

ESTUDIOS

Sobre la técnica normativa y el orden constitucional de distribución de competencias: La invocación de títulos competenciales en la elaboración de normas y disposiciones

JACOBO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Administrador Civil del Estado
Subdirector General Adjunto
Vicesecretaría General Técnica
Ministerio de Justicia

SUMARIO: I. Introducción.—II. Las Directrices de técnica normativa.—III. Los criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias de 2008.—IV. La memoria de análisis de impacto normativo.—V. Cuestiones conexas. La participación autonómica y local en la elaboración del proyecto.—VI. Una aproximación a la jurisprudencia constitucional en la materia.—VII. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN.

La técnica legislativa (TL), en sentido restringido, se refiere al estudio de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas (drafting)¹.

De escasa tradición en España, es una disciplina transversal relativa a la calidad de las normas y que comprende diversos aspectos como el procedimiento de elaboración, el estilo y el lenguaje legal, la lógica y la sistemática, la forma y estructura, las técnicas de evaluación de la efectividad e integración en el ordenamiento jurídico, los sistemas de codificación y especialización, y el uso de instrumentos informáticos, entre otras materias.

¹ Cfr. GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa): *Curso de Técnica Legislativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

En las Directrices de Técnica Normativa del Gobierno de Aragón, se la denomina como la procura la calidad de las normas. El contenido de la misma abarcaría: qué, para qué, cuándo y cómo debe legislarse sobre determinado aspecto de la realidad social, la necesidad efectiva de la nueva regulación, el estudio de los precedentes y de la legislación comparada, la definición de los objetivos que se pretenden, su encaje congruente en el ordenamiento jurídico, el cálculo de los costes de la puesta en vigor de la norma, y la prospectiva de su grado de cumplimiento y de sus efectos.

Los instrumentos básicos de la técnica legislativa son las Directrices sobre la forma de las normas y los Cuestionarios de Evaluación previa de los proyectos normativos². Tienen su origen en los países de habla germánica, extendiéndose posteriormente a otros países como Italia (años setenta) o España (comienzos de los 90).

Las directrices de técnica normativa, para Sainz Moreno, tienden a obtener la unidad y continuidad del ordenamiento, así como la calidad, publicidad y viabilidad de las normas que lo integran. Aunque la preocupación por la técnica normativa y su consiguiente positivación son recientes, existen ya algunas directrices tendentes a orientar la actividad de los titulares de la potestad normativa.

En España, sólo cabe reseñar la experiencia del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) que se constituyó en el seno del Centro de Estudios Constitucionales y cuyo principal trabajo fue la publicación en 1989 del Curso de Técnica Legislativa. Como resultado de sus propuestas el Consejo de Ministros aprobó, en sus reuniones de fechas 26 de enero de 1990 y de 18 de octubre de 1991 respectivamente, el «Cuestionario de Evaluación que deberá acompañarse a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros» y las «Directrices sobre la forma y estructura de los Anteproyectos de Ley», hoy sustituidas por las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

Sin embargo existen recientes iniciativas en el panorama estatal que se tratarán de analizar con detenimiento, como son la Memoria del análisis de impacto normativo en 2009, o los Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias en 2008.

En el ámbito autonómico, en sus orígenes, hay que recordar las Directrices para la elaboración de proyectos de ley, decretos, órdenes y resoluciones aprobadas por el Gobierno Vasco (BOPV 19 de abril de 1993).

En el ámbito de la Unión Europea se aprobaron unas directrices por Resolución de 8 de junio de 1993 (DOCE 17 de junio de 1993), como últimos esfuerzos realizados en el campo de la técnica normativa, la «better regulation».

La Comisión Europea ha emprendido la ambiciosa operación de legislar mejor. En 2002 se puso en marcha un programa de gran envergadura para simplificar y, en general, mejorar el marco regulador. Está diseñado para suprimir el papeleo, mejorar

² JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ: *Problemas de técnica legislativa en el ámbito de la producción normativa de las comunidades autónomas*. Artículo en *El funcionamiento del Estado Autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999.

la calidad de la legislación y diseñar leyes mejores para los consumidores y el mundo empresarial.

Los principales objetivos y medidas para legislar mejor en las instituciones de la UE se recogen, fundamentalmente, en dos documentos³: el Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor», adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en diciembre de 2003. Y el plan de acción «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea» (COM (2005) 97, de marzo de 2005), que actualiza y completa el Plan de acción de 2002 «Simplificar y mejorar el marco regulador», (COM (2002)278, de 5 de junio de 2002). El último balance publicado de este plan viene recogido en el «Tercer análisis estratégico de la Comisión del programa «Legislar mejor» en la Unión Europea»⁴.

Individualmente, gran parte de los Gobiernos de países miembros de la Unión Europea⁵ han constituido organismos de alto nivel para ayudar en las funciones de planificación, dirección, coordinación y revisión del sistema normativo. Tales organismos están dedicados a fomentar la mejora de las futuras regulaciones y a reformar los procedimientos normativos con vistas a mejorar su eficiencia y efectividad.

En el presente trabajo se va a procurar, desde la doctrina constitucional y los distintos documentos aprobados hasta la fecha, mostrar una semblanza de los problemas de la técnica legislativa en las relaciones entre los ordenamientos estatal y ordenamientos autonómicos, desde una perspectiva formal, como es la invocación de títulos competenciales o la participación de la comunidades autónomas en los proyectos normativos. Para ello, se estudiarán cronológicamente las distintas actuaciones estatales relacionadas con la materia.

³ PILAR BASELGA GARCIA-ESCUADERO: *Materiales para el estudio de la técnica legislativa*, Madrid, 2009.

⁴ Ha que resaltar la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 16.3.2005 y que ha influenciado la Guía Metodológica de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. En la misma, se señala:

«La presente comunicación pone en marcha la iniciativa anunciada en la revisión intermedia y, en coherencia con la acción en curso para mejorar la legislación, propone tres líneas de actuación fundamentales:

– Promover con más determinación a nivel de la UE los instrumentos que permiten concebir y aplicar una mejor legislación, especialmente las evaluaciones de impacto y la simplificación.

– Trabajar más estrechamente con los Estados miembros para garantizar que todos los legisladores apliquen coherentemente los principios de mejora de la legislación en toda la UE. Actuar sólo a nivel de la UE no será suficiente: la transposición de la legislación de la UE por parte de los Estados miembros y las iniciativas legislativas nacionales tienen también un efecto directo, no sólo en las administraciones nacionales y los ciudadanos sino también en las empresas, especialmente las PYME, de toda la Unión.

– Reforzar el diálogo constructivo entre todos los legisladores, a nivel tanto de la UE como de los Estados miembros, y con las partes interesadas.»

⁵ En Inglaterra, se dedican a estos estudios el Royal Institute of Public Administration, el Office of Parliamentary Counsel, la Statute Law Society, el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge, el Centro de Criminología y de Estudios Filosóficos y Sociológicos de la Universidad de Edimburgo, así como los centros socio-legales de la Universidad de Sheffield y de Oxford. En Bélgica hay que citar el Centrum voor Rechtssociologie de la Universitaire Faculteiten Saint-Ignatius de Antwerpen y la Facultad de Derecho de la Universidad de Lieja. En Holanda, la preocupación por la calidad de las leyes llevó al Ministerio de Justicia a la creación en su seno del Committee for the Review of Legislative Projects así como la General Legislation Policy División. En Francia, los estudios de técnica legislativa se realizan en la Ecole National d'Administration. En Italia puede citarse la creación de un Observatorio legislativo interregional, así como una Escuela de Ciencia y Técnica de Legislación. En Alemania, por último, hay que destacar los numerosos e importantes trabajos derivados tanto de la práctica parlamentaria como de la actividad académica.(web del Ministerio de Justicia, www.mjjusticia.es)

II. LAS DIRECTRICES DE TÉCNICA NORMATIVA

Como ha señalado Sainz Moreno⁶, las directrices de técnica normativa tienden a obtener la unidad y continuidad del ordenamiento, así como la calidad, publicidad y viabilidad de las normas que lo integran.

Si bien la preocupación por la técnica normativa y su positivación son recientes, existen ya algunas directrices tendentes a orientar la actividad de los titulares de la potestad normativa; así, el primer paso lo constituyeron a nivel estatal las mentadas Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley aprobados por el Consejo de Ministros («BOE» 18 de noviembre de 1991), seguidas por las actuales Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005 («BOE» 29 de julio de 2005).

a) Las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley aprobados por el Consejo de Ministros de 1991

Son fruto de la previa tarea de elaboración teórica por parte del Centro de Estudios Constitucionales, con el fin de dotar a la Administración General del Estado de unas pautas o reglas de técnica legislativa, que ayudaran a la hora de redactar los anteproyectos de Ley e incluso los reglamentos «llegados el caso»⁷.

Es preciso subrayar en que este primer paso hacia la instauración de la técnica legislativa como verdadera disciplina de la producción normativa, los impulsores del proyecto son plenamente conscientes de la novedad en el panorama jurídico español, e intentan resaltar en todo momento el carácter interno del documento, al «*no pretender traspasar el umbral de la potestad de las Cortes Generales*», y «*sin que ello afecte en modo alguno a la plena y exclusiva potestad de las cámaras para deliberar y decidir libremente sobre el contenido y la forma del proyecto que el Gobierno les hubiera remitido.*»

Llegados a este punto, ciñéndonos a las previsiones formales sobre títulos competenciales y orden constitucional de distribución de competencias, en la directriz nº 29 relativa a las cláusulas de salvaguardia del rango de ciertas disposiciones, así como de salvaguardia de disposiciones normativas o de competencias ajenas, que deben incluirse en las disposiciones finales (directriz nº 26), se recogen en su apartado b) una serie de consideraciones que se podrían estructurar de la siguiente manera:

– Se deberán reflejar las disposiciones o competencias aplicables relativas a los ordenamientos comunitario europeo (en este caso con objeciones en la actualidad como se analizará posteriormente) citando de forma concreta las normas de la comunidad europea en cuyo desarrollo se dicta el anteproyecto.

⁶ SAINZ MORENO, F.: «Técnica normativa», en *Enciclopedia Jurídica*. Madrid, Civitas, 1995. v. 4 (pp. 6485-6489).

⁷ Así se afirma en el Preámbulo de la Resolución de 15 de noviembre de 1991 de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se aprueban las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley («BOE» de 18 de noviembre de 1991).

– También las referencias a disposiciones o competencias aplicables relativas a los ordenamientos autonómicos, destacando el título competencial habilitante.

– Se exige en último lugar señalar los preceptos del anteproyecto que deban ser de aplicación directa (por responder a una competencia exclusiva, de legislación plena o de legislación básica) o, en su caso, supletoria, salvo que, por la simplicidad de su cita y por su finalidad meramente delimitadora del ámbito de aplicación del anteproyecto, deban situarse al comienzo de la parte dispositiva de este. Este punto todavía tiene poco recorrido, pero avanza las líneas futuras en relación a las competencias básicas y exclusivas y la problemática de la supletoriedad.

Así, por vez primera, surge una previsión para que en la fase de elaboración de los textos normativos estatales se reconozca la realidad autonómica existente, con una clara voluntad de que la rigurosa interpretación y delimitación del ámbito competencial redunde en una pacífica aplicación normativa, evitando conflictos y recursos por parte de las comunidades autónomas.

Con el tiempo, las Directrices de 1991 se fueron aplicando por analogía a los proyectos de reales decretos, tal y como era su pretensión inicial, con el debido trabajo y apoyo por parte de las unidades normativas y Secretarías Generales Técnicas de los distintos departamentos ministeriales, permitiendo homogeneizar técnicamente los textos, e influyendo en posteriores directrices elaboradas por gobiernos autonómicos que han supuesto un paso muy importante en el desarrollo de una conciencia de calidad en los redactores de textos normativos en el seno de la Administración General del Estado, tal y como se acaba reconociendo en el Preámbulo de las siguientes Directrices, las de 2005.

Las Directrices de técnica normativa de 2005

Las nuevas Directrices de técnica normativa⁸ se aprobaron con un objetivo fundamental, el de lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mejorando la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Ayudarían, en principio, a utilizar un lenguaje correcto de modo que puedan ser mejor comprendidas las disposiciones normativas por los ciudadanos.

Las nuevas directrices son mucho más numerosas, como consecuencia de haber abordado aspectos antes ignorados, pudiendo destacar su capacidad innovadora respecto a las anteriores por la profusión y número de aspectos tratados.

Algunos autores como Santaolalla consideran, no obstante, que son defectuosas al limitarse a respaldar la práctica existente, en muchos aspectos incorrecta⁹.

Pasando a considerar las cuestiones de índole competencial, en la directriz nº 42 se exige que se incluya en las disposiciones finales de la norma proyectada:

⁸ Aprobadas por Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa («BOE» . de 29 de julio de 2005).

⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO: *Las directrices de técnica normativa*, 2006, Revista de Administración Pública.

a) Los preceptos que modifiquen el derecho vigente, cuando la modificación no sea objeto principal de la disposición. Tales modificaciones tendrán carácter excepcional.

b) Las cláusulas de salvaguardia del rango de ciertas disposiciones, así como de salvaguardia de disposiciones normativas o de competencias ajenas. Estas cláusulas tendrán carácter excepcional. Las Directrices incluyen en este punto:

1.º El precepto o los preceptos que atribuyan a ciertas disposiciones de la norma un rango distinto del propio de la norma en general.

2.º Siguiendo lo establecido en 1991, se advierte que también se incluirán las disposiciones o competencias aplicables del ordenamiento autonómico, citando de forma concreta, en lo que se refiere a la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, el título competencial habilitante. Cuando se produzca una concurrencia de títulos competenciales que fundamentan la norma, deberá especificarse a cuál de ellos responde cada uno de los artículos.

Un aspecto capital es la exigencia de concreción sobre la base del artículo 149.1 (más el ordinal correspondiente) de la Constitución, que atribuye la competencia de que se trate. Y no sólo eso, además se especifica en un ejemplo de asunción de años de jurisprudencia constitucional, que cuando este comprenda varias materias de diferente alcance, deben especificarse los preceptos concretos que se dictan al amparo de una u otra competencia estatal.

c) Por último, se deberían incorporar al texto normativo en cuestión, las reglas de supletoriedad, en su caso.

Hasta aquí se podría concluir que a pesar de la mejora y desarrollo, gracias a la experiencia de varios años, el apartado competencial de las nuevas Directrices no ha supuesto un avance considerable respecto a las de 1991.

III. LAS CRITERIOS SOBRE ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL AL ORDEN CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DE 2008

Una novedad en el panorama de la técnica legislativa española lo constituyen los «*Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias*», aprobados por los Ministerios de Presidencia y de Administraciones Públicas con fecha 9.6.2008, que no ha sido objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado, pero cuyo génesis constituye un intento de trasladar exclusivamente las nociones y conceptos constitucionales del ámbito autonómico a la producción normativa.

Estos Criterios carecen de eficacia vinculante y constituyen meras recomendaciones cuyo principal valor reside en sintetizar la postura del entonces Ministerio de Administraciones Públicas, en relación con el orden constitucional de distribución de competencias, extraída de sus reiterados pronunciamientos en los procesos de elaboración de disposiciones generales y fundada en la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha contribuido decisivamente a delimitar el alcance de cada una de las materias recogidas en la Constitución y los Estatutos de Autonomía como presupuesto para delimitar el alcance de las competencias del Estado. La oleada de nuevos Estatutos de Autonomía surgida desde el año 2006 durante la VIII Legislatura, han coadyuvado en esta dirección, delimitando de manera detallada y precisa ámbitos materiales que constituían, hasta la fecha, submaterias únicamente descritas por el Tribunal Constitucional.

Los destinatarios de estos Criterios son nuevamente los Departamentos ministeriales, como principales centros de producción normativa del Estado, y pretenden proporcionarles orientaciones prácticas y claras sobre el modo de abordar la elaboración de las iniciativas normativas de forma respetuosa con el vigente marco competencial.

Las Criterios se estructuran en tres partes, de las cuales nos detendremos principalmente en la 1ª que se refiere a la fundamentación de la actividad normativa estatal. En particular, hay que destacar los siguientes puntos:

a) Identificación del título habilitante

«Todas las iniciativas normativas que promueva el Gobierno deben identificar en la Disposición final primera el título competencial en el que se amparan, en los términos recogidos en el artículo 149.1 de la Constitución. Sólo se exceptúan las normas aprobadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización y las disposiciones modificativas de otras vigentes que hubieran invocado el fundamento competencial correspondiente, siempre que no alteren el ámbito material de la norma modificada.»

Así de clara y precisa se plasma la intención por parte de estos Criterios, en un afán de sentar de manera definitiva unas «buenas prácticas» en el sector de la producción normativa, y de los que se debe resaltar la importancia capital a la hora de la correcta identificación y descripción del fundamento constitucional sobre el que se debe sustentar como presupuesto ineludible la producción normativa estatal. Todo ello con vistas al ajuste de la forma y contenido de la norma proyectada a los límites que respecto a la materia establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En línea con lo expuesto, la identificación de los títulos competenciales que legitiman la actividad normativa del Estado reviste especial trascendencia y todos los proyectos normativos, incluso los que se dictan al amparo de la competencia exclusiva estatal, deben incluir el título competencial en que se ampara la norma, con el principal objetivo de reforzar la seguridad jurídica que ha de caracterizar la producción normativa estatal.

No obstante, se debería haber valorado la idoneidad de que figurara la referida Disposición final primera, bajo la rúbrica «*Título competencial*».

Pues bien, en estos *Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias* se va aún más allá de las Directrices de 2005, llegando a identificar la Disposición final objeto de la invocación competencial, esto es, la primera. Situándose, por ende, antes que la habilitación para el desarrollo reglamentario o de las modificaciones reglamentarias.

Como excepción, habría que señalar dos casos concretos, advertidos a continuación, y que se han convertido en la única dispensa de identificación expresa de título competencial:

- Las normas organizativas, cuya actuación se reduce a delimitar la organización de las funciones que corresponden a la Administración General del Estado en una materia concreta. Estas normas se dictan en el ejercicio de una potestad de autoorganización administrativa, no son susceptibles de desarrollo alguno por parte de las comunidades autónomas, por lo que, se ha consolidado en los últimos tiempos como práctica a seguir en la producción normativa de normas de esta índole, la ausencia de invocación competencial para amparar dicha regulación.

- Las disposiciones modificativas, a las que también, como viene siendo habitual, no se las exige la invocación expresa de títulos competenciales. Básicamente, el argumento esgrimido considera que el fundamento de la norma estatal no podrá ser diferente al de la disposición modificada.

No obstante, habría que obrar con cautela, principalmente en los caso de que la norma modificada no hubiera recogido expresamente su fundamento competencial, lo que nos conduciría en aras nuevamente del principio de seguridad jurídica a introducir una disposición final que recogiera el necesario título competencial habilitante.

b) Concurrencia de títulos

Por otro lado, en el punto II se recoge que «conforme a la doctrina constitucional, no es posible invocar simultáneamente diferentes títulos competenciales para fundamentar una misma norma, por lo que únicamente deberá hacerse constar, en cada caso, el título prevalente. A estos efectos, el Tribunal Constitucional considera prevalente el título específico sobre el genérico, la regla especial sobre la de más amplio alcance».

c) Consideraciones

Una cuestión que no es baladí, es la descripción del título competencial que realice la Disposición final primera. No sería la primera vez que en una norma proyectada aparece circunscrito su ámbito competencial al fijado por una Ley Orgánica. De la lectura del texto constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden extraerse las siguientes conclusiones al respecto:

- La invocación del título competencial deberá circunscribirse a los términos fijados en el artículo 149.1 de la Constitución. Además, la cita del 149.1 CE no debe ser meramente numérica, sino que debe incluir el tenor literal del título habilitante, especificando cuál de los títulos contenidos en dicha regla del artículo 149.1 de la Constitución es el que ampara la norma proyectada.

En sentido estricto, las competencias exclusivas son aquellas que según la STC 37/81 «son inasumibles por las Comunidades Autónomas, tanto en sus funciones y materias que se enumeran en el artículo 149, y que en ningún caso podrán, las Comunidades Autónomas, hacerlas propias en virtud de sus Estatutos de Autonomía».

Los ámbitos materiales sobre los que el Estado proyecta sus competencias exclusivas vienen definidos con técnicas diferentes en el artículo 149.1 de la Constitución.

- Debe evitarse cualquier remisión expresa que sea ajena al artículo 149.1 CE, evitando la referencia a leyes sectoriales. Solamente son normas atributivas de competencias la Constitución y los Estatutos de Autonomía, con lo que, en suma, desde el punto de vista de una técnica normativa depurada, no sería correcto ni coherente la cita de leyes en dicha disposición final, si bien, se podría realizar y si así se desea, en el preámbulo o exposición de motivos.

- Si hay preceptos de la regulación proyectada que pueden encuadrarse en un título competencial diferente al invocado para el resto de la norma, deberán indicarse con precisión los preceptos que se dictan al amparo de cada competencia estatal. Así se recoge en los Criterios al aseverar que:

«Cuando teniendo en cuenta el criterio anterior, el instrumento normativo proyectado incluya normas que se sustenten en títulos competenciales distintos, deberá especificarse cuál de ellos ampara cada una de las normas.»

- Finalmente, siguiendo al Tribunal Constitucional se adopta la siguiente regla en torno a las bases y desarrollo, en los casos que en una única norma pueda ser de aplicación títulos que otorgan al Estado competencias de diferente alcance:

«Cuando en una norma pueden resultar aplicables títulos que otorgan al Estado competencias de diferente alcance, se deben señalar qué preceptos se consideran básicos y, por tanto, susceptibles de desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas y cuáles se dictan en ejercicio de la competencia legislativa plena del Estado.»

d) Derecho Comunitario

Otra cuestión que no debería dejarse sin estudio, es la abundante jurisprudencia sobre los efectos derivados de la recepción en España de la normativa europea, fijando criterios dirigidos a evitar que tal circunstancia pueda provocar una modificación del reparto competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que en ningún caso se ve alterado, ya que son las reglas internas de distribución de competencias las que deben aplicarse para determinar la Administración competente para la ejecución de las normas europeas (SSTC 236/1991, 79/1992, 80/1993, entre otras).

Conforme a la doctrina constitucional *«(...) la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el Texto Constitucional rige también para la ejecución del Derecho Comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial establecido no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias (...). En definitiva, no sólo la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (...), sino que esa responsabilidad ad extra de la Administración del Estado no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir «ad intra», sobre las Administraciones Públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda (...). Es más, las dificultades que pudieran*

existir en la ejecución de la normativa comunitaria, de existir, no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente corresponden a una Comunidad Autónoma» (STC 96/2002, F.J. 10).

No hay que olvidar que la inadecuación del Derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad de las normas internas, es reconocida por el propio Tribunal en la STC 13/1998, F.J. 3: «(...) *el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales (...). Cuando éstos tienen por objeto disputas competenciales que tengan su origen en la trasposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria, como en el caso enjuiciado, no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso si está siendo correctamente aplicada.*»

A modo de síntesis, si bien parece que en estos momentos se ha convertido en una práctica generalizada, no era infrecuente hacer notar desde las Secretarías Generales Técnicas que textos de proyectos sometidos a informe carecían de Disposición Final indicativa del título competencial aplicable.

Asimismo, habría que valorar, incluso si el Anteproyecto o proyecto de disposición de carácter general es una norma modificativa, y es una práctica habitual como se ha señalado anteriormente no exigir la invocación expresa de títulos competenciales en este tipo de disposiciones, sobre la premisa de que el fundamento de la norma estatal no podrá ser diferente al de la disposición modificada, dado que la norma objeto de modificación no recoge expresamente su fundamento competencial, en aras del principio de seguridad jurídica sería conveniente incluir una Disposición final indicativa del título competencial que ampara la disposición modificativa.

No hay que dejar de reconocer de forma positiva este ejercicio de autocontrol por parte de la Administración General del Estado, con vistas a una producción normativa más coherente con el Estado Autonómico definitivamente consolidado en nuestro país.

IV. LA MEMORIA DE ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO

Para autores como Coderch, desde los inicios la cuestión acerca de cómo se incardina la técnica legislativa en las teorías de la legislación quedó en un claro segundo plano, con la idea poco desarrollada de que *«la ciencia o teoría de la legislación es un saber interdisciplinar, tributario de disciplinas tan dispares como pueden ser, sólo entre otras, la filosofía moral y política, las doctrinas generales del derecho, la historia, la sociología y otras ciencias sociales, la lingüística, el derecho constitucional y las restantes ramas o ciencias jurídicas»* ¹⁰.

¹⁰ PABLO SALVADOR CODERCH: *Técnica legislativa y teorías de la regulación*. Working Paper nº: 208. Barcelona, abril de 2004. Este trabajo fue presentado en el Seminario «La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho», que, bajo la dirección del Prof. Dr. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y bajo los auspicios del Colegio Libre de Eméritos se celebró en Madrid los días 11 y 12 de noviembre de 2003.

Precisamente, con la evidente intención de integrar distintos saberes y ramas no estrictamente jurídicas, en la elaboración normativa, un claro ejemplo lo constituye la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, como expone su Preámbulo, tiene por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fueron modificados por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, valoración que reiteró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La finalidad última de la Memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes.

La novedad del real decreto, desde la óptica de la técnica normativa, es principalmente, reconocer la necesidad de valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados y en el orden constitucional de distribución de competencias. Otras cuestiones como las presupuestarias o la de impacto de género, ya constituían una herramienta hasta la fecha más que habitual en las unidades de producción normativa.

En particular, su artículo 2 estructura el contenido de la Memoria de la siguiente manera:

- a) Oportunidad de la propuesta.
- b) Contenido y análisis jurídico, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.
- c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.
- d) Impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, así como la detección y medición de las cargas administrativas.
- e) Impacto por razón de género.

Posteriormente en la Disposición adicional primera, se dispuso que a propuesta de los titulares de los Ministerios de la Presidencia, Economía y Hacienda, Política Territorial e Igualdad, se elevaría al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 31 de diciembre de 2009, una Guía Metodológica que deberá seguirse en la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo.

Es así como por Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009 se aprobaba en su Anexo I la *Guía Metodológica para la elaboración de la memoria*

del análisis de impacto normativo. Dicho documento todavía no ha disfrutado de la publicidad que sería necesaria, por lo menos en el momento de redacción de este artículo, al no haberse producido su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

No obstante, desde entonces existe un esfuerzo plasmar sus recomendaciones en el ámbito de la elaboración normativa. Así, si bien dichos avances son destinados a la documentación que acompaña al proyecto normativo, su innovación no deja de seguir el camino iniciado anteriormente en *Directrices y Criterios*, en cuanto al orden constitucional de distribución de competencias y la invocación de títulos competenciales, aún cuando se pudiera prejuzgar por lo cuestionable que resulta su fuerza coactiva y escasa voluntad de difusión y publicidad ya referida.

La Guía dispone de manera expresa que en la Memoria habrán de recogerse las siguientes consideraciones:

– Calificación de la materia o de las materias objeto de regulación en el proyecto en términos generales.

– Se analizarán los títulos competenciales que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas respecto de dichas materias, especificando los preceptos constitucionales y estatutarios de los que derivan, con especial atención a los criterios generales establecidos por la Jurisprudencia Constitucional o a las previsiones establecidas por los Reales Decretos de traspaso dictados.

– Se determinará el título competencial prevalente aplicable a cada uno de los preceptos del proyecto, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) La regla general es que debe existir un único título prevalente aplicable a cada precepto del proyecto.

b) No obstante, excepcionalmente, podrá fundamentarse la concurrencia de dos títulos respecto del mismo precepto, atendiendo a sus peculiaridades.

c) En cualquier caso, debe establecerse precisamente qué preceptos tienen carácter básico.

Por otro lado, no se considera que sea necesario identificar los títulos competenciales específicos de aplicación respecto de preceptos que tengan carácter de ley orgánica, o carácter puramente modificativo de normas que incluyeron el correspondiente título competencial si el mismo no ha de modificarse, ni tampoco de normas que regulen exclusivamente cuestiones puramente organizativas de la Administración General del Estado.

La labor de redacción de la memoria es, o debiera ser, una labor previa a la de redacción del proyecto, con visos de producir una análisis riguroso de los aspectos cruciales del mismo, sentando la praxis extendida a nivel europeo con documentos de este tipo, como los denominados cuestionarios de evaluación o «*check list*», que en el supuesto de la Memoria lo constituye el bautizado como «*Ficha del resumen ejecutivo*» localizada en el Anexo I del Acuerdo de Consejo de Ministros de 11 de diciembre de 2009.

Con todo, sólo el transcurso del tiempo permitirá analizar la extensión y asimilación de sus conceptos en los distintos departamentos ministeriales.

V. CUESTIONES CONEXAS. LA PARTICIPACIÓN AUTÓNOMICA Y LOCAL EN LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO

Aspecto íntimamente relacionado con la invocación de los títulos es la incorporación en la norma de la existencia de audiencia o participación autonómica en el texto.

En los Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias se señala al respecto que «*Debería dejarse constancia expresa del cumplimiento del trámite de consulta a las Comunidades Autónomas en la parte introductoria de la norma proyectada*».

Se persigue un objetivo, y es que el Ministerio proponente procure impulsar la participación de las Comunidades Autónomas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales del Estado que puedan afectar a sus competencias.

Por su parte, en la Guía Metodológica para la elaboración de la memoria del análisis de impacto normativo, se hará constar cuantas observaciones de naturaleza competencial se hayan suscitado por las Comunidades Autónomas, así como la forma en que dichas observaciones se hayan tomado en consideración en el texto finalmente propuesto.

Igualmente, si se hubiera dado participación a las Corporaciones Locales, se harán constar cuantas observaciones de naturaleza competencial se hayan suscitado respecto de la incidencia del proyecto en la autonomía local, así como la forma en que dichas observaciones se hayan tomado en consideración en el texto finalmente propuesto.

Sería aconsejable, que, de cualquier modo, constara en el preámbulo de la norma proyectada, como ubicación más idónea más que en el texto dispositivo, el hecho de que se ha procedido a ese trámite de consulta, o que en la elaboración han participado las comunidades autónomas.

VI. UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA

La aportación del Tribunal Constitucional a la definición del modelo autonómico ha sido tan relevante que, con razón, se ha podido calificar a la nueva estructura territorial del Estado surgida de la Constitución de 1978 como «*Estado autonómico jurisdiccional*»¹¹.

Sin partir de esta premisa es difícil llegar a comprender el papel del Tribunal Constitucional en este apartado, ya que es reconocido por la generalidad de la doctrina su papel como verdadero constructor del Estado Autonómico, desarrollando las bases y conceptos escasos plasmados en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

¹¹ GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES : *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, 2005.

Pues bien, a la hora de establecer los lazos de conexión entre técnica normativa y el orden constitucional de distribución de competencias, el punto de partida se sitúa en el principio de *indisponibilidad de las competencias*. Este principio supone que una vez asumidas éstas mediante su inclusión en los Estatutos, su atribución a la Comunidad Autónoma es definitiva e indisponible con efectos *ope legis o ipso iure*¹² (STC 25/1983).

En la STC 233/1999 FJ 4 a) el Tribunal resumía parte de esta doctrina asegurando que: *«De entrada hay que comenzar recordando lo que afirmamos en la STC 133/1997 (fundamento jurídico 6.o) a propósito de la exigencia del principio de Ley formal en la determinación de las bases. Dijimos entonces que de dicho principio «no se deriva para el legislador la obligación de invocar expresamente el título competencial que ampara sus Leyes». Y añadíamos a continuación: «las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas; operan ope Constitutionis, con independencia de que uno u otro legislador hagan invocación explícita de las mismas»». Dicho aserto (...) resulta de mayor aplicación si cabe a aquellos casos en los que nos encontramos no ante la falta de invocación formal por parte del legislador estatal (o autonómico) del título competencial en el que se apoya para aprobar una determinada Ley, sino (...) ante una hipotética selección errónea de dicho título que, por otra parte, en modo alguno puede vincular a este Tribunal.*

Se pueden encontrar más referencias al mismo en la STC 186/1999, FJ 11 c) : *«Este precepto vulnera las competencias de gestión de la Generalidad de Cataluña, ya que es esta Comunidad Autónoma quien debe realizar esas operaciones, sin que ello pueda condicionarse a la firma de un convenio de colaboración, ya que la fórmula del convenio no puede servir para que el Estado recupere competencias (...). Ni tampoco que merced a dicho Convenio la Comunidad Autónoma haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario.»*

Y aún más claro cuando se afirma en la STC 9/2001, FJ 6 *«(...) las competencias son indisponibles por las Administraciones, lo que impide hacer prevalecer una presunta voluntad, fruto del acuerdo formalizado en los Decretos de transferencias, sobre el sentido objetivo de las normas constitucionales y estatutarias»*).

La principal conclusión extraíble de tan abundante jurisprudencia es todo acto o disposición que vulnera el régimen de distribución de competencias sería inconstitucional. Se podría pensar, por tanto, que la invocación de los títulos competenciales sería innecesaria por cuanto no implicarían una renuncia o una asunción de por sí inconstitucional de competencias propias o de las comunidades autónomas.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad, el Alto Tribunal se basa a la hora de construir dicho principio en unos parámetros de respeto por unos «*mínimos*» de calidad de técnica normativa exigiendo las declaraciones relativas a los títulos competenciales, como observamos en la STC 133/1997: *«En el presente caso, la Ley impugnada cumple con las exigencias del principio formal para el establecimiento de las bases por parte del Estado, tanto por las declaraciones explícitas que hace en relación con el carácter básico de la misma, y de los títulos competenciales que la amparan,*

¹² RAFAEL GARCÍA MONTEYS: *Las aportaciones del Tribunal Constitucional al Sistema de distribución de competencias*. Artículo en *El funcionamiento del Estado Autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999.

como por su estructura y contenido, que permiten inferir la vocación y pretensión de norma básica del mercado de valores de la Ley 24/1988.»

Esta jurisprudencia es la que articula la exigencia formal de las bases, y que se puede encontrar en otros pronunciamientos como la STC 213/1994 FJ 10: «Para contestar a la tacha de inconstitucionalidad formal que los recurrentes imputan a la Ley es preciso recordar la doctrina reiterada de este Tribunal, según la cual la operación de definición de las bases debe llevarse a cabo normalmente por las Cortes Generales, sea de manera expresa, sea de forma que, en razón de la estructura de la norma, se pueda inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.»¹³

En suma, de lo que se infiere de la jurisprudencia constitucional es una exigencia de la positivación de las competencias en las que se ampara el Estado a la hora de producir normas, pero que sin embargo no gozan de una virtualidad jurídica, si la contraponemos al principio de indisponibilidad de las competencias. Esta tesis la corroboran las STC 233/1999 FJ 6 sobre la jurisdicción constitucional y la calidad técnica de las leyes:

«(...) la mera existencia de incorrecciones técnicas o formales no sería motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurran en la misma, sino que constituyen materia ajena a la jurisdicción constitucional, pues no es misión de este Tribunal depurar el lenguaje legislativo.»

En esa línea, la STC 133/1997: «Finalmente, debemos rechazar también la objeción del Consejo Ejecutivo de Cataluña de que la Ley no hace explícita invocación de título competencial alguno que habilite al Estado para regular los mercados de valores. En primer lugar y, sobre todo, porque del principio de Ley formal en la determinación de las bases no se deriva para el legislador la obligación de invocar expresamente el título competencial que ampara sus Leyes. Las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas; operan ope Constitutionis, con independencia de que uno u otro legislador hagan invocación explícita de las mismas. En segundo lugar, porque si bien es verdad que el legislador no ha identificado esos títulos por referencia numérica a los apartados del art. 149 CE, sí se ha referido materialmente a ellos al hablar de las normas de derecho mercantil, de un lado, y de la unidad del orden económico y del sistema financiero nacional, de otro; referencias todas ellas suficientes para identificarlas con los títulos competenciales del art. 149.1.6, 11 y 13 CE».

VII. CONCLUSIÓN

Para el Tribunal Constitucional la técnica normativa es el arte de legislar clara y eficazmente, cuyo objeto es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo por tanto a la seguridad jurídica (STC 46/1990).

Iniciativas recientes como la Resolución de 21 de enero de 2010, de la Subsecretaría de Justicia, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de

13 El subrayado es del autor.

diciembre de 2009, para constituir la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, a la que le corresponderá elaborar un «*informe técnico sobre la situación actual*» y las reformas que necesite el lenguaje jurídico, así como formular «*propuestas sobre acciones*» para facilitar la accesibilidad de los ciudadanos a la Justicia, constituyen claros ejemplos llevados a cabo por el Ministerio de Justicia en la actualidad, de mejora de la técnica normativa.

La intención del autor no ha sido otra que reflejar cuantas cuestiones de utilidad en la redacción de normas tengan que ver con la invocación formal de títulos competenciales, sin entrar en consideraciones materiales del derecho constitucional competencial, que sin duda, conllevarían un estudio más en profundidad, señalando los progresos alcanzados en el ámbito de la Administración General del Estado y que permitan atisbar un futuro de mejor comprensión de la realidad autonómica por parte de las unidades de producción normativa con el objetivo a largo plazo de reducción de la conflictividad y aumento de la cooperación con las comunidades autónomas.

Madrid, abril 2010