

ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA (1)

CESAR AGUADO RENEDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS FORMALES.—III. CONTENIDO.—IV. REFORMA.—V. RELACIÓN ESTATUTO DE AUTONOMÍA-LEYES ESTATALES: a) *El test de jerarquía propuesto.* b) *Consecuencias de las distintas concepciones posibles sobre la relación Estatuto de Autonomía-leyes estatales.*—VI. RELACIÓN ESTATUTO DE AUTONOMÍA-LEYES AUTONÓMICAS.

I. INTRODUCCION

Los presupuestos que subyacen a la tesis que en estas páginas se mantiene acerca de lo que es el Estatuto de Autonomía pueden sintetizarse del modo siguiente: en primer lugar, nuestro ordenamiento no reconoce expresamente una categoría o, aún de modo más simple, una norma que se encuentre en un escalón intermedio entre la Constitución y las leyes, sean éstas cuales sean; por tanto, para mantener la existencia de una categoría o de una norma de ese tipo, en esa peculiar posición o nivel, las razones que se esgriman han de ser absolutamente excluyentes sin que puedan dejar lugar a dudas y, por supuesto, deben sobreponerse a cualquier otra explicación posible de la relación entre normas, sin que para ello sea preciso, como es obvio, forzar las categorías y los conceptos que se utilicen. Y, en segundo término, el análisis que se compendia en estas líneas pretende constituir el análisis de una norma, el Estatuto de Autonomía (en adelante, EA) desde un punto de vista *estrictamente* jurídico, aunque la conclusión a la que llega puede resumirse de modo más colo-

(1) Estas páginas son el resumen, no sé muy bien hasta qué punto afortunado, de un extenso trabajo a punto de salir publicado cuando se están finalizando, cuya tesis central fue invitado el autor a exponer en el seminario que dirigen los profesores F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes.

Las abreviaturas de las publicaciones periódicas que aquí se utilizan son las típicas.

quial, pero no por ello con menos significado jurídico, diciendo que el EA es una norma «normal». Nos apresuramos a apostillar que, contra lo que quizá aparentemente pudiera entenderse, sería erróneo concebir esta tesis como una tesis proestatal, y se confía que a lo largo de esta intervención quede claro el porqué: ni es proestatal ni deja de serlo, porque antes que cualquier calificación es, más simplemente, una conclusión, que se pretende, insistimos, jurídica. En esencia, lo que se quiere decir con que el EA es una norma «normal» es que mantiene una relación con el resto de las normas que se rige por el principio denominado «de competencia», lo que dicho de otro modo significa que no es superior a otras normas que dispongan del rango primario que es el rango de ley.

Por poner un ejemplo tan representativo como significativo de la trascendencia «práctica» del método adoptado, o sea, de su no inocuidad, aplicando el mismo al Estatuto de Navarra, nominalmente «Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra», el mismo fue aprobado como una Ley Orgánica con intervención meramente formal, pero no *real* de las instituciones representativas (ni la territorial ni la nacional), que se limitaron a ratificar (esto es, sin discusión alguna, puesto que se aprobó siguiendo el procedimiento de lectura única) (2) lo que dos instituciones no representativas en ese momento acordaron (3). Más aún, la reforma, regulada por el Estatuto en cuestión, debe seguir el mismo procedimiento (4). La misma vía de acceso a la autonomía de ese territorio, la disposición adicional primera de la Constitución española (a partir de aquí, por lo general, CE), no estaba contemplada en modo alguno como tal vía de acceso (a ninguno de los comentaristas iniciales de la descentralización territorial se le ocurrió que tal disposición pudiese servir como vía de acceso), y sólo *ex post facto* el Tribunal Constitucional (TC) se vio obligado a sancionarla como cauce de acceso a un régimen de autonomía. Seguramente, el territorio navarro ha constituido el paradigma de la efectividad de integración del régimen de descentralización territorial po-

(2) Es decir, sin posibilidad de presentación de enmiendas ni fases de Ponencia y Comisión, según recuerda J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 583.

(3) Como se ocupa de especificar bien claramente el Preámbulo de la LORARFNa: «La representación de la Administración del Estado y de la Diputación Foral de Navarra» son las que acuerdan la reforma y modernización del Régimen Foral navarro, y es el Gobierno, en ejercicio de su iniciativa legislativa, el que formaliza el pacto con rango y carácter de Ley Orgánica y lo remite a las Cortes para que éstas procedieran, «en su caso», a su incorporación al ordenamiento jurídico español como tal Ley Orgánica.

(4) Práctica sancionada, por cierto, por la regulación de la fundamental Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 1993.

sibilitado por la CE; pero, desde un punto de vista estricta y rigurosamente jurídico (el que aquí se trata de adoptar), tal modo de actuar es absolutamente irregular. Nadie más convencido que el autor de estas líneas de que el derecho no es sino un mero subsidiario de las relaciones amables, pero, cuando entra en juego, ha de ser con todas sus consecuencias, so pena de que la función legitimadora que el mismo conlleva acabe anulada (5).

La conclusión, en fin, precisamente como jurídica que pretende ser, queda sometida a cualquier otro juicio mejor fundado en derecho, pero sólo en derecho, y cabe decir todavía más precisamente, en derecho positivo.

Las vías que llevan a la conclusión adelantada son varias, pero parten de algunas premisas; por ejemplo, la de que no existe una «categoría» estatutaria, origen de buena parte de los problemas que se plantean en torno al carácter del EA; que los precedentes históricos no aportan excesivos datos para entender los EEAA actuales, pese a las normas del mismo género del régimen republicano de 1931 y a las Constituciones autonómicas (*sic*) de los últimos años del siglo pasado, y que tampoco prestan demasiado auxilio los sistemas de derecho comparado relativamente similares al nuestro, o, al menos, así lo entendemos nosotros.

La tesis central del trabajo consiste en que el EA es una ley, en concreto una Ley Orgánica estatutaria, y que, como tal, se relaciona con las demás leyes en un mismo plano, el que viene dado por el rango que éstas tienen. Esta idea, tan simplemente expresada, resulta hoy, como de inmediato se habrá deducido, contraria a la que mantiene la gran mayoría de la doctrina, para la que el EA es, por emplear la misma terminología que se ha usado para designar la opinión que se expone, una norma que «excede de lo normal», en el sentido de que es tan relevante que acaba siendo superior a todas las demás menos la Constitución, tan relevante, en fin, que acaba siendo una norma parecida a una Constitución, o a manera de tal, o una norma constitucional secundaria. En concreto, esta última caracterización es la empleada por el profesor Rubio Llorente, con la advertencia inmediata de que espera que la misma no escandalizará a nadie (6). En realidad, como él mismo dice al exponer tal afirmación, ya hacía

(5) En este sentido, parece poco dudoso que ha de darse la razón al desaparecido profesor J. TOMÁS VILLARROYA, cuando afirmaba, respecto al modo como se estaba desarrollando la organización territorial de nuestro Estado, que «el Derecho se ha sacrificado continuamente a las exigencias políticas; los medios expeditivos se han utilizado, con demasiada frecuencia, para superar las dificultades normativas; a veces, la violación del texto constitucional ha sido tan tosca y retorcida que quizá habría sido más cómodo y menos estridente conceder o imponer por Real Orden determinadas autonomías» («Proceso autonómico y observancia de la Constitución», en el núm. 15 de esta misma Revista, 1985, pág. 25).

(6) F. RUBIO LLORENTE: «El bloque de constitucionalidad», *REDC*, núm. 27, 1989, pág. 25.

tiempo que, de la mano de García de Enterría, la mayor parte de la doctrina venía manteniendo la superioridad (jerárquica) del EA sobre las demás leyes.

II. ASPECTOS FORMALES

Sin embargo, un análisis de dicha norma y de su régimen en nuestro ordenamiento, que siguiendo un orden lógico parece que ha de empezar por los aspectos formales, es decir, por su modo de elaboración (iniciativa, tramitación y aprobación —ésta por las Cortes solamente o, en los casos que lo posibilita la CE, también por el electorado del territorio por el que se vaya a regir el EA—), pone de manifiesto que, aunque resultan evidentes las especialidades procedimentales, no parece posible encontrar su *traducción jurídica concreta* en su relación con las demás normas. En el supuesto más llamativo, el que conlleva necesariamente un referéndum para aprobar el EA (art. 151.2.5.º), puede entenderse, y así seguramente deberá hacerse, que supone una mayor legitimidad de la norma, en el sentido de legitimación más directa, pero éste es un dato que, hasta donde se nos alcanza, no tiene otra traducción que no sea la de que el contenido de la norma guarda una mayor fidelidad a la voluntad de la fracción popular del territorio de que se trate que las normas estatutarias que no han sido sometidas a referéndum. De tal dato, sin embargo, no se deduce por sí solo que ni estos textos, ni otros que pudieran ser sometidos a referéndum, tengan una especial naturaleza jurídica frente a las demás normas, como no la tendrían aquellas que tuvieran su origen en una propuesta de iniciativa legislativa popular que incluso superase con mucho el ya oneroso requisito que exige el artículo 87.3 CE (7).

III. CONTENIDO

La reserva de ciertos contenidos materiales al EA, en cambio, sí implica una relación particular con las demás normas, pero de ello por sí solo tampoco

(7) Lo que vendría a demostrar que era una ley muy deseada y, si su texto final resulta sustancialmente idéntico al propuesto, que resultaría una ley de origen mucho más cercano al poder constituyente que un texto que no tenga tal origen, pero ello no le dotaría de diferente rango ni de diferente naturaleza jurídica. Por lo demás, el tratamiento de la Ley Orgánica 3/1984, reguladora de la iniciativa legislativa popular, pone bien de manifiesto que un deseo muy mayoritario en forma de proposición de ley puede quedar en la más perfecta nada cuando llega a la Mesa del Congreso de los Diputados, de manera que la mal llamada por el título de dicha norma «iniciativa legislativa» popular no es, como dejara bien sentado M. ARAGÓN REYES hace ya tiempo, más que una «propuesta de iniciativa» («La iniciativa legislativa», *REDC*, núm. 16, 1986).

puede extraerse, a nuestro modesto juicio, un especial carácter que se traduzca en relaciones de superioridad jerárquica de aquél sobre éstas. La particularidad de las relaciones deviene de la exclusividad, o cuando menos preferencia, que el EA tiene para regular determinadas materias. Ahora bien, por un lado, dichas reservas no son, en la mayor parte de los casos, entre los que desde luego se encuentran las más relevantes, reservas absolutas, y por otro, ha de diferenciarse la reserva de estos contenidos respecto de la «técnica o principio de reserva» como modo de relación entre normas: que algunos contenidos estén reservados al EA no quiere decir —entendemos nosotros— que la relación con las demás normas sea de «reserva», como en cambio ha sostenido I. de Otto (8).

En rigor, el contenido del EA está determinado por la definición o caracterización que hace de él el artículo 147.1 CE antes que por el artículo 147.2, que no es sino una concreción de dicho contenido: de acuerdo con el artículo 147.1, el EA es «norma institucional básica de... (la) ... Comunidad Autónoma». Esta expresión implica dos cosas que, en el desarrollo del razonamiento acerca de lo que sea el EA, tienen la más absoluta trascendencia. En primer lugar, «básica» quiere decir que el EA ha de tener, tendencialmente o en principio, sólo aquellos contenidos que resulten institucionalmente necesarios para la existencia del ente territorial autónómico (9); tendencialmente, hace referencia a que, no descartándose la existencia de otros contenidos en su seno, los mismos deben ser los menores posibles y, en todo caso, desde luego, tasados. En segundo lugar, «básica» quiere decir también que ha de contener *todos* los elementos básicos, esto es, fundamentales, necesarios para esa existencia, sin que puedan dejar de estar insertos en su texto alguno de los elementos que tengan tal carácter fundamental (10). Dicho resumidamente, el EA ha de contener, esencialmente, *sólo* los aspectos básicos, pero *todos* los aspectos básicos del ente (Comunidad Autónoma) que pretende regular.

(8) Esta es la tesis que sostuvo el extraordinario constitucionalista sobre la relación entre el EA y el resto de las leyes estatales en su *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, con el argumento principal de que «de no ser así faltaría ciertamente un concepto unitario de ley en la Constitución Española y los Estatutos constituirían una forma distinta y específica» (págs. 268-269).

(9) Véase *infra*, al respecto, el apdo. V.a).

(10) Lo que nos lleva a calificar no como meramente incorrectas, sino como inconstitucionales, las leyes que conceden la capacidad de disolución de las Asambleas legislativas a los presidentes de las Comunidades Autónomas, pues como extremo que caracteriza de manera esencial nada menos que la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas, sin duda debe constar tal potestad de disolución en el EA, según expuso en su momento J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA («Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado autonómico español», *REP*, núms. 46-47, 1985, pág. 24, n. 14).

Aparte de esto, algunas conclusiones directas relevantes pueden extraerse de la regulación constitucional del contenido estatutario. Por ejemplo, que el mismo tiene un contenido específico, o sea, que la reserva en este caso sí es, como dice Pérez Royo, *nominal*, frente a las demás leyes orgánicas (11), que suponen a nuestro juicio, y aunque el TC alguna vez ha mantenido lo contrario, una reserva de tipo (12). O, por ejemplo, también, que no corresponde al EA regular derechos (salvo aquellos —casos excepcionales— que la naturaleza de norma institucional básica del EA así lo implica: los que resulten afectados por el uso de la lengua en aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de una propia, el derecho de sufragio y de iniciativa legislativa popular, si es que este último puede considerarse derecho), y ello porque no cabe concebir que los derechos cumplen en el EA sus funciones más propias, esto es: a) limitar el poder —justo lo contrario de lo que los EEAA tienen por misión, que es atribuir poder, en forma de competencias, a un ente territorial—, entre otras cosas porque el destinatario natural del EA no son los particulares, sino los poderes públicos, y b) en la actualidad, legitimar los textos en los que se insertan, pues es claro que la legitimación de los EEAA, en cuanto normas no originarias, no les proviene de su contenido, sino de su previsión constitucional. Y, en fin, por ejemplo, también que, coherentemente con lo que se mantiene aquí —que el EA es norma «normal»—, pero en contra de lo que opina gran parte de la doctrina (propia y del otro sistema que ha hecho del Estatuto norma protagonista de su ordenamiento, el italiano), que el EA no debe contener normas programáticas (13).

Si no *puede* regular derechos ni tampoco *debe* contener normas programáticas, parece que no puede asemejarse, ni siquiera de modo funcional, precisamente a una Constitución, entendiéndose por ésta el concepto debido, el correcto, el original liberal proveniente del artículo 16 Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual no hay Constitución si, además de división de poderes, no se aseguran los derechos; a lo que ha de añadirse, encima, la *imposición* (por una norma superior) de regular un contenido determinado.

(11) J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, pág. 13.

(12) Como ya manteníamos en nuestro trabajo «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de Castilla y León (y II)», *Autonomías*, núm. 14, 1992, pág. 108.

(13) Por varias razones que se apuntan en el trabajo del que estas líneas son un breve resumen, entre las que destacan que ni son contenido propio de una norma que tiene por misión la organización de la Comunidad Autónoma y el ser fuente sobre fuentes y la de que conculcan el principio democrático.

IV. REFORMA

Si no hemos encontrado ni en el modo de elaboración ni en el aspecto material del EA motivos suficientes para asimilar el EA a una Constitución o para que sus especialidades en uno y otro caso se traduzcan jurídicamente en una relación distinta con las demás normas, seguramente deberíamos encontrar la razón de la singularidad del rango que otorga la mayor parte de los autores al EA en la reforma, es decir, en esa posibilidad que confiere la CE a los mismos Estatutos de autorregularla y que, como se ha apostillado en diversas ocasiones, es una característica propia de los textos constitucionales.

Sin embargo, de entrada, si presumimos, como así parece que ha de hacerse, que los términos utilizados por el constituyente lo fueron con intención y que ha de dárseles, en principio al menos, su significado usual, de inmediato surge en este apartado una nueva discrepancia con la mayoría de la doctrina, y es que la regulación de la reforma es una posibilidad, no una necesidad o una obligación del EA. Así, se deduce de varios datos que, por lo que nos ha parecido observar, o no se tienen en cuenta o se soslayan de forma deliberada en los razonamientos que hacen de la reforma el *quid* del régimen estatutario: desde la ubicación del precepto que lo permite fuera del artículo 147.2, esto es, fuera del contenido obligatorio, pasando por los trabajos constituyentes, que ponen rotundamente de manifiesto que su exclusión del artículo 147.2 fue del todo intencionada (14), hasta llegar a la regulación positiva de alguna norma, que prevé de modo explícito la ausencia de tal procedimiento en los EEAA (art. 10 Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades del Referéndum). (No cabe como argumento, sin embargo, el que parece más evidente: el de que los EEAA de Ceuta y Melilla carecen de procedimiento de reforma, porque, a nuestro juicio, al no ser Comunidades, sino *Ciudades* Autónomas, no tienen el mismo régimen que los Estatutos de las Comunidades, cuya autonomía es la única que garantiza la Constitución.)

La no obligatoriedad de insertar el procedimiento de reforma en el texto del EA no supone, a nuestro modesto juicio, contra lo que algunas opiniones han mantenido, que un EA que no incluya el procedimiento reformador quede sin garantía y que, por ende, resulte nada menos que inconstitucional (15): no

(14) Tanto en el Anteproyecto como en el Informe de la Ponencia, la reforma formaba parte del contenido obligatorio [arts. 132.2.d) y 139.1.e), respectivamente], pero es extraído de forma intencionada en el texto resultante de la Comisión Constitucional del Congreso (art. 140), e invariablemente permanece fuera de aquél a partir de entonces.

(15) Por ejemplo, ESPÍN TEMPLADO, de manera radical («Reforma del Estatuto», en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. III, Institut d'Estudis Autònoms, Bar-

se nos alcanza por qué no habría de emplearse el principio *contrarius actus* ante la ausencia de previsión normativa y ninguna circunstancia que impida su aplicación; de hecho, así lo prevén en la actualidad diversas normas perfectamente vigentes: el artículo 10 Ley Orgánica Reguladora de las Distintas Modalidades del Referéndum, el artículo 61.2 Estatuto de la Comunidad Valenciana y el artículo 71 Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y la citada Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 1993 establece unos trámites de reforma iguales a los que tuvieron lugar para la elaboración de los EEAA de vía rápida.

En estos EEAA que se acaban de citar, los llamados «del 151», la reforma requiere el referéndum del cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma (CA desde ahora en general), referéndum de carácter obligatorio y ratificatorio, lo que implica la garantía de que la última palabra en los procesos de reforma de estos EEAA será la de la CA. Esta es la nota en la que alguna doctrina hace recaer la singularidad del EA..., al menos de ciertos EEAA, a los que consideran por ello, y junto a la especialidad del referéndum en su elaboración, de diferente clase o tipo o naturaleza que los demás EEAA. Ahora bien: por un lado, resulta que el que el referéndum haya resultado ser en la actualidad el último trámite de la reforma de los EEAA «del 151» es la consecuencia de una «mera» transacción entre las Cortes Generales y los (a estos efectos, aunque parlamentarios nacionales) representantes territoriales en su proceso de elaboración; éstos pretendían justamente que fuera el penúltimo trámite, de modo que las Cortes Generales quedasen del todo condicionadas desde el punto de vista político para aprobar la reforma del EA, tal y como resultase en la Asamblea autonómica correspondiente. Es decir, que ocupe el último lugar del proceso de modificación es un resultado, por así decir, aleatorio, o dicho de otro modo, que *no se deduce de modo necesario de la Constitución*; la demostración fehaciente de que esto es así es que en no todos los casos dentro de los EEAA del artículo 151 el último trámite de la reforma es la consulta referendaria (así, en las modificaciones que no afectan a las relaciones Estado-CCAA).

Por otro lado, si algún autor mantenía, como ha sido el caso, que el procedimiento de reforma daba lugar a la existencia de dos tipos diferentes de EEAA por mor del trámite del referéndum, tal concepción ha quedado del todo desvirtuada por la regulación en las Cortes Generales de la tramitación de la re-

celona, 1990, pág. 821). En el mismo sentido, F. BALAGUER CALLEJÓN, quien admite la remisión del EA a una Ley Orgánica estatal, pero siempre ha de prever el procedimiento de reforma so pena de resultar inconstitucional si no lo hace (*Fuentes del derecho*, II, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 152).

forma, que prevé *expresamente* la posibilidad de que el procedimiento de reforma de los EEAA «del 143» incorpore también tal trámite de consulta (16). En todo caso, nos encontramos con este referéndum en el mismo supuesto que ya vimos con el referéndum que tiene lugar en el procedimiento de elaboración, es decir, que no tiene traducción jurídica, a nuestro entender, más allá del aseguramiento que supone de que el EA responde más fielmente a la voluntad de los habitantes de la Comunidad Autónoma.

Lo que en definitiva resulta de la capacidad del EA de regular el procedimiento de reforma es *posibilitar* (que no obligar, por lo que hemos dicho antes) su *rigidez*. Pero *rigidez* no es exactamente igual que jerarquía, como bien se ha puesto de relieve en varias ocasiones y por varios autores (17): la rigidez es el indicio típico de la superioridad jerárquica, pero no la propia superioridad. Si bien lo habitual es, ciertamente, que rigidez y superioridad jerárquica vayan unidas, *la finalidad de la rigidez no es otorgar superioridad jerárquica, sino estabilidad*. Como bien ha explicado I. de Otto, lo relevante, en realidad, para

(16) En la línea de lo que la mayoría de la doctrina entiende que debiera ser cuando se produzca —como de hecho se está produciendo— la igualación competencial. Por nuestra parte, volvemos a discrepar de la doctrina mayoritaria que en algún momento se refiere a este asunto, porque en calidad de norma primaria estatal que el EA es (con independencia ahora de otros caracteres «no estatales» que también tiene), resulta como mínimo dudoso que pueda imponerse para su reforma un referéndum sin que la CE lo prevea. La participación popular vinculante en las normas primarias difícilmente puede concebirse, en lo que es una correcta teoría de fuentes, sin que esté prevista en el texto constitucional. Es indudable que la CE consagra el principio dispositivo en materia de autorregulación procedimental de la reforma estatutaria, pero ello es así con la premisa de lo que venga ya dispuesto *ex Constitutione*. Lo que dispone ésta no ha de ser siempre una mandato o una prohibición (estructura atípica, por otra parte, de las normas constitucionales); también ha de entenderse que establece que no debe darse lo que el constituyente no quiso establecer, sobre todo si ello viene apoyado por la teoría constitucional, como parece bastante claro que sucede en este supuesto.

(17) En particular por I. DE OTTO refiriéndose a la norma constitucional (*Derecho constitucional*, cit., págs. 62-63), pero la explicación es sin duda trasladable a cualquier otra norma, y con más razón, si cabe, a la que es aquí objeto de atención. Así también viene a decirlo M. ARAGÓN cuando pone de relieve que rigidez y suprallegalidad (referidas de nuevo a la Constitución, pero cuya argumentación es extrapolable sin problemas aquí) no siempre coinciden («Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional», *REP*, núm. 50, 1986, págs. 23-30). Así, igualmente recuerda L. M. DíEZ-PICAZO que sucedía con los EEAA de la II República y que sucede hoy con el fenómeno del *override* que tiene lugar en el *Bill of Rights* canadiense (*La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 125). Y, en fin, si no lo entendemos mal, no otra cosa parece confirmar el artículo 44.1 de la Constitución austriaca, según el cual «las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales [*Verfassungsbestimmungen*] contenidas en leyes ordinarias sólo podrán ser aprobadas por el Consejo Nacional en presencia de la mitad, como mínimo, de sus componentes y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y deberán ser calificadas expresamente como tales (“ley constitucional”, “disposición constitucional”)».

que haya superioridad de una norma respecto de las demás que lo sea es que su reforma sea *expresa* (18).

Con este carácter rígido, que en la mayor parte de los autores que se han ocupado de los EEAA aparece como carácter ínsito en la noción de EA, pero que a nuestro modesto parecer no es así por lo hasta ahora dicho, tiende a confundirse algo muy distinto, a saber: la indisponibilidad del EA por parte del legislador estatal. Esta nota tan propia de los EEAA no se deriva, como ahora diremos, de la jerarquía: la ley es superior al reglamento en Francia, pero la reserva a éste que hace la Constitución impide al legislador disponer del Reglamento en las materias a él reservadas (expuesto de modo muy simplificado). En nuestro ámbito sucede lo mismo con el EA en razón del principio de competencia, de tal modo que, aunque nada previesen sobre su reforma los EEAA, el legislador estatal no podría disponer del EA alterando el contenido que le caracteriza como norma institucional básica si no fuera: 1.º, *expresamente*, y 2.º, por el procedimiento correspondiente en ausencia de trámites específicos de modificación de una norma: el mismo observado para su elaboración.

V. RELACION ESTATUTO DE AUTONOMIA-LEYES ESTATALES

Los argumentos de quienes mantienen la superioridad del EA sobre el resto de las leyes estatales pueden resumirse, si no nos equivocamos, en los dos que con claridad esgrime García de Enterría: *a)* en su resistencia a ser modificado por cualquier otra norma, es decir, en su rigidez, y *b)* en su carácter de unidad de medida de la validez de todas las demás al establecer las competencias de la Comunidad Autónoma y, por rechazo o por reflejo, las del Estado (19).

A) Respecto a lo primero, ha de tenerse presente antes que otra cosa lo antes expuesto al comentar la posibilidad de autorreforma del EA: que la rigidez no implica necesariamente jerarquía, sino que rigidez hace referencia a estabilidad. Pero es que, además, resulta que el EA sí puede ser modificado por algunas normas a las que directamente se remite la CE si regula contenidos atribuidos a ellas, de modo que algún autor de la solvencia de Santamaría Pastor haya afirmado tajantemente que, en tales casos, el EA es *jerárquicamente inferior* a dichas normas (20). Son los supuestos de los artículos 149.1.29.ª, 152.1 y 157.3. Como es evidente, esto supone que uno de los caracteres esen-

(18) I. DE OTTO: *Ibidem*.

(19) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, reimp. revisada, 1986, págs. 289-291.

(20) SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos...*, cit., pág. 591.

ciales de la superior jerarquía, la fuerza pasiva, no se cumple al menos en estos casos..., que, «casualmente», son de los más trascendentales (policía, justicia y financiación autonómica).

B) Respecto a lo segundo (21), el carácter de módulo de validez del EA vendría determinado por ser una norma que delimita las competencias del Estado y de las CCAA, y es indudable, en efecto, que el EA ocupa una «mejor posición» en este sentido tanto cuantitativamente (puesto que, aunque no tenga por qué ser la única norma que atribuya competencias a la CA, la mayor parte de las que correspondan a ésta serán fijadas por él) como preferencialmente (pues el EA goza de lo que I. de Otto llama «reserva de atribución primaria», o sea, que las demás leyes estatales pueden repercutir en las competencias de la CA sólo sobre la base de lo que el EA ya haya dispuesto) (22). Pero esa mejor posición no significa que sea superior *jerárquicamente*, puesto que el carácter de módulo de validez ni es sólo del EA ni tampoco le viene por ostentar un rango específico: otras normas actúan también como tal módulo (las leyes-marco, las de delegación, las de transferencia y las de armonización, y aquellas a las que la CE se remite directamente para la regulación de una materia en la que también pueden tener competencias las CCAA) con independencia de su carácter orgánico u ordinario, atribuidor de competencias o restrictivo. Si se mantuviera la superioridad *de rango* por este motivo, tendría más coherencia entonces mantener, como efectivamente algún autor hace, que no sólo el EA, sino todo el conjunto normativo destinado a delimitar competencias, sea por ello mismo, superior en jerarquía a las demás leyes estatales (23), conclusión que, como es fácil inferir por lo que se viene diciendo, aquí no puede comparirse.

a) *El test de jerarquía propuesto*

Por estos dos motivos tan socorridos, por tanto, no nos parece a nosotros que el EA sea jerárquicamente superior a las demás leyes estatales. La cuestión estriba en saber si hay otras notas en virtud de las cuales el EA alcance esa po-

(21) Y si se acepta el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como un precepto no superfluo, que, como es sabido, es lo que mantiene RUBIO LLORENTE en su trabajo sobre «El bloque de constitucionalidad» [citamos ahora por su obra recopilatoria, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, págs. 108-109].

(22) I. DE OTTO: *Derecho constitucional*, cit., págs. 259-260, cursivas del propio autor.

(23) Así, L. M. DÍEZ-PICAZO: «Ley autonómica y ley estatal», *REDC*, núm. 25, 1989, pág. 85, n. 62.

sición. Para ello, como es lógico, es antes necesario determinar cuáles son las notas propias de la jerarquía, y si no estamos muy errados, podría decirse de una norma que es superior a otra si cumple el siguiente test: 1.º, si las normas que se comparan pertenecen al mismo ordenamiento (o subordenamiento, si el ordenamiento es compuesto); 2.º, si regulan la misma materia; 3.º, si de la que se predica la superioridad sobre las demás tiene fuerza activa y pasiva respecto a ellas, y 4.º, si tal fuerza, activa y pasiva, puede ser predicada de forma general, sin excepciones (que no sean propiciadas por la misma norma como, por ejemplo, el fenómeno de la deslegalización o equivalentes).

Si no se considera incorrecto este test y se aplica a las relaciones EA-leyes estatales, los resultados serían éstos:

1.º La primera nota, como es claro, se da, pues el EA es, formalmente, una ley estatal.

2.º En la segunda nota es donde estriba, como fácilmente puede deducirse, la cuestión. El presupuesto para su análisis es el siguiente: en nuestro sistema de fuentes, el legislador puede regularlo todo mediante ley... salvo si la norma superior de producción (la Constitución) predestina ciertas materias a leyes específicas. Esto es lo que sucede con el EA, según hemos visto en el apartado correspondiente al contenido. Donde surge la cuestión es en que, no reseñando *explícitamente* nuestra fuente superior de producción que esa norma (en concreto ahora, el EA) *no pueda* regular otras materias, cabe preguntarse si puede hacerlo (debidamente, se sobrentiende), equiparando entonces el régimen de tales otras materias al de aquellas que le están reservadas, por el solo hecho de aparecer en el mismo texto legal. Creemos que no, y ello no por el artículo 147.2, que determina lo que debe, pero nada dice de lo que no debe, contener el EA, sino, en coherencia con lo ya dicho al tratar del contenido, por el artículo 147.1, que contiene la definición *material* (nunca más oportuno este adjetivo en esta explicación) del EA como «norma institucional *básica* de cada Comunidad Autónoma». Como se explicaba en su momento, lo que esto significa, a nuestro parecer, es que debe contener lo fundamental para la CA, pero tendencialmente sólo lo fundamental. ¿Y qué es lo fundamental? Es aquí donde entra en juego el núm. 2 del artículo 147, puesto que los extremos que lo componen son los que pueden considerarse lo fundamental: denominación, territorio, instituciones (entendido este término en sentido amplio: administración y régimen financiero incluido) (24) y competencias. Decíamos, sin embargo,

(24) Pues es evidente que no resulta posible disociar la administración y el régimen económico del régimen institucional de un ente con autonomía política. La coherencia con este razonamiento nos aboca a volver a disentir de la mayoría doctrinal que critica la STC 89/1984. Dicha sentencia entendió que el Estatuto de Autonomía de Castilla y León no vulneraba el ar-

que debe el EA contener lo fundamental para instituir un ente autónomo, «tendencialmente»; con ello lo que se quiere decir es que no están descartados otros contenidos... por la elemental razón de que constitucionalmente así está previsto fuera del artículo 147.2. El hecho de que no estén incluidos en dicho precepto es inequívocamente indicativo de que no «deberán» ser contenidos en él (utilizando la misma expresión constitucional), sino que «podrán» serlo, esto es, se trata de contenidos facultativos. Entre ellos, el más relevante, desde el punto de vista jurídico, es, sin duda, el procedimiento de reforma, pero seguramente no desde el punto de vista de lo cotidiano, en el que la lengua —en el caso de las CCAA que posean una diferenciada— será más importante, ni tampoco desde el punto de vista simbólico, donde la bandera —senyera, ikurriña, etc.—, por ejemplo, ocupa una posición mucho más relevante que los trámites procedimentales de reforma.

Pero, además de los contenidos obligatorios y facultativos, que en todo caso son contenidos recogidos constitucionalmente, ¿son posibles otros? Para que no resulten inconstitucionales, a nuestro juicio, esos otros contenidos sólo pueden ser contenidos jurídicamente inocuos, esto es, que no tengan ninguna repercusión por sí solos, sino, a lo sumo, acompañando a otros, que son los verdaderos contenidos jurídicos, y, desde luego, no es posible concebir que tengan consecuencias en ningún ámbito exterior al ente regido por el EA que los contiene: ni en el ámbito estatal ni en el de las demás CCAA. Todos los demás contenidos, por tanto, que excedan a los obligatorios y a los facultativos, y que no sean jurídicamente inocuos, resultarán exorbitantes, y en tanto tales, indebidos, con lo que ello supone respecto de las demás normas estatales.

Frente a esta concepción se encuentra la contraria: que el EA puede (aunque no deba, en buena técnica legislativa) contener otras materias que no sean, por así decir, estatutarias, sin que ello suponga su invalidez en tal ámbito impropio. Los efectos de la concepción que aquí se mantiene y los de las dos posibilidades a que esta otra postura dan lugar se comentarán de inmediato.

3.º y 4.º Antes habrá de señalarse, simplemente, que la tercera y cuarta características del test de jerarquía que se ha propuesto pueden ahora asociarse para recordar, como antes se adelantó, que, desde luego, tampoco se cumplen

tículo 147.2.c) CE al no establecer la sede de las instituciones y remitirla a una ley que predeterminaba el momento, lugar y mayoría para la aprobación de tal sede. A nuestro juicio, el carácter del EA como norma institucional «básica» cubrió, desde el punto de vista de la exigencia del artículo 147.2.c), la constitucionalidad de tal modo de operar: puede verse esta cuestión con más detalle en nuestro trabajo «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial de Castilla y León», *Autonomías*, núm. 11, 1989.

en el caso de la relación EA-leyes estatales a las que el constituyente se remite en los artículos 149.1.29.^a, 152.1 y 157.3 CE; por tanto, no respecto de todas las leyes estatales tienen los EEAA fuerza activa y pasiva, y si se mantiene que sí la tienen en la mayoría de los supuestos (algo que tampoco compartimos, porque en todas aquellas dictadas en virtud del artículo 81.1 CE o en las dictadas al amparo de la reserva a la ley estatal que hace la CE de la regulación de órganos estatales o del patrimonio del Estado, etc., se estaría también en el mismo caso de falta de fuerza activa y pasiva), en todo caso esa característica no es general (cuarta y última nota del test).

Nuestra conclusión es que, no siendo suficientes los argumentos al uso esgrimidos por la doctrina para entender que es jerárquicamente superior, y más aún, no cumpliéndose el test de jerarquía propuesto, no puede hablarse de que la relación EA-leyes estatales sea jerárquica. Cabe, no obstante, otra posibilidad, como apuntábamos antes, en el entendimiento de que el EA puede regular contenidos que no le son propios: considerar que la relación del EA-resto de leyes estatales no es jerárquica, sino de *reserva*. Es lo que viene a sostener, como se adelantó, I. de Otto. Según esto, el EA puede regular (*debidamente*) otros contenidos más allá de lo que le es propio, pero quedaría entonces sometido en esa misma medida al régimen habitual de las relaciones entre normas, y, así, una regulación posterior de la materia, con el carácter orgánico u ordinario que le corresponda, modificará o derogará esa parte «impropia» del EA.

¿Cuáles son las consecuencias de las distintas concepciones posibles sobre la relación EA-leyes estatales?

b) *Consecuencias de las distintas concepciones posibles sobre la relación EA-leyes estatales*

La concepción de la superioridad jerárquica entre EA y resto de las leyes presupone que el operador jurídico debe aplicar la norma estatutaria sin más, porque es la superior, con independencia de que por la vía del control de constitucionalidad llegue la parte exorbitante del EA ante el órgano competente para conocer, y en su caso declarar inválida, esa parte o que, como consecuencia de la aplicación de la misma mediante normas infralegales o actos, surjan conflictos de competencias. Esta concepción jerárquica de las relaciones EA-leyes estatales, además de ir contra lo que dispone la CE si se comparte la interpretación que se ha hecho del EA antes —como norma institucional «básica»— desde el momento en que el EA excede el contenido que le es propio, va también dos veces contra la jurisprudencia del TC: por un lado, fomenta la

«petrificación abusiva del ordenamiento» a la que se refería el TC al tratar de las leyes orgánicas (STC 5/1981, f. 21.A), y por otro, va también contra la idea de que el EA pueda considerarse como Ley Orgánica de transferencia para que la CA pueda disponer de las competencias indebidamente asumidas por él (STC 56/1990, f. 5).

En el caso de la tesis de la relación de reserva entre EA y leyes estatales, resulta que si el legislador estatal, en uso de su competencia (pongamos una competencia exclusiva indiscutible), regula la materia de que se trate, una regulación posterior del EA que le afecte comportará su reforma o derogación por más que sea una clara competencia exclusiva estatal, lo que no aparece precisamente como coherente en un sistema de distribución competencial. Como en el caso anterior, pero más claramente nos parece, esta concepción de la reserva como causa relacional EA-resto de leyes estatales va contra la jurisprudencia constitucional en el sentido de considerar de imposible equivalencia el EA como Ley Orgánica del artículo 150.2; más claramente decimos porque durante el tiempo de vigencia de la parte exorbitante del EA el legislador autonómico se sentirá legítimamente llamado a su desarrollo si se entiende como válida aquella parte, aun siendo claramente indebida su regulación en el Estatuto.

Con la concepción de la relación estrictamente competencial entre EA y leyes estatales, tales inconvenientes quedan soslayados: el contenido estatutario exorbitante es, desde su misma inclusión, inválido.

Desde el punto de vista práctico, no habría, según creemos, excesivas diferencias en los efectos resultantes de la aplicación del principio de jerarquía y el de competencia para los casos de invalidez por regular el EA materias que le son exorbitantes. En lo que no sería igual es en su causa: en el caso de la jerarquía, la norma que pretendiera modificar un EA vulneraría éste —en concreto, sus normas procedimentales— si no las observase; en el principio de competencia, sin embargo, no vulneraría el EA —que es un «mero» instrumento normativo auxiliar de medición—, sino la norma superior (la CE), que distribuye las competencias y que determina que, una en concreto, corresponde ya a la CA, ya al Estado (por poner los ejemplos más evidentes y menos problemáticos). La invalidez sería el efecto en ambos casos, pero mientras en el primero se debería sólo a la antiestatutoriedad, en el segundo se debería a la inconstitucionalidad. La cuestión se vuelve sobre sí misma, puesto que hay que preguntarse en el primer caso si la invalidez *sólo* por antiestatutoriedad es posible en nuestro sistema: si se considera que el EA es jerárquicamente superior, sí; en caso contrario, no. Como puede intuirse fácilmente que la cuestión volverá a plantearse al tratar de las leyes autonómicas y su relación con el EA, remitimos a ese momento las conclusiones oportunas.

Ni uno ni otro principio, ni el de jerarquía ni el de competencia, por lo demás, dejan sin vigor a la parte exorbitante del EA de que se trate (25), que puede seguir siendo aplicado por los operadores jurídicos que entiendan que no es un contenido indebido hasta su modificación en el sentido correcto, hasta su derogación o hasta su impugnación ante el TC y el pronunciamiento consiguiente de éste, dado el principio rogatorio que rige en nuestro sistema procesal.

Como es obvio, lo que resulte exorbitante será las más de las veces cuestión de interpretación: si el EA es concebido por sus autores como norma institucional verdaderamente «básica», entonces no serán excesivos los contenidos exorbitantes, y al contrario.

En fin, el corolario del principio de competencia como regulador de las relaciones EA-leyes estatales es un *concepto material* de EA. Así lo confirma, y de forma palmaria a nuestro juicio, la STC 99/1986 (26).

(25) La invalidez de una disposición no necesariamente tiene por correlato su ineficacia, como bien ha puesto de manifiesto L. M. Díez-PICAZO: *La derogación de las leyes*, cit., págs. 165-168.

(26) Que tiene por objeto un contraste no entre un EA y otro tipo cualquiera de ley estatal, sino entre dos EEAA, el de Castilla y León y el del País Vasco, con motivo del Condado de Treviño. En efecto, el Tribunal entiende que no puede estimarse que se haya producido una modificación por la confrontación de regulaciones que contienen dos preceptos de diferentes Estatutos, «pues para ello habría sido necesario no sólo la existencia —aquí evidente— de contenidos normativos distintos, sino el que unos y otros se proyectasen sobre un mismo objeto, y esta identidad no se da en el caso que nos ocupa. En realidad, uno y otro precepto se proyectan sobre ámbitos diversos —la adopción por cada Comunidad Autónoma de una decisión relativa a su alteración territorial—... Por ello no pueden reputarse inconstitucionales por contraste... normas estatutarias... llamadas a disciplinar actos específicos de otra Comunidad» (f. 7, cursiva nuestra, evidentemente). En el caso concreto, es del todo claro que el Estatuto vasco no debiera haber regulado el cambio de *status* de los enclaves territoriales más allá de la agregación al territorio de la Comunidad Autónoma a la que rige (no, pues la segregación)..., incluso aunque jamás hubiera existido el Estatuto castellano-leonés ni su DT 7.^a3, que es la que regula la segregación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Por eso nos llamó en su día poderosamente la atención la interpretación del único Voto Particular, que entiende que: «No cabe... que el mismo legislador —el Parlamento del Estado— apruebe sucesivamente dos regulaciones estatutarias contrapuestas referidas a una misma materia, porque si así fuere se estaría vulnerando la interdicción constitucional de modificaciones *extra ordinem* de los Estatutos en vigor.» Es del todo evidente, sin embargo, que, primero, como bien dice L. M. Díez-PICAZO, aunque se trate del mismo legislador del que emanan los EEAA (el estatal), «en ese momento [se refiere al momento en que está aprobando un EA con un contenido que no le corresponde]... está regulando intereses ajenos» [«Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos. (Comentario a la STC 99/1986, en el caso del Condado de Treviño)», *REDC*, núm. 20, 1987, pág. 166], y segundo, y según nos parece a nosotros, que ese razonamiento es un razonamiento de *lege ferenda*, o mejor, un *desideratum* de política legislativa correcta, y que para las situaciones en las que no tiene lugar ese pío deseo, que no son poco comunes, es para lo que sirven las

VI. RELACION EA-LEYES AUTONOMICAS

Más llamativo que lo que se ha venido exponiendo hasta aquí son las conclusiones sobre la relación EA-ley autonómica, porque, aunque minoritaria, la concepción de que entre el EA y las leyes estatales rige el principio de competencia, magníficamente expuesta por Muñoz Machado de forma temprana (27), sigue siendo mantenida por algunos de los más solventes autores, entre los que se encuentran J. J. Solozábal o J. Tornos (28).

La ley autonómica tiene el mismo rango y valor que las leyes estatales, pero no la misma fuerza (29), desde el momento en que se encuentra sometida a varias de aquellas (además de al EA, a las leyes del art. 150.1, 2 y 3 y a las leyes «competenciales») e incluso a otras normas (nos referimos a la norma —que no necesariamente debe tener rango legal, como es sabido— básica). Respecto del EA, sin embargo, no parece ya que tenga menor fuerza, sino incluso menor rango, puesto que determina su modo de producción (órgano, procedimiento, objeto, etc.). Lo que de momento podemos designar como evidente preeminencia lógica es reconducida por la mayoría de la doctrina a una evidente superioridad jerárquica. Ahora bien, si se ahonda un poco en la relación EA-leyes autonómicas, de inmediato se encuentra que la anterior concepción tiene evidentes inconvenientes.

Así, el mismo *nomen iuris*, porque ha de convenirse en que no deja de resultar extraño, de entrada, hablar de existencia de jerarquía entre dos leyes, siempre que se compartan dos premisas: que la Ley Orgánica (lo que es formalmente el EA) no tiene rango superior a la ordinaria y que, como dijimos al principio, en nuestro sistema no se reconoce *expressis verbis* categoría intermedia entre la CE y la ley. Que una norma sea fuente de producción formal de otra implica una evidente supremacía lógica, pero la pregunta es: ¿implica necesariamente también superioridad *jerárquica*? Si se está de acuerdo con lo

reglas de conflicto que el ordenamiento prevé y los principios de relación entre normas que la doctrina deduce y sistematiza, como decíamos ya en nuestro trabajo antes citado, «La jurisprudencia constitucional sobre la delimitación del ámbito territorial...».

(27) En su *Derecho público de las Comunidades autónomas*, I y II, Civitas, Madrid, 1982 y 1984, respectivamente.

(28) J. J. SOLOZÁBAL: «Sobre los supuestos jurídicos...», cit., pág. 15; J. TORNOS: «El Estatuto como norma jurídica», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña*, vol. I, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 1988, pág. 129.

(29) Damos aquí por sobrentendidas las nociones de rango, valor y fuerza de ley, en el sentido en que las concibe RUBIO LLORENTE («Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», *RAP*, núm. 100-102, 1983, págs. 417 y sigs., incluido ahora también en su obra *La forma del poder*, cit.).

dicho antes, ni la rigidez ni el carácter de módulo de validez de otras normas comportan, por sí solos, jerarquía, sino que la norma de la que se predica la superioridad debe cumplir lo que hemos llamado test jerárquico para concebirla como realmente superior en este sentido.

1.º Y respecto a este test, la primera de las notas que en él señalábamos, la pertenencia de las normas que se relacionen a un mismo ordenamiento (o subordenamiento), no se cumple, pues mientras el EA es una norma, desde el punto de vista estrictamente jurídico (órgano emanador, procedimiento, etc.), formalmente estatal, la ley de la CA es por definición, naturalmente, una norma extraña al legislador del Estado.

2.º Pero suponiendo, con el único fin de continuar el análisis del citado test jerárquico, que por mor del artículo 147.1, que define al EA como «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma», la Ley Orgánica estatutaria deba entenderse como una norma también autonómica, tenemos que la segunda nota, la de que han de versar sobre el mismo objeto, en cambio, sí se cumple, pues la ley autonómica debe moverse en el ámbito material que predetermine el EA. Ahora bien, ello ha de hacerlo, como es claro, según lo que, de modo general, disponga la CE, y a tales efectos entran en juego dos de los más relevantes principios que la misma proclama:

a) El democrático en primer lugar: el EA no es Constitución. La Constitución, como producto del soberano, puede determinar lo que estime por conveniente, puesto que el principio democrático tiene vigencia por y desde el texto constitucional (30). El EA no puede hacer lo mismo porque ha de res-

(30) En nuestro texto constitucional, v. gr., se desciende al detalle de establecer que el tiempo máximo de la detención preventiva es de setenta y dos horas (art. 17.2), que las penas privativas de libertad no podrán consistir en trabajos forzados o que el condenado a ellas tiene derecho al trabajo y a los beneficios de la Seguridad Social correspondientes al mismo (art. 25.2); del mismo modo, hubiera podido establecer que el derecho de reunión que reconoce en su artículo 21 tuviera su presupuesto de hecho en la reunión de más de diez personas, por ejemplo, en lugar de las más de veinte que exige hoy el artículo 1.2 de la Ley Orgánica que lo regula. La Constitución suiza regula en sus disposiciones transitorias los cánones por el uso de autopistas y los tipos de retención del impuesto de la renta. Nos encontramos, pues, ante una cuestión de «política constitucional», por así decir, que es meramente cuantitativa y que queda al albur de lo que el constituyente, en cuanto soberano, considere oportuno o necesario. De esta suerte, hay Constituciones que constan de siete artículos (la de Estados Unidos, Enmiendas aparte) y otras de casi quinientos (la de India). Para la Constitución no existe límite, por la sencilla razón de que es producto del soberano, y carácter de éste es la omnipotencia, por más que la noción de soberanía se haya relativizado hoy absolutamente. Cuestión distinta es que el principio democrático se vea más o menos afectado por la detallada regulación que el texto constitucional establezca, pero ese principio democrático tiene vigor por y desde el mismo texto constitucional, no *ex ante*, de modo que queda modulado por él.

petar el principio democrático, que *le viene impuesto por la CE*, de manera que no puede agotar el margen del legislador autonómico (31). La misión más relevante que encomienda al EA la Constitución es «*asumir competencias*» —verbo que aparece en los preceptos constitucionales 147.2.d), 148.1, 149.2 y 3—, *no regularlas*. Esta es la razón por la que decíamos que el EA es norma institucional «básica» en el sentido no sólo de contener lo fundamental, sino también en el sentido de contener *tendencialmente sólo* lo fundamental, de modo que, para el legislador autonómico, sus prescripciones deben resultar *têtes de chapitre* a desarrollar. Por poner el mismo ejemplo de I. de Otto, el EA «... no podría reconocer competencia para fijar las demarcaciones municipales y *proceder por sí mismo* a la fusión de algunos municipios» (32), o como bien dice L. M. Díez-Picazo, los EEAA no han de contener «normas sustanciales» porque «... no son fuentes *del* Derecho, sino fundamentalmente fuentes *sobre* fuentes» (33).

b) El otro principio es el principio de autonomía: siendo el EA una norma en la que interviene el legislador estatal (hasta el punto de que formalmente es una pura norma estatal), no puede ir más allá de lo que le compete (en lo esencial, regulación de instituciones y asunción de competencias), porque ir más allá supondría restar ámbito de autonomía a la Comunidad de que se trate una vez constituida por el propio EA, pues el carácter político de la autonomía propia de las CCAA tiene su manifestación más relevante en la capacidad de elaborar leyes con el contenido por ellas deseado (34).

La práctica de los contenidos insertos en los EEAA, por lo demás, demuestra, quizá en contra de lo que pudiera pensarse, que la gran mayoría de las regulaciones actuales obedecen a este esquema, es decir, el legislador estatutario fue consciente de sus límites y los EEAA respetan estos dos fundamentales principios constitucionales; cuando no es así, según decíamos antes en la relación EA-leyes estatales, se plantea un problema de interpretación no tanto

(31) De ahí que el contenido material que debe insertar el EA sea objeto de reserva (*sólo*) relativa.

(32) I. DE OTTO: *Derecho constitucional*, cit., pág. 278, cursiva nuestra.

(33) L. M. DIEZ-PICAZO: «Sobre la delimitación estatutaria ...», cit., pág. 163, cursivas originales.

(34) Un ejemplo de lo que no debe ser lo ofrece, a nuestro juicio, el artículo 10.2 del Estatuto castellano-leonés, el cual, al regular la asignación de escaños por número de votos en cada provincia con el detalle que lo hace, cercena la libertad de configuración del legislador autonómico y deja sin uno de los contenidos esenciales a la Ley Electoral de una Comunidad que se ha venido caracterizando hasta no hace mucho por intensos movimientos migratorios que pueden hacer aconsejable el cambio de proporción entre votos y escaños, sin que para tal modificación se requiera poner en marcha el procedimiento de reforma del Estatuto.

de las materias en sí, sino de los límites que se bordean con su inclusión en el Estatuto. Pero, en definitiva, en lo que de momento importa, la segunda nota del test jerárquico se cumple desde el momento en que EA y leyes autonómicas regulan los mismos ámbitos materiales.

3.º y 4.º Para proceder a ver qué sucede con las otras dos notas que completaban el test de jerarquía (fuerza activa y pasiva sobre el resto de las leyes y, además, de forma generalizada) resulta indispensable atender al dato de que la ley autonómica *no siempre* tiene su causa material en el EA: en pura teoría, las ocasiones en que se produzca esa relación material EA-ley autonómica podrían ser incluso minoritarias frente a las que provengan de otras leyes, en especial del 150.2; la razón es que la *naturaleza* de la potestad del legislador autonómico no depende del EA, que se limita a conceder —o no, de acuerdo con el principio dispositivo, aunque de hecho haya resultado del todo generalizada la concesión— dicha potestad, sino de su previsión constitucional, de manera que *esa naturaleza es igual a la naturaleza de la potestad del legislador estatal*: puede emanar leyes no sólo dentro de lo que determine el EA, sino, en la medida que se lo permitan otras leyes, fuera también del ámbito estatutario, y son leyes exactamente igual que las primeras. De este modo, la norma de control de la validez *material* de la ley autonómica no siempre será el EA, sino que puede serlo una norma estatal (35), de modo que la ley autonómica podrá ser invalidada por contradecir otra norma que no es aquella (el EA) de la que se predica su superioridad jerárquica. Es decir, expuesto del modo que ahora nos importa, habrá veces que el EA no tenga fuerza activa respecto de las leyes autonómicas: en todas aquellas ocasiones en que no sea causa material de ellas y no tenga, por tanto, nada que decir a las mismas sobre cómo y en qué medida pueden regular dichos ámbitos. *Item* más: tampoco tendrá fuerza pasiva en aquellos casos en que el EA tenga un contenido indebido que no haya sido formalmente anulado, pero sí lo haya sido tácitamente, mediante la regulación por leyes estatales de tal materia, leyes que otorguen luego posibilidad al legislador

(35) Como, de hecho, lo ha sido en más de una ocasión: para Valencia y para Canarias lo ha sido en varias ocasiones desde la aprobación de sus EEAA —nos referimos, claro está, a las leyes de transferencia correspondientes, LOTRAVA y LOTRACA—, y de 1992 a 1994 ha podido serlo en muchas ocasiones para todas las Comunidades Autónomas del 143 —nos referimos a la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución—, pero no quiere ello decir que no puedan serlo para las Comunidades Autónomas «del art. 151», como es evidente: para muestra, la LO 16/1995, de 27 de diciembre, de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma gallega. El último caso cuando se escriben estas líneas es la LO 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la ordenación del comercio minorista, cuyo artículo 1.º es una transferencia en dicha materia para la Comunidad de Baleares.

autonómico (mediante transferencia, delegación, marco) de operar en esas materias; si el legislador autonómico hace uso de tal posibilidad regulando en concordancia con la correspondiente ley estatal y en contraste con su propio EA, éste —decimos— no podrá oponer su condición de norma jerárquica pretendidamente superior frente a la ley autonómica. En definitiva, por tanto, no se dan de forma completa las dos últimas notas del test.

El modo de control de la ley autonómica, en fin, parece —siempre en nuestra opinión— confirmar lo incorrecto de la concepción de la jerarquía superior de estas normas: como ley que es, dicho control está reservado al Tribunal Constitucional. Ahora bien, la referencia de su validez no es sólo la CE, sino lo que se conoce como «bloque de la constitucionalidad». Esto ha llevado a entender de forma generalizada que las leyes que contradicen el «bloque» son *por ello* inconstitucionales, y con mayor razón si se trata de leyes autonómicas. Sin embargo, en nuestra opinión no es posible entenderlo así porque la razón que verdaderamente conlleva la inconstitucionalidad de las leyes es la contradicción con el texto constitucional: «Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley...», comienza el artículo 28.1 LOTC (36). No podía ser de otro modo, porque la invalidez de una norma de rango legal no puede concluirse —y con ello enlazamos en esta cuestión donde la habíamos dejado en la relación EA-leyes estatales— sólo por antiestatutoriedad, como tampoco por resultar antimarco o antidelegación o antiarmonización, sino que la razón final, la verdaderamente valedera, es siempre la inconstitucionalidad, es decir, por resultar contraria a la CE, como especificara muy pronto Muñoz Machado (37).

No parece nada fácil, por todo lo dicho, entender que la relación EA-ley autonómica es de jerarquía en favor de aquél; antes bien, se asemeja bastante más a lo que antes hemos denominado principio de competencia, y la opinión de un lúcido administrativista, como J. Tornos, así lo estima tras haber experimentado un giro radical respecto a esta precisa cuestión; en concreto, afirmará que: «Es cierto que la ley autonómica se vincula directamente al Estatuto y su nulidad puede derivar de esta posición y no del recurso a la violación de la regla competencial constitucional. No obstante, tampoco el Estatuto es una norma superior en sentido absoluto, ya que su fuerza positiva de modificar cualquier norma que se le oponga (jerarquía) está limitada por el principio competencial (reserva estatutaria). *No creo que se pueda admitir que el Esta-*

(36) Y ello operando con la idea de que dicho precepto no es superfluo, como hemos recordado que entiende RUBIO LLORENTE (véase *supra*, n. 21).

(37) MUÑOZ MACHADO: *Derecho público...*, I, cit., pág. 294.

tuto pueda ocupar todo el espacio reservado a la norma autonómica, por lo cual no es posible concluir que sea jerárquicamente superior»; en consecuencia, «a nivel interno, la relación Estatuto-ley autonómica muchas veces estará dominada por el principio de competencia. La jerarquía simplemente nos ilustra la posible nulidad de una ley autonómica dictada por un órgano competente en oposición al contenido del Estatuto» (38).

Ahora bien, aun con todo lo expuesto, ello no significa que nos olvidemos de la relación EA-ley autonómica en su vertiente formal: dejando a un lado las relaciones materiales entre EA y leyes autonómicas cuando las haya, lo cierto es que, desde el punto de vista formal, la segunda debe respetar en todo caso las prescripciones formales que aquél disponga (órgano emanador de las leyes, procedimiento, plazos, mayorías necesarias, etc.), y en este sentido cabe decir que, indudablemente, el EA es superior, pues —en términos de Kelsen— es «razón de validez» de ella y «la norma que determina la creación de otra es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera» (39). La cuestión es: esta superioridad del EA en su condición de fuente de producción, ¿implica sin más la superioridad jerárquica tal y como sostiene la mayoría de la doctrina?

Lo que en realidad sucede, según creemos, es que la relación de la ley autonómica con el EA es *dual*: éste es fuente de producción de aquélla, y es también, como se ha subrayado, el que fija primaria y principalmente su ámbito material, pero no lo fija él solo, y además, cuando lo hace, ha de ser siempre de conformidad con los principios constitucionales, con lo que hemos visto que uno y otro dato comportan.

En esa relación dual, la doctrina italiana (al menos algunos de sus más conspicuos representantes que se han ocupado de estas cuestiones: Pizzorusso, Ruggeri) considera la relación *formal* entre la fuente de producción y la producida como una jerarquía, ciertamente, pero una jerarquía *instrumental o funcional*, esto es, circunscrita al ámbito formal-procedimental, como dice el segundo de los citados (40). En el ámbito de lo material, no es un fenómeno en modo alguno desconocido el que una norma deba obedecer lo dispuesto en su norma de producción aun siendo ésta *del mismo rango*: es el caso, sin ir más lejos, de los decretos-legislativos. Alguna doctrina italiana de la sol-

(38) J. TORNOS: «El Estatuto de Autonomía como norma jurídica», cit., pág. 126, subrayados nuestros.

(39) H. KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, 2.ª ed., UNAM, México, 1988, pág. 146.

(40) A. RUGGERI: «Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (Teoría generale, dogmática, prospettive di riforma)», *Politica de Diritto*, núm. 2, 1987, págs. 208-209.

vencia de Mortati o Pizzorusso, por ejemplo, habla en estos casos de que las normas resultantes tienen rango primario..., pero menos: emplean la expresión de «subprimariedad» para referirse a ello (41). A nuestro parecer, sin embargo, tiene razón Zagrebelsky al oponerse a tal matización (42) diciendo que «no hay necesidad de complicar demasiado las cosas cuando no es necesario», pues lo que en realidad sucede es que la ley delegante, que tiene una función «eminente procedimental», posee una «eficacia condicionante» proveniente de que así lo ha establecido la Constitución y «no de una supuesta diferencia de grado jerárquico» (43). Entre nosotros, ha recordado Balaguer, al tratar esta misma figura del decreto-legislativo, que «la condición legislativa de la potestad... se manifiesta... en el resultado constitucionalmente previsto: en su capacidad para producir normas con rango de ley» (44); los términos de Villar Palasí y Villar Ezcurra son aún más descriptivos de los que aquí se quiere subrayar: «La ley delegante *no tiene, por tanto, una jerarquía superior a la Ley delegada*, y su plusvalor aparente se deriva de su naturaleza y contenido (al establecer los principios y criterios con arreglo a los cuales la Ley delegada puede surgir)» (45). Evidentemente, no es que la ley autonómica equivalga a un decreto-legislativo y el EA a una ley de bases, pero sirve como ejemplo palmario de que entre dos normas no necesariamente debe existir jerarquía formal por más que una de ellas deba obedecer lo que disponga la otra.

En resumen, el criterio *definitivo* para determinar el rango de las normas no es —y en esto, en definitiva, se compendia lo que queremos decir— el criterio que implique su procedimiento de elaboración, su órgano de producción, *ni siquiera su función*, sino, antes que todos ellos, es el que disponga la norma de producción superior, sobre todo cuando ésta es la Constitución. La Constitución española ha previsto que algunas CCAA puedan emanar *leyes* y no sólo

(41) C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. I, 9.ª ed., CEDAM, Padua, 1976, pág. 349; A. PIZZORUSSO: *Lecciones de Derecho Constitucional*, trad. de J. Jiménez Campo, vol. II, 3.ª ed., CEC, Madrid, 1984, pág. 159.

(42) Tampoco en V. CRISAFULLI hemos visto esta terminología al analizar la legislación delegada en sus *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, CEDAM, Padua, 1978 (II, 1, 5.ª ed., 1984), págs. 84 y sigs.

(43) G. ZAGREBELSKY: *Manuale di Diritto costituzionale. I: Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1992, págs. 168-169.

(44) BALAGUER: *Fuentes...*, II, cit., pág. 88.

(45) J. L. VILLAR PALASÍ y J. L. VILLAR EZCURRA: *Principios de Derecho Administrativo*, I, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pág. 190, subrayado de los propios autores (en el texto de la edición figura un error de transcripción denominando a la Ley dentro del paréntesis, Ley delegante).

normas inferiores, y no habiéndoselo prohibido a las demás, los EEAA que rigen éstas han generalizado tal posibilidad. Esa potestad legislativa es de la misma naturaleza, según se ha dicho antes, que la estatal en lo que al rango de las normas emanadas por él respecta, ocupan el mismo nivel jerárquico que las leyes estatales y, entre ellas, que el Estatuto de Autonomía. Sobre que la CE no explicita rango especial alguno para los EEAA, y sobre que, por lo que hemos creído demostrar, no parece fácil deducir un nuevo grado en la escala jerárquica normativa que se deriva de la CE, ha de concluirse que el EA es una ley ubicada en el mismo plano jerárquico que el resto de las leyes no sólo estatales, sino también autonómicas, con las que mantiene una relación, pues, no jerárquica, sino competencial.

Finalmente, parece casi innecesario, por obvio, decir que las tesis aquí mantenidas no restan un ápice de relevancia al EA como norma, dado: su carácter fundacional de un ente territorial intermedio y, en tanto tal, reguladora (hasta donde debe) de sus órganos fundamentales y de las relaciones entre ellos; su carácter de fuente sobre la producción de las normas autonómicas; su carácter de portadora (en el sentido de atribuyente) de, en principio al menos, la mayor parte de las unidades de poder de ese ente (competencias); a lo que ha de añadirse, sobre todo en algunos señalados casos, en fin, el extraordinario simbolismo que se le concede, de modo que se ha hecho de la misma el soporte principal de las relaciones políticas entre distintas fuerzas e ideologías. Todo ello, no obstante, no empece para considerar el EA, desde el estricto plano técnico-jurídico, una norma que, con todas las especialidades vistas, acordes con la muy relevante función que se le asigna, resulta «normal», entendiendo por esto una norma de igual *rango* tanto para las leyes estatales como para las autonómicas (en este último caso, sin embargo, no con igual fuerza) y que, por tanto, su relación con ellas es de competencia, no de jerarquía.

Estas conclusiones son, a nuestro modesto entender, las que se derivan de un análisis, que se pretende estrictamente jurídico, de nuestro sistema de fuentes desde el punto de vista de su articulación territorial: nuestro sistema es, como lo fue ya el de la Segunda República, original, para bien o para mal y, además, su funcionamiento no va a depender, en lo esencial, de la concepción del carácter, de la naturaleza jurídica, de una norma por importante que sea. Es indudable, sin embargo, que dicho sistema (como cualquier otro) funcionará mejor cuanto más perfecto sea el ordenamiento jurídico que lo soporta. En nuestro caso, de ese sistema forma parte muy principal —por la misión que les está encomendada, insistimos, que no por su naturaleza jurídica intrínseca o su valor jurídico-formal— los EEAA, tan principal que el modo de organización territorial descansa no sólo, como debiera ser, en la Constitución, sino en la

Constitución y a la vez en ellos (46), que, de acuerdo con lo que hemos dicho, ni son Constitución ni normas similares, con lo que esto implica. Somos libres de cambiar tanto cuanto queramos el sistema, pero no de tergiversar las categorías y los conceptos (que lo son precisamente en cuanto son *supra* sistemas) con el fin de sentar como una construcción teóricamente sólida lo que, a nuestro humilde parecer, no parece serlo, porque si con ello lo que se trata de lograr es un mejor funcionamiento del sistema jurídico, lo que de hecho acaba produciéndose es una notable confusión.

(46) Conjunto normativo que ha recibido por ello las expresivas denominaciones de «Constitución territorial» (P. CRUZ VILLALÓN: «Introducción: la constitución territorial del Estado», *Autonomías*, núm. 13, 1991) o «bloque constitucional» (distinto, en este segundo caso, del bloque de la constitucionalidad) (M. ARAGÓN REYES: «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1992-1993, págs. 219-220).



NOTA

