

Nota sobre el bloque de constitucionalidad

Antonio DE CABO DE LA VEGA

La expresión (y el concepto) bloque de constitucionalidad (o de la constitucionalidad) parece haber encontrado acogida definitiva dentro de la dogmática del Derecho constitucional español¹, además de haberse trasladado a diferentes sistemas americanos² y de haberse puesto en relación con la problemática de la recepción del Derecho comunitario en España³ y en otros países europeos⁴.

Sin embargo, y pese a las conocidas aportaciones doctrinales⁵, no parece que se pueda hablar todavía de un solo concepto de bloque de constitucionalidad, ni definir con claridad sus características o las normas que lo integran, ni, según alguna opinión, se podrá hacer nunca sin una previa reforma constitucional.

En realidad, puede decirse que se manejan, al menos, cuatro conceptos distintos de bloque de constitucionalidad. Lo cual, aparte de introducir la consiguiente ambigüedad, hace que las descripciones y características que se ofrecen del bloque resulten igualmente correctas e incorrectas al referirse simultáneamente a diferentes realidades.

Pero es que, además, al margen de la utilización de uno u otro concepto de bloque, y de su definición teórica, tampoco parece haber un acuerdo absoluto sobre qué normas concretas se incluyen en él. Es decir, parece que no resulta posible definirlo ni por comprensión ni por extensión.

PLURARIDAD DE SENTIDOS DE LA EXPRESION BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Estos cuatro significados de la expresión de blo-

que de constitucionalidad pueden enunciarse del siguiente modo:

1. El bloque de constitucionalidad como equivalente al conjunto de lo que, en la doctrina italiana, se denomina normas interpuestas⁶.

Según esta primera definición, el bloque estaría integrado por aquellas normas que, no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas. En palabras de Carlo Lavagna (su primer teorizador) se trata del «gruppo di casi in cui la norma o il principio, pur essendo tratti da "testi" costituzionali, siano invocabili solo indirettamente, inserendosi fra essi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di forza legislativa»⁷.

Así definido, incluiría también, por ejemplo, las leyes de delegación al gobierno para la elaboración de decretos legislativos. El TC ha reclamado su competencia (no exclusiva) para el juicio de constitucionalidad de estos decretos *ultra vires*, por ejemplo, en STC 47/1984, de 4 de abril, «el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional [luego, también al TC]»⁸.

Se integrarían asimismo los reglamentos de las Cámaras que pueden determinar la inconstitucionalidad de las leyes («la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley», STC 99/1987, de 11 de junio de 1987)⁹.

¹ Una reciente obra de Juan-Sebastián Piniella Sorli sobre las fuentes del derecho en la Constitución Española ha adoptado significativamente el título de *Sistema de Fuentes y Bloque de la Constitucionalidad*, Barcelona, 1994.

² Cf. Arturo Hoyos: «El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 75, págs. 785-807. Y lo mismo a Venezuela, etc.

³ Palacio González, José: «Bloque de constitucionalidad y ordenamiento comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 37, págs. 293-334.

⁴ Etienne Picard: «Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen?», en *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 1 (1993), págs. 47-54.

⁵ Rubio Llorente, Francisco: «El bloque de constitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27 (1989), págs. 9-38; Piniella Sorli, *op. cit.*, Luis Favoreu, «El bloque de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, págs. 45-68; Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad: en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981. Ver además la «discusión» del Simposium franco-español de Derecho constitucional, en Louis Favoreu, Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1991, págs. 55-94 y 139 al final.

⁶ Por ejemplo, «Este fenómeno [la existencia del bloque] po-

dría haberse caracterizado también con el término de "normas interpuestas", Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho, II. Ordenamiento General del Estado y Ordenamientos Autonómicos*, Madrid, 1992, pág. 47; o «Este conjunto de normas, denominadas también por la doctrina "interpuestas" (...) se considera como un parámetro que permite enjuiciar la inconstitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento jurídico», J-S Piniella, *cit.*, pág. 49.

⁷ C. Lavagna: *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Milano, 1957, pág. 28. Massimo Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, CEDAM, 1992, en un estudio detallado sobre las normas interpuestas en derecho italiano las define como «le norme non costituzionali che concorrono ad integrare il parametro del giudizio di legittimità costituzionale, in forza del rinvio ad esse da parte di alcune disposizioni della Carta fondamentale» (pág. XI).

⁸ O STC 51/1982, de 19 de julio, «... que el Tribunal Constitucional, cuando se someta a su control de constitucionalidad por la vía procesal adecuada (...), un determinado Decreto legislativo debe conocer del mismo (...) en la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada».

⁹ Y de los que el TC ha realizado la declaración más o menos intrigante de que «No toda infracción de los Reglamentos de las Cámaras, *per se*, constituye una violación de los derechos fun-

Quedarían, quizá, igualmente incluidos ciertos tratados internacionales relativos a derechos y libertades ya que hay que determinar «los perfiles exactos de su contenido [de los derechos y libertades], de conformidad con el tratado o acuerdo internacional»¹⁰. Además de otras normas que también entran en otros conceptos de bloque de constitucionalidad, como los Estatutos de Autonomía, ciertas leyes orgánicas y el resto de normas que determinen vicio de incompetencia (a reserva de lo que se dirá después sobre este punto). Pero no interesa aquí señalar en qué coinciden sino en qué se diferencian estos distintos conceptos¹¹.

Según esta primera definición, el bloque posee un carácter exclusivamente funcional; no existe nada en estas normas que las unifique si no es el hecho de que «sirven» para determinar la constitucionalidad de otras según lo dispuesto en la Constitución¹².

2. Según un segundo concepto, el bloque de constitucionalidad derivaría su existencia de la no inclusión de toda la «materia constitucional» dentro de la Constitución formal¹³. Este concepto acercaría el bloque de constitucionalidad a la llamada «constitución en sentido material»¹⁴. Dentro de esta misma categoría pueden darse dos situaciones distintas¹⁵:

- a) Constituciones que remiten expresamente a otros textos que califican de «constitucionales» (o a los que se reconoce dicho carácter en decisión judicial): por ejemplo, la Constitución Francesa de 1958 y su referencia (en el Preámbulo) a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y al Preámbulo de la Constitución de 1946. Así enunciado, como ha destacado la doctrina francesa, el concepto parece sencillamente redundante: «En último término —señala Favoreu, *cit.*, pág. 42— podría llegar a desaparecer si los franceses se acostumbraran a hablar globalmente de la Constitución para designar al conjunto de textos que forman el bloque de constitucionalidad.»
- b) Constituciones que no contemplan determina-

damentales susceptibles de tutela mediante el recurso de amparo de no redundar en una lesión constitucional, por consiguiente, no es correcto incluir la generalidad de las normas de los Reglamentos Parlamentarios (...) en el bloque de la constitucionalidad relativa al artículo 23 de la Constitución (ATC 23/1986)», STC 36/1990, fundamento jurídico 2.º.

¹⁰ STC 28/1981, de 14 de febrero, aunque en este mismo fundamento jurídico quinto dice que «tampoco en este supuesto de esta naturaleza [tratados relativos a derechos y libertades] se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad», ello no afecta a su condición de norma interpuesta que *ex definitione* no son parámetros *per se*, sino a través de una determinada habilitación constitucional, en este caso, artículo 10.1.

¹¹ Con ánimo de aclarar y, esperemos, de no introducir mayor confusión se propondrá una denominación distinta para cada uno de los cuatro conceptos. A este primero parece convenirle la de «parámetros de constitucionalidad».

¹² STC 66/19655, «El bloque de constitucionalidad que hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetros de la legitimidad constitucional de las leyes».

¹³ «La expresión *bloque de la constitucionalidad* no es sino un intento doctrinal para explicar la insuficiencia de la Constitución formal... el concepto material de Constitución muestra una singular resistencia para ser integrado en la Constitución formal», A. López Castillo, «Reseña bibliográfica a L. Favoreu/F. Rubio Llo-

das materias esencialmente constitucionales, guardando silencio sobre ellas o remitiendo a la legislación posterior para su fijación. Sería el caso de las numerosas «leyes orgánicas» de las que nuestra constitución habla, calificadas por la doctrina como instrumentos para «retener una parte del poder constituyente»¹⁶, y de los estatutos de autonomía, leyes de transferencia y resto de instrumentos de eventual distribución de competencias.

A esta construcción [2 b)] se suele oponer, primero el razonamiento de índole positivista de que «los criterios materiales no pueden servir a la construcción dogmática de esta categoría [la del bloque de constitucionalidad] porque el ordenamiento mismo se fundamenta en criterios formales para realizar la diferenciación entre las distintas normas»¹⁷, por lo que «el hecho de que sean materialmente constitucionales no significa nada (desde el punto de vista de la técnica normativa) a efectos de determinar por qué esas normas pueden integrar el parámetro de control»¹⁸, y el que centra la virtualidad del Derecho constitucional en la categoría política de poder constituyente¹⁹.

Este segundo concepto es de elaboración dogmática y no funcional, existiría una característica común a las distintas normas que lo integran: su «carácter sustancialmente constitucional», al margen de que, luego, este carácter constitucional sirva para predicar de ellas la resistencia pasiva a la derogación y su carácter de parámetros de constitucionalidad pero, repito, como consecuencia de su definición (es decir, como *proprium* y no como *differentia specifica*).

3. Una tercera interpretación del bloque, coincidente en parte con las anteriores, sería la del bloque de constitucionalidad entendido como conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. El bloque sólo surgiría en el supuesto de su impugnación. Se habla así de la determinación de «su [de la norma impugnada] bloque» y no de bloque en general. No

rente: El bloque de la constitucionalidad, Cuadernos Civitas/Universidad de Sevilla», Madrid, 1991, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, pág. 286.

¹⁴ O, según otra terminología, al «ordenamiento constitucional» o a la «constitución sustancial», *vid.* Carlos de Cabo, *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, vol. II, pág. 181, y la bibliografía allí citada. Quizá, también equivalente al «corpus constitucional» del que habla la STC 28/1991.

¹⁵ A este segundo concepto, convienen las denominaciones más extendidas de Constitución material o sustancial, ver número anterior.

¹⁶ Ramón Fernández, Tomás: *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pág. 29. No cabe duda que la mera enumeración de las leyes orgánicas previstas en nuestra Constitución (puede verse en el trabajo citado en las págs. 28 y 29) despierta, en el mejor de los casos, una cierta perplejidad.

¹⁷ F. Balaguer Callejón, *cit.*, pág. 48.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ver, por todos, Pedro de Vega García, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985. En relación con lo que luego se dirá sobre el traslado del bloque de la constitucionalidad del Derecho francés al Derecho español, conviene advertir como la doctrina francesa ha destacado el hecho de que los franceses al ratificar su constitución, ratificaron *simultáneamente* el resto de elementos del bloque.

habría «un» bloque de constitucionalidad como cuerpo general de normas, sino diferentes supuestos o «contextos constitucionales» para la fijación de la validez de las normas. Por ejemplo, STC 10/1982, de 23 de marzo, «Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el “bloque de constitucionalidad” que ha de servir de base para enjuiciar la ley impugnada».

Como es obvio, este uso del término puede combinarse con cualquiera de los otros tres («su bloque» como normas interpuestas que le afectan; «su» bloque como constitución material que lo regula; o «su» bloque como reparto de competencias en relación a lo en ella dispuesto)²⁰.

4. Un cuarto concepto, por último, sería aquel que hace depender el nacimiento del bloque de constitucionalidad de la existencia de un ordenamiento complejo, como el español, con el objetivo de establecer «una determinación aceptable de las normas de referencia o “parámetros” susceptibles de regular el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas»²¹. En palabras del Tribunal Constitucional: las «normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias [son] exclusivamente la constitución y las demás disposiciones integradas en el bloque de constitucionalidad»²².

Esta última versión parece ser la más extendida, sin embargo, y como puede verse en la descripción de los tres primeros (las citadas aportadas no son más que un ejemplo), no aparece «incontaminada» sino simultáneamente con las demás²³.

El hecho de que la elaboración doctrinal y jurisprudencial no suela aclarar a qué concepto se refiere o de que, aun haciéndolo, en el curso de su exposición se desplace de uno a otro²⁴, hace muy difícil enjuiciar la correspondencia entre el mismo y nuestro derecho positivo o, en su caso, su conveniencia *de lege ferenda*.

Como ya se ha advertido, según una cierta opinión que se expondrá después, estos intentos están necesariamente condenados al fracaso o a la artificiosidad.

La naturaleza esencialmente problemática y plural del bloque de constitucionalidad en su paso a nuestro ordenamiento arranca de que, en Derecho francés, designa simultáneamente a todos estos conceptos que, aunque teóricamente distintos, se superponen en su sistema constitucional. Así, la constitución sustancial (concepto 2) es, además, equivalente al conjunto de criterios empleados en la determinación de la inconstitucionalidad de las leyes (concepto 1), incluidos los vicios de incompetencia (concepto 4).

Y es que la extraordinaria simplicidad del ordenamiento francés hace que el principio competencial, en la práctica, esté totalmente sometido al jerárquico. Rigiendo siempre la prevalencia que marca la propia constitución, a saber, Constitución, ley nacional, reglamento nacional, reglamento regional y reglamento local²⁵. Y donde podría hablarse de un principio competencial, por ejemplo en la reserva de ley frente a reserva de reglamento, no existe más norma de distribución que la propia constitución.

Igualmente, respecto del resto de parámetros de que suele hablarse (reglamentos de las Cámaras, leyes orgánicas), el Consejo ha operado una progresiva concreción de su labor de defensor del orden constitucional excluyendo a unos y otros. A los primeros, porque son reglas disponibles por el legislador y sólo de rango constitucional en cuanto repiten lo dispuesto en la Constitución (lo que la doctrina italiana llama «normas repetitivas»). Respecto de las leyes orgánicas, su intento de modificación por leyes ordinarias tampoco las hace entrar como normas interpuestas, ya que se consideran viciadas procedimentalmente por incumplimiento directo del artículo 46 de la Constitución francesa y no por contrarias a lo dispuesto materialmente en aquéllas.

El Derecho francés ha operado una separación rígida del orden constitucional de la legislación ordinaria (sin entrar aquí en el problema de las leyes constitucionales), lo que, unido a la inexistencia de reparto competencial o a su fijación directa en la Constitución, hace que la expresión bloque de constitucionalidad pueda usarse indistintamente en todos los sentidos ya que, materialmente, nos encontramos siempre frente al mismo «referido» aunque se aluda a él con distintos «referentes». Es al pasar al Derecho español cuando, necesariamente, hay que desglosar el concepto en virtud de la peculiar situación española en la que lo referido por cada uno de estos conceptos son realidades no completamente coincidentes. Cosa distinta es que esta falta de coincidencia constituya o no un acierto jurídico y político.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL REPARTO DE COMPETENCIAS: PROBLEMAS QUE ENCIERRA

Si nos centramos, ahora, en el último de los conceptos expuestos, el que hace referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, parece que de un estudio atento de lo expuesto por diferentes autores²⁶ puede extraerse la siguiente reflexión.

²⁰ Quizá a este tercer concepto pudiera aplicarse la expresión empleada en el texto de «contexto constitucional».

²¹ Louis Favoreu: «El Bloque de la Constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990.

²² STC 87/1985.

²³ Para este cuarto concepto creo que debería reservarse la expresión «bloque de constitucionalidad», cosa distinta es qué normas lo integren o su eventual utilidad. La aplicación indiscriminada de bloque de constitucionalidad a los cuatro conceptos resulta, en mi opinión, sumamente equívoca e injustificada mientras no exista una elaboración doctrinal capaz de incluirlos a los cuatro (cuya posibilidad, se me escapa). Por desgracia, mientras el TC siga empleándolo en diferentes sentidos no habrá más re-

medio que seguir incluyendo estas enojosas aclaraciones. El uso errático que el Tribunal Constitucional ha hecho de la expresión puede constatarse fácilmente en las notas 9 a 15 del trabajo citado del profesor Rubio Llorente.

²⁴ Sencillamente, a modo de ejemplo, J. Palacio González, *cit.*, pág. 310, «al tener lugar una cesión de competencias, es decir, afectar al bloque de constitucionalidad», y antes (pág. 298), «aquella parte del “bloque de constitucionalidad” regulador de los derechos fundamentales».

²⁵ *Vid.* L. Favoreu, *cit.*, pág. 156.

²⁶ También de manera informal tal como se recoge en la «discusión» que acompaña a las ponencias de L. Favoreu y F. Rubio Llorente, *cit.*

La contradicción esencial que subyace a toda la discusión en torno al bloque de constitucionalidad (en sentido estricto, concepto 4) es que se pretende que sea, simultáneamente, un conjunto de normas no disponibles por el legislador ordinario y, además, las normas precisas para la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Pero la única forma en que ambas cosas podrían coincidir se derivaría de una inclusión de las segundas en la Constitución y dado que ésta no ha realizado esta distribución, ni ha indicado (en realidad) un mecanismo o un marco concreto para conseguirlo, sino que, de hecho, lo ha encomendado al legislador ordinario²⁷, el concepto mismo de bloque de constitucionalidad se vuelve contradictorio o casi inútil.

Porque si se trata de normas indisponibles, hay que reducir el bloque a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía (como, en efecto, hace el TC en diferentes sentencias, por ejemplo STC 26/1982), bloque cuya utilidad no parece muy clara ya que, en último término, no sirve, por sí mismo, para determinar el reparto de competencias que puede estar sustancialmente modificado por vía de las leyes del 150, la legislación básica que atribuye competencias (al margen de la polémica sobre si debe hacerlo o no) y leyes orgánicas como la de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de Radio Televisión Española.

Si de lo que se trata es de establecer el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, se hace necesario descender hasta unos niveles normativos jerárquicos tan bajos (incluyendo reales decretos y, según se afirma, hasta circulares, por ejemplo la P 117, de 14 de julio de 1983, del Jefe de Inspección Central de Trabajo²⁸) que, al margen de ofrecer una descripción de un estado de cosas para un momento concreto, no se acaba de ver qué virtualidad puedan tener a la hora de determinar la «constitucionalidad» o no de otras normas y, especialmente, de las leyes del Parlamento. Parece cuando menos pintoresco el que una ley del Parlamento que regule una cierta materia (que haya sido objeto, por ejemplo, de ley de transferencia de competencias de ejecución a alguna comunidad autónoma) sea inconstitucional por contraria al reparto de competencias (siguiendo el art. 28.1 de la LOTC) y no lo sea si en su artículo 1 o en una adicional deroga expresamente la citada ley de transferencias, máxime cuando el TC tiene declarado, también expresamente, que el bloque de constitucionalidad no hace referencia «a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición»²⁹.

²⁷ La desconstitucionalización del Estado de la que habla P. Cruz Villalón en «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 4, 1982, págs. 53 y ss. O F. Rubio, *cit.*, pág. 16, «La peculiaridad de nuestro sistema nace (...) de haber sustraído a la Constitución formal una parte, la más importante, de las normas de delimitación competencial» (el subrayado es mío), si bien no parece deducir de esta característica las consecuencias que aquí se apuntan.

²⁸ Ha sido objeto de STC 249/1988, de 20 de diciembre, con-

Habida cuenta de la competencia general del Parlamento nacional sobre todas las materias³⁰ y en relación con las atribuciones de legislación básica y de derecho supletorio, la operatividad directa de un bloque (excluidos Constitución y Estatutos) modificable por decisión del legislador ordinario no parece evidente.

Y es que para que entre en juego el principio de competencia es imprescindible que las normas que lo fijan sean indisponibles por el legislador ordinario. Si esto es así, efectivamente, dada una ley del Parlamento puede procederse a establecer si está dictada dentro o fuera del ámbito de su competencia. Esta norma no puede alterar ese marco porque entra en juego el principio jerárquico, las normas que fijan la competencia no pueden ser derogadas por las normas posteriores. El principio competencial postula necesariamente el jerárquico, si no, las normas sobre fuentes experimentarían un fenómeno similar al que vive, por ejemplo, la Ley General Tributaria, presuntamente ordenadora de los tributos, pero, de hecho, modificada por cada ley que aprueba un tributo concreto.

Si esto no es así, si las normas que fijan la distribución de competencias tienen igual rango que las normas que desarrollan estas competencias, sirven exclusivamente para expresar la voluntad del legislador en el momento de su aprobación y en tanto no se vean contradichas por normas posteriores, pero difícilmente pueden servir para enjuiciar la validez de éstas.

En este contexto, son significativos tanto la discusión parlamentaria del artículo 28.1 de la LOTC como los comentarios de que ha sido objeto calificándolo de «perfectamente superfluo» o «mero recordatorio», en el sentido de que el juicio de constitucionalidad de las leyes sólo puede basarse en normas distintas de la Constitución cuando «ésta la[s] impone»³¹.

Esta situación y el uso que se ha hecho del TC como instrumento de deslinde de competencias (en buena medida, creador de la distribución de competencias) puede ser lo que le haya inducido a tratar de revestir esta misión política, que el resto de operadores le han atribuido, con una cierta vestidura jurídica a través del más que discutible (por contradictorio internamente) concepto de bloque de constitucionalidad.

LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DEL BLOQUE

Si nos colocamos en un grado de abstracción aún mayor se obtiene la siguiente perspectiva del problema. La expresión bloque de constitucionalidad

siderado por el TC como «materialmente» legislación laboral, y según alega la Comunidad Autónoma Catalana. Véase el comentario de Cecilio García de la Roja a esta STC [en prensa].

²⁹ STC 66/1985.

³⁰ «No cabe duda (...) que las Cortes Generales, como titulares de la potestad legislativa del Estado (art. 66.2 de la Constitución) pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello». STC 76/83, de 5 de agosto.

³¹ *Vid.* F. Rubio Llorente, *cit.*, pág. 111.

tiene su origen en la de bloque de legalidad. Con ella se quería indicar que la ilegalidad de un reglamento de la Administración podía surgir no sólo de la infracción de una norma concreta, sino de su carácter contrario al «ordenamiento» o al «Derecho». Se trataba de dar cabida a los principios generales del ordenamiento, a las normas deducibles del conjunto del Derecho vigente aunque no contaran con una traducción *expressis verbis* en una ley. La vinculación positiva de la Administración a la ley y al Derecho, el sólo poder hacer aquello para lo cual tiene una habilitación específica (o cuando menos nada contrario al Derecho) hacía que aquélla estuviera ligada no sólo a las leyes, como textos formales escritos, sino en general al Derecho³².

Al exportar esta noción de bloque de legalidad al ámbito constitucional en forma de bloque de constitucionalidad, se quería indicar, igualmente, aquellas normas a las que el legislador ordinario queda vinculado (o lo que es lo mismo, las que sirven para delimitar la inconstitucionalidad de sus actuaciones). En este caso, sin embargo, al ser el legislador el creador del Derecho, el significado no puede ser otro que el de vincularlo a la obra del constituyente, a la Constitución y, en su caso, a las «opciones constituyentes» que éste haya expresado (por ejemplo, las Cámaras se dotarán de un reglamento, las Comunidades se regirán por un Estatuto, etc.). El bloque de constitucionalidad impediría al legislador ordinario el actuar de constituyente. Para indicar que esta actuación de constituyente no tiene por qué ser a través de disposiciones contrarias directamente a lo dispuesto materialmente en la Constitución sino también a estas opciones, se usa la expresión bloque.

Hay que advertir, con todo, que, en general, el traspaso de bloque de legalidad a bloque de constitucionalidad no permite una analogía perfecta, ya que mientras la administración tiene, según esta tesis, una vinculación positiva respecto de la ley y el Derecho, el legislador no puede tener más vinculación que la Constitución pues el resto del derecho lo produce él (o toma su legitimidad de una delegación suya). El legislador lo único que tiene es un límite formado por las «opciones constituyentes», el legislador no puede ser poder constituyente y la misión primordial del TC (como tiene reiterado) es evitar que el legislador se convierta en constituyente. Ahora bien, si como afirma la mayoría de la doctrina, la Constitución ha reservado opciones constituyentes al legislador ordinario (dejando al margen, la contradicción en sus términos así expresada), ¿qué sentido tiene hablar de «vinculación» del legislador a un supuesto «bloque» cuando se reconoce ya de entrada que actúa no ya al mismo nivel que éste sino que la propia Constitución?

Y, si se opta por el cuarto concepto de «bloque» enunciado, habrá que preguntarse si el legislador or-

dinario dispone o no de opciones constituyentes en materia de reparto de competencias, porque si como se afirma con frecuencia (la desconstitucionalización de que habla Cruz Villalón) es así, ¿para qué sirve o cómo puede construirse ningún bloque de «opciones indisponibles»?

El criterio competencial sólo puede partir de una previa habilitación jerárquica. Es decir, la norma del reparto competencial tiene esta capacidad porque se encuentra jerárquicamente por encima de las normas que desarrollan las competencias. Pero si esto no es así (si, como hemos visto, las competencias se atribuyen en todo tipo de normas), ¿de dónde obtienen su particular capacidad para actuar como parámetros y su resistencia pasiva a la derogación? ¿Puede o no puede, por ejemplo, derogarse el artículo 28.1 de la LOTC, mediante otra LO que establezca un determinado reparto competencial para una determinada materia y que fije las normas a las que habrá que atenerse para observar la constitucionalidad de las normas siguientes para las que esta primera sirva de parámetro?

El bloque, tal como trata de construirlo la doctrina y la jurisprudencia, es un intento de «solidificar» esta disponibilidad por parte del legislador ordinario. La cuestión es hasta qué punto es jurídicamente posible (porque no hay duda de que políticamente sí lo es, sobre todo en el sentido de que una vez trasladadas competencias a las Comunidades resulta inviable el retirárselas). ¿Las leyes del parlamento pueden o no pueden establecer un sistema de competencias dentro del marco (y no es más que un marco muy amplio) de Constitución y Estatutos? Si pueden, ¿con qué criterio una ley es inconstitucional por falta de competencia (cuando no afecta a Constitución o estatutos sino al resto de normas delimitadoras de competencia)? ¿Lo es también si deroga expresamente la norma anterior atributiva de competencias (con las exigencias de mayoría pertinentes)? ¿Hay alguna diferencia entre la derogación expresa y la tácita en relación con la inconstitucionalidad por vía del artículo 28.1 de la LOTC? Y, si es así, ¿por qué?

El juego del bloque de constitucionalidad no es, con todo, totalmente inútil. Hay que tener presente que aunque las normas que lo forman (salvo la Constitución y los Estatutos) son disponibles para el legislador ordinario, no lo son, sin embargo, para el legislador autonómico.

Si se admite que al legislador ordinario se le dejó la «opción constituyente» sobre el reparto de competencias, habría que concluir que pudo legítimamente introducir el artículo 28.1 para que afectase a las Comunidades. Estas sí verían efectivamente definidas sus competencias por el marco que define el bloque de Constitucionalidad sin posibilidad de alterarlo y dando pie a la declaración de inconstitucionalidad de sus normas por contrarias al mismo³³.

³² Conviene recordar que la comprensión del «bloque de legalidad» del que habara M. Hauriou («las reglas que se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad», L. Favoreu, *cit.*, pág. 20) como «principio de juridicidad» es objeto, a su vez, de polémica (si bien queda fuera del alcance de este artículo). Véanse, Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, 1989 y, discrepando con su interpretación

del principio de juridicidad, Francisco Rubio Llorente, «El principio de legalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre 1993, págs. 9 a 42 (sobre el principio de juridicidad, 12 a 18).

³³ Es obvio que si delimita el marco competencial de las Comunidades, también delimita negativamente el del Estado. Ello no se niega, se trata de destacar que esta delimitación para el

Esta construcción jurídica no deja de contrastar con el hecho de que, más bien, el bloque se trata de utilizar para «defender» a las Comunidades «solidificando» un situación de progresiva ampliación de competencias³⁴.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL DERECHO COMUNITARIO

Respecto a la citada ampliación del bloque de constitucionalidad al derecho comunitario se ha suscitado, recientemente, la siguiente cuestión en Derecho francés. Como es sabido, el Derecho comunitario (originario y derivado) no forma parte del bloque de constitucionalidad ya que pertenece a un orden jurídico «autónomo» con sus propias normas de validez. Una vez adoptados válidamente los tratados originarios, el Derecho comunitario establece no la posibilidad de derogar normas posteriores de los Estados miembros por contrarias a lo en ella dispuesto, sino la inobservancia (o la eventual elevación de cuestión prejudicial del art. 177 en caso de duda) por parte del juez ordinario de las normas contrarias a lo por él dispuesto y la aplicación directa de sus normas (ello al margen de algunas declaraciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, tomadas en su literalidad, parecen excesivas y contrarias a aquella autonomía y que, en mi opinión, no admitiría ningún Tribunal Constitucional europeo). Por ejemplo: «En virtud de la primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con normas comunitarias», TJCE Asunto 106/77 (Rec. 1978, p. 630)³⁵.

Es decir, que una norma recurrida por inconstitucionalidad ante el TC y declarada constitucional por éste no puede aplicarse en el ordenamiento interno si es contraria a otra comunitaria, anterior o posterior. Es decir, que el Derecho comunitario no entra nunca a formar parte de los «parámetros de constitucionalidad» para el control abstracto de normas por parte del TC. Sin embargo, en Derecho francés³⁶, la reforma por ley constitucional de 25 de junio de 1992 (JO 26 juin) del artículo 54 de la Constitución francesa para abrir el sufragio activo a los ciudadanos de los Estados miembros en las elecciones municipales, en relación con el artículo 8 B,

párrafo 1, del Tratado de Maastrich, ha dispuesto que se dictará una ley orgánica de desarrollo que «devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté Européenne pour la mise en oeuvre du droit reconnu par l'article 8 B, paragraphe 1^{er}». Esta remisión expresa de la Constitución a un artículo del Tratado de Maastrich hace que dicho tratado entra en el bloque como parte de la constitución sustancial o material de Francia ya que la referencia vale tanto como el incluir simplemente el artículo en el texto de la Constitución y entra, además, como parámetro de constitucionalidad ya que se establece la obligatoriedad de que la ley orgánica se adapte a dicho artículo y a la legislación comunitaria de desarrollo del mismo. De esta forma, para observar la constitucionalidad de la citada ley orgánica habría que contrastarla con el artículo 8 B, párrafo 1.º, y la eventual legislación de desarrollo y no sólo con la Constitución de la República, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República³⁷.

Esta opción del derecho constitucional francés parece, sin embargo, discutible. Y ello porque contribuye a reducir la autonomía de las dos «esferas jurídicas» (comunitaria y nacional), principio básico de articulación jurídica comunitaria. Ciertamente que la Constitución precisa reforma por vía del artículo 54 que exige adecuarla a los Tratados contrarios a lo en ella dispuesto antes de que puedan entrar en vigor. Pero, una vez que la Constitución no se opone al Tratado, éste desarrolla sus efectos por sí mismo. Las normas que desarrollen el citado artículo del Tratado de Maastrich valen en Francia en virtud de la validez que proviene de los mecanismos jurídicos comunitarios (y de la adhesión a los mismos por Tratado de Francia) y no porque el artículo 54 se refiera o no a ellos. Si Francia dictase normas incompatibles con dicho artículo o con su legislación de desarrollo, la eventual declaración de inconstitucionalidad es en buena parte superflua, ya que el Derecho comunitario cuenta con sus propios mecanismos de defensa jurídica. Si la legislación comunitaria es de aplicación directa (reglamentos) conllevaría ya en la instancia la inaplicación del derecho nacional, si no lo es (directiva), entraría en juego la denuncia de Francia por incumplimiento de sus obligaciones jurídicas frente a la Comunidad.

Por todo, pese a la línea argumental que lleva a introducir el citado artículo y legislación de desarro-

Estado sería descriptiva no obligatoria, es decir, sometida a posibles alteraciones por su sola voluntad.

³⁴ Sería un caso de más contradicción entre la vida política y el marco constitucional que la regula al que ha abogado la peculiaridad de nuestro proceso constituyente. Vid. T-R Fernández, *cit.*, págs. 19 y 20.

³⁵ Ver José Palacio González, «Bloque de constitucionalidad y ordenamiento jurídico comunitario», en *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 37, 1987, pág. 297; también en el famoso caso Simmenthal, *op. cit.*, pág. 312, «hacer inaplicable de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional existente e impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales incompatibles con las normas comunitarias».

³⁶ Cf. Etienne Picard, *cit.*, y la bibliografía francesa que allí aparece sobre esta reforma.

³⁷ Parece que se trata de la libertad de asociación, libertad de enseñanza, independencia de la jurisdicción administrativa, derechos de defensa (en materia penal), libertades universitarias, competencia exclusiva de la jurisdicción en materia de anulación de actos de la autoridad pública y de la autoridad judicial como garante de la propiedad privada. Parece haber reservas en cuanto a una eventual inclusión del principio de proporcionalidad del que L. Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1991, habla respecto de un solo caso (pág. 68). En un trabajo posterior (L. Favoreu, «Bloc de constitutionnalité en Olivier Duhamel et Ivres Mény», *Dictionnaire Constitutionnel*, Paris, 1992), no aparecen nuevas referencias a este principio.

llo entre los parámetros de constitucionalidad para Francia y en su constitución material o sustancial, lo que es discutible es que ello se traduzca en ningún tipo de resultado práctico. La hipótesis apuntada por É. Picard de una incorporación general del Derecho comunitario al bloque de constitucionalidad por vía de la declaración constitucional de participación de la República en las Comunidades Europeas y en la Unión Europea, parece apuntar de nuevo a un uso extremadamente laxo (y, por las razones expuestas, de escasa repercusión práctica) del término³⁸.

Algo parecido se expone como simple hipótesis en el trabajo citado de Palacio González en el siguiente contexto. Dado que el desarrollo de ciertas directivas comunitarias puede corresponder a las Comunidades Autónomas³⁹ (ya que, «a ellos [a los Estados miembros] corresponde determinar las instituciones que disponen de competencia en el orden interno para tomar dichas medidas [las necesarias para la ejecución de sus obligaciones comunitarias] (...), la ejecución de estas obligaciones corresponde únicamente al sistema constitucional de cada Estado» —STCE de 15 de diciembre de 1971 Asunto International Fruit Co., Recueil, vol. XVIII, págs. 115 y 116—), puede darse el caso de que o bien no procedan al correspondiente desarrollo o que lo hagan en contradicción con el Derecho comunitario. En tal caso, dado que la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario recae exclusivamente sobre el Estado central (art. 169 CEE), éste se encontraría ante una condena frente a actos legislativos sobre los que, en principio, no tiene competencia. Ante tal situación, en dicho trabajo se ofrece, entre otras, la siguiente hipótesis para lograr un con-

trol por parte del TC de dicha normativa: «Una eventual interpretación extensiva del bloque de constitucionalidad contemplado en el artículo 28 de la LOTC (en relación con el art. 96 de la Constitución), bien en la consideración de que la promulgación de una norma contraria al Derecho comunitario constituye una violación indirecta del artículo 93 de la Constitución.»

Ahora bien, dado que las Cortes Generales (y, en su caso, el Gobierno) son responsables del cumplimiento de los Tratados suscritos por España, en lógica jurídica no parece que deba acudir al TC (cuya misión es defender el orden constitucional y no el comunitario, que ya cuenta con sus propios mecanismos de garantía), sino que habría que acudir a las posibilidades normativas de las Cortes frente al incumplimiento de sus obligaciones por parte de las Comunidades. Además, como señala Palacio González, el efecto suspensivo de los recursos contra leyes de las Comunidades Autónomas resulta contrario a la aplicación directa y uniforme del Derecho comunitario que podría acarrear, igualmente, una condena para España.

Esta eventual ampliación del «bloque» a las normas de derecho comunitario frente a las de las Comunidades Autónomas parece reposar más bien en un intento de no hacer frente políticamente a las divergencias en «los criterios del Gobierno y de las Comunidades Autónomas respecto a las posibilidades de actuación de éstas de cara al desarrollo y a la ejecución del Derecho comunitario»⁴⁰, tratando de trasladar, una vez más, este conflicto político⁴¹ a una instancia judicial⁴². Órgano que, a su vez, habría buscado un apoyo en la «solidificación» del reparto de competencias operado a través del bloque.

³⁸ «... sérail-il anormal que le juge constitutionnel français considère ces deux normes constitutionnelles européennes comme faisant partie du bloc de constitutionnalité qu'il a pour mission de garantir dans l'ordre juridique de cette République?», E. Picard, *cit.*, pág. 54, *in fine*.

³⁹ Así lo establece, por ejemplo, el artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía Catalán considerado además (tácitamente) constitucional en STC 252/1988, de 20 de diciembre. Cf. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, «El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas en estudios sobre la Constitución española», *Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, tomo I, pág. 227. Ver también STC 42/1981, de 22 de diciembre de 1981, en la que se incluye en el «contenido inherente a cada competencia» la competencia de ejecución de Tratados en dichas materias. *Vid.* Palacio González, *cit.*, pág. 323.

⁴⁰ José Palacios, *cit.*, pág. 325.

⁴¹ Así lo reconoce Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, *cit.*, pág. 244, donde se recogen los diferentes remedios (distintos de esta ampliación del bloque), siguiendo la clasificación de P. Pérez Tremps, *Comunidades Autónomas, Estado y Comunidad Europea*, Madrid, 1987. Es decir: a) preventivos: función consultiva del Consejo de Estado, Leyes de armonización con carácter previo, legislación supletoria por vía del artículo 149.3 con carácter previo. b) *Ex post*: leyes armonizadoras, legislación supletoria del 149.3.

⁴² Por otra parte, el TC ha declarado expresamente la no inclusión del derecho original o derivado en el bloque de constitucionalidad en los fundamentos 4 y 5 de la STC 28/1991, de 14 de febrero.