

LA INACTIVIDAD DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Euskal Herriko Unibertsitatea/Universidad del País Vasco

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos jurídicos y políticos de la inactividad del legislador autonómico. III. Inactividad legislativa y lagunas del ordenamiento. IV. Inactividad legislativa y omisión legislativa. V. Inactividad legislativa autonómica y supletoriedad del Derecho estatal. VI. La supletoriedad como mecanismo de garantía de las competencias del Estado para la fijación de las bases en cada materia. VII. La necesaria autocrítica.

I. Introducción

La autonomía política de las nacionalidades y regiones constituidas en Comunidades Autónomas se ha explicado como un título jurídico-político que tiene como rasgo característico y esencial la capacidad de definir una orientación política propia y diferenciada de la que marquen para sí los órganos centrales del Estado¹. Una capacidad que comporta la de dotarse de unos ordenamientos propios y diferenciados dentro del general del Estado al que se unen a través, precisamente, de su norma institucional básica, es decir, el estatuto de autonomía.

De acuerdo con esa explicación, la ley es el vehículo primordial para la plasmación de esa orientación política diferenciada, pues a través de ella se expresa la voluntad de la ciudadanía representada en los Parlamentos autonómicos. Precisamente, la titularidad de esa capacidad legislativa por parte de todas las Comunidades Autónomas, fue uno de los aspectos más polémicos que suscitaron los primeros comentaristas del texto constitucional de 1978. Así, frente a una primera interpretación² según la cual la forma de acceso a la autonomía determinaba la

¹ Así lo entendió desde el principio el Tribunal Constitucional. En tal sentido, la STC 35/1982, FJ 2, afirmó que las Comunidades Autónomas «en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia».

² Me refiero, obviamente, al conocido comentario de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución», incluido en la obra colectiva *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Vol. 2, Madrid 1978, p. 352.

posibilidad de elaborar normas con rango de ley, la mayor parte de la doctrina sostuvo que esa diferenciación carecía de sustento constitucional.

Sea como fuere, lo importante es que, finalmente, las Comunidades Autónomas existentes tienen reconocida la potestad legislativa, de modo que la única distinción que ya cabe efectuar atendiendo a ese dato es la que se establece entre las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o, en términos más generales, entre la autonomía (política) de la que son titulares las Comunidades Autónomas y la (administrativa) que ostentan los municipios y provincias (artículos 140 y 141 CE), pues si las tres entidades territoriales gozan de ella «para la gestión de sus intereses respectivos» sólo la de las Comunidades Autónomas implica el ejercicio de la potestad legislativa. En palabras del Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981 y 25/1985, FJ 3): las Comunidades Autónomas «gozan de una autonomía cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los Entes locales, ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales que la configuran como una autonomía de naturaleza política».

El derecho a legislar, el derecho a hacer la ley, cobra así un significado de la máxima importancia para definir el contenido de la autonomía política. Es algo así como la «marca» o manifestación jurídica del poder político que entraña la autonomía. A través de sus leyes, y dentro del ámbito espacial y material que acotan la CE y los estatutos, las Comunidades Autónomas establecen regulaciones generales que atienden a las necesidades y a las prioridades de la ciudadanía. Unas leyes, que son genuina expresión democrática de la voluntad general representada en los Parlamentos respectivos y que, lógicamente, son el producto de la iniciativa política del Gobierno o de los Grupos Parlamentarios (y en mucha menor medida de los ciudadanos o de otras entidades) y de la decisión mayoritaria de la correspondiente Cámara parlamentaria, tras su enmienda y debate y del proceso de discusión que se haya dado en los medios de comunicación y en la sociedad.

Pese a la indudable importancia jurídico-constitucional de la potestad legislativa autonómica, no sólo como expresión del principio autonómico (artículo 2 CE) sino, también, del principio democrático (artículo 1.2 CE), su estudio se ha centrado casi de forma exclusiva desde el prisma competencial. Parece que la rotunda aclaración de que «autonomía no es igual a soberanía», contenida en la STC 4/1981 (FJ 3) y la constante precisión de que, por definición, la autonomía siempre supone un poder limitado, han tenido un efecto directo en el interés doctrinal y político, pues lo que normalmente importa es la cuestión de los límites, la adecuación de la legislación autonómica al bloque de

la constitucionalidad. Fuera de esos extremos la atención a la función de la ley en el interior de cada Comunidad Autónoma se ha considerado el simple trasunto de lo que es la ley en el sistema de gobierno estatal, algo totalmente secundario y anecdótico reservado a los juristas locales.

Este trabajo pretende, sin embargo, reivindicar un lugar más destacado a la titularidad de la potestad legislativa por las Comunidades Autónomas, pero no por lo que su producción y puesta en vigor puedan significar en el doble ámbito de las relaciones entre el Derecho estatal y el autonómico, y en el seno de este último, sino por el sentido y los efectos que puedan esperarse del fenómeno contrario; es decir, de la inactividad del legislador autonómico.

II. Aspectos jurídicos y políticos de la inactividad del legislador autonómico

El interés del estudio no obedece, lógicamente, a un afán por adentrarse en lo patológico o en la búsqueda de supuestos extraños o estrambóticos sino a la preocupación por hallar una respuesta coherente a los problemas que en la realidad se suscitan en el proceso de aplicación de las normas cuando falta la ley que, en principio, debería contener la solución al caso planteado pues la correspondiente Comunidad Autónoma que cuenta con competencia para aprobarla no la ha elaborado.

Estamos, por tanto, ante una cuestión de indudable contenido jurídico pero que está directamente vinculada a los procesos político-parlamentarios que, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, han de activarse para producir las leyes. Por ello, creemos que sin contemplar ambas facetas no es posible llegar a entender ese problema ni, desde luego, hallar las fórmulas que eviten o, al menos, palien los efectos jurídicos prácticos que pueda generar.

La hipótesis de la ausencia de ley autonómica presupone la existencia de un cierto deber o necesidad de legislar y puede darse tanto con respecto a materias en las que la Comunidad Autónoma ostente competencias exclusivas como en relación con aquellas otras en las que su competencia sea compartida o de desarrollo de las bases o normas básicas del Estado. En el primer caso, la falta de ley autonómica se plantearía a causa del incumplimiento o no atención de algún mandato o previsión constitucional o estatutaria de los que se pueda deducir la necesidad de una ley autonómica de desarrollo. En el segundo, la producción de la norma legal autonómica vendría determinada por impera-

tivo de la colaboración legislativa que implica el binomio bases-desarrollo que establece para la mayoría de las materias el artículo 149.1 CE. En ambos supuestos la cuestión se enfocaría desde la consideración lógica y sistemática que dice que la atribución de competencias y potestades se realiza constitucional y estatutariamente para ser actuada y no para dejarla sin cumplimentar y del principio de la irrenunciabilidad de las competencias.

Ahora bien, la necesidad de mantener la coherencia del sistema y el comprensible recelo hacia todo aquello que puede comprometer su plenitud tiene como límite constitucional el respeto a la autonomía política que quedaría borrada por completo si, además de quedar acotada en cuanto al contenido de la regulación legal, estuviera abocada a ser ejercida en el momento y en la forma que determine el legislador estatal. Hay que tener en cuenta, por tanto, que —dentro del ámbito material de competencias atribuidas— la autonomía política no sólo implica la responsabilidad sobre qué se legisla sino, también, cuándo y cómo se legisla y que, en todo caso, la ley autonómica como cualquier ley que reivindique para sí ese nombre, ha de ser la expresión del principio democrático. Por otro lado, tampoco hay que descartar que las circunstancias políticas impidan en la práctica que se apruebe una determinada norma legal pese a que el Gobierno o algún Grupo Parlamentario estén dispuestos a ejercer la iniciativa.

La matización que acabamos de hacer es muy necesaria para poner de manifiesto la dimensión política que tiene la producción legislativa y, en definitiva, la institucionalización del autogobierno autonómico. Así, del mismo modo que el legislador estatal goza de libertad de configuración legal y actúa con arreglo a los impulsos que marca el sistema de gobierno en el que se desenvuelve, el autonómico, dentro de su ámbito, se encuentra en una posición análoga.

Centrándonos en la segunda hipótesis, es decir, en la relación bases-desarrollo, hecha la aclaración y descartada la aplicación de criterios basados en el automatismo lógico-jurídico o puramente formal, creo que ha de ponerse la atención no tanto en los motivos concretos por los que una determinada ley autonómica no se produce como en los efectos jurídicos que su inexistencia pueda provocar. Es decir, más que pensar en los responsables o en las relaciones de poder que están detrás de los procesos legislativos, es preciso ver qué problemas se generan a los destinatarios de las leyes, a los ciudadanos por cuenta de los cuales aquellos poderes actúan.

No ha sido, sin embargo, esa la tónica dominante, ni en la doctrina ni en la práctica ya que, en general, este problema se ha enfocado desde la perspectiva del principio de supletoriedad del Derecho estatal que

consagra el artículo 149.3 CE al entender que la inexistencia de ley autonómica genera lagunas que han de colmarse a través de ese expediente. Así, primero se abogó por una regulación estatal con vocación supletoria preventiva de un presumible retraso autonómico en desarrollar la correspondiente ley básica. Más tarde, se dijo que la falta de desarrollo de las normas básicas estatales, además de provocar indeseables vacíos normativos y con ello inseguridad jurídica, impedía alcanzar los objetivos de la política legislativa marcados en aquellas en aras del interés general del Estado por lo que era necesaria la regulación supletoria estatal que actuaría como una especie de sanción temporal a la desidia o falta de voluntad autonómica a la hora de cumplir con sus obligaciones.

Hemos de ver, por consiguiente, qué relación hay entre la inactividad legislativa y la producción de las lagunas ya que la existencia de estas últimas es el desencadenante de la aplicación supletoria del Derecho estatal.

III. Inactividad legislativa y lagunas del ordenamiento

La preocupación doctrinal por la inactividad legislativa es normal durante el período de transición, a veces muy prolongado, que conlleva la instauración de un nuevo orden constitucional. En tales circunstancias y por diversos motivos (incompatibilidad de gran parte del ordenamiento anterior con los principios y valores que sustentan al nuevo, impaciencia por la efectividad de nuevas políticas o de una diferente organización de los poderes, etc.) se puede tender a asociar dicha inactividad con las lagunas del ordenamiento. Aquélla sería la causa y éstas la consecuencia.

En efecto, en un contexto en el que se produce la derogación de parte del derecho preconstitucional en virtud de determinaciones expresas de la Constitución, o por la inconstitucionalidad sobrevenida, total o parcial, de muchas leyes, y en el que algunos sectores de la sociedad consideren que la nueva Constitución reclama también leyes nuevas que satisfagan sus exigencias, se da un ambiente proclive a encontrar lagunas reales o aparentes. Así lo ha observado Balaguer Callejón³, que ha llamado la atención sobre la forma de resolución de tales problemas en el caso español gracias, entre otras razones, a una actitud del Tribunal Constitucional claramente orientada desde el principio a conciliar las

³ BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho*, vol. II, Tecnos, Madrid 1992, p. 166.

exigencias de adaptación al nuevo orden constitucional de la legislación previa, con el intento de evitar lagunas en el ordenamiento, promoviendo una interpretación de la misma conforme a la Constitución. En este sentido, las SSTC 1/1981 (FJ 10) y 4/1981, (FJ 5) sentaron una interpretación del efecto de la Disposición Derogatoria de la CE que declara la derogación por efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación preconstitucional.

Ahora bien, aunque el referido contexto favorezca la asociación entre inactividad y lagunas, la verdad es que se trata de dos problemas distintos. Mientras la existencia de una laguna supone la ausencia total y completa de norma aplicable a un supuesto de hecho o a una materia⁴, la inactividad implica la falta de la norma que regule determinados supuestos o una materia tal y como prevé la Constitución. La inactividad no provoca, por tanto, la falta completa de normas aplicables al caso sino de una en particular cuya necesaria existencia es deducible de la Constitución a fin de dotar a una determinada cuestión de una regulación completa que manifieste de forma clara la integración de los principios o reglas que el constituyente ha considerado que deben ordenarla. La ausencia de tal norma legal ocasiona, así, una aplicación del Derecho que no puede servirse de todos esos complementos y fuerza al intérprete a hallar la solución aplicable al caso acudiendo al propio texto constitucional. No se trata, pues, de una actitud que contradiga por definición las previsiones constitucionales al respecto aunque, ciertamente, dificulte su realización y cree inseguridad jurídica. En casos extremos la infracción constitucional puede venir precisamente de ahí, de la vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE.

Las lagunas demandan una labor de integración del ordenamiento a través de la interpretación y el recurso a la analogía y a la supletoriedad en busca de reglas y principios que permitan resolver el caso. En cambio, la inactividad se traduce en una situación jurídica cuyo mantenimiento en principio sólo representa un riesgo para la correcta aplicación del ordenamiento conforme a la Constitución. La violación de ésta se producirá, únicamente, cuando demande una ley con un contenido predeterminado por ella, o cuando su inexistencia lleve a aplicar normas supletorias o análogas contrarias a lo querido por el texto fundamental.

⁴ BOBBIO, N. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli Editore, Torino 1960, pp. 125 y ss. También en *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid 1991. (Traducción de E. Rozo Acuña). p. 211.

La doctrina ha precisado que la decisión del legislador de mantenerse inactivo que no vulnere ningún principio constitucional no tiene por qué ser causa de lagunas jurídicas. El respeto a la voluntad del legislador en el Estado democrático impide confundir el concepto de laguna con la política legislativa que, dentro del marco de la Constitución, desarrolle en cada caso la mayoría en el poder. Por ello, lo que no puede pretenderse es que cualquier aspiración social que no encuentre solución jurídica sea propiamente una laguna y, a este respecto, se propone distinguir entre *defectos* de regulación, que son criticables desde una consideración externa a la ley, desde una perspectiva jurídico-política o jurídico-ética (*de lege ferenda*), y auténticas *lagunas* de regulación, que son enjuiciables desde el punto de vista del fin inmanente a la ley, de su fundamento y finalidad⁵.

Estas consideraciones realizadas en abstracto son perfectamente predicables de la relación entre el legislador básico estatal y el autonómico de desarrollo, pues salvo que la colaboración entre ambos sea imprescindible para alcanzar alguna finalidad constitucional determinada —lo que habrá que demostrar caso a caso—, la falta de ley autonómica complicará, quizás, la tarea del intérprete pero no supondrá incumplimiento constitucional alguno ni permitirá que se active la cláusula de la supletoriedad.

IV. Inactividad legislativa y omisión legislativa

La mera inactividad legislativa debe diferenciarse de la omisión legislativa. La primera consiste en un simple no hacer, la segunda revela una voluntad de no legislar⁶. Según Mortati la inactividad legislativa es

⁵ BALAGUER, F., *ob. cit.*, p. 167.

⁶ GOMES CANOTILHO, J.J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra 1987, p. 331, dice que la omisión legislativa inconstitucional significa que el legislador no hace algo que positivamente le está impuesto por la Constitución. No se trata, pues de una simple negación, de un no hacer sino de un no hacer algo a lo que, de forma concreta y explícita, estaba constitucionalmente obligado. En «¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo», *REDC*, n.º 43, enero-abril 1995, pp. 9 y ss., este autor precisa su postura al respecto saliendo al paso de algunas críticas simplificadoras de su discurso y situando su idea de la Constitución en el contexto actual. La 7.ª edición de su *Direito Constitucional*, Coimbra 1998, se hace eco de ello. Sobre la omisión legislativa en Alemania ver el trabajo clásico de TROCKER, N. «Le omissioni del legislatore e tutela giurisdizionale dei diritti di libertà (Studio comparativo sul diritto tedesco)», *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, vol. 178, fasc. 1-2, 1970, pp. 88

la única que puede provocar lagunas en sentido estricto, pues éstas son las no queridas por el legislador, el producto de la inercia legislativa y no de una decisión política. Frente a la simple inactividad involuntaria o no consciente, la omisión legislativa obedece a la intencionalidad del legislador, es el resultado dañino de un acto de voluntad, un incumplimiento consciente de un mandato constitucional, cometido por el legislador. En su opinión, mientras no ha de haber inconveniente a que mediante las técnicas de integración se busque la voluntad del legislador olvidadizo, en el caso de la omisión deliberada hay que descartar el uso de dichas técnicas pues no tendría sentido dar eficacia con ellas a la voluntad infractora del legislador. Lo procedente ante el silencio voluntario es instar al legislador a que sea él mismo quien colme la laguna aprobando la ley reclamada por la Constitución. Es decir, en el primer supuesto vale la integración y en el segundo se impone el control jurídico⁷.

El planteamiento de Mortati está animado por el afán por hallar mecanismos capaces de evitar los efectos inconstitucionales de una actitud del legislador que se aparte o inhiba de los deberes que le impone el constituyente. Sin embargo, su brillante exposición ha sido objeto de severas críticas. Por un lado, es ciertamente difícil fundamentar en una Constitución normativa y abierta la existencia de órdenes o mandatos

y ss. En Italia MORTATI, C., «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore». *Problemi di Diritti Pubblico nell'attuale esperienze costituzionale repubblicana. Il Foro Italiano*, vol. XCIII- Parte V-11, 1970. En la doctrina española ver AHUMADA RUIZ, M.A. «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *RCEC*, n.º 8, enero-abril 1991, pp. 169 a 194; FERNÁNDEZ SEGADO, F. «La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996; AGUIAR DE LUQUE, L. «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del poder legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *RDP*, UNED, n.º 24, 1987, pp. 9 a 30; COBREROS MENDAZONA, E. «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política, social y económica del Estado», *RVAP*, n.º 19, septiembre-diciembre; 1987. VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc Graw Hill, Madrid 1997; GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*, Mc Graw Hill, Madrid 1997 y «Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico», *REDA*, n.º 98 abril/junio 1998; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., «Proposition de concept d' omission inconstitutionnelle en Espagne», *Das Öffentliche Recht der Gegenwart, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 46*, Herausgegeben von Peter HÄBERLE, Mohr Siebeck 1998, pp. 483 y ss y *La inconstitucionalidad por omisión (teoría general, derecho comparado y caso español)*, Civitas, Madrid 1998, asimismo, PÉREZ ROYO, J., «Inconstitucionalidad por omisión», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 3501 y ss.

⁷ MORTATI, C., *ob. cit.*, *ibidem.*, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *ob. cit.*, pp. 71 a 73. GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad...*, *ob. cit.*, pp. 27 a 34.

imperativos de legislar⁸. Por otro, aunque cupiera hallar tales mandatos, lo importante ha de ser el resultado que la falta de una ley genere en el ordenamiento y no la inactividad o el silencio del legislador en sí. La inconstitucionalidad de la conducta del legislador habrá que apreciarla en función de que su inactividad provoque o no el mantenimiento en el ordenamiento de una especie de norma implícita contraria a la Constitución.

Además de la crítica a la artificiosidad de su distinción entre omisión legislativa y lagunas se advierte en la tesis de Mortati la grave contradicción que implica someter a control jurídico aquello que más le repugna a este tipo de fiscalización (la consciente decisión política de no legislar, de frustrar los mandatos constitucionales con su silencio) y de dejar sin control y abandonar a la actividad judicial integradora de lagunas los casos en los que el legislador calla por negligencia, con la justificación de que esto último es posible al no haberse manifestado voluntad política alguna⁹.

La doctrina mayoritaria considera, no obstante, que el dato de la voluntariedad de las lagunas no altera la naturaleza de éstas y desconoce que su rasgo esencial es que, con independencia de sus causas, denotan una situación en la que, como dice Bobbio¹⁰, el sistema no tiene una norma que prohíba un determinado comportamiento ni una norma que lo permita. El dato de la voluntariedad nada aporta pues,

⁸ El Tribunal Constitucional español comparte las ideas expuestas y resume su doctrina en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, según la cual: «El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución (STC 209/1987, Fundamento Jurídico 3.º) sino que actúa con libertad dentro de los márgenes que ésta le ofrece, y siendo la ley expresión de la voluntad popular, este Tribunal debe ejercer sus competencias, como hemos dicho en varias ocasiones, “de forma tal que no imponga restricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas”». En otro pasaje, la misma STC 194/1989, dice que la Constitución «... como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de valor». Y es que, en esa función de posibilitar y garantizar un proceso libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba, según HESSE, la *cuadricidad de la Constitución*.

⁹ El reproche de VILLAVERDE, *Ibidem*, se centra, sobre todo, en la contradicción que implica negar a los jueces un papel «político» para fiscalizar la omisión que él llama dolosa y concedérselo, sin embargo, en la que denomina culposa y en el peligro que para la separación de poderes puede entrañar el control jurídico de lo que es más específico de la función del legislador: decidir cuándo y cómo legislar. Si en relación con las lagunas (silencio culposo) la acción jurisdiccional sólo opera para los casos singulares que toque resolver a los tribunales, con respecto a la omisión legislativa (silencio doloso), la proyección del control jurídico sería tan general como la de la ley omitida.

¹⁰ BOBBIO, N., *ob. cit.*, *ibidem*.

como también advierte Bobbio, las lagunas voluntarias no son verdaderas y propias lagunas, las cuales se presentan cuando el intérprete debe decidir de acuerdo con una norma dada del sistema y esta norma no existe o, para ser más exactos, el sistema no ofrece la debida solución.

Sea como fuere, es evidente que la omisión legislativa aunque pueda ser ocasionalmente causa directa de lagunas, no siempre las provoca. El silencio legislativo puede consistir, por ejemplo, en no derogar una ley preconstitucional y sustituirla por otra más acorde con el texto fundamental, en cuyo caso no habría laguna al existir una norma que aplicar en tanto no se declare inconstitucional. Cabría también la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que dicha ley preconstitucional se invoque como derecho vigente no la aplique por considerarla derogada por efecto de la inconstitucionalidad sobrevenida (artículo 6 LOPJ).

Del mismo modo que la voluntad del legislador puede ser ajena a la causación de lagunas cuando, por ejemplo, una ley es declarada inconstitucional, tampoco será imprescindible su actividad para cubrir el hueco ocasionado por la expulsión de aquélla del ordenamiento cuando quepa la aplicación directa de la norma constitucional. Hipótesis en la que la laguna no llegaría siquiera a existir.

V. Inactividad legislativa autonómica y supletoriedad del Derecho estatal

Si llevamos las consideraciones precedentes al ámbito de las relaciones entre ley estatal y ley autonómica, comprobamos nuevamente la dificultad de hallar supuestos de lagunas jurídicas provocados por la inactividad legislativa de uno de los dos legisladores.

En primer lugar, porque se trata de dos ordenamientos distintos aunque integrados en el global del Estado del que forman parte. La separación entre ambos conforme al principio de competencia supone que la búsqueda de la norma aplicable haya de realizarse en cada uno de ellos. Esta es una exigencia que deriva directamente del derecho a la autonomía, reconocido y garantizado en el artículo 2 CE, cuyo ejercicio se disciplina en su Título VIII¹¹.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7.ª ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 276 explican el principio de separación o de competencia como una manifestación primaria de la relación entre la pluralidad de ordenamientos que deriva de la Constitución de 1978. Según los autores citados: «Un ordenamiento, en cuanto a sus elementos normativos (pues ya sabemos que el ordenamiento es inicialmente una or-

Sin embargo, la interpretación dominante hasta ahora en la doctrina no admitía ese razonamiento. Se afirmaba que mientras el ordenamiento estatal es completo y puede regular válidamente cualquier materia, los autonómicos no tienen esa cualidad, son órdenes parciales que sólo cubren las materias que de acuerdo con las reglas de reparto competencial han asumido estatutariamente¹². El apoyo fundamental de esa tesis es la teoría de los «círculos de interés» (círculo material de interés general, círculo de encuadramiento y círculo de suplencia), elaborada por García de Enterría y Fernández Rodríguez a partir de su concepción de la articulación de los ordenamientos estatal y autonómicos en el supraordenamiento constitucional, que se inspira en la interpretación

ganización, de la cual las normas son expresión e instrumento), es tal en la medida que no es un conjunto de reglas más o menos separables de otro ordenamiento global, en la medida, pues, en que su posición no es explicable desde la perspectiva de la integración jerárquica en otro ordenamiento. Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación respecto de los demás, separación que se expresa, por de pronto, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes de Derecho, como propias de la organización específica de que se trata, no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la organización general que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que inicialmente significa el concepto de “autonomía”, según su misma etimología, la capacidad de autonormarse. En cuanto tales fuentes propias su validez reposa en la norma básica de la organización de que surge, la que ha definido su estructura y delimitado su ámbito propio, su esfera material de funcionamiento y actuación. En el seno de ese ámbito autonómico propio constitucional o legalmente establecido, la norma autonómica es suprema y excluye a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico, salvo que se trate de una norma que tenga rango suficiente para modificar, o incluso suprimir, dicha esfera o ámbito.»

¹² DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 247 y 248, habla de «una diferenciación entre dos niveles o clases de normas: las que integran el ordenamiento del Estado y tienen vigencia en todo el territorio nacional, y las que crean las Comunidades Autónomas en las materias de su competencia y con vigencia limitada a su territorio». Según este autor, la dualidad de normas que caracterizan a la estructura compleja del ordenamiento español se diferencia de las de los sistemas federales clásicos en que no ha sido el fruto de una centralización a partir de ordenamientos distintos, sino a la inversa, de una descentralización a partir de una estructura unitaria. Eso lleva a que el ordenamiento estatal sea completo, en el sentido de que no tiene limitación en cuanto a las materias regulables, y sobre él se edifican los ordenamientos de las Comunidades Autónomas circunscritos a las materias que son de su competencia. MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, vol. I, pp. 410 y 411, alude a la circunstancia de que las principales ramas del derecho de las que históricamente se ha nutrido el derecho público quedan en manos del Estado en virtud, sobre todo, del art. 149 1.8.º CE. De ahí derivaría su cualidad de ordenamiento completo y su aptitud para actuar como derecho supletorio de los autonómicos.

dominante en Alemania en torno a la estructura del Estado Federal establecida en la Ley Fundamental de Bonn. Con arreglo a la misma, los *Länder* son parte de la Federación y están sometidos a ella¹³.

Pues bien, según García de Enterría y Fernández Rodríguez, la estructura del sistema autonómico español se puede explicar satisfactoriamente a través de la teoría bimembre a la que responde la organización federal germana. Por consiguiente, se da una coincidencia entre los dos últimos grados (Estado superior y Estado global) de modo que, en el caso español la función atribuida a ambos la desempeña simultáneamente el ordenamiento del Estado, circunstancia que explica la supremacía del mismo sobre los autonómicos y que justifica tanto los principios de prevalencia como el de supletoriedad¹⁴.

Los autores que venimos siguiendo entienden que, desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador estatal y los autonómicos, la posición dual del ordenamiento del Estado se traduce en la articulación normativa entre bases y legislación complementaria en la existencia de los tres círculos de interés a la que se ha aludido más arriba¹⁵:

¹³ VOGEL, J.J., «El régimen federal de la Ley Fundamental», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid 1996, p. 625. Esta cuestión, según señala VOGEL, ha dejado de ser objeto de debate desde que se rechazó tempranamente la teoría trimembre o de los «tres grados» (el de los Estados miembros, el del Estado superior y el del Estado global), desarrollada por KELSEN y NAWIASKY para quienes, como recuerda STEIN, E., *Derecho Político*, ed. Aguilar, Madrid 1903, p. 109, los *Länder* forman, junto con el *Bund*, una República Federal en igualdad de rango, de donde se deduce que dado que los órganos de la Federación no abarcan a los de los *Länder*, sus órganos no pueden actuar sobre éstos. La doctrina dominante en Alemania, a la que se adhieren los citados administrativistas españoles, es, sin embargo, la teoría del Estado federal de los dos miembros la cual, además, fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal alemán desde 1953. VOGEL, *ibidem*, lo explica así: «La Federación comprende, pues a los *Länder*; se entiende como una superestructura de carácter estatal (*Oberstaat*) resultado de la unión de los *Länder* en un Estado federal. Por tanto, sólo hay una organización central, a la que conjuntamente con la organización de los Estados miembros corresponden en el ámbito territorial de la Ley Fundamental todas aquellas tareas que en el Estado unitario competen a la organización estatal unitaria. La Constitución federal comprende entonces dos esferas jurídicas: la primera tiene como contenido las relaciones entre el Estado global (*Gesamtstaat*) y los Estados miembros; la segunda, las relaciones entre los Estados miembros.»

¹⁴ *Ibidem*. Ver GONZÁLEZ ENCINAR, J.J., *El Estado Unitario Federal. La autonomía como principio estructural del Estado*, ed. Tecnos, Madrid 1985.

¹⁵ Ver su *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 293 a 298. Cabe advertir que, aun aceptando que en lo referente a los dos primeros círculos (interior y de encuadramiento, en este con las reservas que más tarde se explicarán) es una elaborada descripción de los contenidos normativos que integran el papel asignado al legislador básico estatal, el tercero (de suplencia) es, como reconocen sus creadores, un artificio que responde a criterios de conveniencia y oportunidad para asegurar una normación completa de las distintas materias, pero no una exigencia del

De acuerdo con su construcción, la competencia estatal para fijar las bases en una materia conlleva la delimitación de lo que ellos llaman el *círculo interior* o «núcleo material del interés general» que es el que ha de sostener la regulación completa e íntegra (y no meramente incoada o abstracta, de modo que necesitase una ulterior determinación), del interés general, o nacional o supraautonómico, de la materia de que se trate. A partir de ahí, comienza el *círculo de encuadramiento*; es decir, la previsión de un espacio propio para la normación autonómica complementaria y el de su articulación con el círculo nuclear del interés general. *Lo propio del círculo de encuadramiento es delinear, en efecto, el espacio propio de la normación autonómica, pero también articular esa normación en la «estrategia global» que la legislación básica implica* de suyo, y no puede dejar de implicar. La necesidad, pues, de una articulación positiva, de una coordinación entre las normas de las dos esferas es, justamente, lo propio del círculo de encuadramiento, como está implícito en el propio concepto constitucional de «bases». Por tanto, *no sólo se delimitará el límite negativo de la competencia estatal, desentendiéndose del resto seguidamente, sino que se formularán también principios materiales a los que la competencia autonómica deberá servir para que la articulación de sus normas con el sistema de intereses generales propios del Estado, pueda ser efectivo; las «políticas propias» de cada Comunidad Autónoma no sólo no pueden destruir, sino que deben servir la «política global» de la respectiva materia que al Estado, por título constitucional corresponde en exclusiva formular* (la cursiva y la negrita son nuestras).

El tercer elemento, llamado por ellos el *círculo de suplencia* es un contenido de la norma básica que *no es estrictamente necesario en el sentido institucional del concepto, salvo en un caso, aunque sí técnicamente muy conveniente* (la cursiva es nuestra). El asunto es que puede haber alguna o varias o todas, de las Comunidades que adopten una actitud pasiva y omitan toda actividad normativa, o al menos que la demoren en el tiempo. Con ello la materia a la que el Estado ha dotado de una regulación básica que quedaría afectada de grave insuficiencia normativa. Es este vacío, susceptible de producir graves perjuicios sociales,

mismo concepto de bases que ellos sostienen. La teoría del interés fue defendida sin éxito por el Magistrado Jiménez de Parga en su Voto Particular discrepante a la STC 61/1997. Sobre el argumento del interés, ver VIVER PI-SUNYER, C., «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa, *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993, p. 325.

«Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Estudios...*, ob. cit., pp. 314 y ss.

el que ha de intentar suplirse haciendo que el Estado incorpore a su norma básica un contenido mínimo que ultime la regulación global de que se trate y que sólo será aplicable en defecto de la regulación autonómica, en virtud de la cláusula de suplencia del derecho del Estado que se encuentra en el artículo 149.3 de la Constitución.

Hay un caso en que el establecimiento de ese tercer círculo será necesario, y es cuando se trate de regulaciones en que no todas las Comunidades Autónomas tengan asumida competencia normativa, o la tengan con distinto alcance. En este supuesto, este tercer círculo ni siquiera será de suplencia, sino de directa y necesaria aplicación en aquellas Comunidades Autónomas.

El círculo de suplencia se concibe, pues, como *un simple arbitrio práctico para facilitar la regulación global y sistemática de la materia y la eventualidad de omisiones normativas o de desacuerdos temporales en su puesta en aplicación por parte de las diferentes Comunidades Autónomas, o en el caso extremo, cuando alguna de esas Comunidades Autónomas carezca de poder normativo propio* (la cursiva es nuestra).

Sin necesidad de entrar ahora en el debate acerca de si la teoría bímembre es o no la más apropiada para explicar la organización autonómica del Estado, baste con reconocer que es evidente, desde luego, que la Constitución otorga a los órganos centrales o generales del Estado una serie de atribuciones que les sitúan en una posición de supremacía con respecto a las Comunidades Autónomas. Entre ellas destaca la prevalencia del Derecho estatal y se encuentra, también, la cualidad de Derecho supletorio de primer grado del propio de las Comunidades Autónomas que la cláusula del artículo 149.3 CE confiere al ordenamiento del Estado. Una cualidad ciertamente importante que, sin embargo, ni necesita ni, por supuesto, está complementada con previsiones constitucionales que permitan deducir una facultad estatal de intervención preventiva y autónoma sobre el Derecho de las Comunidades Autónomas por razones de conveniencia o de garantía de regulación global de las distintas materias. Tal suerte de poder implícito en favor del Estado no encuentra apoyos en el texto constitucional sino más bien al contrario, y, además, fuerza el concepto mismo de la supletoriedad como regla de integración. Es decir, que aun cuando los órganos generales del Estado desempeñen funciones del Estado-Global, la identificación del abanico de poderes en que se traduce su supremacía sobre los órganos autonómicos ha de realizarse a partir de las determinaciones que al respecto contiene la norma constitucional. Pero, un examen detenido del texto de la Constitución lleva a la conclusión de que entre ellos no está ni explícita ni implícitamente reconocida al Estado la competencia de garantizar la plenitud del ordenamiento ni de prevenir con ese fin las

hipotéticas lagunas o las regulaciones insuficientes de las Comunidades Autónomas, creando un Derecho que no esté soportado por títulos competenciales establecidos en el bloque de la constitucionalidad¹⁶.

Tras la STC 61/1997 todo esto está mucho más claro y ya no es sostenible la tesis de los tres círculos de interés, o por lo menos del tercero de ellos (*círculo de suplencia*) en los términos que se venía manteniendo, pues ha sufrido un revés definitivo, al menos como fundamento de la validez de las regulaciones estatales que carezcan de título competencial habilitante. El rotundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, da la razón a quienes venían defendiendo a contracorriente que los títulos competenciales atribuidos al Estado y a las Comunidades Autónomas delimitan el ámbito de validez material de sus normaciones y que, sin título específico, éstas, si llegan a producirse, nacen viciadas de inconstitucionalidad radical y son nulas. El corolario en lo que ahora nos interesa es que, de haber lagunas, se deban colmar desde el propio ordenamiento en el que se produzcan y, sólo cuando ello no sea posible tendrá que acudir, en el caso de las Comunidades Autónomas, al Derecho del Estado que este cree en el ámbito material y espacial para el que sea competente.

No ha de pasarse por alto, tampoco, que la supletoriedad a la que se refiere el artículo 149.3 CE es una supletoriedad entre ordenamientos y no una supletoriedad entre normas¹⁷. La pluralidad de ordenamientos (el estatal y los autonómicos) existente se integra en un mismo sistema

¹⁶ LEGUINA VILLA, J. «El principio de competencia y la supletoriedad del derecho estatal», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, septiembre-diciembre 1997, pp. 15 y 16 lo explica con gran claridad: «No hay en el bloque de la constitucionalidad ninguna norma que atribuya al Estado una competencia universal para regular cualquier materia. Lo que el Estado ostenta es una competencia residual *ex art. 149. 3* (que en primera instancia opera en favor de las Comunidades Autónomas) sobre todas aquellas materias que no hayan podido o querido ser asumidas por los Estatutos de Autonomía. Competencia residual, por tanto, sobre materias que el bloque de la constitucionalidad *no* atribuye a las Comunidades Autónomas. Algo radicalmente diferente como se comprende, de una supuesta competencia universal para regular todas las materias imaginables, incluidas las que integran y definen la autonomía política de las Comunidades Autónomas.» Como consecuencia de lo anterior, LEGUINA, advierte que las competencias estatales son, pues, competencias tasadas y eso significa, de acuerdo con la STC 118/1996 (FJ 6), que «para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel *título específico* que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate».

¹⁷ Ver BALZA AGUILERA, J. y DE PABLO CONTRERAS, P., «El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas», *REDA* n.º 55, julio-septiembre 1987, pp. 416 y ss.

normativo pero están separados por virtud del principio de competencia que garantiza jurídicamente la adopción de orientaciones políticas potencialmente distintas en el ejercicio de las respectivas competencias legislativas. A consecuencia de la separación competencial, el legislador autonómico encuentra ante sí una pluralidad de opciones constitucionalmente legítimas a la hora de formular las leyes en el ámbito de sus competencias. Entre las decisiones que están a su alcance hay que entender obviamente incluida la de no regular de determinadas facetas de la realidad¹⁸. Por eso, no se puede admitir la validez de la premisa en la que descansa la hipótesis de la supletoriedad de normas. Es decir, que el ordenamiento de cada Comunidad Autónoma sea una especie de espejo en el que se reflejen, o lo que es peor, en el que deban reflejarse necesariamente, las leyes que forman parte del ordenamiento estatal y, además, con un contenido parejo. De tal suerte, que allí donde la norma legal autonómica no atienda todos los aspectos previstos en la correspondiente estatal exista una laguna que esta última deba colmar.

Dejando a un lado los problemas de encaje de determinaciones legales que pueden estar basadas en planteamientos muy divergentes, es evidente que la supletoriedad de normas así concebida no sólo es contraria al derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones consagrado en el artículo 2 CE y a las reglas de distribución competencial, contenidas en la Constitución y aplicadas en los Estatutos de Autonomía, sino a la misma lógica. Por más que sea notorio el mimetismo que inspira a muchas leyes autonómicas, por muy extensivo que haya sido el uso de las bases, por muy uniformizadora, en fin, que sea la política legislativa que en el Estado y en las Comunidades Autónomas hayan impuesto los partidos políticos de ámbito estatal a través de las mayorías parlamentarias correspondientes (en las Cortes y en los Parlamentos autonómicos), no es permisible la presunción simplista de la correlación exacta entre las regulaciones legales de uno y otras ni siquiera en lo que esté sujeto a las bases.

Para dilucidar en cada caso si hay laguna y, por tanto, necesidad de integrarla, lo correcto es adoptar la perspectiva del aplicador de la norma y determinar si (respetando las bases) el supuesto planteado requiere de una regla que la ley contemplada debiera haber previsto. La comparación con la ley estatal equivalente, si es que la hay (en ocasiones es posible, todavía, que sea preconstitucional) podrá ser útil para extraer una conclusión, pero en ningún caso es ineludible. Si al final se

¹⁸ Ver BALZA, J. y DE PABLO, P., *Ibidem*.

viera que, efectivamente, hay laguna esto será por causas intrínsecas al ordenamiento autonómico y no a la falta de correspondencia del contenido de una ley autonómica con el de la ley estatal. Su integración debería procurarse en el seno del ordenamiento o Derecho propio de la Comunidad Autónoma, si eso no da resultado satisfactorio, el aplicador deberá acudir al Derecho estatal dentro del cual hallará la homóloga a la autonómica.

La cuestión de si el ámbito competencial del Estado incluye la posibilidad de que el Estado legisle para algunos territorios (además de Ceuta y Melilla¹⁹) una materia completa debido a que, en virtud del principio dispositivo (art. 149. 3 CE) no haya sido asumida estatutariamente por una o más Comunidades Autónomas (ni le haya sido atribuida o delegada extraestatutariamente a través del art. 150 1 y 2 CE), es para nosotros secundario pues lo que ahora interesa recalcar es que si el Estado puede hacerlo no será porque disfrute de un apoderamiento constitucional para ello sino porque en esas hipótesis él es el competente para regular directamente, y no a título de Derecho supletorio, la materia de que se trate. En el caso de que luego resulte que la falta de normas autonómicas de desarrollo de las básicas estatales ocasione en otra Comunidad Autónoma una laguna aquél Derecho estatal tendrá que ser utilizado como supletorio en primer grado.

Desde la perspectiva del aplicador de las normas la verdad es que será difícil que se le presenten situaciones calificables como lagunas. La explicación es la misma que se ha dado anteriormente: si falta la ley estatal pero no la autonómica ésta será la norma aplicable sin perjuicio de la integración que en su caso fuera precisa y que se realizaría, en primer lugar, por sus propios principios o por la previsión constitucional de la que derive y, en su defecto, por la analogía y el Derecho estatal. Si la ausente es la ley autonómica de desarrollo de la básica estatal ésta será la norma aplicable y las carencias que así y todo pudieran apreciarse se colmarían con la ayuda de la Constitución y la analogía.

¹⁹ La invocación del argumento de que el Estado retendrá siempre una competencia universal sobre todas las materias para su aplicación directa en las hoy Ciudades Autónomas y supletoria para todas las Comunidades Autónomas no es nueva y ha sido defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA para rebatir la doctrina de la STC 61/1997, en «Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las Comunidades Autónomas», REDA, 95, 1997, pp. 413 y 414. Sin embargo, como señala LEGUINA, *ob. cit.*, p. 20, ese hecho no genera un *derecho* del Estado a legislar por vía supletoria para todas las Comunidades Autónomas y se muestra de acuerdo con BALZA y DE PABLO, *ob. cit.*, p. 423, quienes habían calificado la pretensión de deducir tal derecho como un fraude de ley.

Los únicos casos en los que tendría sentido hablar de lagunas serían aquellos en los que ni la autointegración ni la heterointegración sean suficientes para hallar la norma aplicable. Pero sólo se daría violación constitucional si la inactividad legislativa de uno o de los dos legisladores imposibilitara la producción de la ley necesaria para dar cumplimiento a la Constitución. Tal cosa ocurriría, a nuestro juicio, en una hipótesis igualmente excepcional: si la inactividad total (omisión absoluta) o parcial (omisión relativa) lo es de ambos legisladores, pues bastaría que uno de ellos hubiera producido su ley (fijando las bases o infiriéndolas y desarrollándolas) para que ni hubiera laguna ni omisión inconstitucional. No habiendo lagunas no tendría sentido, tampoco, acudir al expediente del artículo 149.3 CE. Además, la falta estaría en origen, en el Derecho estatal del que ha de partir la normación autonómica, y allí habría que realizar las operaciones de integración que fueran precisas.

VI. La supletoriedad como mecanismo de garantía de las competencias del Estado para la fijación de las bases en cada materia

En el epígrafe anterior hemos citado la teoría de los tres círculos de García de Enterría y Fernández Rodríguez, como fundamento teórico de la aplicación supletoria del Derecho estatal conforme al artículo 149.3 CE. Hemos visto, igualmente, que la práctica ha derivado en la regulación por el legislador estatal del llamado círculo de suplencia independientemente de que tuviera competencia en la materia correspondiente. También se ha dejado constancia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al respecto. Lo que nos interesa poner de manifiesto ahora es que una teoría elaborada para explicar la estructura y el contenido que han de tener las normas estatales para articularse con las autonómicas y lograr así la plenitud y seguridad jurídicas deseables, ha servido de base para una reordenación del reparto de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y para una desnaturalización injustificada del instituto de la supletoriedad que ha pasado de ser una técnica llamada a colmar lagunas a ser un mecanismo de control y de sustitución del legislador autonómico en el ámbito de las competencias que se le han atribuido estatutariamente.

La indicación que se acaba de hacer es relevante pues, según hemos visto en la introducción, la polémica sobre el principio de supletoriedad del Derecho estatal ha llevado a afirmar a los defensores del uso preventivo del mismo —hasta que el Tribunal Constitucional lo ha declarado definitivamente inconstitucional— que con él se impedía que el

silencio del legislador autonómico frustrara la realización de objetivos constitucionales abordada por el legislador estatal. Es decir, permitiría integrar una laguna provocada por tal omisión legislativa²⁰.

Una argumentación de ese tenor puede encontrar algún apoyo en la tesis de Mortati a la que se ha hecho referencia más arriba. Sin olvidar la crítica a la misma, recordemos ahora su sustancia.

Para el autor citado, la omisión legislativa es, como sabemos, una conducta deliberada de no cumplir un mandato de legislar previsto en la Constitución. Actitud que tiene como resultado la inexistencia de la norma que ha de regular un determinado supuesto, es decir, una laguna jurídica. Precisamente, en el dato de la intencionalidad se diferencian para él ambas figuras, de modo que sólo la inactividad legislativa que es deliberada incurre en omisión inconstitucional, mientras que la que genera las verdaderas lagunas está desprovista de una voluntad de crearlas. Desde el punto de vista práctico, la dicotomía de Mortati, supone que la primera conducta ha de ser objeto de control y salvarse por el propio legislador dando cumplimiento al deber que no ha observado. La segunda no, pudiendo ser subsanada por el juez mediante las técnicas de integración del ordenamiento.

Pues bien, los defensores de la supletoriedad preventiva del derecho estatal se basan en un planteamiento que se inscribe en la tesis obligacional o de la responsabilidad que defiende Mortati pero no llevan hasta el final sus consecuencias. En efecto, parece que dan por supuesto que las Comunidades Autónomas incumplirán una obligación de desarrollar legislativamente las bases estatales, generando las consiguientes lagunas y, en aras de un ordenamiento coherente y completo, otorgan al legislador estatal una facultad supletoria preventiva amparándose en la cláusula del artículo 149.3 CE. Ahora bien, si el incumplimiento del deber de legislar fuera intencionado, la lógica argumental propuesta por el maestro italiano, llevaría a aplicar, los mecanismos de

²⁰ Con la finalidad de evitar problemas al aplicador del Derecho y desde una perspectiva de técnica jurídica, MUÑOZ MACHADO, S. *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 195 y ss., abogó porque el legislador estatal identificara qué parte de dichas normas es básica y cuál supletoria descargando así a los jueces e, incluso, al Tribunal Constitucional, de una labor ingente de búsqueda del derecho aplicable a cada caso que les debería venir resuelta por el autor de las leyes, sin perjuicio, eso sí, de que su ajuste a lo dispuesto por la Constitución sea enjuiciado por la jurisdicción constitucional. Aunque no fuera su intención tal propuesta técnica, interpretada sin el rigor que el autor citado pedía, no sólo respaldaba la utilización preventiva de la supletoriedad de las normas estatales sino que la promovía abiertamente. Más tarde, en su *Derecho Público...*, vol. I p. 409, matizaría su posición con respecto a la supletoriedad preconizando un uso más restrictivo de la misma. Ver BALZA y DE PABLO, «El Derecho estatal...», p. 392.

control constitucionalmente previstos (artículos 153 y 155 CE) para evitar la hipotética infracción constitucional que la actitud omisiva pudiera entrañar y, mediante los cuales podría obligarse a las Comunidades Autónomas a subsanarla mediante la correspondiente ley ya que debería ser naturalmente del legislador competente, es decir, el autonómico el encargado de remediar, actuando, los problemas que su inactividad haya generado. Si la omisión no fuera intencionada, provocaría, según Mortati, lagunas y competería al juez operar la integración (siempre de acuerdo con la tesis de este autor que, según hemos repetido, no compartimos y que entendemos inaplicable por faltar el presupuesto esencial de partida: que el legislador autonómico tenga la obligación constitucional de desarrollar las bases establecidas en las leyes del Estado).

El recurso a la teoría de Mortati tiene como claro objetivo recobrar competencias legislativas que conforme con la Constitución, los Estatutos y demás normas integrantes del bloque de la constitucionalidad, ya no corresponden al Estado. La supletoriedad preventiva tiene, además, la peculiaridad de que no se emplea caso por caso sino que tiene una proyección general sobre todos los casos relativos a una materia.

Aclarada la cuestión, han de identificarse cuáles son los verdaderos problemas que subyacen a la polémica sobre las lagunas y la aplicación supletoria del Derecho estatal y cuáles sus soluciones. Tarea que pasa por determinar si existe un deber constitucionalmente impuesto a las Comunidades Autónomas de desarrollar las leyes básicas del Estado cuyo incumplimiento permita activar los instrumentos y procedimientos de control previstos en la Constitución.

En mi opinión, la tesis obligacional que Gómez Puente ha defendido siguiendo a García de Enterría y Fernández Rodríguez carece de fundamento en la Constitución de 1978. No sólo porque se opone frontalmente a la jurisprudencia constitucional sobre la supletoriedad, la cual no es el fruto de la decisión sobre un caso aislado sino, según ha puesto de relieve Leguina Villa²¹, la culminación de una doctrina que se ha ido elaborando a lo largo de muchos años y que está soportada por una argumentación difícilmente rebatible. El motivo principal es que esa tesis es contraria al principio de autonomía reconocido y garantizado constitucionalmente porque usurpa al legislador autonómico una

²¹ LEGUINA VILLA, J., *ob. cit.* Este trabajo viene a ser una réplica al artículo de REQUEJO PAGÉS, J.L., «El Estado autonómico. ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 1, mayo-agosto, 1997, pp. 157 y ss. en el que este autor sostiene que la citada sentencia ha producido una mutación de la forma de Estado.

potestad inherente a su propia y también es contraria al principio democrático al privarle de la función representativa como es decidir cuándo y cómo ha de elaborar las leyes dentro de su ámbito competencial. Una decisión que ha de ser el fruto de la discusión y de la formación de una mayoría parlamentaria suficiente que no puede ser sustituida por el legislador básico estatal con el argumento de que ha de satisfacer «la política global» que en cada materia decida el legislador estatal. Ciertamente, las bases responderán a la orientación política definida en el ámbito de los órganos generales del Estado, delimitarán el margen de actuación legislativa autonómica, pero deben hacer posible que la Comunidad Autónoma plasme su propia orientación. De otro modo se vaciaría por completo no sólo el elenco de opciones disponibles para el legislador autonómico sino, incluso, la ponderación de la necesidad y oportunidad de su actuación.

Hemos de reiterar nuevamente que inactividad y supletoriedad constituyen dos órdenes de cuestiones diferentes (la primera atiende a la producción de la ley mientras que la segunda se refiere a su aplicación y eficacia), y que la relación entre ambas sólo puede hacerla efectiva el operador jurídico en la fase aplicativa del Derecho. Obviamente, eso no excluye, más bien al contrario, que el legislador autonómico tome conciencia de la conveniencia de evitar vacíos y sienta la necesidad de elaborar sus propias normas contribuyendo así a garantizar la seguridad jurídica.

El deslinde entre la inactividad y la supletoriedad es esencial ya que no sólo permite analizar con mayor perspectiva el fenómeno de la inactividad legislativa sino, también, si es que son precisos, extremo que habrá que estudiar, los controles y remedios más adecuados y ajustados a la Constitución que sean la alternativa a la supletoriedad preventiva a la que nos había acostumbrado el legislador estatal.

En todo caso, resulta paradójico ver cómo si hace no mucho la preocupación doctrinal se dirigía a la amenaza que podría representar para la seguridad jurídica, la adecuación de las leyes a la Constitución y su eficacia, la marea legislativa que se esperaba del Estado Social y del Estado Autonómico, más tarde han cobrado relevancia los problemas, reales o aparentes, que la falta de leyes por la inactividad del legislador autonómico puede generar para la unidad y coherencia del Ordenamiento tras la ratificación de la jurisprudencia que proscribió el empleo de la supletoriedad por el Estado en los términos arriba expuestos. La paradoja es aún mayor si se tiene en cuenta que sigue sin resolverse el problema de la participación o representación de las Comunidades Autónomas en el proceso legislativo en el que se establecen las bases que han respetar a la hora de elaborar sus propias leyes, pues no se ha abor-

dado todavía la reforma del Senado y ni las conferencias sectoriales previstas en diversas normas estatales ni las relaciones bilaterales entre el Estado y las Comunidades Autónomas cubren en absoluto esa carencia.

Pese a la insistencia en la naturaleza y la función de la supletoriedad, creemos que se llega a la misma conclusión práctica sobre los efectos jurídicos de la inactividad legislativa autonómica de desarrollo de las bases estatales a partir de la propia concepción de éstas.

En efecto, si según vimos la autonomía significa la potestad de establecer una orientación política propia que puede ser coincidente o distinta de la marcada para el Estado, y si esa potestad está acotada por las competencias estatutariamente asumidas tal y como han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional, ello ha de ser así tanto en relación con las llamadas competencias exclusivas como en las compartidas. Es decir, el tipo de competencias asumidas puede dejar más abierto o más cerrado el marco de desenvolvimiento del legislador autonómico, y de hecho, frecuentemente acotan su campo de acción hasta unos extremos tales que casi lo reducen a la nada. Pero, dejando a un lado la política legislativa estatal, lo que es evidente es que aunque las normas básicas del Estado delimiten el citado campo e incidan, restringiéndola, la libertad de configuración del legislador autonómico, ni sustituyen a las normas estatutarias de atribución de competencias ni, mucho menos, pueden imponer a aquél la obligación de desarrollarlas. Dicho en otros términos, de la competencia del Estado para establecer el contenido de lo básico no se puede en modo alguno deducir una prerrogativa estatal que le permita obligar a legislar a los Parlamentos autonómicos.

Interpretación que, en nuestra opinión, es coincidente con la que anima a la importante STC 69/1988 (FJ 5) que, tras señalar la dificultad de aplicación equilibrada del sistema de distribución competencial en los supuestos en los que las competencias legislativas autonómicas entran en concurrencia con las que al Estado corresponden para definir el marco de lo básico dentro del cual deben aquéllas ejercitarse, aclara que la atribución al Estado de estas competencias deja el sistema abierto en el sentido de que «aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tienen por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares, las competencias propias que tengan relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas».

Lo básico prefigura, por tanto, el ámbito material sobre el que ha de producirse la regulación autonómica. Esta ha de concebirse siempre

como posible o, incluso como conveniente y deseable, puede que hasta se estime jurídicamente necesaria en algún caso, pero nunca será forzosa u obligada.

VII. La necesaria autocrítica

A mi juicio, ha llegado la hora de la autocrítica en sede autonómica pues, si bien es cierto que la práctica seguida durante años por el legislador estatal a través de la supletoriedad preventiva era lesiva de la capacidad de configuración legislativa que supone el ejercicio del derecho a la autonomía, también resultaba cómoda para las Comunidades Autónomas que se veían relevadas de la labor de legislar e, incluso, de aprobar sus propios reglamentos valiéndose de las normas «supletorias» del Estado. Una actitud que se podía comprender en el contexto doctrinal y legal imperante hasta hace bien poco pero que ya no es admisible desde la perspectiva de la irrenunciabilidad de las competencias y del principio de responsabilidad de los poderes públicos²². Hay que pensar que la práctica seguida por las Comunidades Autónomas era, y en gran medida sigue siendo, contradictoria con el sistema parlamentario de Gobierno en ellas imperante. Suponía, lisa y llanamente, que los Parlamentos autonómicos se autolimitasen en el ejercicio de la función que es su principal razón de ser: la función legislativa y se contentaran, únicamente, con la presupuestaria y la de control al ejecutivo. De ese modo, el Derecho aplicable en las Comunidades Autónomas ha

²² MUÑOZ MACHADO, S., *ob. cit.*, p. 412, se mostró contrario a la aplicación supletoria del derecho estatal provocada por el vacío normativo ocasionado por la renuncia del legislador autonómico a ejercer sus competencias. Según este autor: «Las Comunidades Autónomas no pueden renunciar a una regulación invocando la aplicación del derecho del Estado cuando *las normas estatales que podrían ser aplicadas supletoriamente no tienen correspondencia ni con la posición ni con las funciones y competencias de la Comunidad Autónoma*». Aunque compartimos la conclusión de que no es admisible tal renuncia competencial (en nuestra opinión ni en el caso considerado por MUÑOZ MACHADO ni en ningún otro) hay que precisar que el ilustre administrativista cita en apoyo de su interpretación la doctrina sentada por la STC de 12 de noviembre de 1981, recaída sobre la ley de 12 de noviembre de 1981, «*de inmunidad e inviolabilidad de los miembros del Parlamento Vasco*», a través de la cual se pretendía extender a los mismos el régimen que sobre las garantías mencionadas contiene el Reglamento del Congreso invocando para ello su aplicación supletoria. Es decir, un supuesto en el que en el fondo no se renunciaba a regular una materia sobre la que la Comunidad Autónoma tuviera reconocidas competencias normativas sino que se quería paliar el silencio estatutario en cuanto a las garantías parlamentarias de los miembros de la Cámara vasca acudiendo a una regulación por remisión a la normativa del Congreso de los Diputados. Algo muy distinto a la provocación de una laguna.

sido, fundamentalmente, el Derecho aprobado por el Estado. En ocasiones, en su integridad, en otras, renunciando a producir la ley autonómica y acudiendo, en su defecto, en una más que discutible simbiosis, al desarrollo reglamentario de leyes estatales que abarcaba no sólo su contenido básico sino toda la regulación.

Estas prácticas deben estar llamadas a su fin, tanto por razones jurídicas como políticas, si bien el impulso de la producción legislativa autonómica a que parecía animar la jurisprudencia sobre la supletoriedad ha tardado algún tiempo en activarse y en algunos casos su virtualidad ha sido muy escasa debido a la tendencia a reproducir la legislación estatal, incluso la supletoria declarada inconstitucional. No en vano, han sido muchos los años de inhibición legislativa²³ y, como antes decíamos, ha resultado cómodo vivir así mientras se iba asentando la organización y la gestión de las competencias asumidas y se llevaban a cabo las transferencias de servicios desde la Administración del Estado. Tampoco debe olvidarse el efecto disuasorio de la iniciativa legislativa que ha supuesto la alta conflictividad competencial durante la primera década de desarrollo autonómico y el frecuente uso que el Estado ha hecho hasta ahora del privilegio de la suspensión automática que le confiere el artículo 161.2 CE cuando impugna disposiciones autonómicas.

Por tales motivos, y porque la mayor parte de los estudios que se han publicado en torno a estas cuestiones lo han hecho desde la óptica del legislador estatal (lo cual es lógico no sólo porque lo que se enjuiciaba por el Tribunal era precisamente una práctica empleada por el Estado, sino, también, porque esa es la perspectiva que predomina en la doctrina), me ha parecido oportuno tratarlo desde el ángulo autonómico sin que ello suponga, por supuesto abandonar la visión del conjunto.

²³ Sobre las causas de la inhibición del legislador autonómico y, en particular en el País Vasco, ver mi trabajo «Aproximación al estudio de la obra legislativa del Parlamento Vasco: (1980-1988)», en *RVAP*, n.º 24, Mayo-Agosto 1989, pp. 137 a 142.