

LAS ARTICULACIONES DE UN ESTADO COMPUESTO

(Comentario a «La ejecución autonómica de la legislación del Estado»,
de Eduardo García de Enterría) *

PEDRO CRUZ VILLALON

Posiblemente no resulte difícil convenir que el Estado «de las autonomías» está sustancialmente por inventar, que incluso vamos a tardar todavía algún tiempo en saber lo que es. Lo cual no nos exime a nadie, con mayor o menor responsabilidad, evidentemente, de la tarea de *inventarlo*, de descubrir lo que es: porque es, más allá de cualesquiera otras hipótesis meramente formales, y en esto debe dársele ya razón al autor (p. 18), el Estado que la Constitución, cuando menos en su espíritu, impone, y, políticamente, el único viable. Siguen teniendo, pues, vigencia las palabras de RUBIO LORENTE en el coloquio hispano-alemán de Berlín de hace tres años en el sentido de que el régimen autonómico español «no es un sistema, sino historia», que, por tanto, resultaba prácticamente imposible clasificar algo que aún no existe como sistema (1).

Porque si bien la Constitución, efectivamente, apunta una solución a este problema auténticamente trascendental para nuestro Estado (2), ello es algo que sólo aparece, repitase, *apuntado*, que requería —y en este sentido los casi cinco años transcurridos no lo han sido en balde— de una «actualización constitucional» (3) que, si bien en sus aspectos «institucionales» —el famoso mapa— se halla virtualmente concluida (4), en sus aspectos «funcionales» no ha pasado de sus inicios.

(*) Madrid, Civitas, 1983, 214 pp.

(1) «... Ich könnte meine Ansicht beinahe in einem deutschen Satz zusammenfassen. Ich glaube, dass man sagen kann, dass das Autonomieregime in Spanien "kein System ist, sondern Geschichte". Es ist praktisch unmöglich, etwas, was noch nicht als System existiert, zu klassifizieren. Das ist noch nicht abgeschlossene Geschichte, und wir wissen noch nicht, zu welchem System sie uns führen wird...» *Deutsch-Spanisches Verfassungsrechts-Kolloquium vom 18-20. Juni 1980 in Berlin*, A. Randelzhofer (comp.), Berlin, 1982, p. 173.

(2) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Estudio preliminar» a *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980, p. 18.

(3) En el sentido de K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13.ª ed. Karlsruhe, 1982.

(4) A cuyo respecto hay que coincidir con el autor en la importancia de los «Pactos Autonómicos» de julio de 1981: «La primacía normativa del título VIII de la Constitución. Introducción al estudio del artículo 149 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 33 (1982), p. 289.

Unos inicios, por supuesto, nada desdeñables y que, desde luego, autorizan para afirmar que, también en estos aspectos, desde 1980 hasta ahora el régimen autonómico español se ha vuelto «menos historia» y «más sistema». Historia y sistema en los que han tenido mucho que ver las sentencias del Tribunal Constitucional y entre ellas particularmente algunas como la 37/1981, en la que el autor de esta afortunada frase actuó de ponente. Pero donde todavía faltan piezas esenciales, como en la relativa, paradigmáticamente, al destino final de la Ley aprobada por las Cortes Generales «de armonización del proceso autonómico» (en adelante, LOAPA), así como la misma sentencia del Tribunal Constitucional sobre dicha norma (5).

Como también está llamada a tener importancia considerable la doctrina científica que antecede y sucede a esta jurisprudencia constitucional (6). En cuyo contexto, sin la menor duda, hay que situar la obra del presente comentario, como uno de los ejemplos más expresivos de lo que se viene indicando. Una obra, por lo demás, que, como su autor advierte, se halla inserta en un trabajo de mayor amplitud del que ya se hallan dadas ciertas partes a la imprenta (7). Pues tanto la obra concreta objeto único del presente comentario como el conjunto de la obra en que aquélla se enmarca responden a lo que cabe calificar, y así lo ha sido por el autor, como la tarea y el reto fundamental ante los que se encuentra la doctrina española del Derecho constitucional, la de contribuir a orientar y perfilar, en definitiva a hacer funcional el Estado «de las Comunidades autónomas» (8). A cuyo respecto no hace falta insistir en que no hay más legitimación que la del modo de obrar, que también aquí la que vale es la «Legitimation durch Verfahren».

La articulación funcional, pues, del Estado *in fieri* puede decirse que es el eje central tanto de la obra general como de este capítulo —en efecto, plenamente

(5) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Prólogo» a la obra de L. VANDELLI: *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1982, p. 17.

(6) Como escribe P. HÄBERLE, y la obra del autor que comentamos no es un mal ejemplo de ello, «... Más aún que quizá la ciencia política o la historia, la ciencia del derecho público formula la concepción que de sí misma tiene la comunidad política desde la perspectiva y con el prestigio de una ciencia institucionalizada...». Introducción a *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, Berlín, 1982, p. 15. No creemos, por lo demás, como algunas de las expresiones del autor pudieran llevar a entender, que la labor del intérprete doctrinal se limite a preceder a la jurisprudencia del juez constitucional, a quien le correspondería la palabra final, lo que es indiscutible por lo que se refiere a su eficacia jurídica, pero no en lo que tiene que ver con la indeclinable tarea de análisis crítico de dicha jurisprudencia: Así, p. e., «La primacía normativa...» cit. número 4, p. 295. Véase, de nuevo, P. HÄBERLE, «Recht aus Rezensionen. Rechtsprechungsrezensionen als Faktoren des Rechtsbildungsprozesses», introducción a la recopilación apostillada de sus propios comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de la RFA, en *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Königstein/Ts., 1979, pp. 1-53.

(7) El contenido general de la obra, que, por lo demás, puede desprenderse del título para la misma previsto («El artículo 149 de la Constitución y las instituciones fundamentales del sistema autonómico»), puede consultarse en *La primacía...* cit. núm. 4, pp. 293-295. Partes integrantes de la misma, ya publicadas, habrán de ser, además de la obra que comentamos, el ya citado trabajo «La primacía normativa...», así como «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5 (1982), pp. 63-93. Referencias a futuros capítulos de la obra general pueden encontrarse en la obra objeto de comentario (p. 46, núm. 22; Cap. VIII; p. 72, núm. 39; Cap. IV; p. 193; Cap. III; p. 196, núm. 197; Cap. V).

(8) «Estudio preliminar», cit. núm. 2, p. 13, y «Prólogo» a la obra de VANDELLI, cit. número 5, p. 15.

sustantivo (p. 17)— de la misma, referido a una de las técnicas más expresivas de aquélla. «La ejecución autonómica de la legislación estatal». El punto de partida de esta tarea no es, para el autor, dudoso: Es en la Constitución donde deben buscarse las claves interpretativas de ese Estado (9), de eso que, en evitación de calificaciones todavía apresuradas, viene designado como el «sistema autonómico» (10). De ahí que la primera tarea hubiera de ser la de afirmar la «primacía normativa del título VIII» y, muy particularmente, dentro del mismo, de su artículo 149, donde han venido a confluír los principios básicos, las «instituciones» sustentadoras de la articulación funcional de dichos sistemas (11).

Partir de la primacía de la norma constitucional como única guía segura constituye un criterio científicamente irreprochable, el cual, sin embargo, se encuentra sometido en nuestro caso a unos límites que no es posible desconocer: Los que se derivan del hecho ya señalado de que, si bien la Constitución apunta una solución material— y subrayamos tanto lo de *una* como lo de *material* —la misma se halla sólo *apuntada*; el que la Constitución *material* —qué aquí empleamos en el sentido de la solución global propuesta por la Constitución al más importante problema de nuestro Estado— encuentra en la Constitución *redactada* insuficiencias, indeterminaciones e indecisiones. Reconocer esto supone abstenerse de la ilusión de que «todo está en la Constitución», de la tentación de *amarrar* al texto constitucional determinadas opciones seguramente legítimas en torno a problemas que, sin duda, deben ser, de un modo u otro, resueltos, pero respecto de los cuales el constituyente no se ha pronunciado; supone, en una palabra, evitar la obsesión por los «títulos constitucionales directos» (p. 203), algo en lo que, por supuesto, no ha sido el autor el primero en incurrir. Tampoco esta variante de «exceso de carga» (*Überfrachtung*) de la Constitución parece la más idónea para llevar a feliz término una tarea por lo demás inexcusable.

Pero si es claro el norte del que no cabe desviación alguna —la primacía de la Constitución—, no lo es menos para el autor el método por el que hay que adentrarse para culminar la tarea planteada, la articulación funcional de nuestro Estado «compuesto»: Es, en efecto, en el Derecho comparado donde hay que buscar la solución a nuestros problemas porque es allí donde están, desde hace tiempo, resueltos; opción en favor del método comparativo que se produce resueltamente frente a presuntos métodos «historicistas», así como frente a «la vía de la improvisación y del arbitrismo» (12). Precisamente la obra que nos corresponde comentar es un excelente ejemplo de utilización a fondo de dicho método, y es desde esta perspectiva desde la que muy especialmente habrá que apreciarla. Lo que equivale a decir que habremos de situarnos en el terreno de ese debate, que no ha hecho más que empezar —y en el que este comentarista no tiene la pretensión de progresar—, en torno a las «posibilidades y límites de la recepción federal».

(9) «¿Quién, entonces, sino la Constitución, puede articular el *compositum* en que el Estado consiste?». *La primacía...* cit. núm. 4, p. 285.

(10) No parece, ciertamente, que la tarea más urgente sea la de encontrar el *nombre*, una vez que, tras los primeros intentos, ha quedado claro que ninguno de «los nombres que había» sirven para dar razón de nuestro Estado, así como que, cualquiera que sea el *nombre* que al final se imponga, no será el mismo, por sí sólo, quien nos explique aquél.

(11) Para la utilización, absolutamente premeditada, del término «instituciones» en este contexto, cfr. *La primacía...* cit. núm. 4, p. 293, núm. 52.

(12) *Estudio preliminar*, cit. núm. 2, p. 15.

Por lo demás, el autor es el primero en adelantar que se trata de ofrecer su «propia interpretación» (13), siendo consciente de que las «posiciones» que mantiene «no son las comunes», por lo que le agradaría comprobar cómo las mismas dan pie a un debate científico (p. 18). A este respecto, y en propio descargo, procede adelantar que a este género de la recensión o comentario bibliográfico le corresponde ante todo una tarea de información y de crítica (*interpretación del intérprete*) y sólo en último término de foro de la discusión científica (14); pero de todo habrá que hacer un poco, aunque ello sea deslabazada y, desde luego, torpemente.

Aun a riesgo de incurrir en cierto esquematismo, cabría tomar como hilo conductor a lo largo de la obra el contenido del artículo séptimo de la LOAPA (15), cuyo origen debe reconducirse, a su vez, al segundo de los principios que debieran inspirar la Ley de Ordenación del Proceso Autonómico, recomendada en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías (16). Cabe, en efecto, apreciar en el contenido de la obra una coincidencia temática global con los principios que integran dicho precepto: La adscripción de la postestad reglamentaria de ejecución al ámbito de la competencia de legislación en la técnica, previamente tipificada, que nos ocupa: *a*) la figura de la «supervisión estatal» como inherente a dicha técnica de articulación funcional; *b*) la «normalización» de la coerción o ejecución estatal (previsiones del artículo 155 CE) a través de su inserción en la *fase de corrección* de dicha facultad de supervisión; *c*) no quiere ello decir, so pena de incurrir en un reduccionismo que sería injusto, que la obra se limite al tratamiento de estos temas, pues hay en ella, en su relativa brevedad y como habrá ocasión de comprobar, mucho más que todo esto. El comentario, con todo, se centrará, en su desarrollo, en torno a los tres principios indicados.

A diferencia de la Constitución de 1931, la Constitución vigente apenas se ha servido de una de las técnicas de distribución de competencias más características del federalismo europeo, la atribución a las unidades políticas inferiores de la competencia de ejecución de una legislación cuya competencia es reservada a la unidad política superior. Así, mientras la Constitución republicana configuraba la competencia del poder central en torno a dos series, la del artículo 14, que comprendía las materias de «legislación exclusiva» y «ejecución directa», y la del artículo 15, que comprendía las materias de legislación estatal pero de posible ejecución autonómica («en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes»), la Constitución de 1978 no contiene nada parecido a dicho artículo 15. Ello no quiere decir, sin embargo, que esta técnica haya quedado por entero excluida: Por el contrario, es posible inferirla a partir de determinadas formulaciones del artículo 149.1 (7.º, 12, 28), pero con una entidad, en

(13) *La primacía...*, cit. núm. 4, p. 295.

(14) Cfr. P. HÄBERLE: *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, cit. núm. 6, pp. 36-39.

(15) «1. En los supuestos en que a las Comunidades Autónomas sólo les corresponda la ejecución de la legislación del Estado, éstas deberán sujetarse a las normas reglamentarias que las autoridades estatales dicten, en su caso, en desarrollo de aquélla, sin perjuicio de la facultad de organizar libremente sus propios servicios.—El Gobierno velará por la observancia por las Comunidades Autónomas de la normativa estatal aplicable y podrá formular los requerimientos procedentes, a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas.—Cuando tales requerimientos sean desatendidos o las autoridades de las Comunidades Autónomas nieguen reiteradamente las informaciones requeridas, el Gobierno procederá, en su caso, en los términos previstos en el artículo 155 de la Constitución.»

(16) Madrid, 1981, pp. 53-54.

conjunto, bastante alejada de la asumida en la Constitución de la República (17). Han sido los Estatutos de Autonomía los que, en su función de actualización del título VIII, han devuelto a esta técnica parte de la entidad que le corresponde (18).

Precisamente la tarea del autor en esta primera parte de la obra es la de devolver su propia autonomía a esta técnica de articulación funcional tan poco destacada por nuestra Constitución, sobre todo una vez que se ha impuesto la «lectura legislativa» del artículo 148 CE. Ante todo se contrasta el federalismo europeo, donde esta técnica es tan usual, con el federalismo del nuevo continente, basado más tradicionalmente en la sola técnica de la distribución legislativa, según el principio de que la competencia de ejecución sigue a la de legislación. Esta técnica europea, que algunos autores han designado con el expresivo título de «federalismo de ejecución» (*Vollzugs-föderalismus*) (19), es descrita sobre la base de un estudio comparado de los ordenamientos alemán, austríaco y suizo, completado con una perspectiva histórica, que ayuda a la mejor comprensión de su alcance. De este modo se distingue entre una ejecución autonómica propiamente dicha —como competencia *propia* de la unidad política inferior— y una ejecución llevada a cabo por esta última en cuanto *comisionada* por el poder central, con evidentes repercusiones en el grado de control o supervisión. Precisamente será el ejemplo alemán el que mejor sirva para ilustrar esta técnica tanto por su extensión como por su carácter de ejecución «propia» y sólo excepcionalmente «comisionada» (20).

Por lo que hace a esta ejecución «propia» o autonómica en sentido estricto, que es la que ocupa la atención del autor (21), su «posibilidad» conceptual queda explicada a partir del solo y exclusivo control de legalidad al que dicha ejecución se halla sometida: la subordinación funcional no va acompañada de una subordinación jerárquica (control de oportunidad), en lo cual estriba «el *punctum saliens* del problema» (p. 36). En cuanto a la justificación o razón de ser de esta precisa técnica de distribución de competencias, la misma no puede ser otra, ante todo, que la inherente al fenómeno de la descentralización administrativa: el que el *momento* ejecutivo de la acción de los poderes públicos pueda tomar más intensamente en consideración las

(17) Una posible explicación de este fenómeno podría ser la de que el constituyente dejó abierta la eventualidad de toda una autonomía articulada sobre esta técnica: la sustentada en el artículo 148 CE, cuyas competencias —bien que esotéricamente— podían ser exclusivamente de ejecución; no debiendo olvidarse, por lo demás, que dicha autonomía no tenía por qué ser necesariamente una simple «fase» previa a la «plena».

(18) Art. 12 EAPV, art. 11 EAC, art. 29 EAG, art. 17 EAA.

(19) El autor adopta sin reservas dicha expresión (p. 23, núm. 3) que, si bien es correcta como simple designación de una técnica de articulación funcional en un contexto ya federal, su recepción en nuestro léxico jurídico-público podría inducir al equivoco de que es posible una autonomía o incluso un federalismo basado o consistente en competencias de ejecución, algo que, por sí sólo, no cabe perder de vista que es casi una *contradictio in adiecto*, dado que lo que caracteriza a la autonomía propiamente dicha es el abarcar también competencias de legislación.

(20) Resulta muy interesante la explicación ofrecida (pp. 28-31, en especial núm. 16) de la opción austríaca por la modalidad de ejecución «comisionada»: la defensa de la «administración federal indirecta» por parte de la Escuela de Viena como la solución más democrática.

(21) Con todo, el autor se muestra partidario (p. 18) de un empleo a fondo de las posibilidades de la «administración comisionada» en las relaciones Comunidades autónomas-Entes locales, que considera incluso obligado por la Constitución en base al principio de descentralización (art. 103.1, CE). La virtualidad de dicho principio, sin embargo, no afectaría menos a las relaciones Estado-Comunidades autónomas.

especiales circunstancias de ámbito territorial inferior que el *momento* legislativo, en su abstracción natural, no puede atender, para lo cual, y so pena de reducirse a simple fenómeno de desconcentración, resulta preciso que dichos poderes públicos locales ostenten una legitimación democrática (representación) originada precisamente en dichos ámbitos territoriales inferiores. Además de ello, cuando esta técnica se inserta en un contexto de descentralización política, la misma permite encomendar a las unidades políticas inferiores competencias de ejecución en materias cuya legislación no cabe encomendarles sin poner en cuestión la unidad del Estado (22).

A partir de estas consideraciones introductorias se entra en el estudio de esta técnica en nuestro derecho positivo, lo que tiene lugar a través de dos apartados dedicados sucesivamente a la competencia de las Comunidades autónomas y a la competencia del Estado en esta técnica de articulación funcional. De todos modos, el

(22) En este contexto aparecen una serie de formulaciones que darían pie a hablar de una explicación «democrático-poblacional» del fenómeno descentralizador en general. Así, «una de las más firmes justificaciones de las autonomías territoriales o de la descentralización» (p. 38) e incluso «el nervio mismo del sistema federal» (p. 145) se encontraría en el «principio de control popular y representativo» (p. 38), en el «principio participativo de las poblaciones» (p. 145); la Constitución habría «querido también que la ejecución de esa legislación uniforme sea propia de las poblaciones de cada Comunidad autónoma o, si se prefiriere, realizada por una Administración controlada por sus propios órganos representativos» (p. 40); similares referencias a las «poblaciones» aparecen en este mismo contexto (pp. 49, 60). Se asiste así a un reforzamiento, de una parte, de la explicación «democrático-representativa» del fenómeno descentralizador que, si ciertamente es una explicación (y seguramente la única que cabe aducir respecto de algunas —dejemos de lado si las más o las menos— de nuestras Comunidades autónomas): «acercamiento» de la Administración a los administrados, del gobierno a los gobernados como variante de la «profundización» de la democracia, no es, desde luego, la única y, en todo caso, no es «la» explicación de la de aquellas Comunidades autónomas que han estado en el origen de nuestro actual sistema generalizado de descentralización política: la explicación, para entendernos, «histórico-nacionalista», indispensable, por lo demás, para entender fenómenos europeos paralelos (Jura, Flandes, Escocia, Córcega, Alto Adigio). Algo, por lo demás, de lo que el autor es consciente (Cfr. *Estudio preliminar*, cit. núm. 2, p. 14), lo que quizá haga más llamativo el silencio respecto de estos otros argumentos, en esta ocasión.

De otra parte, las mismas formulaciones parecen implicar una explicación «democrático-radical» de la descentralización, como si la democracia descentralizada fuese más «directa», más «popular» las «poblaciones» mismas autogobernándose por medio de las técnicas descentralizadoras) que la democracia del Estado unitario. Lo cual, evidentemente, puede ser así, pero no tiene que serlo necesariamente: No siempre fueron idílicas las relaciones entre Democracia y Poder local, en cuya línea iban todavía los argumentos de la Escuela vienesa tan oportunamente traídos a colación por el autor, en cuya obra, por lo demás, se hace patente esta misma tensión dialéctica: La afirmación de que «La interiorización del aparato administrativo y de su responsabilidad de gestión en el seno de la Comunidad Autónoma es justamente la garantía para las poblaciones respectivas... de una efectiva ruptura de las tecnoestructuras burocráticas nacionales, esencialmente alienantes y normalmente ineficaces» (p. 49) no es óbice para advertir más adelante que la exclusión de cualquier control que no sea el de estricta legalidad sobre los poderes municipales puede dejar «entregadas a las masas de vecinos, normalmente indefensos, a las arbitrariedades municipales» (p. 137, núm. 115).

Finalmente convendría advertir frente a la tentación que ya se advierte en alguna doctrina —a la que podrían aproximarse las formulaciones que comentamos— de una incorporación indiferenciada de «las autonomías» lo mismo las de los individuos que las de los Entes locales, Comunidades autónomas incluidas), «a la italiana», en el ámbito de «lo Stato-Comunità». No parece que ese sea el mejor camino para comprender nuestro Estado «compuesto».

análisis de las respectivas competencias estatales y autonómicas se apoya mucho más en el apartado IV, que es el dedicado a las competencias del Estado, que no en el III, dedicado a las de las Comunidades autónomas. Este último, en su brevedad, lo que trata sobre todo es la «potestad organizatoria» que corresponde a las Comunidades autónomas en relación con los servicios que deben hacerse cargo de dicha «ejecución» (23). Baste por lo demás subrayar las expresiones con las que aparece descrito el contenido de esta competencia de ejecución autonómica:

«La estrategia de la ejecución legal, la organización interna más adecuada para ello, la disposición concreta de los distintos medios personales, reales, financieros, para conseguir el fin abstracto de la ejecución de una norma igualmente abstracta, el control de la eficacia y del rendimiento de ese fin, la disponibilidad plena de las potestades discrecionales que de la norma resulten y, por tanto, las apreciaciones de oportunidad a que la propia norma remita, todo eso son competencias propias del ente autonómico, competencias además que sólo están sometidas, en ese orden de cosas (...); al control político último de la respectiva Asamblea regional» (pp. 47-48) (24).

Pero, como decíamos, el apartado fundamental de esta primera parte de la obra es el IV, en el que, a través de la descripción de las competencias del Estado, quedan perfiladas las respectivas posiciones del poder central y de los poderes autonómicos en la técnica que nos ocupa. Aquí entramos de lleno en ese Derecho constitucional, al que tan intensamente le va a corresponder colaborar con la justicia constitucional (25).

Estas páginas tratan, ante todo, de la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional acerca del «concepto material de legislación»; en segundo lugar se ocupan de la necesidad de mantener un aparato burocrático central en estas materias de ejecución autonómica (a efectos de planificación, preparación de proyectos legislativos y elaboración de reglamentos de ejecución) e incluso de algún soporte periférico. Por último se tratan aquellos supuestos excepcionales en los que el Estado deberá participar en la ejecución o administración en sentido estricto de dichas materias: La ejecución de alcance supracomunitario, posibles intervenciones en circunstancias excepcionales y, finalmente, las intervenciones derivadas de la doctrina de la «noción material de bases». Temas todos ellos en los que merecería la pena detenerse; sin embargo, ante la imposibilidad de hacerlo, nos limitaremos al que posiblemente resulte más expresivo en el contexto que nos ocupa.

(23) «Potestad organizatoria» que, al aludir a «al contenido de las disposiciones, no a su forma» (STC 35/1982, Fto. Jco. 2), puede adoptar tanto la forma de Reglamento como de Ley autonómica. Más adelante tendremos ocasión de incidir sobre similares manifestaciones de esta característica orientación *materialista* o, si se prefiere, *informalista*, de nuestro Tribunal Constitucional.

(24) El paréntesis no reproducido introduce, no obstante, un factor de relativización del que habremos de ocuparnos más adelante, en lo que llamaremos el «concepto material del control de legalidad»: «(y siempre sin que ello pueda suponer apartamiento de la finalidad ejecutiva de la ley y, por ende, del sometimiento a ésta, título por el que veremos que el Estado puede pretender alguna intervención, la cual en ningún caso podrá afectar al carácter autonómico estricto de todo lo expuesto)».

(25) Cfr. P. HÄBERLE: *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, cit. núm. 6, pp. 18-24.

Concretamente, la doctrina del «concepto material de legislación», desarrollada y consolidada a lo largo de 1982 por el Tribunal Constitucional (26), según la cual el término «legislación» que aparece en el artículo 149.1 CE no debe recibir una interpretación formal (normas con rango de ley, incluso tampoco normas con fuerza de ley), debiéndose entender que «incluye también los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos; es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley, y, por ende, como complementarios de la misma... Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a aspectos organizativos» (27).

Dada la adhesión expresa del autor a esta reciente doctrina del Tribunal Constitucional, y considerando su relevancia en el contexto de la técnica de articulación funcional que nos ocupa, merece la pena detenerse en la misma (28).

El Tribunal construye la citada doctrina a través de una interpretación básicamente teleológica —las necesidades de unificación de la normativa aplicable a una determinada materia por medio de la colaboración de Ley y Reglamento— con remisiones genéricas a «la moderna doctrina» científica (29). La construcción es, a nuestro entender, forzada y tendría que responder por qué cabe una disociación entre una legislación básica única y una legislación de desarrollo plural (con el consiguiente desarrollo reglamentario plural), en tanto no cabría una disociación entre legislación única y desarrollo reglamentario plural. Desde luego no es coherente con otras razones que están en el origen de la potestad reglamentaria misma, cual es la de que son los poderes públicos encargados de la ejecución quienes más preparados se hallan para adoptar el desarrollo de la norma cuya ejecución de les encomienda.

El Tribunal, sin embargo, no se ha contentado con esta argumentación finalista contenida en la citada sentencia del Tribunal Constitucional 18/1982. En la segunda de las sentencias en las que se formula esta doctrina, tras realizar una consideración extraordinariamente atinada y oportuna acerca de las relaciones entre Ley y Reglamento, el Tribunal sostiene sofisticadamente que:

«Esta distinción clásica (entre Ley y Reglamento) no es ni puede ser, por definición, criterio de delimitación competencial, pues no hay materia alguna en la que, estando la legislación atribuida al Estado, no pueda ser regulada por el legislador» (30).

De este modo nos enteramos de que precisamente la técnica que constituye el único modo de delimitación competencial seguro, el *formal* o *competencial*, en sentido literal (es decir, el basado en relaciones de subordinación funcional) «no es ni puede ser, por definición, criterio de delimitación competencial»; que los únicos criterios conceptualmente posibles serían, por tanto, los *materiales* (es decir, los basados en relaciones de coordinación funcional). Algo, pues, que, para empezar, exigiría la exclusión de la misma competencia legislativa del mundo de los conceptos: porque no habría materia atribuida al legislador en la que el constituyente no pudiese

(26) STC 18, 35, 39, 57 y 71/1982.

(27) STC 18/1982. Fto. Jco. 5.

(28) Pp. 55-58, núm. 26. También en *La significación...*, cit. núm. 7, pp. 69-70, núm. 8.

(29) STC 18/1982. Ftos. Jcos. 2 a 6.

(30) STC 35/1982. Fto. Jco. 2.

interferir ilimitadamente. Del mismo modo que excluiría conceptualmente cualquier competencia legislativa concurrente subordinada: porque la correlativa competencia legislativa concurrente supraordenada podría interferir en la misma con idéntico carácter ilimitado. Etcétera (31).

Pero la verdadera cuestión a resolver es por que el Tribunal ha optado por esta vía —siempre sujeta a debate— de la interpretación finalista, cuando no la del puro sofisma, cuando contaba con unos preceptos, los estatutarios, que consignan taxativamente la competencia reglamentaria estatal en la técnica de articulación funcional que nos ocupa. Pues es, en efecto, en los Estatutos de Autonomía (32) donde se encuentra el título competencial de esta potestad reglamentaria del Estado, tal como lo advertía, por lo demás, el Informe de la Comisión de Expertos (33). Parece, sin embargo, como si al Tribunal los títulos estatutarios le pareciesen insuficientes, de escasa garantía, como si no fueran, en ocasiones, las normas estatutarias tanto o más rígidas que las mismas normas constitucionales.

La razón, no obstante, podría ser otra: la de que ni los Estatutos ni la misma LOAPA impiden que la Ley estatal habilite para su desarrollo reglamentario a los Gobiernos de las Comunidades autónomas: una posibilidad que queda excluida precisamente por la doctrina del concepto material de legislación, desde el momento en que, con base en la misma, los reglamentos de ejecución pasan a formar parte de la competencia exclusiva del Estado, convirtiendo en inconstitucional la Ley estatal que dicha habilitación intentase.

Y, sin embargo, hay bastantes razones para pensar que el resultado que se acaba de describir no ha sido en absoluto querido por la Constitución. En nuestra opinión, y con la sola Constitución en la mano, lo único que honestamente debía escribir en el año 1979 es lo que se contiene en el capítulo VI, apartado VI («Los Reglamentos de las Comunidades autónomas») del «Curso de Derecho administrativo» del propio autor, junto con T. R. FERNÁNDEZ (34). De otro lado, la actitud de la Ponencia constitucional frente a determinadas enmiendas induce a pensar que se prefirió no

(31) Cfr. el trabajo, bien conocido entre nosotros, de A. MERKL: «Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung», *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 2 (1921), pp. 336-359.

(32) Art. 20.4 EAPV; art. 25.2, inciso 2.º EAC; art. 37.3 EAG; art. 41.4 EAA. El Tribunal, sin embargo, sólo alude a estos preceptos como confirmación de su argumentación teleológica: STC 18/1982, Fto. Ico. 6.

(33) Cit. núm. 16, p. 54.

(34) Madrid, Civitas, 1980, 3.ª ed. Capítulo redactado antes de la aprobación de los primeros Estatutos (*Estudio preliminar*, cit. núm. 2, p. 30, núm. 45). No nos parece, pues, y en esto disintimos del autor en la obra que comentamos (p. 55, núm. 24), que los autores del «Curso» hubiesen «sostenido erróneamente» nada en el momento en que esas páginas fueron escritas. Incluso el párrafo más polémico, quizá con una salvedad, es defendible: «Lo que sí debe entenderse prohibido, en cambio, en cuanto contrario al principio de autonomía, cuyo libre juego no puede excepcionarse sino de modo expreso, es la posibilidad opuesta, que también contemplaba el artículo 20 de la Constitución republicana en su párrafo segundo, es decir, que el Gobierno central pueda por su propia autoridad dictar Reglamentos en aquellas materias en las que las competencias de ejecución estén atribuidas a las autoridades regionales», (p. 290). La salvedad sería el supuesto de que el mismo legislador estatal a quien habilitase para el desarrollo reglamentario de una ley fuese a dicho Gobierno central, cuya prohibición constitucional no sería tan clara.

adoptar una solución con rango constitucional en esta materia (35). Cuyo título competencial tendría que ser así el derivado de los Estatutos de Autonomía, en los términos en los mismos contenidos y reiterados, por su parte, en la LOAPA: unos términos que no excluirían —y que incluso permitirían de forma regular— el que la Ley estatal habilite a los Gobiernos autonómicos en lugar de al Gobierno de la nación para dictar su desarrollo por vía reglamentaria. Pues no se debe olvidar que, después de todo —y como ha recordado oportunamente el Tribunal Constitucional—, el poder reglamentario «salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar donde el primero (el poder legislativo) lo habilita» (36).

La supervisión o inspección estatal sobre la ejecución autonómica de la legislación del Estado es el segundo de los grandes principios en torno a los cuales, como decíamos, se articula la obra, a partir del cual, casi sin solución de continuidad y como última fase de dicha facultad de supervisión, se pasa al tercero de dichos principios: el recurso a las facultades previstas en el artículo 155 CE.

Precisamente los apartados V y VI tienen por objeto probar la existencia en nuestro ordenamiento de un «poder general de supervisión» o «potestad de supervisión estatal». El punto de partida es, de nuevo, el Derecho comparado, tanto vigente como histórico, donde la técnica de articulación funcional que nos ocupa ha ido regularmente acompañada de unas facultades federales de inspección o supervisión (37). Dado que la Constitución española guarda silencio respecto de estas facultades de inspección, su existencia viene sostenida, de una parte, en base a la interpretación sistemática y teleológica de diversos principios contenidos en la Constitución; de otra parte, en base a dos posibles títulos competenciales directos. Tales posibles títulos serían, el primero, derivado del artículo 149.1. 1.ª, CE que reserva, como es sabido, al Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales»: entre estas condiciones básicas podría encontrarse precisamente la instauración de una inspección estatal sobre la ejecución autonómica de la legislación del Estado. El segundo de dichos títulos competenciales sería el mismo artículo 155 CE, pues, al facultar al Estado para adoptar medidas frente al incumplimiento de sus obligaciones por parte de las Comunidades autónomas, dicho artículo presupondría, como una competencia implícita, derivada de la naturaleza de las cosas, la existencia de una previa facultad de inspección o supervisión que permitiese constatar tales incumplimientos. La misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional iría en esta línea: Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1982 («Alta inspección en materia de enseñanza»), al conectar de modo muy particular esta «alta inspección» con las obligaciones estatales en relación con el artículo 149.1. 1.ª, CE, o la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1982 («emisoras vascas de frecuencia modulada») al admitir facultades de inspección no taxativamente previstas.

(35) Cfr. arts. 133 y 134 del anteproyecto de 5 de enero de 1978, así como las enmiendas 305 y 306.

(36) STC 35/1982. Fto. Jco. 2.

(37) Sobre las cuales, la monografía más importante, justamente resaltada, sería la publicada por HEINRICH TRIEPEL en el año 1917 («Die Reichsaufsicht») sobre la base del Derecho público alemán del período 1871-1918, con influencia todavía en la doctrina del período de Weimar, como se puede observar reflejada en la obra de GERHARD ANSCHÜTZ y RICHARD THOMA: *Hanbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, pp. 363 y ss.

Sin entrar en el detalle de toda esta fundamentación —lo que por lo demás resultaría inviable en este lugar—, sí cabe insistir en el sentido de una reflexión formulada anteriormente. En efecto, al igual que en el caso de los reglamentos de ejecución nos encontramos aquí, a nuestro entender, con una competencia que nuestro ordenamiento no ha regulado con rango constitucional, pero que sí lo ha hecho con rango estatutario (38). Ciertamente, los Estatutos de Autonomía no se manifiestan con la claridad que hubiera sido deseable, pero es de la interpretación, precisamente, de estos preceptos estatutarios de lo que se trata: unos preceptos que habrán de ser interpretados, sin duda, no sólo «conforme a la Constitución» sino «junto con» la Constitución, pero sin olvidar que es de la interpretación de dichos preceptos estatutarios de lo que se trata, porque en ellos se radica el título competencial del Estado, en este caso.

Precisamente, las distinciones clásicamente formuladas por TRIEPEL podrían auxiliar en la tarea interpretativa de tales preceptos: Así, por ejemplo, la distinción entre «vigilancia superior» (*Oberaufsicht*) —que Anschütz prefirió denominar «vigilancia de la asociación» (*Verbandsaufsicht*) (39)— y «vigilancia inmediata», la primera de las cuales tiene como únicos destinatarios de la misma a los órganos políticos, concretamente al Gobierno, de los Estados-miembros, sin poder efectuarse sobre autoridades administrativas inferiores, en tanto la segunda podría descender a comprobar el funcionamiento de cada uno de los servicios vinculados a dicha administración autonómica. Precisamente lo que caracteriza a la «inspección federal» de la RFA en la técnica concreta que nos ocupa es su carácter de «vigilancia superior» o «*Verbandsaufsicht*» (40).

¿Dónde englobar la «alta inspección» reservada al Estado respecto de determinadas materias en las que las Comunidades autónomas asumen diversas competencias? La expresión «alta inspección» podría llevar a pensar que se trata de una recepción literal de la *Oberaufsicht* o «vigilancia superior», es decir, la que se detiene y limita a la inspección ejercida sobre los Gobiernos autonómicos. La jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia 6/1982, al aceptar la legitimidad del Real Decreto 480/1981, viene a enseñar que dicha «alta» inspección, a pesar de su nombre, no tiene por qué limitarse al control sobre el Gobierno autónomo, sino que puede descender a la inspección de cada uno de los centros, que se trata, por tanto, de una «vigilancia inmediata» (*unmittelbare Aufsicht*): Si se la califica de «alta» es por otra razón, porque —aunque inmediata— es una inspección que se limita al control de aquellos aspectos sobre los que el Estado conserva obligaciones (149.1.1.º, 30.º) (41). Ello no quiere evidentemente decir que allí donde los Estatutos no hayan reservado al Estado esta facultad de «alta inspección» éste carezca de medio alguno para seguir el cumplimiento por parte de la Comunidad autónoma de sus obligaciones constitucionales y legales, tanto en relación con la técnica de articulación funcio-

(38) Cfr. p. 97, con las referencias allí contenidas.

(39) Cit. núm. 37, p. 366.

(40) «La vigilancia federal sólo puede ser ejercida frente al *Land* como tal. En el ámbito de la vigilancia federal el *Land* aparece siempre frente a la Federación como una unidad cerrada, representada por el Gobierno del *Land*». MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ, Grundgesetz Kommentar, art. 84, Rdn. 51.

(41) Ftos. Jcos. 3, 4 y 5.

nal que nos ocupa como en relación con cualesquiera otras obligaciones autonómicas: pero se tratará de una vigilancia ejercida sobre la Comunidad autónoma globalmente considerada («Verbandsaufsicht»), dirigidas a la utilización eventual de los recursos que la Constitución pone a su alcance (tanto en su artículo 153 como en su artículo 155) y no muy diferente, en definitiva, de la vigilancia que también habrá de ejercer la propia Comunidad autónoma frente al Estado como paso previo a la utilización de los recursos que —también a ella— la Constitución pone a su alcance frente a una invasión estatal de sus propias competencias:

Por lo que se refiere a la otra gran distinción acuñada por TRIEPEL, la distinción entre una «vigilancia dependiente» —que correspondería aproximadamente a lo que nosotros entendemos por «control de legalidad»— y una «vigilancia autónoma» —que correspondería, también de forma aproximada, a nuestro «control de oportunidad» (42)—, la misma aparece detenidamente tratada en el apartado VII de la obra «La extensión del poder estatal de supervisión», cuyo punto de partida es inequívoco: Sólo el control de legalidad es compatible con el concepto mismo de autonomía (páginas 132-133). El desarrollo, sin embargo, de este control de legalidad a lo largo de dicho apartado, pone de manifiesto que nos encontramos ante lo que podríamos calificar, como ya adelantábamos, «concepto material de control de legalidad». En efecto, nos hallamos ante una comprensión del control de legalidad que recuerda intensamente la argumentación de otras concepciones «materiales» o «informales» del Tribunal Constitucional («legislación», «bases-normas básicas», «potestad organizatoria»); así, de una parte, tenemos que el poder de supervisión no puede extenderse a «todas y cada una de las infinitas cuestiones de legalidad que puedan plantearse con motivo de la ejecución autonómica de las leyes estatales» (p. 134), que se trata de una «fiscalización bastante limitada, discontinua, podríamos decir, que no comprende la legalidad completa de toda la acción ejecutiva en su integridad» (p. 135). Ahora bien, aunque no se controle toda la legalidad formal, tenemos, de otra parte, que si se controla el modo como esa legalidad en sus aspectos básicos se ejecuta, que si se controlan «los criterios generales en la interpretación o aplicación de las leyes» (página 135); en particular la inspección deberá versar sobre «conductas significativas» (*ibid.*): «lo relevante serán las conductas» (p. 138): «... la legalidad en la ejecución autonómica se supervisa por el Estado no sólo desde la perspectiva de la legislación concreta a ejecutar, sino desde todo el "bloque de la legalidad" estatal, comenzando, por supuesto, por la Constitución misma e incluyendo tanto sus normas expresas como los principios institucionales» (p. 140).

Entre los cuales se encontraría el equivalente en nuestro ordenamiento al principio de «lealtad federal», que permitiría precisamente un control sobre dichas «conduc-

(42) Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta distinción del Derecho público alemán entre «vigilancia dependiente» y «vigilancia autónoma» se halla en estrecha dependencia de los específicos orígenes del Derecho federal: En efecto, no era igual que la facultad de vigilancia (*Reichsaufsicht*) se ejerciese sobre una materia sobre la que todavía el *Reich* no hubiese hecho uso de su competencia legislativa —en cuyo caso carecía de dicho parámetro legislativo de vigilancia (*selbständige Aufsicht*)— que el que ya existiese legislación del *Reich* sobre la materia, en cuyo caso la vigilancia sería de legalidad (*abhängige Aufsicht*). Nos encontramos, pues, también aquí ante esos condicionamientos que a los ordenamientos de los Estados compuestos imponen sus respectivos orígenes. Cfr. a este respecto, I. DE OTTO: «La prevalencia del derecho estatal sobre el regional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2 (1981), pp. 57-92.

tas significativas», sobre dichos criterios generales a la hora de interpretar o aplicar las leyes: son tales controles los que invitan a hablar de una noción «no formal», de un «concepto material del control de legalidad» (43).

Quizá debiéramos situar el punto de partida que conduce al tercero de los citados principios en la segunda y más característica de las fases que integran la institución de la vigilancia o inspección federal, la *fase de corrección*. En efecto, desde TRIEPEL se acostumbra a distinguir en esta institución entre una *fase de observación* o de vigilancia propiamente dicha (*Beobachtungsfunktion*), que es la única tratada hasta este punto, y una *fase de corrección* (*Berichtigungsfunktion*), que permite a la autoridad protagonista de dicha vigilancia poner fin a las eventuales irregularidades constatadas (44). Es precisamente esta fase de corrección la que permite hablar de una inspección o vigilancia federal *formalizada*, como instrumento autónomo de defensa de la Federación (45), pues una inspección o supervisión limitada a sus estrictos términos difícilmente podrían justificar los términos «poder» o «potestad» normalmente utilizados por el autor para referirse a la misma.

Así, en particular, el federalismo alemán cuenta a partir de 1871 con un mecanismo correctivo en el que participa el Consejo Federal y al que la doctrina se acostumbró a designar con un término tomado del Derecho privado: *Mängelrüge*, que cabría traducir por «reclamación por vicios» (46). El ordenamiento alemán vigente ha mantenido este mecanismo, que viene contemplado en el artículo 84.4 de la *Grundgesetz*. Si, como resultado de la actividad de inspección, se constata una actuación ilegal del Land, y ésta no es corregida, el Consejo Federal (*Bundesrat*) puede declarar que el Land ha actuado ilegalmente. El Land, por su parte, ante dicho pronunciamiento, puede recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal; si en el plazo de un mes no lo hace, el pronunciamiento del Consejo Federal es vinculante (47).

(43) Una virtualidad equivalente a la de la «lealtad federal» podría desplegarla el principio de *solidaridad contenido en el artículo 2.º CE* (p. 140). Véase, sin embargo, las fundamentadas reservas de LEISNER a un control articulado autónomamente sobre la *Bundestruge*: «El principio de la lealtad federal es siempre, sin discusión alguna, *lex interpretatoria*, nunca *lex interpretanda*» («Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht. Prozessregelungen für einen vergangenen Föderalismus?», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, comp. Chr. Starck, vol. 1, Tübinga, 1976, pp. 260-291), p. 282. Véase también, en la misma línea, HESSE, cit. número 3, pp. 102-104.

(44) Cit. núm. 37, p. 120.

(45) Y lo que explica, en definitiva, que TRIEPEL se expresase con respecto a la vigilancia federal en los términos que SCHAFER utiliza como cita de encabezamiento de su trabajo «*Bundesaufsicht und Bundeszwang*» (*Archiv des öffentlichen Rechts*, 78, pp. 1-49): «Es la articulación jurídica y el tratamiento práctico de la vigilancia federal lo que puede demostrar si la Constitución del Estado Federal y su supremacía sobre los Estados miembros es verdad o mentira».

(46) Cfr. Anschütz, cit. núm. 37, p. 376. Cfr. igualmente voz «*Mängelrüge*» en CREIFELDS: *Rechtswörterbuch*, Munich, 1981. La literalidad del término *Mängeln* («deficiencias») utilizado en el art. 84.4 de la *Grundgesetz* no empece al carácter de estricto control de legalidad en que se inserta. Cfr. K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, Munich, 1980, página 805.

(47) *Ibid.*, p. 806. Cfr., acerca de la situación de superación y desuso de estas instituciones en la RFA., LEISNER, cit. núm. 43, pp. 287-289. Particularmente interesante en este contexto resulta su vinculación de esta decadencia al perfeccionamiento del control jurisdiccional de la

La introducción de este mecanismo correctivo en nuestro Derecho fue propuesta por la Comisión de Expertos sobre Autonomías en el ya citado principio segundo informador de la recomendada Ley de Ordenación del Proceso Autonómico (48); la LOAPA, sin embargo, ha procurado llegar al mismo resultado práctico, si bien conectando directamente dicho mecanismo con las facultades contenidas en el artículo 155 CE. Esta última será, adelantémoslo ya, la solución propuesta por el autor en relación con la *fase correctiva* de la supervisión estatal.

En cuya opinión el artículo 155 CE no sería una simple transcripción del artículo 37 de la *Grundgesetz*, y ello no sólo por las referencias a actuaciones gravemente atentatorias al interés general de España como complementarias de actuaciones contrarias a derecho —en lo que hay acuerdo— sino, por lo que aquí respecta, en base al trámite suplementario de requerimiento previo dirigido al presidente de la Comunidad autónoma. Esta cautela, introducida por el Senado en el curso del proceso constituyente, le permite sostener que en el artículo 155 CE se habría operado la *refundición* en un solo precepto de las dos instituciones alemanas de la *Mängelrüge* y del *Bundeszwang*, o coerción federal (49).

Esta tesis, no hace falta decirlo, tendría una clara intención de política constitucional, la «desdramatización» (p. 177) del artículo 155 CE:

«El artículo, por ello, y por su inserción clara como pieza clave del mecanismo institucional de la supervisión estatal sobre la ejecución autonómica de la legislación del Estado, así como por la significación central de esta institución en todo el sistema autonómico, debe ser resueltamente desdramatizado y convertido en un resorte de Estado ordinario y común» (pp. 172-173).

Nos encontramos, pues, como no es difícil comprobar, ante la tesis más polémica de la obra, formulada además en términos cuya valentía es de justicia reconocer.

La cuestión que procedería a estas alturas plantearse sería la de cuál ha sido la necesidad que ha conducido a la postulada «normalización» de un precepto que, desde luego, no debe ser *dramatizado* más allá de sus propios términos —algo a lo que, por lo demás, quien esto escribe quizá haya contribuido en otra ocasión (50)—.

Administración y, en suma, del Estado de Derecho: *La vigilancia federal como objeto de los conflictos entre la Federación y los Länder constituye un instrumento federal de época anterior al Estado de Derecho (aus vorrechtsstaatlicher Zeit)*, *ibid.*, p. 288 (cursiva del autor).

(48) «... Los requerimientos que el Gobierno estatal formule habrán de configurarse como vinculantes para las Comunidades Autónomas. Cuando éstas, por cualquier circunstancia, nieguen las informaciones requeridas o dificulten la labor de los comisionados, podrá articularse un procedimiento para que el Senado se pronuncie sobre la cuestión, sin perjuicio de las competencias del Tribunal Constitucional...», cit. núm. 16, p. 53.

(49) «Esto es: en realidad, el constituyente español ha refundido en el artículo 155 de la Constitucional dos instituciones diferentes, tomadas ambas del Derecho constitucional alemán: la *Bundeszwang*, o coerción federal, y la técnica, que es ya propia de la *Bundesaufsicht* o supervisión federal, de que el Gobierno, y si fuese desatendido, el *Bundesrat* o Senado, declaren incumplido un deber constitucional por un *Land*» (p. 167).

(50) Como justamente señala el autor, prestando amable atención a las expresiones en dicha ocasión vertidas (p. 171). Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «La protección extraordinaria del Estado» en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, pp. 175 y ss.

pero sobre la base siempre de admitir el dramatismo intrínseco a las situaciones contempladas.

Pues, ¿acaso no dispone el Estado del recurso normal a los tribunales de justicia y al Tribunal Constitucional para obtener una sentencia condenatoria de una actuación ilegal de una Comunidad autónoma? ¿Para qué, entonces, recurrir al aparato *escenario* de un Senado decidiendo por mayoría absoluta sobre una cuestión, respecto de la cual, en lo que tenga de jurídica, le faltará preparación, y en lo que tenga de política, le faltará, como sabemos, legitimidad?

La dificultad, en opinión del autor, estriba en que los términos en los que aparecen redactados tanto el «conflicto de competencia» como las «impugnaciones» del artículo 161.2 CE no permiten enfrentarse con las irregularidades de las Comunidades autónomas aquí particularmente contempladas, las cuales no se traducen en actuaciones concretas y determinadas sino más bien, como vimos, en «conductas significativas», en actitudes generales no concretables, pues, en ilegalidades precisas y específicas. Ella sería, en definitiva, la razón: «... Esta conclusión es importante, porque si otra cosa fuera todo el problema de la supervisión estatal de que estamos tratando podría encontrar solución por la sencilla vía del conflicto de competencia» (p. 181).

Nuestro parecer, sin embargo, es el de que es «la sencilla vía del conflicto de competencia» —o, eventualmente, la de las «impugnaciones»— la que el Estado puede y debe seguir incluso cuando se encuentre ante estas actitudes o conductas más o menos genéricas. No nos parece que el Tribunal negase la admisión a trámite de un supuesto de este tipo dadas sus facultades de interpretación del ordenamiento, tanto sustantivo como adjetivo, de las que no ha dejado de hacer uso y siempre que se encontrase ante un planteamiento mínimamente fundamentado.

Al artículo 155 CE debe por tanto dejársele, en nuestra opinión, donde está, ni más ni menos. ¿Qué duda cabe que la negativa de una Comunidad autónoma a acatar una sentencia del Tribunal Constitucional nos situaría en ese contexto innegablemente crítico en el que dicho artículo adquiriría todo su protagonismo? (51). ¿Qué duda tiene, por lo demás, que una rebelión de una Comunidad autónoma —o cualquier otra situación igualmente grave que impidiese por su urgencia el recurso al Tribunal Constitucional— otorgaría dramática actualidad al artículo 155? (52). Pero éstos, y no otros, son los *contextos* del artículo 155 de la Constitución; lo que excluye, en nuestra opinión, la propugnada *bifuncionalidad* o *funcionalidad alternativa* del precepto, que nos parece innecesaria y, sobre todo, generadora de tensiones suplementarias.

(51) Situación, por lo demás, que podría tener perfectamente su origen en una irregularidad cometida por una Comunidad autónoma en la ejecución de la legislación estatal, constatada por el Estado y no enmendada por la propia Comunidad.

(52) El autor se enfrenta en las pp. 184 y ss. a la cuestión, ciertamente compleja, de las medidas a disposición del Estado en estos supuestos, terreno ya inseguro en la *Grundgesetz* (Cfr. STERN, cit. núm. 46, I, p. 560), pero más aún en la Constitución patria en virtud de las «cláusulas generales» intercaladas en el curso del proceso constituyente: «medidas necesarias... para la protección del mencionado interés general». Parece claro que una disolución de la Comunidad autónoma se encuentra excluida (*Liquidation*); bastante menos claro —y en ello diferimos del autor— nos parece la exclusión de una disolución y/o destitución de los órganos políticos de la Comunidad (*Sequestration*). Hay que tener en cuenta que aquí no juega la garantía del art. 116.5 inciso 2.º CE. Cfr., sobre esta última problemática, E. R. HUBER: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, volumen 3, 2.ª, ed. Stuttgart, 1978, pp. 1.029-1.032.

A la hora de recapitular, el problema básico que la lectura de la obra quizá suscite —y esta sería la objeción fundamental que cabría presentar en relación con la metodología comparativa seguida— sea el de la necesaria correspondencia, que a nuestro juicio nunca debe desatenderse, entre la *articulación funcional* —que constituye ciertamente el objeto predominante de la atención del autor— y la *articulación orgánica* de un Estado compuesto, o que aspira a serlo.

Funciones que, en sí, son —o, cuando menos, pueden ser— absolutamente legítimas desde su propia perspectiva funcional devienen inevitablemente «disfuncionales» desde el momento en que se apoyan en órganos distintos de aquéllos en el seno de los cuales, y en otros ordenamientos, surgieron. Este sería precisamente el caso, no hace falta decirlo, de los Consejos Federales de tipo germánico que son los que, para empezar, permitieron el desarrollo de la específica técnica de articulación funcional que nos ha ocupado: El *Vollzugsföderalismus* es así, ante todo. *Bundesratsföderalismus* (53): Es la presencia de estos peculiares órganos constitucionales la que ha permitido no sólo la consolidación de dicha técnica de distribución de competencias sino también la misma existencia de la técnica de defensa de la Federación que hemos visto: *Mängelrüge, Bundeszwang*. Pero no es sólo una cuestión de «presencias» sino igualmente de «ausencias»: Es la ausencia de una Justicia Constitucional la que explica la inserción de estas funciones en la Constitución de 1871 (54), como es la presencia de aquélla la que explica la irremediable decadencia de estos mecanismos a partir de 1949 (55).

El problema, por lo que a nosotros concierne, es que resulta imposible encomendar a un órgano funciones para las que estructuralmente no se halla preparado. Y no es ya que nuestro Senado tenga una composición diferente a la del Consejo Federal o

(53) Porque los *Länder*, ante todo, disponen en el *Bundesrat* o Consejo Federal del más idóneo órgano de vigilancia de la actuación de la Federación. Cfr. STERN, cit. núm. 46, l. p. 559; HESSE, núm. 3, p. 107. La expresión, en LEISNER, cit. núm. 43, p. 288.

(54) Resulta, a este respecto, especialmente ilustrativo el contraste entre la Constitución de 1849 (*Frankfurter Reichsverfassung*) y la de 1871. La Constitución de 1849 —que, aunque no llegó a estar vigente, tuvo una enorme incidencia en la historia constitucional alemana (HUBER, cit. núm. 52, vol. 2, p. 821)— a diferencia de la de 1871 cuenta con un órgano jurisdiccional de resolución de los conflictos entre el *Reich* y los Estados; de otra parte, a diferencia también de la Constitución de 1871, cuenta con un Senado federal de tipo convencional (*Staatenhaus*), pero no con un Consejo Federal (*Reichsrat, Bundesrat*). Este contraste es expresivo porque hace ver cómo en una Constitución que prevé unas facultades de vigilancia federal muy amplias su fase correctiva se canaliza, con una sola excepción, hacia el órgano jurisdiccional de resolución de conflictos Reich-Estados (*Reichsgericht*); y que en el caso excepcional indicado, que no es sino aquel en el que la urgencia no permite acudir al *Reichsgericht* quien interviene es el poder ejecutivo del Reich directamente (§ 54); la *Staatenhaus*, por su parte, queda por entero al margen de estas cuestiones. Las instituciones que nos ocupan tienen característicamente su origen en una Constitución que ha renunciado a un órgano jurisdiccional de resolución de conflictos federales y que ha instituido la peculiar figura del Consejo Federal, renunciando también a una cámara alta federal del tipo convencional: La Constitución de 1871 (*ibid.*, vol. 2, pp. 821-831, vol. 3, pp. 1.022-1.042).

(55) *Vid. supra.*, núm. 47. Todo con ello, con independencia de que la intensificación de las funciones preventivas del Consejo Federal hayan convertido a los «conflictos de competencia» ante el Tribunal Constitucional Federal en algo excepcional: Sólo nueve sentencias en veinte años (¿Cuántas llevamos nosotros en tres años?). Cfr. LEISNER, cit. núm. 43, p. 261. Como el mismo autor añade más adelante: «El *Bundesratsföderalismus* permite prescindir del *Prozess-Föderalismus*» (p. 288).

que su representación autonómica sea —como todos aprecian— deficiente. Es, más sencillamente, que no cabe *leer* «Senado» allí donde la *Grundgesetz* dice «Consejo Federal». Si el constituyente —a partir por cierto de una cámara alta inicialmente federal (56)— en algún caso lo hizo, como lo es notablemente en el del artículo 155, en su derecho —¿cómo no?— estaba; por *disfuncional* que haya quedado el precepto. Al intérprete de la Constitución, sin embargo, sólo le queda aplicar el principio clásico de la *corrección funcional*, evitando, cuando menos, potenciar las *disfuncionalidades* del propio constituyente (57).

Proles sine matre creata, parece que en cierta ocasión definió von MOHL al Consejo Federal alemán (58); el problema de nuestro Senado parece ser, por el contrario, que tiene más padres de los convencionales. La necesidad de una reforma de nuestro Senado (y no tanto con la vista puesta en las funciones *represivas* de las que aquí en particular se ha tratado sino, sobre todo, en consideración a sus posibles funciones *preventivas* o «aliviadoras de tensiones», *entlastende*, como dicen estos alemanes) es algo que cada día se irá haciendo sentir con más urgencia. Desde luego, hay que dar toda la razón al autor cuando remite al ejemplo de la Constitución norteamericana, mucho más deficiente que la nuestra en sus aspectos de articulación funcional de la Unión, y que, sin embargo, gracias a la paciente obra de su justicia constitucional, ahí sigue, a punto de cumplir los doscientos años (59). El problema es, sin embargo, que las «disfunciones orgánicas» son mucho más complicadas de resolver a través de la jurisprudencia constitucional que las «disfunciones funcionales», valga la redundancia. Y, sobre todo, que ni las unas ni las otras podrían quedar sin riesgo encomendadas a una labor que necesariamente habría de ser muy lenta, mucho más lenta en cualquier caso de lo que la dinámica política parece aconsejar.

Los Estados no son instituciones que puedan permitirse estar por mucho tiempo «en obras», aunque sean «de reforma». En este sentido, la construcción de nuestro Estado «de las autonomías» no debe hacerse esperar o, cuando menos, no puede detenerse. Una relevante personalidad política de nuestro Estado se refirió en una ocasión notable a la necesidad de que cada uno asumiese «su cuota de responsabilidad». En la tarea señalada EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA lo está haciendo —y esta obra es buena prueba de ello— plena y consecuentemente. La conciencia del carácter de su obra como inserta en ese «pluralismo de la ciencia» de que hablaba HABERLE «como presupuesto y garantía, a la vez que forma de expresión de la “Constitución del pluralismo”» (60), sólo hace más valiosa su decisiva aportación a la sustitución de la «historia» por el «sistema» en la definición de nuestro Estado.

(56) Cfr. art. 60.2 del Anteproyecto de 5 de enero de 1978: «Los Senadores serán elegidos por las Asambleas legislativas de los Territorios, entre sus miembros, por un periodo igual al de su propia legislatura, con arreglo a un sistema de representación proporcional y de manera que se asegure la representación de las diversas áreas del Territorio.»

(57) Cfr. HESSE, cit. núm. 3, pp. 27-28.

(58) Cfr. STERN, cit. núm. 46, vol. 2, p. 113.

(59) *La primacía...*, cit. núm. 4, pp. 286 y ss.

(60) *Rezensierte Verfassungsrechtswissenschaft*, cit. núm. 6, p. 17.

