

El Ejercicio Incompleto del Poder Constituyente y

el Bloque de Constitucionalidad en España

Por Pablo Luis Manili¹

I. Introducción:

Si bien la expresión “Bloque de Constitucionalidad” tiene su origen en el derecho francés, la misma ha adquirido relevancia y renombre en latinoamérica a través del derecho español. Pero el bloque español sólo se asemeja al francés en el título. Es decir se trata de dos realidades normativas totalmente distintas, y la doctrina española, encabezada en este punto por Rubio Llorente, lo reconoce expresamente: *“de la literatura jurídica francesa se ha tomado solo una expresión que es aquí aplicada a una realidad toto coelo diferente”*². En efecto, el bloque de constitucionalidad se integra, en Francia, con el texto constitucional actual más: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946; todas ellas son normas de jerarquía superior al resto que sirven de parámetro para el control de constitucionalidad³. En el caso español la existencia de un ‘bloque’ tiene una causa histórica claramente identificable: la Asamblea Constituyente sancionó la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) que actualmente rige al Reino de España, no incluyó en el texto constitucional lo atinente a las autonomías regionales. Debido a la falta de acuerdo entre las distintas fuerzas políticas representadas en la asamblea, se pospuso el debate sobre el grado de autonomía de las distintas comunidades que conviven en España (País Vasco, Cataluña, Andalucía, etc.) y sobre el reparto de competencias entre los gobiernos de las mismas y el gobierno central. Podría decirse que el poder constituyente español no agotó su misión con la sanción de la constitución de 1978, sino que delegó en otros órganos la culminación de la tarea, en lo referido a las autonomías.

¹El autor es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Buenos Aires. El presente trabajo se realiza en el marco de su tesis doctoral en la UBA.

² Rubio Llorente, Francisco “El Bloque de Constitucionalidad” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, n° 27, Setiembre - Diciembre de 1989, pág.9 y ss especialmente pág. 19.

³ Conf. Favoreu Louis y Philip Loic “*Les Grandes Decisions du Conseil Constitutionnel*” París Dalloz, 1995 (8ª Edición) pags. 244 y ss., esp. 249.

Este fenómeno ha llevado a parte de la doctrina española a hablar de una “*desconstitucionalización del estado*”⁴ por haber eludido la inclusión, en la constitución formal o escrita, de las normas referidas a la delimitación competencial ya mencionada. Partiendo de ese análisis, el maestro Rubio Llorente⁵ afirma que la expresión *bloque de constitucionalidad* ha servido, en España, para superar esa tensión entre materia y forma ⁶, pero separada de su significado originario, es decir el que le daban en Francia y que analizamos en el capítulo anterior.

II. Cuáles son las Normas que Integran el Bloque ?

Sin perjuicio del análisis que en el punto siguiente realizamos de la evolución jurisprudencial que sufrió el bloque y su contenido, enumeraremos sintéticamente el tipo de normas que lo integran:

a) Las Normas Contenidas en la Constitución: Llamadas por Rubio Llorente “*normas primarias*”, son las contenidas en el Título VIII de la Constitución y se refieren a la “*Organización Territorial del Estado*”. Cada capítulo del mismo se refiere, respectivamente, a los *Principios Generales*, a la *Administración Local*, a las *Comunidades Autónomas*. Son dignas de mención las siguientes normas:

El art. 148 que enumera las competencias que “*podrán asumir*” las comunidades autónomas (en adelante CA), entre las cuales menciona: su autogobierno, su régimen municipal y urbano, obras públicas, ferrocarriles, caminos, puertos, aeropuertos, agricultura, ganadería, pesca, forestación, medio ambiente, hidráulica, artesanía, museos, bibliotecas, monumentos, cultura, deportes, turismo, asistencia social, etc. El art. 149, por su parte, traza el límite a las competencias que las CA decidan asumir, al establecer en qué ámbitos tendrá competencia exclusiva el estado nacional, a saber: las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales, nacionalidad inmigración y extranjería, relaciones internacionales, defensa, justicia, leyes civiles, comerciales, penales, laborales y de seguridad social (en todos los casos, sin perjuicio de su ejecución por las comunidades), propiedad intelectual, aduanas, moneda, pesas y medidas, hacienda, abanderamiento de buques, ferrocarriles, medio ambiente (legislación de base), obras públicas, prensa, radio y televisión (el régimen básico, sin

⁴ Cruz Villalón, P. “La Estructura del Estado o la Curiosidad del Jurista Persa” en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n° 4, 1982, pág. 54. Según nuestra interpretación del punto de vista de este autor, el concepto de bloque de constitucionalidad podría identificarse con lo que en nuestro país denominamos “constitución material” por oposición a la “constitución formal” o escrita, pero esa conclusión no se compadece con lo que el Tribunal Constitucional español –como veremos mas abajo– describe como bloque de constitucionalidad.

⁵ El referido constitucionalista ocupa en España, con relación al bloque de constitucionalidad, un lugar similar al del maestro Favoreu en Francia; incluso podría decirse que es uno de los padres de la expresión en su país, ya que integraba el Tribunal Constitucional (en adelante TC) al momento en que este utilizó por primera vez la frase. Además, ha sido ser quien mayor desarrollo doctrinario le ha dado al tema, con posterioridad a su introducción por el TC.

⁶ Op. Cit. Pág. 25.

perjuicio del desarrollo y ejecución por las comunidades), seguridad pública (sin perjuicio de la facultad de las comunidades de crear policías locales), títulos profesionales, referéndum, etc. Esta norma se completa con un principio de clausura, en el párrafo tercero, en los siguientes términos⁷:

“Las materias no atribuidas expresamente al estado por esta constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía, corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

b) Algunas Normas Contenidas en los Estatutos de Autonomía: Se incluyen en el bloque sólo aquellas normas contenidas en los estatutos de autonomía que se refieren a la delimitación competencial entre la comunidades y el estado central. Rubio Llorente las llama ‘normas constitucionales secundarias’ porque tienen un rango superior a las leyes comunes y a las orgánicas y porque son indisponibles para el legislador ordinario que no puede modificarlas⁸. En este sentido, las CA españolas ejercen su poder constituyente, y con ese ejercicio, completan el poder constituyente central ya que al delimitar sus competencias (cosa que no termina de hacer la constitución nacional) delimitan también el ámbito de acción de las autoridades centrales. De este modo, esa parte de los estatutos de autonomía ingresan al bloque de constitucionalidad, y sirven de límite al legislador central, que no podrá sancionar leyes que contradigan a los estatutos de autonomía ⁹. Claro está que esa facultad de las CA no es absoluta, sino que tiene límites, ya que los estatutos que sancionan deben ser aprobados por las Cortes Generales como ley orgánica (es decir, con una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del Congreso) conforme los artículos 81.1 y 147.3 de la CE, y por otra parte, no pueden avanzar por encima de lo que la constitución nacional en los artículos 148 y 149 estableció de antemano.

c) Normas de Rango Subconstitucional: Dentro de estas cabe diferenciar varios subtipos:

⁷ A primera vista, las normas transcritas no se diferencian en mucho del Título Segundo de la Constitución Argentina, dedicado al régimen de las provincias, especialmente los arts. 125, 126 y 121 respectivamente. No obstante, según veremos a continuación, el sistema argentino ha sido en la práctica mucho más claro en cuanto a la línea divisoria entre las competencias de la nación y de las provincias.

⁸ Op Cit pág. 25.

⁹ Como sagazmente apunta Rubio Llorente, este fenómeno no ocurre en los estados federales, ya que en estos, es la constitución federal la que delimita las competencias y por lo tanto es el único límite a las autonomías estatales o provinciales. Conf. Op. Cit. Pág. 26.

c1) Normas que la Constitución Expresamente Autoriza a las CA a Dictar. Se refieren a la delimitación competencial y constituyen una delegación del poder constituyente al legislador ordinario, que éste debe cumplir a través del dictado de las leyes pertinentes. Se trata de los artículos: 149.1.29 (referido a seguridad pública y creación de policías locales), 152.1 (que fija las bases de la organización de los tres poderes en las comunidades autónomas), 157.3 (referido al ejercicio de competencias financieras y al dictado de normas para resolver los conflictos de ese tipo que pudieren surgir). Según Muñoz Machado¹⁰ la legislación básica dictada por las comunidades en el marco del art. 149.1 forma parte del bloque, según García de Enterría¹¹, no lo hace.

c2) Normas cuyo Dictado la Constitución Permite que sea Delegado por los Organos Estatales a las Comunidades Autónomas: A diferencia del caso anterior, la delegación no viene hecha por la propia CE, sino que ésta autoriza al legislador estatal a delegar determinadas funciones en las CA. Se trata del art. 150 CE, que permite al legislador ordinario el dictado de leyes marco de delegación de competencia (párrafo 1) , o bien la transferencia lisa y llana de la misma (párrafo 2), sin perjuicio de la facultad del legislador estatal de dictar normas de armonización de los regímenes estatal y autonómico.

c3) Normas que Ingresan al Bloque por Remisión de los Estatutos de Autonomía: Se trata de una cantidad muy limitada de normas, por ejemplo el Estatuto Jurídico de Radiotelevisión Española, al que se remiten los Estatutos de Cataluña¹², Galicia¹³ y Andalucía¹⁴

III. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

Analizaremos en este punto el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional español (en adelante TC) al tema bajo análisis¹⁵. En cada uno de los casos nos referiremos sólo a la parte de los mismos que se relaciona con nuestro objeto de estudio.

¹⁰ Muñoz Machado Santiago en “*Derecho Publico de las Comunidades Autónomas*” voll, Madrid 1982, Civitas, pág. 356.

¹¹ García de Enterría, Eduardo en “*Estudios sobre Autonomías Territoriales*”, Madrid 1985, Civitas, pág. 318 y 323.

¹² Art.. 16.1

¹³ Art.. 43.1

¹⁴ Art.. 16.1

¹⁵ Creemos imprescindible analizar caso por caso el uso hecho por el TC de la expresión bloque de constitucionalidad, debido a que las divergencias doctrinarias en cuanto a su interpretación, son enormes, tal como iremos detallando en cada caso. Con ello, nos vemos obligados a ir a la fuente para elaborar nuestra propia interpretación, sin guiarnos por algún autor en particular.

a) Sentencia 10/82¹⁶: Fue justamente una de las normas mencionadas al final del punto anterior la que motivó la primera utilización, por parte del TC, de la expresión Bloque de Constitucionalidad. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ¹⁷ debió analizar el recurso de inconstitucionalidad presentado por el gobierno español contra una ley de la Generalidad de Cataluña que regulaba el Consejo Asesor de la Radio y Televisión Española en esa comunidad. Dicho pedido se fundaba en el art. 149.1.27 y 149.3 CE, que atribuyen al estado competencia exclusiva sobre las *normas básicas* del régimen de prensa, radio y televisión *sin perjuicio* de las facultades que para su desarrollo y ejecución corresponden a las comunidades autónomas. Asimismo, el Estatuto de Cataluña en el ya mencionado art. 16.1 establece que dentro del marco de normas básicas que establezca el estado, el régimen de radio y televisión será regulado por ley de la Generalidad de Cataluña. El estado español alegaba que en el dictado de dicha ley se habían rebasado los límites de la competencia de la comunidad, porque se otorgaba al Consejo Asesor facultades que superaban las que por su función le correspondían a Cataluña.

Se trataba por lo tanto de juzgar la constitucionalidad de una norma local, que debía ajustarse –a la vez– a la constitución nacional, al estatuto de autonomía, y al Estatuto Jurídico de Radiotelevisión Española (ley n° 4/1980) para lo cual era preciso fijar el alcance de la remisión que hace el estatuto de Cataluña y su relación con los artículos de la constitución ya referidos. Encuadrado el caso en esos términos, el tribunal en el fundamento jurídico n° 2 de la sentencia¹⁸ desliza al pasar y sin aclaración la expresión bajo estudio, en estos términos:

“Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el ‘bloque de constitucionalidad’¹⁹ que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada, hay que partir del hecho de que la constitución se remite con carácter general a los estatutos para que estos determinen las competencias autonómicas”

Es decir, en la primera utilización del término por el TC, éste lo asimiló a ‘la normativa aplicable al caso’ es decir, todas aquellas normas que servían de parámetro de la constitucionalidad de la ley autonómica llevada a su juzgamiento. A nuestro juicio, se trata, por lo tanto, de una utilización adjetiva del término, hecha simplemente para calificar un determinado grupo de normas, pero sin que de la aplicación del mismo surjan consecuencias jurídicas relevantes y sin que ello implique la creación de una categoría jurídica distinta. En otras palabras, se la uso para describir y no para prescribir ni para calificar.

¹⁶ De fecha 23-3-1982, publicada en el *Boletín Oficial Español* (en adelante BOE) n° 25 del 21-4-82.

¹⁷ Integrado por entonces por Manuel García Pelayo, Jerónimo Arozamena Sierra, Francisco Rubio Llorente, Manuel Díez de Velasco, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Antonio Truyol y Serra, Gloria Begue Cantón, Rafael Gómez Ferrer, y Ángel Escudero del Corral.

¹⁸ Las sentencias del TC se dividen en I: Antecedentes, II Fundamentos Jurídicos, III. Fallo.

¹⁹ Entre comillas en el original.

b) Sentencia 26/82.²⁰ El problema de fondo en este caso era bastante similar al del fallo anterior, por cuanto se trataba de decretos emitidos por la Generalidad de Cataluña, fundados en la ley analizada en el primero, y que otorgaron concesiones para instalación y funcionamiento de emisoras de radio de frecuencia modulada. En el fundamento jurídico 2, el TC volvió a utilizar la expresión '*bloque de constitucionalidad*', del mismo modo que en el caso anterior, es decir, como descriptivo del conjunto normativo "*que ha de servir de base para enjuiciar la titularidad de las competencias*" en cabeza de la generalidad, integrado por el art. 149.1.27 de la CE y el art. 16.1 del Estatuto de Cataluña.

Nótese que, ya en la segunda utilización de la expresión por el TC, surgen conflictos con la primera en cuanto a cuales son las normas que integran en bloque. En efecto, en la sentencia anterior el bloque estaba compuesto por la CE, el estatuto de autonomía y la ley de desarrollo (la n° 4/1980 ya citada), pero en este fallo sólo las dos primeras se consideran incluidas.

Sólo cabe resaltar un pequeño detalle, y es que en esta ocasión la frase no fue puesta entre comillas por el TC, lo que podría llevarnos a pensar que –apenas dos meses después de su primera utilización– el tribunal ya la dio como por sabida o asumida por la comunidad jurídica española.

c) Sentencia 39-82.²¹ Este caso presenta la particularidad que el abogado del estado español planteó la incompetencia del país vasco para el dictado de un decreto con fundamento en la constitución nacional "**y**" en el estatuto de autonomía de ese país (en adelante EAPV). En ese sentido impugnó la constitucionalidad del decreto n° 108/81, con fundamento en los artículos 149.1.7 de la CE y 12.2 y 20.4 del Estatuto de Autonomía del País Vasco. La representación de dicho país, a su vez, ejerció su defensa invocando otras normas del mismo Estatuto (artículos 25.1, 10.25 y 10.30) y el vencimiento del plazo para que el estado impugne las normas en cuestión. Es decir que, aparentemente, la idea de la existencia de un conjunto de normas de distinta fuente y distinto origen, pero que deben ser analizadas conjuntamente a los efectos de decidir sobre la competencia o no de un órgano para dictar una norma (verbigracia: la constitucionalidad de esa norma) ya había sido asumida por los representantes del estado nacional y de la comunidad autónoma. Por lo tanto, la idea de la existencia de un bloque de constitucionalidad (aunque no surge del fallo que las partes hayan utilizado esta denominación) ya es un presupuesto en el planteo del caso.

²⁰ De fecha 24-5-1982, publicada en el BOE n° 137 del 9-6-82.

²¹ De fecha 30-6-82 publicada en el BOE n° 169 del 16-7-82.

El Tribunal por su parte, encontró que ese decreto se fundaba en una ley dictada por el gobierno vasco (ley n° 108/81, art. 15.3) por lo tanto se abocó en primer lugar a analizar la constitucionalidad de esa ley. Al hacerlo, también avanza –al igual que lo había hecho el peticionante– en el delineado del bloque ya que sostuvo *“Si.. resultara que el art.. 15.3 es contrario a las previsiones constitucionales **complementadas por las normas estatutarias definidoras de competencias**, es este precepto... el viciado de incompetencia”* ²². Y más abajo abunda: *“La indisponibilidad de las competencias y la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias **a los preceptos constitucionales y de los que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias, consecuencia de la prevalencia del aludido bloque constitucional**, son razones que desautorizan cualquier alegato asentado sobre la idea de aquiescencia por no haberse planteado en tiempo el conflicto o el recurso, con sujeción al juego de los plazos previstos...”* ²³ Todo el fallo, por lo demás, gira en torno del análisis de la normativa dictada por el país vasco, juzgando su constitucionalidad bajo el tamiz de las normas de la CE y del EAPV.

Del análisis de los párrafos transcritos surge pues, que las normas de la CE y del EAPV, se toman como “complementarias”²⁴ y como comprendidas en el mismo “marco constitucional”, es decir, una delegación del poder constituyente central en favor de las comunidades autónomas. Asimismo, queda dicho que las normas comprendidas en ese marco e integrantes del bloque, gozan de prevalencia sobre la legislación común.

d) Sentencia n° 38/1983²⁵: En este caso la petición fue interpuesta por cincuenta y cinco diputados nacionales, que plantearon la inconstitucionalidad de un proyecto de ley orgánica ²⁶ por el cual se modificaba el régimen electoral que regulaba las elecciones locales (municipales). El planteo se fundó, entre otros argumentos, en que la CE establece expresamente la competencia de las Cortes Generales para el régimen

²² Considerando Jurídico n° 2, el destacado nos pertenece.

²³ Considerando Jurídico n° 3, el destacado nos pertenece. El párrafo responde a la defensa opuesta por el país vasco, quien sostenía que los plazos para que el estado nacional tache de inconstitucional la norma ya habían transcurrido).

²⁴ Creemos que el término complementariedad es usado en este caso en el mismo sentido con que se lo utiliza en el art. 75 inciso 22 de la constitución argentina, al referirse a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Es decir: tal como sostuvimos en otra parte de este trabajo, dicha complementariedad no implica que sean accesorios sino que “completan” a la constitución.

²⁵ De fecha 16 de Mayo de 1983, publicada en el BOE n° 120 del 20 de Mayo de 1983.

²⁶ La acción ejercida es un mecanismo especial, regulado por los artículos. 81 de la CE y 28.2 y 79.3.b de la LOTC, por el cual una cierta cantidad de diputados puede impugnar de inconstitucional un proyecto de ley antes que sea sancionado en forma definitiva. Lógicamente ello es muy diferente a nuestra tradición jurídica y a la de los países que –como el nuestro– han adoptado el sistema –inspirado en el norteamericano– del control de constitucionalidad a posteriori, difuso y aplicado a un caso concreto.

electoral general (art. 81.1), pero guarda silencio en cuanto al régimen electoral local, con lo cual debe colegirse –según los accionantes- que las elecciones locales se hallan comprendidas en lo que la CE llama “régimen local” y regula en los artículos 149.1.18, 148.1.2 así como lo regulan varios Estatutos de Autonomía.

En esta sentencia, encontramos una novedad: el Tribunal se refiere por primera vez al art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) como la norma que motiva la existencia del bloque: *“...cabe considerar que el alcance y contenido del “régimen electoral general” según expresión del art.. 81.1 de la CE viene dado por lo que resulta del bloque de la constitucionalidad, formado de acuerdo con el art.. 28 de la LOTC por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía”*.

El art. 28 LOTC establece:

“Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley disposición o acto con fuerza de ley del estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerara además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas...”

Es decir que, según esta sentencia, la formación del bloque no está dada en la propia constitución sino en esa remisión a las fuentes que realiza una norma de rango meramente legal. Este es un elemento nuevo que se incorpora al delineado del bloque, ausente en las anteriores oportunidades en que el tribunal utilizó la expresión. La remisión a la LOTC ha sido duramente criticada por Rubio Llorente (quien, no obstante aun integraba el tribunal al momento de dictarse este fallo) sosteniendo que dicha norma es *“... por decir lo menos, perfectamente superflua y que en todo caso ni incluye todas las normas infraconstitucionales que según el propio Tribunal se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su conocimiento...”*. Ello se debe, según su opinión, a que *“sólo si la Constitución exige que formal o materialmente se acomode una norma de rango legal a lo dispuesto por otra, podrá y deberá el Tribunal Constitucional tomar esta última en consideración para resolver sobre la validez de la primera”*.

Chofre Sirvent, en una línea similar, sostiene que si bien era necesario ampliar el parámetro de la constitucionalidad mas allá de la propia norma fundamental (en virtud de que esta no previó en forma definitiva la distribución competencial entre el estado y las comunidades), la inclusión de las leyes orgánicas en el bloque de constitucionalidad *“supuso en principio, de violación de la letra y el*

espíritu del artículo 81 de la Constitución”²⁷. El autor sostiene la inconstitucionalidad del art. 28 LOTC con fundamento en que el art. 81 de la CE “*no ha querido a las leyes orgánicas ‘encima’ –jerárquicamente superiores...- de las leyes ordinarias sino ‘al lado’, o en espacio reservado distinto del de éstas*”²⁸. Es decir que el art. 28 LOTC introduce una diferenciación jerárquica entre las leyes orgánicas y las ordinarias, que no surge de la constitución, la cual utiliza el principio de competencia para diferenciar unas de otras, y no el de jerarquía. Al introducir esa distinción, tergiversa todo el sistema de control de constitucionalidad, ya que otorga al juez constitucional la atribución de controlar la legalidad (y no la constitucionalidad) de una norma. En efecto: una ley ordinaria que contradice una ley orgánica, según este artículo, sería materia de control por el TC, pero nótese que no se trata de una norma inconstitucional, sino de una norma legal que contradice a otra norma legal; por lo tanto “*es la ley orgánica y no la Constitución la que determina la ‘medida’ de las demás leyes ordinarias*”²⁹, y esto no se corresponde con el art. 81 CE.

Pero no todos los publicistas españoles coinciden sobre este punto, y han surgido grandes divergencias en la interpretación del referido art. 28 LOTC y del alcance del bloque. Algunos, tal vez la mayoría, reducen el bloque al conjunto de normas delimitadoras de las competencias³⁰, como por ejemplo García de Enterría³¹ y Muñoz Machado³² mientras que otros lo extienden a todas las normas cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley, como por ejemplo Ignacio de Otto³³. El maestro Rubio Llorente³⁴ parece ubicarse en una postura intermedia, por cuanto critica a los primeros fundándose en que el régimen jurídico de las normas que el Tribunal puede tomar en cuenta para declarar la inconstitucionalidad de otras es diverso para cada una de ellas y porque la transgresión de las mismas no genera en cada caso el mismo vicio (en algunos el problema es de incompetencia del órgano del que emanan y en otros el problema radica en la forma adoptada para dictar la norma, verbigracia, ley ordinaria en lugar de ley orgánica). Pero, por otra parte, se muestra reacio a extender el bloque tanto como lo hace De Otto, ya que en ninguna de sus obras o trabajos sobre el tema menciona –como integrantes del bloque- otras normas que no sean las que dividen competencias, e incluso critica la postura asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia n° 99/87 (que analizaremos más abajo) de incluir en el bloque a los Reglamentos Parlamentarios³⁵.

²⁷ Chofre Sirvent, Jose F., en “*Significado y Función de las Leyes Orgánicas*”, Madrid 1994, Ed. Tecnos, pág. 284 y ss.

²⁸ Idem pág. 287.

²⁹ Idem pág. 292.

³⁰ Conf. Rubio Llorente, op. cit. pág. 13.

³¹ García de Enterría, Eduardo en ob. cit., pág. 300.

³² Muñoz Machado Santiago en ob. cit., pág. 346.

³³ De Otto, Ignacio en “*Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*” Barcelona 1987, Ariel, pág. 94.

³⁴ Rubio, op. cit. pág. 21.

³⁵ Rubio Llorente, op. cit., pág. 134 nota al pie n° 15.

e) Sentencia n° 66/1985³⁶: En este caso, cincuenta y cuatro diputados impugnan la constitucionalidad de un proyecto de ley orgánica aprobado por ambas cámaras tendiente a reformar la LOTC. Por primera vez en la jurisdicción constitucional, la parte actora invoca expresamente el bloque de constitucionalidad en apoyo de su pretensión, en estos términos:

*“La aprobación por el Poder Legislativo de la proposición de ley impugnada (implica) una supresión del recurso previo de inconstitucionalidad que contraria el llamado ‘bloque de constitucionalidad’ (art. 28 LOTC). De este modo una mayoría política ocasional ha venido a contrariar lo dispuesto en el art. 1 de la (LOTC)... quebrantando el acuerdo constitucional y propiciando una reforma encubierta de la constitución...”*³⁷

Este argumento motivó, a su vez, el primer esbozo de definición por parte del tribunal, el cual –seguramente por lo politizado de la cuestión- se ocupó de analizar minuciosa y detalladamente cada uno de los argumentos utilizados por los actores. En primer termino puntualizó que los recurrentes basaban su planteo de arbitrariedad de la norma en que la misma tendía a suprimir otra que se había incorporado al bloque de constitucionalidad y que por lo tanto solo podía ser afectada por medidas que resultaran adecuadas a la constitución, y tras esa aclaración, sostuvo que el referido bloque es:

*“una noción compleja... que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición...”*³⁸

Con esta afirmación, el TC comenzó a delimitar con mayor precisión, si bien no el contenido, las *cualidades* del bloque, ya que se negó a considerar al mismo como un todo homogéneo, sino que aceptó que dentro del mismo conviven distintas normas, cada una de las cuales puede ser reformada o suprimida independientemente de las otras y con la sujeción al mecanismo de reforma que rige a cada una de ellas (es decir: la ley orgánica puede ser reformada por otra ley orgánica, mientras que la constitución solo podrá serlo por el mecanismo que ella misma establece). En otras palabras, y para asimilarlo a un concepto que usamos en Argentina, el tribunal se negó a darle a las normas que integran el bloque la misma rigidez que a la constitución misma, o sea que el ingreso de normas subconstitucionales al bloque no las rigidiza, ya que las mismas mantienen su régimen de modificación originario³⁹

³⁶ De fecha 23 de Mayo de 1985, publicada en el BOE n° 134 del 5 de Junio de 1985.

³⁷ Antecedentes, n° 2, apartado 1a, pág. 61.

³⁸ Fundamento jurídico 2, pág. 71.

³⁹ Esto es diametralmente opuesto a lo que ocurre en el caso argentino, en el cual –según sostuvimos mas arriba- el constituyente previó que las normas internacionales que ingresan al

Por otra parte, el tribunal se negó a reconocerle al bloque el carácter de categoría normativa (o de '*contenido normativo*' según su léxico) sino que lo conceptúa de modo simplemente *instrumental* o finalista, es decir: forman parte del bloque aquellas normas que sirven para determinado fin.

Como adelanto de la conclusión que elaboraremos al final del capítulo, digamos que puede deducirse de este fallo: a) El ingreso de una norma al bloque no la rigidiza. b) El bloque no es una categoría normativa, sino un agrupamiento de normas según su finalidad; y esto en realidad motiva que el uso la expresión "bloque" para referirse a un conjunto de normas heterogéneas no sea, a nuestro criterio, del todo ajustada.

f) Sentencia n° 29/1986⁴⁰: La particularidad de esta sentencia radica en que el tribunal incurre en una suerte de contradicción con sus fallos anteriores, ya que en ésta no menciona a la legislación básica, es decir la dictada en consecuencia del art. 149.1 CE como integrante del bloque de la constitucionalidad⁴¹. Al referirse al tema sostiene:

"Por lo que se refiere a la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo que determina el art. 147.2.d de la Constitución, son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias asumidas, dentro del marco establecido en la constitución y los Estatutos, en los que éstos ocupan una posición jerárquicamente subordinada a aquella"

Apreciamos también que por primera vez el Tribunal habla de jerarquía cuanto trata el tema del bloque. Y lo hace para distinguir jerarquías entre la CE y los Estatutos, en coincidencia con la ya señalada postura de Rubio Llorente de llamar a los estatutos "normas constitucionales secundarias"⁴².

g) Sentencia n° 137/1986⁴³: El TC debió analizar un recurso de inconstitucionalidad planteado por el estado contra una ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ley n° 15/83), por entender que la misma vulneraba la distribución de competencias que en materia de educación contienen la constitución nacional (art. 27), el estatuto de autonomía y la ley orgánica del estatuto de los centros escolares. En realidad, lo que

bloque posean una mayor rigidez, mediante el mecanismo exigido para la denuncia de los tratados (art. 75 inciso 22 párrafo segundo, in fine).

⁴⁰ De fecha 20 de Febrero de 1986, publicada en el BOE n° 69 del 21 de Marzo de 1986.

⁴¹ Esta sagaz apreciación la tomamos de Rubio Llorente Francisco, en la obra escrita en coautoría con Favoreu Louis, titulada "*El Bloque de la Constitucionalidad*" Madrid, 1991, Civitas, Cuadernos de la Universidad de Sevilla, pág. 100.

⁴² Encontramos aquí otra divergencia grave respecto del bloque de constitucionalidad argentino, el cual según nuestra interpretación no contiene normas de distinta jerarquía (ver supra, capítulo.....).

⁴³ De fecha 6 de Noviembre de 1986, publicada en el BOE n° 276 del 6 de Noviembre de 1986.

se pretendía a través de esa ley era crear una escuela pública vasca, paralelamente a la escuela pública española, por lo cual el caso traía como telón de fondo un tema muy político y muy espinoso.

El rasgo más saliente de la sentencia del tribunal es la referencia al art. 28 LOTC como creador del bloque y la explícita inclusión, en el bloque, de la legislación básica, en estos términos:

*“Dado que el recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto establecer la conformidad con la Constitución de una determinada legalidad (...) cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste no solo con la Constitución sino con el llamado bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con lo que dispone el art. 28.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal al hablar de leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, es claro que el tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia...”*⁴⁴

*“La acomodación de las previsiones autonómicas a las así dispuestas en la Ley Orgánica no expresará en definitiva sino la necesaria uniformidad básica del régimen de los derechos fundamentales en el conjunto del ordenamiento (art. 149.1.1)...”*⁴⁵

h) Sentencia n° 99/1987⁴⁶: Cincuenta y cuatro diputados interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la ley 30/84 referida a la reforma de la función pública estatal. Dicho pedido, basado en el art. 33 de la LOTC⁴⁷, se fundó en el hecho que al tramitar esa ley ante el parlamento se violaron normas reglamentarias de las cámaras y los artículos 87.1, 89 y 90 CE, ya que se incluyeron normas nuevas utilizando para ello la vía de las enmiendas. Puesto a analizar el planteo, el tribunal sostuvo que

“aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos Parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que tanto por la invulnerabilidad de

⁴⁴ Considerando Jurídico 4, pág. 258.

⁴⁵ Idem pág. 259. El art. 149.1.1 CE reza “El Estado tiene la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1. La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

⁴⁶ De fecha 11 de Junio de 1987, publicada en el BOE n° 152 del 26 de Junio de 1987.

⁴⁷ Art. 33 LOTC: “El recurso de inconstitucionalidad se formulara dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnado, mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso de sus comisionados, concretar la ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido”.

*tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador, como sobre todo por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE) la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las cámaras*¹⁴⁸

Encontramos pues que se ha incluido –sin apoyo en normas positivas– una nueva categoría de normas que deben ser tenidas en cuenta como parámetro de la constitucionalidad. Los reglamentos de las asambleas parlamentarias, que en Francia eran –como vimos– muy dudosos integrantes del bloque ⁴⁹, parecen ingresar –después de este fallo– al bloque español. No obstante, esta fue una decisión aislada al respecto y no hubo nuevos precedentes que avalaran la postura sostenida por el tribunal en esta sentencia. Si ésta fuera una línea jurisprudencial arraigada y establecida, se presentaría un tema interesante de analizar, ya que implicaría que el bloque de constitucionalidad no tiene como único objetivo la delimitación de competencias estado - comunidades autónomas, sino que también sirve para juzgar la inconstitucionalidad de otras leyes que nada tienen que ver con ese punto. Si así fuera, se asemejaría más al caso francés o al argentino, y a la vez se daría la razón a los autores ya citados que –en algunos casos con base en este mismo fallo– adoptaban un concepto amplio del bloque.

No creemos, empero, que deba darse tal alcance a esta sentencia, en primer lugar porque, literalmente el tribunal no se animó a decir que tales normas formaban parte del bloque, y en segundo lugar porque se trata de un caso aislado, cuya doctrina no fue continuada. Creemos que los reglamentos de las asambleas parlamentarias son interpretados por el TC como formando parte de la constitución material, concepto más impreciso y esfumado que el de ‘bloque’, y con menos apoyatura positiva pero que representa todo aquello que aun sin estar en la constitución, es de materia constitucional, y por lo tanto tiene que ser respetado por los poderes constituidos del estado. Ese es el alcance que, a nuestro juicio, cabe asignarle a la decisión bajo análisis.

IV. Aplicación Judicial del Bloque:

Dedicaremos algunos renglones, agrupados en este ítem, a señalar algunas particularidades que se derivan de la aplicación por los tribunales de justicia españoles, de las normas que regulan la delimitación de competencias entre el estado

⁴⁸ Fundamento Jurídico N° 1, pág. 407/8.

⁴⁹ Louis Favoreu, en “*El Bloque...*” cit. pág. 34, sostiene que no lo integran, aun cuando durante un tiempo se penso que si lo hacían. Véase el desarrollo que de ello hicimos en el capítulo anterior de este trabajo.

y las CA⁵⁰. Para ello debemos referirnos muy brevemente al sistema español de control de constitucionalidad.

En un sistema de control de constitucionalidad concentrado, como es el español, el juzgamiento de la constitucionalidad de las normas solamente puede ser hecho por el TC en aquellos casos en que la CE y la LOTC lo autorizan. El juez ordinario, de cualquier fuero que sea, debe abstenerse de todo juicio de constitucionalidad, y en caso de plantearsele algún problema de confrontación entre una norma y la CE, debe limitarse a llevarlo al TC para que este lo decida. Dicho procedimiento se denomina “cuestión de inconstitucionalidad”⁵¹.

Pero a pesar de esa concentración en cabeza del TC, las leyes y demás normas autonómicas inferiores al Estatuto de Autonomía, pueden ser inaplicadas por el juez ordinario (del mismo modo como proceden los jueces en aquéllos países que tienen control de constitucionalidad difuso) en virtud de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE (ver supra) por haber invadido el ámbito reservado a la ley estatal⁵². Con ello, de alguna manera, el juez ordinario invade –y lo hace válidamente– la órbita de acción del juez constitucional, ya que se transforma en órgano de aplicación del bloque de constitucionalidad, aún cuando lo que está haciendo no es juzgar la constitucionalidad de la ley autonómica, sino simplemente aplicar la norma constitucional que manda dar preferencia a la norma estatal por sobre la autonómica. A primera vista ello constituye una cuña de control de constitucionalidad difuso en un sistema de control concentrado.

V. La Proyección del Bloque de Constitucionalidad al Derecho Comunitario:

Otro punto a tener en cuenta, antes de concluir el capítulo es la relación del bloque de constitucionalidad con el derecho comunitario europeo. El ingreso de España a las Comunidades Europeas en 1986 y la posterior adopción por éstas del tratado de Maastricht en 1992 y del de Amsterdam en 1997, trajeron nuevos problemas con relación al bloque de constitucionalidad. En efecto, la necesaria atribución de competencias a los órganos comunitarios generó problemas internos en España entre el estado y las CA. El punto de partida del tema es el art. 93 CE que reza:

*“Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de **competencias derivadas de la Constitución**. Corresponde a las Cortes Generales o al gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de*

⁵⁰ A primera vista parecerá que dichas particularidades no se relacionan directamente con el objeto que perseguimos en este capítulo, por cuanto, para mostrarlas debemos ingresar en el tema del control de constitucionalidad en el sistema español, pero creemos que es imposible dejar de lado el funcionamiento pragmático y cotidiano del bloque ante los jueces españoles.

⁵¹ Regulado en los artículos 35 a 37 de la LOTC.

⁵² Rubio Lorente denomina a este supuesto “control de estatalidad” conf. op. cit. pág. 33.

estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”

Se trata de una norma que data de 1978, cuando España todavía no había ingresado a las Comunidades Europeas, por lo cual, obviamente, no prevé todos los problemas posibles. Tanto es así que no cubre el tema de que los jueces nacionales de los países miembros de la Unión Europea son a la vez jueces nacionales y jueces comunitarios ⁵³, con lo cual la referencia al “gobierno” contenida en esta norma debió ser interpretada en forma extensiva al poder judicial para que los jueces puedan ejercer las competencias que les confiere directamente el derecho comunitario, pero que a estar a su literalidad, no da pie para ello.

Pues bien, una parte de esas *competencias derivadas de la Constitución*, cuya delegación a las CE es necesaria, le corresponden a las CA, pero para la Unión Europea, es indiferente que las mismas sean del estado central (o sea del art. 149 CE) o de las CA (art. 148 CE); ya que es el propio derecho comunitario europeo el que fija el quantum de las competencias a delegar ⁵⁴. Al mismo tiempo, algunos proyectos de estatutos de autonomía⁵⁵, habían previsto cláusulas por las cuales no podían afectarse competencias autonómicas por medio de tratados internacionales, con lo cual el tema se complicaba aún más.

El problema llegó a la jurisdicción constitucional en 1988⁵⁶ en un caso motivado por la actitud de la Comunidad de Cataluña, que se consideraba competente para adoptar las medidas necesarias para la *ejecución* de los tratados internacionales. Según sus autoridades, el art. 93 CE puede implicar *“la pérdida de competencias del estado o de las comunidades autónomas a favor de los organismos europeos, pero no la alteración del sistema interno de distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas”*. Con apoyo en ese argumento, la CA se consideraba competente para ejecutar las directivas comunitarias referidas a materia veterinaria, ya que si el estado central lo hacía, estaría invadiendo competencias autonómicas. El estado español fundó su respuesta en que la directiva comunitaria establecía expresamente que eran las *“autoridades centrales”* de los estados miembros las encargadas de hacerlo. El TC, por su parte, decidió que si bien el estado central es el único responsable y el único interlocutor ante las comunidades europeas, el cumplimiento de las obligaciones que éstas imponen puede *‘ser satisfecho a través de*

⁵³ Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída en *"El Juez Frente el Derecho Comunitario"* publicado en E.D. 148:825; y también en *"Derecho Comunitario y Derecho Constitucional"* publicado en la obra colectiva *"Integración Regional"* de Bazán, Víctor y otros, Ed. Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994. En el mismo sentido, Bidart Campos Germán en *"Los Tratados de Integración. Derecho Comunitario Versus Derecho Interno. Primacía o no de la Constitución"* Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 1995, pág. 11.

⁵⁴ Conf. Sánchez Rodríguez, Luis I. En *"El Artículo 93 CE y el Bloque de la Constitucionalidad: Algunos Problemas"* en la obra colectiva dedicada a Eduardo García de Enterría, pág. 219, en especial pág. 227.

⁵⁵ Por ejemplo el del país vasco, art. 20.3

⁵⁶ Sentencia n° 252/1988, de fecha 20-12-88, publicada en el BOE n° 11 de 13-1-89.

*fórmulas y expedientes diversos, y no sólo... mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado... Son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia'*⁵⁷. Y dentro de esas 'reglas internas' el TC aplicó, junto con la CE, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 27.3) que atribuía competencia a esa Comunidad para la ejecución del tratado. Cabe acotar que anteriormente a este fallo⁵⁸, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había sostenido en 1971 que el problema de saber de qué forma se ejecutan las obligaciones comunitarias a través de los órganos internos del estado, es una cuestión que corresponde únicamente al sistema constitucional de cada Estado⁵⁹.

Con estas decisiones del Tribunal de Justicia Europeo y del TC, quedan íntimamente emparentados el art. 93 y el Título VIII, en otras palabras, el orden comunitario europeo con el bloque de constitucionalidad español: el primero fijando la medida de la delegación, y el segundo determinando quien va a ser, internamente, el órgano competente para el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones derivadas del tratado.

VI. Conclusiones del Capítulo:

a) Como adelantáramos en la introducción, la doctrina y la jurisprudencia españolas tomaron la expresión bloque de constitucionalidad del derecho francés porque la misma les era útil como común denominador para referirse a las normas que están dentro y fuera de la constitución pero que sirven por igual para el reparto competencial entre el estado central y las CA. En palabras de Rubio Llorente:

*"La heterogeneidad de las normas que lo integran impide incluirlas en el concepto de constitución, que, como concepto jurídico formal sólo en parte las engloba, pero su común naturaleza materialmente constitucional hace imposible regatearles, al menos, el adjetivo.."*⁶⁰

*"El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la constitución del estado español"*⁶¹.

Y en este último sentido –formalista si se quiere– podemos afirmar que se asemeja enormemente al bloque francés, al panameño y al argentino, al menos en el sentido mínimo de tratarse de normas de distinto tipo (es decir, no sólo las de la constitución formal) y de distinta fuente, pero que comparten con la constitución el papel de parámetro de la constitucionalidad de otras normas.

⁵⁷ Fundamento Jurídico 2*.

⁵⁸ Según nos recuerda Sánchez Rodríguez, Luis I., op. cit. pág. 231.

⁵⁹ CJCE Recueil, vol. XVIII, pág. 115.

⁶⁰ Rubio Lorente F. op. cit. Pág. 25.

⁶¹ Rubio Lorente, F. op cit. Pág. 24.

b) Resulta muy interesante el régimen español en cuanto las comunidades autónomas participan del dictado de la constitución nacional a posteriori de la sanción de ésta, por la vía de limitar los poderes centrales al delimitar sus propias competencias. De algún modo se produce una confusión o superposición de lo que en la doctrina constitucional argentina ha sido denominado “poder constituyente primario” (nacional) y “poder constituyente secundario” (provincial) el cual –al igual que el español- debe ejercerse según las pautas y condicionamientos de la constitución federal ⁶² . Pero el tratamiento a fondo de este tema excede el marco de este trabajo.

c) No está definido con exactitud, cuál es el contenido del bloque. Es decir, la lista de normas que lo integran no parece estar cerrada, ni tener contornos claros, sino que las distintas normas ingresan -o salen- del bloque según la función o la finalidad que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma.

d) Nada hay en el bloque de constitucionalidad español referido a derechos humanos ni –como la doctrina española los denomina- derechos fundamentales, como sí ocurre en el caso argentino, en el francés y en el panameño. El bloque de constitucionalidad español se refiere sólo al reparto de competencias entre estado central y comunidades autónomas.

e) Por último, señalaremos que la inclusión de los reglamentos de asambleas parlamentarias se asemeja al bloque francés y sería interesante analizar si en la Argentina dichos reglamentos forman parte –o no- de la constitución material, pero ello –nuevamente- escapa a nuestro campo de investigación.

⁶² Conforme, por ejemplo, Sagués, Néstor “*Elementos de Derecho Constitucional*”, Buenos Aires 1997 (2ª Edición) Ed. Astrea, pág. 110.