

# LAS DEFORMACIONES DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y LA APLICACION DE LAS LEYES EN EL NUEVO SISTEMA CONSTITUCIONAL \*

Por SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Catedrático de Derecho Administrativo

*Sumario:* I. El texto constitucional, su sacralización y su crítica.-II. Entre la letra de la Constitución y la práctica del sistema: tesis sobre tres desviaciones.-III. Los principios de articulación de ordenamientos jurídicos y su inobservancia.-IV. La práctica del legislador regional de apuntar regulaciones salvo el mejor derecho del Estado.-V. La práctica estatal de usar expansivamente la cláusula de supletoriedad.-VI. Consecuencia de lo anterior para la formación de un ordenamiento inmanejable.-VII. Primera observación sobre la inaplicación de las normas.-VIII. Los principios que aseguran la continuidad entre la tarea legislativa y la ejecutiva en los Estados basados en autonomías territoriales.-IX. Entre los principios y la práctica: la implementación de las formas coactivas de relación por las participativas; sobre un ejemplo comparado.-X. Segunda observación sobre los requisitos previos que deben cumplirse para que las leyes sean efectivamente aplicadas.-XI. La teoría de las leyes inútiles y su actualidad en España.

## I. El texto constitucional, su sacralización y su crítica

Ha recordado recientemente Martin Lindau: «La theorie constitutionnelle et l'organisations des pouvoirs aux Etats Unis», en el libro colectivo *Le constitutionalisme d'aujourd'hui*, Paris, 1984, que hasta transcurrido más de un siglo desde su aprobación, la Constitución norteamericana disfrutó de una extensísima etapa, que los historiadores denominan la «era teológica», en la que nadie se aventuró a establecer análisis críticos de su contenido y de las limitaciones con que operaron los Padres Fundadores. Todavía a comienzos de nuestro siglo se imponía a los abogados norteamericanos la máxima de «oponerse a toda tentativa de hacer de la Constitución objeto de discusión política».

\* Este texto recoge lo expuesto en dos conferencias de contenido complementario dictadas en el Instituto Nacional de Administración Pública el 10 de julio de 1984, y en la Universidad Menéndez Pelayo, en Santander, el 10 de agosto siguiente. Las resumo y sistematizo ahora para el núm. 200 de *Documentación Administrativa*.

Los primeros ensayos de reconsiderar esta situación reverencial lo constituyeron la tesis doctoral de 1885 de Woodrow Wilson: «Congressional Government», y, sobre todo, el conocido libro de Charles A. Beard: *An Economic Interpretation of the Constitution*, aparecido en 1913. Sin embargo todavía en esas fechas los análisis científicos de la Constitución estaban tan mal vistos que cuando el profesor Beard dimitió en 1917 de su cátedra de la Universidad de Columbia para manifestar así su protesta contra la expulsión de uno de sus colegas, el *New York Times* le dedicó un editorial cruel donde se le afeaba el tratamiento que en su famoso libro habían recibido los Padres Fundadores y se acababa diciendo de su obra que era un libro malo, indigno de un universitario y desprovisto de todo valor científico.

La acogida que la doctrina española dispensó a la parte de la Constitución de 1978 dedicada a ordenación del sistema de autonomías territoriales fue muy crítica con carácter general. En buena medida, eran éstas actitudes debidas a la sumariedad con que el constituyente dejó descritas las reglas básicas de ordenación del nuevo sistema, lo cual no parecía favorecer la rápida solución de problemas aplicativos que otras Constituciones comparadas atienden con más pormenor. Parecía, en verdad, echarse de menos a un constituyente pertrechado de regla y cartabón, más preocupado por agotar el diseño del sistema. Pero no es ajena tampoco a las primeras inquietudes manifestadas por la doctrina, la radical novedad de las soluciones constitucionales: en cuanto que los ensayos históricos de romper con la centralización secular habían sido breves y fueron truncados sin dar tiempo a las raíces a formar cuerpo con las tierras en que se implantaron, era difícil que los operadores políticos y jurídicos del texto constitucional tuvieran una idea completa de la exacta composición y naturaleza de cada una de las piezas del sistema que la Constitución de 1978 fundó y de los mecanismos necesarios para articularlo.

No han durado, por fortuna, mucho tiempo las aludidas actitudes y se ha convenido al cabo que realmente correspondía a los críticos extraer de la Constitución todo su jugo, y que era, en fin, obra de juristas el deducir de los principios constitucionales un sistema coherente, aunque los padres de la Constitución no lo hubieran descrito completo y pudiera descubrirse en su obra más atención a la cimentación del edificio que a la distribución interna de sus dependencias. En poco tiempo se han producido miles de páginas sobre las variadas cuestiones que la nueva distribución territorial del poder suscita. Y este

esfuerzo ha permitido, según creo, reducir las conmociones ante un texto que se nos apareció como inexplicable, y probar, poco a poco, que el denostado título VIII no es ni mucho mejor ni mucho peor que otros sobre los que se sostienen Estados que disfrutaban del mayor prestigio como organizaciones consolidadas.

Los soportes del nuevo sistema están, hoy ya, al descubierto, al menos en los aspectos esenciales. Es posible afirmar, según me parece, que el orden fundado por la Constitución, en cuanto no explicado convenientemente por la doctrina, también tardó algunos años en ser aprehendido por los operadores más directos de los mandatos constitucionales y, en particular, por las Administraciones públicas. Sin perjuicio de que pueda aún mejorarse el grado de penetración de los principios nuevos en los intersticios de los Departamentos ministeriales, seguramente no es discutible que las reglas básicas empiezan a manejarse con la seguridad del tópico en las oficinas públicas.

## **II. Entre la letra de la Constitución y la práctica del sistema: tesis sobre tres desviaciones**

Lo cual, sin embargo, no autoriza a pensar que, aventadas las esencias de la Constitución, la transición de un sistema estrictamente centralizado al orden nuevo que se trata de implantar puede ser concluida con facilidad. El Estado y la Administración van a vivir todo el fin de siglo esforzándose por asumir el impacto que han recibido, expeliendo ganga e impregnándose de prácticas y comportamientos que aún hoy, casi seis años después de aprobada la Constitución, no han recibido una consagración efectiva y son, sin embargo, esenciales para que el aparato nuevo funcione.

Cuando lo que se analiza es un proceso tan complejo como el iniciado en España en los albores de la nueva etapa constitucional, es necesario, me parece, no incurrir en la injusticia de dejar de ponderar, como merecen sin duda, los esfuerzos realizados. El sistema es, por otra parte, demasiado joven como para descubrir en un chequeo enfermedades incurables; pero ahora y luego está abierto el riesgo de que las disfunciones aparezcan. Creo, por mi parte, que ya puede adivinarse el sentido de algunos de esos riesgos y a ellos quiero dedicar las reflexiones que siguen.

Concentraré la atención en el desarrollo de las tres tesis siguientes:

1.º De seguirse aplicando algunas técnicas legislativas que vienen usándose últimamente con reiteración –y con el beneplácito del Tribunal Constitucional– algunos sectores del ordenamiento pueden alcanzar una complejidad desconocida en cualquier Estado organizado sobre bases, similares al nuestro.

2.º La anterior complejidad y la falta de un aseguramiento correcto de los mecanismos de relación entre el legislador y el ejecutor de las leyes, pueden hacer proliferar el fenómeno de las leyes inaplicadas y, por tanto, «inútiles». Este mismo fenómeno es extensible a los planes y programas de responsabilidad estatal que han de ser ejecutados por Administraciones distintas de la estatal.

3.º El anterior problema puede terminar convertido en un círculo vicioso, si no se acomete una reforma rigurosa y profunda de las Administraciones públicas para adaptarlas a los nuevos requerimientos constitucionales, operación que, a seis años vista de la aprobación de la Constitución, apenas si está esbozada.

El desarrollo de estas tesis es como sigue.

### III. Los principios de articulación de ordenamientos jurídicos y su inobservancia

Es conocido y la doctrina ha explicado (remito, por todos, a mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, 1982, páginas 396 y siguientes) que la relación entre el ordenamiento jurídico estatal o general y el ordenamiento jurídico particular de cada una de las Comunidades Autónomas constituidas en España se hace posible mediante el juego de tres principios fundamentales:

Primero. El principio de competencia que asegura un ámbito concreto de poder (coincidente con «sus respectivos intereses»: artículo 137 de la CE al Estado y a las Comunidades Autónomas (y aun a las Corporaciones Locales; núcleos de poder que dejamos, sin embargo, al margen para no complicar la exposición) y delimita las esferas respectivas de actuación que no pueden ser rebasadas so pena de nulidad de las decisiones. El principio de competencia es una regla de relación

fuertemente eficaz: para resolver contradicciones entre normas basta con confrontar cada texto con las competencias de sus autores y determinar la aplicabilidad de la dictada por el ente competente (juicio que en última instancia corresponde al Tribunal Constitucional cuando se le requiere, sobre todo, en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos de competencia).

Segundo. El principio de prevalencia (art. 149.3 de la CE). Como no es este lugar idóneo para hacer una exposición detenida del contenido y significación de este principio, bastará con recordar que entra en juego, sobre todo, cuando las reglas de competencia no bastan para resolver un conflicto. Hay supuestos en que la aplicación de las reglas de competencia no es suficiente para resolver sobre la validez de las normas. Piénsese en normas de contenidos contradictorios dictadas en materias de competencia concurrentes, en la que dos legisladores pueden pronunciarse al tiempo y los dos válidamente. Es preciso en estos casos jerarquizar en cierto sentido los contenidos de dichas normas e imponer a una sobre la otra, que quedará desplazada, aplicándose en lo sucesivo sólo la regla prevalente.

Tercero. El principio de supletoriedad (art. 149.3 de la CE) que cierra el sistema normativo unitario evitando la existencia de vacíos. Forzosamente tendrá que transcurrir bastante tiempo hasta que las Comunidades Autónomas ordenen con normas propias todas las materias de su competencia. Cuando lo hagan, dado que carecen de atribuciones normativas para poder formar ordenamientos completos (carecen de competencias normativas, por ejemplo, sobre las principales ramas del Derecho -art. 149.1.8.º de la CE- donde hay, sin embargo, reglas estructurales imprescindibles para cualquier ordenamiento), tendrán que seguir nutriéndose de principios que están en el ordenamiento estatal. La regla de la supletoriedad del Derecho del Estado cubre todas las aludidas lagunas e insuficiencias.

Con formulaciones próximas o idénticas a las nuestras, de estos principios se valen todos los sistemas políticos que reconocen la existencia en su seno de ordenamientos autónomos.

Los operadores políticos y los prácticos del Derecho encuentran en ellas un apoyo inestimable para transitar con seguridad por sistemas normativos que suelen ser mucho más abundantes y complejos que los existentes en los Estados centralizados. La forma de reflexionar, con ayuda de los principios indicados, de un jurista, funcionario, juez o ciudadano puede ser muy simple: siempre le será posible, desde luego,

poner en cuestión, siguiendo los cauces jurisdiccionales correspondientes, si es que los tiene disponibles, las extralimitaciones competenciales en que haya incurrido el autor de una norma porque sabe que las reglas constitucionales de reparto priman siempre sobre las interpretaciones que hagan sus aplicadores, que pueden ser incorrectas. Pero, al margen de esta posibilidad, puede resolver con seguridad que cuando existe una norma autonómica vigente regulando una materia y esa norma no ha sido contestada jurisdiccionalmente, es porque el poder autónomo es competente y, por tanto, debe atenerse a lo establecido en la misma y aplicarla. Lo mismo hará cuando sean normas estatales las que regulen la cuestión. Si, en el peor de los casos, coexisten normas estatales y autonómicas sobre una misma materia, el juego de la competencia o, en su caso, de la prevalencia, depurará del ordenamiento la norma inaplicable. De manera que, en fin, la composición de lugar del aplicador es bien simple: las reglas de competencia y de prevalencia ordenan el sistema de tal forma que, por lo normal, puede encontrarse siempre una única norma aplicable al caso, estatal, o autonómica, ya que la pervivencia de dos normas de procedencia distinta regulando un mismo asunto no puede resistir el juego de anulaciones o derogaciones que los principios indicados imponen. Quiere todo ello decir, explicando el problema de otra forma, que al aplicador le llega, por lo normal (insisto en la posibilidad última de cuestionar posibles extralimitaciones de cualquier legislador) el ordenamiento depurado: los legisladores se limitan a legislar sobre materias de su competencia y los choques competenciales los resuelve el juez constitucional. Esta es, por demás, la esencia jurídica del funcionamiento de los sistemas constitucionales y la explicación más simple del papel del juez constitucional, según explicó primorosamente Kelsen.

Los legisladores españoles, central y autónomos no están siendo, sin embargo, tan rigurosos, como, a mi juicio, tampoco lo está siendo nuestro juez constitucional. De manera que en nuestro sistema jurídico se da continuamente la paradoja —que en otros, como he dicho, es excepción— de que tiene que ser el propio operador jurídico, aplicador de la norma, el que se ve forzado a hacer, caso por caso, los correspondientes discernimientos para determinar él mismo cual sea el poder competente y, por tanto, la norma aplicable. Las normas no le llegan, por tanto, depuradas al aplicador que puede encontrarse con normas estatales y autonómicas sobre la misma materia, normas, en ambos casos, posconstitucionales, que pretenden convivir sin que

entren en juego mecanismos derogatorios o anulatorios que permitan expulsar del ordenamiento a algunas de ellas.

Este singularísimo fenómeno —rigurosamente inédito en cualquier sistema comparado, al menos con la amplitud que puede llegar a mostrar entre nosotros, de seguir los legisladores por ese camino— se debe, sobre todo, a que los autores de las normas están renunciando a autodefinir su propia competencia. Aprueban así disposiciones nuevas pero no aseguran que sean aplicables —o, al menos, que lo sean en su integridad. Su aplicabilidad se remite a una interpretación de la Constitución y de los Estatutos que los legisladores no hacen, sino que dejan al perplejo aplicador.

Los expedientes empleados para llegar a tan notables resultados son varios, pero voy a atender sólo a las fórmulas más reiteradamente usadas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas.

#### **IV. La práctica del legislador regional de apuntar regulaciones salvo el mejor derecho del Estado**

En cuanto a estas últimas, es bien conocido que la ambigüedad en la definición de sus competencias proviene ya de los Estatutos de autonomía. Las dificultades, bien comprensibles, de deslindar en un texto de esta naturaleza las competencias autonómicas de las estatales, llevó al legislador estatutario a definir algunas atribuciones propias salvando las competencias constitucionales que el Estado pudiera tener sobre las mismas materias. Me refiero a las famosas cláusulas «sin perjuicio» que tan notorio éxito han tenido y que se han incorporado en masa a los Estatutos vigentes (Cfr., por ejemplo, sobre esta cláusula o sus congéneres «de acuerdo con», «en el marco de», artículo 9, párrafos 5, 7, 8, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 28 y 30 del Estatuto catalán y, sobre su ejemplo, todos los demás). Una de las consecuencias del empleo de estas cláusulas es que el deslinde final entre las atribuciones estatales y autonómicas se hacía depender de las operaciones de desarrollo de los Estatutos y de la propia Constitución. Los legisladores correspondientes al hacer uso de sus competencias concretarían las ambigüedades restante en los aludidos textos.

Pues bien, cabía esperar que cuando comenzara a aparecer la legislación autonómica el autor de las normas llevaría a término la

anterior interpretación necesaria y promulgaría normas directa e inmediatamente aplicables en cuanto concernientes, indiscutiblemente, a materias de su competencia. Sin embargo, empiezan a abundar los casos en que no actúa así. El legislador autonómico renuncia en ocasiones a autodefinir el alcance concreto de sus atribuciones estatutarias y deja a un juicio ulterior del aplicador la valoración acerca de si la norma que ha dictado es o no directamente aplicable. Este efecto se consigue de forma bastante sencilla: cuando no está seguro si su competencia alcanza a algún asunto concreto o si son las regulaciones estatales sobre dicho extremo las que deben aplicarse, vuelve a utilizar la cláusula «sin perjuicio» y advierte con ello que no pretende usurpar la competencia de nadie, de manera que su norma será aplicable en la medida en que no lo sea por derecho propio una norma del Estado. En virtud de todo ello, es perfectamente posible que una norma autonómica y otra estatal regulan la misma materia, que las dos pretendan ser válidas al tiempo y que la decisión sobre cual debe aplicarse se remita a sus destinatarios, que se ven forzados así a hacer una interpretación no siempre fácil que les debería venir dada. No me parecería nada robusta una objeción a lo que afirmo que pretendiera subrayar que los aplicadores del Derecho siempre llevan a término una última interpretación del mismo, porque aquí lo que está en juego es algo más primario: no cómo se interpreta una norma sino qué derecho es aplicable. Y, en este sentido, no puede decirse que sea común un ordenamiento alguno que —con carácter general, no como excepción— exista más de una norma aplicable a la misma materia y que no disponga el aplicador de reglas de conflicto seguras (la prevalencia, por ejemplo, cuando puede actuar como tal norma de conflicto) sino que las normas existentes se le presenten, todas a la vez, con apariencia de estar plenamente vigentes y ser aplicables directamente.

Un ordenamiento construido de esta forma es, por lo menos, un ordenamiento enormemente complejo, mucho más que lo son, de ordinario, los ordenamientos de los sistemas federales, donde el juego de los principios, de competencia y prevalencia ofrecen al aplicador, según he notado antes, un ordenamiento depurado, en el que puede identificarse, sin necesidad de interpretaciones constitucionales intermedias, el derecho primariamente aplicable: así, por ejemplo, cuando el legislador estatal dicta una norma, salvo que sea contestada su competencia, esta norma ocupa un espacio y desplaza de ese lugar a cualquier norma autonómica que regulara la materia. El aplicador ya

sabe a qué atenerse. Si siguen existiendo sin derogar o anular normas autonómicas es porque son las únicas vigentes o primariamente aplicables. Las reglas básicas de orden tienden a desterrar las ambigüedades.

Es de notar, además, que la pretensión de que nuestro ordenamiento quede construido de la forma confusa y rudimentaria que critico, supone dejar en el olvido la utilización de técnicas de composición de ordenamientos complejos cuya marginación podría conducir a la configuración de un sistema normativo que, además de inédito, sería totalmente impracticable. Ha sido, sobre todo, Imboden, con ocasión de un trabajo crítico sobre la actual funcionalidad del principio de prevalencia (*Die Staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht Kantonales Recht»*, recogido en *Staat und recht*, Basilea y Stuttgart, 1981), quien ha advertido de la existencia de dos formas principales de ordenar la presencia de normas integradas en ordenamientos distintos sobre un mismo espacio territorial. La primera fórmula surgió con ocasión de la recepción en el Imperio germánico del Derecho romano. Esta circunstancia exigió la búsqueda de técnicas que permitieran resolver cuál de los dos ordenamientos, los locales o el general o común, se aplicaba en un territorio cuando ambos contenían normas, en su caso, contradictorias. La respuesta a esta cuestión la ofreció la regla de la primacía –entendida entonces en un sentido distinto a como hoy la manejamos– que permitía imponer, sin contestación, los contendios de un ordenamiento sobre los de otro. Transcurrido el tiempo, el mismo problema llegó a plantearse en los sistemas federales. Pero la respuesta fue entonces un punto más refinado: no se estableció una regla de primacía que permitiera incondicionalmente prevalecer a un ordenamiento sobre otro, sino que la concurrencia normativa se ordenó dividiendo o distribuyendo competencias por materias entre el poder central y los poderes autónomos. Se evitaba así la presencia de dos normas con pretensiones de aplicabilidad inmediata sobre un mismo territorio; si tal fenómeno llegaba a darse es porque algún legislador se había excedido en el uso de competencias. Al margen de la crítica de Imboden (que, como Kelsen, cree que la depurada técnica del reparto competencial en los sistemas federales hace innecesaria la utilización en ellos de reglas como las de la prevalencia), pudiera añadirse que, además, si la concurrencia normativa a que aludo llegara a darse y no pudiera resolverse con arreglo al principio de competencia, la regla de la primacía, vigente en

todos los sistemas federales, concluiría por excluir la aplicación de una de las dos normas en conflicto.

Este último es el caso también de la relación entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos nacionales: cuando el aplicador se encuentra con una norma de la Comunidad Europea y otra nacional sobre el mismo asunto, no se verá nunca forzado a llevar a término una interpretación de los Tratados constitutivos o de la Constitución interna para saber qué norma es la que debe aplicar; el principio de prevalencia se lo indica sin necesidad de que discorra: la norma comunitaria.

Cabría esperar que el Tribunal Constitucional hubiera contribuido a desterrar las prácticas que he criticado advirtiendo, por lo menos, sobre su inconveniencia (como lo ha hecho con otras prácticas poco correctas, por ejemplo, la de reproducir en normas autonómicas el contenido de normas estatales: Sentencia de 14 de junio de 1982). Sin embargo, no lo ha hecho, que yo conozca. Bien al contrario, en su jurisprudencia más reciente ha formulado afirmaciones que bien pueden animar a que esa forma poco aconsejable de legislar siga empleándose, aun con más entusiasmo, en el futuro.

En su sentencia de 29 de junio de 1984 («BOE» de 30 de julio) ha elevado, dicho sea con todos los respetos hacia el Tribunal, la cláusula «sin perjuicio» a la categoría de auténtica piedra filosofal capaz de hacer sanar a cualquier norma del vicio de incompetencia. La sentencia, sumamente correcta, a mi juicio, en todo lo demás, fue dada en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Cataluña de 8 de octubre de 1982 que creó el Instituto Cartográfico de Cataluña. El Tribunal salva, con argumentos sólidos, las objeciones planteadas sobre la inconstitucionalidad de la ley, pero (cuando realmente ya no le hacía falta para llegar a las conclusiones que iba a establecer y, por tanto, en riguroso *obiter dictum*) al final de su argumentación termina aludiendo a una disposición de la ley impugnada (la final primera) que hacía uso de la cláusula, a que me vengo refiriendo, de dejar a salvo todas las competencias que pudieran corresponder al Estado. Es decir, salvando, pues, la aplicabilidad de las normas dictadas por el Estado en materia de su competencia.

Y ante el uso de tan poco aconsejable técnica, el Tribunal formula la sorprendente afirmación que transcribo:

«No es que la voluntad del legislador comunitario valga como criterio de justificación, pues no es ése un criterio hermenéutico válido, sino que la norma impugnada no es inconstitucional por

*invasión de competencias estatales cuando ella misma expresa que su contenido deja a salvo («se entenderá sin perjuicio») las competencias cuya violación es para el recurrente la causa o motivo de inconstitucionalidad».*

Mientras el Tribunal Constitucional no se decida a cambiar o matizar la transcrita declaración será comprensible que los legisladores no se limiten estrictamente a regular las cuestiones que les conciernen; la expansión siempre será posible y la cláusula «sin perjuicio» ofrecerá a las mismas una seguridad envidiable. Mientras tanto, sin embargo, los operadores jurídicos, los destinatarios de las normas, podrán ver como los legisladores se pronuncian todos sobre los mismos negocios sin aclararles a qué regulación deben atenerse.

Es posible que ellos también terminen por elaborar una cláusula «sin perjuicio» a su medida y la inapliquen, pero esta es otra cuestión a la que me referiré luego.

#### V. La práctica estatal de usar expansivamente la cláusula de supletoriedad

El legislador estatal se está acostumbrando también al cómodo «sin perjuicio», cuyo uso plantea los efectos ya descritos, en los que no parece preciso que siga insistiendo. Pero además, está disponiendo inconvenientemente de otra cláusula que puede llegar a tener similares o más graves efectos perturbadores: el principio de supletoriedad.

He aplazado conscientemente hasta este momento, para no complicar la exposición precedente, la observación, que el lector habrá hecho, de que la técnica jurídica conoce una fórmula, bien antigua por otra parte, de permitir la convivencia sobre un mismo espacio territorial de dos ordenamientos distintos: se trata de establecer que uno de ellos es de aplicación primaria mientras que el otro es de aplicación supletoria (acaba de producirse el feliz acontecimiento de la reimpresión del *Derecho Civil de España* de F. de Castro, Civitas, Madrid, 1984, en el que pueden encontrarse páginas insuperables sobre la relación derecho común-derecho foral, que ilustrarán, por todas las lecturas, de una significativa aplicación, entre nosotros, de la cuestión a que aludo).

Nuestra Constitución ha hecho uso de esta técnica en su artículo 149.3 estableciendo que el Derecho estatal es supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Mi particular concepción del sentido de esta cláusula (que he expuesto con más detalle en mi *Derecho Público*, cit. I, a donde me remito) es la siguiente: las razones básicas por las que el ordenamiento estatal puede jugar como derecho supletorio del autonómico son tres; a saber: primera, el ordenamiento estatal cubre hoy la práctica totalidad de las materias susceptibles de regulación normativa; aunque muchas de esas materias han pasado a ser competencia de las Comunidades Autónomas, éstas tardarán en producir sus propias normas, de manera que, hasta entonces, el derecho del Estado cubre cualquier vacío y asegura la continuidad del ordenamiento; segunda, por lo menos durante una etapa transitoria, más o menos larga (artículo 148.2 de la CE), no todas las Comunidades Autónomas tendrán las mismas competencias, de manera que, en virtud de principios constitucionales que son conocidos, el Estado retendrá competencias en relación con determinados territorios que, sin embargo, han pasado a ser responsabilidad de las Comunidades Autónomas en otros; ello explica que siga existiendo un Derecho estatal general sobre materias de competencia de algunas Comunidades Autónomas. Y tercera, aun concluido el anterior período transitorio, el Derecho estatal seguirá actuando como Derecho supletorio porque es un ordenamiento más completo que el autonómico; sólo en aquél podrá encontrar éste regulaciones y principios que lo completen y le den la contextura, organización y coherencia precisas.

No es necesario a los efectos que ahora persigo desarrollar y precisar más todo lo anterior, aunque es más rica, desde luego, la problemática que el principio que examino plantea. La conclusión que interesa retener es que, al menos hasta que todas las Comunidades Autónomas tengan idénticas competencias, el Estado podrá seguir dictando normas sobre materias que serán, en algunos territorios, competencia de aquéllas. En tal caso, estas normas no tendrán en dichos territorios aplicación primaria, grado de vigencia que corresponderá sólo a las normas autonómicas, sino secundaria o supletoria. El esquema, hasta aquí, es, según creo, bastante simple.

Sin embargo, un mal uso de la cláusula de supletoriedad tiene unas potencialidades perturbadoras realmente inmensas. Explicaré cómo.

Puesto que una de las consecuencias del principio de supletoriedad es que el Estado puede seguir regulando materias que han pasado a ser competencia de algunas Comunidades Autónomas, un entendimiento amplio (y, a mi juicio, incorrecto de la cláusula por razones que he explicado en el lugar a que antes me he remitido) del principio de

supletoriedad le permitiría desentenderse realmente de la distribución de competencias constitucional y estatutariamente establecida y seguir dictando normas de amplitud general. El único e importante efecto que la nueva distribución de competencias habría producido en las potestades legislativas estatales sería en tal caso que tales normas solo tendrían una aplicabilidad de segundo grado o supletoria en aquellas Comunidades que fueran competentes en la materia a que la disposición estatal se refiera, cuando cuenten con un Derecho propio directamente aplicable.

Hasta aquí tampoco parece que la ordenación del sistema de fuentes plantee excesivos problemas. Sin embargo, estos surgirán en cuanto que el Estado, usando la cláusula de supletoriedad, dicte normas en materia de competencias de las Comunidades Autónomas y no advierta que dicha norma solo tiene vocación de Derecho supletorio.

Explicaré lo anterior con el ejemplo más sencillo: el legislador estatal se decide a regular una materia sobre la que tiene competencia para formular las «bases» o la «legislación básica». Como los legisladores regionales no han hecho uso aún de su competencia o no todos han regulado la misma materia, el legislador estatal, en lugar de limitarse a establecer los principios normativos básicos de ordenación de la materia en cuestión, la regula en todo su pormenor. Esta operación legislativa, aparentemente, es válida porque la nueva norma, en cuanto que regula las bases es válida porque es materia de competencia del Estado y por otro lado, la regulación de desarrollo que contiene se justifica constitucionalmente en su condición de Derecho supletorio.

Ahora bien, supongamos (luego probaré que no estoy aludiendo a una hipótesis teórica sino más bien a lo que empieza a ser una práctica) que el legislador estatal autor de la norma —en parte básica en parte supletoria— a que estoy aludiendo, no define en el propio texto qué parte de la misma es básica y qué otra sólo tiene virtualidad de Derecho supletorio. El efecto más evidente de una operación de este tipo es que serán los aplicadores de la norma los que tendrán que decidir qué parte de la misma es básica y, por tanto, directamente aplicable en todo el territorio del Estado, y, de otro lado, qué parte de la misma es supletoria y, en consecuencia, sólo tendrá una vigencia de segundo grado en las Comunidades con competencias en la materia.

La cuestión es aún más grave si se considera que si una norma de este tipo se impugna ante el Tribunal Constitucional, éste no la declarará, normalmente, nula, sino que haciendo uso de las técnicas

interpretativas y de conservación de las leyes que maneja de ordinario, se limitará a declarar que aquellas partes de la ley que excedan de lo básico, tienen sólo vigencia supletoria, pero que no son nulas.

Esta es una declaración que el Tribunal Constitucional ha hecho muchas veces. Basta para ilustrarla lo sostenido en la sentencia número 86/1982, de 23 de diciembre, que es una de las primeras en las que la doctrina se formula. Atiende en ella el Tribunal la impugnación hecha por la Generalidad de Cataluña contra un precepto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 26 de diciembre de 1981, alegando, entre otras cosas, que vulneraba sus competencias en materia de régimen local. El Tribunal Constitucional después de diversas consideraciones, muy certeras, pero que no vienen al caso, añade en relación con la petición formulada de que declare la inconstitucionalidad del precepto:

«Es obvio, en efecto, que existiendo como existen Comunidades Autónomas que disfrutan en materia de régimen local de competencias menos extensas que las de la Generalidad, esas alegaciones sólo podrían conducir, en el mejor de los casos, a entender que este precepto, con eficacia plena en otras partes del territorio nacional, no sería aplicable en Cataluña o tendría allí sólo el valor supletorio.

Como evidentemente este último problema (esto es, el de si el precepto en cuestión es directamente aplicable o tiene sólo valor supletorio) sólo puede plantearse en caso de concurrencia de normas y ha de ser resuelto en primer término por los órganos encargados de aplicarlas, el único problema constitucional que aquí se ofrece es el de determinar si el párrafo que ahora nos ocupa, al no haber salvedad alguna respecto de las Comunidades Autónomas que han asumido competencia exclusiva en materia de régimen local, viola, por omisión, sus Estatutos de Autonomía o, por su propio tenor, viola de manera activa algún otro precepto susceptible de ser incluido dentro de la enumeración que hace el artículo 28 de la LOTC.

En lo que toca al primero de estos posibles defectos, la duda queda pronto despejada si se tiene en cuenta que la reducción que el Estatuto de Autonomía hace de la competencia del Estado en materia de régimen local al establecimiento de los principios básicos no impide, en modo alguno, que éste dicte normas que no tengan esta naturaleza, pues estas normas, en cuanto concurren con otras dictadas por la Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia exclusiva, quedaría sólo como normas supletorias. Mientras las normas de la Comunidad Autónoma no existan, es imprescindible que el Estado dicte las que juzgue necesarias para el desarrollo de su actividad y que, en el presente caso, aceptada la necesidad de que la Comunidad Autónoma intervenga en los procedimientos de delegación o transferencia, atribuya a un órgano concreto de ella las facultades necesarias

para esa intervención. el condicionamiento de ese ejercicio o incluso la atribución del mismo a órgano distinto puede hacerlo la Comunidad Autónoma dentro de sus competencias propias, pero de esa posibilidad no se sigue tacha alguna de inconstitucionalidad para la norma estatal.»

Las observaciones que hace el Tribunal Constitucional en esta sentencia no son objetables en cuanto al fondo, pero su argumentación jurídico-constitucional no está completa, por lo que luego diré. Parémonos antes en el análisis de lo que resulta de la tesis que el Tribunal sostiene.

Puede empezarse por comprobar que la hipótesis que manejamos de que el Estado haga regulaciones con valor «básico» y «supletorio», según las partes de la norma, es algo perfectamente normal. En el caso examinado por la sentencia citada, esta mezcla se hizo sin que el legislador distinguiera qué parte de la norma era básica y cuál supletoria. Lo cual no es reprobado por el Tribunal, sino admitido con toda naturalidad: la norma no es por ello inconstitucional, dice, ya que en el territorio de las Comunidades con competencias en la materia sólo será aplicable supletoriamente.

Con base en esta tesis es posible que en el ordenamiento jurídico español convivan normas estatales y normas autonómicas regulando las mismas materias y que en ellas no se aclare si tienen fuerza primaria o supletoria. Será el aplicador ordinario, el destinatario de las normas, quien tendrá que hacer estos discernimientos, resolviendo, por tanto, hasta donde alcanzan las competencias estatales –y, por tanto, el vigor primario de sus normas– y donde empiezan las autonómicas –y las estatales comienzan a tener aplicabilidad sólo supletoria. Insisto otra vez en que no me parece que, frente a todo esto, valga la objeción de que el aplicador de una norma siempre lleva a término una interpretación del contenido de la norma y de su propia vigencia, porque aquí no estamos sólo ante un problema de contenidos de las normas sino la búsqueda del Derecho aplicable. Tampoco me parece nada consolador que se pueda objetar que, si las normas se impugnan, el Tribunal Constitucional podrá llegar a declarar cuáles de sus partes tienen sólo valor supletorio. El Tribunal no podría sobrellevar la carga de depurar todo el ordenamiento y de articularlo por su cuenta; es al legislador al que corresponde esta misión porque, además, el Tribunal Constitucional, como cualquier Tribunal, opera por muestreo y no llega a conocer sino una parte mínima de la producción de los legisladores.

Un ordenamiento construido sin que el legislador mismo distinga qué parte de sus regulaciones es directamente aplicable y cuál supletoria, es un ordenamiento inmanejable y caótico. Pondré otro ejemplo. Recientemente ha sido aprobado por el Estado la Ley de 19 de julio de 1984, reguladora de la defensa de los consumidores. Muchos de sus contenidos coinciden con los de la Ley vasca de 18 de noviembre de 1981, aprobatoria del «Estatuto del consumidor». Que una regulación como la que esta norma última contiene es competencia de la Comunidad Autónoma vasca no ofrece hoy la menor duda porque, además de decirlo su Estatuto, ha confirmado su constitucionalidad, en la práctica totalidad de la versión que salió del Parlamento vasco, la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982. Con lo cual resultan existir en la fecha que escribo estas páginas dos leyes del consumidor —muchos de cuyos contenidos se reiteran en los dos casos— que pueden aplicarse en el País Vasco. La ley estatal no dice, en parte alguna, cuáles de sus principios son de inmediata aplicación en todo el territorio y qué otros tienen sólo vigor supletorio. Suponiendo que el artículo 51, párrafos 1 y 3 (relativos a la protección del consumidor), en relación con el artículo 149.1.1.º de la Constitución permita al Estado formular una regulación básica de los derechos de los consumidores (dado que las sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de abril y 20 de mayo de 1983 han declarado que la igualdad en el ejercicio de los derechos a que alude el citado art. 149.1.1.º es extensible a los derechos económicos y sociales), habría que pensar que la ley estatal del consumidor tiene una parte básica y otra supletoria. Pero la ley, como he dicho, no las distingue. Es más, cuando parece que va a hacerlo, en los artículos que dedica al tema «competencias», termina por declarar que «lo dispuesto en este número se entiende sin perjuicio de las potestades normativas que corresponden a las Comunidades Autónomas» (art. 39.1, *in fine*). Lo cual, desde luego, no aclara absolutamente nada.

He aquí, pues, que el perplejo destinatario de las normas tendrá que hacer por su cuenta —y con los notables riesgos consiguientes, en una disciplina en la que hay previstas importantísimas sanciones— los discernimientos que el legislador se ha negado a hacer. Tendrá que verificar el alcance de las competencias estatales y autonómicas y decidir, en fin, cuándo debe atenerse a lo que establece la ley estatal y cuándo a lo que dispone la autonómica.

Decía más atrás que en los razonamientos del Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita no son objetables pero sí son incompletos. El legislador estatal puede, en efecto, dictar normas que en unas Comunidades tendrán aplicación directa y en otras supletorias. Lo que falta por añadir es que el legislador estatal está obligado a aclarar el alcance de sus normas, a dejar separado lo primario de lo supletorio y contribuir así a una racional organización del ordenamiento.

Que lo anterior es así desde el plano estricto de la racionalidad y la lógica seguramente no puede discutirse. Pero podría argüirse que no es el Tribunal Constitucional quien debe corregir la mala técnica legislativa. Ello es, desde luego, cierto. Pero no creo que el problema sea, tan sólo, de técnica legislativa, que también lo es: cuando el legislador estatal ejerce sus potestades de forma tan criticable, perturba la correcta integración del ordenamiento y afecta de modo indirecto al pleno ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias. Perturba, por tanto, esta manera de legislar, el «orden de competencias» (lo que supone una lesión sobre la que el Tribunal debe pronunciarse: art. 62 de la LOTC).

Apunto esta fundamentación constitucional de una intervención del Tribunal Constitucional en tan grave asunto, por seguir una línea de argumentación que, a otro propósito, él mismo estableció en sus sentencias de 28 de abril y 20 de mayo de 1983. Pero quizás sea hasta innecesario. Un Tribunal Constitucional que ha ejercido en otras muchas ocasiones (y creo que de forma plausible e irreprochable) alta pedagogía sobre las reglas de funcionamiento del nuevo sistema, no puede conformarse con declaraciones tan limitadas como las que viene formulando en la actualidad sobre el problema que he expuesto.

## **VI. Consecuencia de lo anterior para la formación de un ordenamiento inmanejable**

Los excesos en el empleo de la cláusula «sin perjuicio» y el uso abusivo del principio de supletoriedad podrían conducir a la formación en España de un ordenamiento jurídico de una complejidad sin par y rigurosamente inmanejable. Los excesos que hemos comentado consisten sobre todo, en olvidar, o en superar por abandono o tergiversación,

el valor de ordenación que tienen los principios de competencia, prevalencia y supletoriedad, sobre los que, no obstante, ya dije más atrás que el sistema pretende ordenarse (art. 149.3 CE).

Desde el punto de vista de los ciudadanos, un ordenamiento tan complejo puede resultar imposible de conocer y aplicar. Es verdad que el principio «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» no es una apelación que haga el Código Civil a la sabiduría universal de los ciudadanos, sino que, como notó F. de Castro (en su *Derecho Civil*, citado, I, 529) «se basa en el deber de cooperación de todos en la realización del Derecho; una manifestación de esta colaboración es respetar las leyes, incluso las que no se conocen, aceptando y reconociendo sus consecuencias».

Todo ello es cierto, desde luego, pero también está obligado el legislador a no confundir tanto el panorama normativo que haga imposible la colaboración del ciudadano, porque, en último término, actuando como denunciado, sólo estará sentando las bases para dificultar la aplicación efectiva de sus propias leyes.

## VII. Primera observación sobre la inaplicación de las normas

A esta cuestión de la inaplicación de las normas van a dedicarse seguidamente algunas consideraciones, aunque no referidas a su inaplicación por los ciudadanos sino a la que puede imputarse a la propia Administración que tiene la precisa función de ejecutar los mandatos normativos del legislador.

La misma proliferación y confusión normativas a que vengo aludiendo repercuten, sin ninguna duda, en la correcta ejecución de las disposiciones por la Administración. La perplejidad del ejecutor administrativo de la ley no tiene por qué ser menor que la del ciudadano corriente. Pero las dificultades pueden surgir especialmente cuando la Administración encargada de ejecutar las leyes estatales sea la Administración autonómica y no la estatal. Cuando aquella Administración encuentre regulaciones duplicadas sobre la misma materia, llevará a término las interpretaciones ya referidas sobre el alcance de las competencias de sus autores y resolverá en consecuencia sobre qué norma debe aplicar.

No pretendo ahora, sin embargo, apresurar conclusiones sobre la forma en que se resolverá la ecuación planteada, sino aludir a un problema más general, atinente a la ejecución —o al riesgo de inejecución, según se mire— de las leyes estatales por las Comunidades Autónomas.

### VIII. Los principios que aseguran la continuidad entre la tarea legislativa y la ejecutiva en los Estados basados en autonomías territoriales

Un análisis atento de los criterios utilizados por nuestra Constitución para distribuir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas permite concluir que una regla que aparece con reiteración consiste en atribuir al Estado competencias legislativas sobre un buen número de materias (ya sea confiriéndole atribuciones sobre la «legislación», la «legislación básica», las «bases», la «ordenación general»: artículo 149.1, párrafos 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, 22.º, 23.º, 25.º, 27.º, 30.º), permitiendo a las Comunidades Autónomas que asuman competencias de «ejecución» sobre esa legislación, lo que, en efecto, han hecho los Estatutos de autonomía, convirtiendo así a las Comunidades Autónomas en ejecutoras ordinarias de la legislación estatal.

Se comprende que una ley no ejecutada es una declaración vacía y que la fuerza ordenadora del legislador se derrumba si sus mandatos no son atendidos. Por ello, los sistemas constitucionales que han optado por un sistema de distribución de competencias similar al que describo (Alemania y Austria son ejemplos próximos), se han preocupado de buscar engranajes que conecten la tarea de legislar y la de ejecutar. Está en juego no sólo la aplicación efectiva de la ley, como he dicho, sino también la igual aplicación de la misma en todas las partes del territorio, evitando que los ciudadanos queden sometidos desigualmente dependiendo de las interpretaciones que sostengan los ejecutores de los textos que están aplicando.

En los sistemas federales germánicos esta relación necesaria entre la función legislativa y la ejecutiva desarrolladas por poderes territoriales distintos se ha resuelto en el plano teórico, y recogido en el texto de las

Constituciones, en base a dos técnicas fundamentales: la *Bundesaufsicht* y la *Bundeswang*, la vigilancia y la coacción<sup>1</sup> federal. El desarrollo teórico de estos mecanismos de articulación se inicia en una obra capital de Triepel (*Die Reichaufsicht*, 1917) y con avatares y debates que no interesa aquí recordar, ha pasado al texto de las Constituciones vigentes. Interesa también poco a nuestros efectos si la vigilancia y la coacción son manifestaciones de un poder de supervisión más general que los engloba y tampoco voy a detenerme en la descripción de la contextura técnica de ambos conceptos. Lo que importa dejar dicho es lo siguiente: con base en sus poderes de supervisión (que difieren en intensidad cuando los *Länder* ejecutan leyes federales como «asunto propio» o cuando lo hacen por delegación de la Federación), la Federación tiene derecho a ser informada exactamente de la forma en que sus leyes se ejecutan, puede vigilar la aplicación efectiva, e incluso expedir directivas e instrucciones para lograr una uniforme interpretación de los textos por sus aplicadores. Si la vigilancia practicada permite observar incumplimientos o desviaciones y estos no son corregidos, la Federación puede utilizar mecanismos coactivos de diverso género para superar dichas situaciones y lograr la aplicación exacta de sus leyes (Cfr. sobre todos estos mecanismos, los arts. 84 y 85 de la Ley Fundamental de Bonn, los arts. 102 y concordantes de la Constitución Austriaca; el libro de E. García de Enterría: *La ejecución autonómica de la legislación estatal*, Madrid, 1983, y mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, ya citado, I, pp. 450 y ss., y II, pp. 134 y ss.)

Nuestra Constitución, en este como en otros casos, ha sido menos detallista en otras comparadas, pero una interpretación consecuente de la misma, y en especial, de lo que su artículo 155 prevé, ha permitido que se puede afirmar que los poderes de vigilancia y coacción aludidos también están presentes en nuestro sistema.

Por demás, en fin, la descripción de estos mecanismos en las Constituciones comparadas es minuciosa y su construcción doctrinal de una coherencia implacable, así que con su concurso parece quedar resuelto el problema de asegurar la ejecución de las leyes cuando su autor —aludo ahora al conjunto del Estado aparato— carece de poderes jerárquicos sobre el aplicador.

### IX. Entre los principios y la práctica: la complementación de las formas coactivas de relación por las participativas; sobre un ejemplo comparado

Pero, al igual que hemos hecho antes, al estudiar las deformaciones que determinadas prácticas pueden introducir en el ordenamiento jurídico, es necesario reflexionar ahora también brevemente sobre el uso y la adecuación de las técnicas aludidas para lograr una efectiva aplicación de las leyes del Estado.

La primera observación que puede hacerse al respecto es que tales técnicas no se usan o que se están empleando en mínima medida entre nosotros. Y ello pese a que en algunos casos, como el de la educación (Real Decreto de 6 de marzo de 1981; sobre su contenido la STC de 22 de febrero de 1982) o el de la Sanidad (Real Decreto de 27 de noviembre de 1981 y STC de 28 de abril y 20 de mayo de 1983), se ha intentado incluso desarrollar el contenido de lo que, en dichos sectores, se denomina «Alta inspección» del Estado y que no es sino una manifestación de los poderes de supervisión aludidos. No son pocos, por otro lado, los Reales Decretos de transferencias de servicios que han hecho expresa reserva en favor del Estado de poderes de dicho signo, o, en otro sentido, han recordado determinadas obligaciones de las Comunidades Autónomas (de información al Estado, por ejemplo) que se enmarcan también en los poderes estatales de supervisión.

Es posible que la timidez con que estas técnicas se emplean sea debida a la juventud de nuestro sistema de autonomías, de la que no cabe esperar razonablemente que las prácticas que su correcto funcionamiento exige se implanten todas de un solo golpe y rindan en plenitud desde el primer momento.

Pero, al margen de lo anterior, puede mantenerse en pie la objeción del escaso uso que se viene dando a las técnicas en cuestión. Quizás pueda servir de ejemplo de lo que afirmo que el Tribunal Constitucional (sentencia de 5 de agosto de 1983) haya tenido que declarar —porque se ha discutido, en consecuencia— que existe un deber de informar por parte de las Comunidades Autónomas cuando ejecutan leyes del Estado. Y la información, obvio resultará que lo afirme, es la más elemental manifestación de los poderes de supervisión sin la que, desde luego, es imposible activar cualquier otra actuación de vigilancia o coacción. En buena medida, la falta de utilización de estas últimas es debida también a la generalizada judicialización de los contenciosos que pueden surgir

entre el Estado y las Comunidades Autónomas; cuando el Estado observa desaplicaciones o desviaciones en la aplicación de sus leyes interpone un conflicto de competencias y espera a que el Tribunal Constitucional recuerde a la Comunidad Autónoma los límites de sus atribuciones. No cabe, sin embargo, la menor duda, de que esta vía jurisdiccional, aunque positiva, resultará siempre insuficiente, por las mismas razones que, a otro propósito, hemos expuesto ya en este escrito: ni siquiera una mínima parte de los actos aplicativos de leyes estatales llegarán a ser conocidos por los Tribunales y, quizás, tampoco por el Estado (que tienen su fuente de información principal en los Boletines Oficiales donde, obviamente, aparece solo un porcentaje mínimo de las decisiones autonómicas).

No me parece, por lo dicho, que las técnicas propias de la supervisión estatal puedan sustituirse por ello plenamente por la intervención de los Tribunales por mucho que se les inste a intervenir. Es, por ello, bastante probable que poco a poco se intensificarán las relaciones entre ejecutivos y que se sacará más provecho que las fórmulas aludidas. Hasta entonces seguirá siendo cierto el riesgo de que algunos mandatos del legislador puedan quedar sin aplicación o sean desigualmente aplicados en las diferentes Comunidades Autónomas. Mucho más será así si el ordenamiento que se tienen que aplicar es en algunos sectores tan poco claro como el que ha quedado descrito páginas arriba.

Sin embargo, no provienen de lo expuesto todos los riesgos de que la fórmula de separar las competencias legislativas y las de ejecución no funcione en la práctica lo correctamente que cabría esperar. No es menor el que puede resultar de que se llegue a creer que la supervisión, de un lado, y los Tribunales, de otro, funcionando a pleno rendimiento, ofrecerán un apoyo suficiente para lograr la correcta relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin necesidad de incorporar ninguna otra práctica.

Tal vez, antes de aportar otras razones, la mejor forma de disuadir de la expresada idea sea recordar que en los sistemas federales germánicos y, en particular, en Alemania Federal, donde se han formado doctrinal y constitucionalmente las técnicas ya aludidas, que luego hemos importado nosotros, y que, por otra parte, cuentan con un sistema de justicia constitucional bien desarrollado, el funcionamiento correcto y articulado del conjunto de poderes centrales y autónomos no se consigue tan sólo apelando a los expedientes aludidos. Es más,

algunas manifestaciones concretas de los poderes de supervisión (aunque no las básicas; por ejemplo, el deber de información), especialmente cuando tienen un carácter marcadamente intervencionista, o, en su caso, coactivo (el desplazamiento de comisarios o delegados especiales, por ejemplo, para verificar sobre el terreno el cumplimiento de las leyes federales), a pesar de estar previstas en la Constitución y reguladas, además, con cierto detalle, duermen en ella el sueño de los justos y no han llegado a aplicarse nunca. Esta notable peculiaridad —que subraya la distancia entre las previsiones del texto fundamental y la práctica— es debida a que la experiencia ha probado que «cuando lo que priman, en efecto, son las lealtades para con el sistema, para conseguir la realización de objetivos unitarios y lograr el funcionamiento de las Administraciones públicas en régimen de continuidad, lo que prevalecen, frente a las técnicas de vigilancia y coacción, son la colaboración y la participación, técnicas que tienden aproximar voluntariamente a todos los titulares de poder del Estado federal, a hacerlos actuar de común acuerdo, a elaborar decisiones previamente consentidas, etc., de manera que las tensiones se reducen y las necesidades de usar medios de poder más rigurosos para imponer el acatamiento de decisiones federales se difuminan» (Cfr., mi *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, 148).

En la medida en que la participación y la cooperación aportan consenso a la formación de decisiones se evita, obviamente, la necesidad de emplear mecanismos coactivos para asegurar su ejecución, que pertenece a una instancia distinta de la que adopta formalmente las decisiones.

Merece la pena, creo, que nos detengamos por un momento en mostrar algunos ejemplos de cómo funciona en la práctica un sistema como el alemán en el que existe esa división aludida entre la instancia política que legisla y la instancia política que ejecuta.

La forma primera y más tradicional de cooperación en la formación de decisiones es la que se hace posible a través de la participación institucionalizada de los *Länder* en la legislación federal por medio del *Bundesrat*. El *Bundesrat* como es conocido, está integrado por representantes de los *Länder* que disponen de diferente número de votos en el seno del mismo. Las leyes que modifiquen la Constitución, o que afecten a los derechos o intereses de los *Länder*, necesitan una aprobación del *Bundesrat* sin la que no pueden promulgarse (son *Zustimmungsgesetz*). Esta circunstancia confiere a la indicada Cámara

parlamentaria una gran fuerza. En su virtud, es normal que las leyes aprobadas en la Cámara Baja o *Bundestag* sean objeto de negociación entre el Gobierno federal y la mayoría parlamentaria federal, de un lado, y los *Länder*, de otro. En una reciente exposición hecha en nuestro país, B. Reissert: «El Federalismo cooperativo y la integración política», recogido en el libro *Autonomía y partidos políticos*, Madrid, 1984, ha recordado que el recurso a la negociación dificulta y dilata los procesos de elaboración de la legislación federal particularmente cuando (como ocurrió a partir de 1969) las mayorías parlamentarias corresponden en la Cámara Baja y en la Alta a grupos políticos distintos. La apelación continua a la negociación permite afirmar que el sistema germano se corresponde menos con el de la democracia competitiva que el de una democracia de concordancia o consociacional. Lo que interesa, sin embargo, destacar a nuestros efectos, de la aludida forma de operar, es que la ejecución ulterior de una legislación que, en lo que afecta a los *Länder* ejecutores, se elaborará de forma consensuada, se facilita enormemente. La mejor garantía de que las leyes federales se van a cumplir es que obligación de cumplimiento no se hace derivar solamente de la imposición federal, sino del consentimiento de los propios aplicadores. El consenso se convierte así en una forma más eficaz que la coacción para conseguir adhesiones.

La ejecución exacta y puntual de la legislación federal queda, en otros casos, asegurada, por la formación convenida entre la Federación y los *Länder* de planes marco en los que se establecen los principios generales que van a servir de pauta para la ejecución por los *Länder* de una Ley o política general determinada. Esta es la forma ordinaria de actuar en el caso de las tareas comunes o *gemeinschaftsausgaben* de la Federación y los *Länder*. Por ejemplo, la Ley de 3 de septiembre de 1969 que desarrolla la «tarea común» «mejora de la estructura agraria describe la forma de desarrollarla». El elemento sobre el que pivota la ordenación de la tarea común es el «Plan-marco» (*Rahmenplan*), que, en sustancia, no es otra cosa que una decisión común del *Bund* y de los *Länder* para hacer factible y concretar la forma en que se va a aplicar la legislación federal, pero dejando a salvo que la ejecución práctica del plan incumbe a los *Länder*. El Plan-marco se elabora participadamente por el *Bund* y los *Länder*. La formación consensuada de una política concreta —la agraria en este caso— permite a la Federación intervenir con carácter general en una materia en la que la Constitución reserva competencias legislativas solamente y no sobre la totalidad de la

materia; pero los *Länder* aceptan bien esta penetración porque: a) siempre quedan a salvo sus poderes de aplicación de esa política y de la Ley en general; b) la Federación financia con cantidades importantes (hasta el 60 por 100) los programas correspondientes, de modo que los *Länder*, sin la participación del *Bund*, no podrían desarrollar una política similar; y c) si no se actuara de la manera indicada sería imposible formular en Alemania una política agraria general, dado el carácter fragmentario de las competencias de cada una de las instancias de poder; también una política desconexa en este ámbito sería contraria a los requerimientos que se siguen de ser Alemania país miembro de la Comunidad Europea.

Precisamente esta circunstancia que acabo de citar, la de ser Alemania Federal un estado miembro de la Comunidad Europea, ofrece un nuevo e inestimable ejemplo de las prácticas participativas del sistema. La integración alemana en la Comunidad Europea ha dado lugar a un rico debate interno, que todavía se mantiene vivo (debate que, de cara a nuestro próximo ingreso en la Comunidad, resulta enormemente enriquecedor), fundado, sobre todo, en la resistencia continua que los *Länder* han opuesto a la pérdida de competencias que deriva de dicha integración. Dado que, ante la Comunidad, el único sujeto responsable es la Federación y es la voz unitaria de ésta la que debe oírse en la Comunidad, es el Gobierno Federal el que ha asumido todas las tareas políticas en relación con aquélla. Sin embargo, a pesar de que el *Bundesrat* cumple funciones importantísimas de información y control de la actividad gubernamental en la Comunidad, los *Länder* han aspirado a más: quizás mejor que en ninguna otra ocasión, estas aspiraciones se manifestaron en una Conferencia celebrada en Munich el 27/29 de octubre de 1976 por los Presidentes de los *Länder*. Se acordó allí, entre otras cosas, que «en los casos en que los órganos comunitarios adopten o preparen medidas en materias que, en el interior del Estado, entran, según los *Länder* en la esfera de sus competencias exclusivas, el Gobierno deberá sostener el punto de vista de los *Länder*» (Cfr. sobre todo esta problemática Morawitz, R.: *Die Zusammenarbeit von Bund und Länderne bei Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft*, Bonn, 1981). No han conseguido los *Länder* la realización efectiva de estas aspiraciones máximas, pero es realmente esclarecedor para lo que estamos estudiando el equilibrio que se ha logrado y la forma de obtenerlo. La Federación, en efecto, no puede arriesgar a no atender ninguno de los aludidos requerimientos porque, en último término, son

los *Länder* los encargados de llevar a la práctica o aplicar, en el plano interno, la mayor parte de las decisiones comunitarias, tareas aplicativas cuyo cumplimiento exacto podría imponer pero que, obviamente, se desarrollarían de forma más rápida, eficaz y sin contestación, si los *Länder* participaban en alguna medida en la formación de las decisiones que se ven obligados a ejecutar. La solución, que es todo un ejemplo de pragmatismo, ha venido dada por una carta que el Canciller federal dirigió en 1979 al presidente de la Conferencia de Primeros Ministros de los *Länder* en la que se contraían los siguientes compromisos básicos: a) el Gobierno federal se comprometía a informar a tiempo a los *Länder* sobre las materias discutidas en el seno de la Comunidad; b) los *Länder* podrían expresar sus puntos de vista, opiniones que el Gobierno federal esperaba que fueran unitarias e inspirados en las exigencias de política exterior y comunitaria y no haciendo primar sus intereses propios (es una apelación a la *Bundestreue*, a la fidelidad federal, a la adopción de actitudes que hicieran posible el funcionamiento del sistema y no que supusieran su obstaculización); c) el Gobierno federal se obligaba por su parte a buscar posiciones comunes con los *Länder*, especialmente en las materias que afectan de modo singular a los intereses de estos últimos, y d) cuando una norma en discusión en la Comunidad se refiere a una materia de la exclusiva competencia de los *Länder*, el Gobierno federal se obliga a nombrar en los comités consultivos comunitarios en los que se desarrollan las discusiones dos representantes de los *Länder*.

Aunque la cuestión jurídica de fondo no ha quedado totalmente resuelta, los *Länder* han aceptado la propuesta que resultaba de la carta del canciller Schmidt, que es, por otra parte, un ejemplo bien notable de como las formas de participación y consenso desplazan a las imperativas o coactivas para conseguir un mejor cumplimiento por los *Länder* de sus competencias de ejecución de la legislación federal general o de la Comunitaria.

Todas las prácticas a que he aludido responden, en fin, a la idea de que ni los mecanismos de supervisión (que en sus manifestaciones coactivas apenas si han conocido empleo) ni el recurso a los Tribunales (y en especial el Constitucional Federal) son respuestas suficientes para lograr la efectiva, ágil y correcta aplicación de las leyes en sistemas como el examinado o como el nuestro. La cooperación y la participación cubren con ventaja la satisfacción plena de los objetivos unitarios.

## X. Segunda observación sobre los requisitos previos que deben cumplirse para que las leyes sean efectivamente aplicadas

Después de cuanto ha quedado expuesto tal vez sea innecesario insistir en la idea de que partíamos: La aplicación efectiva de las leyes estatales también requerirá en nuestro sistema algo más que el pleno desarrollo de los poderes de supervisión (cuya importancia tampoco es ilícito menospreciar). La activación de todos los mecanismos coactivos de que el Estado dispone, sean de índole ejecutiva o jurisdiccionales, permiten corregir desviaciones en casos concretos, pero no aseguran la adecuación de todas las tareas aplicativas a los mandatos del aplicador. No la aseguran, al menos, con la misma eficacia que la participación y el consenso de las que (como ilustra un sistema comparado que está montado sobre la misma idea de reparto de competencias) no puede prescindirse.

Más aún es tal práctica necesaria entre nosotros, cuando, a menos que la Constitución se reforme, no será posible convertir al Senado en una Cámara de las Comunidades Autónomas con fuerza parangonable a la del *Bundesrat* alemán. Pero puede activarse, por otros cauces —similares a los que ya he referido—, la participación de las fuerzas políticas representativas en los proyectos que afectan de modo especial a las Comunidades Autónomas, o en la formulación de aquellas políticas que, por el carácter fragmentario de las competencias estatales y autonómicas, no pueden tener coherencia y amplitud generales si no se forman participadamente.

Es la ejecución incuestionada y plena de tales decisiones lo que está, en verdad, en juego.

## XI. La teoría de las leyes inútiles y su actualidad en España

Los riegos de inejecución de la legislación estatal por las Comunidades Autónomas, que son sus aplicadoras ordinarias, no quedan, sin embargo, en lo expuesto. Existe otro no menos importante, aunque totalmente distinto de los hasta ahora examinados. Me refiero, en concreto, al fenómeno de las «leyes inútiles» al que no hace mucho que

R. Bettini ha dedicado una interesante exposición de síntesis (*Il circolo vizioso legislativo*, Franco Angeli Ed., Milano, 1983).

La teoría y la práctica del derecho han conocido tradicionalmente diversas formas de inaplicación de las leyes: de la costumbre *contra legem*, pasando por la teoría de la desconexión de las normas del ordenamiento en que se insertan (romano), hasta, en fin, la práctica de las leyes manifiesto, normas éstas aprobadas más para hacer una declaración política o para cubrir la apariencia de que se ha cumplido algún aspecto de un programa político, que para contener mandatos que deban ser hechos efectivos.

A estas situaciones de inaplicación más tradicionales ha venido a sumarse recientemente el problema denominado de la cobertura administrativa de las leyes. Se expresa, en síntesis, de la siguiente forma: los legisladores han sido hasta hoy muy proclives a desvincular su tarea de una evaluación previa de los medios disponibles para llevar a la práctica las normas que aprueban, de manera que, al no mediar la valoración dicha, se produce cada vez con más frecuencia el fenómeno de que determinadas leyes quedan sin aplicación porque la Administración ejecutora de la misma carece de los medios necesarios para cumplir semejante encargo. Una ley dictada careciendo de «cobertura administrativa» es por ello, estrictamente, una ley inútil, en cuanto que no se va a aplicar y ha requerido un esfuerzo de confección y debate que podría haberse ahorrado. En correspondencia con este fenómeno se ha desarrollado en bastantes países democráticos la preocupación por efectuar evaluaciones previas de la aplicabilidad administrativa de la ley (a este problema, pueden encontrarse alusiones en Italia en el Informe Giannini de 1979 y en el Informe Barettoni Arleri de 1981; en Estados Unidos se han incrementado a partir de la década de los setenta las funciones evaluadoras de la *General Accounting Office* del Congreso y de la *Office of Management and Budget*; en Alemania se ha dedicado un importante estudio a las aludidas, entre otras, cuestiones, en el libro colectivo dirigido por R. Mayntz: *Implementation politischer Programme*, Jonitstein, 1980).

La cuestión de la cobertura administrativa de las leyes, la evaluación sobre su aplicabilidad, el análisis sobre la relación legislación-administración que de ello resulta, es un problema general que se manifiesta con independencia de que la organización política del Estado sea de base centralista o descentralizada. Si en un sistema centralista le resulta difícil a la propia Administración —el legislador tendrá, obviamente,

mayores dificultades— evaluar los medios con que cuenta para ejecutar las normas que ella misma aprueba (un ejemplo reciente: el Real Decreto 1275/1984, de 23 de marzo, rehabilitó hasta el 31 de enero de 1985 determinados preceptos reglamentarios suspendiendo la vigencia de un Reglamento de Actuaciones del Ministerio de Industria y Energía en el campo de la normalización y homologación, aprobado por el Real Decreto 2584/1981. La exposición de motivos ilustra de las razones de la suspensión indicada en estos términos: «Dado que en el momento actual no se ha alcanzado la adecuación debida y necesaria de los instrumentos precisos para la correspondiente aplicación de las directrices del mencionado Real Decreto 2584/1981, y al objeto de que no se cree un vacío administrativo que pudiera repercutir desfavorablemente...»), si es difícil, digo, a la propia Administración Central evaluar los medios con que cuenta para ejecutar sus propias decisiones, más difícil será hacer estas mismas evaluaciones cuando las leyes del Parlamento estatal, en un sistema de autonomías, han de ser ejecutadas o aplicadas, porque es asunto de su competencia, por instancias políticas distintas.

Hay en esta problemática un verdadero filón de nuevas justificaciones para que las leyes estatales, en el nuevo orden autonómico, no sean aplicadas en plenitud. Más aún en nuestro caso, en el que lo que está en juego no es sólo el problema de la cobertura administrativa de una ley concreta que, aprobada por las Cortes Generales, haya de ser ejecutada por las Comunidades Autónomas, sino algo más profundo y trascendental. En efecto, para que un sistema de reparto de competencias como el que estamos estudiando, que confía el poder de legislar y el poder de ejecutar a instancias políticas distintas, funcione, es preciso que la organización de las Administraciones Públicas esté dispuesta de manera que la infraestructura burocrática disponible esté, en su mayor parte, situada precisamente bajo la dependencia de las instancias ejecutoras, es decir, de las Comunidades Autónomas (el ejemplo de los sistemas germánicos de donde hemos extraído el modelo de separar la competencia de aprobación de las leyes y su ejecución es, en este punto, terminante: la mayor parte del aparato administrativo depende de las instancias territoriales descentralizadas).

Resulta de estas exigencias una paradoja que pasa que quizás no siempre haya sido suficientemente advertida en los primeros desarrollos del nuevo sistema constitucional: si el Estado no contribuye, mediante una política ágil y eficiente, a dotar de medios burocráticos a las Comunidades Autónomas, no sólo estará perjudicando el pleno desarro-

llo de su autonomía –que es la perspectiva que normalmente se subraya– sino que, al tiempo, estará haciendo imposible que aquéllas asuman con eficacia su responsabilidad de ejecutar las leyes estatales. En la medida en que la reforma administrativa no conduzca a un diseño de una planta nueva de las Administraciones Públicas del corte ya indicado, el Estado mismo estará sentando las bases para que sus leyes no puedan aplicarse en plenitud cuando aquéllas han de ejecutarse por las Comunidades Autónomas; es decir, en fin, que estará aceptando la producción de leyes sin aplicador o con un ejecutor mal dotado e irregular, y, por tanto, dando pábulo al desarrollo del fenómeno de las leyes inútiles.

Lo que debería seguir a lo expuesto es el análisis de los criterios que, según impone la Constitución, han de servir de base a la reforma indicada, que aún está lejos de ejecutarse en plenitud. Pero la importancia de la cuestión y la extensión de la exposición que precede, aconsejan dejar para otro momento tales desarrollos.