

SOBRE LA INCORPORACION DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO INTERNO: UNA VISION PRACTICA

Por ERNESTO GARCIA-TREVIJANO GARNICA (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. AUSENCIA INICIAL DE TRADUCCIÓN OFICIAL DE LAS NORMAS COMUNITARIAS.—III. REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y DERECHO INTERNO.—IV. DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y SU INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO. A) *Algunas reflexiones previas.* B) *Técnica utilizada para la incorporación de directivas. El problema de la publicidad.* C) *Incidencia de las directivas sobre el orden interno de competencias.* D) *Las competencias compartidas Estado-Comunidades Autónomas y la incorporación de directivas. 1. Lo básico: norma idónea para su definición. 2. Potestad reglamentaria y transposición de directivas. 3. Incidencia de la incorporación de directivas en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.* E) *Transposiciones innecesarias.*

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas no tienen otra intención sino la de dar una visión práctica de lo que ha sido hasta ahora, desde un punto de vista normativo, la entrada de España en las Comunidades Europeas. Esta visión se expone a partir de la experiencia acumulada en el Consejo de Estado desde la adhesión de España a la CEE, a través de su labor

(*) Letrado del Consejo de Estado, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

consultiva, al haber emitido numerosos dictámenes en relación con proyectos de disposiciones que se dirigían a complementar o incorporar, en el orden interno, el derecho comunitario.

Los problemas surgidos a lo largo de estos años han sido esencialmente de orden práctico, o mejor, de aplicación real de los principios de todos conocidos en el plano teórico. La técnica para la incorporación de directivas comunitarias, órgano interno competente a tal fin, rango formal de la norma interna para llevar a cabo dicha incorporación, admisibilidad o no de la transcripción literal de preceptos comunitarios, etc., son algunos de los problemas surgidos y planteados ante el Consejo de Estado, y cuya solución ha ido dando lugar a un cuerpo de doctrina interesante para el adecuado conocimiento y solución de la incardinación entre el ordenamiento comunitario y el interno.

Evidentemente, no se trata ahora de pretender dar una solución axiomática a los problemas surgidos en este ámbito, sino simplemente de exponer determinados problemas suscitados, así como los remedios que han ido arbitrándose en cada momento para darles una adecuada solución, abordándose así determinados aspectos de especial interés para avanzar en la coordinación de ambos órdenes (comunitario e interno).

II. AUSENCIA INICIAL DE TRADUCCIÓN OFICIAL DE LAS NORMAS COMUNITARIAS

Uno de los primeros problemas que debió afrontarse tras el ingreso de España en la CEE fue el de la inexistencia de traducción oficial de las normas comunitarias, que, sin embargo, de acuerdo con los términos del Acta de Adhesión de España (art. 2), eran de aplicación inmediata (sin perjuicio de los períodos transitorios que para determinadas materias se preveía en el propio Tratado de Adhesión).

Se suscitaron entonces diversos problemas: el primero consistía en la aplicación del principio —consagrado en el art. 6.1 del Código Civil— de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». En efecto, si constituye una cierta ironía sostener —al menos desde el punto de vista práctico— que se presume conocido de todos aquello que haya sido publicado en los diarios oficiales (que se cuentan, por cierto, por decenas), máxime en un sistema como el nuestro, con un significado limitado alcance del «error de derecho», más irónico aún

sería que dicha presunción de conocimiento afectara también incluso a las normas y actos redactados en un idioma distinto del oficial del Estado español.

La inexistencia de la referida traducción oficial de las normas y actos comunitarios impedía con rigor, a mi juicio, hacer aplicable sin más dicha presunción de conocimiento (con sus importantes efectos anejos) a los ciudadanos españoles, aunque, al parecer, no surgieron especiales dificultades en este aspecto durante el período inicial de la adhesión de España.

Lo cierto es que la inexistencia de una traducción oficial no podía impedir la dinámica en la producción de normas y, en particular, no era óbice para que el Estado español se incorporara también, por ejemplo, al sistema de transposición de directivas, lo que obligaba a trabajar en un idioma extranjero, con sus riesgos inherentes.

Se operaba entonces a través de «traducciones provisionales», es decir, traducciones que carecían de carácter oficial alguno y que, evidentemente, limitaban su efectividad. Ya inicialmente llamó la atención el Consejo de Estado sobre la improcedencia de transcribir literalmente preceptos comunitarios carentes de una traducción oficial, pues la claridad que pretendía conseguirse con dichas transcripciones literales, podía tener finalmente un efecto contrario al pretendido, al poderse producir una disociación final entre la traducción provisional (reflejada en la norma interna) y la traducción oficial posteriormente adoptada (entre otros, dictámenes del Consejo de Estado 48.969, 13 de marzo de 1986, y 49.001, de 20 de marzo de 1986).

Pronto se observó, sin embargo, que la existencia misma de la traducción oficial de las disposiciones comunitarias en modo alguno solventaba todos los problemas. Las dificultades se plantearon entonces fundamentalmente al incorporar directivas comunitarias mediante la técnica de la transcripción literal de su contenido sustancial. En estos casos, surgieron dos órdenes de problemas:

a) En primer lugar, no siempre la transcripción literal en una norma interna del contenido de una directiva (con traducción oficial) era suficientemente precisa.

Por ello, tratando de evitar la servidumbre que suponía dicha transcripción literal (con el consiguiente perjuicio para la debida claridad de la norma interna), el Consejo de Estado mantuvo en numerosos dictámenes que, a pesar de la dicción literal (según la traducción oficial

al castellano) de las directivas, en ocasiones es conveniente —e incluso necesario— dar una redacción más clarificadora a la norma interna a través de la que se pretende la incorporación de la norma comunitaria, siempre, obviamente, que la variación no afecte a la sustancia (dictámenes 426/91, de 11 de abril; 1.684/91, de 26 de diciembre; 380/92, de 26 de marzo, y 271/92, de 9 de abril).

Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá sobre la técnica de la transposición de directivas, debe destacarse ya desde este momento que la utilización habitual de la transcripción literal en una norma interna del contenido de la directiva tiene ventajas y desventajas. En cuanto a las ventajas, destaca la facilidad en su incorporación misma y, al menos en principio, el hecho de evitarse interpretaciones de la propia directiva por la norma interna.

Por contra, tiene la desventaja apuntada, consistente en que no siempre, desde el punto de vista del lenguaje jurídico interno, la transcripción literal constituye el instrumento más idóneo, y de ahí que en ocasiones se haya criticado —y no sin razón— el sistemático ataque de que viene siendo objeto el lenguaje como consecuencia de la servidumbre que supone la traducción (a veces simplemente literal) al castellano de textos que originariamente estaban redactados en un idioma distinto.

b) En segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, a veces la propia traducción literal de la directiva comunitaria puede dar lugar a situaciones de señalada incertidumbre, ya que pueden llegar a utilizarse categorías jurídicas inexistentes desde la óptica del ordenamiento jurídico interno.

En estos casos, surge un problema inicial al pretender incorporar en una norma interna el contenido de la directiva, toda vez que se presentará como poco idónea —al menos en la parte afectada por la falta de la correlativa categoría jurídica— la técnica de la transcripción literal, pues no sería razonable introducir en una norma interna una categoría jurídica inexistente en tal ordenamiento jurídico. Ello comportaría indudablemente un importante grado de incertidumbre. Dicha técnica —recordaba en este sentido el Consejo de Estado en su dictamen 1.517/91, de 28 de noviembre— «no debe llevarse al extremo de dar lugar, por ejemplo, a la utilización de categorías inexistentes desde el punto de vista del derecho interno, al uso de expresiones inadecuadas o, como es el caso, producir incertidumbre en cuanto a los efectos perseguidos».

III. REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y DERECHO INTERNO

Aunque los mayores problemas han surgido en relación con las directivas comunitarias (objeto del apartado IV siguiente), también en algunos dictámenes del Consejo de Estado se suscitaron diversos aspectos de interés en relación con la incidencia del reglamento comunitario en el ordenamiento jurídico interno y las relaciones entre tales reglamentos y las normas internas.

Evidentemente, no es lugar para exponer en profundidad las diferencias entre el reglamento y la directiva (aunque más adelante se hará una breve referencia a tal cuestión), sino que, partiendo del conocimiento de dichas diferencias, interesa ahora destacar exclusivamente algunos problemas concretos surgidos al pretender complementar, a través de una norma interna, el contenido de un reglamento comunitario.

En efecto, es conocido el principio establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el sentido de que la aplicabilidad directa del reglamento comunitario impide, al menos como principio general, que su contenido sea recogido en una norma interna. La razón estriba en que de alguna manera se estaría mediatizando la aplicabilidad directa de dicho reglamento comunitario al introducir su contenido en la norma interna, además de las disfunciones que se producirían en caso de modificación del propio reglamento comunitario. Por similares razones, también tiene establecido el citado Tribunal que la norma interna no puede ni debe interpretar el reglamento comunitario (así lo recordó el Consejo de Estado, por ejemplo, en su dictamen 48.969, de 13 de marzo de 1986).

Pero si estos principios están claros en su formulación, cuando se aborda la labor de redactar materialmente las normas internas surgen dudas fundamentalmente respecto a dos cuestiones diversas, aunque interrelacionadas: la viabilidad misma de adoptar normas internas que complementen el reglamento comunitario y la posibilidad de transcribir, en determinadas circunstancias, el contenido de concretos preceptos del reglamento comunitario en normas internas.

En cuanto a la primera cuestión, la aplicabilidad directa del reglamento comunitario no impide «per se» que puedan dictarse normas internas que complementen el contenido normativo de dicho reglamento comunitario. Es más, podría decirse que en muchas ocasiones tal com-

plemento se presentará como aconsejable o incluso necesario. Lo que ya no es admisible es que se utilice dicho instrumento (la norma interna que pretende servir de complemento) para interpretar o alterar el alcance del propio reglamento comunitario (entre otros, dictámenes del Consejo de Estado 48.969, de 13 de marzo de 1986; 49.001, de 20 de marzo de 1986; 49.048/49.928, de 10 de abril de 1986, y 53.200, de 30 de marzo de 1989).

En cuanto a la segunda cuestión, es cierto que en ocasiones, para lograr la coherencia misma de la norma interna, es preciso operar bien mediante remisiones a los preceptos del reglamento comunitario, bien a través de su transcripción en la propia norma interna. Estas son, por tanto, dos vías para llegar a la referida coherencia de la norma interna.

La primera de ellas (operar mediante remisiones a los preceptos del reglamento comunitario) es esencialmente congruente con la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, tendente precisamente a impedir que la transcripción literal, por una norma interna, de un reglamento comunitario produzca —como recordaba el Consejo de Estado en su dictamen 48.700, el 29 de enero de 1986— un doble e indeseable efecto:

— Por un lado, el posible equívoco en relación al momento en el que el reglamento comunitario entró en vigor, así como respecto al principio mismo de su aplicación directa.

— Y por otro, que la modificación del reglamento comunitario transcrito de lugar a una situación confusa, cuya superación pueda requerir una tarea laboriosa y constante de adaptación paralela de la norma interna que transcribe el reglamento comunitario, tarea innecesaria y repetitiva, por lo demás, puesto que se estarían reproduciendo unos textos normativos ya por sí obligatorios en cada Estado miembro.

Por ello, para evitar tales efectos, se presenta como más idónea, al menos como regla general, la técnica de operar mediante remisiones a los preceptos concretos del reglamento comunitario, circunscribiendo el contenido de la norma interna al desarrollo de la reglamentación comunitaria dentro del margen deferido por esta última a las opciones normativas internas.

No obstante, como reconoce el propio Consejo de Estado en su citado dictamen 48.700 (cuya doctrina es reiterada en los dictámenes 48.969, de 13 de marzo de 1986, y 49.01, de 20 de marzo de 1986),

aunque el sistema de citas o remisiones se ajuste a una adecuada técnica jurídica, en ocasiones es conveniente e incluso necesaria la transcripción, si quiera parcial, de algún precepto o preceptos contenidos en reglamentos comunitarios. En estos casos, y siguiendo la recomendación hecha por la Comisión de las Comunidades Europeas, deberá reconocerse expresamente en la norma interna la aplicabilidad directa del reglamento comunitario, con independencia de su integración (o mejor transcripción) parcial en la norma interna.

A este respecto, en los mencionados dictámenes del Consejo de Estado 48.969 y 49.001 se estimó suficiente advertencia en este sentido (con independencia de los problemas que entonces surgieron como consecuencia de la inexistencia aún de una traducción oficial) la referencia que pretendía introducirse en el preámbulo de la norma interna, acerca de dicha aplicación directa del reglamento comunitario. Concretamente, en el preámbulo de los proyectos de Real Decreto objeto de los citados dictámenes se afirmaba expresamente que, «para facilitar la comprensión del texto del presente Real Decreto, se reproducen parcialmente algunos preceptos de los reglamentos comunitarios, sin perjuicio de la aplicabilidad directa de los mismos en España».

Por último, aún existe un tercer problema que se ha suscitado con cierta frecuencia, consistente en la incertidumbre jurídica que en ocasiones puede producir la aplicabilidad directa del reglamento comunitario en relación con la subsistencia o no de normas (o preceptos) internos que resulten contrarios a las reglamentaciones comunitarias.

Esta cuestión fue frontalmente abordada por el Consejo de Estado en su referido dictamen 48.700, en el que se reconocía que la falta de derogaciones expresas comporta un cierto grado de incertidumbre en relación con las normas y preceptos internos que resulten contrarios a los reglamentos comunitarios y devengan, por tanto, inaplicables.

Esta incertidumbre se manifiesta con especial complejidad cuando una norma interna sólo es parcialmente afectada por el reglamento comunitario, de forma que una parte de aquélla llega a entenderse inaplicable, mientras que otras partes siguen plenamente vigentes. Son evidentes las dificultades con que puede encontrarse el operador jurídico para deslindar adecuadamente qué preceptos concretos de las normas internas (legales) han podido verse afectados (y en qué grado) por el reglamento comunitario.

Para evitar en cierta medida dicha situación, se impone la necesidad

de clarificar, dentro de lo posible, el derecho interno, para lo cual —siguiendo lo sentado por el Consejo de Estado en el referido dictamen 48.700— puede adoptarse alguna de las siguientes vías:

— Mencionar en el preámbulo de las normas dictadas en desarrollo de las comunitarias, aquellos preceptos que resultan inaplicables por contradecir el derecho comunitario.

Sin embargo, puede resultar insuficiente dicha mención, especialmente si se cuestiona la aplicabilidad o no de parte de una Ley formal, toda vez que la declaración hecha en el preámbulo de una norma reglamentaria interna no garantizaría en este caso la certeza jurídica; además de que el preámbulo carece de fuerza normativa, el reglamento interno no tiene por sí eficacia derogatoria de una Ley, como consecuencia del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución).

Por ello, la clarificación obtenida a través de esta vía —como reconoce el Consejo de Estado— sería mínima, en cuanto que el preámbulo expresaría un criterio interpretativo que, aun beneficiándose de eventuales presunciones de corrección y de legitimidad, no vedaría su impugnación ni conjuraría el riesgo de una posible contradicción por decisión jurisdiccional.

— Citar en el articulado del reglamento interno las normas legales devenidas inaplicables. En tal caso, se eliminaría el problema en el aspecto derivado del carácter no normativo del preámbulo, pero subsistiría en cuanto al valor meramente declarativo o interpretativo de dicha disposición reglamentaria respecto a las normas internas con fuerza de Ley (aunque tuviera evidentemente fuerza derogatoria propia y suficiente en relación con las normas de rango también reglamentario).

— Proceder a la derogación expresa de las normas internas contrarias al derecho comunitario, lo que evidentemente —como señala el citado dictamen 48.700— evitaría cualquier confusión, derogación que debería hacerse —en la prosecución de dicha claridad— mediante normas internas de rango no inferior al de las normas afectadas.

Evidentemente, y así lo recuerda el propio Consejo de Estado, tales reflexiones se formulan en el plano de la conveniencia y oportunidad normativas, precisamente para fortalecer el principio de seguridad jurídica, que materialmente requiere el mayor grado posible de claridad en el sistema de producción de normas.

IV. DIRECTIVAS COMUNITARIAS Y SU INCORPORACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

A) *Algunas reflexiones previas*

Es precisamente en este ámbito de la incorporación de las directivas comunitarias en el que se han planteado mayores problemas y suscitado perplejidades como consecuencia de esta peculiar fuente de producción normativa.

En efecto, transcurridos algunos años ya desde el ingreso de España en la CEE, durante los que se han promulgado numerosas normas adaptando el ordenamiento jurídico español al comunitario (mediante la incorporación de directivas), le queda a uno la duda razonable acerca de la bondad de dicho sistema y de su efectividad real. No en pocas ocasiones se tiene la sensación de que el sistema mismo de producción de directivas —con su correlativo reflejo en las imprescindibles normas internas de cada uno de los Estados miembros— constituye un derroche innecesario de energía.

Es cierto que en el plano teórico subsisten en la actualidad las diferencias sustanciales entre el reglamento y la directiva comunitaria. Su naturaleza jurídica es diversa, siendo su principal y sustancial diferencia el hecho de que el reglamento comunitario sea de aplicación directa, mientras que la directiva se construye como una especie de «norma de resultado» para los Estados miembros, que son sus destinatarios directos.

Sin perjuicio de ahondar en estos aspectos más adelante, destaca que, a pesar de dichas diferencias, en el plano práctico en multitud de ocasiones no se alcanza a comprender por qué una regulación material se exterioriza a través de una directiva y no de un reglamento comunitario.

En efecto, las diferencias originarias entre ambas categorías jurídicas van quedando progresivamente disminuidas, fundamentalmente por las siguientes razones:

— En primer término, por la conocida postura adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, favorable a reconocer, en determinadas circunstancias, un efecto directo o útil a las directivas comunitarias, permitiendo de esta manera a los ciudadanos

de los Estados miembros, a pesar de no ser los destinatarios directos de dichas directivas, que puedan oponer su contenido e incluso exigir responsabilidades como consecuencia de su no transposición.

No se trata, obviamente, de examinar en profundidad esta jurisprudencia, sino simplemente de recordar su existencia misma para apoyar lo inconsistente, al menos en ocasiones, de la apuntada distinción en el orden práctico entre el reglamento y la directiva. Sí se recuerda, no obstante, entre los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, su sentencia de fecha 19 de noviembre de 1991, en la que se abordó precisamente un supuesto de responsabilidad de un Estado miembro como consecuencia de la no transposición de una directiva (litigio suscitado entre Andrea Francovich y Danila Bonifaci contra la República italiana), sentencia en la que se reafirma con energía la posición favorable al referido efecto directo o útil de las directivas, y reconoce el derecho a la reparación con cargo al Estado miembro incumplidor siempre que concurren tres condiciones: que la directiva comporte la atribución de derechos a favor de los particulares; que el contenido de dichos derechos puedan ser identificados sobre la base de las disposiciones de la directiva; y, por último, que exista un nexo de causalidad entre la violación de la obligación que incumbe al Estado miembro y el daño sufrido por los particulares.

En definitiva, como se dice, el reconocimiento del efecto directo —mediando determinadas circunstancias— de las directivas comunitarias, desdibuja sensiblemente la distinción originaria y en el plano teórico entre el reglamento y la directiva.

— En segundo término, se viene produciendo una constatada evolución hacia la producción de directivas «acabadas», en el sentido de que en multitud de ocasiones no precisan de una norma interna (más que para su transposición misma) en la que se opte dentro de los márgenes permitidos por la propia directiva.

En otras palabras, gran cantidad de directivas, una vez adoptadas, requieren exclusivamente para su plena efectividad ser incorporadas —que suele hacerse, se insiste, mediante la transcripción literal o casi literal de la propia directiva— en el derecho interno, sin que la norma que cada Estado miembro dicte a tal fin añada nada sustancial al contenido propio de directiva, precisamente por la razón apuntada, consistente en que dicha directiva no permite márgenes de opción normativa a los Estados miembros.

En estos casos —que no son pocos— podríamos hacernos la pregunta, como se dijo, de cuál es la razón última de que la regulación material contenida en dicha directiva no lo haya sido realmente en un reglamento comunitario, evitando así la puesta en funcionamiento de la maquinaria de producción de normas internas de cada Estado miembro. Las diferencias entre el reglamento y la directiva, al menos desde el punto de vista de su regulación material, es, por tanto, inexistente en muchos casos.

Podrían aducirse quizá dos razones en favor precisamente de la utilización mayoritaria de la figura jurídica de la directiva. A saber:

a) Que, aunque es cierto que se observa una progresión en el carácter «acabado» de las directivas, ello no obsta para que en muchas ocasiones dichas directivas permitan márgenes de opción normativa a cada Estado miembro.

Sin embargo, a mi juicio, éste no es un argumento sólido en sí mismo, toda vez que, aparte de que en tales casos debería congruentemente utilizarse la figura jurídica de la directiva exclusivamente cuando se permitan dichos márgenes a los Estados miembros, nada impide que un reglamento comunitario también contenga tales márgenes, sin que por ello se produzca desnaturalización alguna de la categoría jurídica.

b) Que podría pensarse que con las directivas se produce para los ciudadanos de los Estados miembros una sensación de menor incidencia de las Instancias Comunitarias que en el caso de los reglamentos comunitarios, dada la aplicabilidad directa de estos últimos (cuyos destinatarios son los propios ciudadanos).

Tampoco parece ser éste un argumento relevante, puesto que la incidencia en ambos casos (reglamento y directiva) es, de hecho, prácticamente la misma, y con un mayor coste, además, en el caso de las directivas. La mecánica repetitiva de transponer directivas mediante su transcripción en una norma interna, pone de manifiesto la necesidad, a mi juicio, de revisar el sistema, cuanto menos en el momento de elegir la categoría jurídica (reglamento o directiva) a utilizar.

Es de esperar que este sistema vigente, que ha tenido (y aún tiene en parte) su utilidad, se vea sensiblemente revisado para evitar las perplejidades y disfunciones que produce en su aplicación práctica, aunque ciertamente, en sus líneas fundamentales, se mantiene similar en el artículo 189 del Tratado CEE, según la redacción prevista por el Tratado de Maastricht.

B) *Técnica utilizada para la incorporación de directivas.
El problema de la publicidad*

Hechas las anteriores reflexiones, resulta que la técnica utilizada habitualmente para la incorporación de directivas no es, como se ha dicho, sino la transcripción literal o casi literal de su contenido en una norma interna. De ahí que en ocasiones irónicamente se haya sostenido que, más que hablar de transposición, habría que hablar sin más de transcripción de directivas. Precisamente la utilización generalizada de esta técnica coadyuva en favor de la —en multitud de ocasiones— inutilidad del sistema de producción de directivas.

Lo cierto es que tal técnica de transcribir literal o casi literalmente las directivas, no ha sido en sí misma objeto por parte del Consejo de Estado de un rechazo, sino que, sin apoyar tampoco explícitamente la idoneidad de dicha forma de actuar, se ha aceptado y no ha sido, como digo, objeto de observación general y directa alguna. Quizá haya influido en ello el esquema hasta ahora trazado, en el que, si quisiera excluirse el método de transcribir el contenido de las directivas en la norma interna como consecuencia de su simplicidad misma, se podrían llegar a suscitar problemas de mayor magnitud, especialmente sobre la interpretación y el alcance mismo de tales directivas.

Un problema de especial interés se ha suscitado en relación con la publicidad de la directivas comunitarias, en particular respecto a las reglamentaciones técnico-sanitarias que pretendían incorporar al ordenamiento jurídico interno el contenido de directivas comunitarias reguladoras de dicho ámbito material.

En efecto, la propia utilización de la transcripción literal de las directivas en normas internas ha suscitado la posibilidad de que, al menos parcialmente, la norma interna dirigida a tal fin, más que incorporar (en su literalidad o casi en su literalidad) el contenido completo de la directiva, se limite total o parcialmente a remitirse simplemente a dicha directiva.

Esta posibilidad —así hay que decirlo— se ha suscitado en relación fundamentalmente con el contenido de determinados anexos esencialmente técnicos de las directivas, que debían tener su reflejo literal en los correlativos anexos de la norma interna dirigida a transponer la directiva. Pero, aunque el problema se haya planteado en el referido

ámbito de los anexos técnicos, nada impide que pudiera extenderse tal posibilidad al resto del contenido de la directiva, pudiendo llegarse —en el caso extremo— a aprobar simplemente una norma interna en la que se declarase incorporado al derecho interno el contenido de una directiva (o varias), sin incorporar materialmente dicho contenido —ni parcialmente— a la referida norma interna.

Pues bien, esta cuestión tiene una íntima conexión con la exigencia de la publicidad de las normas, y en su adecuada solución incide de manera transcendental la propia naturaleza jurídica de la directiva, en cuanto es configurada como una norma de resultado cuyo destinatario es el Estado (y no los ciudadanos de los Estados miembros).

Efectivamente, como tuvo ocasión de exponer el Consejo de Estado en su dictamen 535/92, de 25 de junio, la publicidad de la norma se erige en un requisito imprescindible de eficacia. Así lo sostienen los artículos 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 2.1 del Código Civil, requisito que se encuentra expresamente consagrado en el propio artículo 9.3 de la Constitución, en íntima conexión con el principio de seguridad jurídica establecido también en dicho precepto constitucional.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su sentencia 179/1989, en la que afirmó, entre otras cosas, que la garantía del principio de publicidad previsto en el artículo 9.3 de la Constitución es una consecuencia de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3 de la Constitución, pues sólo podrán asegurarse las situaciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido. Concluye dicha sentencia señalando que «...resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento...».

Precisamente dicha exigencia de la publicidad es la que permite con rigor la aplicación del principio consistente en que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (art. 6.1 del Código Civil),

especialmente en un sistema jurídico —como recuerda el referido dictamen del Consejo de Estado— en el que el «error de derecho» tiene una aplicación práctica sensiblemente limitada. Como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 1990, «...la eficacia y vigencia de las disposiciones de carácter general no depende de que los interesados tengan o no personal conocimiento de ellas, ni de que las mismas le sean notificadas, sino de su publicidad en el *Boletín Oficial del Estado*...».

Cabría extraer de ello las dos conclusiones siguientes:

— Que no es viable jurídicamente sustituir la publicidad de las normas en los diarios oficiales por otras técnicas alternativas de mayor o menor difusión, como podría ser la publicación en simples periódicos o, como precisamente se planteó en el asunto resuelto por el dictamen citado 585/92, a través de facilitar copias —a quien mostrara interés— de la parte del contenido de la directiva no incorporada materialmente a la norma interna. Ello comportaría —aún en aras de una supuesta eficacia— la vulneración de un principio (reflejado explícitamente en el derecho positivo) firmemente asentado en el ordenamiento jurídico, así como una evidente vulneración, al menos in abstracto, del principio de seguridad jurídica.

Esta conclusión es aplicable incluso si se pretendiera la exclusión, no ya total, sino simplemente parcial de la publicación de la norma, toda vez que este requisito afecta —como se señala explícitamente en el art. 2.1 del Código Civil— a la norma «completa». No cabe, por ello, la publicación parcial de una norma, con sustitución en la parte no publicada de tal requisito por otras técnicas alternativas como las señaladas o similares.

— Que la solución puede diferir en cierta medida cuando lo que se pretende, no es tanto excluir la publicación de la norma en el diario oficial correspondiente, como evitar dicha publicación completa en tal diario mediante una remisión (de la parte no publicada) a otro diario oficial. En principio, no existiría inconveniente jurídico en que se utilizara dicha técnica, siempre que la norma remitida estuviera debidamente publicada en el correspondiente diario oficial y, por tanto, los ciudadanos tuvieran la posibilidad (y la carga) de conocerla.

Si esto es así en principio, existen determinadas matizaciones cuando se trata de las directivas comunitarias, matizaciones que dan lugar pre-

cisamente a una solución negativa a la utilización de dicha técnica de remisión, al menos como regla general.

Como se ha dicho, se trata en realidad de que una norma interna que incorpora al derecho español el contenido de una directiva pueda operar, total o parcialmente, mediante una simple remisión a dicha directiva (publicada en el diario oficial de las Comunidades Europeas), sin transcribir su contenido en la norma interna.

En este sentido, habría que diferenciar lo que es la regla de la excepción. Empezando por esta última, la práctica demuestra que no puede excluirse necesariamente en todos los casos la posibilidad de que la norma interna remita al contenido de las directivas comunitarias, como reconoce expresamente el Consejo de Estado en su dictamen 535/92 (y ya con anterioridad en el dictamen 1.517/91), pues ello es a veces necesario y conveniente. No obstante, tal posibilidad debe ser la excepción, y como se mantuvo en el citado dictamen 535/92, deberá «afectar a puntos perfectamente delimitados y ser utilizada exclusivamente cuando sea imprescindible».

La regla general será, por tanto, la incorporación material del contenido de la directiva en la norma interna (aunque, lógicamente, no deba hacerse necesariamente a través de una transcripción literal de dicho contenido), conclusión a la que se llega si se tiene en cuenta, como se adelantó, el propio sistema de producción de normas en el ámbito comunitario.

Como ya se ha señalado (y recuerda el Consejo de Estado en su citado dictamen 575/92), a pesar de las diferencias entre el reglamento y la directiva, éstas han sido atemperadas merced a decisiones jurisdiccionales que han reconocido, en determinadas ocasiones y circunstancias y con notorio sentido cautelar y de salvaguardia, la eficacia directa y exigible de las directivas. A pesar de ello, es cierto que las diferencias sustanciales en su configuración misma subsisten, toda vez que —y esto es fundamental— los Estados miembros siguen siendo los destinatarios directos de las directivas (y no los ciudadanos, sin perjuicio del referido efecto útil), que podrán operar dentro de las distintas opciones (si es que éstas existen) que permita cada directiva. Así se establece en el artículo 189 el Tratado de la CEE.

Pues bien, por lo que se refiere a la publicidad de las directivas, cabe distinguir un doble plano: el teórico o formal y el práctico. Desde el primero (teórico o formal) las directivas se notifican (no se publican),

conclusión que tiene su apoyo en el propio artículo 191 del Tratado de la CEE, en cuanto afirma que «los reglamentos se publicarán en el diario oficial de la Comunidad. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación. Las directivas y decisiones se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto a partir de tal notificación» (la nueva redacción dada a este precepto por el Tratado de Maastricht es sustancialmente diversa en este aspecto, al recoger explícitamente que las directivas adoptadas con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B, así como aquellas que dicte la Comisión o el Consejo y tengan como destinatarios a todos los Estados miembros, se publicarán en el Diario Oficial de la Comunidad).

Sin embargo, como recuerda Alonso García (Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo), existe una costumbre inveterada de publicación —además de la obligada notificación a los Estados miembros— de las directivas en el diario oficial de la Comunidad. No obstante, esta práctica no varía la naturaleza jurídica propia de la directiva y, por ello, su incardinación en las relaciones entre el ordenamiento jurídico interno y el comunitario. De hay que, como ha señalado el Consejo de Estado en su citado dictamen 535/92, la circunstancia de que el destinatario formal de la directiva sea el Estado, comporta su necesaria transposición en el derecho interno de cada Estado miembro, puesto que, en otro caso, carecería de eficacia frente a los ciudadanos (a pesar de dicha práctica de publicarlas).

Es necesaria, por tanto, la expresa adaptación del derecho interno al contenido (completo) de las directivas comunitarias. Y no es viable operar, al menos como regla general, mediante la simple remisión de las normas internas al contenido de las directivas, fundamentalmente por las dos razones siguientes:

— En primer lugar, porque a pesar de la referida práctica de publicar las directivas, éstas tienen un alcance muy definido, con destinatarios perfectamente delimitados y que operan en un plano diverso —desde el punto de vista mismo de su configuración— del propio de las normas internas.

En otras palabras, no se trata simplemente de la remisión de una norma jurídica (la norma interna) a otra (la directiva comunitaria) de similar naturaleza y alcance, sino que sus apuntadas diferencias imponen que la regla general (con las excepciones señaladas sobre puntos con-

cretos y en supuestos imprescindibles) debe ser la de que la norma interna sea completa, recogiendo el contenido (no simplemente mediante remisión) de la directiva misma.

— En segundo lugar, la conclusión a la que se llega es, por lo demás, congruente con el principio de seguridad jurídica mismo (art. 9.3 de la Constitución), además de que la incorporación en la norma interna del contenido completo de directiva facilitará la labor del operador jurídico.

En efecto, precisamente en alguna ocasión se ha argumentado en favor de la utilización generalizada de la simple remisión al contenido de directivas, la circunstancia de que, caso de no hacerse así, podrían darse discrepancias entre la traducción oficial incorporada a la norma interna y la dicción original de la directiva.

Este argumento, sin embargo, no es aceptable, toda vez que las eventuales discrepancias entre las distintas versiones —que se solventarán a través de las técnicas previstas al efecto— no son sólo posibles respecto a las directivas, sino que también podrían darse, por ejemplo, en relación con los reglamentos mismos, que, como se sabe, son de aplicación directa e inmediata a los ciudadanos. Por lo demás, las dificultades que puedan derivar fundamentalmente de la traducción oficial de las directivas es una consecuencia que podría decirse natural resultante de una organización supranacional, que integra distintos Estados con lenguas diversas.

En síntesis, sin negar la viabilidad de operar, con un marcado carácter excepcional, mediante la remisión al contenido de las directivas (en aspectos determinados y siempre que sea imprescindible), la regla general debe ser justamente la contraria, debiendo incorporarse en la norma interna el contenido (completo) de dicha directiva, para finalmente convertir a los ciudadanos —a través de la norma interna— en destinatarios de la regulación material de que se trate.

C) *Incidencia de las directivas sobre el orden interno de competencias*

Constituye éste un aspecto intensamente debatido por la doctrina científica, y sobre el que el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas ocasiones.

Fundamentalmente ha sido en su dictamen 53.962, de 11 de enero de 1990, en el que directamente afrontó esta cuestión, concretamente al dictaminar una modificación parcial del Real Decreto 2.330/1985, del 6 de noviembre, sobre normas de seguridad de los juguetes, útiles de uso infantil y artículos de broma.

Recordó entonces el Consejo de Estado uno de los principios fundamentales para el adecuado entendimiento de la interconexión entre el derecho comunitario y el interno, como es la primacía de aquél sobre éste, consecuencia natural de la propia concepción y finalidad de la CEE, consistente precisamente en la absorción progresiva de determinadas competencias originariamente vinculadas a la soberanía de cada uno de los Estados miembros.

Tras señalar en el citado dictamen que el derecho derivado no tiene un efecto uniforme en los Estados miembros (resaltando así las diferencias del reglamento y la directiva comunitaria), afirmó el Consejo de Estado que las directivas «per se» no comportan una alteración del régimen de distribución de competencias interno entre los órganos y entidades de cada Estado miembro. Podría decirse —prosigue el Consejo de Estado— que desde la perspectiva comunitaria poco importa el órgano o la entidad (así como el rango formal de la norma) que proceda materialmente a la incorporación en el derecho interno del contenido de la directiva, pues, ante la existencia de algunos actos comunitarios —como son las directivas— que requieren un complemento normativo estatal, es el derecho interno de cada Estado, dentro de los límites del derecho comunitario, el que ha de determinar el órgano y el procedimiento preciso para llevar a cabo la aplicación normativa del citado ordenamiento (doctrina establecida ya con anterioridad en el dictamen 48.377, de 5 de noviembre de 1985 y reiterada en los dictámenes 53.597, de 2 de noviembre de 1989; 53.611, de 16 de noviembre de 1989; 55.909, de 28 de febrero de 1991, y 354/91, de 21 de marzo). Así lo sostuvo, por lo demás, el Tribunal Constitucional en su sentencia 252/1988, doctrina seguida posteriormente en sus sentencias 64/1991, 76/1991, 115/1991, 236/1991 y 117/1992.

La postura del Consejo de Estado —correcta a mi juicio— es por tanto la siguiente: la circunstancia de que una materia concreta se encuentre regulada por una directiva comunitaria no altera la competencia atribuida sobre la misma por la Constitución y por los Estatutos de

Autonomía al Estado o a las Comunidades Autónomas. Cabría decir que operan en planos distintos.

El hecho de que el Estado sea responsable frente a las instancias comunitarias del posible incumplimiento del derecho comunitario por parte de las Comunidades Autónomas, no comporta que por causa de dicha responsabilidad se produzca automáticamente un trasvase a favor del Estado de la titularidad de las competencias otorgadas a las Comunidades Autónomas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, en relación con aquellas materias que exijan en su regulación la incorporación del contenido de directivas comunitarias.

Afirmó en este sentido el citado dictamen del Consejo de Estado 53.962 que no coincide necesariamente el sujeto competente para la transposición de las directivas (que pueden ser la Comunidades Autónomas) y el sujeto responsable de su incumplimiento (que lo es siempre, al menos a efectos comunitarios, el Estado-aparato).

Los problemas internos que puedan suscitarse como consecuencia del incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas de sus obligaciones, deberán solventarse a través de los medios que el propio ordenamiento jurídico interno establece al efecto, pero sin que ello —se insiste— comporte una alteración en la distribución interna de competencias. Es más, el propio Consejo de Estado recuerda que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha llegado a condenar a Estados miembros por el incumplimiento de entidades territoriales internas, sin que haya impedido tal condena la alegación de que el cumplimiento concreto de la norma comunitaria en cuestión no era competencia del Estado mismo, sino de una región determinada. Así se pronunció el citado Tribunal, por ejemplo, en sus sentencias del 11 de julio de 1984 (Comisión contra Italia) y 2 de febrero de 1982 (Comisión contra Bélgica).

D) *Las competencias compartidas Estado-Comunidades Autónomas y la incorporación de las directivas*

Si el principio expuesto ha quedado claro, en el sentido de que la regulación contenida en una directiva no altera la distribución interna de competencias, cabría preguntarse, sin embargo, si la regulación contenida en la directiva influye de alguna manera en relación con dicha

distribución (sin alterarla), especialmente en supuestos de materias compartidas Estado-Comunidades Autónomas.

Cabría concluir que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencia para la incorporación de directivas, según el orden interno de distribución de competencias. No obstante, el Estado siempre podrá regular materias incluso atribuidas a las Comunidades Autónomas (y, por ello, también para la incorporación de las directivas), si bien en estos casos tales normas estatales se insertarán en el ordenamiento jurídico con un carácter supletorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución.

En efecto, la práctica demuestra que en muchas ocasiones todo este esquema relativo a la competencia Estado-Comunidades Autónomas para la transposición de directivas, se convierte en realidad en un problema sustancialmente formal, ya que, desde el punto de vista de la regulación material, sea quien fuere el sujeto u órgano autor de la transposición —y teniendo en cuenta el carácter acabado de muchas directivas, que no dejan opciones normativas— el resultado será el mismo.

Especialmente cuando no existen dichas opciones normativas, la regulación material contenida en una directiva deberá incorporarse al ordenamiento jurídico interno para que despliegue plenos efectos, convirtiéndose en un problema marcadamente formal el de saber si esa transposición —constatada ya la necesaria incorporación de la concreta regulación material contenida en la directiva— se efectúa a través del *Boletín Oficial del Estado* (mediante una norma estatal) o en cada uno de los diarios oficiales de las Comunidades Autónomas, a través de otras tantas normas autonómicas (en este sentido, dictámenes del Consejo de Estado 995/91, de 11 de julio y 1.140/91, de 12 de septiembre).

No quiero con ello infravalorar el problema y, en definitiva, lo que podría suponer una dejación de las competencias por parte de las Comunidades Autónomas. Sí quiero resaltar, en cambio, que la transposición de directivas (que no permitan margen de maniobra) por normas estatales no suele suscitar oposición por parte de las Comunidades Autónomas (a las que con cierta habitualidad se les otorga audiencia en fase de elaboración de las normas estatales), aun cuando pudiera ser discutible, especialmente cuando se trata de materias compartidas, hasta donde llega la competencia del Estado y hasta donde las de las Comunidades Autónomas.

Y no suele existir oposición precisamente porque, ya se entienda

que la norma estatal pretende transponer la directiva con carácter supletorio o directo, lo cierto es que, excluidas las opciones normativas por la propia directiva, de lo que se trata es ya simplemente de incorporar (podría decirse que mecánicamente) la regulación material al ordenamiento jurídico interno. Y ciertamente comportaría un innecesario derroche de energías que una norma estatal transcribiese en su literalidad o casi en su literalidad una directiva comunitaria y que, a su vez, las Comunidades Autónomas transcribieran igualmente el contenido de dicha directiva en normas propias, por entender que la regulación material afectaba a competencias que, según el orden interno de distribución, a ellas correspondía.

El Consejo de Estado, en su dictamen 995/91, de 11 de julio, sostiene, efectivamente, que el Estado siempre tiene competencia para regular cualquier materia (aunque esté atribuida a las Comunidades Autónomas). Precisamente cuando el artículo 149.3 de la Constitución afirma que el derecho estatal será supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas, se entiende, lógicamente, en aquellas materias que sean competencia de las propias Comunidades Autónomas, pues en otro caso su aplicación sería directa.

Las mayores dificultades han surgido, como se ha dicho, en la transposición de directivas sobre materias que, en el ordenamiento jurídico interno, se encuentran compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reconociéndose a aquél la legislación básica o la competencia para dictar las bases, y a las Comunidades Autónomas la competencia para desarrollar dichas bases. Así ha acaecido con numerosas disposiciones relativas a aspectos sanitarios, y más concretamente, a las reglamentaciones técnico-sanitarias y demás materias contenidas en el artículo 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Dicho precepto legal, calificado expresamente como de carácter básico al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.16 de la Constitución, ha constituido y constituye uno de los títulos que, en este ámbito, se utiliza con mayor frecuencia para justificar la competencia del Estado en la regulación (y transposición) de directivas que afectan a dicho ámbito material.

El Consejo de Estado ha abordado en este sentido diversas cuestiones: la delimitación de la norma idónea para definir y, en su caso, complementar el ámbito de lo básico, el titular de la potestad para dictar tales normas y, en fin, la interconexión entre el contenido de lo

básico desde un punto de vista interno y la regulación material de la directiva, son distintos aspectos que han merecido una particular atención, y que a continuación son abordadas de manera separada.

1. *Lo básico: norma idónea para su definición*

Es conocida la evolución seguida por el Tribunal Constitucional desde el concepto material de bases al formal. Así lo recordó el Consejo de Estado en su Memoria correspondiente al año 1988 (y, entre otros, en su dictamen 56.962, de 11 de enero de 1990), al resaltar que se observa un desplazamiento del acento desde lo material a lo formal, lo cual no implica una sustitución sino, con más propiedad, la normal consecuencia del cambio de situación y el diverso peso de las razones en que se fundan las declaraciones del Tribunal Constitucional.

Tal evolución —calificada como lógica— es el resultado del cambio operado desde la promulgación de la Constitución y responde, por tanto, a cada momento histórico. Recuerda en este sentido el Consejo de Estado, en el dictamen 53.962, que, efectivamente, tras la promulgación de la Constitución, hubiera sido ilusorio exigir que las bases vinieran establecidas en Leyes, habida cuenta que se operaba sustancialmente con normas preconstitucionales. Transcurrido un tiempo razonable desde la promulgación de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional viene acentuando con mayor rigor el aspecto formal de las «bases», dejando progresivamente a un lado el principio tan eficaz como necesario originariamente consistente en inferir las bases de las normas (preconstitucionales) independientemente de su rango formal.

La importancia de este aspecto formal, resaltado, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1989, significa que la norma idónea para establecer las bases es la Ley. Sin embargo, ello no obsta para que, como reconoce la propia Sentencia citada 13/1989, puedan desarrollarse dichas bases, como complemento necesario, mediante una norma emanada del Gobierno de la Nación (aspecto sobre el que más adelante se insistirá), cuando pretende garantizarse el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases.

Con una distinción sutil entre lo que debe entenderse por definición de lo básico y regulación de lo básico, el Consejo de Estado, en su dictamen 53.962, llega fundamentalmente a las siguientes conclusiones:

— Es a la Ley a la que corresponde definir lo básico, entendiendo por tal acotar su ámbito.

— La norma reglamentaria, que puede incidir en dicho ámbito de lo básico, no puede redefinir los límites de lo básico marcados por la Ley, es decir, el Ejecutivo no puede, incluso apelando a la naturaleza de las cosas —justificación frecuentemente utilizada—, inferir de esa naturaleza un alcance distinto del que fijó el Poder Legislativo. No podrá el Ejecutivo, por tanto, ampliar los límites de lo básico marcados por el Legislador.

— Ello no significa que el reglamento, como se dice, tenga vedado entrar en la regulación material de aspectos previamente definidos como básicos, si bien ciertamente la doctrina del Tribunal Constitucional es de alguna manera rígida al permitir la entrada al reglamento en este ámbito sólo singularmente y cuando sea complemento necesario de la definición establecida por Ley. No obstante, recuerda el Consejo de Estado que, aunque el Tribunal destaca su singularidad, no existen razones para alterar la doctrina general en cuanto a las relaciones Ley-reglamento, de tal forma que la Ley, también en materias calificadas como básicas, puede llamar normalmente a la colaboración del reglamento, siempre que ello no suponga una abdicación de sus competencias legislativas.

Es más, la circunstancia de que la Ley defina lo básico no comporta que dicha Ley necesariamente contenga la regulación material (menos aún completa). La Ley, efectivamente, deberá contener dicha regulación cuando por exigencia de la reserva de Ley así tenga que ser o cuando razonablemente le corresponda por tratarse de aspectos que, necesitados de una cierta estabilidad, reclame la estabilidad que es propia de la Ley; pero podría resultar desproporcionado, y desde luego no requerido ni por el sistema competencial ni por la relación Ley-reglamento, que, por ejemplo, prescripciones aseguradoras de un régimen uniforme y básico, como son las que establecen requisitos técnicos, tuvieran que llevarse al debate parlamentario, así como sus sucesivas y cambiantes determinaciones.

Concluye por ello el Consejo de Estado que sin duda en punto a la regulación se habrá de ser más flexible, pues se trata de ejecutar lo definido y decidido por el Legislador. Es en esa situación cuando un reglamento, en ejecución de una Ley, contiene la regulación estricta de aquello que la Ley ha definido como básico y prescribe que su con-

tenido normativo tiene carácter básico, no está en rigor, ni redefiniendo, ni otorgando siquiera fuerza básica a sus prescripciones, sino estableciendo simplemente que, en cuanto es ejecución de la Ley y da cumplimiento a su remisión (precisamente en la medida en que le dé estricto cumplimiento), goza de la naturaleza básica que la Ley anticipadamente le atribuye.

No se oculta que esta sutil posición del Consejo de Estado acerca de la incardinación Ley-reglamento en el ámbito de lo básico, constituyó una solución —jurídicamente aceptable— a los problemas que venían suscitándose precisamente como consecuencia de la en ocasiones abstracta calificación como básico efectuada por el Legislador de determinados ámbitos materiales, calificaciones acompañadas de la expresa autorización al Gobierno para desarrollar dichos ámbitos materiales. De no llegarse a la solución propuesta por el Consejo de Estado y, en definitiva, de no admitirse una cierta flexibilidad en la incidencia del reglamento en el ámbito material previamente definido como básico por el Legislador, se llegaría a la solución tan absurda como no querida de que en numerosas materias (véase, por ejemplo, el art. 40 de la citada Ley 14/1986 de Sanidad) lo básico quedaría en una simple declaración abstracta sin proyección material alguna, lo que, en definitiva, supondría un vaciamiento de competencias del propio Estado.

2. *Potestad reglamentaria y transposición de directivas*

Admitido, por tanto, que la norma reglamentaria estatal pueda entrar, como complemento necesario (y con la amplitud señalada), a regular materias previamente definidas por la Ley como básicas (y que pueda irradiar dicha calificación al contenido material del propio reglamento), se plantea la cuestión relativa a saber qué órgano tiene competencia —y qué rango formal, dentro de los «reglamentos», tiene que tener la norma— para aprobar normas reglamentarias —definidas o no como básicas (pues ello estará en función, como se ha dicho, del orden interno de distribución de competencias)— en caso de transposición de directivas comunitarias.

Ello nos lleva, en definitiva, a examinar el alcance de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico, pues precisamente se suscitó ante el Consejo de Estado —y fue resuelto por el ya citado

dictamen 535/92— la posibilidad de que los Ministros aprobaran mediante Orden Ministerial las normas internas precisas para adaptar el derecho interno a las directivas comunitarias, incluso incorporando en las propias Ordenes Ministeriales la calificación como normas básicas.

Pues bien, la solución a la viabilidad o no de que la potestad reglamentaria de lo Ministros pueda incidir, con el alcance señalado, en la transposición de directivas, exigía previamente, como así lo señaló el Consejo de Estado en el referido dictamen 535/92, exponer, aun de manera somera, el alcance de la potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico.

Afirmó entonces el Consejo de Estado, recordando su anterior dictamen 55.737, de 30 de mayo de 1991, que efectivamente constituía una cuestión intensamente debatida en la doctrina científica lo relativo al alcance de la potestad reglamentaria (órgano competente, plazo para su ejercicio, ámbito material propio, etc.) potestad que, en cualquier caso, debe examinarse necesariamente a la luz del artículo 97 de la Norma Fundamental, en cuanto residencia en el Gobierno la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, que deberá ejercitarla de acuerdo con la Constitución y las Leyes.

Sin entrar en profundidad en este aspecto, el Gobierno, en cuanto tal órgano, es titular «originario» de la potestad reglamentaria, lo que no obsta para que otros órganos diversos puedan dictar normas reglamentarias siempre que tengan una habilitación legal o incluso reglamentaria específica suficiente (entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1988 y del Tribunal Supremo de junio de 1982 (Ar. 3635) y 8 de junio de 1990 (Ar. 4917), así como la Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1989).

Dos conclusiones de interés cabría extraer:

— En primer lugar, que el Gobierno goza de la potestad reglamentaria originaria, lo que significa —frente a lo sostenido en contra en ocasiones— que puede dictar normas reglamentarias sin necesidad de la existencia de una previa habilitación legal, siempre, por supuesto, sobre materias no reservadas formal o materialmente a la Ley.

— En segundo lugar, frente a lo que acontece con el Gobierno, los Ministros gozan también de potestad reglamentaria, que no cabrá calificar ya como «originaria». Con ello quiere decirse que los órganos distintos del Gobierno (entre ellos los Ministros) puede dictar válidamente normas reglamentarias, si bien para ello se exige una previa ha-

bilitación legal o reglamentaria. Nada impide que un Real Decreto habilite expresamente a un Ministro a dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo (lo cual es habitual).

Cabría diferenciar (dictamen del Consejo de Estado 535/92) dos planos diversos en lo que a la potestad reglamentaria de los Ministros se refiere:

a) Por un lado, en el ámbito de la supremacía general, los Ministros carecen de potestad para dictar reglamentos que afecten a los ciudadanos en cuanto tales, salvo que existiera la previa habilitación legal o reglamentaria, y dentro de los límites previstos en dicha habilitación. Por tanto, su potestad reglamentaria en este ámbito será «derivada» y no «originaria».

b) Por otro lado, los Ministros gozan, en cambio, de una potestad reglamentaria que incluso podría calificarse de alguna manera como «originaria» para regular el denominado «ámbito doméstico», en los términos previstos en el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, entendiéndose por tal ámbito doméstico —así lo establece el citado dictamen 535/92— «las cuestiones de carácter organizativo» y las relativas a «relaciones especiales de sujeción como son las funcionariales y en general las de todo el personal al servicio de la Administración Pública» (entre otras muchas, recordaba el citado dictamen las Sentencias del Tribunal supremo de 19 de diciembre de 1986, Ar. 8117; 12 de abril de 1989, Ar. 2839, y 8 de junio de 1990, Ar. 4917).

Lo que no cabe es, sin embargo, concebir, como a veces se pretende, la relación de supremacía especial con tal amplitud que de hecho se convierta en la regla general. Únicamente cuando el individuo se encuentre en una relación (estable y de cierta continuidad) más intensa con la Administración que la que deriva de una simple condición de ciudadano, podrá hablarse de sujeción especial.

Precisamente esta afirmación tiene su importancia porque de hecho se ha planteado la duda acerca de si en relación con las reglamentaciones técnico-sanitarias, al tener unos destinatarios en ocasiones perfectamente delimitados, podría hablarse por tal circunstancia de relaciones de supremacía especial con respecto a ellos y, por ende, admitir la viabilidad jurídica de que los Ministros puedan, sin necesidad de una previa habilitación legal o reglamentaria, aprobar dichas reglamentaciones técnico-sanitarias.

Saliendo al paso de tal interpretación, el Consejo de Estado, en sus tantas veces citado dictamen 535/92, sostuvo que, efectivamente, las reglamentaciones técnico-sanitarias pueden afectar por su contenido a sectores perfectamente delimitados, sin que por ello pueda hablarse de relaciones de supremacía especial, sino que tal situación será el efecto normal de la aplicación real de una norma, que reúne, entre otros, el requisito de la generalidad, requisito que existe aunque —se insiste— la incidencia de la norma puede ser sensiblemente distinta para los ciudadanos (que son sus destinatarios).

Por lo demás, tampoco cabe afirmar que existe una relación de supremacía especial necesariamente cuando para desarrollar una determinada actividad se exige previa autorización administrativa, pues si así se admitiera se desbordaría el sentido original y propio que quiso darse a tal interpretación.

Así, el Consejo de Estado recuerda que es difícil en un razonamiento abstracto llegar a conclusiones definitivas acerca del alcance de la supremacía especial, habida cuenta que, por ejemplo, en lo que se refiere al régimen de autorizaciones, éste varía sustancialmente según el ámbito en el que se aplique. Pues no cabe concebir la autorización y la concesión como categorías jurídicas estancas, sino que sus límites son cuanto menos discutibles, puesto que la realidad demuestra que en determinadas ocasiones un autorizado puede encontrarse sensiblemente controlado por la Administración, con la que pueden entablarse unas relaciones más intensas. Ni todas las autorizaciones son similares, ni producen los mismos efectos ni, en definitiva, permiten afirmar que las relaciones entabladas entre la Administración y el autorizado son similares.

En cualquier caso, sí que se llega a una afirmación a mi juicio enteramente correcta, como es la de que por la simple mediación de una autorización administrativa no cabe concebir la relación establecida como de supremacía especial, con las transcendentales consecuencias que ello comporta.

La circunstancia de que la reglamentación técnico-sanitaria (norma interna), tenga como finalidad la transposición de una directiva, aunque sea simplemente mediante la transcripción literal o casi literal del contenido de ésta, no comporta una alteración del esquema trazado, de tal forma que, el inicialmente competente, con el alcance expuesto, será precisamente el Gobierno de la Nación, y no los Ministros, máxime

en aquellos casos en los que dicha reglamentación técnico-sanitaria pretende incorporarse al ordenamiento jurídico como una «norma básica».

En efecto, la norma reglamentaria en principio idónea para incidir en el ámbito de «lo básico» (actuando como complemento necesario de la previa definición establecida por Ley), es el Real Decreto aprobado por el Gobierno de la Nación. Así lo sostuvo, aunque lateralmente, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1989, al señalar que pueden desarrollarse las bases establecidas por Ley mediante «una norma emanada del Gobierno de la Nación».

Sin embargo, como afirmó el Consejo de Estado en su dictamen 535/92, ello no significa que necesariamente deba excluirse cualquier posibilidad de que una Orden Ministerial pueda ser concebida como integrante de dicho «complemento necesario» (por ejemplo, cuando así lo establezca expresa e indubitadamente la Ley que define el ámbito de «lo básico»). Pero con la salvedad apuntada, no constituye la Orden Ministerial, en principio, la norma idónea a tal fin.

3. Incidencia de la incorporación de directivas en las competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Ante todo, debe reiterarse el principio consistente en que la directiva por sí no altera la distribución de competencias, si bien ello no obsta para que pueda examinarse el ámbito de lo básico a nivel interno y el «común denominador normativo» que supone la directiva comunitaria.

Han sido muchas las dificultades surgidas en la transposición de la directiva al intentar delimitar, desde la óptica de la distribución interna de competencias, aquellos preceptos de la directiva cuyo contenido cabría concebir como básicos desde el punto de vista interno. Esta labor de verdadera cirugía jurídica no tenía visos de dar resultados veraces y útiles, puesto que, al menos desde la perspectiva de la regulación material, aquello que integre «lo básico» dependerá en el fondo de la concepción que se tenga sobre el propio Estado de las Autonomías.

Es indudable que desde dicho punto de vista de la regulación material, la delimitación de lo «básico» no podrá hacerse más que por aproximación a través de declaraciones más o menos genéricas. Pero lo cierto es que el problema de deslindar dicho ámbito se presenta con toda su crudeza cuando se examinan uno a uno los proyectos de

disposiciones que pretenden trasponer directivas comunitarias. La adición de féculas o harinas alimenticias hasta un contenido del 15 por 100 de almidón en el mazapán con fécula, el contenido de materias secas solubles determinado por refractometría que sea igual o superior al 60 por 100 en la crema de castañas, o, en fin, el tamaño que deberán tener los profilácticos, constituyen, a título de ejemplo, aspectos que cuanto menos es discutible —como de hecho se ha planteado en la realidad— calificarlos como integrantes o no de la competencia básica del Estado en materia de sanidad (o de otros títulos competenciales, cuando se refiera a materias diversas, en las que se reconozca al Estado dicha competencia para dictar las bases).

De hecho, estas dificultades vienen a confirmar que tales previsiones, que en multitud de casos son estrictamente técnicas, están ya establecidas por la directiva comunitaria, de tal forma que tienen necesariamente que incorporarse al ordenamiento jurídico interno, siendo así que los problemas se suscitarán entonces, más que desde un punto de vista de la regulación material, desde la óptica del órgano o entidad competente para abordar dicha transposición.

En cualquier caso, el Consejo de Estado, en su dictamen 53.962/1992, de 11 de enero, pretendió avanzar en la solución a estos problemas, en particular, desde la perspectiva señalada del contenido de la directiva y de la competencia del Estado sobre las «bases».

Así, señaló que, efectivamente, el «común denominador normativo» (para todos los Estados miembros) que supone una directiva podrá coincidir (aunque por principio no necesariamente) con el concepto de «bases» en supuestos de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el sentido de que estas últimas, siguiendo la Sentencia del Tribunal Contitucional 69/1988, deben ser concebidas con la finalidad de asegurar de manera uniforme las condiciones de igualdad en la protección de la salud de todos los consumidores potenciales.

Estas «reglas básicas» que integran el concepto de bases a efectos de la distribución interna de competencias, normalmente podrán coincidir con el «común denominador normativo» contenido en una directiva para regir también de manera uniforme en todos los Estados miembros. Podría llegarse de esta manera incluso a operar desde una especie de presunción inicial orientadora en favor de la coincidencia de los dos ámbitos citados, es decir, el contenido de las directivas y de las

«bases» a efectos del régimen interno de distribución de competencias compartidas.

Se insiste en que esta formulación podrá servir como principio (incluso si se quiere como presunción) con la finalidad de clarificar en el orden interno las dificultades derivadas de la transposición de las directivas cuando la materia a la que afecta se encuentre compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, principio que, en cualquier caso, podría verse quebrado si se constatará una regulación en la directiva de características que hicieran insostenible su calificación por exceso como «reglas básicas» en el derecho interno, o si, por defecto, no agotasen el ámbito de tales reglas básicas configuradas de modo o con objetivos más amplios en el derecho interno. En este último caso, el Estado sería competente para regular como básicos los aspectos vinculados a un objetivo o ámbito más amplio (doctrina reiterada en los dictámenes 55.909, de 28 de febrero de 1991, y 354/91 y 355/91, ambos de 21 de marzo).

El objetivo último del Consejo de Estado al establecer dichas afirmaciones (con las expresas matizaciones y cautelas) no era otra sino la de obtener certidumbre en la forma de abordar la transposición concreta de las directivas, especialmente —porque a ellas afectaban— el contenido de las directivas relativas a aspectos sanitarios. No obstante, como se expuso con anterioridad, en este mismo dictamen el Consejo de Estado recuerda que, aún en el supuesto de que se constatará la imposibilidad de configurar el contenido concreto de una directiva como «bases» a efectos internos, siempre quedaría al Estado la posibilidad de regular, a través de la oportuna norma, dicha materia, incluso de manera exhaustiva, a lo que podría llegar, en el peor de los casos, a través de la cláusula de supletoriedad prevista en el artículo 149.3 de la Constitución, en relación con aquellas Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en la materia de que se trate.

E) *Transposiciones innecesarias*

Por último, no quiere dejar de llamarse la atención sobre lo que en ocasiones podría calificarse como «adaptación ex ante» del derecho interno al comunitario. En efecto, se constata que la asunción de la obligación de transponer las directivas comunitarias llega a veces a tal

punto que se pretende operar de tal manera aun cuando estrictamente es innecesario.

Así se suscitó en relación con las normas comunitarias sobre protección de animales en el transporte internacional.

En efecto, con motivo de determinadas denuncias formuladas como consecuencia de ciertas irregularidades detectadas en el transporte de ovinos vivos, la Comisión de las Comunidades solicitó información al Estado español sobre la situación legislativa nacional en materia de protección de los animales en el transporte. Ante tal solicitud, se elaboró un Proyecto de Real Decreto para adaptar el derecho español fundamentalmente al contenido de la Directiva 77/489/CE.

El Consejo de Estado, en trance de informar dicho Proyecto, afirmó que, si bien a primera vista podía parecer plenamente correcta tal forma de actuar (al pretender dictar una norma interna de adaptación), se olvidaba, en cambio, el contenido del Convenio Europeo de 13 de diciembre de 1968, sobre protección de animales en el transporte internacional, al que se adhirió España por Instrumento de 23 de julio de 1974. Precisamente la Directiva 77/489/CE recogió el contenido normativo del Convenio.

Señaló entonces el Consejo en su dictamen 50.578/50.356, de 14 de mayo de 1987, que la adaptación del derecho interno a las normas comunitarias no exige necesariamente la promulgación de una norma interna nueva cuando las ya vigentes están acordes con el contenido mismo de dichas normas comunitarias. De esta manera, se estimó innecesario el Proyecto de Real Decreto dirigido a la transposición de la citada Directiva, ya que su contenido material estaba vigente en España, mediante una norma además de rango superior (un Tratado Internacional).

La incorporación del contenido material del Convenio a una norma reglamentaria interna sería, por lo demás, perturbadora, innecesaria y, con seguridad, productora de confusiones, además de que nada añadiría. De ahí que concluyese el Consejo de Estado en el señalado dictamen 50.578/50.396 que las denuncias formuladas al Estado español fueron debidas, más que a un incumplimiento de la adaptación de su derecho interno al comunitario, a un incumplimiento concreto de la legislación interna en vigor sobre la materia.

