceptos constitucionales y, señaladamente, del concepto de exclusividad. Esta confusión afectaba a la Administración pública entera (además de al propio legislador) que no sabía muy bien a qué atenerse a la hora de proceder al despiece de la maquinaria administrativa del Estado, en la parte correspondiente, para transferirla a las Comunidades autónomas. Dictar una ley que enfrentase una interpretación —no vinculante— a las interpretaciones —tampoco vinculantes pero generadoras de confusión— (36) de conceptos generales que los Estatutos contenían, podían tener, en el contexto histórico dicho, alguna razón de ser. La ley sería cuando menos una directiva para la Administración pública y tendría también, como ha dicho PIZZORUSSO de las leyes que interpretan la Constitución, una fuerza «persuasiva» (37) ya que no verdadero carácter de interpretación auténtica.

Según puede deducirse de lo que acaba de exponerse, el dictado de normas meramente interpretativas es, en ocasiones, una operación necesaria para conjuntar los criterios de los aplicadores; y es, desde luego, una *necesidad* en las organizaciones complejas. Esto lo saben muy bien todos los administrativistas, acostumbrados a que la Administración interprete las leyes tributarias (art. 18 de la LGT) o laborales o de cualquier otro tipo, sencillamente porque para que el aparato administrativo funcione con arreglo a pautas unitarias es imprescindible que cada uno de sus agentes no interprete la Constitución o la ley según su buen saber y entender. Ni al Gobierno ni a las Cortes puede privársele de ese instrumento capital de actuación que son las normas meramente interpretativas; necesitan establecer criterios uniformes de actuación y decisión en la aplicación de los preceptos constitucionales y legales. Una organización compleja no funciona, pues, sin normas interpretativas, sean de la Constitución o cualesquiera otras leyes. Así de sencillo. Nada de esto supone, lo diré una vez más, que las interpretaciones establecidas vinculen a quienes están fuera de esa organización, desde luego no a los Tribunales —que siempre tendrán que manejar esas normas

(36) Que no sean vinculantes estos mandatos normativos por ser meras interpretaciones que no se acomodan, además, a la norma interpretada, no tiene nada que ver ni significa tampoco que no quepan pactos en los que los operadores políticos se pongan de acuerdo acerca de la forma en que se van a usar los poderes constitucionales, dentro de los márgenes que la Constitución admite. Uno de los problemas más graves y constantes que se están dando en el desarrollo del título VIII de la Constitución consiste precisamente en no marcar las distancias debidas entre el Derecho y la política y pretender deducir de los textos (así el alcance de los poderes autonómicos en relación con la noción de exclusividad) conclusiones que es imposible extraer de ellos, mientras que son posibles pactos políticos que, en el marco de lo constitucionalmente admisible, flexibilicen el ejercicio de los poderes. Será útil un repaso a la doctrina de las convenciones constitucionales. Cfr. MARSHALL y MOODIE, *Some problems of the Constitution*, London, 1966, pp. 282; RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972; SMITH, *Constitutional and administrative law*, 4.ª ed. puesta al día por H. STREET y R. BRAZIER, ed. Penguin, reimpresión. London, 1983, pp. 36 y ss.

(37) *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Roma, 1982, p. 530.

conforme a la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— y, si se quiere, tampoco a los ciudadanos corrientes que siempre que sostengan tesis disconformes podrán hacerlas valer ante las instancias jurisdiccionales correspondientes.

Se comprende, después de todo lo dicho, cuántos y cuán penosos esfuerzos políticos se han consumido por no saber manejar una técnica jurídica elemental, bien establecida en el mundo del Derecho y comúnmente aceptada en todos los países de nuestra órbita cultural hace ya muchos años.

Al Tribunal, para aclarar la situación y pacificar el ambiente político, le hubiera bastado con declarar, según hemos establecido, que los preceptos de la LOAPA que contenían normas meramente interpretativas, no podían tenerse por interpretaciones auténticas; por tanto, que no tenían carácter vinculante para los poderes públicos y, desde luego, para los autonómicos y para el propio Tribunal; y, en fin, que sus declaraciones eran correctas en la medida en que pudieran interpretarse conforme a la Constitución y con la jurisprudencia establecida por el propio Tribunal.

VII

Aunque no he aludido a todos los problemas que la sentencia de 5 de agosto de 1983 plantea, sí, me parece, que han quedado expuestos los más principales, al menos desde mi particular óptica. Sólo me resta ya por establecer alguna conclusión general o moraleja.

Valga la conclusión al menos, así como el comentario, para el círculo restringido de juristas a que esta REVISTA se dirige: Para el ciudadano corriente, al que ha trascendido la polémica sobre la LOAPA, la sentencia de 5 de agosto de 1983 será ya siempre un fallo que (sin que entienda la razón o, en su caso, para su sorpresa o para su regocijo, según las ideas de cada cual) anuló una ley que, por lo que dicen, pretendía ordenar el proceso autonómico o vaciar o rectificar el contenido de los Estatutos (según, también, las lecturas). No podemos los juristas, que manejamos una endemoniada jerga críptica, intentar establecer explicaciones más matizadas. Las cosas serán siempre como las han contado los periódicos. Los comentarios que prevalecerán no serán los nuestros sino, por ejemplo, el que hace unos días he leído en la prensa firmado por un afamado gastrónomo que, por lo que decía, era fácil comprender que no había leído nunca la LOAPA, aunque hacía extensas consideraciones sobre ella y sobre la importante sentencia del Tribunal Constitucional, que es demasiado larga para que llegue a pasarle por la imaginación leerla (en lo que hace bien porque, además, no lo exige su oficio y, en todo caso, no la entendería). Será su opinión, no obstante, la que cale.

A los juristas, que nunca hemos pretendido trascender mucho más allá de la punta de la nariz de nuestro pequeño mundo, poco nos importan tales

fenómenos. Lo que nos queda (lo que me queda, al menos, a mí) después de la lectura de una sentencia tan importante es la misma sensación de quien ha asistido al disparo de un cañón. Si después del tremendo ruido miramos el ánima, sólo se verá un tubo vacío, y si exploramos alrededor únicamente encontraremos una vaina hueca de la que se escapa perezosamente la última bocanada de humo. Apagados los últimos ecos, todo volverá a estar como estaba.

Digo esto, porque lo que el Tribunal Constitucional ha hecho en su sentencia es una combinación admirable. Desde la perspectiva de los recurrentes, el Tribunal ha deshecho la ley recurrida al no considerarla orgánica ni de armonización y declarar inconstitucionales un buen número de preceptos, sobre todo los incluidos en el título I, de manera que, por el momento —otra cosa será cuando piensen dos veces sobre lo que la sentencia dice— pueden darse por satisfechos. Por otra parte, ha compensado con creces al vencido. El Estado legislador no puede tener muchas quejas porque la verdad es que la sentencia ha declarado inconstitucional el título I de la LOAPA pero ha dejado a cambio una abundante jurisprudencia (que cuando se pactó el texto de la LOAPA —julio de 1981— no existía) que contiene la misma doctrina, aunque más flexible y matizada, lo que dará al poder central mayor capacidad de movimiento (38). Por otra parte, se liquida la condición de ley de armonización que el texto pretendía tener, pero el Tribunal dice a cambio que al Estado le bastan y sobran sus títulos legislativos ordinarios para formular las mismas regulaciones que, en cuanto al fondo, declara constitucionales.

Seguramente el Tribunal ha llegado a persuadirse, incluso, de que su decisión era políticamente la más conveniente (declaro, por mi parte mi incapacidad para hacer predicciones sobre este punto). La LOAPA se ha tramitado al ritmo que las abuelas de antaño hacían *crochet* y cuando hubiera llegado a aplicarse sus objetivos habrían desaparecido (la interpretación que contenía su título I ya la ha hecho, no digo si igual o parecida, pero la ha hecho, el Tribunal Constitucional; las transferencias de servicios —título IV— están a punto de concluir; el régimen del ejercicio de las competencias autonómicas por las Diputaciones Provinciales —título II— y el Régimen general de las Administraciones autónomas —título III— está recogido, como la LOAPA decía, en la mayor parte de los Estatutos; los funcionarios, en fin, —título VI—, se han transferido o poco falta y lo que queda por regular de su régimen puede estar muy bien en cualquier otra ley sobre función pública, incluso, según la sentencia que he comentado, con el mismo

(38) Para comprobar este aserto bastará con leer los poderes que reconocía al Estado el artículo 2 de la LOAPA en los casos en que el Estado es competente sobre las «bases» o la «legislación básica» y la mayor amplitud y flexibilidad con que comprende estas atribuciones la jurisprudencia constitucional que ya ha sido citada. Visto desde la perspectiva de esa jurisprudencia, el artículo 2.º citado queda como un precepto de mínimos (lo que tampoco significa que sea incorrecto porque la interpretación bien se puede restringir a explicitar los mínimos siempre que no lo haga de manera excluyente).

contenido que en la LOAPA). Teniendo en cuenta, además, que se había convertido en la manzana de la discordia autonómica, es posible que el Tribunal Constitucional pensara que estaban deseando eliminarla hasta sus propios autores.

Con independencia de que todo ello pueda ser cierto, lo que importa a efectos de este comentario es que el Tribunal no ha usado debidamente el Derecho, a mi juicio, para obtener tales resultados. El Derecho —dada, además, la confusión reinante sobre el contenido y efectos de la LOAPA— le ofrecía soluciones más claras, mejor fundadas y, por lo mismo, más pacificadoras. En cambio, con lo que ha dicho en su sentencia de 5 de agosto de 1983, es posible que el Tribunal no haya respetado, en la medida en que debe, la obra del legislador, metiéndose en cuestiones de oportunidad que no le conciernen, y que, por otra parte, los recurrentes, pasadas las primeras euforias, bien comprensibles, tengan la amarga sensación de quien ha ido por lana y ha vuelto esquilado.

Pese a toda la crítica que antecede, soy optimista respecto del efecto pacificador del fallo del Tribunal, aunque esté mal fundado. El Tribunal nos tiene poco acostumbrados a fallos jurídicamente incorrectos y tal vez por ello las críticas (que practicamos de ordinario respecto de los demás tribunales) dan una impresión de gravedad y dramatismo que no es bueno exagerar. Al fin y al cabo tampoco el Tribunal Constitucional es infalible y las doctrinas e interpretaciones discutibles son algo consustancial a su actuación y a la vida del Derecho.

El juez R. H. JACKSON, en una *concurrent opinion* en la sentencia, *Brown V. Allen*, 344 US 443, 540 (1953), dijo:

«There is no doubt that if there were a super-Supreme Court, a substantial proportion of our reversals of state courts would also be reversed. We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.»

