

FUENTES DEL DERECHO, ESPACIOS CONSTITUCIONALES Y ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

SUMARIO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES. SISTEMA DE FUENTES, ESPACIOS CONSTITUCIONALES Y NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN.—I. LOS ORDENAMIENTOS: 1. *La pluralidad de ordenamientos europeo, estatal y autonómicos.* 2. *Diversidad de espacios y de niveles constitucionales:* 2.1. *La tensión constitucional entre ordenamientos: conflicto y confluencia.* 2.2. *La fragmentación del poder constituyente.* 3. *Las relaciones entre ordenamientos en los niveles infraconstitucionales. La comunicación entre el nivel político y el constitucional generada por el conflicto entre ordenamientos.*—II. LAS FUENTES: 1. *Relaciones entre fuentes y pluralidad de ordenamientos.* 2. *Sistema de fuentes y forma de gobierno.* 3. *Fuentes del Derecho y estructura territorial del Estado. El sistema de fuentes en el Estado autonómico.*—III. NECESIDADES CONSTITUCIONALES EN LOS NIVELES EUROPEO, ESTATAL Y AUTONÓMICO.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES. SISTEMA DE FUENTES, ESPACIOS CONSTITUCIONALES Y NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

En este veinticinco aniversario de nuestra Constitución, la primera consideración que podemos realizar acerca del sistema de fuentes, por más que obvia, no deja de resultar sorprendente: el sistema de fuentes no celebra su veinticinco aniversario. Esta peculiaridad de nuestro ordenamiento constitucional deriva del hecho de que la Constitución se abre a una pluralidad ordinamental (y, por tanto, de fuentes del Derecho) que no está en la propia Constitución sino que es el fruto de las remisiones que se producen en el texto constitucional. Como consecuencia de esas remisiones se han generado espacios constitucionales supra e infraestatales que contribuyen a conformar el sistema de fuentes del Derecho. Si bien es cierto que podríamos fijar determinadas fechas como susceptibles de abrir períodos aptos para la celebración de futuros aniversarios, lo cierto es que esos aniversarios nunca coincidirían con el del texto

constitucional. Por otra parte, no puede dejar de tenerse en cuenta el dinamismo inherente a esos otros espacios constitucionales, especialmente en la relación que se genera entre los diversos ordenamientos hoy existentes en el territorio nacional.

Que una gran parte de nuestro sistema de fuentes esté hoy fuera del texto constitucional y que no se haya intentado integrarlo en ese texto adoptando las medidas de reforma que sean necesarias (1), supone ya un problema de envergadura no sólo para el sistema de fuentes sino también para la normatividad de su actual (hasta tanto se apruebe una auténtica Constitución europea) norma de cabecera. El proceso de «desnormativización» de la Constitución encuentra aquí, desdichadamente, un sólido impulso que resulta tremendamente disfuncional desde la perspectiva del esfuerzo que se hizo por todos los agentes jurídicos y políticos en los primeros años de vigencia de la Constitución por promover y afianzar su condición de Constitución normativa.

La cuestión es especialmente delicada por cuanto que esa normatividad no está sólo amenazada por la ausencia de regulación interna de espacios constitucionales cada vez más amplios. Hay que tener en cuenta también que el desarrollo de esos espacios constitucionales no necesariamente va a ser coherente con los principios constitucionales. Esa coherencia no puede ser exigida a las instancias europeas, obviamente, desde las instancias internas. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que el derecho constitucional europeo se pretende formar sobre la base de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros. En ese sentido lo que sí resulta exigible no ya desde las instancias estatales internas sino desde la condición de ciudadano europeo sometido a un poder político cada vez más intenso, es que allí donde exista poder político se generen también los mecanismos constitucionales de control. Un orden constitucional que pretenda mantener su dignidad como tal no puede transferir poder político a ninguna instancia sin procurar o promover el control de ese poder. Cómo tengan que ser esos mecanismos es ya otra cuestión aunque, en todo caso, en el derecho constitucional de las constituciones normativas la realización de los derechos de los ciudadanos (referente último de toda organización política) se pretende conseguir mediante la articulación de tres agentes: constituyente, legislativo y jurisdiccional, que interactúan sobre el contexto previamente definido de las disposiciones y normas constitucionales (2).

(1) Cfr. CARLOS DE CABO MARTÍN: *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, págs. 71 y sigs.

(2) Cfr. F. BALAGUER: «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, a cura di Giancarlo Rolla, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.

Siendo el control del poder el núcleo esencial del constitucionalismo, la existencia de instrumentos de control es inherente a esa ordenación particular del sistema constitucional que conocemos como Constitución normativa, propia del Estado constitucional de Derecho. Como hemos indicado, la jurisdicción constitucional es una de las tres instancias que contribuyen de manera decisiva a la conformación del derecho constitucional de las constituciones normativas. La normatividad de la Constitución como fuente del Derecho está profundamente imbricada con la labor de la jurisdicción constitucional. Cuando la jurisdicción constitucional cumple su tarea de manera equilibrada el sistema cuenta con uno de los motores esenciales para su funcionamiento. Cuando la jurisdicción constitucional no cumple adecuadamente con su función esencial de control de las mayorías políticas (estatales y autonómicas) o cuando lo hace de manera parcial (por ejemplo, controlando a algunas autonómicas y reduciendo al extremo su función de control de la mayoría estatal) la normatividad de la Constitución se resiente.

En nuestro ordenamiento constitucional la relajación de los controles jurisdiccionales ha ido unida a un aumento de los controles políticos inherentes a la estructura descentralizada del Estado autonómico. Desgraciadamente ambos tipos de control no ocupan el mismo espacio y, por tanto, el aumento de uno de ellos no puede suplir las deficiencias del otro. Antes al contrario, en la medida en que esos controles políticos suelen confluir en el recurso a la jurisdicción constitucional, la inactividad o la inoperancia de ésta contribuye a debilitar el control político enervando su eficacia. Lamentables ejemplos de esta situación hemos tenido muchos en los últimos años: baste mencionar la inexistencia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en cuestiones tales como la financiación de las Comunidades Autónomas o la legislación de extranjería que le han sido suscitadas por recursos planteados por Comunidades Autónomas y que llevan sin resolver en el primer caso más de siete años (hasta el punto de que se haya puesto en marcha ya un nuevo sistema de financiación que sustituye al del período 1997-2001, objeto de impugnación). La situación comienza a ser tan atípica que el único control jurídico efectivo de la mayoría que se visualiza externamente lo comienza a realizar la jurisdicción ordinaria en el ámbito del control de las normas reglamentarias (es el caso del Tribunal Supremo que anuló 11 artículos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre).

El aumento de los controles infraestatales ha ido unido igualmente a una ampliación de los controles supraestatales como consecuencia del proceso de integración en Europa. Pero tampoco aquí podemos apreciar una equivalencia

con el control específicamente constitucional en el ámbito interno, entre otros motivos porque el parámetro de control no es el texto constitucional sino el derecho europeo. El control de las instancias europeas sobre las internas puede resultar muy positivo desde muchos puntos de vista y, específicamente, desde el de la limitación del poder de las mayorías, pero no está orientado a hacer efectiva la normatividad de la Constitución (aunque pueda contribuir a ello por motivos ajenos a su función natural).

La progresiva debilitación de la normatividad constitucional que estamos experimentando en los últimos años no obedece sólo a la pérdida de funcionalidad de los mecanismos jurisdiccionales de control sino que responde también, en gran medida, a deficiencias estructurales de nuestro sistema constitucional que hace tiempo que deberían haber sido resueltas mediante la reforma de la Constitución y que, por no serlo, han generado debates constitucionales allí donde una ordenación más adecuada del texto constitucional los hubiera hecho innecesarios. En el ámbito de la ordenación territorial del Estado encontramos numerosos ejemplos de esas deficiencias.

Es justamente la gravedad de este desfase entre Constitución y realidad lo que explica, hasta cierto punto, la relativa «parálisis» del Tribunal Constitucional en los últimos años (3). La entidad de alguno de los problemas constitucionales que se le han planteado al Tribunal Constitucional (por ejemplo, en materia de financiación de las Comunidades Autónomas) hubiera exigido un pronunciamiento rápido acerca de su clara inadecuación al marco constitucional vigente. Para ello, hubiera sido precisa una percepción más correcta por los agentes constitucionales del significado de la interacción entre jurisdicción y legislador en el marco constitucional y de la función de la reforma constitucional (en definitiva, de la articulación entre constituyente, legislador y jurisdicción). La declaración de inconstitucionalidad de determinadas medidas legislativas no equivale a una condena moral ni implica un juicio político negativo. Salvo en el caso de la afectación de derechos constitucionales que pudiera ser contraria al marco supranacional (así como en el de los límites estructurales derivados de la fragmentación del poder constituyente a los que haremos referencia más adelante), esa declaración de inconstitucionalidad puede ser levantada, si existe el consenso necesario, mediante la reforma de la Constitución. El miedo a la reforma ha sido, sin embargo, una constante en estos veinticinco años. Pero los problemas políticos que no se cerraron en su momento han estado presentes, de manera permanente, en nuestro sistema constitucional. En

(3) Hay que coincidir con Carlos de Cabo en que lo que se está exigiendo en algunos ámbitos al Tribunal Constitucional no es una doctrina constitucional sino una «doctrina constituyente», *cfr. op. cit.*, págs. 77-78.

puridad, la normatividad de la Constitución aparecía ya debilitada debido a esos problemas y sólo era cuestión de tiempo que esa debilidad se manifestara progresivamente.

Poco puede aventurarse acerca de si los interrogantes que afectan hoy a la normatividad de la Constitución podrán o no resolverse de manera adecuada en el futuro. Ni siquiera es posible vislumbrar si las reformas constitucionales necesarias van a ser afrontadas a corto o medio plazo por los agentes políticos. Sin embargo, sí puede al menos indicarse que la conflictividad interna y la pérdida de normatividad constitucional pueden ser contrapesadas con el avance en la construcción de un espacio constitucional europeo. La constitucionalización de Europa puede mitigar las tensiones internas en la medida en que la proyección de lo constitucional alcance un ámbito supranacional cada vez más intenso. Pero, al mismo tiempo, ese proceso exige la adopción de reformas constitucionales (como es el caso del Senado) que si ya eran urgentes en el Estado autonómico lo son mucho más en el Estado autonómico integrado en Europa.

La relación entre los espacios constitucionales y los ordenamientos que confluyen en el territorio nacional a partir de la Constitución ha sido, a la vez que un factor de impulso y de desarrollo del sistema de fuentes (4), un elemento debilitador de la normatividad de la Constitución. Lo primero es una consecuencia natural del pluralismo ordinamental. Lo segundo es un efecto patológico que sólo se explica por las peculiaridades de nuestro sistema constitucional y por las dificultades que se han planteado para la reforma constitucional.

I. LOS ORDENAMIENTOS

1. *La pluralidad de ordenamientos europeo, estatal y autonómicos*

La orientación del análisis doctrinal en materia de fuentes del derecho hacia las relaciones entre ordenamientos resulta expresiva, en sí misma, de los ámbitos en los que actualmente se producen las tensiones políticas y los conflictos de poder. Esas tensiones se han ido desplazando de las relaciones intraordinamentales a las relaciones extraordinamentales entre los agentes políticos de los ordenamientos europeo, estatal y autonómicos. En el ámbito específico de la disciplina de las fuentes del derecho, el desplazamiento se ha producido

(4) F. BALAGUER: «Das System der Rechtsquellen in der spanischen Verfassungsrechtsordnung», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, Bd. 49, 2001, págs. 413-442.

del análisis singularizado de las fuentes del derecho y su régimen jurídico al análisis de las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Este desplazamiento es consustancial al que se produce previamente en las relaciones de poder que se manifiestan a través de las distintas fuentes del derecho y en los distintos ordenamientos.

Las tensiones político-constitucionales adquieren una dimensión muy diferente, sin embargo, en las relaciones entre el ámbito europeo y el interno de la que tienen en las relaciones entre los diversos ámbitos ordinamentales internos. La percepción del conflicto no es igual en los ordenamientos internos ni para los agentes jurídicos ni para los ciudadanos. Las tensiones entre ordenamiento estatal y ordenamiento autonómico se perciben con mayor claridad porque son objeto del debate político. Hay un espacio político común entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento autonómico que se manifiesta continuamente a través de una conflictividad que resulta todavía más palpable cuando hay mayorías distintas en el gobierno estatal y en el gobierno autonómico. Eso no ocurre en el nivel europeo porque en ese nivel estamos en una estructura política que ha definido un espacio político aún incipiente (5) y porque no hay una clara orientación de las políticas europeas en un sentido o en otro (esa orientación está todavía más mediatizada por las influencias estatales que por las influencias ideológicas) y por tanto, no hay un conflicto político a través del cual se visualicen los conflictos normativos, los conflictos entre ordenamientos.

En el ámbito interno sí se da esa tensión, no sólo cuando hay mayorías de diverso signo político en el espacio estatal y el autonómico. Ha ocurrido también cuando el poder estatal y el autonómico se correspondían con la misma mayoría y había que presumir que esas mayorías iban a definir las mismas políticas. Pero esas tensiones son todavía más fuertes o tienden a serlo cuando existe esa diferencia entre mayorías estatal y autonómica. Eso no es algo patológico sino que se corresponde con la esencia del pluralismo territorial que es, en definitiva, una manifestación del pluralismo político que se recoge en la Constitución Española como valor superior del ordenamiento. Esas tensiones se manifiestan a través de conflictos normativos y de conflictos entre ordenamientos. Siempre hay en las relaciones entre ordenamientos una lucha interna (a veces latente o no perceptible) de poder político, que no necesariamente tiene que ir unida a diferencias de signo político entre los gobernantes de uno y otro ordenamiento. Esa dialéctica es también la que provoca que en la disci-

(5) *Cfr.* sobre el desarrollo de un espacio público europeo, P. HÄBERLE: «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», en *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, Dike Verlag, St. Gallen/Lachen, 1998.

plina de las fuentes del derecho haya una orientación cada vez más intensa hacia las relaciones entre ordenamientos.

Ahora bien, el instrumentario con el que nos acercamos al análisis de las relaciones entre ordenamientos sigue basándose en un concepto de ordenamiento que se formuló sobre los esquemas previos del Estado legal de Derecho articulándose sobre un molde estatal cuya transformación ha sido esencial en los últimos años. En efecto, el concepto de ordenamiento se reformula en el Estado constitucional de Derecho respecto de los rasgos propios del Estado legal de Derecho (predominio de la ley, en torno a la cual se configura la unidad del ordenamiento sobre la base del principio de jerarquía, papel pasivo de la jurisprudencia, entre otros). En el Estado constitucional de derecho, la Constitución, en cuanto consenso fundamental del Estado y la sociedad (6) establece las condiciones de validez no sólo del resto de las fuentes del derecho sino también de los diversos ordenamientos que, en su caso, coexisten bajo su territorio. Pluralidad de fuentes y de ordenamientos a la que se une la pluralidad de principios de estructuración del ordenamiento (jerarquía, competencia) y la función normativa de los órganos jurisdiccionales (en especial, de la jurisdicción constitucional) (7). La remisión a la Constitución hace posible la reconstrucción de la unidad del ordenamiento que sobre la base del pluralismo, como indica Zagrebelsky, ya no es la unidad natural del orden liberal expresada a través de la ley (8).

Pese a la trascendencia que tiene la transformación del Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho, los elementos que se consideraban sustanciales e inherentes a la condición del ordenamiento jurídico se mantienen: la unidad, la plenitud y la coherencia. El ordenamiento jurídico tiene ante todo que dar respuesta a los problemas jurídicos que se plantean a los ciudadanos. Y esa respuesta tiene que darse sobre la base de esos tres rasgos distintivos. En primer lugar la unidad: el ordenamiento jurídico requiere que haya una norma o un conjunto normativo en torno al cual se construye la unidad del ordenamiento porque en él se definen las condiciones de producción (y, por tanto, de validez) del resto de las normas. En segundo lugar la coherencia: el

(6) P. HÄBERLE: «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß -ein Pluralismuskonzept», en la recopilación del mismo autor, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1978, pág. 122.

(7) Cfr. F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, 2 vols., Tecnos, Madrid, 1991 y 1992; cfr. igualmente, F. BALAGUER: «Constitucional y creación del Derecho», en EDUARDO ESPÍN TEMPLADO y FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO (coords.): *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 381-395.

(8) G. ZAGREBELSKY: *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1988, págs. IX-X.

ordenamiento tiene que dar una respuesta jurídica a los problemas jurídicos y lo tiene que hacer en congruencia con esas condiciones de producción definidas sobre la base del principio de unidad. En tercer lugar, la plenitud: el ordenamiento tiene que dar respuesta a todos los problemas jurídicos y por tanto, aunque no tenga todas las respuestas sí tiene que tener los medios para determinar esas respuestas cuando sean necesarias (lo que también debe hacerse de acuerdo con las condiciones de producción e integración definidas sobre la base del principio de unidad).

Especialmente desde Kelsen, el principio vertebrador del entero sistema es la unidad. Para este autor, las normas sólo se integran en el sistema jurídico si han sido producidas de acuerdo con las condiciones de producción establecidas por ese sistema (en última instancia, por la Norma Fundamental) (9). Ciertamente la referencia a la Norma Fundamental en cuanto norma presupuesta no tiene hoy mucho sentido, pero sí resulta esencial la consideración kelseniana de que la unidad del sistema exige la reconducción de todos sus componentes a una norma o a un conjunto normativo, en el que se establecen las condiciones de validez del resto de las normas: esa función recae, en el Estado constitucional de Derecho, en la Constitución. El ordenamiento se contempla así como un sistema normativo, en el que el principio de unidad adquiere un papel nuclear ya que el orden jurídico funciona como unidad, por medio de las normas de producción jurídica.

Pues bien, los rasgos considerados tradicionalmente como característicos del ordenamiento jurídico (unidad, plenitud, coherencia) se intentan mantener en una situación en la cual hay una diversidad de ordenamientos que existen sobre un mismo territorio, cuyas normas confluyen y a veces colisionan y en la cual hay que resolver necesariamente los conflictos de normas para que sólo una norma sea la aplicable, dentro de la pluralidad de normas que coexisten en ese territorio y que proceden de diversos ordenamientos. En la relación entre

(9) «Alle Normen, deren Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein System von Normen, eine normative Ordnung. Die Grundnorm ist die gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen, ihr gemeinsamer Geltungsgrund. Daß eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung gehört, beruht darauf, daß ihr letzter Geltungsgrund die Grundnorm dieser Ordnung ist», H. KELSEN: *Reine Rechtslehre*, 2.^a edición de 1960, Verlag Franz Deuticke, Viena, reimpresión de 1967, pág. 197. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un orden jurídico: «Eine einzelne Norm ist eine Rechtsnorm, sofern sie zu einer bestimmten Rechtsordnung gehört», pág. 32. En un ordenamiento primordialmente dinámico como es el jurídico, una norma se integra en el ordenamiento en tanto haya sido producida del modo determinado por la Norma Fundamental del sistema: «Eine Norm gehört zu einer auf einer solchen Grundnorm beruhenden Ordnung, weil sie auf die durch die Grundnorm bestimmte Weise erzeugt ist», pág. 199.

ordenamiento europeo y ordenamientos internos existe, sin embargo, un punto de ruptura de la articulación del ordenamiento global a través de estos principios (10). Ese punto de ruptura se sitúa precisamente en el principio nuclear, articulador de todos los demás: en el principio de unidad. La ruptura se deriva de la inexistencia de Constitución o conjunto normativo de esa naturaleza en donde se definan las condiciones de producción (y por tanto de validez) de los ordenamientos derivados y de sus normas. Está por ver que esa posición sea ocupada, con carácter inmediato, por la futura «Constitución Europea» derivada del Tratado de Constitución para Europa. Si bien el Proyecto de Tratado de Constitución para Europa incorpora, entre otros aspectos positivos, la Carta de los Derechos Fundamentales como Parte II de la Constitución, también es cierto que mantiene las reservas contenidas en el artículo 51 de la Carta (11). Por otro lado, la Cláusula de Supremacía que contiene el artículo I-10 es también un avance importante, pero no puede considerarse suficiente en sí misma sin atender a las limitaciones que el conjunto del Tratado contiene: para empezar que siga siendo un Tratado (y no el resultado de un acto constituyente) e igualmente que contenga una estructuración del poder y una delimitación competencial entre Unión y Estados miembros de difícil equiparación con el Derecho constitucional de los Estados miembros. En esas condiciones lo más que se puede decir es que supone un avance pero no así que el Tratado constitucional conlleve, por sí mismo, la configuración de un ordenamiento constitucional europeo del que deriven su validez los ordenamientos de los Estados miembros, haciendo posible la realización del principio de unidad.

En el caso de España la quiebra es todavía mayor por cuanto no existe en la propia Constitución un reconocimiento expreso de la Unión Europea (como tampoco lo hay del Estado Autonómico). En la Constitución española no hay tres ordenamientos jurídicos. Esos tres ordenamientos existen en la realidad, pero no están en la Constitución, donde sólo existe un ordenamiento jurídico, el estatal. De tal manera que el motivo por el cual estos tres ordenamientos pueden existir y coexistir en nuestro territorio no es porque estén en la Consti-

(10) Como indica C. De Cabo, buena parte de los problemas que plantea el Derecho comunitario desde la perspectiva de las relaciones entre ordenamientos proceden de que su implantación y los procesos de producción y de reproducción no se ajustan y hasta contradicen los modelos de configuración de las muy acabadas construcciones del Estado de Derecho propias del constitucionalismo occidental. *Cfr.* C. DE CABO: *Op. cit.*, pág. 89. Por otra parte, resulta discutible incluso que se pueda hablar de ordenamiento global. *Cfr.* en este sentido, TOMÁS REQUENA: «El principio de Jerarquía normativa», Tesis Doctoral en prensa.

(11) *Cfr.* al respecto, F. BALAGUER: «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en JAVIER CORCUERA ATIENZA (coord.): *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, 2002.

tución sino porque la Constitución remite a posibles ordenamientos que pueden confluir con el estatal a través de los procedimientos de descentralización territorial y de configuración del Estado autonómico (Título VIII), así como por medio de los procedimientos de integración en Europa (artículo 93). En la Constitución no está la Unión Europea sino un procedimiento de posible integración en organizaciones supranacionales. Tampoco se puede encontrar el Estado autonómico en la Constitución, que no utiliza ni una sola vez ese término ni identifica a ninguna Comunidad Autónoma como tal, limitándose a establecer procedimientos de descentralización territorial.

En lo que al Estado autonómico se refiere, esta peculiaridad determina que los mecanismos de relación entre ordenamiento estatal y autonómicos contemplados en el artículo 149.3 de la Constitución se establecieran antes de que se supiera cual sería la forma territorial del Estado que se iba a configurar en la práctica constitucional y, por tanto, su utilidad está mediatizada por esa circunstancia. Son mecanismos que, a pesar de estar en la Constitución, son previos a la formación del Estado autonómico. No cabe duda de que los mecanismos de relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos habrían sido más precisos si desde el principio se hubiera establecido en la Constitución esta forma de Estado y se hubieran evitado las oscilaciones (algunas importantes) que se han producido en el entendimiento de esas relaciones (como ocurre, por ejemplo con la regla de supletoriedad del Derecho estatal) (12).

(12) Cfr. F. BALAGUER: «La integración del derecho autonómico y la aplicación supletoria del derecho estatal», *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991, págs. 95-147, «La supletoriedad del derecho estatal sobre el autonómico en el ordenamiento constitucional español», en J. KRAMER (Hrsg.): *Die Entwicklung des Staates der Autonomen in Spanien und der bundestaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996 (págs. 49-64), y «Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de supletoriedad», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

Cfr. igualmente, J. L. REQUEJO PAGÉS: «El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, Madrid, 1997. En la misma revista y número, J. L. PEÑARANDA RAMOS: «Supletoriedad, delegación legislativa y derogación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, dictada respecto del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992»; T. R. FERNÁNDEZ: «El desconcertante presente y el imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español», *REDA*, núm. 94, Madrid, 1997; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», *REDA*, núm. 95, Madrid, 1997. Cfr. igualmente, P. BIGLINO: «La cláusula de supletoriedad: Una cuestión de perspectiva», *REDC*, núm. 50, 1997; J. LEGUINA VILLA: «El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, Madrid,

Una reflexión similar se puede hacer respecto del reconocimiento constitucional de la realidad ordinamental europea. Es normal que en el texto originario de la Constitución de 1978 no hubiera un reconocimiento expreso por cuanto que España no estaba todavía integrada en la Comunidad Europea cuando se aprobó la Constitución. Sin embargo, desde que se produjo esa integración, las transformaciones en el ámbito europeo han sido sustanciales y un reconocimiento constitucional de esa realidad a través de cláusulas sobre Europa como las incorporadas a otros textos constitucionales europeos (13), habría sido necesaria. Con este tipo de cláusulas no se solventan los problemas de relación entre ordenamientos, pero se avanza, al menos en esa dirección.

La cuestión es que las deficiencias de los mecanismos de relación entre el ordenamiento europeo y el interno pueden afectar a las relaciones entre ordenamiento estatal y autonómico. Lo mismo puede decirse de las deficiencias en la relación entre ordenamiento estatal y autonómico, que pueden influir en la relación entre el ordenamiento europeo y el interno. En una relación de esta naturaleza entre ordenamientos, cada uno de ellos (y la relación que entre ellos se establezca) puede incidir sobre los otros y sobre sus relaciones con los demás. Así, por ejemplo el ordenamiento estatal o los autonómicos (o la falta de coordinación entre ellos) pueden dificultar la aplicación del derecho europeo. A su vez, el ordenamiento europeo puede alterar las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico (incidiendo en sus ámbitos competenciales, pese al reconocimiento expreso del principio de autonomía institucional y procedimental).

2. *Diversidad de espacios y de niveles constitucionales*

2.1. *La tensión constitucional entre ordenamientos: conflicto y confluencia*

En lo que se refiere al nivel constitucional hay dos vertientes a considerar. En primer lugar la posible contradicción entre el derecho europeo y el derecho

1997; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO: «La regla de supletoriedad a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal», *REP*, núm. 99, 1998. JAVIER TAJADURA: *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

(13) El «Derecho constitucional europeo» nacional, en expresión de P. HABERLE: «Die europäische Verfassungsstaatlichkeit», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 3/1995.

interno. Esta antinomia no tiene hoy ninguna solución en nuestro ordenamiento, justamente por el estado del proceso de integración, al que no son aplicables los principios que han regido la teoría del ordenamiento y las relaciones entre ordenamientos tal y como han sido configurados hasta ahora. Ese conflicto sólo puede dar lugar actualmente a la inaplicación del derecho europeo contrario a la Constitución (salvo que se produzca la reforma constitucional) y a la correspondiente responsabilidad del Estado ante las instancias europeas. La única solución con los esquemas conceptuales que manejamos es la aprobación de una Constitución europea que haga posible la conformación en torno a ella del principio de unidad del ordenamiento. Es posible que la situación cambie conforme vayan asumiéndose por los Estados las consecuencias de la Cláusula de Supremacía contenida en el artículo I-10 del futuro Tratado de Constitución para Europa. Pero no podemos olvidar que ese Tratado consagra la sustantividad de los Estados, con su propia condición de «Tratado» constitucional, así como con la posibilidad que tienen los Estados de desvincularse de la Unión, de acuerdo con el artículo I-59 del Tratado y con la pervivencia de una estructuración del poder político en la Unión que responde a planteamientos escasamente armonizables con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Sigue siendo necesaria, por tanto, la aprobación de una Constitución europea que sea fruto del ejercicio de un acto constituyente de la ciudadanía europea (y no de un Tratado de los Estados europeos) y que haga posible la conformación en torno a ella del principio de unidad del ordenamiento.

Esta es, en la actualidad, la principal quiebra de la teoría del ordenamiento en las relaciones entre ordenamiento europeo y ordenamientos internos. La cualidad esencial del ordenamiento, la unidad, no está presente en un ordenamiento europeo que no es, todavía, ordenamiento constitucional. Esta ausencia condiciona también la eficacia del principio de coherencia en el nivel constitucional. Las reservas de los tribunales constitucionales internos (Alemania, España, Italia) están plenamente justificadas (14) mientras no exista una Constitución Europea que represente una «vinculación más fuerte» (en los términos del derecho constitucional estadounidense) que la nacional para esos tribunales. Vinculación más fuerte que no depende sólo de la caracterización nominalista de un texto como «Constitución» ni de la incorporación de una Cláusula de Supremacía como la del artículo I-10 del futuro Tratado de Constitución para Europa (por muchos avances que suponga sobre la situación actual).

(14) Cfr., sin embargo, un planteamiento armonizador en el interesante trabajo de M. AZPI-TARTE: *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

Frente a ello, sigue en pie la cuestión de que ese «Derecho supremo» sea auténtico Derecho constitucional, que ocupe el espacio que antes ocupaba el Derecho constitucional interno de los Estados miembros, con todas las garantías que le han sido inherentes en lo que a la realización del principio democrático y de los derechos fundamentales de los ciudadanos se refiere. Por lo demás, el ordenamiento europeo carece del rasgo de plenitud que, por cierto, resulta ser una nota cada vez más cuestionable en una situación de pluralidad ordinamental, al menos por lo que se refiere a los ordenamientos singulares (cuestión distinta sería la configuración de un auténtico ordenamiento constitucional europeo que en sentido amplio englobe también a los ordenamientos derivados que en él se integren).

Junto a las relaciones de conflicto, hay que constatar también la existencia de relaciones de confluencia entre el derecho europeo y el interno en el nivel específicamente constitucional. Esas relaciones se articulan a través del bloque de constitucionalidad. La cuestión que se plantea aquí es si el derecho europeo se integra o no dentro del bloque de constitucionalidad (15). Pese a la respuesta negativa que a esta cuestión ha dado el Tribunal Constitucional español (basándose en el principio de autonomía institucional) el bloque de constitucionalidad se va a convertir en el ordenamiento constitucional español en un concepto clave (en tanto no se produzca una reforma constitucional, si ésta se produce, que permita simplificar este concepto mediante una distribución más racional de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas) en la articulación de los ordenamientos europeo, estatal y autonómico.

El ordenamiento europeo incide, por tanto, en la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta influencia se debe, en parte, a razones estructurales. El mecanismo tradicional de «legislación» frente a «desarrollo reglamentario y ejecución» tiene un difícil encaje en la división tripartita entre ordenamientos. La consolidación de las estructuras dogmáticas de la ley y del reglamento con ámbitos de actuación propios se ve sometida a zonas de incertidumbre como consecuencia de la pluralidad de ordenamientos. La distribución competencial entre Estado y

(15) Esto es, la cuestión consiste en determinar si el Derecho europeo se integra en el bloque de constitucionalidad e incide (pese al reconocimiento expreso que hace el Tribunal Constitucional del principio de autonomía institucional) en la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, alterando la distribución establecida previamente en el bloque de constitucionalidad. En la práctica eso está ocurriendo aunque el Tribunal Constitucional afirme lo contrario (cada vez con menor convicción). Cfr. F. BALAGUER: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA (dir.): *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, págs. 593-612.

Comunidades Autónomas supone ya algunas particularidades en esa diferenciación de ámbitos. La incorporación del derecho europeo plantea además serios interrogantes respecto de la posibilidad de mantener esa diferenciación como igualmente respecto de la racionalidad de una distribución competencial basada en la diferenciación de funciones normativas sobre las mismas materias (cuando esas funciones han sido tradicionalmente dos y son ahora tres los ordenamientos entre los que hay que dividir la competencia). El espacio competencial de las Comunidades Autónomas queda muy comprimido cuando el Derecho europeo se expande, de tal manera que el potencial de desarrollo normativo interno queda prácticamente reducido a la intervención estatal.

2.2. *La fragmentación del poder constituyente*

El hecho de que las tensiones básicas de nuestro sistema constitucional se hayan ido centrando, progresivamente, en la distribución territorial del poder, no implica que haya ausencia de tensiones en otros espacios, sino más bien que la incidencia constitucional de la conflictividad de esos otros espacios ha tendido a estabilizarse o incluso a disminuir mientras que la producida por la distribución territorial aumenta. Ese desplazamiento encuentra su explicación en el hecho de que es justamente en la distribución territorial donde se sitúan los conflictos políticos (conflictos de poder) con más incidencia constitucional. La interacción constitucional que se genera en estos espacios es uno de los motivos por los que tanto el proceso de integración europea como la configuración del Estado autonómico obligan a valorar las instituciones constitucionales con nuevos planteamientos metodológicos. Esa interacción entre el nivel europeo, el estatal y el autonómico está llamada a ser cada vez más intensa y, por ello, tendrá que ser tenida en cuenta cada vez más en el análisis singularizado de esos niveles (16).

La Unión Europea está ejercitando ya poder constituyente sobre los Estados miembros, si bien no se trata (por utilizar una distinción clásica) de un poder constituyente originario sino derivado. Este ejercicio de poder de reforma

(16) En última instancia, esta interacción no es sino una manifestación más de la tendencia señalada por el Profesor Häberle al «Estado constitucional cooperativo» y a la ruptura del monopolio estatal sobre las fuentes del Derecho, con la apertura a procedimientos internacionales de producción e interpretación jurídica. Cfr. P. HÄBERLE: «Der kooperative Verfassungsstaat», en *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, 1980, págs. 306-307. Cfr. igualmente el interesante trabajo de JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

es congruente con la especial fase de transición en que se encuentra el proceso de integración. En este momento, se puede afirmar que los Estados miembros han perdido ya en gran parte la condición de ordenamientos originarios mientras que la Unión Europea todavía no ha adquirido plenamente esa condición (a la que llegará una vez que exista una auténtica Constitución europea) (17). Estaríamos pues, en presencia de un poder constituyente fragmentado, de un poder constituyente limitado, similar al poder de reforma (18). Desde la perspectiva de los límites a la reforma que supone la incorporación a la Unión Europea, podría hablarse no sólo de mutaciones constitucionales sobre el contenido material de la Constitución, sino también de mutaciones que afectan a los propios procedimientos de reforma de la Constitución. Las primeras nos definen la vertiente activa del proceso: el ejercicio de poder de reforma por la Unión Europea. Las segundas su vertiente pasiva: las limitaciones que la integración en la Unión Europea genera en el ejercicio del poder de reforma establecido en la Constitución.

Algo similar a lo anterior podría decirse del proceso de descentralización que ha conducido al Estado autonómico. Más allá de la incidencia que la existencia misma de las Comunidades Autónomas pueda tener sobre el desenvolvimiento del nivel constitucional del ordenamiento en su vertiente activa (provocando mutaciones constitucionales sobre el contenido material de la Constitución), hay que valorar también hasta que punto el desarrollo del Estado autonómico no está incidiendo en los límites a la reforma (en cuanto vertiente pasiva de la interacción constitucional). No se trata ya de limitaciones derivadas de principios constitucionales incardinados en el propio texto de la Constitución. Más bien cabría hablar de limitaciones derivadas de la consolidación del Estado autonómico y de la creación de centros de poder político que ejercitan competencias y que interaccionan con las instituciones generales del Estado también en el nivel constitucional. Esta cuestión no se plantea en otros ordenamientos como el alemán, donde la propia Constitución establece una protección específica de la estructura territorial frente a la reforma constitucional. Sin embargo, en la Constitución Española no existe ninguna cláusula de intangibilidad que proteja a ninguna institución concreta: siguiendo los procedimientos establecidos en la Constitución todo es susceptible de reforma. En el

(17) F. BALAGUER: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», *cit.*

(18) F. BALAGUER: «El *status* constitucional de la reforma y la fragmentación del Poder Constituyente», en AA.VV.: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, vol. I, págs. 99-130, Madrid, 2002.

caso concreto del Estado autonómico la cuestión es todavía más peculiar ya que, en puridad, ni siquiera es necesaria la reforma de la Constitución para modificar sus perfiles, por cuanto que eso se puede hacer con la mera reforma de los Estatutos de Autonomía. De ahí la importancia metodológica que tiene, a mi juicio, la determinación de límites implícitos a la reforma derivados de la estructura territorial consolidada a través del Estado autonómico.

La progresiva fragmentación del poder constituyente abre algunos interrogantes al Derecho constitucional. Si esa fragmentación diera lugar a una plena equiparación entre poder de reforma y poder constituyente (al desaparecer el carácter jurídicamente ilimitado de este último) se pondrían en cuestión las funciones que el poder constituyente desarrolla. Sin embargo, hay que decir que tal equiparación no se produce más que en el aspecto parcial relativo a los límites que la fragmentación del poder constituyente introduce en su ejercicio. Por lo demás, queda en pie la diferenciación sustancial entre poder de reforma y poder constituyente. En realidad, reforma constitucional y poder constituyente responden a una distinta razón de ser y, por tanto, no se pueden identificar. El momento de instauración de una Constitución nunca podrá ser equiparado totalmente al de la reforma, incluso si el poder constituyente está sometido a limitaciones jurídicas previas. No sólo porque la instauración de un nuevo orden constitucional presenta siempre una nota de plenitud de la que la reforma carece, sino también porque a los límites jurídicos que puedan condicionar al poder constituyente, éste puede añadir los que estime convenientes respecto del poder de reforma. Resulta claro, por tanto, que la progresiva fragmentación del poder constituyente no resta utilidad a la diferenciación teórica entre poder constituyente y poder de reforma. La fragmentación implica únicamente que el rasgo distintivo del poder constituyente originario no puede ser ya el de su configuración como un poder estrictamente político y carente de límites. No obstante, más allá de sus nuevos límites, el poder constituyente interviene con plena capacidad de decisión política configurando un nuevo orden constitucional.

3. *Las relaciones entre ordenamientos en los niveles infraconstitucionales.
La comunicación entre el nivel político y el constitucional
generada por el conflicto entre ordenamientos*

En lo que se refiere a las relaciones entre ordenamiento europeo y ordenamientos internos esas relaciones no plantean problema técnicos en el ámbito infraconstitucional (principios de efecto directo y primacía, cuya eficacia es reconocida por la jurisprudencia constitucional en España). El derecho europeo

se aplica siempre, de manera preferente, en caso de conflicto. Pero, más allá de las condiciones técnicas destinadas a solucionar los conflictos normativos, no puede dejar de señalarse como la configuración de la distribución competencial en los Tratados dificulta una ordenación jurídica que establezca límites precisos (como es obligado en toda ordenación constitucional) a la voluntad política de las instituciones comunitarias. La apelación al principio de subsidiariedad no hace sino confirmar esta debilidad del plano constitucional, pues una distribución clara de competencias convertiría a este principio en innecesario (19). Mientras tanto, la comunicación entre el plano constitucional y el político resulta inevitable.

La misma reflexión, aunque por otros motivos, puede hacerse respecto de la relación entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos. Hay que tener en cuenta, ante todo, que el pluralismo territorial no es sino una manifestación del principio pluralista que rige a la Constitución democrática y que da lugar al reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones. El pluralismo territorial no va unido, necesariamente, al pluralismo político, por cuanto que en las Comunidades Autónomas pueden formarse gobiernos que sean representativos de las mismas mayorías que conforman el gobierno de la Nación. Ahora bien, una ordenación constitucional sólida del territorio es aquella en la que el pluralismo territorial se incorpora a la estructura constitucional misma y no interfiere con la estructura política. Esto es, exige que no exista relación de dependencia entre el pluralismo territorial y el pluralismo político. Para ello, son necesarias, a mi modo de ver, dos condiciones: la primera, que la ordenación territorial quede directamente determinada en el nivel constitucional, en la propia Constitución. La segunda, que la autonomía (y, por tanto, los derechos de las Comunidades Autónomas) sea reconocida sobre la base de un principio de igualdad en ese nivel constitucional. Esas dos condiciones no existen todavía en nuestro sistema constitucional. Por ello, el nivel político y el constitucional se entremezclan continuamente y el sistema se alimenta a sí mismo provocando una espiral que, necesariamente, termina por reducir cada vez más el ámbito de lo constitucional ampliando el de lo político (20). La vía natural para solucionar ese problema es la constitucionalización de la estructura territorial de manera que sea posible disciplinar de una manera más precisa la diferenciación entre la vertiente constitucional y la es-

(19) Cfr. F. BALAGUER: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», *cit.*

(20) F. BALAGUER: «Die Autonome Gemeinschaft Andalusien im Bildungsprozeß des Autonomen Spanischen Staates», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, Bd. 47, 1999, págs. 109-130.

trictamente política en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, mientras en la relación entre ordenamiento estatal y autonómicos la comunicación entre el nivel político y el constitucional resulta evidente, la cuestión se plantea de manera distinta en la relación entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos internos por la debilidad del espacio político (que no de las instituciones) y constitucional europeo. Igualmente, la ausencia de confrontación ideológica entre las instituciones europeas y las estatales reduce en gran medida la tensión que sí se manifiesta en el nivel interno entre Estado y Comunidades Autónomas. Esto no es expresivo, sin embargo, de una situación positiva, desde el punto de vista de la dialéctica político-constitucional entre ordenamientos. Por el contrario, es manifestación de un desequilibrio en la relación entre ordenamiento europeo y ordenamiento interno. Ese desequilibrio está provocado por la deficiente constitucionalización de las instituciones europeas y por la situación atípica de una estructura de poder cada vez más fuerte con mecanismos de control y de exigencia de responsabilidad débiles. Mientras en la relación entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos la visible comunicación entre el nivel político y el constitucional puede ser objeto de debate y de corrección a través de mecanismos constitucionales y políticos, en la relación entre ordenamiento europeo y ordenamientos internos esta corrección resulta más difícil. De hecho la debilidad del espacio político y constitucional europeo resulta funcional, en términos generales, a los gobiernos estatales, por cuanto les permite ejercer, indirectamente, poder sin responsabilidad.

II. LAS FUENTES

1. *Relaciones entre fuentes y pluralidad de ordenamientos*

La evolución del sistema de fuentes no es sino un reflejo de la evolución de los sistemas constitucionales y va unida, por tanto, de manera muy sensible, a las transformaciones sociales y políticas que han marcado el ritmo del constitucionalismo en los dos últimos siglos. Incluso en sus aspectos más técnicos podemos ver con claridad este peso inevitable de la historia en su conformación y en su funcionalidad (21). El sistema de fuentes debe ponerse también en relación con el sistema de gobierno y con la ordenación territorial del poder. En

(21) Cfr. F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, vol. I, cit.

ambos órdenes encontramos claves necesarias para su entendimiento. A través de las fuentes se manifiesta el poder social en las diversas instituciones con capacidad de producir normas. Es comprensible, por tanto, que en el sistema de fuentes haya también antagonismo, lucha y conflicto. En el caso de España, como ya hemos indicado, ese conflicto se ha desplazado básicamente del tradicional ámbito de la tensión interna del sistema político (esencialmente, entre Parlamento y Gobierno) hacia el ámbito de la ordenación territorial del Estado (Estado y Comunidades Autónomas). Este desplazamiento es lógico porque los conflictos de poder entre mayoría y oposición no se han manifestado de manera significativa en relación con la ordenación interna de las fuentes en el sistema político estatal y en los autonómicos. Por el contrario, sí lo han hecho en relación con la ordenación de las fuentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Más aún, las tensiones entre mayoría y minorías en el Parlamento estatal han estado impregnadas de la conflictividad territorial, de manera especial en los periodos en los que el partido en el poder no gozaba de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados y necesitaba del apoyo de los diputados de los grupos nacionalistas periféricos para formar Gobierno. Ahora bien, la estructuración territorial del Estado no es sólo un ámbito material de despliegue de las fuentes del derecho, sino también una exigencia metodológica para el análisis de las fuentes del Derecho. Esa exigencia no es sino la manifestación de un principio de mayor alcance, como es el de la necesaria conexión del análisis de las fuentes con los ámbitos de poder social y político que se expresan a través de las fuentes del derecho.

El sistema constitucional de fuentes del Derecho no está sólo en el texto de la Constitución de 1978 (22) sino también en las remisiones que se operan en ella sobre los diversos niveles ordinamentales que conforman el sistema jurídico español. Pero la Constitución no sólo determina directa o indirectamente las fuentes del derecho, sino que se configura como la primera de las fuentes, al incorporar al ordenamiento normas, de diferente naturaleza, cuya aplicación

(22) En realidad, en la Constitución no hay una referencia explícita a «las fuentes del Derecho», más allá de que se realiza en sentido iusprivatista, cuando se atribuyen competencias en el ámbito civil al Estado en el art. 149.1.8.º En este artículo se indica que corresponde al Estado como competencia, dentro de la de legislación civil «En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y *determinación de las fuentes del Derecho*, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial». Se trata de una competencia que no afecta al sistema constitucional de fuentes sino, tan sólo, a su definición en el ámbito civil. Cfr. sobre el tema, F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, cit., vol. I, págs. 56 y sigs.

está garantizada jurisdiccionalmente (23). La normatividad de la Constitución supuso en el momento de su aprobación, la transformación más relevante del sistema de fuentes (24). A esa transformación iba unida una ordenación radicalmente distinta del sistema de fuentes basada en el pluralismo: pluralismo ordinamental, pluralidad de fuentes, pluralidad de tipos legales, pluralismo en la interpretación (25) y el control (26). Esa pluralidad se articula de manera unitaria a través de la Constitución, como centro (27) del ordenamiento jurídico (hasta tanto el principio de unidad se pueda reconstruir a nivel europeo mediante una auténtica Constitución de la Unión Europea). La reconstrucción permanente de esa unidad se formaliza por el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución (28).

De esos diversos pluralismos, el que más incidencia tiene en la configuración del sistema de fuentes, es el ordinamental, que da lugar a una reordenación de técnicas en el nivel de las relaciones entre ordenamientos, que vienen a introducir una complejidad inevitable en los procesos de producción y aplicación del derecho. Ahora bien, la pluralidad de ordenamientos no está en la propia Constitución sino que se abre paso a través de las remisiones que en ella se realizan a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y a la integración en Europa. El pluralismo ordinamental se desarrolla, por tanto, a partir de las previsiones constitucionales, pero de manera externa a la propia Constitución. Esta peculiaridad va a tener su incidencia en la articulación de las relaciones entre ordenamientos ya que la Constitución define sólo el marco de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, que es necesario completar con los Estatutos de Auto-

(23) Cfr. F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en AA.VV.: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, DGCE/IEF, vol. I, Madrid, 1979.

(24) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, 1980.

(25) Cfr. PETER HÄBERLE: «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *JZ*, 1975.

(26) A través de los votos particulares, definidos por Peter Häberle como «jurisprudencia alternativa», en «Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Exposición y crítica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 2, 1999. En la doctrina española, cfr. por todos, G. CÁMARA VILLAR: *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del tribunal constitucional español (1981-1991)*, 1993.

(27) La Constitución, es, como bien dice A. Nieto, no ya el escalón superior de una pirámide normativa, sino «el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho», en «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núms. 100-102, pág. 399.

(28) Cfr. M. L. BALAGUER CALLEJÓN: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

mía y las restantes normas que integran el bloque de constitucionalidad (art. 28.1 LOTC).

Sobre el territorio español, en sus diversas Comunidades Autónomas, conviven tres poderes normativos que configuran tres ordenamientos distintos: el Derecho comunitario europeo, el Derecho estatal y el Derecho de cada Comunidad Autónoma. Ninguno de esos ordenamientos se relaciona con los otros de acuerdo con los criterios propios del Estado legal de Derecho: por ejemplo, no hay jerarquía (29) entre las normas de un ordenamiento y otro. Existen preferencias aplicativas, llámense primacía o prevalencia, pero no una ordenación jerárquica como la que se daba en el Estado legal de Derecho y se sigue dando hoy entre las fuentes de cada ordenamiento, en el interior de cada ordenamiento. La inexistencia de relación jerárquica tiene su explicación en la propia fundamentación política del sistema: ninguna fuente del Derecho (salvo la Constitución misma) tiene ahora la fuerza inmanente atribuida a la ley como expresión de la voluntad nacional en el Estado legal de Derecho.

Todas las fuentes y los ordenamientos disciplinan su relación con las otras fuentes y los otros ordenamientos sobre la base de una remisión permanente a las reglas de competencia establecidas en la Constitución. No existen, entre las fuentes de los diversos ordenamientos, relaciones directas como las que existían en el Estado legal de Derecho entre ley y reglamento. Todas las relaciones son indirectas, en todas se produce la mediación de una tercera norma, la propia Constitución. Ese carácter indirecto expresa la diferencia estructural entre los principios de jerarquía y de competencia (30).

2. Sistema de fuentes y forma de gobierno

La conexión entre las fuentes y la forma de gobierno es una exigencia metodológica que debemos tener en cuenta para analizar el sistema de fuentes del

(29) Cfr. sobre el principio de jerarquía T. REQUENA: «El principio de jerarquía normativa», cit.; A. RUIZ MIGUEL: «El principio de jerarquía normativa», *REDC*, núm. 24, 1988.

(30) «La jerarquía supone (supuso al menos, en el Estado legal de Derecho) la imposición de una norma en base a su propia fuerza, a una característica inmanente que no requiere de una especial regulación por el sistema jurídico. La competencia por el contrario implica la referencia a una norma sobre la producción jurídica habilitante y exige por ello una remisión al ordenamiento. Competencia y ordenamiento son así conceptos que se implican mutuamente», cfr. F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, cit., vol. I, pág. 139. Incluso gráficamente, la jerarquía implica una relación lineal entre normas, mientras que la competencia implica una relación como mínimo triangular, aunque generalmente más compleja.

Derecho (31). La distribución del poder normativo a través de las fuentes en particular, debe estar ligada a la distribución del poder político que se formaliza en la estructura constitucional. La inserción relativamente armónica de fuentes tales como los decretos-leyes o los decretos legislativos en España tiene su explicación en un modelo parlamentario en el que los partidos políticos actúan con gran disciplina y donde, por tanto, la contraposición entre mayoría y oposición se destaca sobre la tradicional dialéctica entre legislativo y ejecutivo.

En el ordenamiento constitucional español, esta variable de la forma de gobierno debe ser tenida especialmente en cuenta para analizar los diversos tipos legales, la relación entre ley y reglamento, el significado de la reserva de ley y el sentido de las fuentes con valor de ley, entre otros aspectos (32). En la ley como fuente del Derecho se agrupan un conjunto de garantías constitucionales. Esas garantías formales expresan el concepto constitucional de ley (o mejor, del rango legal conferido a las normas): reglas en las que el poder legislativo participa directamente, haciendo posible así el control de las minorías, y en su caso, la transacción y el compromiso en la actividad normativa. Los distintos tipos de ley, atienden así (en distinta medida, ciertamente) a un sentido último que los unifica: todos ellos hacen viable la articulación del pluralismo social, no por el contenido de las medidas normativas, sino por la índole misma de los procesos que expresan. Se marca así la diferencia entre las fuentes legales y las otras fuentes del Derecho: las fuentes legales recogen el sentido democrático-constitucional de la producción jurídica dentro del ordenamiento en lo que atañe a la forma misma de esa producción (33).

La interpretación constitucional del concepto de reserva de ley debe hacerse atendiendo a este significado específico de la ley en el ordenamiento español. Ello supone que la reserva de ley no tiene porqué tener en España el mismo sentido que en otros países, como por ejemplo en Alemania. En España, la reserva de ley no hace referencia a una reserva de Parlamento, a una reserva de procedimiento legislativo como en Alemania, porque en el ordenamiento constitucional

(31) Cfr. A. PIZZORUSSO: «Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo», en *QC*, núm. 2, agosto 1986.

(32) Cfr. sobre la ley como fuente del Derecho, F. RUBIO LLORENTE: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)», *RAP*, núm. 100-102, 1983, y «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *REDC*, núm. 16, 1986; F. DE CARRERAS: «La ley en el constitucionalismo y en la Constitución española», *RFDUC*, núm. 15, 1989; J. A. MONTILLA MARTOS: *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994; C. DE CABO MARTÍN: *Sobre el concepto de Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

(33) Cfr. F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, cit., vol. II, págs. 54 y sigs.

español a diferencia del alemán, normas con valor de ley (intercambiables en parte con las leyes formales) capaces de cubrir la reserva de ley (con determinados límites) son también los decretos-leyes y los decretos legislativos. Esto es, normas que proceden del Gobierno pero que adquieren el rango de ley bien porque sean dictadas en situaciones de urgencia (los decretos-leyes) bien porque el Parlamento habilite al Gobierno para dictarlos (los decretos legislativos).

Por tanto, el concepto de reserva de ley debe ponerse en conexión no con el procedimiento legislativo (que no siempre se sigue para las normas con rango de ley) sino con el concepto de ley como expresión del sentido formal de la democracia, como articulación del pluralismo y garantía de la participación de las minorías en los procesos normativos. En un sistema parlamentario como el español, mientras el Gobierno representa sólo a la mayoría, el Parlamento representa a la mayoría y a las minorías. La intervención del Parlamento es decisiva para cubrir la reserva de ley, para producir normas con valor de ley. En el caso de las fuentes legales que proceden del Gobierno (decretos-leyes y decretos legislativos) la participación de las minorías se produce igualmente, aunque en menor medida que en el procedimiento legislativo. A cambio, se incrementan las posibilidades de control sobre este tipo de fuentes, al estar sometidas a determinados límites constitucionales que pueden ser invocados por las minorías para ejercer el control sobre ellas (34).

Las fuentes con valor de ley han sido objeto de un tratamiento doctrinal y jurisprudencial intenso que ha servido para perfilar su régimen jurídico (35). Sigue siendo controvertida la cuestión de la naturaleza jurídica de los decretos legislativos, así como el problema de la referencia del artículo 82.6 CE a la competencia de los tribunales ordinarios en relación con su control, en la que los constitucionalistas han defendido una interpretación restrictiva de esa competencia (36). Lamentablemente, la legislación de desarrollo consti-

(34) Cfr. F. BALAGUER: «La Constitución y las fuentes del Derecho», en E. ÁLVAREZ CONDE (coord.): *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP, Madrid, 1998, pág. 171. Cfr. igualmente, F. BALAGUER: «Las fuentes del Derecho», en G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 161-183.

(35) En esta materia, como en tantas otras relativas a las fuentes del Derecho, es obligada la remisión a la obra de IGNACIO DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

(36) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Legislación delegada y control judicial», en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3.ª edición, Madrid, 1998; F. SAINZ MORENO: «El recurso de casación y el control de los reglamentos ilegales y de los Decretos legislativos», *RAP*, núm. 93, 1980; J. JIMÉNEZ CAMPO: «El control jurisdiccional y parlamentario de los decretos legislativos», *RDP*, núm. 10, 1981; TERESA FREIXES SANJUÁN: «La legislación dele-

tucional no ha seguido esa interpretación restrictiva sino que ha admitido desde el principio la competencia de los tribunales (37). Por otra parte, la teoría de la delegación recepticia, tan cuestionada por los constitucionalistas, no sólo no ha retrocedido en su aceptación sino que se ha extendido a otros ámbitos (38).

La ley orgánica y sus relaciones con la ordinaria han sido uno de esos aspectos que dieron origen a amplias e interesantes polémicas doctrinales que hoy se han pacificado. En principio cabe decir, con cautela, que se ha impuesto la idea de que la ley orgánica no se relaciona con el resto de las leyes en virtud de un criterio de jerarquía sino de reserva material que impide que los otros tipos de leyes regulen las materias que están sometidas a reserva de ley orgánica (39). Este planteamiento es congruente con el carácter material de la ley orgánica propugnado por el Tribunal Constitucional. Hay que señalar, en todo caso, que también en relación con la ley orgánica ha habido interesantes líneas de análisis relativas a la relación entre esta figura y las competencias atribuidas al Estado. También en este punto, por tanto, la vertiente ordinamental de las fuentes ha encontrado una vía de expresión doctrinal. El Tribunal Constitucional ha tenido igualmente oportunidad de realizar diversos pronunciamientos que afectan a esta materia. A destacar la doctrina sentada en la STC 173/1998, de 23 de julio: la inexistencia de ley orgánica que cubra la reserva no impide al legislador autonómico ejercitar sus competencias fuera del ámbito de la reserva, por más que el control de esa normativa quede dificultado por la inexistencia de ley orgánica.

gada», *REDC*, núm. 28, 1990; E. VÍRGALA FORURIA: *La delegación legislativa en la Constitución y los Decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991; I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: *Los controles de la legislación delegada*, CEC, Madrid, 1995.

(37) Así, el artículo 17.2.b) LOTC, al afirmar la competencia del TC en el control de las fuentes con valor de ley, salva la competencia de los tribunales en relación con los Decretos legislativos. Igual ocurre con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 1.1 atribuye a los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con «[...] las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

(38) *Cfr.* al respecto, F. BALAGUER: «El control de los actos parlamentarios», en FERNANDO SAINZ MORENO y otros: *Los actos del Parlamento*, Parlamento Vasco, Vitoria, 1999, págs. 319-347.

(39) *Cfr.* , sin embargo, en la literatura reciente, TOMÁS REQUENA: «El principio de jerarquía normativa», *cit.*

3. *Fuentes del Derecho y estructura territorial del Estado.* *El sistema de fuentes en el Estado autonómico*

Bajo el ordenamiento constitucional existen, además del ordenamiento general del Estado, diversos ordenamientos autonómicos (diecisiete Comunidades Autónomas más dos Ciudades Autónomas) cuya cualidad ordinal está garantizada constitucionalmente a través de los Estatutos de Autonomía (que no pueden ser modificados, en el caso de las Comunidades Autónomas, si no es con su conformidad). La rigidez de los Estatutos sitúa a los ordenamientos autonómicos en posición de paridad respecto del ordenamiento general del Estado, ya que ambos están sometidos, por igual, al ordenamiento constitucional.

Una peculiaridad del ordenamiento español viene de la mano de esta desconstitucionalización de la estructura territorial del Estado operada por la remisión que la propia Constitución hace a los Estatutos de Autonomía para completar el sistema autonómico (artículo 149.3 CE). La Constitución por sí sola no va a servir como parámetro del control de constitucionalidad, pues para determinar si una materia es competencia del Estado o de las Comunidades Autónomas, habrá que recurrir, como expresa el artículo 28.1 de la LOTC a los Estatutos de Autonomía y a las leyes que delimiten competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Todas estas normas, que hacen posible el control indirecto de constitucionalidad de las leyes estatales y autonómicas, se han agrupado, bajo el concepto, de *inspiración francesa*, de «bloque de constitucionalidad». Este concepto se ha incorporado a la jurisprudencia constitucional, siendo un recurso permanente en todas las sentencias en las que el Tribunal tiene que resolver conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El impulso que el propio Tribunal ha dado a este concepto, es también una característica singular de nuestro sistema de fuentes. La aportación doctrinal ha sido también muy interesante en este ámbito (40).

Por otra parte, en la Constitución se incorporaron algunas cláusulas destinadas a disciplinar las relaciones entre los futuros ordenamientos autonómicos y el estatal. Especialmente denso resulta, en ese sentido, el artículo 149.3 CE sobre el cual se han descargado muchas polémicas doctrinales y jurisprudenciales. La atención doctrinal sobre este precepto clave se situó, en los primeros momentos de implantación del Estado autonómico, en las cláusulas de distribución competencial y de prevalencia, que se consideraban inicialmente como

(40) Cfr., F. RUBIO LLORENTE: «El bloque de constitucionalidad», *REDC*, núm. 27, 1989. Cfr. igualmente, F. BALAGUER: *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.

las técnicas en torno a las cuales se centraría la tensión competencial. Se dejó a un lado y de manera casi pacífica, la regla de supletoriedad, considerada inofensiva desde el punto de vista competencial. Esa consideración aproblemática del precepto era lógica en una fase de desarrollo del Estado autonómico en el que la supletoriedad venía a cumplir una función esencial impidiendo la configuración de vacíos normativos originados por la desigualdad entre los Estatutos de Autonomía o por la inactividad normativa (razonable todavía en esos primeros años de vida) de las Comunidades Autónomas.

La jurisprudencia constitucional se ha movido casi siempre dentro del mismo círculo en la interpretación de esta regla. En un primer momento, con una interpretación claramente lesiva de las competencias autonómicas al desconocer la cualidad ordinamental del derecho de las Comunidades Autónomas obligando a las CC.AA. a regular todas las materias objeto de su competencia (aun cuando no existiera un interés político por parte de las mismas en hacerlo, por entender que era mejor dejar ese ámbito sin intervención normativa) pues en caso contrario se aplicaría «supletoriamente» el Derecho estatal. En posteriores sentencias del Tribunal Constitucional se corrige esa lesión a las competencias autonómicas entendiendo ya la regla de supletoriedad como un mecanismo de integración del derecho autonómico a disposición del aplicador del derecho en la Comunidad Autónoma. Sin embargo las últimas decisiones del Tribunal (SSTC 118/1996 y 61/1997) pueden provocar otras lesiones competenciales, ahora en relación con las competencias del Estado, además de problemas de entidad en la articulación entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos.

Así, se puede constatar un cierto desajuste entre el desarrollo competencial que sirve de base a la articulación de las relaciones entre ordenamientos y la última interpretación dada por el Tribunal Constitucional a la regla de supletoriedad. Las limitaciones que se contemplan para la acción estatal tropiezan con la dificultad que supone la (ciertamente ya muy reducida) heterogeneidad competencial entre Comunidades Autónomas así como la existencia de territorios en los que la ausencia de potestades legislativas propias (es el caso de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) obliga al Estado a establecer normativas específicas más allá de sus competencias para cubrir las reservas de ley previstas en la Constitución. La solución, si no se quiere arbitrar mediante la *constitucionalización* del Estado autonómico, pasaría por una modificación de los Estatutos de las Ciudades Autónomas, con el correspondiente otorgamiento de facultades legislativas, así como por la consecución de una mayor homogeneidad competencial en los Estatutos de las Comunidades Autónomas y por una interpretación jurisprudencial homogeneizadora de las diferencias competenciales cuando persistan (inutilizando, en la práctica, la perturbadora segunda

cláusula residual del artículo 149.3 CE). En todo caso, la regla de supletoriedad sería una de las que debería ser objeto de reflexión para el caso de que finalmente se produzca la reforma de la Constitución. Hay que tener en cuenta que las últimas decisiones del Tribunal Constitucional abrieron una nueva etapa en el Estado autonómico en la que la definitiva consolidación de éste obliga a reconsiderar lo que de derecho transitorio hay en la Constitución sobre el Estado autonómico. Por otra parte, el Tribunal Constitucional sitúa a las CC.AA. ante su propia responsabilidad, obligándolas a regular aquellas materias que son objeto de su competencia sin que les sea ya factible remitirse en todos los ámbitos en que lo deseen a un derecho estatal petrificado y anacrónico. A partir de estas sentencias, las CC.AA. deben comprender que la autonomía no es sólo un derecho sino también una responsabilidad.

En lo que a la jurisprudencia constitucional se refiere, se podría decir, en términos generales, que las relaciones interordenamentales han sido también un factor impulsor del desarrollo doctrinal relativo a las fuentes del derecho. El Tribunal Constitucional no se ha limitado a intentar perfilar (con éxito desigual, habría que decir) las relaciones entre ordenamientos, sino que se ha visto obligado a hacer lo mismo en relación con fuentes concretas para determinar el ámbito competencial del Estado y el de las Comunidades Autónomas. Así ha ocurrido con los reglamentos ejecutivos en relación con el concepto material de legislación, favorable a las competencias del Estado (41). Una reflexión similar cabría hacer respecto de las leyes orgánicas. La interpretación restrictiva de esta fuente no sólo ha servido para ampliar el campo de acción del legislador ordinario sino también, necesariamente, el del legislador autonómico. Por más que la reserva de ley orgánica no sea un título de atribución competencial, una interpretación extensiva hubiera podido restringir las competencias autonómicas.

La Constitución territorial ha sido, por tanto, un factor de desarrollo del sistema de fuentes tanto en lo que se refiere a las relaciones entre ordenamien-

(41) Para el TC «cuando la Constitución emplea el término *legislación laboral* y la atribuye a la competencia estatal, incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquellos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre ley y reglamento (o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal puede lograrse. 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 los aspectos organizativos. Y que, finalmente, dentro de éstos deben incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa» (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ. 5).

tos (algo normal, en cualquier caso) como en lo que se refiere a la definición de las fuentes del derecho (42). La relación dialéctica entre el sistema de fuentes y el Estado autonómico ha favorecido el desarrollo de ambos. Es de esperar que este impulso se manifieste también en el futuro respecto del Derecho europeo en la relación dialéctica entre el Derecho europeo y el Derecho interno.

Hay que advertir, sin embargo, que existen todavía muchos aspectos sin resolver en los que se manifiesta un inevitable solapamiento entre la conexión de las fuentes con el sistema de gobierno y la relación con la estructura territorial. Así se observa, por ejemplo en el entrecruzamiento que puede producirse entre las exigencias competenciales y las garantías formales del Estado de Derecho. Un ejemplo de ello lo encontramos en la reserva de ley. Las reservas constitucionales de ley pueden ser cubiertas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Ahora bien, para el caso de que los Parlamentos autonómicos no desarrollen las previsiones necesarias para ejercitar las competencias autonómicas cubriendo la reserva de ley, se plantea una tensión entre las exigencias competenciales y las garantías formales. Las primeras llevarían a entender que basta con la aplicación de las leyes estatales para que los gobiernos autonómicos puedan desarrollar la materia. Las segundas, obligarían a esperar a que el Parlamento autonómico cubriera la reserva para que el Gobierno autonómico pudiera dictar los reglamentos correspondientes.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional no siempre ha sabido perfilar adecuadamente los límites constitucionales de algunas fuentes, estableciendo diferencias incomprensibles entre las estatales y las autonómicas (43).

(42) Hay que tener en cuenta también la interpretación extensiva del concepto de *orden constitucional de competencias* realizada por el TC, en el sentido de que el mismo puede quedar vulnerado no sólo por la violación directa del ámbito competencial, sino también por la fuente utilizada para ejercitar la competencia. Cfr. a este respecto, L. LÓPEZ GUERRA: «Colisiones normativas y conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas», en AA.VV.: *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, vol. II, IEF/DGCE, Madrid, 1984, págs. 1676 y sigs. y, del mismo autor, «El Tribunal Constitucional y la resolución de conflictos competenciales», *RVAP*, núm. 10, 1984, págs. 32-33. Cfr. igualmente P. CRUZ VILLALÓN: «La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3355-3356.

(43) Es el caso de la STC 116/1994, de 18 de abril, en cuyo FJ. 5 se afirma que «de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas. Esta doctrina ha sido aplicada en varias ocasiones por el Tribunal en relación, precisamente, a preceptos constitucionales que establecen requisitos relativos a la elaboración y aprobación de fuentes normativas del Estado», de donde se concluye que «del segundo inciso del art. 134.7 CE no puede inducirse un principio general de prohibición de modificar tributos por medio de las leyes de presu-

Por lo demás, quedan muchas zonas de sombra en cuanto a la definición de lo básico (44) en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los últimos años (45) y en cuanto a las posibilidades de descentralización por medio de las leyes del 150 CE (46). Igualmente habrá que ver como se conforma en el futuro la relación entre el derecho europeo y el bloque de constitucionalidad y como incide, por tanto, en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Una cuestión que debería plantearse también es la de la operatividad de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE. Esta regla va unida a una exigencia previa de diferenciación competencial que la convierte prácticamente en inoperante. A ello hay que unir el rechazo expreso del Tribunal Constitucional a que mediante la invocación de esta regla puedan inaplicarse normas con rango de ley (STC 163/1995, de 8 de noviembre) por lo que su funcionalidad queda todavía más en entredicho. No tiene sentido, por tanto, mantener una regla que sólo va servir para disciplinar conflictos en las competencias concurrentes (como es el caso de la promoción de la cultura *ex* artículo 149.2 CE) que difícilmente se van a plantear en la práctica. De ahí que quizás pueda plantearse su supresión en una eventual reforma constitucional.

puestos autonómicas o forales sin la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva». *Cfr.* el Voto Particular del magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo que atinadamente destaca, sin embargo, el «carácter o función del art. 134.7 CE como norma de carácter general del sistema de fuentes del ordenamiento, más allá de su ubicación específicamente presupuestaria referida a una institución estatal». La doctrina establecida en esta sentencia se matizará posteriormente por referencia a las limitaciones establecidas en la LOFCA y en el bloque de constitucionalidad en la STC 174/1998, de 23 de julio, FJ. 6.

(44) Hay que destacar que en este ámbito se ha producido una gran desformalización provocando que el Tribunal Constitucional tenga que intervenir de una manera muy intensa en la delimitación competencial. *Cfr.* sobre el concepto de bases, J. SALAS: «Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización», *RAP*, núm. 100-102, 1983; I. DE OTTO: «El problema del concepto de bases a partir de la ley de bases de régimen local», en la recopilación, del mismo autor, *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986. E. ALBERTI ROVIRA: «Leyes medida y distribución de competencias: un paso más en la interpretación extensiva de las bases normativas en la jurisprudencia constitucional», *REDC*, núm. 18, 1986. J. JIMÉNEZ CAMPO: «¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC*, núm. 27, 1989; J. GARCÍA MORILLO: «La versatilidad de lo básico», *RAP*, núm. 140, 1996.

(45) *Cfr.* F. CAAMAÑO: «El abandono de lo básico: Estado autonómico y mitos fundacionales. A propósito de la LO 1/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, Murcia, 2000-2001. *Cfr.* igualmente, J. A. MONTILLA MARTOS: «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *REDC*, núm. 68, mayo-agosto de 2003.

(46) *Cfr.* J. A. MONTILLA MARTOS: *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Tecnos, Madrid, 1998.

III. NECESIDADES CONSTITUCIONALES EN LOS NIVELES EUROPEO, ESTATAL Y AUTONÓMICO

El proceso de integración europea está generando nuevas formas de articular la realidad política y constitucional que ponen a prueba las categorías tradicionales. Hasta qué punto esas nuevas formas van a ser compatibles con las que se han ido configurando dentro de los Estados democráticos (de los que, no lo olvidemos, el Derecho europeo extrae también sus principios mediante la remisión a valores comunes integrantes del «Derecho constitucional común europeo» en feliz expresión de Peter Häberle) (47) es algo que sólo podrá determinarse con el tiempo. Son muchos los ámbitos en los que resulta necesaria la defensa de valores y principios esenciales que responden a los criterios básicos del constitucionalismo de control del poder y garantía de los derechos. Más allá de las formulaciones concretas a través de las cuales se intentan conseguir esos objetivos, existe una constante en la historia del constitucionalismo como es la de que no toda organización del poder es válida para la garantía de los derechos, sino que resulta necesaria una determinada estructuración de los poderes del Estado con esa finalidad. En el Estado constitucional de Derecho bien puede decirse que esa estructuración del poder se basa en la articulación básica entre Constitución, legislación y jurisdicción (48). Es justamente en ese ámbito de articulación entre poder constituyente, poder legislativo y jurisdicción constitucional en el que mayores deficiencias pueden observarse en la actualidad en el proceso de integración europea (49).

No podemos olvidar, sin embargo, que el proceso de integración europea ha abierto nuevos espacios constitucionales y un diálogo constitucional entre diversos agentes que necesariamente va a producir transformaciones en el ámbito europeo y también en los órdenes constitucionales, ahora parciales, de los Estados miembros (50). Esta situación nos conduce a un proceso de enriquecimiento mutuo, que se manifestará previsiblemente a través del desarrollo gra-

(47) P. HÄBERLE: «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ*, 1991. *Cfr.* Igualmente, P. HÄBERLE: «Die europäische Verfassungsstaatlichkeit», *cit.*

(48) *Cfr.* F. BALAGUER: «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», *cit.*

(49) *Cfr.* F. BALAGUER: «Derecho y Derechos en la Unión Europea», en JAVIER CORCUERA ATIENZA (coord.): *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, *cit.*, págs. 39-59.

(50) P. HÄBERLE: «Europa –eine Verfassungsgemeinschaft?», en P. HÄBERLE: *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, págs. 84 y sigs.

dual de los textos constitucionales (51) generando un auténtico laboratorio constitucional en el que la comunicación entre los órdenes constitucionales parciales haga posibles nuevos desarrollos del Derecho constitucional, tanto para la futura Constitución Europea como para las constituciones nacionales.

Ahora bien, junto a estos aspectos innegablemente positivos del proceso de integración europea, no podemos dejar de tener en cuenta las deficiencias todavía muy intensas, las cuestiones técnicas que habrá que resolver y las dificultades que se plantean. Algunas de ellas generan problemas seguramente insolubles desde las concepciones tradicionales y requieren asumir una nueva mentalidad. Esa nueva mentalidad será necesaria, con carácter general para abordar los nuevos desafíos a los que se enfrenta el sistema de fuentes.

Como hemos tenido ocasión de explicar hasta ahora, los mayores problemas que se han planteado en los últimos años en el sistema de fuentes en España no se han dado en la ordenación de cada una de las fuentes en particular, sino en la relación entre ordenamientos. Si tenemos en cuenta no sólo el impresionante esfuerzo que ha supuesto la transformación del Estado autoritario y centralista en un Estado autonómico sino también el proceso de integración en Europa y la correspondiente «europeización» de las fuentes del Derecho (52), no cabe duda que los reajustes que se han producido en el sistema español de fuentes son muy considerables. El sistema de fuentes ha dado muestras de una gran flexibilidad y dinamismo lo que le ha permitido adaptarse a los intensos procesos de descentralización y de integración supranacional que se han desarrollado de manera simultánea en España.

No obstante, lo anterior, es preciso decir que tanto en el ámbito europeo como en el autonómico, los desarrollos que se han producido respecto de las previsiones constitucionales exigirían, probablemente, un esfuerzo de *constitucionalización* que cubra el déficit actualmente existente. En primera línea debería abordarse una revisión del Título VIII de la Constitución que permitiera acomodar el texto constitucional a la realidad del Estado autonómico. La eliminación de la segunda cláusula residual del artículo 149.3 CE (haciendo posible que las Comunidades Autónomas tengan atribuidas directamente por la Constitución todas las competencias que no se asignen expresamente al Estado

(51) P. HÄBERLE: «Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates», 1989, ahora en la recopilación del mismo autor *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992. Cfr. Igualmente, P. HÄBERLE: «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», en P. HÄBERLE: *Europäische Rechtskultur*, Suhrkamp, 1997.

(52) P. HÄBERLE: «Rechtsquellenprobleme im Spiegel neuerer Verfassungen- ein Textstufenvergleich», *ARSP*, Beiheft 62, pág. 141.

y evitando las diferencias competenciales debidas a la formulación concreta de los Estatutos) contribuiría a racionalizar el sistema competencial y las relaciones entre ordenamientos. Objeto de reflexión debería ser, en todo caso, la regla de supletoriedad, dada la tortuosa jurisprudencia constitucional en la materia. La regla de prevalencia es otro de los aspectos que posiblemente requerirían una modificación del texto constitucional ya que su formulación actual la convierte prácticamente en inoperante al exigir una delimitación competencial previa que resulta incompatible con su funcionalidad.

En el terreno europeo, el déficit constitucional se evidencia también en el ámbito interno; por ejemplo, en la articulación de políticas normativas que faciliten las relaciones entre ordenamientos. No son, sin embargo, deficiencias del sistema de fuentes, sino deficiencias estructurales que pueden incidir en el sistema de fuentes. Por otro lado, la Constitución no puede seguir de espaldas a la realidad europea sin incorporar a su articulado las referencias necesarias (53). Ahora bien, otras deficiencias son imputables al estado actual del proceso de integración y se dan en el ámbito europeo en el que el proceso de constitucionalización puede conseguir un gran impulso con el Tratado de Constitución para Europa. Queda, sin embargo, mucho camino por recorrer para que podamos hablar de una auténtica Constitución europea.

La preocupación por la normatividad de la Constitución es también inevitable si tenemos en cuenta el retraimiento del Tribunal Constitucional en los últimos años. Ciertamente una valoración global de la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional desde la fecha de su creación (el Tribunal Constitucional no cumple todavía veinticinco años) no puede sino ser extraordinariamente positiva. Por eso mismo no es posible ocultar tampoco que la normatividad de la Constitución se debilita progresivamente por la cada vez más acusada pérdida de la posición institucional que el Tribunal Constitucional tuvo en los primeros años de desarrollo constitucional. El Tribunal Constitucional no puede seguir dejando a un lado las cuestiones especialmente delicadas para la mayoría esperando a que los problemas constitucionales se resuelvan políticamente. Una reforma constitucional debería contemplar mecanismos para obligar al Tribunal Constitucional a que se pronuncie de manera rápida cuando la naturaleza de las cuestiones que se le suscitan (por ejemplo leyes de presupuestos) así lo exigen o cuando el control es instado por determinados agentes (desde luego, si lo es por las minorías parlamentarias). Lo anterior no puede hacernos desconocer, sin embargo, que muchos de los problemas que han llegado al Tri-

(53) Cfr. En este sentido el artículo de FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El referéndum superfluo y el necesario», publicado en el diario *El País*, 11-VII-2003.

bunal Constitucional con gran estruendo político deberían haber sido resueltos previamente mediante la reforma de la Constitución evitando así el debilitamiento de la normatividad constitucional que se ha producido en los últimos años (54).

Resulta necesaria igualmente la reflexión acerca de la relación entre Tribunal Constitucional, legislador y poder constituyente. A este respecto, hay que tener en cuenta que el sistema de fuentes del Estado constitucional de Derecho se basa en la interacción y el equilibrio entre *constitución, legislación y jurisdicción*. Ese equilibrio exige que los órganos activos: poder de reforma, legislador y juez constitucional, asuman su responsabilidad en el ámbito que a cada uno le corresponde. No resulta procedente, por tanto, ni una intervención excesiva de la jurisdicción sobre el legislador que limite indebidamente el ámbito de decisión política, ni una postergación de las decisiones sobre problemas constitucionales para esperar a que se resuelvan en sede política. Al mismo tiempo, la interacción legislador-tribunal constitucional puede tener su prolongación en el ejercicio del poder de reforma constitucional, cuando se quieran ampliar los límites establecidos en la Constitución tal y como han sido perfilados por la jurisdicción constitucional o cuando la Constitución demanda (como es el caso en la actualidad) reformas inaplazables.

(54) Me remito de nuevo a la obra de CARLOS DE CABO: *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, cit. respecto de las reformas constitucionales necesarias. Cfr. págs. 75 y sigs.

